



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO**

SER OU NÃO SER MINORIA:

**Um estudo sobre a categoria minoria e seu lugar de reconhecimento
pelo Poder Judiciário brasileiro.**

LARISSA CAETANO MIZUTANI

**BRASÍLIA
2012**

LARISSA CAETANO MIZUTANI

SER OU NÃO SER MINORIA:

**Um estudo sobre a categoria minoria e seu lugar de reconhecimento
pelo Poder Judiciário brasileiro.**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Argemiro Cardoso Moreira Martins.

**BRASÍLIA
2012**

A todos que não se cansam de sonhar.

– **Ó vida futura! Nós te criaremos.**
(*Mundo grande*, de Carlos Drummond de Andrade)

AGRADECIMENTOS

Não vim só. Essa dissertação é resultado de uma história de vidas cruzadas. Encontrei flores e pedras até aqui, e minha gratidão não poderá caber no papel. Agradeço primeiro às pedras no caminho, que me propuseram os maiores desafios da vida, essenciais para o exercício diário da perseverança.

Agradeço as flores, na certeza de que o jardim é muito maior, e injusto é o recorte: Lourdes e Ossati, a quem devo todas as oportunidades de estudo e de amor; Clara, presente em mim; amado Marcus, pela compreensão, paciência e parceria de vida; meu irmão emprestado, Lulu (vulgo Luís), pelos incansáveis debates e amor fraternal; Renato, meu querido crítico e revisor; aos queridos amigos que acompanharam essa empreitada, daqui (Rodolfo, Thamara, Lele, Gaga, Ruiva e JP, Renatinha e Zé, Jozita, Julia e Pipo, Simone, Gaby, João Henrique, Carlos Eduardo, Cesar, Alexandre Akio, o pessoal do MJ, Felipe e meus alunos-cobaia...) e de longe (Denise, Pedro, Zé Paulista, Anthony, Gui, Candim, Mi, caravana de Minas e de São Paulo...), que fazem de minha jornada uma bela viagem.

Minha gratidão aos mestres que me apontaram caminhos, como as juristas Beth, Samantha e Claudia, os mestres Alexandre “ABC”, Juliano, Luis Roberto (Barroso), Luís Roberto (Cardoso de Oliveira) e Menelick, às inovadoras antropólogas Soraia, Christine e Kelly, além do antropólogo José Jorge, e ao responsável por expandir meus horizontes, Luiz Eduardo, além de tantos outros ao longo da vida.

Agradeço ao meu querido orientador, Argemiro, por acreditar em minha proposta, acreditar em mim e fazer dessa caminhada mais divertida, instigante e agradável. Obrigada, Mestre, pelo exemplo de acadêmico e de amigo. Obrigada por não deixar dúvidas de como a pesquisa é gratificante.

Agradeço, em nome do Coordenador do Programa de Pós-Graduação (atualmente meu orientador), à Universidade de Brasília, pela oportunidade de fazer parte de uma corrente de pensamento renovada do Direito. Agradeço também o apoio da Faculdade para levarmos nosso debate a outros fóruns pelo Brasil. Obrigada ainda a CAPES, cujo apoio foi fundamental para as tantas horas dedicadas à pesquisa.

E assim, rodeada de flores, manifesto minha gratidão por quem disseminar por outros jardins o que compartilho a seguir.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo da categoria minoria a partir das decisões do Poder Judiciário brasileiro e sua contribuição para o reconhecimento de direitos fundamentais. O ambiente multicultural ou intercultural em que o debate emerge é apresentado, em diversas variações tal como é tratado pelos teóricos do tema. A categoria minoria, como as demais categorias, pertence a uma forma de construir o pensamento e, a partir dele, atuar e modificar a realidade. Nesse sentido, a proposta de análise baseia-se no potencial constitutivo da realidade pela linguagem, e admite o Direito como um veículo desse potencial transformador. As chamadas minorias não são dadas, mas constituídas como tal em determinado contexto e a partir de uma situação relacional de construção de identidade. A construção da identidade, que é relacional, é resultado do encontro dinâmico entre o eu e o outro, em que são estabelecidos os critérios de qual identidade prevalecerá em determinado contexto. Assim, não se é minoria necessariamente, mas se *está* minoria em dada relação contextual. A apresentação de casos apresentados por meio das decisões, provenientes do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais das cinco regiões e os Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios provocam as reflexões acerca de como a categoria minoria é construída a partir das interpretações e argumentações, por vezes tendentes a utilizarem pré-concepções, estereótipos e naturalizações que reproduzem a marginalização das pessoas e grupos “minoritários”. Ao final, busca-se apresentar o debate sobre o reconhecimento e como o reconhecimento jurídico é necessário para o exercício de direitos. A igualdade em dignidade e como direito à diferença demonstra-se, apesar das críticas, como o fundamento a que se recorre para lidar com a diversidade em um Estado plural e democrático de Direito.

Palavras-chave: minorias, multiculturalismo, interculturalismo, reconhecimento, linguagem, direitos fundamentais, direito constitucional.

ABSTRACT

The present work aims to study the minority category from the decisions of the Brazilian Judiciary and its contribution to the recognition of fundamental rights. The intercultural and multicultural environment in which the debate emerges is presented in several variations as is treated by theorists of the subject. The minority category, as the other categories, belongs to a form of thinking and its way of constructing that affects and changes reality. Accordingly, this analysis is based on the potential constituent of reality through language, and admits the law as a vehicle of this transformative potential. The so-called minorities are not given, but constituted as such in a particular context and from a relational situation of identity construction. The relational construction of identity is the result of the dynamic encounter between “me” and “the other”, that establishes the criteria of which identity prevails in a given context. Thus, the minority is not necessarily permanent, but one can be a minority in a given contextual relationship. The presentations of the cases by decisions from the Supreme Court, the Superior Court of Justice, The Federal Regional Courts of the five regions and the courts of each federal state and the Federal District provoke reflections about how the minority category is built from the interpretation and the arguments, that sometimes tend to use preconceptions, stereotypes and naturalizations that reproduce the marginalization of individuals and “minority” groups. At the end, we seek to present the debate on the recognition and how the legal recognition is necessary for the exercise of rights. The equality in dignity and rights of difference shows up, despite criticism, as the foundation to deal with diversity in a pluralistic and democratic rule of law.

Keywords: minorities, multiculturalism, interculturalism, recognition, language, fundamental rights, constitutional law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO (OU PRÓLOGO)	9
CAPÍTULO I – CENÁRIO.....	12
1. POR QUE FALAR DE MINORIAS.....	12
2. METODOLOGIA	18
2.1 RESULTADOS OBTIDOS E ALGUMAS CONSIDERAÇÕES	22
3. O CONTEXTO DA DIVERSIDADE.....	26
3.1. MULTICULTURALISMO E INTERCULTURALISMO	31
3.2 UNIDADE E DIVERSIDADE.....	41
3.3 O HORIZONTE CONSTITUCIONAL.....	47
CAPÍTULO II – PERSONAGENS.....	52
4. AS MINORIAS COMO CATEGORIA CONSTRUTORA DA REALIDADE	52
4.1 AS POSSÍVEIS ACEPTÕES DE MINORIA	59
4.2 AS MINORIAS E A CONSTITUIÇÃO	62
4.3. A CONSTITUIÇÃO RELACIONAL DA IDENTIDADE E A IDENTIDADE CONSTITUCIONAL.....	67
4.4. AS MINORIAS COMO ELEMENTO DO SUJEITO CONSTITUCIONAL	74
5. MINORIAS EM CENA	78
5.1. O <i>STATUS</i> CONSTITUCIONAL	78
5.1.1 <i>Os indígenas</i>	79
5.1.2 <i>Os quilombolas</i>	85
5.1.3 <i>As pessoas com deficiência</i>	90
5.1.4 <i>As mulheres</i>	96
5.2. A EQUIPARAÇÃO MATERIAL	101
5.2.1 <i>Os negros</i>	101
5.2.2 <i>Os adeptos de religiões minoritárias</i>	110
5.3. A EQUIPARAÇÃO FORMAL.....	116
5.4. O NÃO-RECONHECIMENTO	123
5.5. O DESCONHECIMENTO.....	129
CAPÍTULO III – PROTAGONISTA.....	135
6. A DEMANDA POR RECONHECIMENTO	135
6.1 PERCEPÇÕES DO RECONHECIMENTO.....	140
6.2 RECONHECIMENTO E CONSIDERAÇÃO	149
6.3 IGUALDADE EM DIGNIDADE E IGUALDADE COMO DIREITO À DIFERENÇA.....	153
6.4 A CATEGORIA MINORIA COMO MEIO, O DIREITO COMO <i>LOCUS</i>	164
CONCLUSÕES	167
REFERÊNCIAS	176
ANEXO	186

SER OU NÃO SER MINORIA:

Um estudo sobre a categoria minoria e seu lugar de reconhecimento pelo Poder Judiciário brasileiro.

INTRODUÇÃO (ou Prólogo)

O teatro, talvez, seja o lugar-comum de grande parte das metáforas da literatura e fora dela. A ideia de representação e de papéis consegue alcançar o receptor da mensagem por caminhos mais diretos, e muitas vezes com mais clareza que as construções linguísticas técnicas. Uma peça teatral pode conduzir sua plateia às sutilezas pelos exageros, ao desconforto das naturalizações pelo escárnio, ao encontro de si mesmo pelo outro. A proposta deste trabalho é recorrer à metáfora do teatro para tentar evidenciar construções por vezes difíceis de serem percebidas¹.

O cenário² é o mundo multicultural ou intercultural, lugar das sociedades plurais nascidas do Estado-nação, no qual o problema se apresenta ao Direito. O personagem representado³ é o que se denomina “minorias”, que será apresentado em diversas situações – diversos “atos”, de acordo com o grau de reconhecimento dado, desde o *status* constitucional até o desconhecimento. Por fim, o protagonista, o que

¹ “Haverá uma equipe de pessoas cuja atividade no palco junto com os suportes disponíveis construirá a cena da qual emergirá o ‘eu’ do personagem representado, e outra equipe, a plateia, cuja atividade interpretativa será necessária para esse surgimento. O ‘eu’ é um produto de todos esses arranjos e em todas as suas partes traz as marcas dessa gênese”. (GOFFMAN, 2009, p.230).

² “Primeiro, há o ‘cenário’, compreendendo a mobília, a decoração, a disposição física e outros elementos do pano de fundo que vão constituir o cenário e os suportes do palco para o desenrolar da ação humana executada diante, dentro ou acima dele. O cenário tende a permanecer na mesma posição, geograficamente falando, de modo que aqueles que usem determinado cenário como parte de sua representação não possam começar a atuação até que se tenham colocado no lugar adequado e devam terminar a representação ao deixá-lo. Somente em situações excepcionais o cenário acompanha os atores.” (GOFFMAN, 2009, p. 19).

³ “Além do fato de que práticas diferentes podem empregar a mesma fachada, deve-se observar que uma determinada fachada social tende a se tornar institucionalizada em termos das expectativas estereotipadas abstratas às quais dá lugar e tende a receber um sentido e uma estabilidade à parte das tarefas específicas que no momento são realizadas em seu nome. A fachada torna-se uma ‘representação coletiva’ e um fato, por direito próprio. [...] Além disso, se o indivíduo assume um papel que não somente é novo para ele, mas também não está estabelecido na sociedade, ou se tenta modificar o conceito em que o papel é tido, provavelmente descobrirá a existência de várias fachadas bem estabelecidas entre as quais tem de escolher. Deste modo, quando é dada uma nova fachada a uma tarefa, raramente verificamos que a fachada dada é, ela própria, nova”. (GOFFMAN, 2009, p. 34).

construímos como “eu”⁴, é apresentado a partir de várias propostas de se compreender o reconhecimento, sua dinâmica, sua relevância e seu encontro com o Direito.

O Capítulo I apresenta as condições deste trabalho. Em um primeiro momento, a metodologia mostra como o caminho foi trilhado, a partir da pesquisa de decisões e formação de um banco de dados para análise qualitativa. As limitações são expostas com o propósito de as lacunas deixadas servirem como novos caminhos ou portas abertas para a crítica. Em um segundo momento, apresenta-se a discussão entre interculturalidade e multiculturalismo, que serve como ponto de partida para os debates sobre diversidade e diferença. A partir desse “cenário”, expõe-se algumas das dificuldades em lidar com a pluralidade, sem deixar-se levar por um discurso extremo de relativismo ou universalismo. A parte final anuncia a temática a ser discutida no capítulo seguinte, a qual sinalizará o papel do Direito Constitucional na discussão das minorias.

O Capítulo II divide-se em dois momentos. O primeiro estabelece dois apoios sobre os quais as reflexões serão tecidas ao longo do trabalho: a contextualidade relacional da categoria minoria e o potencial constitutivo da realidade pela linguagem. A contextualidade pretende chamar a atenção para o conteúdo *a ser* dado pela relação interpessoal de alguém que poderia ser considerada minoria; nesse sentido, quer-se mitigar o problema do estigma ao se pressupor como minoria um rol de pessoas, o que afronta a noção de construção identitária relacional. Por sua vez, a linguagem como mecanismo constitutivo da realidade chama a atenção para a relevância do conteúdo veiculado nas decisões, a utilização das palavras, as naturalizações passíveis de crítica de uma voz institucional: o Poder Judiciário.

Nesse ponto, é importante ressaltar que a linguagem é constitutiva da forma de organização do pensamento e, portanto, de como se pode treinar o olhar. Se a linguagem de uma decisão reproduz naturalizações e estereótipos que prejudiquem o demandante, e nem é percebida como tal, o potencial de alteração da realidade pelo Direito é descartado. Mas se, ao entender que não se trata de mero jogo de palavras e sim de um permanente exercício crítico, o Direito como linguagem constitutiva pode fortalecer a

⁴ “Em presença dos outros, o indivíduo geralmente inclui em sua atividade sinais que acentuam e configuram de modo impressionante fatos confirmatórios que, sem isso, poderiam permanecer despercebidos ou obscuros. Pois se a atividade do indivíduo tem de tornar-se significativa para os outros, ele precisa mobilizá-la de modo tal que expresse, *durante a interação*, o que ele precisa transmitir”. (GOFFMAN, 2009, p. 36).

função contramajoritária do Poder Judiciário. Essa percepção, portanto, é o fio condutor do presente trabalho.

Ainda nesse primeiro momento do capítulo, e complementar ao poder constitutivo da linguagem, há remissão à proposta de Michael Rosenfeld sobre o sujeito constitucional. Sua construção teórica permite a abertura constitucional necessária para a discussão das diversas identidades. O horizonte constitucional estabelece-se como o lugar onde a discussão sobre igualdade como direito à diferença é possível em um Estado plural. As chamadas minorias, nesse momento, encontram seu lugar na Constituição.

Em um segundo momento do Capítulo II são apresentadas algumas reflexões sobre as minorias assim consideradas pelas decisões analisadas e por suas omissões, de acordo com os parâmetros pesquisados expostos na metodologia. Os casos estudados serviram para provocar o exercício crítico e desencadear reflexões a respeito de como foram usados os argumentos acerca da categoria minoria e sua relação com direitos fundamentais. Não se pretende a generalização das conclusões de cada caso estudado, mas a forma de construção do pensamento, a partir da desconstrução de pré-concepções, aplicável a outros casos.

Por fim, o Capítulo III trata de outro nível de análise da categoria minoria, que é a demanda pelo reconhecimento, subjacente às demandas judicializadas. O reconhecimento encontra-se com os temas abordados no Capítulo I e está diretamente relacionado aos casos analisados no Capítulo II. As propostas teóricas, as críticas e as divergências são apresentadas de modo a evidenciar um debate multidimensional, complexo e em aberto. O trabalho pretende, assim, incitar o debate mais que definir uma resposta, embora se defenda uma proposta ciente de suas fragilidades. Esta pesquisa, portanto, é mais um possível olhar sobre o Direito, a partir das minorias, sobre demandas que ainda não possuem um lugar claramente definido.

CAPÍTULO I – CENÁRIO

1. Por que falar de minorias

Quando se dá preferência a uma flor, à violeta, por exemplo, todo o jardim onde ela não apareça, embora esplêndido, é sempre incompleto.
(Machado de Assis. *Desencanto*)

Falar de minorias é falar sobre a dinâmica da relação entre a maioria e a minoria que formam uma sociedade plural e democrática. É, ainda, falar sobre reconhecimento, direitos fundamentais e direitos humanos⁵. Por fim, falar de minorias também é construir uma reflexão sobre a identidade e a contextualidade. Para mediar tais elementos há o Direito. O Direito brasileiro, analisado no presente trabalho, persegue o respeito ao pluralismo e à democracia; além disso, serve de instrumento de reconhecimento de direitos e até mesmo cria realidades identitárias, e não se furta de um contexto que o modifica e por ele é modificado.

A análise da categoria minoria pelo Direito agrega, pois, percepções que as maiorias ocultam. Na acepção do senso comum, pensar em minoria é pensar na parte fraca da relação social, no excluído, no diferente. Entretanto, saber como uma minoria pode ser construída apresenta estratégias de pensar a possibilidade de existência da maioria, além da viabilidade de uma democracia na qual há um progressivo aumento de demandas minoritárias. As reflexões resultantes aplicadas ao Direito podem auxiliar na compreensão de como o reconhecimento, tanto da diferença como de direitos, torna-se função relevante das instituições judiciárias, necessário para o fortalecimento da democracia, ao mesmo tempo em que os abusos podem ser perceptíveis e coibidos.

A escolha pelo tema decorre de uma preocupação constante a respeito da diversidade em uma sociedade democrática (GUTMANN *Apud* TAYLOR, 1994, p.3). A interpretação de mundo e os efeitos dela decorrentes ganham maior relevância em uma decisão judicial. O pronunciamento do Estado, embora seja apenas uma entre as várias vozes da sociedade civil, é representante da instância pública detentora de mecanismos amplificados de atuação. Significa dizer que o reconhecimento de uma minoria pelo Poder Judiciário pode desencadear efeitos de maior abrangência para

⁵ Se assim considerados distintos, sendo os primeiros relativos à ordem constitucional nacional e os segundos, à ordem internacional supranacional.

aquele grupo, tais como políticas públicas voltadas à inserção, participação e valorização dessas pessoas.

O fator público e institucional contido em uma decisão judicial qualifica uma instância de poder, alcançável por minorias na reivindicação de seus direitos. Além disso, o papel desempenhado pelo Judiciário tem o potencial de revelar necessidades não contempladas pela representatividade parlamentar. Tem-se, para ilustrar, o caso da discriminação por orientação sexual. Considerada uma grande conquista, o reconhecimento da união estável de casais do mesmo sexo pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal deu-se em 5 de maio de 2011, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. Já o Projeto de Lei (PL) 5003/2001 (PL 122/2006 – substitutivo), a chamada “PL da Homofobia”, tem sofrido resistência para sua aprovação. A alteração legislativa parece sofrer maior dificuldade política que o exercício interpretativo dos Tribunais, efeito da centralidade que Poder Judiciário adquiriu nos últimos anos.

Não se pode ignorar, porém, a dificuldade que certas decisões apresentam em buscar legitimar o reconhecimento na ausência de dispositivo legal expresso, ou seja, o papel de reconhecimento que se atribui ao Poder Judiciário não é acatado pelos magistrados por falta de respaldo legislativo. Torna-se, assim, improficua a ideia de a interpretação dessa instância contemplar uma necessidade não particularizada pela lei. É o caso, por exemplo, dos caiçaras, que são equiparados à noção de “caipiras” e não têm sua identidade reconhecida por não serem comparáveis aos indígenas e quilombolas, minorias reconhecidas pela Constituição Federal de 1988⁶.

Outra dimensão que as minorias apresentam é a discussão principiológica de que se faz uso nos julgamentos, “um novo entendimento da condição social humana transmite um significado radicalmente novo a um velho princípio” (TAYLOR, 1994, p. 39):

Juridicamente, a ruptura epistemológica deu-se no momento em que se passou de declarações de princípios, cujo alcance é unicamente moral e filosófico, a princípios de direito, que podem ser diretamente invocados diante de uma jurisdição, nacional ou internacional: invocados contra a lei, em razão do controle de constitucionalidade das leis, e mesmo contra o

⁶ TRIBUNAL DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento n° 991040280870. Registro em 21/09/2004; Julgamento em 10/08/2004. Rel. Campos Melo.

Estado [...]. (DELMAS-MARTY *Apud* DARNTON; DUHAMEL, 2001, p. 164).

O princípio da isonomia ou da igualdade – expressões não raro tomadas muitas vezes como sinônimas – aplicado às condições em que maiorias e minorias dividem o mesmo espaço em uma situação de disputa, é geralmente invocado para sustentar possibilidades opostas de julgamento. Ele pode ser utilizado tanto para negar uma pretensão a realizar provas em horário diverso àquele resguardado por uma religião (como a da Igreja Adventista de Sétimo Dia) como para sustentar e garantir a reserva de vagas em uma universidade pública a afrodescendentes ou indígenas (a política de ação afirmativa adotada por algumas universidades públicas do país, conhecida como “sistema de cotas”) ou em concursos públicos, como é o caso do Paraná – Lei n° 14.274/03 (negros); Mato Grosso do Sul – Lei n° 3.594/2008 (negros) e Lei n° 3.994/10 (indígenas); e Rio de Janeiro – Decreto n° 43.007/2011 (negros e indígenas).

O tratamento das minorias tem encontrado lugar associado a: i) direitos humanos; ii) a direitos fundamentais; e iii) a medidas políticas de participação. Em direitos humanos, parte-se basicamente da Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas (1992) da Organização das Nações Unidas – ONU como fundamento jurídico-político de reconhecimento das minorias⁷. É pelo viés da universalidade dos direitos humanos que se traduz o deslocamento de enfoque da *honra* (no sentido de atribuição de títulos honoríficos, dados a determinadas pessoas à época absolutista francesa) à *dignidade* (sem distinção de classes sociais) como política do universalismo, com ênfase sobre a igual dignidade a todos os cidadãos (TAYLOR, 1994, p. 37). Zygmunt Bauman explica:

Para tornar-se um “direito”, a diferença tem que ser compartilhada por um grupo ou categoria de indivíduos suficientemente numeroso e determinado para merecer consideração: precisa tornar-se um cacifê numa reivindicação *coletiva*. [...] o princípio dos “direitos humanos” age como um catalisador que estimula a produção e perpetuação da diferença, e os esforços para construir uma comunidade em torno dela. (BAUMAN, 2003, p. 71. Destaques no original)⁸.

⁷ A ideia que fundamenta a proposta da ONU (ou as “normas morais universalistas”) é perceber os seres humanos como indivíduos igualmente considerados pela virtude de, e não apesar de, suas diferenças culturais (BAUBÖCK, 1996, p. 206).

⁸ Esse tema será tratado no Capítulo III do presente trabalho.

Na abordagem dos direitos fundamentais existe um caráter acessório ao enfoque dos direitos humanos, muitas vezes por meio de análise de grupos em espécie⁹. Trata-se de “um convite renovado a registrar velhas reivindicações não atendidas, a articular outras demandas e a acreditar no reconhecimento delas” (BAUMAN, 2003, p. 69). A proteção constitucional do direito das minorias “decorre das funções dos direitos fundamentais [...], que passam da defesa da pessoa humana e de sua dignidade perante o Estado até a de não discriminação [...]” (ALVES, 2010, p. 56):

Os direitos fundamentais em sua função de não discriminação constituem-se em limites objetivos e intransponíveis ao legislador, especialmente, para que no reconhecimento dos direitos de minorias não espolie as notas individuantes de suas subjetividades estigmatizadas. (ALVES, 2010, p. 57).

Por fim, em medidas políticas de participação, há duas abordagens consolidadas atualmente: i) as construções teóricas dos chamados “comunitaristas” e “liberais” (universalistas), autores heterogêneos grosseiramente agrupados que se distinguem, em síntese, pela prevalência da coletividade ou do indivíduo, respectivamente¹⁰; e ii) a discussão amplificada recentemente sobre as ações afirmativas dirigidas a grupos considerados minoritários.

Percebe-se que a escolha da abordagem teórica sobre o tema não pode se desvincular da particularidade histórica em que as minorias de uma determinada nação surgem como tal. Assim, a percepção das minorias pela literatura estrangeira apresenta um parâmetro comparativo e inspirador, mas geralmente não serve como modelo teórico aplicável na análise das minorias brasileiras. As diferenças entre minorias como a quebequense no Canadá, muçulmana na França ou negra nos Estados Unidos – em referência a exemplos mais conhecidos e discutidos – em relação às minorias brasileiras são de tal ordem que não se poderia equipará-las a, por exemplo, minoria pomerânia (que conservaram aspectos do idioma e do estilo de vida da Alemanha rural novecentista), muçulmana ou negra no Brasil. Desse modo, falar sobre “minorias

⁹ Ver, por exemplo, GUERRA e EMERIQUE, 2008, obra que reúne análises sobre temas envolvendo negros, lésbicas, idosos, indígenas, asilados etc., em que os direitos humanos são vistos como a face internacional dos direitos fundamentais.

¹⁰ Ver GONÇALVES, 1998.

brasileiras” é não perder de vista a história do país e a percepção nacional sobre esses grupos¹¹.

A construção histórica político-religiosa em cada país indica pistas para explicar essa diferença. Uma minoria pomerânia no Brasil não parece ser uma questão delicada da organização política do Estado brasileiro como são os quebequenses no Canadá, dada as demandas históricas por continuidade da cultura francesa em solo canadense predominantemente anglo-saxão. A reprodução da cultura alemã em território brasileiro não almeja uma organização político-administrativa diferenciada, que atinja a estrutura federativa ou reivindique algum nível de autonomia política.

Por outro lado, o histórico de escravidão no Brasil torna relevante a discussão de cotas para afrodescendentes no país, o que não ocorre na França, por exemplo, onde o debate ganha vigor na seara religiosa. O caso francês destaca-se especialmente em relação ao uso de distintivos muçulmanos, e persiste o impasse acerca do uso do véu em locais públicos.

A abordagem do presente trabalho restringe-se à percepção dos tribunais do Poder Judiciário brasileiro sobre quem são essas minorias e como o direito é aplicável a elas. A proposta visa apontar quais foram os grupos considerados minoritários que levaram suas demandas ao Judiciário e como os magistrados articularam os direitos fundamentais ou humanos ali veiculados à condição de minoria, sendo esta reivindicada pela parte ou associada pelo juiz. Dessa percepção, considerada como um ponto de partida para reflexão, pretende-se indicar minorias a partir dos casos concretos dessa seara, e não a partir de uma lista prévia, engessada, nem sempre reconhecida por essa instância institucional¹²:

[...] um direito universalmente válido deve ser questionado, à luz das descrições empíricas da situação, no sentido de saber a que círculo de sujeitos ele deve se aplicar, visto que eles pertencem à classe das pessoas moralmente imputáveis. Nessa zona de interpretações da situação referidas à aplicação, as relações jurídicas modernas constituem, como veremos, um dos lugares em que pode suceder uma luta por reconhecimento. (HONNETH, 2003, p. 186)

¹¹ Rainer Bauböck afirma que “não há lista universal de direitos culturais que possa ser implementada da mesma forma em qualquer lugar”, e que uma lista como essa seria necessariamente bastante geral e requereria alguma especificação contextual (BAUBÖCK, 1996, p. 205).

¹² “Só é possível pensar o direito à diferença se for possível pensar o homem concretamente”. (ALVES, 2010, p. 28).

A partir de então, propõe-se compreender qual o alcance da categoria minoria para o reconhecimento de direitos fundamentais, seja como reforço argumentativo ou como aceitação pública de determinadas diretrizes histórico-políticas. Dos aspectos percebidos por esse enfoque pode-se citar que: a) minorias não são dadas, mas construídas e dinamicamente transformadas; b) deve-se contextualizar as minorias em cada região estudada; c) há diferentes demandas – de proteção e de reconhecimento – dos grupos minoritários.

Não se pode, também, negar o esforço de se tomar um conceito sobre o que seja “minoria” sem que haja o risco de excluir algumas ou alargá-las por demais, a ponto de qualquer grupo considerar-se minoria. Existe a possibilidade de, por um lado, ao se prender a uma definição, excluir situações igualmente merecedoras de atenção pela ótica das minorias, assim como, por outro lado, esvaziar-se de sentido diante do uso indiscriminado e reiterado do termo para toda e qualquer situação.

Cabe, portanto, uma observação que se estende a termos como “direitos fundamentais”, “democracia” e outros: o emprego de palavras-chave como essas, que remetem a um conjunto de valores nem sempre claramente determinado, mas com carga valorativa positiva, encontra certa limitação em seu contexto espaço-temporal. Significa reconhecer o uso retórico, o reforço argumentativo, assim como a tentativa teórica e a remissão a um conjunto de ideias provavelmente partilhadas entre remetente e destinatário da mensagem¹³. De qualquer forma, construir uma mensagem, ainda que limitada (ou expandida) às possibilidades de compreensão, passa pelo emprego necessário de certos termos, com todos os riscos e dimensões da língua¹⁴. Assim, a ideia de “minoria”¹⁵ transformou-se ao longo da História e de acordo com as necessidades de se empregar esse ou aquele sentido, como se verá adiante.

¹³ Exemplifica Umberto Eco: “Não é da alçada da Semiologia saber se o unicórnio existe ou não: essa tarefa pertence à Zoologia e a uma História da cultura que queira focar o papel do imaginário na civilização de uma época; mas é importante saber como, num dado contexto, a forma significativa ‘unicórnio’ recebe um determinado significado com base num sistema de convenções linguísticas; e que associações mentais, baseadas em hábitos culturais adquiridos, provoca a palavra ‘unicórnio’ em determinados destinatários da mensagem”. (ECO, 2007, p. 23).

¹⁴ Ver FLUSSER, 2007.

¹⁵ Ana Maria D’Ávila Lopes registra: “De qualquer forma, o tradicional conceito de minoria tem se limitado a considerar apenas as características linguísticas, religiosas ou étnicas de um grupo para sua definição como minoritário. Enfoque que hoje está sendo praticamente superado. Assim, Semprini, além de criticar esse conceito restritivo de minorias, assinala a importância de considerar outras características passíveis de serem aplicadas na definição, levando-se em consideração a cultura e a realidade de cada sociedade. Desse modo, para o autor italiano, todo grupo humano, cujos membros tenham direitos

É por esse motivo que se propõe uma inversão da observação: não se partir de pré-concepções, embora sejam levadas em consideração (inevitavelmente); mas observar os casos concretos e deles extrair concepções e refletir qual o alcance, o limite e as possibilidades para aprimorar a função do Direito na promoção e proteção de direitos fundamentais em sociedades plurais, já que “pensar a diferença por si é pressuposto fundamental para se discutir as grandes questões da justiça e da igualdade” (ALVES, 2010, p. 33). A tentativa que ora se apresenta pretende acrescentar mais um olhar sobre o tema e, de alguma forma, motivar debates e reflexões.

2. Metodologia

*Enquanto uma pessoa está de acordo comigo,
penso sempre que devo estar equivocado.
(Oscar Wilde. O leque de Lady Windermere)*

A fonte de precedentes que serve de base para a pesquisa são as decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais das cinco regiões e Tribunais de Justiça dos Estados federados e do Distrito Federal. O material é resultado da pesquisa nos sítios eletrônicos dos referidos tribunais¹⁶, com data de julgamento desde a Constituição Federal de 1988 (portanto, desde a data de 5 de outubro de 1988) até a data de 31 de julho de 2010, sendo esse marco limite de pesquisa, em função do período de realização do trabalho¹⁷.

Os critérios de busca utilizados foram estabelecidos em três etapas: 1) a busca pelo critério “minorias” ou “minorias”; 2) a partir das ocorrências encontradas, verificaram-se os termos que definiam os grupos minoritários, que foram utilizados como critério para a segunda fase de pesquisa – negro(s), afrodescendente(s),

limitados ou negados apenas pelo fato de pertencerem a esse grupo, deve ser considerado um grupo minoritário” (LOPES, 2008, p. 163).

¹⁶ Os sítios eletrônicos são, respectivamente: <http://www.stf.jus.br>; <http://www.stj.jus.br>; <http://www.trf1.jus.br>; <http://www.trf2.jus.br>; <http://www.trf3.jus.br>; <http://www.trf4.jus.br>; <http://www.trf5.jus.br>; <http://www.tjac.jus.br>; <http://www.tjal.jus.br>; <http://www.tjap.jus.br>; <http://www.tjam.jus.br>; <http://www.tjba.jus.br>; <http://www.tjce.jus.br>; <http://www.tjdf.jus.br>; <http://www.tjes.jus.br>; <http://www.tjgo.jus.br>; <http://www.tjma.jus.br>; <http://www.tjmt.jus.br>; <http://www.tjms.jus.br>; <http://www.tjmg.jus.br>; <http://www.tjpa.jus.br>; <http://www.tjpb.jus.br>; <http://www.tjpe.jus.br>; <http://www.tjpi.jus.br>; <http://www.tjpr.jus.br>; <http://www.tjrj.jus.br>; <http://www.tjrn.jus.br>; <http://www.tjro.jus.br>; <http://www.tjrr.jus.br>; <http://www.tjrs.jus.br>; <http://www.tjsc.jus.br>; <http://www.tjse.jus.br>; <http://www.tjsp.jus.br> e <http://www.tjto.jus.br>.

¹⁷ Ressalva-se a decisão posterior à data indicada relativa ao reconhecimento de união estável de pessoas do mesmo sexo, dada a relevância do tema e a conformação de uma tendência observada na maioria dos precedentes coletados sobre o tema.

mulher(es), índio(s), indígena(s), portador(es) de necessidades especial(is), portador(es) de deficiência, deficiente(s), homossexual(ais), homoafetivo(s); cigano(s); 3) o terceiro critério utilizado foi baseado na obra de Jay A. Sigler, que lista as minorias pertencentes a uma série de países, dentre eles o Brasil, e que não havia sido contemplada – judeu(s)¹⁸. Além desses critérios, dada a diversidade de culto religioso no Brasil, utilizou-se o critério “religião”; e, por fim, “quilombola(s)” e “quilombo”, por se tratar de um grupo minoritário reconhecido pela Constituição Federal (artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT), tal qual o é o índio¹⁹ (artigos 231 e 232, especialmente).

Ressalte-se que não foram em todos os sítios que o sistema de busca operou e gerou resultados desde outubro de 1988, pois alguns deles possuem registros apenas a partir de 2002. Outra consideração a ser feita é que o critério utilizado para o crivo das decisões que formam o conjunto material de análise baseou-se em existência de controvérsia expressa que envolvia direitos fundamentais e discussões principiológicas relacionadas (em especial o princípio da igualdade, da isonomia ou da equidade). Outro crivo foi descartar decisões idênticas (ementa e núcleo argumentativo do voto), tomando-se apenas um caso representativo. A proposta é que o material sirva como base de dados para exame qualitativo, e não estatístico-numérico, de decisões caracterizadas direta ou indiretamente pelo tema minoria do período determinado.

Com a metodologia ora exposta, e a partir do acervo de precedentes formado por 250 casos, buscou-se observar: a) quais são os grupos considerados minoritários pelo Poder Judiciário; e b) como a categoria minoria é trabalhada nas decisões em relação a direitos fundamentais pleiteados ou carentes de reconhecimento. A importância atribuída a como a categoria minoria é aplicada pelos tribunais revela os meios de construção da realidade social pelo Judiciário, ao definir quais os grupos minoritários que o sistema jurídico pôde reconhecer. O reconhecimento realizado por um sistema jurídico, em larga medida legitimado por quem recorre a ele, pode ser um dos definidores sociais das denominadas minorias.

¹⁸ De acordo com Sigler (1983, p. 206), duas são as minorias brasileiras (ressalte-se que sua obra é de 1983), de acordo com levantamento feito pelo autor, com base em documentos da Organização das Nações Unidas e materiais acadêmicos e outros de referência: judeus, uma minoria religiosa, e indígenas.

¹⁹ Embora o termo índio e indígena não sejam sinônimos, percebe-se que ambos os termos podem ser utilizados com a mesma acepção, qual seja, a de nativo que habita o país antes da colonização. Adota-se no presente trabalho o termo empregado pelo documento a que se faz referência.

Ainda que o período seja limitado e que se trate de uma análise qualitativa e não quantitativa, é possível traçar algumas considerações a respeito de como as minorias têm sido constituídas nas decisões judiciais brasileiras. O estudo proposto visa identificar como a categoria minoria tem sido utilizada quando associada a direitos fundamentais, embora o conteúdo atribuído a ela nem sempre corresponda a um reforço argumentativo para o reconhecimento de direitos fundamentais. Se em uma decisão o magistrado constitui a relação jurídica, e atribui categorizações a um sistema classificatório que ele pressuponha, a constituição da realidade jurídica dos casos concretos é o que determina a realidade fática: a tradução da realidade fática tenta adequar os fatos para enquadrá-los na linguagem jurídico-processual, e o resultado do processo interpretativo (a decisão sobre uma *tradução* dos fatos) afeta diretamente a realidade fora do processo, reconstruindo-a.

No momento em que o Poder Judiciário, por meio de seu veículo comunicativo típico – a decisão do magistrado – afirma que certo indivíduo pertence a uma minoria, ou que um grupo é considerado minoria no país, ele deixa transparecer em sua afirmação um reconhecimento àquele indivíduo ou grupo de uma condição diferenciada e determinada por uma característica que ele, magistrado, percebeu como relevante, a ponto de buscar nela um fundamento que o eleve a uma categoria em um sistema classificatório. A partir daí, o sistema será composto não mais por indivíduos iguais, mas sim por coletividades diferenciadas, cujos indivíduos nelas enquadrados somente as compõem pelo aspecto constitutivo da categoria minoria.

A problemática que recupera os pressupostos naturalizados do magistrado está em perceber qual o sistema classificatório empregado, para compreender os fundamentos que levam à utilização ou não da categoria minoria para o reconhecimento de direitos. Somente se reconhecem direitos quando se admite a existência de um sujeito de direito. E a existência desse sujeito é possível a partir dos elementos perceptíveis que compõem um sistema classificatório no qual se insere este sujeito, sistema que conduz e direciona o olhar do magistrado. Pode-se recorrer ao sistema classificatório admitido pelo magistrado – perceptível nos fundamentos de sua decisão – e, então, observar como ele utiliza o Direito para o reconhecimento ou não de direitos.

Vale, ainda, reproduzir a análise de Paolo Comanducci (2008, p. 19-20) sobre duas alternativas teóricas aplicadas ao exame dos direitos fundamentais, centrais neste trabalho: a teoria reconstrutiva, crítica, ou normativa em sentido metodológico, cuja

tarefa do teórico do direito consiste em estabelecer “um aparato conceitual sobre a base de pautas metodológicas explícitas” e “construir modelos com pretensões explicativas da realidade (modelos que, sem embargo, podem também ter usos normativos, para criticar a realidade e servir de ideais reguladores)”; e a teoria descritiva, “que se situa num nível maior de abstração em relação à primeira alternativa”, cuja “tarefa do teórico do direito consiste em perceber a realidade jurídica concebida como fenômeno preponderantemente linguístico”, envolvendo os discursos do legislador, dos juizes, dos operadores práticos do direito, da dogmática.

A proposta do presente trabalho caminha pelas duas teorias assim classificadas por Comanducci:

Ambas as posturas teóricas – normativa e descritiva – têm necessariamente um aparato conceitual, que lhes serve como ferramenta para desenvolver suas atividades de investigação (por exemplo: um conceito de direitos fundamentais): mas a primeira – a teoria normativa – o estipula explicitamente, enquanto a segunda preponderantemente o aproveita da prática dos juristas e dos órgãos, tomando como ponto de partida um inventário dos usos linguísticos. (COMANDUCCI, 2008, p. 20)

Entende-se que não se poderia dissociar uma prática descritiva sem um direcionamento metodológico, ainda que indireto e inconsciente, nem afastar uma pressuposição descritiva para a elaboração de um aparato conceitual. Considera-se aqui que o fenômeno linguístico permeia ambas as propostas teóricas, não “alternativas”, mas complementares. Além disso, a forma *como* se descreve constitui uma realidade sobre a qual se pode criticar, reconstruir ou normatizar, e a adoção de uma ou outra metodologia determina um ou outro recorte e elaboração da realidade. Ao mesmo tempo, a análise discursiva não se restringe à descrição fenomênica, mas a própria descrição (percepção da realidade) é influenciada pela metodologia explícita ou implicitamente adotada²⁰.

A partir dessas considerações, o uso da categoria minoria associada aos direitos fundamentais foi buscado tanto nas práticas judiciais quanto na doutrina e na Constituição brasileira, bem como na legislação internacional concernente. Nesse

²⁰ Comanducci (2008, p. 21) chega a essa conclusão nestes termos: “Paralelamente, poder-se-ia dizer que as teorias do primeiro tipo, as normativas, são também, indiretamente, descritivas, já que os conceitos e os modelos que constroem pretendem abarcar os elementos relevantes da realidade jurídica; e que as teorias do segundo tipo, as teorias descritivas, são também, indiretamente, normativas, já que necessariamente selecionam apenas alguns usos linguísticos e escolhem, com o critério da relevância, apenas alguns elementos da realidade jurídica.”

sentido, busca-se abarcar o uso da categoria minoria a partir do discurso (dos precedentes e da doutrina) e também a partir de normas nacionais e, complementarmente, internacionais. Não se ignora os conceitos doutrinários e normativos sobre “minorias”, mas quer-se expor o que uma minoria poderia ser por meio do discurso dos precedentes. Há uma convivência não excludente de conceitos que podem dialogar: tanto aquele elaborado teoricamente quanto o outro compreendido na prática de cada caso concreto. A preocupação deste trabalho é evitar, na medida do possível, a imposição de pré-conceitos, que prejudicam uma proposta crítica.

2.1 Resultados obtidos e algumas considerações

A pesquisa dos precedentes buscou abranger as várias instâncias de todo o país, tendo em vista a hipótese de que diferentes grupos chamados minorias variariam de acordo com a região e, ainda em outro nível, entre os estados de uma mesma região. Tal hipótese considera a categoria como relacional, estabelecida contextualmente e de acordo com a situação histórico-social do integrante de um grupo minoritário. A partir dessa consideração, esperava-se, por exemplo, encontrar maior incidência de precedentes sobre indígenas como minorias na região norte do país.

Os resultados obtidos revelaram um cenário diverso. A incidência esperada do exemplo mencionado não foi encontrada, assim como outras supostas minorias – por exemplo, os membros de credos afro-brasileiros – não foram associadas necessariamente a minorias. Para explicar tais resultados, pode-se sugerir que: i) demandas de grupos que se esperavam minoritários pela formação cultural brasileira não foram levadas ao Judiciário nas instâncias pesquisadas; ii) em caso de provocação das referidas instâncias por parte dos membros dessas minorias, as demandas não mencionaram associação a características minoritárias; iii) os grupos minoritários esperados em determinadas regiões, em razão de sua maior probabilidade de existência, não são vistos como minorias localmente; e iv) a não incidência esperada pode decorrer do não acesso ao Judiciário por parte de seus membros, seja por obstáculos institucionais, culturais ou econômicos, seja por opção de solução de controvérsia não-judicial.

As sugestões revelam os limites da pesquisa, mas reforçam o objetivo da empreitada: os discursos e os silêncios fora dos tribunais não é objeto da presente investigação, mas sim aqueles presentes na argumentação publicada dos precedentes. Parte-se, portanto, da hipótese de que as minorias reveladas pelas decisões selecionadas buscaram, de alguma forma, o reconhecimento pelo Poder Judiciário de sua condição minoritária, por meio das mais variadas demandas. A busca por esse reconhecimento pelo Poder Judiciário e a existência de diversas demandas apontam para questões pertinentes ao tema: o papel do Judiciário no reconhecimento das minorias e a heterogeneidade do que se classifica como uma minoria no Brasil.

A escolha por se analisar qualitativamente decisões do Poder Judiciário brasileiro não ignora as outras vozes possíveis que compõem o processo de reconhecimento público de uma minoria. A presença de movimentos sociais, organizações não-governamentais, associações, grupos de estudo e discussão, profissionais militantes e outras fontes de reconhecimento participam e impulsionam os debates sobre a temática. As políticas públicas são outra fonte de reconhecimento institucional por parte do governo, como ilustram o Programa Brasil Quilombola²¹, A Cor da Cultura²², o Programa Brasil Sem Homofobia²³, o Plano Nacional LGBT²⁴, o Programa Interagencial de Promoção da Igualdade de Gênero, Raça e Etnia²⁵, a Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres²⁶, dentre outros.

Entretanto, privilegiou-se o discurso dos tribunais e, dentro dele, o discurso escrito e formalizado na decisão (sentença ou acórdão), por entender ser esse campo também uma fonte de reconhecimento público, institucional, pertencente a um sistema

²¹ Sobre o PBQ, relatórios e atendimento às populações remanescentes dos quilombos, ver o sítio e as atividades da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial - SEPPPIR: <http://www.seppir.gov.br/acoefs/pbq>. Acesso em : 02 fev. 2012.

²² Sobre o programa voltado para a inclusão da cultura negra e as atividades desenvolvidas pela SEPPPIR, ver o sítio <http://www.acordacultura.org.br/>. Acesso em : 02 fev. 2012.

²³ Sobre o programa e a coordenação da Secretaria de Direitos Humanos - SDH, ver o sítio <http://www.sdh.gov.br/clientes/sedh/sedh/brasilsem>. Acesso em : 02 fev. 2012.

²⁴ Sobre o Plano Nacional voltado à comunidade LGBT, ver o sítio, também da SDH: http://www.sdh.gov.br/clientes/sedh/sedh/brasilsem/plano_lgbt. Acesso em : 02 fev. 2012.

²⁵ Sobre o programa que “visa promover a igualdade entre os gêneros, entre mulheres brancas e negras e o empoderamento de todas as mulheres. Ele é construído em parceria pela ONU (Organização das Nações Unidas) e pelo governo brasileiro para facilitar o alcance dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), da Declaração do Milênio, elaborada em 2000, pelos 191 Estados-Membros da ONU”, ver o sítio: <http://www.generoracaetnia.org.br/pt/programa.html>. Acesso em : 02 fev. 2012.

²⁶ Sobre o Pacto Nacional que definiu as políticas públicas nos diversos níveis da federação, coordenado pela Secretaria de Políticas para as Mulheres - SEPM, ver o sítio: <http://www.sepm.gov.br/subsecretaria-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres/pacto/Pacto%20Nacional/view>. Acesso em : 02 fev. 2012.

adotado e legitimado como competente para analisar conflitos e demandas. Justifica-se essa escolha devido à centralidade que o Poder Judiciário hoje desempenha nas democracias pluralistas. As vantagens de se analisar esse campo são a possibilidade de alcançar uma quantidade maior de material empírico que permita sugerir hipóteses mais generalizáveis, o acesso a fontes de todo o país sem a necessidade de deslocamento físico e, principalmente, o caráter público e oficial dos documentos analisados.

A última vantagem mencionada encontra-se com o interesse em refletir sobre os mecanismos públicos de compreensão, assimilação ou mutação e reprodução de discursos particulares por aqueles representantes do Estado. A forma como se opera a tradução de demandas para a linguagem jurídica e a reconstrução do vivido ao homologado²⁷ apresenta-se como o desafio motivador da pesquisa. É por essa razão que o exame dessa espécie de material (as decisões) tem sua relevância ao lado de outras pesquisas empíricas.

Outro fator a ser destacado sobre a opção da metodologia e do material é a tentativa de não enviesar a pesquisa. Tal como foi dito, tentou-se perceber quais grupos foram considerados “minorias” expressamente pelo Poder Judiciário e, a partir delas, buscar outros precedentes que não as citassem como minorias, como forma de comparar os contextos em que a categoria aparece. Completou-se a pesquisa com a informação de outras indicações de minorias como forma de perceber o contexto dessas ocorrências não encontradas pelo critério “minorias”. Retoma-se, mais uma vez, a noção de contexto local das minorias, o que implica afastar algumas minorias reconhecidas pelo mundo que não o são no Brasil²⁸. A preocupação com o processo metodológico empregado foi, exatamente, revelar quais são as minorias brasileiras assim reconhecidas pelo Poder Judiciário, por meio de suas decisões.

Não significa dizer que essas minorias assim reconhecidas pelos magistrados limitam-se àquelas reconhecidas pelo Estado brasileiro. As populações ribeirinhas²⁹, por exemplo, são consideradas minorias por outras instituições, mas não são associadas ao

²⁷ Ver, por exemplo, interessante obra de BATISTA, 2008.

²⁸ O Poder Judiciário no Brasil não trata os imigrantes como minorias, o que é bastante comum nos países europeus. A esse respeito, existe um sítio atribuído à “Organização para minorias europeias”, definida como “uma associação para promoção de minorias nacionais (povos e nações minoritárias na Europa)”, cujo objetivo é “difundir informação sobre a situação delas por meio do trabalho de um número grande de correspondentes e tradutores”. No referido sítio há uma listagem das minorias europeias reconhecidas: <http://www.eurominority.eu/version/por/index.asp>. Acesso em 25 jan. 2011.

²⁹ Ver, por exemplo, a referência a essas populações nos relatórios oficiais sobre a construção da Usina de Belo Monte, no Alto Xingu, Estado do Pará.

termo “minoria” em nenhuma ocorrência nos sistemas de dados pesquisados. Outro registro é como a minoria cigana foi percebida pelo Judiciário e como o é por outros espaços estatais. Se as ocorrências encontradas para os ciganos relacionam-se a supostos crimes cometidos por eles, no Ministério da Cultura há projetos sociais de incentivo à cultura cigana³⁰. Uma e outra observação servem para esclarecer que a presente análise é complementar a um vasto campo de pesquisa que o tema minorias sugere. Não se trata, pois, de quais minorias o Estado brasileiro reconhece oficialmente, mas sim aquelas indicadas e associadas à categoria minoria pelos magistrados.

A utilização da categoria minoria pode ser veiculada pela demanda, como pela decisão: das decisões, teve-se acesso, conforme explicado acima; das demandas, porém, o acesso não foi possível na maior parte dos casos. Trata-se, portanto, de uma pesquisa de decisões cujo resultado final reconhece ou não uma minoria contextualizada, sem que haja possibilidade de verificar sua correspondência com o conteúdo da demanda³¹. Se a categoria minoria fora informada ou não pelo autor da ação na construção de seu pedido como reforço argumentativo, o magistrado pode ter levado em consideração ou não esse argumento. Grande parte dos casos que denegam o pedido de “minorias” reproduz ou deixa subentendido que não se pode avaliar como minoria a relação julgada. O problema está em saber se a parte utilizou a categoria nas decisões em que se reconhece tal condição.

De qualquer forma, a leitura das decisões e do inteiro teor disponível de algumas delas pode ser feita a partir do que está escrito, do que se pode subentender e do que deixou de ser escrito. Não se presume que tal procedimento revelará alguma verdade de análise; ao contrário, ela poderá indicar uma possível análise a partir de um ponto de vista de referenciais determinados. Ao elaborar o presente trabalho, não se ignora a subjetividade e a contextualidade inerentes ao pesquisador como sujeito e objeto, como

³⁰ O referido incentivo tornou-se um projeto que premiou as melhores propostas de valorização da cultura cigana, cujo resultado foi publicado em novembro de 2010, visto no seguinte sítio eletrônico, acessado em 25 jan. 2011: <http://www.cultura.gov.br/site/2010/11/10/cultura-cigana-3/>

³¹ Em alguns casos ocorre a reprodução do argumento pelo discurso indireto, como ilustram os seguintes votos: relatora desembargadora Albergaria Costa no processo nº 1835662-22.2005.8.13.0079 – CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO (DJ de 14/09/2007; Julg. 06/09/2007), do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG: “Em suas razões recursais (fls.182/191), a apelante defendeu a constitucionalidade das Ações Afirmativas que objetivam promover a inserção de minorias normalmente excluídas, a exemplo da Lei Municipal n.º 3.829/04, viabilizando a isonomia material”; e Juiz Caetano Levi Costa, no processo nº 3043634-61.2000.8.13.0000 - MANDADO DE SEGURANÇA (DJ 26/04/2000; Julg.11/04/2000), também do TJMG: “A simples afirmativa, em petição inicial de ação possessória, de alguém liderar grupo de sem-terra, não configura dano moral porque é comum, na atualidade, a existência de várias MINORIAS civis lutando por seus pretensos direitos”.

participante de um ambiente jurídico em que compartilha determinados referenciais, mas também apegada a outros referenciais³². A partir dessa consciência e dos referenciais adquiridos, este trabalho é resultado de um esforço para trazer outros elementos que contribuam para o debate do tema minorias no Direito brasileiro.

3. O contexto da diversidade

Não temais, senhor... Todo o povo vos ama, e a Nação vos estima; mas desejo que aprendais a conhecer-vos, e aos outros homens.
(Qorpo Santo. *Hoje sou um; e amanhã outro*)

Compreender o paradigma em que as discussões sobre diversidade cultural se encontram permite observar o lugar das minorias nas sociedades plurais. As minorias emergem em um contexto em que a diversidade era vista como blocos homogêneos, uma espécie de “monismo hermenêutico do significado” (AMORÓS *Apud* SAÉNZ; IBAÑEZ, 2007, p. 93), em que somente seria compreensível a diferença entre aqueles que compartilhassem o marco simbólico próprio de cada totalidade cultural. A concepção de que as culturas não são nem estáticas, nem homogêneas e muito menos autorreferidas é uma percepção mais recente, ligada ao multiculturalismo ou ao interculturalismo³³. A ideia de minoria foi transformada à medida que o convívio com o outro, o diferente, tornou-se inescapável:

A identidade *nacional*, permita-me acrescentar, nunca foi como as outras identidades. Diferentemente delas, que não exigiam adesão inequívoca e fidelidade exclusiva, a identidade nacional não reconhecia competidores, muito menos opositores. Cuidadosamente construída pelo Estado e suas forças (ou “governos à sombra” ou “governos no exílio” no caso de nações aspirantes – “nações *in spe*”, apenas clamando por um Estado próprio), a identidade nacional objetivava o direito monopolista de traçar a fronteira entre “nós” e “eles”. [...] a identidade nacional só permitiria ou toleraria essas outras identidades se elas não fossem suspeitas de colidir (fosse em princípio ou ocasionalmente) com a irrestrita prioridade da lealdade nacional. Ser indivíduo de um Estado era a única característica confirmada pelas autoridades nas carteiras de identidade e nos passaportes. Outras

³² A formação em Ciências Sociais pela Universidade de Brasília justifica o enfoque dado a este trabalho e meu ensejo de caminhar pelo Direito e pela Antropologia/Sociologia, cujos saberes, a meu ver, são complementares.

³³ A serem explicados na sequência.

identidades, “menores”, eram incentivadas e/ou forçadas a buscar o endosso-seguido-de-proteção dos órgãos autorizados pelo estado, e assim confirmar indiretamente a superioridade da “identidade nacional” com base em decretos imperiais ou republicanos, diplomas estatais e certificados endossados pelo Estado. Se você fosse ou pretendesse ser outra coisa qualquer, as “instituições adequadas” do Estado é que teriam a palavra final. (BAUMAN, 2005, p. 28)

A noção tradicional de minoria fora importada do âmbito internacional, o *locus* de onde partira a ideia de que cada nação detinha uma identidade homogênea. A definição de minoria atribuída pela Organização das Nações Unidas³⁴ foi muito discutida. Há quatro marcos temporais a serem destacados, em que se buscou identificar minorias por critérios diversos: o primeiro³⁵, em 1949, adotou como parâmetro a forma de surgimento das minorias; em 1952, estabeleceram-se fatores que as caracterizassem; em 1977, a partir dos estudos de Francesco Capotorti, para a Subcomissão para a Prevenção e Proteção das Minorias, das Nações Unidas, que ressalta o elemento subjetivo e afasta o caráter numérico; e, finalmente, 1993, quando aprovada a Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas ou Linguísticas.

Em 1949 a ONU afirmava como a minoria poderia ser formada³⁶. A definição então utilizada estava atrelada às ideias de Estado e de Nação, pois o que se buscava preservar com esse critério era a conformação dos Estados que abrigavam habitantes multiétnicos em seus territórios. A formação dos Estados-nação antecedia a formação dos grupos minoritários conforme o critério adotado, ressaltando a existência nacional face às minorias e sua condição de grupo, pois “O Estado-nação não é neutro; seu aparato político é uma máquina de reprodução nacional.” (WALZER, 1999, p. 34-35).

As duas primeiras formas mostram que a minoria associa-se a uma formação nacional ou potencial formação nacional anterior que passa a integrar outro Estado.

³⁴ A criação das minorias como categoria jurídica está associada ao Direito Internacional Público, como afirma Celso D. de Albuquerque Mello. (MELLO, 2004. p. 952;954).

³⁵ “Talvez o primeiro momento mais específico de proteção das minorias possa ser considerado a Conferência da Paz (Paris 1919), que expressamente declarou a igualdade de todas as pessoas perante a lei, a igualdade dos direitos civis e políticos, a igualdade de trato e a segurança das minorias. Cabe, sem dúvida, à Sociedade das Nações o mérito de ter sido a primeira organização internacional que buscou proteger universalmente os direitos de todas as pessoas.” (LOPES, 2008, p. 162).

³⁶ “[...] a) anteriormente (era) uma nação independente organizada em Estado distinto (ou uma Organização) tribal mais ou menos independente; b) ela podia fazer parte anteriormente de uma nação organizada em Estado distinto e ter em seguida se separado deste Estado e se anexado a um outro; c) um grupo regional ou disperso unido por alguns sentimentos de solidariedade ao grupo predominante e que não tenha sido assimilado por este, mesmo em um fraco grau”.(MELLO, 2004. p. 956).

Apenas a terceira forma apresentada prevê a existência de pessoas que não pertenciam a um Estado, mas que formavam um grupo pouco ou não assimilado. Essa característica de assimilação aponta para a diferenciação entre Estados multiétnicos e multinacionais, sendo o primeiro deles formado por vários grupos de origens históricas e culturais diversas que compõem o Estado-nação de maneira originária, levando em conta a acepção clássica de Estado-nação (critério da origem), enquanto o segundo revela as condições históricas de formação dos Estados, que inclui fragmentação e incorporação de mais de um Estado (critério da formação histórica do Estado).

No ano de 1952 a ONU estabelece algumas características para determinar o que seria uma minoria. São elas:

- a) a existência entre os súditos de numerosos Estados de grupos de populações distintas (...) apresentando tradições ou características étnicas, religiosas ou linguísticas diferentes das do resto da população e que deveriam ser protegidas por medidas especiais, no plano nacional ou internacional, a fim de que possam conservar e desenvolver as tradições ou características em questão;
- b) a existência de um fator especial, a saber que alguns grupos minoritários não têm necessidade de proteção. Tais grupos compreendem notadamente aqueles que, mesmo sendo numericamente interiores [*sic*] ao resto da população, constituem o elemento dominante (...);
- c) o risco de adotar as medidas podendo conduzir a abusos no meio das minorias, cujas aspirações espontâneas a uma vida tranquila de cidadãos satisfeitos, súditos de um Estado dado, poderiam ser perturbadas por elementos tendo interesse de suscitar entre os membros destas minorias a deslealdade em relação a este Estado;
- d) o fato que não poderia ser indicado de assegurar o respeito de usos que seriam incompatíveis com os direitos do homem que proclama a Declaração Universal dos Direitos do Homem;
- e) as dificuldades que engendrariam as pretensões ao estatuto de minoria, que poderiam criar grupos tão pouco importantes que a outorga a estes grupos de um tratamento especial poderia, por exemplo, onerar os recursos do Estado de uma carga sem proporção com o seu objeto (MELLO, 2004, p. 956-957).

Tais características visaram evitar o uso da categoria minoria como forma de abuso em detrimento do Estado. Elas restringem o conceito para manter e assegurar o

controle dos entes estatais privilegiando a coesão nacional. Celso D. Albuquerque Mello registra ainda que a recomendação em como definir as minorias era entendê-las como “grupos de população não-dominantes que possuem e desejam conservar tradições ou características étnicas, religiosas ou linguísticas estáveis se diferenciando claramente daquelas do resto da população”. Elas devem, ainda, ser “numericamente bastante importantes para serem capazes de conservar por elas próprias tais tradições ou características”, e assevera que “os membros das minorias devem lealdade ao Estado de que são súditos” (MELLO, 2004, p. 957).

Em 1977, o relator especial da Subcomissão para a Prevenção e Proteção das Minorias, Francesco Capotorti, afasta a dimensão numérica e privilegia o desejo manifestado pelo grupo de conservar sua individualidade. Minoria fora conceituada pela Subcomissão para a Prevenção e Proteção das Minorias, das Nações Unidas, como “aqueles grupos não dominantes em uma população que possua e deseje preservar tradições estáveis étnicas, religiosas ou linguísticas, ou características diferentes do resto da população”³⁷.

Em 3 de fevereiro de 1993, é aprovada a Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas ou Linguísticas, de 18 de dezembro de 1992, que visa respaldar o que previa o artigo 27 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos de 1966³⁸. Nesse documento, não se atribui a minorias, tal como grupo, as proteções previstas, mas sim “às pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas”, embora haja um destaque feito pelo artigo 3, item 1, da mencionada Declaração:

As pessoas pertencentes às minorias poderão exercer seus direitos, incluídos os que se enunciam na presente Declaração, individualmente bem como em comunidade com os demais membros de seu grupo, sem discriminação alguma³⁹.

Com esse dispositivo, esclarece-se o sujeito de direito a quem se declara a garantia, qual seja, ao indivíduo, adaptável às tradições individualistas modernas;

³⁷ UNITED NATIONS. Subcommission on Prevention and Protection of Minorities. Yearbook on Human Rights. New York: United Nations, 1952. (*Apud* SIGLER, 1983, p.490.)

³⁸ O artigo mencionado possui o seguinte teor: “Art. 27. Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencendo a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seus grupos, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua”.

³⁹ NACIONES UNIDAS. **Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas ou Linguísticas.** Disponível em: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/47/135>. Acesso em: 27 jan. 2010.

entretanto, seu exercício não se dá apenas individualmente, mas permite também o usufruto coletivo, vez que somente se pode pensar em minoria quando há um grupo a ela associado.

A visão clássica do conceito exclui o aspecto dinâmico adquirido pela categoria minoria hoje. As minorias ultrapassam a noção firmada pela ONU em um contexto de nacionalidades e identidades associadas a Estados. Outros grupos considerados minorias, como os homossexuais, as mulheres, os quilombolas, os afrodescendentes, os ciganos, os indígenas, revelam outra necessidade buscada no uso da categoria: o reconhecimento e o direito à diferença em sociedades plurais, independentemente de relação com identidades nacionais.

Cabe uma observação quanto ao termo “grupos vulneráveis”, por vezes utilizados pela literatura. Guerra e Emerique (2008, p. 15-16) expõem:

A noção de minoria correlaciona-se mais estritamente ao elemento numérico referente a um contingente menor de pessoas, o que de certa forma pode ser uma caracterização reducionista, tendo em vista que nos dias de hoje não cabe estabelecer uma divisão com base apenas no aspecto quantitativo, principalmente porque geraria impasses em relação a grupos que muitas vezes são socialmente discriminados ou marginalizados, embora não correspondam estritamente a um grupo inferiorizado numericamente, como as mulheres, as crianças, os idosos, etc.

Muito embora exista esta confusão conceitual entre minorias e grupos vulneráveis, cumpre mencionar que a primeira categoria refere-se a sujeitos que ocupam uma posição de não-dominância no país ou grupo social no qual vivem, enquanto os grupos vulneráveis constituem-se num contingente expressivo numericamente, como as mulheres, crianças e idosos. Os grupos vulneráveis são mais facilmente identificados como pessoas destituídas de poder, mas que dispõem de cidadania e dos demais requisitos que poderiam torná-los minorias.

Percebe-se a dificuldade em distinguir minorias de grupos vulneráveis sem que haja uma lista prévia, ou que os critérios adotados correspondam a uma distinção necessária. Por essa razão, não é intuito do presente trabalho afastar a expressão “grupos vulneráveis” do objetivo final, que é servir como mais um fundamento para o reconhecimento de direitos.

No presente trabalho, no entanto, a proposta de se analisar a categoria minoria pela ótica do direito, especialmente pela análise dos casos concretos, tenta englobar

também os “vulneráveis”, na medida em que as minorias também são vulneráveis e o critério quantitativo, como acima exposto, não é mais definidor da expressão. Nesse sentido, a ideia de vulnerabilidade de alguns grupos pode ser transmitida pela noção de *minoría social*, uma das formas de qualificar uma minoria, caso haja necessidade para tanto. A distinção, embora exista, não é relevante para o sistema jurídico, na medida em que todas essas demandas podem ser tratadas como “direitos”.

Não se pode querer conter a complexidade dos fenômenos em conceitos, mas buscar atribuir alguma razão de ser às categorias. A existência da categoria minoria como atributo de alguns grupos que carecem de reconhecimento em determinados contextos é uma maneira de apresentar a diversidade e as questões que emergem com ela, como as que se apresentam ao Judiciário. Os vários enfoques possíveis sobre o tema ainda assim não dariam conta de muitos outros, por óbvio, mas são válidos na medida em que expõem sutilezas geralmente sufocadas por simplificações.

Há, ainda, uma preocupação com o engessamento de um rol prévio que pretenda dar conta de quem seriam minorias, sem contextualização. Isso porque a categoria poderia servir como estigma (GOFFMAN, 2008), com a reprodução de uma situação de “excepcionalidade” ao padrão majoritário. O que se vislumbra com o estudo da utilização da categoria minoria é que ela se restrinja ao papel de reforço argumentativo para o reconhecimento de direitos fundamentais, devido a qualquer pessoa; mas que a necessidade de se invocar essa categoria não seja recorrente como meio de enfatizar um *deficit* de pessoas não consideradas como iguais em sua diferença ao longo da história – que sejam reconhecidos direitos por sua natureza fundamental⁴⁰.

O contexto maior em que se dão as atribuições de conteúdo à categoria minoria está nas chamadas sociedades plurais, que pressupõem o multiculturalismo ou o interculturalismo. Conflitos, democracia e representatividade, ações afirmativas, discriminação e outros temas em pauta inserem-se nesse contexto mais amplo, tal como estão as minorias, presentes em todas essas questões. É, portanto, relevante perceber como o multiculturalismo e o interculturalismo são compreendidos para, então, conhecer o contexto particularizado das minorias.

3.1. Multiculturalismo e interculturalismo

⁴⁰ A ser explorado pelo Capítulo III.

O paradigma em que as discussões sobre sociedades plurais ocorrem pode ser chamado de multiculturalismo ou interculturalismo, tendo prevalência do primeiro sobre o segundo em referências quantitativas na literatura. Multiculturalismo e interculturalismo não são sinônimos. Há uma utilização específica dos termos “multiculturalismo” e “interculturalidade”, bem como dois planos de análise desses conceitos: as formas de abordagem ideal e as relações de fato que contenham a diversidade cultural e identitária⁴¹. Carlos Giménez Romero classifica multiculturalismo e interculturalidade como modalidades do pluralismo cultural.

Segundo o autor, o pluralismo é a categoria geral de uma sociedade democrática, em que se encontram o pluralismo social, político, jurídico, cultural etc. O pluralismo cultural indica valoração positiva da diversidade e respeito à diferença e, dele, surgiriam as duas “concretizações do paradigma pluralista”: o multiculturalismo e a interculturalidade⁴². Diante dos planos de análise – o fático e o normativo – Romero apresenta a seguinte tabela:

Plano Fático	MULTICULTURALIDADE	INTERCULTURALIDADE
O dos fatos O QUE É	= diversidade cultural, linguística, religiosa...	= relações interétnicas, interlinguísticas, interreligiosas...

⁴¹ “En efecto, una cosa es que en un determinado país, o en una escuela, la diversidad cultural tenga una determinada presencia, intensidad y modos de expresión, y que las relaciones entre los sujetos en función de sus identidades y culturas sean unas y otras (con conflicto manifiesto, latente o ambos; con mayor o menor relación de dominación y subordinación; con actitudes y comportamientos racistas o no, etc) y otra cosa es que cada cual (autoridades, partidos políticos, líderes sociales, grupos de opinión, profesionales, etc) considere que es lo mejor en cuanto a cómo abordar y tratar la diversidad sociocultural. Lo que estoy sugiriendo es la necesidad de distinguir entre la realidad social y política de las relaciones de hecho y las concepciones ideológicas y propuestas axiológicas o éticas de cómo deberían ser las cosas”. (GIMÉNEZ ROMERO, 2003, p. 2)

⁴² O autor complexifica essa noção, ao atribuir à noção de pluralismo cultural “a presença, a coexistência ou a simultaneidade de povos com distintas culturas de um determinado espaço territorial e social”, incluindo uma entidade supranacional, nações sem Estados, Estados sem nação, regiões, municípios e mesmo escolas, como também a noção de proposta política, institucional, a ser colocada em prática. (GIMÉNEZ ROMERO, 2003, p. 6)

Plano Normativo O das propostas sociopolíticas e éticas O QUE DEVERIA SER	MULTICULTURALISMO Reconhecimento da diferença 1.- Princípio de Igualdade 2.- Princípio de Diferença	INTERCULTURALISMO Convivência na diversidade 1.- Princípio de Igualdade 2.- Princípio de Diferencia 3.- Princípio de Interação Positiva
	Modalidade 1	Modalidade 2
PLURALISMO CULTURAL		

Tabela 1: Proposta terminológica e conceitual⁴³

Como se observa na tabela de Giménez Romero, o multiculturalismo orienta-se pela busca do reconhecimento da diferença no plano normativo e constata a diversidade em várias esferas sociais (cultura⁴⁴, religião, língua); já o interculturalismo preza pela interação e ocupa-se das relações. Há, pois, uma aparente natureza estática do multiculturalismo e uma aparente natureza dinâmica no interculturalismo, tal como é apresentado por Giménez Romero. Entretanto, ambas se enquadram no que ele denomina “inclusão real” (realizada pelo pluralismo cultural) por oposição à “inclusão aparente”, em que há a homogeneização por assimilação ou fusão cultural (*melting pot*). A inclusão real seria aquela que se contrapõe à exclusão, mas tanto o multiculturalismo como o interculturalismo teriam cada um sua estratégia própria; tal classificação, evidentemente, dar-se-ia em um plano político-ideológico.

O que diferenciaria o interculturalismo do multiculturalismo seria o *princípio da interação positiva*, como proposto no quadro acima reproduzido. Giménez Romero acentua que as políticas de reconhecimento propostas com base no multiculturalismo fracassaram por serem insuficientes para a coesão social, e por tenderem a reforçar uma identidade nacional contra identidades que perseguem sua diferença, criando um “novo

⁴³ Tabela elaborada por Carlos Giménez Romero (2003, p.5). Tradução da autora.

⁴⁴ Embora Giménez Romero considere diversidade cultural apartada de diversidade religiosa ou linguística, há que se destacar as acepções e empregos possíveis do termo “cultura”. Sobre o tema: GEERTZ, 1989, uma leitura interpretativista; LARAIA, 1986 (1ª edição), em uma leitura culturalista; e GIMÉNEZ ROMERO, 1997, em uma síntese de como a cultura pode ser compreendida pela Antropologia Social.

racismo” em que se vê ameaçada a identidade nacional. Esse princípio sustenta as principais características da interculturalidade, que são acentuadas em uma comparação feita pelo autor.

Para ele, o multiculturalismo acentua cada cultura, como etapa fundamental para o reconhecimento, o que leva a uma ênfase nas diferenças; já o interculturalismo preocupa-se com a interrelação das diferentes culturas e busca a convergência e o estabelecimento de vínculos e pontos em comum. O multiculturalismo também destaca a cultura e a história própria, os direitos de cada um, o sistema jurídico único a cada povo, enquanto o interculturalismo pretende fomentar o aprendizado mútuo, a cooperação e o intercâmbio. Se o multiculturalismo parece conformar-se com a coexistência, e espera que a convivência social surja do respeito e aceitação do outro, o interculturalismo apresenta-se como programa cujo cerne está na convivência entre diferentes, com uma regulação pacífica da conflitualidade interétnica. O multiculturalismo, por fim, aborda a diversidade; o interculturalismo pretende construir a unidade na diversidade.

Giménez Romero alerta que o interculturalismo não significa mera interrelação ou “intercâmbio, mestiçagem, sincretismo ou simbiose”, mas apresenta-se como “instrumento para convivência”, um projeto político que visa “o comum, o que une, as convergências”, ou como recentemente denominou, “modelo sociopolítico de gestão da diversidade sociocultural” (ROMERO, 2010, p. 19). Sua proposta, como se apresenta, pretende lidar com a diversidade cultural de maneira proativa⁴⁵.

Multiculturalismo e interculturalismo são geralmente analisados separadamente, sem que haja uma pressuposta relação entre eles, tal como colocada por Giménez Romero. Cabe, portanto, indicar algumas posições teóricas dentre os autores que trabalham o conceito de multiculturalismo e o interculturalismo. Pretende-se, com isso, delinear o debate entre os dois conceitos e compreender como se situam as minorias nesse campo de análise.

O conceito de interculturalidade pode também se referir à hibridez e miscigenação cultural, resultante especialmente do processo histórico da formação dos

⁴⁵ O autor faz referência às aplicações práticas de sua proposta e as experiências até então realizadas no texto.

povos latino-americanos⁴⁶. Tome-se a definição de Angel Marcelo Ramírez Eras: dentre as sutis distinções que derivam do termo (a partir do conflito, da língua, do conhecimento científico, da diferença, da identidade) pode-se entender por interculturalidade um “processo de convivência humana baseado no respeito à relação recíproca de valores entre várias culturas”, bem como a “aceitação” e a “valorização” das diferenças a partir da interrelação pessoal de migrantes, sem que se perca a própria identidade (ERAS, 2001). Quando há valores de uma cultura subordinados a de outra dominante, a interculturalidade é o “reconhecimento das diferenças na confrontação e no conflito” (ERAS, 2001).

Virgilio Alvarado (2003) e, no mesmo sentido, Fidel Tubino (2003) também distinguem a interculturalidade do multiculturalismo, como atesta Ana Maria D’Ávila Lopes (2008, p. 167):

[...] o Multiculturalismo propugna a convivência num mesmo espaço social de culturas diferentes sob o princípio da tolerância e do respeito à diferença, a Interculturalidade, ao pressupor como inevitável a interação entre essas culturas, propõe um projeto político que permita estabelecer um diálogo entre elas, como forma de garantir uma real convivência pacífica.

Joaquín Herrera Flores utiliza o termo interculturalidade em lugar de multiculturalismo por entender que: “Toda prática cultural é [...] um sistema de superposição entrelaçadas, não meramente superpostas. Este entrecruzamento nos conduz a uma prática dos direitos inserindo-os em seus contextos [...]”. (FLORES, 2002, p. 23-24). Interculturalidade, segundo o autor, remete a uma idéia de diversidade horizontal interrelacionada, diferentemente do termo “multiculturalismo”.

Multiculturalismo, segundo Valter Roberto Silvério, tem como gênese a “ciência moral e social grega”, como meio do pan-helenismo para incitar a “cruzada pela dominação mundial” e como “justificativa da escravidão, a subordinação das mulheres e a construção de uma hierarquia de ordem constitucional distintiva pela recorrência e/ou insinuação a leis naturais oriundas da diversidade cultural” (SILVÉRIO, 2000, p. 84).

Se em sua origem o termo multiculturalismo hierarquizava as diferenças, o emprego do termo permaneceu com esse viés etnocêntrico. Silvério localiza essa

⁴⁶ É notória a difundida utilização do termo *interculturalidad* entre os autores de origem latino-americana, como forma de destacar as particularidades necessárias a um conceito aplicável à América Latina em relação ao multiculturalismo, geralmente empregado por autores anglófonos.

utilização nos discursos pré-moderno e moderno, em que a “moderna narrativa multicultural” posicionava o

[...] Ocidente como a civilização e a Europa branca como a agência consciente de desenvolvimento histórico humano [...]. Se o contexto foi antigo, medieval ou mais recente um sistema-mundo, o multiculturalismo pré-moderno e o moderno são, aparentemente, discursos que pretendem dissimular prerrogativas de poder, dissimular a humanidade do Outro, dissimular as terríveis estratégias políticas de subordinação (SILVÉRIO, 2000, p. 85).

Silvério define, por fim, o que entende por multiculturalismo, tal qual como julga ser empregado hoje:

Em resumo, o multiculturalismo pode ser definido, através de uma variedade de constructos ideológicos e de significados, como um terreno de luta em torno da reformulação da memória histórica, da identidade nacional, da representação individual e social e da política da diferença. (SILVÉRIO, 2000, p. 86).

O multiculturalismo é, pois, empregado sob um enfoque político a partir de sua construção histórica, tendo por objetivo o reconhecimento das diferenças grupais e sua representatividade em um contexto predominado por outro grupo. Rainer Bauböck alerta para o termo tornar-se obscuro, dada a sua utilização indiscriminada. Com o propósito de esclarecê-lo, o autor distingue dois empregos observados nas teorias sociológica e política: o uso explanatório e o normativo (BAUBÖCK, 1996, p. 204).

No primeiro caso, o multiculturalismo pode figurar tanto como um fenômeno a ser explicado como algo que explique outros fenômenos. Se fenômeno, o multiculturalismo é usado descritivamente, e refere-se à

[...] existência de vários grupos culturalmente distintos da sociedade, esta geralmente identificada com a população residente de um Estado-nação, e salienta tais distinções para a alocação de recursos ou posições sociais e para a percepção de distinções entre grupos dentro dessa sociedade (BAUBÖCK, 1996, p. 204)⁴⁷.

Se multiculturalismo for considerado como uma explicação de outros fenômenos, seu emprego é diagnóstico. Nesse sentido, multiculturalismo é visto como causa, não como efeito, e pode ser percebido como “fonte de conflito e divisão”, quando

⁴⁷ Tradução da autora.

sua ênfase nas diferenças do grupo desafia as instituições públicas, em questões como igualdade cidadã, leis laicas, educação pública, entre outros (BAUBÖCK, 1996, p. 204).

Já o uso normativo indica que o multiculturalismo atribui um valor positivo para a pluralidade de culturas em uma sociedade, demanda respeito pela diferença cultural, refuta a possibilidade ou a necessidade de uma separação bem definida entre público e privado e rejeita ideias de superioridade de uma tradição cultural específica, de relações de dominação, exploração e assimilação forçada entre grupos culturais (BAUBÖCK, 1996, p. 205).

A análise de Bauböck soma-se a outros autores que se destacaram no tema, cada um a seu modo. O caráter político acentua-se com o emprego do termo, por exemplo, em análises como as realizadas por Santos (1997), Taylor (1994), Kymlicka (1996; 2007) e Habermas (1998; 2002), a citar alguns. Para os fins deste trabalho, serão apresentadas brevemente algumas contribuições dos referidos autores.

O que Andrea Semprini chama de epistemologia multicultural surge como vertente da “virada epistemológica” ocorrida na Europa a partir da década de 1920, como reação ao positivismo, ao racionalismo e aos determinismos⁴⁸. Embora haja nuances que são suprimidas de uma classificação (portanto, reducionista), ele elenca quatro pilares da epistemologia multicultural – em oposição à “epistemologia monocultural”⁴⁹: a) a realidade é uma construção; b) as interpretações são subjetivas; c) os valores são relativos; e d) o conhecimento é um fato político.

Ao analisar as discussões sobre o tema nos Estados Unidos, Semprini observa que o multiculturalismo resultou em quatro aporias conceituais principais, que refletem

⁴⁸ Semprini cita como marcos os trabalhos de Mead e Husserl na filosofia, de Saussure e Whorf em linguística, Shutz em sociologia e de Boas e Kroeber na antropologia. A partir daí, a crítica intensifica-se pela onda estruturalista de Barthes, Greimas, Jakobson, Lacan, Lévi-Strauss e Foucault, além de Merleau-Ponty na fenomenologia, Feyerabend e Kuhn na epistemologia, Rorty e “o segundo Wittgenstein” na filosofia da linguagem, Eco e Ricoeur na semiótica e Sacks na sociologia. Ele os agrupa por perceber pontos em comum nas obras: “1) o abandono do racionalismo e do empirismo ingênuos defendidos pela epistemologia tradicional; 2) o questionamento do paradigma realista, que postula uma descontinuidade de fundo entre o mundo natural e os conceitos empregados em sua descrição; 3) a recusa da decorrente teoria da representação, segundo a qual as representações são uma descrição externa ao mundo que descrevem e sobre o qual não poderiam exercer qualquer influência; 4) a crítica de uma concepção da verdade como adequação que decorre de afirmação precedente, e que afirma que uma teoria das condições da verdade depende de uma teoria representacional do mundo natural”. (SEMPRINI, 1999, p. 82).

⁴⁹ Por oposição, Semprini indica as seguintes características dessa epistemologia: “a realidade existe independentemente das representações humanas e da linguagem; o conhecimento é objetivo; a verdade é uma questão de precisão de representação; a redução do sujeito às suas funções intelectuais e cognitivas; a desvalorização dos fatores culturais e simbólicos da vida coletiva; a crença numa base biológica de comportamento; orgulho pelas conquistas do pensamento ocidental. (SEMPRINI, 1999, p. 85-88).

a dificuldade de “mediação dialética” das controvérsias entre o paradigma anterior e o proposto pelo multiculturalismo, das quais se destacam duas: a) universalismo *versus* relativismo; e b) igualdade *versus* diferença⁵⁰. O primeiro constitui o “lugar-comum” dos debates sobre Direitos Humanos. Cabe mencionar a posição de Boaventura de Sousa Santos, que apresenta uma “concepção multicultural de direitos humanos”, na busca de uma proposta de política de direitos humanos “simultaneamente cultural e global”:

Para poderem operar como forma de cosmopolitismo, como globalização de-baixo-para-cima ou contra-hegemônica, os direitos humanos têm que ser reconceptualizados como multiculturais. O multiculturalismo, tal como eu o entendo, é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo (SANTOS, 1997, p. 19).

O multiculturalismo aqui é adotado como instrumento de legitimação local contra-hegemônica, diferentemente do que se havia dito até aqui. Interessante notar que o autor não ignora a concepção de interculturalidade, mas associa-a a expressão “diálogo cultural”⁵¹. Parece que o autor utiliza um e outro termo de maneira complementar e articula-os com o mencionado propósito emancipatório. Para tanto, ele pretende colocar fim à primeira aporia de Semprini pelos seguintes argumentos:

Trata-se de um debate intrinsecamente falso, cujos conceitos polares são igualmente prejudiciais para uma concepção emancipatória de direitos humanos. Todas as culturas são relativas, mas o relativismo cultural enquanto atitude filosófica é incorrecto. Todas as culturas aspiram a

⁵⁰ As demais aporias são: essencialismo *versus* construtivismo e reconhecimento subjetivo *versus* mérito objetivo. (SEMPRINI, 1999, p. 90-92; 94-96).

⁵¹ “No caso de um diálogo intercultural, a troca não é apenas entre diferentes saberes mas também entre diferentes culturas, ou seja, entre universos de sentido diferentes e, em grande medida, incomensuráveis. Tais universos de sentido consistem em constelações de *topoi* fortes. Os *topoi* são os lugares comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura. Funcionam como premissas de argumentação que, por não se discutirem, dada a sua evidência, tornam possível a produção e a troca de argumentos. *Topoi* fortes tornam-se altamente vulneráveis e problemáticos quando «usados» numa cultura diferente. O melhor que lhes pode acontecer é serem despromovidos de premissas de argumentação a meros argumentos. Compreender determinada cultura a partir dos *topoi* de outra cultura pode revelar-se muito difícil, se não mesmo impossível. Partindo do pressuposto de que tal não é impossível, proponho a seguir uma *hermenêutica diatópica*, um procedimento hermenêutico que julgo adequado para nos guiar nas dificuldades a enfrentar, ainda que não necessariamente para as superar. Na área dos direitos humanos e da dignidade humana, a mobilização de apoio social para as possibilidades e exigências emancipatórias que eles contêm só será concretizável na medida em que tais possibilidades e exigências tiverem sido apropriadas e absorvidas pelo contexto cultural local. Apropriação e absorção, neste sentido, não podem ser obtidas através da canibalização cultural. Requerem um diálogo intercultural e uma hermenêutica diatópica”. (SANTOS, 1997, p. 23).

preocupações e valores universais, mas o universalismo cultural, enquanto atitude filosófica, é incorrecto. Contra o universalismo, há que propor diálogos interculturais sobre preocupações isomórficas. Contra o relativismo, há que desenvolver critérios políticos para distinguir política progressista de política conservadora, capacitação de desarme, emancipação de regulação. Na medida em que o debate despoletado pelos direitos humanos pode evoluir para um diálogo competitivo entre culturas diferentes sobre os princípios de dignidade humana, é imperioso que tal competição induza as coligações transnacionais a competir por valores ou exigências máximos, e não por valores ou exigências mínimos (quais são os critérios verdadeiramente mínimos? os direitos humanos fundamentais? os menores denominadores comuns?). A advertência frequentemente ouvida hoje contra os inconvenientes de sobrecarregar a política de direitos humanos com novos direitos ou com concepções mais exigentes de direitos humanos (Donnelly, 1989: 109-24) é uma manifestação tardia da redução do potencial emancipatório da modernidade ocidental à emancipação de baixa intensidade possibilitada ou tolerada pelo capitalismo mundial (SANTOS, 1997, p. 21).

Em relação à segunda aporia, Boaventura de Sousa Santos trata dela especificamente como o segundo imperativo intercultural que evitaria a distorção da ideia de multiculturalismo que ele adota⁵²:

[...] uma vez que todas as culturas tendem a distribuir pessoas e grupos de acordo com dois princípios concorrentes de pertença hierárquica, e, portanto, com concepções concorrentes de igualdade e diferença, *as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza*. Este é, consabidamente, um imperativo muito difícil de atingir e de manter. Os Estados constitucionais multinacionais como a Bélgica aproximam-se dele em alguns aspectos (SANTOS, 1997, p. 30).

⁵² “[...] de facto, o multiculturalismo pode ser o novo rótulo de uma política reaccionária. Basta mencionar o multiculturalismo do primeiro ministro da Malásia ou da gerontocracia chinesa quando se referem à ‘concepção asiática de direitos humanos’ para justificar as conhecidas e as desconhecidas ‘Tianamens’. Para prevenir esta perversão, dois imperativos interculturais devem ser aceites por todos os grupos empenhados na hermenêutica diatópica”. (SANTOS, 1997, p. 29). A hermenêutica diatópica é o meio pelo qual é possível realizar o diálogo intercultural. Em suas palavras, “A hermenêutica diatópica baseia-se na ideia de que os *topoi* de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objectivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude - um objectivo inatingível - mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisto reside o seu carácter dia-tópico”. (SANTOS, 1997, p. 23).

Charles Taylor, considerado “comunitarista” por Habermas⁵³, aponta para o fracasso – mencionado por Giménez Romero – do multiculturalismo tal como ele é debatido, ao impor uma presumida superioridade de uma cultura sobre as demais (TAYLOR, 1994, p. 63). Há, aqui, a emergência da questão do reconhecimento como política a ser adotada por países plurais, como o caso do Canadá que o autor examina. O reconhecimento tayloriano quer significar a percepção “[d]o igual valor das diferentes culturas”, embora não seja esse o argumento dos membros de uma minoria. Geralmente a discussão é colocada em termos de não-equidade, exploração, injustiça. Mas quando o reconhecimento é explicitado, especialmente por seu papel na formação dos indivíduos⁵⁴, a ausência de reconhecimento (*misrecognition*) é elevada ao nível de dano (*harm*)⁵⁵. Taylor aproxima o multiculturalismo à preocupação do reconhecimento, tema que adquire força e autonomia e coloca a “situação multicultural” (sem a consciência ou preocupação a respeito da distinção do termo interculturalidade) como o pressuposto de análise teórico.

Outra é a preocupação de Will Kymlicka, ao afirmar que a ideia de multiculturalismo liberal inspirou-se nos ideais dos direitos humanos. Ele afirma que os direitos de minorias diferenciadas são uma adaptação local dos direitos civis do liberalismo, e portanto uma nova etapa dos direitos humanos (KYMLICKA, 2007, p. 88-91). Kymlicka indica que o liberalismo multicultural é um fenômeno global “guarda-chuva”, que abriga diversas abordagens multidimensionais, não restritos a uma política ou a um princípio (2007, p. 85). O autor dimensiona o tema em uma escala internacional, levando a questão para a comunidade internacional: para países promoverem os direitos das minorias, o apoio e mesmo a pressão internacional são necessários, pois não bastariam os processos democráticos domésticos em um mundo pós-comunista e pós-colonial, por haver uma ameaça constante de retrocesso na relação Estado-minorias.

⁵³ “Liberais da grandeza de Rawls ou Dworkin propugnam por uma ordem jurídica eticamente neutra que deve assegurar chances iguais a todos, de modo que cada um possa orientar-se por uma concepção própria do que seja bom. Em face disso, comunitaristas como Taylor e Walzer contestam que haja neutralidade ética no direito e permitem-se, portanto, esperar também do Estado de direito a fomentação ativa de determinadas concepções do bem viver, caso isso se faça necessário.” (HABERMAS, 2002, p. 233).

⁵⁴ “On the intimate level, we can see how much an original identity needs and is vulnerable to the recognition given or withheld by significant others. [...] The projection of an inferior or demeaning image on another can actually distort and oppress, to the extent that the image is internalized.” (TAYLOR, 1994, p. 36.).

⁵⁵ A ideia de dano causada pelo não-reconhecimento é empregado por Luís Roberto Cardoso de Oliveira como *ato de desconsideração*. (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2002; CARDOSO DE OLIVEIRA, s/d, p. 122-135).

Há uma tensão permanente no tema minorias quando se trata de lidar com a diferença em um Estado que, mesmo democrático e plural, pretende manter sua unidade. Para se evitar a “igualdade discriminatória”⁵⁶, é tema recorrente de autores que adotam o termo “multiculturalismo” como central – sem reconhecer o interculturalismo como proposta teórica diferenciada – as políticas voltadas às sociedades multiculturais.

Mesmo que varie o enfoque, as análises sobre tais políticas passam, em certa medida, por questões como *reconhecimento, redistribuição* (justiça distributiva)⁵⁷, *identidade e democracia*. Como resume Zygmunt Bauman (2005, p. 48), trata-se de “como alcançar a unidade na (apesar da?) diferença e como preservar a diferença na (apesar da?) unidade”. A maneira como esses conceitos são compreendidos e articulados é o que diferencia as contribuições de cada teoria para tentar responder à pergunta de Bauman.

3.2 Unidade e diversidade

A diversidade cultural, seja ela abordada sob o termo “multiculturalidade” ou “interculturalidade”, é tratada a partir de enfoques diversos, que permeiam a identidade, a política e o direito. Cotterrel apresenta o problema do tratamento da diferença cultural pelo direito da seguinte forma: “[a defesa cultural] busca alocar ‘razoabilidade’ nas compreensões culturais, o que pode ser inteiramente desarrazoado da perspectiva usual da lei” (COTTERREL, 2004, p. 10). O autor ainda aborda os limites da utilização do fator cultural, questionando o que determinaria a aplicação de considerações culturais ou não, e ele mesmo responde que “a lei deve respeitar a tradição na medida em que esta orienta a vida das pessoas”, e por ser “tradição” uma “virtude ambígua, tendo

⁵⁶ “Os defensores da diferença objetam que a igualdade – assim como o universalismo – nada mais é que um grande equívoco. Ela não engloba o conjunto dos cidadãos porque exclui vários indivíduos ou grupos, que não têm acesso equalizado ao espaço social como os demais. Além disso, ela é somente uma *igualdade ilusória*, pois mesmo quando está estendida a todo o corpo social, ela refere-se apenas aos direitos formais, administrativos, legais do indivíduo e não se aplica às desigualdades econômicas, culturais ou sociais. Esta igualdade também desconsidera as especificidades étnicas, históricas, identitárias – em suma, a diferença – que torna o espaço social heterogêneo. Cega a estas diferenças, esta igualdade é, na verdade, discriminatória [...]”. (SEMPRINI, 1999, p. 93).

⁵⁷ Para ilustrar como o debate da redistribuição alcança o multiculturalismo, cite-se a pesquisa empreendida por Nancy Fraser, ao pressupor o contexto multicultural como lugar em que o reconhecimento deve existir juntamente com a redistribuição. (FRASER, 2007. p. 105-108; 116).

aspectos positivos e negativos”, sua regulação deve ser orientada pela comunidade cujo conteúdo envolvido no caso seja dominante (COTTERREL, 2004, p. 12).

Sobre esse aspecto, ressalte-se que, embora a tradição seja ambígua, a questão central é a apropriação desta tradição: ela deve ser sempre apropriada criticamente, e não como um “dado” ou algo “em si” que é transmitido intergeracionalmente.

Habermas, pensando em teoria política, pondera que “a identidade nacional caracteriza-se, por um lado, pela tendência para a superação de vinculações regionais, particularistas” (HABERMAS, 2002, p. 149). Por outro, reconhece o problema das sociedades pluralistas, quando uma cultura majoritária, no exercício do poder político, impinge às minorias a sua forma de vida. Como soluções, Habermas sugere políticas de inclusão conduzidas pelo Estado, sensíveis às diferenças culturais. Se se trata de um Estado democrático, o autor indica como caminhos dessa inclusão “a divisão federativa dos poderes, uma delegação ou descentralização funcional e específica das competências do Estado [e, principalmente], a concessão de autonomia cultural, os direitos grupais específicos, as políticas de equiparação e outros arranjos que levem a uma efetiva proteção das minorias”. Entretanto, “a coexistência com igualdade de direitos de diferentes comunidades étnicas, grupos linguísticos, confissões religiosas e formas de vida, não pode ser obtida ao preço da fragmentação da sociedade” (HABERMAS, 2002, p. 166).

Como, então, conjugar unidade e diferença, lidar com a diversidade, sem que haja prejuízo às maiorias? Não há, mais uma vez, como proclamar uma resposta genérica sem que se perceba de qual maioria – e qual minoria – se fala, perceptível apenas em casos concretos. Um critério que poderia servir como parâmetro para a formulação de uma resposta possível ou “razoável” é identificar em que medida uma diferença pode constituir um direito:

[É preciso] que se considerem as novas subjetividades (minorias) como sujeitos de direitos, quer pelo reconhecimento de novos direitos, quer pela ampliação de direitos antigos atualmente a elas negados, com fundamento no princípio da igualdade que tem um conteúdo metajurídico capaz de traduzir, sobretudo na busca da igualdade material, as diferenças específicas e multifacetárias que caracterizam as conformações sociais complexas da contemporaneidade. (ALVES, 2010, p.53)

Como exemplo, pode-se mencionar um caso levado à apreciação do Poder Judiciário sobre uma separação judicial litigiosa. Conforme anteriormente mencionado, a pertença a uma minoria é contextualmente verificada. E essa pertença pode ser ou não relevante para uma demanda. As identidades múltiplas que compõem um sujeito complexo podem ou não, em uma dada posição relacional, atribuir-lhe a condição de minoria ou não. Os sujeitos que, por exemplo, formem um casal homoafetivo negro e que desejam casar-se tem como identidade minoritária relevante para terem seu direito reconhecido a homossexualidade, que ainda encontrem resistência legal e jurisprudencial, e não o fato de o casal ser negro, já que não há qualquer resistência quanto a casamentos entre negros⁵⁸.

O Recurso Especial nº. 37051-SP (1993/0020309-6) ilustra a sobreposição de qual identidade irá determinar a condição ou não de minoria, e mostra que essa condição, quando invocada pelo juiz e não pela parte, pode reforçar estigmas e reproduzir distorções – e, mais grave, prejudicar o reconhecimento a um direito. A identidade que se sobrepõe às demais de uma mulher casada muçulmana nesse caso é o fato de ser casada. O argumento a ser considerado pelos magistrados para análise do conflito matrimonial deveria centrar-se na condição de casada, salvo se sua condição de mulher ou sua crença religiosa fossem determinantes para a solução mais adequada à lide⁵⁹.

No referido recurso, tratava-se de um casal libanês, residente e domiciliado no Brasil há vinte anos, mas que, ainda assim, precisou de tradutor para auxiliar os cônjuges litigiosos no processo. A esposa recorreu ao Judiciário para pleitear separação judicial e danos morais. Argumentou que ele a humilhava e tratava-a como “escrava”, “intervenha e censurava o relacionamento social da mulher”, interferia no trato desta

⁵⁸ Seguindo o exemplo, em outras situações, ser negro seria a identidade relevante para, por exemplo, um ato criminoso racista contra ele; ou ainda, ambas identidades minoritárias poderiam ser relevantes caso ambos fossem alvo de discriminação racial e de homofobia; ou, por outro lado, nenhuma identidade seria relevante para posicioná-los como minoria, caso estivessem em um ambiente que não provoca qualquer das identidades, como o ato de votar. Mais uma vez, é o contexto que revela a posição relacional de um membro minoritário.

⁵⁹ “Ementa: Separação judicial. Proteção da pessoa dos filhos (guarda e interesse). Danos morais (reparação). Cabimento. 1. O Cônjuge responsável pela separação pode ficar com a guarda do filho menor, em se tratando de solução que melhor atenda ao interesse da criança. Há permissão legal para que se regule por maneira diferente a situação do menor com os pais. Em casos tais, justifica-se e se recomenda que prevaleça o interesse do menor. 2. O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, o pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação. 3. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do especial e deu provimento ao recurso, por ofensa ao art. 159 do Cód. Civil, para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais”. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº. 37051-SP (1993/0020309-6)**. Publicado no DJ de 25/06/2001.

com os filhos em comum e, “de modo geral, tratava-a com brusquidão e aspereza [...]”. Seu sofrimento era tal que chegou ao extremo de tentar, reiteradas vezes, o suicídio⁶⁰.

Porém, em razão de sua origem, alguns votos dos magistrados trouxeram a exame a “orientalidade” como argumento que influenciaria a posição tomada por eles. Para ilustrar como argumento étnico, cite-se um trecho do acórdão recorrido do TJSP, reproduzido no voto do Ministro Waldemar Zveiter:

[...] há que se temperar o julgamento do caráter do varão, com o travo de sua origem oriental. E que opostamente a tradição que se pode referir como europeia, onde a mulher tende a receber maior dose explícita de mimos, no oriente persistia, e ainda persiste o modo hoje conhecido como ‘machista’, com a mulher relegada à função inferior e subalterna.

O argumento religioso também foi levado à discussão, sem aparentemente ter sido levantado pelas partes⁶¹: o Ministro Waldemar Zveiter citou o lapso temporal em que o libanês encontrava-se no Brasil e, por sua extensão, era possível exigir dele certa assimilação da cultura local. Ainda argumentou que ninguém pode se escusar de cumprir a lei por alegar não conhecê-la. E para que não restassem dúvidas em relação a seu posicionamento, fundamentou seu voto-vista com a citação do 6º versículo da 65ª surata do Alcorão, em que se percebe o preceito de assistência mútua entre cônjuges, conforme nota de rodapé do seu voto⁶².

Com isso, o magistrado concluiu que “os valores orientais não podem servir de escusa para a prática de uma conduta contrária ao ordenamento jurídico brasileiro”. Afasta-se, assim, a peculiaridade cultural do ofensor, com fundamento em uma citação destas mesmas particularidades – o Alcorão, referência religiosa islâmica, supondo-se, inclusive, que a origem libanesa do casal aliava-se ao islamismo.

Importa saber qual é o padrão estabelecido e o que seria determinante para uma solução possível. Revelar qual é o padrão estabelecido é recorrer à construção histórica do país, em especial as condições de reconhecimento público da diversidade

⁶⁰ Trechos do relatório.

⁶¹ Cabe lembrar que o acesso à sentença em seu inteiro teor não foi possível, por se tratar de processo com trâmite em segredo de justiça. Tomou-se como referência o trecho do acórdão recorrido, reproduzido pelo Recurso Especial no relatório e nos votos dos Ministros.

⁶² “6. instalai-as (as divorciadas) onde habitais segundo vossos recursos, e não as prejudiqueis, para restringi-las. Se estiverem grávidas, mantende-as até que tenham dado à luz. Se amamentam vossos filhos, pagai-lhes sua recompensa e aconselhai-vos cordialmente. **Os Significados dos Versículos do Alcorão Sagrado**; tradução de Samir El Hayek, Centrais Impessoras Brasileiras LTDA, São Paulo, p.455.”

cultural. O reconhecimento não se limita a perceber as existências plurais; é também não admitir qualquer forma de desrespeito, discriminação ou intolerância⁶³ ⁶⁴. A reflexão crítica de como os elementos identitários foram privilegiados ou rejeitados alteram a percepção e relativiza o lugar ocupado pelo “padrão”.

No Brasil (e não exclusivamente) percebe-se que a naturalização de discursos preconceituosos, tolerados ou mesmo não admitidos como tal criou uma hierarquia simbólica, cujo ápice admite o homem branco ocidental cristão heterossexual como sua referência. A mulher, o negro, o “oriental” (ou todo aquele que não descenda de europeus⁶⁵), que professe outra ou nenhuma crença e o homossexual seriam, assim, “minorias”. Minoria se revela, pois, como uma expressão resultante de uma dominação contra a qual a categoria se insurge.

Uma solução possível ao Recurso Especial nº. 37051-SP seria a não utilização de qualquer critério externo àqueles levados à apreciação do Judiciário, caso não sejam utilizados como argumentos centrais da decisão. Critérios *depreendidos* dos autos não equivalem a critérios *apresentados* nos autos. Não decorre, portanto, a profissão da fé

⁶³ A distinção entre tolerância e respeito é apontada por José Maria Barrio Maestre, em que o ato de se tolerar algo é que este algo “é menos mal”, não é aprová-lo, enquanto o respeito refere-se a algo bom, “respeita-se porque é bom”, a partir de determinados valores (BARRIO MAESTRE, 2003, p. 135; 137). Outra distinção é feita por Karls-Otto Apel, sob o nome de tolerância negativa e tolerância positiva. A primeira seria o fundamento liberal clássico face à sociedade multicultural, enquanto a segunda refere-se à necessária “apreciação da variedade de valores tradicionais e culturas sociais”. Necessária porque, como apontada por Apel, serve de proposta teórica a problemas como a liberdade religiosa e a liberdade de expressão, nesta inclusas as opiniões e a própria manifestação da identidade sócio-cultural (APEL, 1997, p.199-212).

⁶⁴ Michael Walzer expõe como se daria a tolerância em um Estado-nação: “Em regra, a tolerância nos Estados-nações não contempla os grupos mas os participantes individuais, que geralmente são concebidos como estereótipos: primeiro como cidadãos, depois como membros desta ou daquela minoria. Como cidadãos, eles têm os mesmos direitos e obrigações que todos os demais e deles se espera que participem positivamente da cultura política da maioria; como membros, têm as características-padrão de sua ‘espécie’ e podem formar associações voluntárias, organizações de socorro mútuo, escolas particulares, sociedades culturais, editoras, e assim por diante. Não podem organizar-se de forma autônoma e exercer jurisdição legal sobre seus semelhantes. A religião, cultura e história da minoria são questões que se referem ao que se poderia chamar de coletivo privado – a cujo respeito o coletivo público, o Estado-nação, sempre mantém uma atitude de suspeita. Qualquer reivindicação de se expressar a cultura de uma minoria em público tende a produzir ansiedade entre a maioria (daí a controvérsia na França sobre o hábito muçulmano de cobrir a cabeça nas escolas públicas). Em princípio, não há coerção de indivíduos, mas a pressão para que todos se assimilem à nação dominante, pelo menos no que se refere a práticas públicas, tem sido muito comum e, até tempos recentes, muito bem-sucedida.” (WALZER, 1999, p. 35-36).

⁶⁵ “[O comportamento instável da mulher tem] origem e fulcro nas atitudes dominadoras do marido, porventura desvestidas de maior sensibilidade, desvelo e carinho”. Reprodução de trecho do acórdão do TJSP no voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. E ainda, na reforma da sentença pelo TJSP, extraiu-se a condenação indenizatória, sob o argumento de haver um caso de “desamor”, como “tantos outros que atapetam os foros”. Tratava-se, na verdade, de um marido que, se mais “cordato e ocidentalizado”, teria sido mais bem sucedido em seu casamento. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº. 37051-SP (1993/0020309-6)**. Publicado no DJ de 25/06/2001.

muçulmana da origem libanesa. Também não se pode pretender definir hábitos “ocidentais” e “orientais”, sendo os primeiros mais “civilizados”. Tais produções preconcebidas reforçam a naturalização de artificialidades equivocadas. A esse respeito, cabe o alerta de Edward Said:

Desejo concluir insistindo neste ponto: os terríveis conflitos reducionistas que agrupam as pessoas sob rubricas falsamente unificadoras como “América”, “Ocidente”, “Islã”, inventando identidades coletivas para multidões de indivíduos que na realidade são muito diferentes uns dos outros, não podem continuar tendo a força que têm e devem ser combatidos [...]. Ainda podemos recorrer às artes interpretativas racionais, legado da cultura humanista, não com a atitude piedosamente sentimental de quem advoga a retomada dos valores tradicionais ou a volta dos clássicos, mas com a prática ativa do discurso racional, secular e profano. [...] Mais do que no choque manufaturado de civilizações, precisamos concentrar-nos no lento trabalho conjunto de culturas que se sobrepõem, tomam isto ou aquilo emprestado uma à outra e vivem juntas de maneiras muito mais interessantes do que qualquer modo abreviado ou inautêntico de compreensão poderia supor. Acontece que esse tipo de percepção mais ampla exige tempo, paciência e indagação crítica, construídos a partir da fé em comunidades voltadas para a interpretação, tão difíceis de manter num mundo que exige ação e reação instantâneas (SAID, 2007, p. 25-26).

Como evidencia Said, essa percepção exige reflexões que nem sempre são possíveis para o exercício de julgar. Entretanto, é razoável não admitir pressuposições baseadas em um etnocentrismo que sirvam como fundamento de uma decisão, especialmente relacionadas a fatos que não estejam em julgamento (e que talvez tenham sido criados no momento argumentativo dos julgadores). No exemplo citado, não havia qualquer circunstância que evidenciasse uma sobreposição do gênero ou da nacionalidade levada pela parte litigante. O objeto de análise do pedido de danos morais era o destrato do cônjuge. Não caberia à esposa (nem aos magistrados) utilizar-se da categoria minoria para fundamentar a sua demanda, como de fato ela o fez, pois sua demanda não versava sobre liberdade religiosa ou ofensa a seu gênero.

O “padrão” referencial que se atribui à figura do homem branco ocidental heterossexual cristão pode ser decorrência de um histórico colonialista, em que a valorização da cultura ocidental tal como reproduzida institucionalmente impunha um modo de pensar específico. Esse modo de pensar acolhia a “cultura ocidental, o lugar social adequado à identidade mais legítima” (ALVES, 2010, p. 31), assim generalizada

aos autodenominados agentes civilizadores, com toda a incoerência e indeterminação que uma generalização carregue. É dizer que muitas das pessoas que hoje, contextualmente, possam ser consideradas como minorias o são por se ter adotado historicamente aquele referencial.

De maneira simplificada, a ideia de “homem médio”, a adoção de expressões masculinas que se refiram atualmente a todas as pessoas (como a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”) e o destaque que ainda se dá a mulheres ocupantes de um espaço tradicionalmente masculinizado demonstram que o modo de pensar e de construir a realidade parte de um modelo masculino. O preconceito ainda hoje presente, apesar das lutas desde a escravidão negra até a política de *Apartheid*, percebida não apenas na África do Sul, reforçam o referencial branco naturalizado. O tratamento dispensado a homossexuais ao longo da história “ocidental”, desde o “desvio” mental à atribuição de valores morais negativos, aponta para a heterossexualidade como o referencial legítimo. E, por fim, um histórico colonial cristão, em que as missões foram instrumento indispensável para a construção desse modo de pensar ainda reproduzido, consolida uma profissão de fé cujos valores servem como referencial “ético”⁶⁶.

A naturalização e a reprodução desse “padrão” permitiram que se naturalizasse igualmente muitas das desigualdades em detrimento do reconhecimento e consideração daqueles “fora da padrão”: o não-homem, não-branco, o não-ocidental, o não-heterossexual e o não-cristão viram-se a eles igualmente negados o reconhecimento de direitos e o espaço público à sua identidade⁶⁷. E por esse motivo que a categoria minoria, tal como analisada nesse trabalho, é categoria necessária para revelar aspectos da realidade que, de tão naturalizados, sofrem interferências bastante significativas quando o tema é suscitado⁶⁸.

3.3 O horizonte constitucional

⁶⁶ Ver MIZUTANI, 2010.

⁶⁷ A história do Brasil revela muitos exemplos de como eram “renegadas” ao espaço privado algumas liberdades identitárias, como o exercício de um credo não-cristão, práticas culturais africanas como a batucada e a capoeira, por exemplo, que eram “tolerados” desde que não interferisse no espaço público – ou seja, que se mantivesse sua invisibilidade social. “Por isso, pensar a diferença é construir uma filosofia da ausência, do sonogado, do não-dito”.(ALVES, 2010, p. 43).

⁶⁸ Como ocorre com a temática de cotas para determinados segmentos “raciais” (índios e negros), principalmente quando se percebe que um argumento como “não existe discriminação no Brasil, mas as cotas a fomentará” é veiculado para sustentar a proibição dessa política afirmativa.

Um dos meios de se tornar possível alguma unidade que contemple a diversidade é considerar como horizonte comum um referencial constitucional. Obviamente, o alcance desse horizonte é institucionalizado, artificial, limitado, mas não se pode ignorar-lhe alguma eficiência. Não é, pretensiosamente, que se lhe atribui centralidade normativa; deve-se, no entanto, considerar o referencial constitucional como um constructo social que tenta, em algum nível, tornar possível a convivência de complexidades individuais e coletivas. É trazer, pois, para a ótica do Direito, uma possibilidade associada ao Estado institucionalizado, não mais importante que outras instâncias de poder, mas tão relevante como qualquer possibilidade de organização social.

É nesse sentido, portanto, que o constitucionalismo torna-se questão relevante para o contexto das chamadas minorias. Nas palavras de Luigi Ferrajoli (2006, p. 114-115):

Podemos conceber o constitucionalismo como um sistema de vínculos substanciais, ou seja, de proibições e de obrigações impostas pelas Cartas constitucionais, e precisamente pelos princípios e pelos direitos fundamentais nelas estabelecidos, a todos os poderes públicos, inclusive ao legislativo. A garantia jurídica de efetividade desse sistema de vínculos reside na *rigidez* das constituições, assegurada por sua vez nas cartas constitucionais da segunda pós-guerra, por um lado pela previsão de procedimentos especiais para sua reforma e, por outro, pela criação do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. O resultado é um novo modelo de direito e democracia, o *Estado constitucional de direito*, que é fruto de uma verdadeira mudança de paradigma em relação ao modelo paleopositivista do *Estado legislativo de direito*: uma mudança, creio, que a cultura jurídica e política não tomou ainda suficiente consciência e de que, sobretudo, estamos bem longe de ter elaborado e assegurado suas técnicas de garantia. [...] Dessa maneira, do direito resulta positivado não somente seu “ser”, sua existência ou vigor, mas também seu “dever ser”, suas condições de “validez”; já não mais apenas os vínculos formais relativos ao “quem” e ao “como” das decisões, mas também os vínculos de conteúdo relativos ao “que coisa” das decisões mesmas e que não são mais que os princípios e os direitos fundamentais; os direitos de liberdade, que não podem ser lesionados, e dos direitos sociais cujo cumprimento é obrigatório. Sob este aspecto, o constitucionalismo representa o complemento do Estado de direito, como uma extensão que comporta a sujeição à lei de todos os poderes, incluídos os da maioria, e portanto a dissolução da soberania estatal

interna: no Estado constitucional de direito não existem poderes soberanos, já que todos estão sujeitos à lei ordinária e/ou constitucional⁶⁹. (Destques no original)

O marco constitucional pode ser tomado como o horizonte comum necessário para o diálogo, a convivência ou, ao menos, a tolerância com as diferenças. A noção de constitucionalismo, tal como exposta por Ferrajoli, não se restringe ao Estado, porque a ele transcende para persistir em seu escopo. Ferrajoli também afirma a necessidade de o constitucionalismo jurídico, junto à democracia, articular-se tanto o seu aspecto liberal como o social, no direito privado quanto no público, e no âmbito estatal e internacional (FERRAJOLI, 2006, p. 116).

O horizonte, pois, expande-se para além de fronteiras classificatórias, com o intuito de atingir todas as relações jurídicas e assegurar direitos fundamentais. E tais direitos, ensina Ferrajoli, não são nomeados, mas “se queremos garantir um direito como ‘fundamental’ devemos subtraí-lo tanto da disponibilidade política como da do mercado, formulando-o em forma de regra geral” (FERRAJOLI, 2006, p. 117). Além desses, são também fundamentais aqueles estabelecidos pelos direitos nacionais e por normas do ordenamento internacional. Esses direitos, fundados na paz, na igualdade e “pela lei do mais fraco” (FERRAJOLI, 2006, p. 118), encontram garantia no marco constitucional.

Repousa especialmente na igualdade o fundamento unificador constitucionalista. A igualdade, construto artificial⁷⁰, constitui a base para a democracia plural e a unidade conferida pelo constitucionalismo:

[...] é sobre a igualdade em direitos humanos, como garantia de todas as diferenças de identidade pessoal, que se funda na percepção dos outros como iguais e como associados; e é sobre a garantia dos próprios direitos fundamentais como direitos iguais o que faz amadurecer o sentido de pertencimento e da identidade coletiva de uma comunidade política. É mais: igualdade e garantia dos direitos não são somente condições necessárias, mas o único requisito para a formação das identidades coletivas que se queira fundar sobre o valor da tolerância, em vez de sobre recíprocas exclusões das diferenças étnicas, nacionais, religiosas ou linguísticas.⁷¹ (FERRAJOLI, 2006, p. 125-126)

⁶⁹ Tradução da autora.

⁷⁰ Ver Capítulo III.

⁷¹ Tradução da autora.

A garantia de manifestação da diversidade decorre da igualdade, e por isso a afirmação do princípio da igualdade na diversidade. Nesse sentido, o constitucionalismo, instituidor desse princípio e dos efeitos que dele devem decorrer, concretiza o horizonte em que a diversidade poderá ser representada em um “povo”, e a diferença poderá ser vivida por cada integrante dessa coletividade.

Constitucionalismo e universalismo dos direitos, em vez de opor-se ao multiculturalismo, são sua principal garantia. Os clássicos direitos de liberdade equivalem a outros tantos direitos à própria identidade e às próprias diferenças também culturais. Não nos esqueçamos que o primeiro direito de liberdade que se afirmou historicamente foi a liberdade de consciência, dirigida a garantir a convivência de culturas e religiões diversas. No que tange aos direitos sociais – à subsistência, à saúde e à educação –, equivalem a outros tantos direitos a níveis mínimos de igualdade substancial, também necessários para a convivência civil⁷². (FERRAJOLI, 2006, p. 126-127).

Para que a consideração constitucionalista seja válida, dada a sua abstração e aceitação necessária para produzir os efeitos esperados, cabe ressaltar uma questão de fundo, que é a perspectiva adotada neste trabalho. O constitucionalismo somente estabelece um horizonte possível de unidade das diversidades se considerarmos o Direito e sua normatividade como linguagem constitutiva da realidade e, portanto, instrumento simbólico de ordenação dessa realidade. Assim sendo, pressupor o constitucionalismo como meio agregador de diferenças é conceber um construto simbólico (representado pelos significados atribuídos, por exemplo, por Ferrajoli) que viabiliza concretamente ações e intenções sociais nas relações jurídicas. A perspectiva constitucionalista é, pois, simbólica no sentido de criar um ambiente não-físico, com determinadas características compartilhadas por uma comunidade, que servem de ponto de partida e horizonte para a convivência.

É nesse sentido que o horizonte firmado pelo marco constitucional, embora limitado e necessariamente mutável, permite fundar a igualdade na diferença, a compreensão do contexto das chamadas minorias, a percepção da realidade sob o ângulo jurídico-normativo (sem, no entanto, excluir o ângulo ético, moral, psicológico e outros) e, especialmente, a (re)construção dessa realidade. A proposta de se obter esse horizonte pelo Direito lastreia-se pela possibilidade de alteração da realidade pelo

⁷² Tradução da autora.

Direito – e pela possibilidade de alterar o próprio horizonte. É dizer que se pode definir juridicamente (porque o jurídico possui seu peso simbólico em uma comunidade complexa, cujo Estado rege-se pelo Direito e não pela vontade de um absolutista, por exemplo) normas e diretrizes que afetam, em alguma medida, a vida organizada pelos parâmetros do Direito.

O papel do Direito no que tange aos direitos fundamentais – garantidos, por definição, a todos – será sempre aplicar a regra do “mais fraco” em face do “mais forte” (FERRAJOLI, 2006, p. 132). É por essa razão que os direitos fundamentais são centrais na discussão constitucionalista atual e, do mesmo modo, no debate sobre as chamadas minorias. A tutela do mais fraco por tais direitos é a garantia normativa do igual respeito a todas as identidades culturais (FERRAJOLI, 2006, p. 133).

CAPÍTULO II – PERSONAGENS

4. As minorias como categoria construtora da realidade

*Se disfarço também o sotaque e desfiguro meu modo de falar,
Poderei levar adiante a boa intenção que me fez mudar de aparência*
(Shakespeare. *Rei Lear*)

O problema levantado pelas minorias é, antes, um problema de categoria classificatória justificável, especialmente no que concerne a sua diferenciação jurídica em face de outros indivíduos. Pertencer a uma minoria não é um dado, mas uma construção social que pode ou não ser reconhecida e legitimada pelo Poder Público. A legitimação, por óbvio, não repousa apenas por essa instância pública. Mas a função que é atribuída às decisões judiciais carrega consigo relevância suficiente para ser objeto de análise em um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a construção argumentativa presente nas decisões torna-se fonte de constituição ou desconstituição da realidade, reconhecendo minorias ou esvaziando-as de sentido.

A abordagem da categoria e de sua capacidade de constituir a realidade pode servir como instrumental para reconhecer e garantir direitos, como também coibir abusos, vez que é tratada como elemento discursivo empregado pelo Direito. O potencial de constituição da realidade pressupõe ser a linguagem o instrumento do Direito. Esse poder, referente à linguagem⁷³, produz a realidade, conforme a orientação foucaultiana adotada por Conley e O’Barr (CONLEY, J.; W. O’BARR, 2005, p. 9). Os autores afirmam, inclusive, que a linguagem não é apenas o veículo pelo qual o poder opera, mas em muitos casos a linguagem é o poder legal (CONLEY, J.; W. O’BARR, 2005, p. 14, destaque no original).

⁷³ Conley e O’Barr fazem uma distinção entre “discurso” e “linguagem”, apropriada para explicar o poder da linguagem, e não do discurso, aqui empregada e diverso do uso corrente atribuído ao poder do discurso proposto por Foucault. Embora possam ser usados como sinônimos em alguns casos, os autores apontam para a seguinte distinção: linguagem inclui sons, unidades de significado e estruturas gramaticais, como também dos contextos em que eles ocorrem. Já o discurso possui dois sentidos, um linguístico e um social. O primeiro é ilustrado por frases como “discurso do dia-a-dia” (*every-day discourse*) e discurso dos tribunais (*courtroom discourse*); o segundo é representados por frases como “discurso da psicanálise” e discurso dos direitos humanos”. O sentido de discurso remete àquele usado por Foucault, especialmente em *The Archaeology of Knowledge and Discourse of Language* (1972) (CONLEY, J. & W. O’BARR, 2005, p. 6-7). O poder da linguagem como constitutiva para o presente trabalho quer indicar, portanto, diferentemente do discurso, a relação da utilização da linguagem por meio de uma categoria em relação ao seu contexto social.

A obra *Just words: law, language and power* de Conley e O'Barr demonstra, nas várias análises empíricas, que o Direito é linguagem. Assim sendo, a análise de como elementos linguísticos são ou podem ser articulados para o reconhecimento de direitos torna-se primordial quando novas atribuições de sentido às categorias são assimiladas ao vocabulário técnico-jurídico. A linguagem – e, portanto o Direito – cria realidades e estrutura maneiras de pensar, compreender e interpretar as relações e os contextos sociais. Tal é o poder da linguagem e do discurso por ela produzido e articulado que a acepção concebida por uma coletividade pode revelar um aspecto da realidade antes ignorado ou pouco distinto de outros fenômenos conjugados a ela.

É por esse poder, e pelos mecanismos linguísticos criadores da realidade, que um fenômeno social constitutivo da história passa a ser lido por nova perspectiva, trazendo à tona questões antes desconhecidas por não haver, linguisticamente, um destaque particular de determinado ponto de vista. O Direito pode ser resultado de uma construção social e ser considerado uma maneira distinta de imaginar o real (GEERTZ, 2000, p. 173); mas, à luz de uma categoria, é possível compreendê-lo como meio de constituição da realidade.

Uma evidência de que a categoria pode revelar realidades distintas é a atribuição de sentido e percepção social do que é minoria no Brasil em relação a outros países, que tratam do assunto nesses termos. Ser minoria na França, por exemplo, diante da posição estatal assumida em relação ao porte de símbolos religiosos (“ostensivos”, como o véu islâmico), é ser marginal perante a república francesa – tal qual entendida como o que é público e o que deve ser mantido privadamente. Ser minoria é fazer parte de uma questão sócio-econômica daquele país que, em muitos casos, atribui aos imigrantes, especialmente pertencentes a uma religião específica, as mazelas de uma sociedade em transformação. Portanto, no caso francês, ser minoria na França não remete diretamente à ideia de proteção, mas de deveres perante o Estado.

No Brasil, por sua vez, a tolerância com a diversidade identitária é maior em relação à francesa, provavelmente reforçada pela reprodução do imaginário nacional da mestiçagem brasileira. Assim sendo, o tratamento reflexivo dado a uma minoria no Brasil parte de outros pressupostos, a partir de um olhar diverso ao do francês, de forma a ser possível associar mais facilmente a noção de minoria com a ideia de proteção, e não de marginalidade. No entanto, a proteção se deu mais em termos de tutela e de assimilação do que de igualdade e de reconhecimento da diferença. A constituição da

realidade brasileira pelo emprego da categoria minoria, portanto, requer uma análise particularizada, sem que se adotem posturas reflexivas acríticas importadas das inúmeras análises realizadas em casos fora do Brasil.

Para melhor compreensão desse potencial constitutivo, Reinhart Koselleck propõe, especialmente no Capítulo 10 de sua obra *Futuro Passado* (KOSELLECK, 2006), o que ele chama de *conceitos antitéticos assimétricos*. Ele afirma que no campo da história é recorrente o uso de conceitos assimétricos e desigualmente contrários, que envolvem negações. Os exemplos com que ele trabalha são a oposição entre helenos e bárbaros, entre cristãos e pagãos e entre homem e não-homem (ou super-homem e sub-homem). A referência que sustenta a negação inerente a um termo é do sujeito da fala, que sugere a discriminação ou exclusão. Ele explica sua proposta:

O não-católico passa a ser o pagão ou o herege. [...] Assim, a história conhece numerosos conceitos opostos que são aplicados de um modo que o reconhecimento mútuo fica excluído. Do conceito utilizado para si próprio decorre a denominação usada para o outro, que para este outro equivale linguisticamente a uma privação, mas que, na realidade, pode ser equiparado a uma espoliação. Trata-se, nesse caso, de conceitos opostos assimétricos. Seu oposto é contrário, porém de maneira desigual. Assim como a vida cotidiana, também a linguagem da política se baseia nessa figura básica dos conceitos opostos assimétricos. (KOSELLECK, 2006, p. 193)

A sugestão de Koselleck reforça o que antes se afirmou: que o aspecto relacional da categoria minoria constitui uma realidade por uma oposição elaborada a partir das noções que a categoria quer manifestar. A minoria é oposta assimetricamente à “maioria”, o que lhe atribuiria uma posição de hipossuficiência na relação estabelecida na demanda.

Pela utilização de “minoria” como aspecto caracterizador de um grupo, a realidade levada pelos autos para apreciação do magistrado confere ao demandante – o grupo minoritário em questão – uma posição social que se situa em relação a todo o conjunto que cria uma realidade. Significa dizer que a minoria só o é em relação a uma maioria, e essa maioria é definidora de um *status quo* que, de alguma forma, prejudica o lugar social da minoria. Evidentemente, tanto o conteúdo de minoria como o de maioria não são previamente identificáveis, pois há uma atribuição de sentido recíproca em um contexto específico. A maioria a que se refere uma minoria é indicada pela demanda diferencial apresentada.

Assimetricamente considerada, a minoria seria apresentada como um elemento constitutivo de uma realidade na qual um grupo de pessoas assume determinado lugar social: um lugar que, em alguma medida, está em desvantagem em relação ao seu oposto – a maioria – e no qual o reconhecimento desse mesmo lugar assumido precisa encontrar espaço e voz por um terceiro, legitimamente instituído e cujo poder discursivo atinja a realidade, que é o Poder Judiciário.

O fato de essa busca se dar por meio de uma sentença indica uma referência socialmente reconhecida, legitimada e diferenciada do Poder Judiciário em relação a outro terceiro, institucionalizado ou não. O reconhecimento por meio de uma sentença, em um Estado Democrático de *Direito*, é o diferencial que se almeja alcançar e assegurar, de certa forma, como discurso autorizado da esfera pública que uma realidade construída pela oposição maioria-minoria.

A discussão sobre as chamadas “cotas raciais” representa o debate de ações afirmativas para a inclusão de grupos minoritários. Um dos pontos de discussão dessa política de discriminação positiva está em definir critérios que caracterizariam os destinatários do programa. Definir-se como “negro, de cor preta ou parda (mestiço de negros)”, como é o caso do Sistema de Cotas da Universidade de Brasília, é diferenciar-se de um grupo cujos indivíduos sejam não-negros, de cor diferente da preta ou parda.

A questão de como se constrói a “minorias” das políticas de ação afirmativa em face da “maioria” foi, em parte, apresentada ao Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186, em decisão de medida cautelar proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, julgado em 31/07/2009⁷⁴. A análise, seja do critério fenotípico, seja pela afrodescendência, elege como parâmetro o

⁷⁴ “Marcos Chor Maio e Ricardo Ventura Santos relatam que o procedimento adotado pela Universidade de Brasília - UnB gerou constrangimentos e dilemas de identidade entre os candidatos: ‘Os responsáveis pelo vestibular da UnB por diversas ocasiões reiteram que a meta da comissão era o de analisar as características físicas, visando identificar traços da raça negra. Esse objetivo gerou constrangimentos diversos e dilemas identitários de não pouca monta entre os candidatos ao vestibular, devido às dúvidas de se os critérios seriam mesmo o de aparência física (negra) ou de (afro-)descendência [...] (MAIO, Marcos Chor; e SANTOS, Ricardo Ventura. Política de Cotas Raciais, os ‘Olhos da Sociedade’ e os usos da antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília [UnB]. Documento juntado à fls. 219-221 dos autos)’. Em 2004, o irmão da candidata Fernanda Souza de Oliveira, filho do mesmo pai e da mesma mãe, foi considerado ‘negro’, mas ela não. Em 2007, os gêmeos idênticos Alex e Alan Teixeira da Cunha foram considerados de ‘cores diferentes’ pela comissão da UnB. Em 2008, Joel Carvalho de Aguiar foi considerado ‘branco’ pela Comissão, enquanto sua filha Luá Resende Aguiar foi considerada ‘negra’, mesmo, segundo Joel, a mãe de Luá sendo ‘branca’. A adoção do critério de análise do fenótipo para a confirmação da veracidade da informação prestada pelo vestibulando pode suscitar alguns problemas”. ADPF 186 MC, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, julgado em 31/07/2009. BRASIL. STF. **ADPF 186**. DJe-148, de 07/08/2009.

“branco”, o que faz com que o “negro, de pele preta ou parda – descendente de negros” torne-se qualitativamente minoria em relação a brancos.

Essa dualidade “branco-negro” – e grande parte do debate das “cotas raciais” encontra-se nela – reduz ainda mais classificações (que, por si só, são reducionistas) baseadas na cor, segundo o critério utilizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, a apenas duas: ser negro ou ser branco⁷⁵. A tese da “nação bicolor” é criticada por Ali Kamel⁷⁶, conforme citado no voto do Ministro Gilmar Mendes, o que seria uma crítica à simplificação produzida pelos pares opostos assimétricos. O Ministro lembra, ainda, um dado histórico interessante, que demonstra a construção da minoria negra em relação à maioria branca: “Na Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílio (PNAD), em 1976, os brasileiros se autoatribuíram 135 cores distintas. Tal fato demonstra cabalmente a dificuldade dos brasileiros de identificarem a sua cor de pele”.

Ainda assim, não se pode ignorar que a minoria negra (em relação à maioria branca) é tratada como minoria pelo aspecto assimétrico dessa relação negro-branco. A constatação da desvantagem dessa minoria é expressa nos precedentes pesquisados, quando levada à apreciação judicial a questão de reserva de vagas para negros, ilustradas pelos fundamentos do voto do Desembargador Nicolau Konkel Júnior, da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

É simplismo alegar, em relação ao tema sub examine, que a Constituição proíbe discrimen fundado em raça ou em cor. O que, a partir da declaração dos direitos humanos, buscou-se proibir foi a intolerância em relação às diferenças, o tratamento desfavorável a determinadas raças, a sonegação de oportunidades a determinadas etnias. Basta olhar em volta para perceber que o negro no Brasil não desfruta de igualdade no que tange ao desenvolvimento de suas potencialidades e ao preenchimento dos espaços de poder. É simplismo argumentar que a discriminação existente é em razão dos estamentos sociais; muito embora o branco pobre padeça também de carência de chances, fato irrecusável é que à figura do negro associou-se,

⁷⁵ O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE utilizou como classificação as opções de cor ou raça “branca, morena, parda, negra, preta, amarela, indígena e outras”. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/caracteristicas_raciais/notas_tecnicas.pdf. Acesso em: 15 ago. 2011.

⁷⁶ KAMEL, Ali. Não Somos Racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006. *Apud* ADPF 186 MC, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, julgado em 31/07/2009. BRASIL. STF. **ADPF 186**. DJe-148, de 07/08/2009.

imbricou-se mesmo, uma conotação de pobreza que a disparidade acaba por encontrar dupla motivação: por ser pobre ou por ser negro, presumidamente pobre. Não se trata aqui de reparar no presente uma injustiça passada; não se trata de vindita ou compensação pelas agruras da escravidão; a injustiça aí está, presente: as universidades, formadoras das elites, habitadas por esmagadora maioria branca. Permissa maxima venia, não há como deixar de dizê-lo, ver a disparidade atual e aceitá-la comodamente é uma atitude racista em sua raiz. Simplismo, também, dizer que as cotas nas universidades não são o remédio adequado, que o tratamento a ser dispensado ao problema está em propiciar-se um ensino básico democratizado e de qualidade. É claro que as cotas raciais não constituem a única providência necessária, não se há de erigi-la em solução. Não as vejo, todavia, como mero paliativo, pois creio que uma elite nova, equilibrada em diversificação racial, contribuirá em muito para a construção da sociedade pluralista e democrática que o Brasil requer. [...] As ações afirmativas são definidas como políticas voltadas à concretização da igualdade de oportunidades e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Assumem uma postura pedagógica, não raramente impregnadas de um caráter de exemplaridade, que visam a propagar nos atores sociais a observância do princípio da pluralidade e da diversidade do convívio humano contidos na política de compensação e reparação de grupos sociais historicamente marginalizados, por meio da valorização social, econômica, política e cultural dos mesmos durante um período limitado de tempo [...]. (TRF 4ª Região. **AG 2009.04.00.005484-0/SC**. Des. Nicolau Konkel Júnior. D.E. 19/08/2009)⁷⁷.

O exame de uma categoria pressupõe um contexto referencial – o lugar de fala do sujeito examinador – em que ela recebe conteúdo próprio e pode compor uma série de relações entre as demais categorias possíveis. As categorias são constitutivas da realidade, na medida em que são criações elementares de um sistema classificatório naturalizado, cujo objetivo é permitir uma interpretação possível do ser-aí no mundo⁷⁸. A própria existência de uma categoria indica, ao mesmo tempo, a sua necessidade de se distinguir de categorias complementares ou associáveis, bem como o reconhecimento de

⁷⁷ Em consonância com tais argumentos, ver também: STJ. RMS 26089/PR. Min. Felix Fischer. DJe 12/05/2008; TRF 4ª Região. **AG 2009.04.00.026766-4/PR**. Des. Valdemar Capeletti. D.E. 19/10/2009.

⁷⁸ O “ser-aí”, tradição portuguesa de *Dasein*, proposto por Martin Heidegger em sua obra *Ser e tempo*, publicado pela primeira vez em 1927. Essa concepção de ser que se mostra no tempo é que permitiria a compreensão do ser, como sujeito e objeto entrelaçado.

que haja, ao menos, um contexto possível em que uma categoria sirva para operar a compreensão de mundo de uma sociedade⁷⁹.

Se a distinção busca precisar os prováveis conteúdos da categoria, e evitar assim o seu esvaziamento terminológico por uso indiscriminado, o fato de a categoria existir aponta para o que seja a função primordial de sua utilização: o reconhecimento de um fenômeno ou situação social de um indivíduo ou grupo associado à ideia de minoria. Há, portanto, dois efeitos da existência dessa categoria: a) a diferenciação necessária em relação a outras categorias correlatas; e b) o reconhecimento de um fato discriminatório da realidade social.

O primeiro, como já mencionado, pretende justificar a existência de uma nova categoria por ela ser necessária para iluminar outros aspectos e outras leituras possíveis da realidade. O segundo acompanha a justificativa anterior, na medida em que a categoria pode criar uma realidade diferenciada ao ser utilizada, de maneira a problematizar ou contestar naturalizações não mais conforme um contexto social datado. A reformulação dos modos e meios de elaboração cognitiva de uma coletividade é possível pelo emprego de categorias cujo conteúdo – também datado – seja capaz de dar visibilidade e ampliar a compreensão de fatos ou fenômenos sociais.

A categoria minoria, como as categorias em geral,⁸⁰ tem seu fundamento em um contexto de análise de um fato social específico. Somente se pode atribuir algum significado a uma categoria no momento em que ela desempenha uma função relevante para exame de um fenômeno e, portanto, quando ela é contextual, circunstanciada. Sua construção semântica é resultado de um aporte teórico, histórico e parcial (MAUSS, 2003, p. 322), sendo passível de contestação a partir do campo de análise em que ela é tratada.

Por não ser autoexplicativa, a expressão minoria absorve sentido à medida que é empregada em situações fáticas. Entretanto, esse mínimo referencial semântico não essencializa um sujeito. Não se pode utilizar, por exemplo, a característica que faz de um indivíduo minoria em uma determinada relação qualquer sem que o contexto da

⁷⁹ Registre-se a tese de Vilém Flusser (FLUSSER, 2007) sobre como a língua é realidade, e demonstra, especialmente no Capítulo II, como os diferentes idiomas traduzem formas distintas de conceber a realidade. A análise que realiza entre frases que são traduzidas da mesma forma em alemão, tcheco, português e inglês demonstram como os falantes dessas “línguas” (como prefere o autor) criam realidades diversas ao atribuir diferenças sutis nos significados literais de seus enunciados.

⁸⁰ Mauss refere-se a categorias como “apenas símbolos gerais que, como os outros, só muito lentamente foram adquiridos pela humanidade” (MAUSS, 2003, p. 343).

relação jurídica litigiosa apresente questões dessa natureza: não é o fato de ser mulher que torna uma pessoa minoria automaticamente, como ao adotar uma criança; mas ela o é se impedida a ocupar determinados cargos pelo fato de ser mulher. A condição de minoria não é inerente ao sujeito; ela será estabelecida, pela prática do Direito, na relação jurídica levada ao Poder Judiciário, em que a identidade minoritária é acionada como meio de obter reconhecimento de direitos.

“Minoria” é, pois, uma categoria relacional, que adquire conteúdo semântico contextualmente. A contextualidade relacional fática determina as posições dos sujeitos, possível de serem observadas em precedentes judiciais. O Poder Judiciário, portanto, ganha centralidade no contexto da luta pelo reconhecimento de novos direitos, pela função “vanguardista” assumida em algumas decisões. Por esse motivo, os precedentes indicam quais são os parâmetros utilizados pela construção linguística da realidade pelo Direito, quais os limites apresentados pelo pensamento judicial brasileiro hodierno, bem como as possibilidades argumentativas que alcançam as demandas de reconhecimento relativas às chamadas minorias.

4.1 As possíveis acepções de minoria

Atribui-se ao termo minoria ao menos três significados distintos: grupo numericamente inferior, minoria parlamentar e minorias nacionais, que envolve nacionalidades ou etnias. Há um quarto sentido que poderia ser atribuído à categoria, mais destacado recentemente, que ultrapassa fronteiras nacionais: *as minorias sociais* – as mulheres, a comunidade LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e transsexuais – ou ainda transgêneros e travestis, LGBTTT), as pessoas com deficiência e aqueles que professam religiões minoritárias. São as minorias da terceira e quarta acepções, portanto, o foco do presente estudo.

A ideia de minoria é logicamente associada a um grupo numericamente inferior, sem que haja outra qualificação diretamente atribuída a essa condição numérica. Nos precedentes, esse sentido é geralmente atribuído aos sócios ou acionistas minoritários, em utilização técnica do termo, diretamente ligado à quantia numericamente inferior de suas quotas ou de suas ações, respectivamente.

As chamadas minorias parlamentares são compreendidas como “representação partidária que, sendo a segunda em número de membros, em relação ao Governo, expresse posição diversa da maioria.”⁸¹ Em matéria de Comissão Parlamentar de Inquérito, consolidou-se o entendimento de que seja parte do “direito das minorias parlamentares” o pedido de instauração de CPI; nesse caso, a minoria corresponde à terça parte dos membros da Casa legiferante (ADI 3619/SP, julgado em 01/08/2006, Rel. Min Eros Grau. DJ 20/04/2007, pp.00078). Tal direito, que encontra fundamento no art. 58, §3º, da Constituição Federal,

[...] garante a eficácia dos princípios da democracia, da representação de todos os segmentos da sociedade, incluída ao da minoria que cumpre papel institucional inerente ao regime, e o do controle, sem o que não há possibilidade de se cogitar de desempenho republicano. (ADI 3619/SP. Voto Min. Cármen Lúcia.)⁸².

Note-se que a minoria parlamentar, apesar da denominação, insere-se formalmente na representatividade aludida no trecho de voto acima reproduzido. A representação de “todos os segmentos da sociedade”, com a roupagem de “minorias”, não indica que as minorias nacionais ou sociais estejam representadas na minoria parlamentar. Mais uma vez, essa noção de minoria parlamentar refere-se ao critério numérico, somado ao caráter partidário do Governo (maioria) que cria, por referência, a Oposição (minorias), de acordo com o conceito do art. 13 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Não é, portanto, a minoria parlamentar representante direta das minorias nacionais ou sociais. O *deficit* de representatividade política de minorias (da terceira e quarta acepções), dessa forma, permanece.

As minorias nacionais são aquelas historicamente veiculadas ao Direito Internacional⁸³ e que abarcam também minorias étnicas, não necessariamente de outras nacionalidades. No caso brasileiro fala-se apenas em minorias étnicas, sendo duas delas

⁸¹ “Art. 13. Constitui a Maioria o Partido ou Bloco Parlamentar integrado pela maioria absoluta dos membros da Casa, considerando-se Minorias a representação imediatamente inferior que, **em relação** ao Governo, expresse posição diversa da Maioria.” (Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Grifei).

⁸² E também, no mesmo sentido: **MS 24.849-1/DF**, julgado em 22/06/2005. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 29/09/2006, PP.00035.

⁸³ “A noção de minoria nacional é portanto noção recente, intrinsecamente vinculada a de Estado-Nação. Mas os termos são ambíguos, porque as minorias nacionais possuem juridicamente a nacionalidade do país onde elas foram incorporadas, quando o adjetivo que as classifica de ‘nacionais’ envia a nacionalidade de que elas estão separadas. Nos países multinacionais, como a Áustria-Hungria do século XIX, ou a ex-União Soviética e a ex-Iugoslávia, a palavra nacionalidade designa pertencer a um povo, a uma etnia, e a palavra ‘cidadania’ é que qualifica a relação jurídica de um indivíduo ao Estado.” (MELLO, 2004, p. 954-955)

reconhecidas pela Constituição Federal de 1988: os “índios” (Capítulo VIII do Título VIII – Da Ordem Social) e os “remanescentes das comunidades dos quilombos” (art. 68, Ato de Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT).

Outros grupos considerados minorias pelo Poder Judiciário em suas precedentes judiciais que poderiam ser classificados como sociais são os portadores de necessidades especiais (art. 37, VIII, Constituição Federal - CF), minorias religiosas e de gênero (no caso das mulheres, com previsão constitucional no art. 7º, XX). Associada à ideia de minoria social, houve a ocorrência de “grupos expostos à discriminação”⁸⁴, um critério frequentemente presente nas demandas das minorias sociais⁸⁵. Além disso, menções à categoria minoria relacionavam-na à escassez de recursos econômicos ou educacionais.⁸⁶ No âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados percebe-se que grupos considerados vulneráveis e hipossuficientes, como crianças, idosos e mesmo consumidores, foram relacionados à categoria minoria.

A classificação nesses quatro possíveis “tipos” de minorias querem apenas indicar uma possível distinção entre as demandas ligadas à categoria minoria. A numérica societária possui aceção técnica com previsão legal e não envolve demandas por reconhecimento de direitos fundamentais; a minoria parlamentar, também numérica, é percebida como indispensável ao processo democrático, mas diz respeito ao universo parlamentar partidário.

O interesse da presente pesquisa recai sobre os dois últimos tipos: minorias étnicas (também chamadas étnico-raciais⁸⁷) e minorias sociais, que envolvem direitos fundamentais ou direitos humanos. Nelas, a demanda por reconhecimento é percebida, e

⁸⁴ “As ações afirmativas de discriminação positiva são métodos para diminuir as desigualdades estruturais de grupos expostos à discriminação. Mediante ações específicas, opera-se o favorecimento de certas minorias sociais de forma que se logre a isonomia de oportunidades. Busca-se, assim, uma inclusão de indivíduos na estrutura social que de outra maneira permaneceriam excluídos.” TRF 1ª Região. **AC 1999.38.00.036330-8/MG**, Des. Selene Maria De Almeida; julgada em 13/12/2006; DJ 19/04/2007, p.47.

⁸⁵ O julgado quer referir-se, obviamente, à discriminação negativa. Em outros acórdãos encontrou-se a diferenciação técnica entre discriminação positiva, como ocorre com as ações afirmativas (que promovem a inclusão) e discriminação negativa, que seria o tratamento desrespeitoso, excludente, violento, intolerante etc.

⁸⁶ “[...] O Direito pátrio, ao longo deste século, teceu uma crescente e salutar evolução, no que diz respeito à proteção das minorias e do ser humano, para integrá-los na sociedade e banir o preconceito e a discriminação, seja qual for, conquanto a questão não seja apenas jurídica, senão e principalmente econômica, social, educacional e de formação”. (TJMG. **APELAÇÃO CRIMINAL – APELANTE Nº 1.0686.01.030756-5/001**. Comarca de Teófilo Otôni. Rel. Des. Herculano Rodrigues; julgada em 04.08.2005.

⁸⁷ Como na obra **Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial**, produzida pela Secretaria Especial de Políticas Públicas da Igualdade Racial da Presidência da República – SEPPPIR, com a coordenação de Flávia Piovesan e Douglas de Souza (PIOVESAN; SOUZA, 2006).

a perseguição por direitos fundamentais utiliza-se da categoria minoria. As minorias étnicas – que não se restringem em tese às reconhecidas constitucionalmente – têm sua demanda especialmente ligada ao direito à identidade, nele envolvendo cultura, história, costumes e outros atributos que compõem o *self* dos membros daquele grupo. Já as minorias sociais parecem buscar o tratamento igualitário que lhes falta, apesar da diferença que os caracterizaria, em certos contextos, como minorias.

Se tais reflexões estiverem corretas, é possível identificar que o reconhecimento buscado é diverso: no primeiro caso, é o reforço da distinção como direito a ser diferente; no segundo, é a igual consideração⁸⁸ dispensada àqueles vistos por sua diferença. Em ambos, permanecem direitos fundamentais como objeto da demanda, calcados no princípio da igualdade, a ser explorado mais adiante. Entretanto, a sutil distinção explica por que acionar a categoria pode ser, em alguns casos, eficaz (como se percebe nos precedentes sobre indígenas) e em outros ineficaz (quando atinge a percepção de igualdade formal, tal como compreendida em sua origem iluminista).

4.2 As minorias e a Constituição

O lugar que as minorias, ou grupos assim denominados, ocupam dos debates institucionais não foi definido. Desde os primeiros registros de como minorias foram conformadas em um Estado pretensamente homogêneo, esses grupos receberam em certa medida alguma atenção estatal, mais pela inescapável situação que criavam do que pela inclinação a contemplar suas necessidades. O desconforto que a diferença traz e as imaginadas ameaças que as minorias geram em um Estado clássico indicam uma tensão do encontro do eu com o outro. Seu lugar, portanto, é fluido e indeterminado.

A identidade das minorias depende do contexto e da posição relacional que os sujeitos ocupam. Não se pode pressupor a condição minoritária sem que se encontre um ambiente majoritário que a justifique. Tal percepção é o primeiro passo para que o lugar das minorias seja reconhecido institucionalmente. É preciso considerar, ainda, que existe uma identidade majoritária – informada e percebida a partir das identidades

⁸⁸ Tal como desenvolvida na obra **La Considération**, dirigida por Claudine Haroche e Jean-Claude Vatin (HAROCHE; VATIN, 1998).

minoritárias que a negam –, cuja existência idealizada serve de referência para a elaboração de um imaginário nacional ou cultural necessário para o Estado forjar-se.

Como a identidade majoritária e as identidades minoritárias devem ser contempladas por esse Estado, é pela Constituição, em um Estado Democrático de Direito, que as minorias buscam respaldo às suas demandas. A Constituição deve propiciar, assim, um processo constante de elaboração do sujeito constitucional e da identidade constitucional, que não se confunde nem com a identidade majoritária e nem com a minoritária.

Nesse sentido, a proposta de Michel Rosenfeld, elaborada e exposta pela identidade do sujeito constitucional, contribui para a percepção de como as minorias podem e devem ser vistas pelo Estado como elemento participante do processo de elaboração desse sujeito. Ao mesmo tempo em que o “eu” e o “outro”, maioria e minoria elaboram-se mutuamente, as minorias contribuem para a construção da identidade constitucional assim como essa identidade permite o reconhecimento das minorias pelo Estado. A diferenciação entre as identidades e a abertura (o “hiato” constitucional) que Rosenfeld propõe são instrumentos indispensáveis para trazer o debate sobre minorias ao lugar de destaque necessário.

Como anteriormente mencionado, a questão da igualdade permanece presente nas demandas, seja como um direito à diferença, seja como igualdade de consideração. A concepção de igualdade, nesses termos, recebe tratamento distinto pelo moderno constitucionalismo. De acordo com Rosenfeld, a igualdade ou a diferença serão mais ou menos relevantes de acordo com os propósitos a serem alcançados, sempre tendo em vista a promoção dos direitos fundamentais como parâmetro para romper com a antiga percepção de igualdade apartada da diferença, ou a igualdade abstrata como é tratada pelo autor. Nesse sentido, Rosenfeld afirma:

Por causa de uma longa história de uso de certas diferenças como emblemas de inferioridade, a igualdade é muitas vezes colocada em termos de desconsiderar diferenças específicas. Além disso, no caso da igualdade abstrata inerente ao moderno constitucionalismo, é necessário ignorar toda diferença factual que distingue um indivíduo do outro de forma a promover a identidade contrafactual que anda de mãos dadas com o igual valor moral. Entretanto, para o alcance que o constitucionalismo moderno requer, ou para com o que lhe é compatível, a proteção do direito fundamental à igualdade que envolve concepções de igualdade que são mais concretas que aquelas

previstas pela igualdade abstrata, não é possível simplesmente desconsiderar certas diferenças. Tome-se, por exemplo, as diferenças religiosas. Para ter certeza, tais diferenças devem ser desconsideradas com o propósito de assegurar os direitos civis e políticos mais básicos. Não obstante, há certas igualdades, tais como a igualdade de cada indivíduo exercer livremente sua própria religião, que geralmente requer que as diferenças religiosas sejam levadas em conta. De fato, uma lei de aplicação geral pode ter um impacto distinto em diferentes religiões, inibindo a prática de certas religiões enquanto não interfere em outras. Nesse caso, as diferenças religiosas deveriam, *ceteris paribus*, ser levadas em conta para restringir a aplicação da lei em questão para permitir que os adeptos de todas as religiões envolvidas pratiquem de maneira igualmente livre sua religião escolhida. Assim, as considerações relativas à igualdade em relação ao constitucionalismo moderno sugerem que identidades assumidas ou aceitas voluntariamente devem ser levadas em conta, na medida em que elas sejam invocadas com o propósito de reforçar a proteção de direitos fundamentais. Alternativamente, as diferenças devem ser desconsideradas sempre que, ao se recorrer a elas, seja provável resultar em uma diluição das preocupações de igualdade constitucionalmente significativas. (ROSENFELD, 1992-1993, p. 504).⁸⁹

O igual valor moral de que trata Rosenfeld pode ser considerado o fundamento da construção da identidade do sujeito constitucional, sem que prevaleça uma ou outra identidade concreta como parâmetro. Dessa forma, a consideração em alguns casos e desconsideração em outros de uma diferença leva à ideia de que a identidade constitucional não é rígida e permanente, mas está sujeita às mudanças sociais ao longo

⁸⁹ “Because of the long history of using certain differences as badges of inferiority, equality is often cast in terms of disregarding specific differences. Moreover, in the case of the abstract equality that inheres in modern constitutionalism, it is necessary to ignore all factual differences that distinguish one individual from the next in order to promote the counterfactual identity that goes hand in hand with equal moral worth. However, to the extent that modern constitutionalism requires, or is compatible with, the protection of fundamental equality rights involving conceptions of equality that are more concrete than those implied by abstract equality, merely disregarding certain differences would simply not do. Take, for example, religious differences. To be sure, these ought to be disregarded for purposes of assuring most basic civil and political rights. Nevertheless, there are certain equalities, such as the equality of each individual to freely exercise his own religion, which often require that religious differences be taken into account. Indeed, a generally applicable law may well have a disparate impact on different religions, inhibiting the practice of certain religions while not interfering with that of others. In that case, religious differences should *ceteris paribus* be taken into account to constrain application of the law in question to permit the adherents of all the religions involved to practice equally freely their chosen religion. Accordingly, considerations concerning equality as related to modern constitutionalism suggest that voluntarily assumed or accepted identities be taken into account, as well as differences, insofar as they are invoked for the purpose of enhancing the protection of fundamental interests. Alternatively, differences ought to be disregarded whenever drawing upon them would likely result in a dilution of constitutionally significant equality concerns.” (Tradução da autora)

do tempo. Para que a Constituição, esta sim, possa atender às necessidades de uma sociedade ao longo dos anos, ela deve manter em aberto a construção da identidade constitucional, de modo a criar espaços possíveis de convivência das diferenças sem perder de vista os pontos comuns que agreguem as múltiplas formas de ser/realizar-se.

As escolhas que tornam uma ou outra identidade constitucional relevante, porém, sofrem restrições, como destaca o autor. Segundo ele, há um processo de interação dialética intrincado entre identidades constitucionais, dispositivos constitucionais estruturais e vários estágios de desenvolvimento sociopolítico. A partir desse quadro, Rosenfeld (1992-1993, p. 508) indica o propósito de uma identidade constitucional:

Assim, as identidades constitucionais parecem obrigadas a contribuir para definir os dispositivos estruturais particulares e deixar sua marca no ambiente sociopolítico que elas enfrentam. Da mesma forma, as mudanças importantes no ambiente sociopolítico poderão exigir a adaptação ou a substituição dos dispositivos estruturais constitucionais, bem como a sua correspondente adaptação, transformação ou remodelamento das identidades constitucionais relevantes.⁹⁰

As identidades constitucionalmente relevantes variam de cultura para cultura e, assim sendo, Rosenfeld alerta para o provável insucesso de um “transplante” de modelo de um país a outro. Mas entende, todavia, que o moderno constitucionalismo estabelece parâmetros necessários para qualquer identidade constitucional considerada relevante: governo limitado, adesão ao Estado de Direito, a proteção dos direitos fundamentais e conformidade com a igualdade abstrata⁹¹. Essa é uma característica comum aos três modelos apresentados pelo autor, modelos que identificou como um dos fatores-chave para a construção da identidade constitucional, e crítico porque modelariam a auto-percepção coletiva que caracteriza uma identidade constitucional (ROSENFELD, 1997-1998, p. 1896): o modelo francês, o alemão e o estadunidense. A

⁹⁰ “Thus, constitutional identities seem bound to contribute to the definition of particular structural devices and to place their imprint on the sociopolitical environment that they confront. Similarly, important changes in the sociopolitical environment may well require the adjustment or replacement of existing constitutional structural devices as well as a corresponding adaptation, transformation, or remolding of relevant constitutional identities.” (Tradução da autora)

⁹¹ “Accordingly, if constitutionalism implies certain points of reference with respect to identities and differences, these are most likely to concern the relational links between identity and diversity, and between the interplay of these and prevailing or evolving sociopolitical conditions.” (Rosenfeld, 1992-1993, p. 508).

partir deles é possível perceber como a identidade constitucional pode ser percebida na Constituição Federal de 1988, de acordo com sua proximidade a um desses modelos.

Comum aos modelos há a postulação do Estado-Nação como fonte e domínio próprio da ordem constitucional e a concepção de uma identidade constitucional que singulariza o Estado-Nação como a unidade constitucional essencial e predominante. Eles se diferenciam, porém, na concepção da relação entre Nação e Estado e entre a identidade constitucional e outras identidades essenciais como a étnica, cultural ou nacional.

Em breves palavras, o modelo francês destaca o *demos*, a Nação deve ser construída na ordem constitucional instaurada (embora concebida na própria Revolução Francesa), regida por ideais da razão, igualdade e universalidade; o modelo alemão já pressupõe uma Nação constituída, com destaque ao *ethnos*, em que são claramente perceptíveis uma etnia, uma língua, uma cultura e uma religião prioritária, sendo o Estado mero veículo à disposição de uma Nação bem-definida. No modelo estadunidense, o Estado precede a Nação. A Constituição estabeleceu um quadro para a implementação de um Estado pleno de Direito antes da formação e consolidação da Nação americana, que se deu a partir da “absorção prolongada e integração de grandes ondas de imigração advindas de diversas nações e culturas” (ROSENFELD, 1997-1998, p. 1897-1899).

Assim sendo, no modelo francês, a identidade constitucional transforma e direciona a identidade nacional preexistente; no modelo alemão, a identidade constitucional expressa uma identidade nacional prevalecente; e no modelo estadunidense a Constituição antecede a nação e predetermina-a em grande medida, ao estabelecer o quadro institucional no qual ela possa surgir e desenvolver-se (Rosenfeld, 1997-1998, p. 1897-1899).

Diante desses modelos, a Constituição Federal de 1988 e a história da constituinte brasileira parecem aproximar-se do modelo estadunidense. Pensar a Constituição em vigor como o quadro institucional dentro do qual a Nação brasileira afirmou-se democrática corresponde, em certa medida, ao modelo descrito por Rosenfeld. A partir disso, a identidade constitucional brasileira poderia ser entendida como aquela a ser desenvolvida, e não como a afirmação ou a transformação de uma identidade nacional preexistente, dada inclusive a proximidade, em certo grau, com a

história de formação social de duas ex-colônias do continente americano, especialmente no que diz respeito à composição populacional resultante da imigração.

A concepção de uma identidade constitucional que prescindir de uma identidade nacional preexistente permite que o papel do Judiciário em matéria de reconhecimento seja, mais uma vez, colocado em destaque no Brasil. A identidade constitucional está em aberto e não há prevalência de uma identidade nacional claramente determinada – mesmo porque o mito das três raças não permite que se formule no imaginário coletivo um “tipo brasileiro” com atributos amplamente partilhados, com exceção da língua predominante (o português), e ressalvadas aquelas faladas entre as diversas etnias indígenas⁹².

É amplo, portanto, o espaço de elaboração da identidade constitucional. Isso permite que os grupos minoritários assim qualificados e seu oposto assimétrico (também construído) componham um processo dialógico sempre em revisão. Tal abertura constitucional é pressuposto e base de fundamentação do reconhecimento de direitos de demandas até então ocultadas, absorvidas ou excluídas nas decisões judiciais.

4.3. A constituição relacional da identidade e a identidade constitucional

A relação entre as minorias e o Estado demonstra o aspecto dialógico da construção de identidades. Ser “minorias” somente é possível diante de uma “maioria”, que também assim se torna por referência ao Outro minoritário. A dupla construção identitária que determina quem se é pelo que não se é destaca a diferença como critério para individualização. A identificação de minorias é resultado dessa mútua determinação de quem seja maioria e de quem resta minoria, em um processo de reconhecimento coletivo – o grupo minoritário e o grupo majoritário. A partir da tensão

⁹² Esse imaginário foi reproduzido na Pet. nº. 3.388/RR, que tratou da demarcação de terras da Raposa Serra do Sol, nos seguintes dizeres do Min. Relator Carlos Britto: “Dando-se que todos esses grandes conjuntos ou grupos humanos maiores **são formadores de uma só realidade política e cultural: a realidade da nação brasileira**. Entendida por nação brasileira essa espécie de linha imaginária que ata o presente, o passado e o futuro do nosso povo. É dizer, povo brasileiro como um só continente humano de hoje, de ontem e de amanhã, **a abarcar principalmente os três elementares grupos étnicos dos indígenas, do colonizador branco e da população negra**”.(STF. **Petição nº 3.388/RR**, de relatoria do Min. Carlos Britto, julgada em 19 de março de 2009. DJe-181, de 25.09.2009). (Grifos no original)

criada pela existência das minorias nos Estados, o tema sobre identidades e diferenças em um “Estado Democrático de Direito” adquire destacada relevância⁹³.

Outro aspecto relevante da determinação identitária é o critério que diferenciará o membro da minoria daqueles da maioria. Seja qual for o critério, ele exclui no momento em que inclui, porque toda identidade pressupõe uma desigualdade relacional. É por essa razão que o conteúdo da categoria minoria é atribuído de acordo com a posição relacional dos sujeitos, a depender qual grupo identitário se aciona ou se invoca no momento da indicação de sua condição minoritária.

Para ilustrar o aspecto relacional, cite-se o exemplo de uma “mulher negra homossexual” no Brasil. A descrição do exemplo indica uma pretensa inclinação a considerar essa individualidade como potencialmente sujeita a discriminações sociais negativas de gênero, de “raça” e de orientação sexual. Se a descrição do exemplo contextualizar em qual relação a pessoa em questão se encontra, percebe-se que a identidade acionada corresponderia à posição relacional que se destaca para perceber o potencial minoritário dela. Algumas situações possíveis: a) uma mulher negra parlamentar – sua identidade homossexual não seria (ou não deveria ser) acionada para destacar a ascendência das mulheres negras em cargos políticos; b) uma mulher homossexual que pretende se casar com sua companheira – sua identidade negra não se sobreporia à questão conjugal entre homossexuais; c) uma negra docente do Ensino Superior – seu gênero ou sua orientação não são relevantes, mas sua ascendência negra, dada a escassez relativo-quantitativa de professores afrodescendentes no Ensino Superior.

Embora o estigma da diferença acompanhe as identidades que não correspondam à majoritária, nem sempre será o conjunto que determinará um indivíduo

⁹³ “Constitutions and constitutionalism only make sense under conditions of pluralism. A purely homogeneous society marching forward in unison would not require a constitution, and it would make little sense for such a society to enter into any pact with itself. Just as there would be no need for legal contracts absent all divergences in interests, so too a social contract or constitutional pact would seem entirely superfluous unless there were some differences in interests among the would-be contractors. Even an ethnically, culturally, religiously and ideologically homogeneous society can be sufficiently individualistically pluralistic to call for a polity subjected to constitutional rule. Furthermore, contemporary constitutional democracies are typically both communally pluralistic (e.g., multi-ethnic, multi-religious, multicultural, multi-lingual) and individualistically pluralistic (e.g., individuals differ on conceptions of individual self-realization and self-fulfillment and on what is needed to optimize chances of success). Such democracies, therefore, revolve around a multiplicity of identities and differences in constant dynamic interaction resulting in a diverse array of selves (individual as well as collective) demarcated through a constant process of inclusion and exclusion”. (ROSENFELD, 2010, p. 9).

como minoritário. Os exemplos acima demonstram quais identidades potencialmente minoritárias são acionadas, embora todas elas encontrem um contexto no qual exerçam esse potencial. Mas se o sujeito possui identidades sem esse potencial, como um homem branco homossexual, sua identidade potencialmente minoritária somente o diferenciará nas situações em que ela será invocada. Se transposto o exemplo, o fato de um homem branco ser parlamentar ou professor no Ensino Superior não deveria encontrar resistência social de reconhecimento dessa posição⁹⁴.

A própria construção da “maioria” é artificial, segundo os termos da democracia constitucional moderna. Eleições, representações parlamentares e plebiscitos são mecanismos jurídicos capazes de “criar” maiorias em questões específicas e pontuais, sempre momentaneamente. As pesquisas de opinião são um bom exemplo: as dificuldades inerentes às metodologias empregadas, bem como o risco de manipulação, demonstram o quanto é fantasioso “imaginar” o que uma “maioria” de fato quer.

Tais considerações levam à questão para a sua outra extremidade: qual é a identidade majoritária, portanto, se minorias, embora contextualmente identificadas, indicam grupos previamente determinados? Os não-heterossexuais, os não-brancos, as mulheres, como também os pertencentes a religiões minoritárias (geralmente não-católicas, no caso do Brasil) refletem a prevalência de um histórico marginalizante que instituiu um referencial ideologizado de quem seria o membro do grupo majoritário. A construção desse referencial implicou na exclusão de identidades que hoje são associadas à categoria minoria, dada a ausência ou limitação de reconhecimento público, especialmente institucional.

A identidade “majoritária”, que destaca uma das possibilidades disponíveis de ser e viver, informa um imaginário necessário para a reprodução da Nação, como também serve como referência cognitiva para a interpretação de mundo, por semelhanças e contrastes. A questão que surge ao colocar o Estado como interessado na identidade é, como levantada por Pierré-Caps (2004, p. 280), a manutenção de uma coesão mínima desse ente, conforme a ideia clássica de Estado e soberania. A identidade “majoritária” facilita a associação entre o modo de condução social de um

⁹⁴ Quer-se evidenciar que o fato de um profissional das áreas mencionadas, por exemplo, não teria sua identidade homossexual acionada como um obstáculo para impedir ou dificultar o acesso de um homem branco a tais cargos. Não se ignora, porém, o preconceito e a violência sofrida pelas minorias, como sofrem os homossexuais, dada a intolerância com a diferença.

Estado em relação ao outro, a identificação de sua “cultura”⁹⁵, se assim é possível afirmar.

A ideia de se imaginar uma identidade homogeneizante, capaz de caracterizar um “povo”, é reflexo especialmente de uma percepção dos impérios colonizadores que se diferenciavam dos colonizados atribuindo a si mesmos uma história, uma cultura e uma “raça” homogênea diferente das demais, de forma a ideologizar uma ideia de “nação” importante para o fortalecimento dos Estados e de acordo com as demandas das políticas internas e exteriores⁹⁶. Não significa dizer, porém, que a diferença não existia internamente; ela não era, no entanto, vista tal como pode ser hoje, como um fato social ou um direito fundamental. Mesmo no caso do Brasil, com a formulação atribuída a Gilberto Freire e à literatura nele inspirada das décadas de 1930 a 1950, o “mito das três raças” simplifica a complexidade social brasileira e obscurece a desigualdade entre as referidas três “raças” e os demais grupos que compõem a sociedade pátria.

Quando se transporta a identidade majoritária à ideia de identidade constitucional é possível perceber que não são coincidentes. Michel Rosenfeld demonstra essa diferença a seguir:

Não se trata apenas da dificuldade decorrente de identidade constitucional ser propensa a se alterar com o tempo mas, igualmente, de sua tendência a se encontrar mergulhada em complexas e ambíguas relações com outras identidades relevantes; tais como as identidades nacionais, as étnicas e as culturais. [...] Assim é que, em um importante sentido, a identidade constitucional compete com outras identidades relevantes, opondo-se a elas. [...] A identidade constitucional não seria tão problemática se ela pudesse simplesmente ser definida em oposição às relevantes identidades acima mencionadas. Uma tal definição negativa, contudo, colocaria a identidade constitucional em um nível tão alto de abstração que a tornaria praticamente inútil. [...] Sem dúvida, como seria possível decidir, sem qualquer referência à identidade nacional ou cultural, se a igualdade constitucional requer a igualdade material ou de resultados ou apenas a igualdade formal ou de

⁹⁵ Há que se destacar as acepções e empregos possíveis do termo “cultura”. Sobre o tema: GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**, LGT, 1989 (1ª edição), uma leitura interpretativista; LARAIA, Roque de Barros. **Cultura – um conceito antropológico**, Jorge Zahar, 1986 (1ª edição), em uma leitura culturalista; e GIMÉNEZ ROMERO, Carlos. **Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad**, La Cueva Del Oso, 1997 (1ª edição), em uma síntese de como a cultura pode ser compreendida pela Antropologia Social.

⁹⁶ Tal conclusão decorre da pesquisa nomeada “A invenção dos ‘usos e costumes’ timorenses: tensões e mediações”, Edital 2010 ProIC/CNPq/UnB, sob orientação da Prof. Dra. Kelly Cristiane da Silva, do Departamento de Antropologia da Universidade de Brasília, apresentada no XVII Congresso de Iniciação Científica da UnB, em outubro de 2011.

oportunidade? [...] Os intérpretes constitucionais não podem se despir completamente de sua identidade nacional ou cultural. Assim é que a questão-chave passa a ser a de como a identidade constitucional pode se distanciar o suficiente das outras identidades relevantes contra as quais ela precisa forjar sua própria imagem, enquanto, ao mesmo tempo, incorpora elementos suficientes dessas identidades para continuar viável no interior de seu próprio ambiente sociopolítico. (ROSENFELD, 2003, p. 17; 21-23)

A identidade constitucional para Rosenfeld não se confunde com identidade nacional ou cultural. Estas seriam equivalentes à identidade majoritária, pois se referem à Nação. A associação que a obra desse autor elabora conecta a identidade constitucional ao constitucionalismo e reserva um espaço diferenciado ao que seria a identidade majoritária (cultural ou nacional). A identidade constitucional deve diferenciar-se das demais identidades para sobreviver, mas também “lutar” para que haja referência a elas (ROSENFELD, 2003, p. 27). A dinamicidade apresentada pelo autor em relação à identidade constitucional expõe o caráter fragmentário, parcial e incompleto, que necessita de constante elaboração e revisão, o que o leva a afirmar a vacuidade dessa identidade (ROSENFELD, 2003, p. 26).

É pela identidade constitucional, portanto, que se torna possível questionar as outras identidades (nacionais, culturais, étnicas), de modo a impor os direitos das minorias no contexto das democracias pluralistas. A vacuidade da identidade constitucional apresenta-se como o espaço que permite a voz das identidades minoritárias reclamar participação na construção e revisão daquela identidade constitucional, com vistas a alcançar o reconhecimento de suas demandas como minorias.

O processo dinâmico ocorre por meio de três instrumentos que pressupõem a identidade constitucional como discurso: a negação (inspirada especialmente em Hegel), a metáfora e a metonímia (inspiradas em Freud e Lacan). Diante da diferenciação entre identidade majoritária – nacional ou cultural – e identidade constitucional, a negação seria a não prevalência de uma maioria determinada⁹⁷; a metáfora buscaria os pontos em comum em detrimento das diferenças; e a metonímia procuraria, pela contextualização, evidenciar as particularidades. Haveria sempre uma abertura para esse exercício quando se trate de identidade constitucional, de maneira que ela não seja coincidente com uma

⁹⁷ Ver na obra de Rosenfeld (2003) o exercício argumentativo sobre o pluralismo religioso e a representação federativa nas páginas 54-56.

identidade majoritária, justamente para alcançar identidades minoritárias. Esse processo contínuo transforma as identidades disponíveis e cria outras, constantemente, que corresponda a uma pretensão constitucional.

A identidade majoritária, embora não coincida com a identidade do sujeito constitucional, serve como padrão inculcado no imaginário nacional do qual deriva a ideia de Estado, Constituição e povo. O sujeito constitucional será pensado, portanto, a partir de uma das identidades disponíveis e reconhecidas para, então, estruturar-se com a necessária abertura – ou o hiato entre a identidade constitucional e as identidades que a alimentam – que permita a outras identidades serem abarcadas ou reconhecidas. Rosenfeld, ciente disso, apresenta a adoção oficial de Deus contra os ateus, como na moeda americana “*In God We Trust*” (ROSENFELD, 2003, p. 77) ou, para o Brasil, o preâmbulo da Constituição Federal de 1988. Esse exemplo pressupõe, sem lastro empírico, uma religião monoteísta nacional que prevalece sobre as minoritárias e sobre os ateus. A identidade majoritária define, pois, o ponto de partida da construção constante da identidade constitucional.

Há uma relação recíproca de construção da identidade constitucional em relação à identidade majoritária. Ao mesmo tempo em que a primeira nega a segunda, pois precisa ser sensível às identidades minoritárias, ela somente se constrói a partir da segunda. Por não poder ser criada do vazio, o seu marco inicial é a identidade construída ou imaginada a partir da qual se forjou o Estado e o “povo”. A percepção da heterogeneidade desse “povo” é que leva à necessária abertura da identidade constitucional, que responda a demandas de outras identidades. É por essa razão que se chega a uma interpretação como a realizada pela Suprema Corte americana em *Lynch v. Donnelly*, ou pelo Conselho Nacional de Justiça nos Pedidos de Providência 1344, 1345, 1346 e 1362.

Em *Lynch v. Donnelly*, a decisão proferida pela Corte em 1984 concluiu que a presença de um presépio na decoração de Natal de uma cidade em um bairro comercial não feriria o Estado laico, pois não se passava de uma prática corrente e generalizada, que não importava na adoção de uma religião específica (ROSENFELD, 2003, p. 78-80). Nos Pedidos de Providência citados, o Conselho brasileiro entendeu que a presença de crucifixos nos tribunais fazia referência à conduta ética, e não a valores religiosos determinados (MIZUTANI, 2010). Tanto em um como em outro precedente verifica-se a prevalência de uma religião majoritária ou dominante, o que ocultaria, nos

dizeres de Rosenfeld, a identidade constitucional. Nos dois casos, o tratamento equânime e neutro a ser dado às religiões foi afastado por argumentos pretensiosamente harmoniosos com a laicidade do Estado.

Os dois casos ilustram a dificuldade de se perceber uma identidade constitucional que seja diferenciada da identidade majoritária. A pretendida neutralidade e equanimidade não são alcançáveis facilmente, pois se exige um esforço de percepção da alteridade do julgador que nem sempre está apto a alcançar. Sua formação profissional, as contingências do papel que desempenha, as referências pessoais que partilha e o lugar social que ocupa são, entre outros, algumas das razões que conduzem a construção argumentativa do julgador a reproduzir uma identidade majoritária, e não a identidade constitucional como proposta por Rosenfeld.

Nesse sentido, a reafirmação de padrões majoritários reforça obstáculos históricos de reconhecimento de outras identidades, demandantes de um espaço público que lhes é negado em razão de sua diferença. Se uma demanda de retirada dos crucifixos dos tribunais é negada sob o argumento de que o crucifixo não é um símbolo religioso, mas representa um “chamamento ético”⁹⁸, outras demandas que firmam um imaginário de identidade majoritária (cristã, branca, heterossexual, masculina) sofrem resistências inconcebíveis diante do propósito do sujeito constitucional – e da identidade que se quer aberta.

O que se busca com argumentos de metáfora e metonímia é colocar em evidência, respectivamente, as similitudes e as diferenças⁹⁹. A identidade majoritária (nacional ou cultural) opera como um discurso metafórico, com finalidade homogeneizante, tanto para a constituição do Estado como de suas funções gerais. As identidades minoritárias, por sua vez, correspondem a uma demanda metonímica, em que a diferença constitui o cerne das reivindicações por reconhecimento. O reconhecimento demandado somente o é pelos mecanismos conscientes ou inconscientes de invisibilidade das diferenças ou da hierarquização das desigualdades.

⁹⁸ “O símbolo da cruz representa, isso sim, um chamamento ético que o Judiciário tem a obrigação de defender. Ele não está fazendo opção de religião católica, muçulmana, israelita, protestante, nada disso. Ele está chamando as pessoas para um comportamento ético que a cruz representa. Então não tem nada aqui de... de religiosidade. Não é esse o sentido da cruz”. Transcrição da 41ª sessão ordinária do CNJ – 29/05/2007, PPS 1344, 1345, 1346 e 1362. Voto do Conselheiro Marcus Faver.

⁹⁹ Para Rosenfeld, “no domínio da argumentação jurídica [...] a inclinação por processos metafóricos ou metonímicos é em grande medida determinada pelos interesses nos resultados jurídicos; os que desejam ampliar a aplicação de uma norma jurídica vigente apóiam-se na metáfora, ao passo que, os que buscam limitar o espectro de abrangência dessa norma recorrem à metonímia”. (ROSENFELD, 2003, p. 85-86).

As minorias, quando assim chamadas, terão seu conteúdo atribuído diante do discurso metafórico homogeneizante. É, portanto, por meio da noção de identidade constitucional que as identidades minoritárias encontrarão respaldo para serem reconhecidas no mesmo patamar da identidade majoritária.

4.4. As minorias como elemento do sujeito constitucional

Tratar de minorias em um texto constitucional traz à tona o reconhecimento de sua singularidade a ser protegida, a sua posição relacional diante de uma maioria e a opção política de qual espaço essas minorias ocuparão no Estado. O papel da Constituição democrática é promover o reconhecimento de direitos pela mútua construção da identidade majoritária e das identidades minoritárias, ou seja, pela criação constante da identidade constitucional. O *constitutional subject* é, ao mesmo tempo, o limitador da deliberação das majorias e a base agregadora das minorias em um ambiente democrático que não se resolve pela vontade majoritária:

Em última instância, tanto o *eu* cuja auto-afirmação e emancipação são promovidas pelo Direito Constitucional, quanto o outro, que busca a auto-afirmação mediante a lei aprovada pela maioria, devem ser incluídos no sujeito constitucional. Assim, além de ser coercitiva como a lei, a Constituição é, a um só tempo, coercitiva e emancipatória [...]. Como a identidade constitucional deve promover a reconciliação ou o equilíbrio entre o *eu* e o outro, a identidade e a diferença, a imposição coercitiva e a emancipação, a herança sociocultural e a renovação ou reinvenção sociocultural, os aspectos mais privilegiados ao longo da via metafórica e da metonímica serão mais provavelmente os mais adequados – nos termos das circunstâncias específicas envolvidas – para se alcançar a maioria, senão a totalidade, desses objetivos. (ROSENFELD, 2003, p. 93-94)

A oposição de conceitos ilustra a tensão gerada pelos opostos “maioria-minoria”. O conflito inerente à tensão gerada pelas minorias em um Estado constitucional repousa sobre o direito à igualdade nos três estágios descritos por Rosenfeld: a) igualdade-como-identidade; b) igualdade-como-diferença; e c) diferença-como-desigualdade do primeiro estágio (ROSENFELD, 2003, p. 88-89). A igualdade como identidade é a função agregadora constitucional do Estado; a igualdade como diferença é a natureza de demandas minoritárias, especialmente étnicas; e a diferença

como desigualdade é o risco constante de um abuso ou desvio do uso da categoria minoria para o reconhecimento de direitos.

Para se perceber como as minorias participam na elaboração do sujeito constitucional, retome-se a constituição do seu terceiro significado e o caráter relacional de atribuição de seu conteúdo, anteriormente mencionado. O emprego da expressão minoria atrelada ao Estado revela o âmbito público em que ser minoria é relevante. A tensão minoria-maioria, seja qual for o conteúdo dessa relação, apresenta-se como um conflito que reivindica reconhecimento público institucional, já que o estabelecimento dessa relação construiu-se e constrói-se em relação ao próprio Estado. Se o Estado detém um referencial majoritário, é por ele que surge a necessidade de minorias receberem tratamento qualitativamente igual ao das maiorias.

O reconhecimento buscado é, portanto, institucional. Assim sendo, em um Estado Democrático de Direito, a Constituição propicia os meios institucionais para atender às demandas das minorias. O processo dinâmico e constante de construção da identidade constitucional é a abertura necessária para estender direitos às minorias sem que haja abuso por parte de indivíduos que queiram obter vantagens pelo reforço argumentativo minoritário. Entretanto, esse risco de abusos sempre existe.

Somente se percebe a igualdade ao se reconhecer a diferença, tal como a construção da identidade se processa com a negação dessa identidade, por meio do que não-se-é. Quando se aciona o recurso da categoria minoria – já que minorias não são preestabelecidas, mas relacionalmente constituídas – pretende-se focar o diferente, dentro de um contexto igualitário. O reconhecimento, pois, pressupõe uma relação de alteridade, em que se constituem mutuamente duas identidades, mas que devem ocupar lugares no mesmo plano, sem hierarquizações. A igualdade na diferença, como é apresentada a demanda por respeito às diversas manifestações religiosas ou filosóficas (que não firmam direitos fundamentais), é permitir o convívio da diversidade sem que haja prevalência hierárquica de uma possibilidade (majoritária, geralmente) sobre as demais.

Para ilustrar como a igualdade na diferença pode ser atendida, tem-se o caso da Apelação em Mandado de Segurança nº 2007.70.00.031253-5/PR, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, decidida em 19 de maio de 2008, por maioria, pelo provimento do pedido de um aluno membro da Igreja Adventista de Sétimo Dia. Reconheceu-se seu direito de frequentar as aulas em turno distinto da sexta à noite ou

sábado pela manhã, “das cadeiras que colidam com o respeito ao seu ‘sábado natural’, que vai do pôr do sol de sexta-feira até o pôr do sol de sábado”, sob o argumento do direito à liberdade de crença e à educação, além de determinar a realização de trabalhos recuperatórios no caso de colisão ou incompatibilidade de horários no período do “sábado natural”. Com base em um precedente que alterou a orientação do referido tribunal, a solução acatou os mesmos fundamentos:

3. O princípio da igualdade supõe, ao lado de uma "proibição de diferenciação", também uma "obrigação de diferenciação", ajustando-se às desigualdades fáticas existentes, decorrente, no caso das convicções religiosas, de as instituições políticas e sociais incorporarem as necessidades e interesses da confissão majoritária. Discussão já assentada no direito estadunidense, na distinção entre "direito a tratamento como igual" e "direito a um tratamento igual", e recebida pela teoria constitucional portuguesa.

4. Não há como entender-se a prevalência dos princípios da legalidade e da igualdade com o sacrifício, no caso concreto, do direito à educação de aluno adepto de credo minoritário. Necessidade de respeito ao "núcleo essencial" da liberdade de crença: liberdade de ter, não ter e deixar de ter religião e a liberdade de livre escolha da crença, de mudar e de abandonar a própria crença religiosa. Moderna doutrina de "liberdade religiosa", compatível com o pluralismo de idéias, o princípio da não-confessionalidade, a tolerância e a diversidade de culturas, crenças e idéias. Reconhecimento, como âmbito de proteção do direito, a "união indissociável entre crença e conduta"¹⁰⁰.

O argumento a ser ressaltado acima é que, contrariamente a uma tradição que havia no referido tribunal, não se sobrepôs mais o princípio da igualdade (identidade-na-igualdade, ou a isonomia da Administração Pública tão citada em casos semelhantes com desfecho contrário) sobre o da liberdade religiosa, que destaca a pluralidade religiosa como direito fundamental sobreposto a um entendimento formal de igualdade.

Além disso, o direito à educação é observado ao se buscar uma solução cujo tratamento, embora diferenciado, não visa privilegiar, mas garantir a liberdade de credo minoritária. Em outras palavras, não há prejuízo ao direito dos demais alunos ao

¹⁰⁰ Agravo em Mandado de Segurança – AMS nº 2003.70.00.017703-1/PR, julgada à unanimidade, ainda como precedente isolado, em 16 de outubro de 2007.

tratamento isonômico e nem desrespeito ao direito à diferença religiosa minoritária de um aluno¹⁰¹.

O conteúdo atribuído a essa relação, em que se percebeu um aluno adventista como minoritário diante de uma maioria de alunos que podia realizar atividades em determinados dias e horários, demonstra como o argumento da minoria reforça o reconhecimento de direitos fundamentais. O direito à liberdade de crença foi-lhe garantido ao perceber que a crença por ele proferida, por ser minoritária, requer tratamento diferenciado não previsto por uma diretriz normativa da instituição educacional voltada para uma maioria sem restrições religiosas. Não há qualquer abuso ou benefício em tal demanda.

Entretanto, a posição relacional minoritária não pode servir como argumento para criar benefícios a determinados membros de um grupo. Esta é a limitação dada pelo processo metafórico de construção da identidade constitucional. É o caso, por exemplo, do *Habeas Corpus* nº 121813 / SC, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em 4 de março de 2010, cuja decisão assim expõe:

Como bem enfatizado pelo Parquet: a pretensão em que o réu seja julgado por quem pertença à sua cor ou raça, ou contrário de atender ao postulado da igualdade material, contraria o princípio da isonomia assegurado no artigo 5º da CF, já que parte de uma premissa apriorística, a parcialidade do “outro”, fundada na raça ou cor; ademais, não se ajusta ao objetivo preconizado no art. 3º, I, da CF, de se construir uma “sociedade solidária”; finalmente, vai de encontro aos expressos termos do § 1º do art. 436 do CPP (na redação dada pela Lei nº 11.689/08): 'Nenhum cidadão poderá ser excluído dos trabalhos do júri ou deixar de ser alistado em razão de cor ou etnia, raça, credo, sexo, profissão, classe social ou econômica, origem ou grau de instrução'".

III - Ademais, o crime praticado não possui qualquer conotação racial, capaz de sustentar a dúvida levantada, no sentido de que a decisão dos jurados teria sido tomada em decorrência de concepções preconceituosas em desfavor da raça negra. Trata-se, ao que parece, de crime passionai comum.

IV - Impende assinalar, ainda, não ter o impetrante demonstrado ser aberrante o veredicto popular, de forma a poder evidenciar que a decisão não encontrou qualquer respaldo no caderno processual. Ordem denegada.

¹⁰¹ Percebe-se uma possível tendência em prever no edital de concursos públicos a possibilidade, mediante prévia informação, de dias e horários alternativos àqueles que professem religiões minoritárias para realizarem as provas, sem que prejudiquem as restrições de seu credo.

A isonomia aqui levantada corresponde a um pressuposto de que o julgamento não se dá a partir da identidade dos sujeitos, mas da convicção do julgador formada a partir dos argumentos levados a conhecimento. A compreensão das circunstâncias que buscava o réu diante de “iguais” minoritários, no caso negros, pode apontar para um juízo de que somente iguais etnicamente poderiam julgar crimes de seus semelhantes. Ainda que o preconceito exista e não seja possível afastá-los completamente no ato de avaliar uma situação, a regra a ser mantida pelo sujeito constitucional aqui é não pressupor a parcialidade em função da etnia, ou de uma predisposição julgadora em que prevaleça a condição minoritária.

Como mencionado, ser minoria não é um dado, mas um constructo relacional. No caso de um julgamento de um crime que não envolve qualquer situação discriminatória ou relacionada à diferença étnica, não haveria justificativa que privilegiasse um argumento metonímico a um metafórico. O contexto do crime, pelo que registra o relatório do *habeas corpus* e a decisão da instância anterior (TJSC), nada tem a ver com “raça”. Portanto, a tentativa de se anular um Júri invocando o argumento minoritário nesse caso parece indicar um abuso daquele que, em outra relação, poderia estar em uma posição minoritária e reivindicar seus direitos nessa condição. No caso, não parece haver qualquer justificativa que estabeleça uma relação posicional minoritária ao paciente.

5. Minorias em cena

Coloque-o diante de mim; deixe-me ver o seu rosto.
(Shakespeare. *Julius Caesar*)

5.1. O *status* constitucional

Como mencionado, há duas minorias étnicas constitucionalmente reconhecidas e duas minorias sociais resguardadas em pontos específicos: os indígenas (Capítulo VIII do Título VIII – Da Ordem Social); os remanescentes de quilombos (art. 68 do ADCT); as mulheres (art. 7º, XX, CF) e os portadores de deficiência (art. 37, VIII, CF). Tal consideração constitucional, embora garanta maior facilidade de reconhecimento dos direitos de tais grupos, não é necessariamente suficiente para garantir-lhes os direitos demandados a partir de sua condição minoritária.

Entretanto, os precedentes analisados demonstram que a previsão constitucional atribui a essas demandas uma inclinação analítica pró-demandante que, em raros casos, têm o reconhecimento negado. Pode-se entender que tal postura judicial geral decorre da tradição positivista e legiferante brasileira, que possui no texto escrito seu “porto seguro” para o reconhecimento de direitos (MIZUTANI, 2011). Nesses casos, a construção das minorias, especialmente étnicas, recorre por vezes a estereótipos, por outras a fundamentações de ordem moral, o que demonstra os recursos disponíveis e acolhidos como legítimos para que direitos sejam reconhecidos perante o Poder Judiciário. Veja-se, pois, como tais minorias étnicas constitucionais são construídas nos precedentes analisados.

5.1.1 Os indígenas

O tratamento dispensado ao indígena é bastante diferenciado, e sua condição de minoria permanece constante em grande parte das demandas levadas ao Judiciário. A competência para julgar as causas em que o indígena seja parte, por exemplo, ultrapassa a questão de terras da previsão constitucional (art. 231), de acordo com a 2ª Turma do STF¹⁰². O Plenário, por sua vez, limitou o uso da identidade indígena. Ser indígena não é requisito suficiente para que a competência federal ser fixada: não basta ser indígena, mas deve haver discussão sobre “direito indígena”. Essa seria a condição minoritária que justificaria a competência prevista no art. 109, XI, da Constituição Federal¹⁰³.

Além das previsões constitucionais, há o Estatuto do Índio, Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. O estatuto garante a prevalência da identidade indígena em alguns precedentes, sendo a condição de indígena o suficiente para garantir-lhe tratamento diferenciado¹⁰⁴. Nesse caso, a aplicação da norma do parágrafo único do art.

¹⁰² STF. **HC 91313/RS**. Rel. Min. Ellen Gracie; julgado em 02/09/2008; DJe-182 de 26/09/2008: “[...] 5. A competência da justiça federal em relação aos direitos indígenas não se restringe às hipóteses de disputa de terras, eis que os direitos contemplados no art. 231, da Constituição da República, são muito mais extensos. O fato dos acusados terem se utilizado da condição étnica das vítimas para a prática das condutas delituosas, o que representa afronta direta à cultura da comunidade indígena.”

¹⁰³ STF. **RE 419528/PR**. Rel. Min. Marco Aurélio; julgado em 03/08/2006; DJ de 09/03/2007, pp. 00026: “[...] A competência penal da Justiça Federal, objeto do alcance do disposto no art. 109, XI, da Constituição da República, só se desata quando a acusação seja de genocídio, ou quando, na ocasião ou motivação de outro delito de que seja índio o agente ou a vítima, tenha havido disputa sobre direitos indígenas, não bastando seja aquele imputado a silvícola, nem que este lhe seja vítima e, tampouco, que haja sido praticado dentro de reserva indígena.”

¹⁰⁴ STF. **HC 85198/MA**. Rel. Min. Eros Grau; julgado em 17/11/2005; DJ 09/12/2005, PP-00016: “[...] 3. Regime de semiliberdade previsto no parágrafo único do artigo 56 da Lei n. 6.001/73. Direito conferido pela simples condição de se tratar de indígena”.

56 do Estatuto¹⁰⁵ foi direta, de acordo com o entendimento de que a condição indígena prevaleceria como discriminadora suficiente para afastar tratamento semelhante aos demais condenados em circunstâncias idênticas e à mesma pena. Tal aplicação encontraria respaldo na Convenção n° 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada pelo Decreto n° 5.051/2004:

Art. 1º, 1. A presente convenção aplica-se: a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial; [...] Art. 10, 2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.

O tratamento dispensado aos indígenas pela Fundação Nacional de Saúde – FUNASA também mereceu acolhida pelo fato de se tratar de indígena:

Ao garantir aos indígenas tratamento médico especializado, a lei não faz qualquer distinção, nem prevê exclusão da assistência à saúde pela FUNASA, de forma que o direito de serem atendidos por aquele órgão independe de estarem aldeados ou não. Onde o legislador não restringiu não cabe ao intérprete restringir e deve-se dar às normas garantidoras de direitos fundamentais a maior aplicabilidade possível. Cabe ao poder público a tutela das comunidades indígenas, assegurando-lhes o direito à vida saudável.¹⁰⁶

A tutela¹⁰⁷ concedida pela Constituição Federal, antecedida pelo Estatuto do Índio e balizada pela Convenção n° 169 da OIT constituíram arcabouço legal para o que

¹⁰⁵ “Art. 56 [...]. Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado”.

¹⁰⁶ TRF 4ª Região. **Apelação Cível n° 2003.72.02.004616-5/SC**, Relator José Paulo Baltazar Junior, julgada em 06/03/2006; DJ 05/04/2006.

¹⁰⁷ “A legislação, no caso, é a Lei n° 6.001/73, também conhecida como Estatuto do Índio, a qual não se encontra em contrariedade com a Constituição, mas em consonância com ela, buscando proteger o indígena para que, então, em uma segunda etapa, ele possa ser integrado. Destarte, o direito conferido pela Carta Magna não pode ser utilizado de forma a prejudicar os índios, contrariando seus próprios interesses ou dificultando suas ações e defesas. Sendo assim, na hipótese em tela, reconhecer a ilegitimidade da FUNAI seria na verdade agir de maneira contrária aos interesses dos índios garantidos constitucionalmente, até porque, não obstante as afirmações acima, **muitos deles ainda não se encontram totalmente inseridos em nossa cultura, sendo inegável sua origem diversa e peculiar, havendo necessidade da tutela do Poder Público em determinados casos.**” (Grifei) TRF 4ª Região. **Apelação Cível N° 2005.04.01.000728-1/PR**. Des. Nicolau Konkel Junior, julgado em 27/11/2009. Em sentido contrário: “Frequentemente é atribuída ao indígena a condição de tutelado, seja pelo Código Civil revogado que dispunha ser o silvícola relativamente incapaz sujeito a regime tutelar, ou pelo Estatuto do Índio, Lei n° 6001/1973, que restringiu a tal condição os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional (art. 7º). A Constituição Federal, por sua vez, em seu artigo 232, dispõe que **os índios ‘são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses’**, razão incontestável para admitir que eles têm capacidade processual.” (Grifei) TRF 4ª Região. **Apelação**

viria a ser o marco em demarcação de terras indígenas pelo Poder Judiciário: a Petição nº 3.388/RR, de relatoria do Min. Carlos Britto, julgada em 19 de março de 2009 (DJe-181, de 25.09.2009). Na ocasião, muitos temas antes esparsos sobre os direitos indígenas encontraram foro para debate, e hoje é referência jurisprudencial para a temática indígena. Percebe-se como essa minoria constitucionalmente reconhecida é construída pelos Ministros que, ao longo do processo, tiveram acesso a diversas fontes de informação, técnicas ou não, sobre indígenas.

Na ementa, há referência de como se entende “índios” no texto Constitucional e uma diferenciação linguística entre “índios” e “silvícolas”:

O substantivo "índios" é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intra-étnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva.

No entendimento do STF, permanece a noção de primitividade que caracterizaria os silvícolas, em reprodução a um entendimento ultrapassado nas Ciências Sociais de que há uma escala evolutiva ou hierárquica humana, em que na base encontram-se os chamados povos originários e no topo têm-se como referência os europeus (e hoje, poder-se-ia considerar os estadunidenses, já que à época as teorias que fundamentavam tal escala eram produzidas principalmente nos centros europeus).

Essa reprodução de um parâmetro ultrapassado reafirma o estado de tutela que o indígena se encontra, pois a depender da “aculturação” (ou seja, de quão mais próximo ou mais distante da “cultura” de referência – a “branca” – ele se encontra) ele pode ou não ser considerado primitivo ou aculturado – isso, evidentemente,

Cível Nº 2007.71.04.006854-6/RS. Des. Sílvia Maria Gonçalves Goraieb, julgado em 02/12/2009. Ainda: “Com o advento da Constituição de 1988, migrou-se de um regime de tutela dos povos indígenas para um regime de proteção. Não mais compete ao Estado, através da FUNAI, responder pelos atos das populações autóctones e administrar-lhes os bens, tal como ocorria enquanto vigente o regime tutelar previsto no Código Civil de 1916 e no Estatuto do Índio (Lei 6001/73). A partir do reconhecimento da capacidade civil e postulatória dos silvícolas, em 1988, remanesce ao Estado o dever de proteção das comunidades indígenas e de seus bens (à semelhança do que ocorre com os idosos que, a despeito de serem dotados de capacidade civil, gozam de proteção especial do Poder Público).” (Grifei) TRF 4ª Região. **Apelação Cível Nº 1999.72.01.005824-4.** Des. Edgard Antônio Lippmann Júnior, julgado em 15.08.2007, publicado em D.E. 03/09/2007.

determinado pelo seu oposto assimétrico, o “homem branco”, dessa sociedade “cultura” que determina quem é ou não primitivo¹⁰⁸.

O problema não está em estabelecer um tratamento diferenciado ao indígena, dado seu potencial desconhecimento sobre as práticas legais e judiciais do Estado brasileiro. Quer-se chamar atenção para como a justificativa é construída, ao atribuir uma ideia de inferioridade dos indígenas – e, portanto, a necessidade de tutelá-los – em relação aos “brancos”. Evidente que nem sempre o tratamento diferenciado pode ser justificado com base no desconhecimento¹⁰⁹, mas se o for, que seja horizontalmente considerado.

Nesse sentido, destaca-se a ponderação da Apelação Cível 410210/PE:

3. No caso concreto, o conflito entre os índios da mesma etnia, índios Xukurus, cindiu a comunidade em dois grupos e culminou com a expulsão violenta do grupo menor das terras que tradicionalmente ocupavam, sob a justificativa de impossibilidade de convívio. 4. **Os índios, em que pese suas peculiaridades, estão sujeitos à ordem constitucional brasileira, bem como a todo o ordenamento jurídico, de modo que o exercício da autotutela de interesses e a vingança são condutas proscritas pelo sistema.** 5. Assim, não se pode colocar sob o manto da proteção estatal, a atitude dos índios que expulsaram os outros, porquanto tais condutas não encontram validade nem amparo na ordem jurídica brasileira. 6. Todos os índios da comunidade Xukuru têm direito ao indigenato, sobre as terras que

¹⁰⁸ É como se observa no HC 80240/RR: “Ademais, o depoimento do índio, **que não incorporou ou compreende as práticas e modos de existência comuns ao ‘homem branco’** pode ocasionar o cometimento pelo silvícola de ato ilícito, passível de comprometimento do seu status libertatis. 4. Donde a necessidade de adoção de cautelas tendentes a assegurar que não haja agressão aos seus usos, costumes e tradições.” (STF. **HC 80240/RR**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence; julgado em 20/06/2011; DJ 14/10/2005, pp-00008). Ver ainda HC 1999.04.01.026342-8/RS: “A especial condição da **índia gestante, aculturada, primitiva e rude**, foi essencial à prática denunciada. A extorsão imputada ao paciente foi direcionada exclusivamente a uma parcela da população indígena grávida, buscando tomar-lhes o numerário que receberiam a título de auxílio-maternidade”.(TRF 4ª Região. **HC 1999.04.01.026342-8/RS**. Relator Wilson Darós; Relatora p/ Acórdão Tânia Terezinha Cardoso Escobar, julgado em 27/05/1999; DJ 23/06/1999, p. 705).

¹⁰⁹ “1. Estando as declarações de um dos acusados a evidenciar sua capacidade de discernimento acerca da própria conduta delitiva, infirmam-se as alegações de que sua origem indígena merecer-lhe-ia tratamento diferenciado. [...] 3. Alegação de erro de proibição infirmada por declaração do próprio acusado e por circunstância que demonstra a plena consciência da ilicitude do recorrente.” (TRF 4ª Região. **Apelação Criminal 93.04.30716-3/RS**. Relator Ronaldo Luiz Ponzi. Julgado em 05/12/1995, DJ 13/03/1996, p. 14791). E ainda: “1. A simples qualidade de silvícola não é suficiente para que a pena dos acusados seja atenuada e, muito menos, que o regime inicial de seu cumprimento se dê através de semiliberdade, sendo imprescindível, para tanto, que o índio não esteja integralmente adaptado à comunidade nacional. 2. Caso em que, apesar de ostentarem a condição de indígenas, os réus estão completamente integrados à civilização, tendo em vista que, além de conhecerem bem o idioma, têm plena capacidade de compreender o caráter ilícito dos seus atos, não lhes sendo aplicável, portanto, as disposições da lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio). (TRF 5ª Região. **Apelação Criminal 5818/PE**. Rel. Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel de Faria; julgada em 11/11/2008; DJ 26/11/2008, p. 119).

tradicionalmente ocupam, pelo que o direito de um índio não pode excluir o do outro que se encontra na mesma condição jurídica. Aos expulsos, cabe o direito ao retorno às suas moradias. 7. A comunidade indígena Xukuru, como organização social, contando com suas lideranças tradicionais e reconhecidas, deve buscar meios pacíficos para resolver seus conflitos, convivendo com as diferenças, e recorrendo ao órgão federal responsável pelo intermédio na solução dos graves conflitos.¹¹⁰ (Grifei)

Nessa passagem, o Relator chama a atenção para as obrigações também inerentes à condição de uma minoria étnica, porque pertencente à ordem jurídica nacional. De acordo com esse entendimento ilustrado acima, a discussão que geralmente é tomada nos estudos de minorias nacionais, como a quebequense no Canadá, mas especialmente a partir da visão capitaneada por Will Kymlicka (1996; 2007), não se coloca da mesma forma no Brasil.

O discurso recorrente sobre minorias pela visão dos autores anglo-saxões recai no binômio “comunitarismo” ou “liberalismo” como característica de uma sociedade que indica o tratamento interno de suas minorias¹¹¹. Essa abordagem leva à discussão, entre outras, de como os direitos das minorias devem ser tratados: se direitos individuais (em sociedades liberais) ou se direitos coletivos (em sociedades comunitaristas)¹¹². Os precedentes não indicam a mesma problemática¹¹³, uma vez que a identidade minoritária é tanto reconhecida no indivíduo – como pertencente – quanto na

¹¹⁰ TRF 5ª Região. Quarta Turma. Rel. Des. Marcelo Navarro, de 21/08/2007; DJ12/09/2007, p. 706.

¹¹¹ Ver GONÇALVES, 1998.

¹¹² Gonçalves (1998) explicita: “O debate contemporâneo entre filósofos liberais e comunitaristas parece polarizar-se em torno de outra, não menos importante, oposição: indivíduo e comunidade. As teorias políticas liberais são inseparáveis do individualismo moderno ao valorizarem o indivíduo em relação ao grupo social e por se oporem às visões colectivistas da política que tendem a valorizar o grupo social e não o indivíduo. Este facto, conduziu a críticas ferozes por parte dos filósofos comunitaristas tecendo uma questão bastante complexa, onde se pode encontrar pelo menos três dimensões, ou perspectivas, de abordagem: antropológica, onde se critica a concepção liberal de um sujeito descomprometido e atomizado; normativa, ao se questionar o princípio moral sobre o qual se rege a moral política – valorização da liberdade individual; e sociológica, porque a sociedade liberal induz os membros da sua sociedade a uma atitude individualista, egocêntrica que tem efeitos destruturantes [*sic*] sobre a identidade individual e do grupo. [...] A articulação entre liberalismo e comunitarismo supõe variadas posições. Os mais liberais tendem a valorizar a liberdade e os direitos individuais, os mais democratas a igualdade e a participação. Estamos perante uma luta permanente dentro do regime de democracia. Enquanto o liberalismo puxa para a exacerbação das diferenças e da desencarnação, já o comunitarismo puxa para uma homogeneização e para poderosas formas de união”. Ver também Rosenfeld, 1997-1998.

¹¹³ Como ocorreu no caso *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972), em que a Suprema Corte entendeu que as crianças de três famílias Amish (cristãos anabatistas que possuem costumes conservadores, que incluem restrições quanto ao uso de tecnologias, energia elétrica e vestimentas) não poderiam ser obrigadas a frequentar a escola após o 8º ano de ensino, de acordo com a crença religiosa de seus pais. A fundamentação repousa no direito à liberdade religiosa. Sobre liberalismo na educação e o caso *Wisconsin v. Yoder*, ver: BURTT, 1994; CALLAN, 2006; FOWLER, 2011.

coletividade minoritária, não sendo óbice para a utilização da categoria em qualquer demanda, individual ou coletiva, no Brasil.

Outro trecho significativo para o estudo das minorias indígenas na Petição nº 3.388 diz respeito à chamada “igualdade civil-moral das minorias”:

Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: **a igualdade civil-moral de minorias**, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. **Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.** (Destaquei)

Como explica o Ministro Carlos Ayres Britto, que inclusive faz referência a sua obra *Teoria da Constituição*, aponta ainda para outro doutrinador defensor do princípio da fraternidade, Antonio Maria Baggio, jurista italiano que, conforme reproduzido no voto do relator, assim propõe na orelha de seu livro *O Princípio Esquecido*, publicado pela editora Cidade Nova, em 2008:

[...] a fraternidade é o princípio regulador dos outros dois princípios: se vivida fraternalmente, a liberdade não se torna arbítrio do mais forte, e a igualdade não degenera em igualitarismo opressor. A fraternidade poderia ajudar na realização do projeto da modernidade. Esta última, de fato, não deve ser negada; ao contrário, seu projeto deve ser retomado, adequando-o, porém, à plenitude de conteúdo dos valores que ele proclama.

Fundado em princípios de uma nova ordem, fraternidade e igualdade civil-moral das minorias, o reconhecimento da minoria indígena pelo STF – e em uma decisão, como mencionado, considerada paradigmática – sustenta-se em argumentos morais que orientam a aplicação dos dispositivos legais sobre a matéria.

A orientação mais recente do STF, portanto, não é apenas aplicação de lei especial destinada a uma minoria. A interpretação pode ser desenvolvida a partir de princípios que permitam contemplar as demandas de grupos minoritários. O exercício argumentativo da Petição nº 3.388 pode, em tese, ser utilizado em outras minorias que não necessariamente se beneficiem de normas especiais consolidadas no ordenamento jurídico brasileiro, como os indígenas. Esse precedente mostra que recorrer à categoria minoria é, principalmente, utilizar-se de princípios que alcancem o reconhecimento de um tipo de demanda que transcende o pedido de direito material, via Poder Judiciário.

5.1.2 Os quilombolas

Segundo o documento emitido por um Grupo de Trabalho sobre Comunidades Negras Rurais da Associação Brasileira de Antropologia – ABA em 1994 (*Apud* O'DWYER, 2002, p. 18), os “remanescentes” deveriam ser assim considerados:

Contemporaneamente, portanto, o termo não se refere a resíduos ou resquícios arqueológicos de ocupação temporal ou de comprovação biológica. Também não se trata de grupos isolados ou de uma população estritamente homogênea. Da mesma forma nem sempre foram constituídos a partir de movimentos insurrecionais ou rebelados, mas, sobretudo, consistem em grupos que desenvolveram práticas de resistência na manutenção e reprodução de seus modos de vida característicos num determinado lugar.

Institucionalmente, cabe ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA “a identificação, o reconhecimento, a delimitação, a demarcação, a desintrusão, a titulação e o registro imobiliário das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos” (art. 5º da Instrução Normativa nº 57/2009), sem prejuízo da competência comum e concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O auxílio de outras instituições interessadas também é compreendido no processo, inclusive dos próprios quilombolas.

Há três momentos para o processo de reconhecimento institucional dos quilombolas: 1) a certificação pela Fundação Cultural dos Palmares, a partir autodefinição da comunidade, segundo o Decreto nº 4.887, de 2003; 2) abertura do processo administrativo pela comunidade ou interessado para a identificação da área; 3) elaboração do Relatório Técnico de Identificação e Delimitação – RTID. Somente após as três etapas a terra será demarcada e terá a titulação outorgada pelo presidente do INCRA.

A autodefinição, necessária para certificação pela Fundação Cultural Palmares¹¹⁴, permite que não haja uma imposição externa a uma identidade e que a construção da identidade pelos próprios sujeitos reflita um contexto atual, e não colonial. Esse critério permite que o sujeito detenha a autonomia de manifestar sua identidade, ao mesmo tempo em que sua autoafirmação é uma forma de reconhecer-se pra ser reconhecido. Segundo Alfredo Wagner Berno de Almeida:

O importante aqui não é tanto como as agências definem, ou como uma ONG define, ou como um partido político define, e sim como os próprios sujeitos se autorepresentam e quais os critérios político-organizativos que norteiam suas mobilizações e forjam a coesão em torno de uma certa identidade. Os procedimentos de classificação que interessam são aqueles construídos pelos próprios sujeitos a partir dos próprios conflitos, e não necessariamente aqueles que são produto de classificações externas, muitas vezes estigmatizantes. Isso é básico na consecução da identidade coletiva e das categorias sobre as quais ela se apóia. (ALMEIDA, 2002, p. 43).

Esse procedimento evidencia a necessidade de se indicar uma identidade pela qual seja assegurado um direito. É pela condição de remanescente de quilombo que se podem reconhecer seus direitos sobre a terra que ocupa. Face à legislação disponível e ao respaldo constitucional, as decisões das demandas quilombolas que tenham respeitado os procedimentos descritos ratificam o reconhecimento do grupo feito por meios administrativos. Há um deslocamento da atribuição da identidade e da condição de minoria, tanto para o Legislativo como para as instâncias do Executivo, restando ao Judiciário reafirmar as diretrizes legais, como ocorre no acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região¹¹⁵:

9. Do procedimento administrativo juntado aos autos, extrai-se a conclusão de que a ocupação predominantemente de população negra de Ivaporunduva está associada à alforria e abandono da mão-de-obra escrava por antiga mineradora, que, doando terras à Igreja de Nossa Senhora do Rosário dos Homens Pretos, no final do século XVII, possibilitou o estabelecimento desse núcleo de povoamento negro. [...]

13. O direito da comunidade quilombola obter *[sic]* o domínio da área que imemorialmente ocupa constitui um direito fundamental (art. 68 do ADCT e

¹¹⁴ A Fundação Cultural Palmares mantém um registro organizado por ente da federação em seu sítio eletrônico: http://www.palmares.gov.br/?page_id=88. Acesso em: 10 mar. 2011.

¹¹⁵ Ver também: TRF 1ª Região: **AMS 2007.34.00.006418-8/DF**, Rel. Des. Daniel Paes Ribeiro, e-DJF1 de 22.09.2008; TRF 2ª Região: **AI 2008.02.01.009384-4/RJ**, Rel. Juiz Federal convocado Reis Friede, DJU de 15.01.2009 TRF 3ª Região: **AI 2006.03.00.029172-9/SP**, Rel. Des. Johonsom di Salvo, DJF3 de 14.10.2009; TRF 4ª Região: **AI 2009.04.00.003680-0/SC**, Rel. Des. Maria Lucia Luz Leiria, de 26.10.2009.

art. 5º, § 2º, CF), pois diz respeito diretamente à dignidade de cada integrante daquela comunidade.

14. Assegurar a terra para a comunidade quilombola afigura-se imprescindível não só para garantia de sua própria identidade étnica e cultural, mas também para salvaguardar o direito de todos os brasileiros à preservação do patrimônio histórico-cultural do país (art. 215, CF).

15. Tratando-se de direito fundamental (art. 68 do ADCT e art. 5º, § 2º da CF) possui aplicação imediata, conforme dicção do § 1º, do art. 5º, da Constituição Federal, haurindo-se do próprio texto constitucional o direito dos integrantes da comunidade quilombola de Ivaporunduva de granjearem a titulação da área por eles ocupada, contra tal direito não cabendo opor o domínio de entidade particular. (Reexame Necessário Cível 2004.03.99.037453-4/SP, Rel. Juiz convocado em auxílio Helio Nogueira, DJF3 de 03.02.2009).

O reconhecimento dos quilombolas está na dianteira do esforço empreendido por outros grupos que poderiam utilizar a categoria minoria. A farta legislação¹¹⁶ que regulamenta o reconhecimento dos direitos dos quilombolas respalda uma prática “positivista” de aplicação da norma ao caso concreto. Os mecanismos institucionais, tanto de uma “cultura jurídica” brasileira de *civil law* quanto de uma regulamentação detalhada da Administração Pública, propiciam a via estatal de reconhecimento desses grupos marginalizados historicamente, o que indica o papel fundamental do Estado e das instituições públicas em promover o reconhecimento e, conseqüentemente, os direitos por eles demandados.

O padrão observado nos precedentes judiciais seguem em grande medida a decisão do REsp 931060/RJ, (Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 19.03.2010) que ilustra a maneira como se prova que um imóvel é quilombo, sempre recorrendo a dados históricos fornecidos pela Fundação Cultural dos Palmares e respaldado no dispositivo constitucional:

2. Essa novel ordem constitucional, sob o prismado dos direitos humanos, assegura aos remanescentes das comunidades dos quilombos a titulação definitiva de imóvel sobre o qual mantém posse de boa-fé há mais de 150 (cento e cinquenta) anos, **consoante expressamente previsto no art. 68 do**

¹¹⁶ A Instrução Normativa nº 57/2009 do INCRA elenca, em seu art. 2º, a legislação em vigor que a fundamenta: Constituição Federal: arts. 215, 216 e art. 68 do ADCT; Lei nº 4.132/1962; Lei nº 4.504/1964; Lei nº 8.629/1993 Lei nº 9.784/1999; Lei nº 10.267/2001; Lei nº 10.678/2003; Decreto nº 59.428/1966; Decreto nº 433/1992; Decreto nº 4.887/2003; Decreto nº 6.040/2007; Medida Provisória nº 2.183-56/2001; Convenção Internacional nº 169, da Organização Internacional do Trabalho sobre povos indígenas e tribais, promulgada pelo Decreto nº 5.051/2004; Convenção sobre Biodiversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519/1998.

Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. [...] 4. Advirta-se que a posse dos remanescentes das comunidades dos quilombos é justa e de boa fé. Nesse sentido, conforme consta dos fundamentos do provimento supra, **a Fundação Cultural Palmares, antiga responsável pela identificação do grupo, remeteu ao juízo prolator do decisum em comento relatório técnico-científico** contendo [...] "todo o histórico relativo à titularidade da Ilha de Marambaia, cujo primeiro registro de propriedade fora operado em 1856, junto ao Registro de Terras da Paróquia de Itacuruçá, em nome do Comendador Joaquim José de Souza Breves, que instalou no local um entreposto do tráfico negreiro, de modo que, ao passar para o domínio da União, afetado ao uso especial pela Marinha, em 1906, já era habitado por remanescentes de escravos, criando comunidade com características étnico-culturais próprias, capazes de inserí-los [*sic*] no conceito fixado pelo artigo 2º do indigitado Decreto 4.887/03". 5. A equivocada valoração jurídica do fato probando permite ao STJ sindicá-la a respeito de **fato notório, máxime no caso sub examinem, porque o contexto histórico-cultural subjacente ao thema iudicandum permeia a alegação do recorre de verossimilhança.** 6. Os quilombolas tem [*sic*] direito à posse das áreas ocupadas pelos seus ancestrais até a titulação definitiva, razão pela qual a ação de reintegração de posse movida pela União não há de prosperar, sob pena de por em risco a continuidade dessa etnia, com todas as suas tradições e culturas. O que, em último, **conspira contra pacto constitucional de 1988 que assegura uma sociedade justa, solidária e com diversidade étnica.** (Grifei)

A referência aos instrumentos administrativos serve como fonte justificadora da construção de um grupo considerado quilombola. Nesse caso, a minoria é construída em sede administrativa, de acordo com um procedimento administrativo externo ao Poder Judiciário. A análise realizada judicialmente é se o rito procedimental fora observado ou não. Não se interfere no mérito, portanto o Judiciário não constrói a realidade quilombola, mas confere a ela *status* de minoria.

A construção particularmente minuciosa no acórdão de Relatoria da Desembargadora Maria Rita Lima Xavier no Agravo de Instrumento nº. 20043004682-4 (TJPA - Comarca de Colares/PA, julgado em 16/05/2008) demonstra a atuação, muitas vezes ratificadora de uma situação, mas reforçadora para o âmbito judicial, pelo Poder Judiciário ao caso quilombola:

3. A valoração (ponderação), portanto, é o exercício que deve o magistrado labutar toda vez que se defrontar com a colisão de direitos de status constitucional, como é a do caso concreto. [...] Estas

características permeiam a propriedade desde o séc. XIX, no entanto, após a promulgação da Constituição Federal, elas não mais resumem todas as facetas da propriedade, ensejando uma mutabilidade de um direito historicamente ilimitado. O vetor causador desta mudança é o paradigma constitucional da função social da propriedade, como bem elencado nos art. 5º, XXIII e art. 170, III, ambos da CF/88, isto é, toda propriedade deve estar direcionada para os anseios da coletividade, atendendo as diretrizes sócio-econômico-ambiental, impondo ao proprietário, **através do princípio da solidariedade (art. 3º, I da CF/88)**, obrigação de oferecer uma destinação útil à coisa, que atenda, além dos seus interesses, também os da sociedade em geral. [...] 5. Quando tratamos de patrimônio histórico e cultural, albergados pela Carta Magna, **a intenção é preservar a memória do povo brasileiro, sua formação multicultural, e todos os atos culturais que manifestam e reproduzam essa diversidade.** Esta preservação é para a posteridade, no sentido de que todos possam ter acesso à cultura e as suas benesses, pois é através desta que os indivíduos conseguem se integrar a uma coletividade, tornando-se sabedores de sua própria historia. [...] 7. Art. 68 - ADCT. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos. A Associação Brasileira de Antropologia (ABA), na tentativa de orientar e auxiliar a aplicação do Artigo 68 do ADCT, divulgou, em 1994, um documento elaborado pelo Grupo de Trabalho sobre Comunidades Negras Rurais em que se define o termo remanescente de quilombo: Contemporaneamente, portanto, o termo não se refere a resíduos ou resquícios arqueológicos de ocupação temporal ou de comprovação biológica. Também não se trata de grupos isolados ou de uma população estritamente homogênea. Da mesma forma nem sempre foram constituídos a partir de movimentos insurrecionais ou rebelados, mas, sobretudo, **consistem em grupos que desenvolveram práticas de resistência na manutenção e reprodução de seus modos de vida característicos num determinado lugar. Deste modo, comunidades remanescentes de quilombo são grupos sociais cuja identidade étnica os distingue do restante da sociedade.** 8. Protege-se a terra que ocupam, não por uma questão meramente de sobrevivência habitacional, mas sim para preservar as tradições, os costumes, a organização social, enfim, a **sobrevivência cultural (material e simbólica) daquela comunidade.** 9 Se esta sobrevivência estiver ameaçada por atividades, seja do Poder Público, seja do particular, deve ser paralisada. Proteger as comunidades quilombolas é conseqüentemente proteger o patrimônio histórico e cultural do Estado do Pará. 10 A agravante alega que irá sofrer danos de difícil reparação em

função da paralisação das atividades econômicas, isso em nada se compara ao dano provocado ao patrimônio histórico e cultural em pauta, sendo inclusive preferível de que o recorrente suporte possível dano, que aliás não foi comprovado, do que este patrimônio venha a sofrer graves lesões, de quase impossível restauração, que ao contrário da agravante, está demonstrado sobejamente. 11 Aqui se aplica a ponderação, e chega-se a conclusão que a agravante deve suportar o dano, por ser de menor potencial ofensivo aos direitos constitucionais posto em conflito na presente demanda. (Grifei)

Os trechos do acórdão acima reproduzido sugerem os parâmetros do exercício jurisdicional capazes de atribuir reconhecimento à identidade minoritária. Primeiramente, indica de pronto as atribuições do magistrado a julgar um caso de desapropriação de terras para uma finalidade de proteção de um grupo distinto, qual seja, a ponderação de valores e, desde logo, aponta para um princípio (presente nas demandas de minorias étnicas): o da solidariedade. Recorre, na sequência, a uma definição justificadora do instituto jurídico “patrimônio histórico e cultural” e a ele agrega outros fundamentos de cunho moral. A seguir, conjuga o dispositivo constitucional (art. 68, ADCT) ao documento da Associação de Antropologia Brasileira – ABA remete a um corpo técnico capaz de identificar o que não está ao alcance técnico do magistrado: a identificação de um grupo como quilombola, distinto de um grupamento negro rural.

É possível perceber, assim, que a previsão constitucional não requer necessariamente a atribuição de “minorias” aos remanescentes de quilombos. A informação parece estar subentendida, inclusive quando a ABA faz a distinção desse grupo em relação à sociedade. Não é necessário, portanto, o uso da categoria quando reconhecidamente constitucional. Semelhantemente ao caso dos indígenas, se há menção ao termo minoria é apenas com o propósito de reforçar o contexto justificador de reconhecimento dado pela Constituição.

5.1.3 As pessoas com deficiência

Ainda há mais dois grupos que são diferenciados constitucionalmente, como mencionado: as pessoas com deficiência e as mulheres. Sobre as chamadas “pessoas com deficiência”, a terminologia não é uniforme nos precedentes, mesmo em períodos curtos de análise. Cabe, por esse motivo, reproduzir os dizeres de Hugo Nigro Mazzilli quanto ao uso de termos considerados sinônimos para se referir a essas pessoas:

O emprego da expressão *peessoa portadora de deficiência* passou a substituir o emprego de *deficiente*, para dar enfoque à condição de *peessoa*; a seguir, aventou-se substituir a expressão *peessoa portadora de deficiência* por *peessoa com necessidades ou direitos especiais*; mais recentemente, tem havido alguma preferência pela expressão *peessoa com deficiência* (MAZZILLI, 2011, p. 685).¹¹⁷

Também encontrado “portadores de deficiência” ou “portadores de necessidades especiais” nos precedentes, tal como na Constituição, não há óbice em reconhecer-lhes direitos na condição de minoria, “de exercer, em grau de igualdade (material), qualquer função pública compatível com sua limitação acha-se constitucionalmente assegurado”, sendo usual recorrer à categoria minoria pela parte¹¹⁸.

Não se pode, porém, creditar à Constituição suficiência plena de sua norma¹¹⁹, e por isso há previsão de lei que regulamenta os comandos dirigidos à pessoa com deficiência:

Tal disposição tem seu escopo no fato de que a igualdade material almejada nem sempre é alcançada apenas pelos princípios constitucionais, sendo insuficiente a simples proibição da discriminação, cumprindo a regulamentação de determinadas hipóteses através de norma infraconstitucional com o objetivo específico de resguardar direitos, como é o caso da Lei nº 11.867/95, que reserva percentual de cargos ou empregos públicos, no âmbito da Administração Pública do Estado, para pessoas portadoras de deficiência. (TJMG. **Apelação Cível / Reexame Necessário nº 1.0079.05.183566-2/001**; Rel. Armando Freire; julgado em 07/02/2007; com publicação em 16/03/2007).

¹¹⁷ Ainda sobre a terminologia, um artigo bem-humorado de uma “pessoa com deficiência visual”, como o autor prefere ser chamado: MELO, Ricardo de. O correto é: Portador de Deficiência, Portador de Necessidades Especiais ou Pessoa com Deficiência? In: **Discutindo a Deficiência**. Publicado em 16/03/2011. Movimento Livre: caminho livre para a inclusão do Deficiente Visual. Disponível em: <http://www.movimentolivre.org/artigo.php?id=121>. Acesso em: 03 set. 2011.

¹¹⁸ “[...] a apelante defendeu a constitucionalidade das Ações Afirmativas que objetivam promover a inserção de minorias normalmente excluídas, a exemplo da Lei Municipal n.º 3.829/04, viabilizando a isonomia material”. TJMG. **Apelação Cível / Reexame Necessário nº 1.0079.05.183566-2/001**; Rel. Armando Freire; julgado em 07/02/2007; com publicação em 16/03/2007.

¹¹⁹ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;”. “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;”. “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;”. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

Tais legislações infraconstitucionais são consideradas como políticas públicas, pelo referido acórdão¹²⁰. Há uma indicação, portanto, que, em se tratando de minorias sociais (como é o caso da pessoa com deficiência e diferente de como ocorre com as minorias étnicas acima referidas), não se trata de proteger uma identidade minoritária – especialmente sobre o acesso a terra – mas de uma forma política de equiparar pessoas que, de alguma forma, são marginalizadas ou discriminadas¹²¹.

No mesmo julgado citado, há o reconhecimento da condição de minoria a pessoa com deficiência e, tal como alegado pela apelante (uma professora que havia passado em um concurso público nas vagas disponíveis a pessoa com deficiência, mas que fora alocada em uma escola que não era adaptada para recebê-la), o acórdão utiliza o termo, mas em ponderação ao pedido da autora¹²²:

Importante salientar, contudo, que previsões legais como as constantes da Lei nº 11.867/95 determinam um tratamento desigual sempre respeitada a medida da desigualdade, sendo calcadas na finalidade de proporcionar tratamento realmente igualitário às minorias, o que significa que o tratamento também não deve ser desequilibrado em favor destas, sob pena de se tornar um instrumento discriminador se desviando de seu escopo ao privilegiar determinado grupo social.

No caso específico, há uma passagem que demonstra as limitações da plena aplicação dos preceitos constitucionais e infraconstitucionais à autora, pessoa com deficiência auditiva:

¹²⁰ “O zelo da Administração Estadual vislumbrado na Lei n. 11.867/95 traduz-se em uma espécie de ação afirmativa. As ações afirmativas são caracterizadas como políticas sociais destinadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos resultados da discriminação nas suas diversas formas: racial, de sexo, de idade, de origem nacional, por deficiência física, etc, proporcionando, de forma igualitária, o acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego”.

¹²¹ “Temos em vigor uma legislação pátria que estabelece discriminação positiva, de modo a proporcionar à sociedade uma “valorização” das minorias por meio das ações afirmativas. Com a discriminação positiva, o legislador vem proporcionar à sociedade uma medida compensatória e proteger determinadas parcelas que historicamente foram e ainda são vítimas de discriminação negativa. Adequado sejam garantidas condições especiais para que portadores de necessidades especiais participem do certame.” TRF 4ª Região. **Remessa ex officio em Ação Cível 200870000108705**. Rel. Alcides Vettorazzi. Julgado em 10/03/2009, D.E. 15/04/2009.

¹²² “Consoante documento juntado às informações prestadas pela autoridade apontada como coatora (fls. 79/86), a escolha da Escola em que exerceria as funções do cargo de ‘Professor de Educação Básica Nível III, Grau A, Conteúdo Ling. Port.’ foi realizada pela própria impetrante que requereu expressamente sua lotação na E. E. Henrique Sapor de Ribeirão das Neves [...]. É realidade que, no decorrer do exercício da função para a qual prestou concurso, **encontrou grandes dificuldades de lecionar, em virtude de se tratar de uma Escola Comum e não uma Escola Especializada para deficientes auditivos, inclusive enfrentando quadros de depressão que lhe obrigaram a tirar licenças**. Tais dificuldades encontram-se demonstradas nos requerimentos feitos pela Diretora (Sra. Valdiene Trindade) à SRE-Metropolitana “C” [...], pela Impetrante [...] e na Ata da Reunião realizada entre a Diretora, Inspetoras da Metropolitana “C” e a Impetrante [...]” (Grifei)

Os portadores de deficiência como a impetrante merecem reconhecimento pelo árduo exercício de superação, compensando as fraquezas e superando limites físicos, com respeitável empenho e determinação no desempenho das tarefas que lhes são confiadas. Especificamente no caso dos autos, tal **empenho restou demonstrado na luta da impetrante em buscar exercer o magistério em condições extremas no que se refere às limitações.**

Contudo, entendo que, buscando a impetrante unicamente uma vaga no Município de Ribeirão das Neves e, **inexistindo neste Município qualquer Escola Especializada em atender portadores de deficiência auditiva**, o laudo médico, ao concluir pela deficiência da candidata e sua aptidão "para o cargo de professora em Escola Especializada p/ deficientes auditivos" deveria ser entendido de forma restritiva, uma vez que condiciona a compatibilidade a uma vaga que não existia no Município, não havendo direito adquirido à nomeação, **mas sim, mera expectativa de direito vinculada à conveniência e oportunidade da Administração.** (Grifei)

Os trechos acima destacados, para além da questão administrativa de nomeação, revelam o contexto em que a pessoa com deficiência possa ser considerado minoria. Diferentemente dos não-portadores, é exigido deles um esforço muito maior para desempenhar suas atividades laborais – mesmo cotidianas – por não haver, ainda, o reconhecimento pleno de sua condição minoritária em relação a uma sociedade predominante que não necessita de aparatos adaptados a limitações físicas. Desde pequenas modificações para o exercício do direito de ir e vir à existência de escolas especializadas reiteram um *status quo* que, muito lentamente, é forçado a ser alterado.

Na descrição do caso que chegou ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas observa-se uma carência de escolas especializadas – que deixam de atender crianças com deficiência – e do preparo do Estado em permitir a plenitude do exercício de direitos e obrigações de parte da população. Além disso, cabe destacar o entendimento de que a solicitação de alocação em determinado Município que não tenha escola especializada impede a pessoa de assumir o cargo ao qual estaria habilitada. Significa dizer que, por falta de estrutura mínima de inclusão e garantia de educação a todos, prevalece o argumento de “conveniência e oportunidade” da Administração Pública.

O que se pretende evidenciar é o obstáculo imposto às pessoas com deficiência, e o caso relatado é apenas um exemplo de como essa situação torna a pessoa com deficiência minoria em relação aos demais sem deficiência. A ponderação anteriormente feita é válida, mas desde que haja condições de igualdade para que a

limitação ao tratamento diferenciado seja justificável. Nesse caso, não havia situação equiparável para limitar uma situação positivamente discriminante. Como, pois, sustentar equiparação formal a outros aprovados em concurso se (ainda) não há lotações adequadas?¹²³

Verificam-se óbices de pleno exercício de suas capacidades físicas que devem ser minorados ou eliminados, e só então exigir que o tratamento seja o mesmo tanto para as pessoas com deficiência como para aquelas sem deficiência. Mesmo que não haja regulamentação, não se pode impor obstáculos às políticas públicas que visem garantir condições equiparáveis de exercício de direitos, como alertou a Min. Eliana Calmon, na ementa do Recurso Especial nº 1046475/ES (Segunda Turma, julgado em 12/08/2008, DJe 08/09/2008):

1. O inciso IV da Lei n. 8.199/91 foi inicialmente vetado pelo Presidente da República, mas o veto foi rejeitado pelo Presidente do Congresso Nacional e o referido enunciado normativo foi definitivamente promulgado em 14 de novembro de 1991.
2. A Lei n. 8.199/91 trouxe todos os requisitos para o usufruto da isenção tributária do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI pelos portadores de deficiência física, de modo que **o papel do regulamento é secundário e complementar da legislação, não podendo ser erigido em óbice à implementação de ação afirmativa de inclusão da minoria.**
3. Recurso especial não provido. (Grifei)

A percepção das pessoas com deficiência como uma minoria parece evidente, especialmente quando aliada à inclusão. As demandas desse grupo dizem respeito às adaptações necessárias para que tenham tratamento igual aos demais, dadas suas limitações físicas. Uma vez garantidas as mesmas possibilidades de acesso e de condição de competitividade, as mesmas obrigações podem ser exigidas. Ressalte-se que a promulgação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com

¹²³ “Como dito, o direito do portador de deficiência física de exercer, em grau de igualdade, qualquer função pública compatível com sua limitação acha-se constitucionalmente assegurado, bem como encontra previsão na legislação infraconstitucional mineira (Lei n. 11.867/95). Entretanto, o ato atacado não apresenta a ilegalidade apontada, uma vez que não existe, no Município eleito pela impetrante, Escola Especializada em que possa exercer as funções para qual prestou o concurso (professora), não cumprindo ao Judiciário determinar que o Estado crie um estabelecimento com estas características, ou mesmo altere o cargo para o qual prestou o concurso com o fim de se adaptar à deficiência da impetrante, cuja compatibilidade demonstrava-se fator imprescindível à própria investidura. Entendimento contrário seria de fato, como bem salientou o douto Procurador de Justiça, em parecer de fls. 150/155, priorizar o interesse particular em detrimento do interesse público”.

Deficiência (Dec. nº 6.949/09) passou a ter força jurídica equivalente à de emenda constitucional (art. 5º, §3º, CF), o que reforça o compromisso do país com esse grupo¹²⁴.

Nesse sentido, o papel do Poder Judiciário, diante de uma demanda de pessoas com deficiência, está em assegurar-lhe as adaptações e exigir as ações do agente público, ainda insatisfatórias, que estão juridicamente assentadas no princípio da dignidade da pessoa humana e da fraternidade, segundo o Supremo Tribunal Federal:

[...] 3. A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988. (STF. **RMS 26071/DF**. Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 13/11/2007; DJe-018 divulgado em 31/03/2008 e publicado em 01/02/2008).

[...]3. Em 30.3.2007, o Brasil assinou, na sede das Organizações das Nações Unidas, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado. 4. A Lei n. 8.899/94 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados. (STF. **ADI 2649/DF**. Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 08/05/2008; DJe-197 divulgado em 16/10/2008 e publicado em 17/10/2008).

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm: o peso ou importância atribuível a cada um em um caso concreto. Ao contrário das regras, que não podem diferir em importância em um sistema de regras, os princípios servem de justificativa para adotar e aplicar uma regra, especialmente quando se trata de casos difíceis ou que ensejam mudanças de orientação jurisprudencial (DWORKIN, 1967, p. 27; 29; 38):

Se uma teoria do direito deve fornecer uma base para o dever judicial, então os princípios que ela apresenta de maneira ordenada devem tentar *justificar*

¹²⁴ As leis que tratam da inclusão das pessoas com deficiência é extensa. Um levantamento realizado por Mazzilli (2011, pp. 679-680) indicam leis específicas e dispositivos relacionados a esse grupo e chega a dezoito fontes normativas positivadas até hoje, em plena vigência no Brasil, desde diretrizes internacionais, instituição do dia Nacional de Luta da Pessoa portadora de Deficiência até dispensas de licitação e prioridade na tramitação aos processos administrativos.

as regras estabelecidas. Para isso, é preciso identificar as preocupações e tradições morais da comunidade que, na opinião do jurista que defende tal teoria, sustentam efetivamente essas regras (DWORKIN, 2007, p. 106).

A presença de princípios que informam e orientam a aplicação das regras buscam a realização da justiça no caso concreto, vez que expressam “valores ou fins a serem alcançados”, “indicam estados ideais e comportam realização por meio de variadas condutas” e “são aplicadas mediante ponderação” (BARROSO, 2011, p. 317-318). O princípio da dignidade da pessoa humana possui eficácia negativa que, segundo Luís Roberto Barroso, “implica a paralisação de qualquer norma ou ato jurídico que esteja em contrariedade com o princípio constitucional em questão” (BARROSO, 2011, p. 320).

O princípio da fraternidade mencionado, recorrente como fundamento para o reconhecimento dos direitos das minorias, remete à ideia de que todos são iguais em dignidade¹²⁵, representando o terceiro pilar do lema revolucionário francês (liberdade, igualdade, fraternidade). A fraternidade, muitas vezes entendido como solidariedade, é conceito apresentado por Carlos Augusto Alcântara Machado (2008) como uma categoria jurídico-constitucional do constitucionalismo moderno, e indica, mais que um valor ou um ideal político-social, o reconhecimento da igualdade entre todos os seres humanos: “entender a pessoa visando sua própria realização em comunidade; sua participação com outras pessoas, num contexto relacional” (Machado, 2008).

5.1.4 As mulheres¹²⁶

O oposto assimétrico às mulheres são os homens, e a assimetria é explicada dado um histórico de desigualdade entre esses dois grupos. Para ilustrar, Mazzilli cita a tolerância ao concubinato do homem casado, enquanto o adultério da mulher era rigorosamente reprovado (punição por morte nas Ordenações Filipinas – Liv. V, Títulos XXV e XXXVIII); o homem era o chefe da sociedade conjugal, enquanto a mulher era juridicamente incapaz e devedora de obediência (Código Civil de 1916, art. 240); os direitos políticos não eram extensíveis à mulher (mas apenas com o Código Eleitoral de

¹²⁵ Ver: **A fraternidade como categoria jurídico-constitucional**, de Carlos Augusto Alcântara Machado (2008). Disponível em: http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/CarlosMachado_AFraternidadeComoCategoriaJuridicoConstitucional.pdf. Acesso em: 06 set. 2011.

¹²⁶ Para apontamentos históricos sobre como as mulheres se tornaram uma “minorias”, ver ALVES, 2010, p. 105-120.

1932 isso foi possível); e persistem as discriminações quanto à remuneração e à ocupação de cargos mais elevados tanto no setor privado quanto na Administração Pública (MAZZILLI, 2011, p. 748-750).

As diferenças historicamente criadas foram expressamente indicadas no texto constitucional, de modo a garantir à mulher uma possível equiparação material em relação ao homem. Há, na Apelação Cível nº 2005.70.00.005657-1/PR (TRF 4ª. Região. Rel. Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria; julgado em 03/05/2010), uma associação de tais previsões constitucionais às políticas de ação afirmativa:

[...] o Decreto nº 4.228, de 13-05-2002, instituiu o Programa Nacional de Ações **afirmativas**, para promover "os princípios da diversidade e pluralismo no preenchimento de cargos da administração e na contratação de serviços por órgãos do governo", prevendo metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência. A **própria Constituição estabelece determinadas situações de "ações afirmativas"**, conforme se verifica no art. 7º, XX (proteção ao mercado de trabalho da mulher) e no art. 37, inciso VIII (percentual de cargos públicos para pessoas portadoras de deficiência). (Grifos no original)

Para além da previsão constitucional, existem outras fontes legais nacionais e internacionais que dizem respeito às duas minorias sociais constitucionais. Sobre as mulheres, no plano infraconstitucional tem-se a Lei nº. 11.340, de 07 de agosto de 2007 (Lei Maria da Penha), que encontra respaldo no art. 226, §8º da Constituição Federal¹²⁷ e na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, de 09 de junho de 1994)¹²⁸.

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás – TJGO, no Agravo de Instrumento 65528-5/180 (Rel. Des. Kisleu Dias Maciel Filho; julgado em 02/10/2008, publicado no DJ 223 de 25/11/2008) faz uma analogia da situação das mulheres à noção comum de minorias:

¹²⁷ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (Constituição Federal de 1988).

¹²⁸ Destaque-se o art. 7º da Convenção: “Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em: [...] c. incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis; [...]”.

1 - O tratamento diferenciado conferido a mulher pela Lei Maria da Penha (lei n. 11.340/06) tem fundamento constitucional no artigo 226, § 8º da CF e em âmbito internacional na Convenção de Belém do Pará de 1994 (sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher), partindo do pressuposto de que o gênero feminino precisa de proteção, assim como as minorias que exigem cotas nas universidades, idosos, crianças, deficientes físicos e homossexuais¹²⁹.

As mulheres são consideradas no mesmo patamar de outros grupos hipossuficientes, como crianças e idosos. O mesmo ocorre com os portadores de necessidades especiais. Há, no entanto, uma relação direta nesse tipo de análise ao considerar que minorias e grupos hipossuficientes são sinônimos. Ao tomar crianças e idosos como minorias haveria de se colocar a seguinte questão: se as premissas sobre a construção de minorias sugerir um meio válido de análise e a classificação (meramente pedagógica) for mantida, como se poderia descaracterizar uma criança ou um idoso em contextos diferentes, em que se fosse possível “despi-los” da identidade “infantil” ou “idosa”? A condição de infância ou de pessoa idosa requer, em todos os casos, um atendimento particular por parte do Direito, dada – exatamente – a sua condição de hipossuficiência em qualquer contexto, ainda que se alegue condição mais favorável de um ou outro indivíduo.

Isso porque, em regra, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece necessário o tratamento especializado dirigido aos idosos e às crianças. Não por esse motivo os dois grupos seriam considerados minorias, porque a categoria minoria não está ligada à hipossuficiência, mas a outros fatores que, contextualmente, destaque um indivíduo de uma maioria e, em juízo, a sua qualidade minoritária seja trazida a debate público na esfera judicial com o propósito de ser reconhecida. Não se pode ignorar, porém, a hipótese de a minoria estar associada a uma situação de discriminação social que a torna

¹²⁹ Ver ainda: “A intenção do legislador em nada se diferencia da mesma que ensejou a elaboração de **outros diplomas protetivos de minorias em situação de idêntica hipossuficiência, tais como idosos e crianças**, de forma a, dessa maneira, efetivar o disposto pelo princípio constitucional da isonomia, cuja obediência pressupõe tratamento desigual aos desiguais. [...] Implementada no Brasil para a **tutela do gênero feminino, justifica-se pela situação de vulnerabilidade e hipossuficiência** em que se encontram as mulheres vítimas da violência doméstica e familiar.” (Ana Raquel Colares Linard. Disp. <http://www.acmp-ce.org.br/revista/ano8/n18/ensaio.php>. acesso em 22/01/09) A Lei Maria da Penha, portanto, deve sempre ter uma interpretação que mais favoreça a mulher, em razão da presunção de hipossuficiência.” (TJMG. Recurso em Sentido Estrito nº 1.0024.08.080891-8/001. Rel. Des. Júlio Cezar Guttierrez; julgado em 09/09/2009, publicado em 07/10/2009) (Grifei).

“socialmente” hipossuficiente, o que não ocorre com as crianças e os idosos, pois nesse caso a hipossuficiência é congênita.

O reconhecimento de uma longa história de subestimação às mulheres¹³⁰, de invisibilidade dos portadores de necessidades especiais e de preconceito dirigido aos homossexuais torna-os exemplos de minorias; no caso da hipossuficiência, as crianças e idosos têm diminuída a sua capacidade de defesa, a chamada hipossuficiência jurídica¹³¹, mas não lhes falta reconhecimento de seu lugar social – o que não significa dizer, porém, que as políticas públicas de atendimento a esses grupos sejam satisfatórias.

Desse modo, não se exclui a hipossuficiência de indivíduos pertencentes a grupos considerados minoritários; mas não é por essa possível hipossuficiência que se pode caracterizá-los como minorias. Entretanto, tal distinção não é evidente e tampouco orienta as decisões dos precedentes analisados no presente trabalho. É com essa observação que se pode identificar o trecho do acórdão proferido no Conflito Negativo de Jurisdição nº 1.0000.07.466156-2/000¹³²:

Neste instante, o conceito de violência de gênero tratado pela Lei 11340/06 desempenha papel extremamente relevante para entendimento da *quaestio*. O que se pretende, então, afirmar, é que as ações políticas destinadas ao enfrentamento da violência de gênero - deságüem ou não em Leis - buscam a efetivação da igualdade substantiva entre homem e mulher enquanto sujeitos passivos da violência doméstica. O tratamento diferenciado que existe - e isto é fato - na Lei 11340/06 entre homens e mulheres não é revelador de uma faceta discriminatória de determinada política pública, mas pelo contrário: **revela conhecimento de que a violência tem diversidade de manifestações e, em algumas de suas formas, é subproduto de uma concepção cultural em que a submissão da mulher ao homem é um**

¹³⁰ “Por força dessa tradição secular, cimentada ao longo de uma Idade Média de barbárie, quando o avantajado porte físico conferia uma superioridade de fato ao sexo masculino, ante à qual não havia alternativa à mulher, senão a submissão para obter a segurança e a estabilidade necessárias para a permanência da família, ainda hoje se podem encontrar vestígios do sexismo na organização política das sociedades, no seio da família ou no contexto da organização do trabalho. E esses traços de "atavismo cultural" não se restringem aos extratos sociais de baixa escolaridade ou às comunidades habitantes da zona rural: praticam-se ainda formas de discriminação e violência contra a mulher em todos os grupos e camadas sociais e, o que é pior, no recesso dos lares, com a conivência da família, dos vizinhos e mesmo da própria vítima, alarmada com possíveis crises familiares e efeitos sociais eventualmente gerados por uma reação diante da violência.” TJMG. **Agravo de Instrumento Criminal nº 1.0145.09.557201-5/001**. Rel. Des. Hélcio Valentim; julgado em 24/06/2010.

¹³¹ Ver SOUZA, 2008. O autor ainda discorre sobre a hipossuficiência de informação ou técnica (ligada às questões de direito do consumidor) e a hipossuficiência econômica (ligada ao pedido de gratuidade para o acesso à justiça).

¹³² TJMG. Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho; julgado em 20/05/2008.

valor histórico, moral ou religioso - a origem é múltipla. Esta violência é geradora de uma situação de desigualdade material entre homem e mulher, determinando, assim, uma especial atenção do legislador na busca da sua prevenção. Não se pode, desta forma, igualar situações ainda, que unidas pela característica da violência, se apresentam diversidade de valor. É dizer: **o marido que espanca a esposa não comete a mesma violência da esposa que agride o marido. Não se trata de situações idênticas, a não ser que os olhos do intérprete estejam cerrados para o conceito de violência de gênero e a forma como os valores sociais são consolidados ao longo dos tempos.** A busca pela igualdade material é lícita, constitucional e não deve ser objeto de intromissão do Judiciário que, pelo contrário, deve promovê-la. A igualdade meramente formal é importante, mas não esgota a função estatal de efetivação do bem-estar público. (Grifei)

Há no acórdão reproduzido e destacado acima duas observações sobre como o exercício judicial de construção da minoria se produziu nesse caso das mulheres: primeiro, há o reconhecimento de uma história de desigualdade, sendo a mulher um oposto assimétrico ao homem, e com o registro de que tal condição fora perpetuada com fundamentos diversos. Ressalte-se o emprego dos verbos no segundo trecho destacado, que acentua essa diferença: o homem espanca, a mulher agride. A violência de gênero, portanto, não seria a violência tratada igualmente, qual seja o sexo do agente agressor.

Tal percepção indica que a igualdade formal expressamente referida no inciso I do artigo 5º da Constituição Federal de 1988¹³³ não é suficiente para cumprir o papel histórico da Constituinte.

Historicamente, e com especial referência à realidade de nosso país, homens e mulheres não se colocam em pé de igualdade mútua. Há inúmeras diferenças no plano material, de cuja devida valoração depende a efetivação da verdadeira igualdade entre os gêneros. Nesse preciso sentido, veja-se a Exposição de Motivos do Projeto de Lei 4.559/04, convertido, posteriormente, na Lei Maria da Penha, a declarar que: "As iniciativas de ações afirmativas visam "corrigir a defasagem entre o ideal igualitário predominante e/ou legitimado nas sociedades democráticas modernas e um sistema de relações sociais marcado pela desigualdade e hierarquia". Tal fórmula tem abrigo em diversos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro precisamente por constituir um corolário ao princípio da igualdade

¹³³ "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]" (Constituição Federal de 1988)

(...). **É contra as relações desiguais que se impõem os direitos humanos das mulheres. O respeito à igualdade está a exigir, portanto, uma lei específica que dê proteção e dignidade às mulheres vítimas de violência doméstica. Não haverá democracia efetiva e igualdade real** enquanto o problema da violência doméstica não for devidamente considerado. (TJMG. Agravo de Instrumento Criminal nº 1.0145.09.557201-5/001. Rel. Des. Hélcio Valentim; julgado em 24/06/2010). (Grifei)

Não expressa outra coisa o trecho em destaque, ao materializar a violência de gênero como justificadora de uma lei específica, dirigida à proteção das mulheres. A mulher é reconhecida, portanto, por seu gênero, uma minoria diante do homem quando se trata de violência doméstica, como no caso acima e, constitucionalmente, pela proteção de mercado que lhe é garantida, no art. 7º, inciso XX, da Constituição¹³⁴.

5.2. A equiparação material

5.2.1 Os negros¹³⁵

Cabe, inicialmente, destacar que as pessoas remanescentes de quilombos são tratadas de maneira própria devida à expressa previsão constitucional e natureza do reconhecimento de direitos àquele dado grupo de afrodescendentes. Os precedentes

¹³⁴ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;”. Embora haja o seguinte posicionamento do STF sobre o art. 7º, XX, CF, em um caso de lei que ampliasse direitos favoráveis às mulheres: “Lei 11.562/2000 do Estado de Santa Catarina. Mercado de trabalho. Discriminação contra a mulher. Competência da União para legislar sobre direito do trabalho. (...) A Lei 11.562/2000, não obstante o louvável conteúdo material de combate à discriminação contra a mulher no mercado de trabalho, incide em inconstitucionalidade formal, por invadir a competência da União para legislar sobre direito do trabalho.” (ADI 2.487, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 30-8-2007, Plenário, DJE de 28-3-2008.) No mesmo sentido: ADI 3.166, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 27-5-2010, Plenário, DJE de 10-9-2010.

¹³⁵ Nesse trabalho será utilizado o termo “negro” para tratar da minoria correspondente a esse grupo que reivindica tratamento equânime material, de acordo com o entendimento da Professora Dra. Rita Laura Segato: “Numa sociedade destas características, ser negro significa exibir os traços que *lembram e remetem* à derrota histórica dos povos africanos perante os exércitos coloniais e sua posterior escravização. De modo que alguém pode ser negro e não fazer diretamente parte dessa história – isto é, não ser descendente de ancestrais apreendidos e escravizados –, mas o significante negro que exibe será sumariamente lido *no contexto dessa história*. Num país como o Brasil, quando as pessoas ingressam a um espaço publicamente compartilhado, classificam primeiro – imediatamente depois da leitura de gênero binariamente, os excluídos e os incluídos, lançando mão de um conjunto de vários indicadores, entre os quais *a cor*, isto é, *o indicador baseado na visibilidade* do traço de origem africana, é o mais forte. Portanto, é o contexto histórico da leitura e não uma determinação do sujeito o que leva ao enquadramento, ao processo de outrificação. Por outro lado, ser negro como ‘identidade política’ significa fazer parte do grupo que compartilha as consequências de ser passível dessa leitura, de ser suporte para essa atribuição, e sofrer o mesmo processo de ‘outrificação’ no seio da nação”. (SEGATO, 2005, p. 4). Sobre outros termos usados, ver nota abaixo.

relativos aos negros ou afro-brasileiros¹³⁶ que tratam de demandas cuja categoria minoria é acionada diz respeito, em sua maioria, às políticas afirmativas, assim definidas como:

Aquele conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos

¹³⁶ A utilização de um e outro termo (como também de afrodescendente) para além dos precedentes analisados ainda não é pacífica, nem encontra justificativas semelhantes quando aceitas. Para ilustrar a controvérsia, tem-se uma pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, publicada em 2008, na qual se utilizou como critério de autodeclaração (quando o entrevistado assim o fizesse, podendo declarar-se por outra categoria) os seguintes termos: preto (geralmente ligada à cor da pele, ao lado de branco e amarelo), negro e afrodescendente. O estudo visou cruzar dados dessas declarações e como a identidade racial poderia influenciar a vida do entrevistado em diversos contextos – trabalho, família, atendimento à saúde, judiciário, polícia etc. (BRASIL. IBGE. Características Étnico-Raciais da População. Um estudo das categorias de classificação de cor ou Raça. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/caracteristicas_raciais/PCERP2008.pdf. Acesso em 06 set. 2011.) Já a antropóloga Professora Dra. Rita Laura Segato, uma das idealizadoras da proposta de ação afirmativa do “sistema de cotas” da Universidade de Brasília – junto ao Professor PhD. José Jorge de Carvalho – afirma: “Da mesma forma, a afro-descendência não é, no Brasil, exclusividade das pessoas negras. Por isso, apesar de que se trata de um termo mais elegante que ‘negro’, afrodescendente não deve ser utilizado para falar dos beneficiários das políticas afirmativas baseadas em princípios de discriminação positivas, porque afro-descendentes são a maior parte dos brasileiros ‘brancos’, em razão da demografia das raças extremamente desigual durante séculos.” Afirma, ainda, que não se pode falar em povo afro-brasileiro, com exceção dos quilombolas, sendo a melhor opção o termo negro (SEGATO, 2005, p. 3-4). Em entrevista sobre sua obra *Enciclopédia Brasileira da Diáspora Africana*, Nei Lopes entende ser mais adequado o termo “afro-brasileiro”: “Eu entendo que a categorização das pessoas, no Brasil, a partir da cor da pele e da tessitura dos cabelos é prejudicial porque contribui para desafricanizar a população brasileira. E porque essa desafricanização baseia-se em estereótipos, como aquele de que todo africano é inferior, e os perpetua. Quando se esconde a ascendência africana de um grande personagem do passado, a pretexto de ‘limpar’ sua biografia e preservá-lo da pecha de inferior, sonega-se um tipo de informação que pode ser muito útil à emocionalidade e à construção da auto-estima do afro-brasileiro de hoje. [...] O termo ‘afrodescendente’, entretanto, aqui só se aplica tecnicamente, como sabemos, àquelas pessoas comprovada ou supostamente descendentes daqueles africanos que chegaram ao Brasil, escravizados ou não, no contexto do tráfico atlântico ou índico de escravos. E essa comprovação é tão difícil quanto a suposição. Supõe-se pela fenotípia (pele pigmentada, nariz largo, lábios grossos, cabelo crespo), mas quem sabe se uma pessoa assim caracterizada não descende de um drávida indiano, de um árabe meridional ou até mesmo de um melanésio, aqui chegado no ‘bolo’ do tráfico da contracosta? [...] Foi por isso que, na nossa *Enciclopédia Brasileira da Diáspora Africana* que tem por objetivo tornar visível a importante participação da matriz africana na formação da sociedade brasileira e na civilização universal, usamos um artifício. E assim, procuramos definir um ‘negro’ como todo descendente de negros-africanos, em qualquer grau de mestiçagem, desde que essa origem possa ser identificada historicamente e, no caso de pessoas vivas, ela seja reconhecida ou autodeclarada pela pessoa, objeto da classificação. Não sabemos se é boa a definição; mas ela aponta um caminho, que se aproxima do critério adotado nos Estados Unidos. A partir dela, acho que, no Brasil, enquanto não acharmos uma melhor, a categorização dos nossos afro-descendentes como ‘afro-brasileiros’, entre os quais me incluo, é boa.” Disponível em: <http://www.antropologia.com.br/entr/entr29.htm>. Acesso em: 06 set. 2011. O TRF 4ª Região teve oportunidade para se manifestar a respeito: “[...] 2. A expressão ‘afrodescendente’ é um gênero, enquanto afro-brasileiro é espécie, o que não se pode entender de forma estreita, capaz de inadmitir no sistema de cotas afrodescendentes com miscigenação de outras raças. 3. O que se exige do candidato é a condição de afrodescendente e não a vivência anterior de situações que possam caracterizar racismo.” (AG 2009.04.00.017091-7. Rel. Des. Maria Lúcia Luz Leiria; julgado em 17/11/2009, DE 16/12/2009). Ainda: “A comissão especialmente formada para validar a auto-declaração racial não tem nenhum respaldo científico para identificar o que seria o “negro”, mormente no contexto brasileiro, em que, como se disse, a miscigenação é a característica essencial da Nação brasileira”. (AG 2009.04.00.012111-6. Rel. Des. Valdemar Capelletti; julgado em 17/06/2009, DE 27/07/2009).

presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como educação e o emprego. (GOMES, 2001, p. 40)

O “sistema de cotas” é uma política de ação afirmativa que visa destinar certa porcentagem de vagas, seja nas universidades públicas, seja em cargos públicos, àqueles que se declarem negros e que, em alguns casos cumulativamente, sejam considerados negros por uma comissão avaliadora, ou comprovem baixa renda familiar¹³⁷, a partir de critérios previstos em norma institucional.

Implica dizer, desde logo, que a controvérsia sobre o tema encontrado nos precedentes é ilustrada por uma passagem do voto da Desembargadora Albergaria Costa, ao fundamentar sua decisão contra a reserva de vagas para concurso público: “Vale dizer, apenas a título de ressalva, que nem mesmo este ‘sistema de cotas’ que promove o acesso à educação de nível superior de pessoas socialmente excluídas - os negros e pardos - encontrou aceitação social pacífica”. (TJMG. Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0079.05.183566-2/001; julgado em 06/09/2007).

O princípio da isonomia é recorrente, mas interpretado de um modo a considerar os negros como minoria (categoria invocada pela parte) – e, portanto, reconhecer juridicamente o papel das ações afirmativas como meio de igualdade material – e de outro a não considerá-los como grupo minoritário, de acordo com o contexto da demanda. No julgado supracitado, percebe-se como a diferença interpretativa é realizada pela Desembargadora:

[...] ao passo que a impetrante alegou ter sido lesada em seu direito de ser tratada com isonomia perante dos demais candidatos, a autoridade coatora e a litisconsorte também invocam o princípio da isonomia para defenderem o tratamento diferenciado do sistema de cotas. **A questão é saber, portanto, quais das duas noções de igualdade homenageiam o princípio constitucional da isonomia**, para, a partir desta interpretação, constatar-se a validade ou não da medida afirmativa de reserva de vagas para negros em concursos públicos. [...] Contudo, trata-se de **temas que se distanciam, uma vez que os fundamentos que alicerçam esta recente postura política adotada em algumas das unidades federativas não se prestam a justificar o mesmo tratamento em concursos públicos**. [...] Nesse passo, forçoso concluir que esse conjunto de medidas, chamadas "ações

¹³⁷ “Não basta o candidato fazer a opção do sistema de cotas, faz-se necessário a comprovação da condição de aluno carente”. TJRJ. **Apelação 2007.001.02331**. Rel. Des. Joaquim Alves de Brito; julgado em 28/08/2007.

afirmativas" - tão criticadas por evidenciarem a ineficiência do ensino público fundamental e médio; revelarem o caráter "assistencialista" e "imediativista" do Estado que, por conveniência, não se detém na origem do problema; por ignorarem e discriminarem tantas outras raças ou etnias igualmente desfavorecidas encontradas em nosso país "de misturas"; e provocarem ressentimentos raciais, especialmente entre os mais jovens -, não poderiam justificar o sistema de cotas em concursos públicos, sob qualquer ângulo que se analise a questão. [...] Dessa forma, **a adoção de medidas que prestigiem uma determinada categoria social em detrimento de outras só pode ser admitida até que obtido um grau mínimo de igualdade, tal como a escolaridade e a formação profissional. Ultrapassada essa fase, pretender integrar a raça negra diretamente no mercado de trabalho seria medida inadmissível porque, sob a pecha de promover a igualdade, estar-se-ia negando ao negro a chance de concorrer pela vaga disputada somente pelo critério de provas e títulos, fato que inferioriza a raça e, injustificadamente, pretere as outras. [...]** O critério da raça é irrelevante para a atividade a ser exercida e não justificaria a sua exigência ou preferência. Aliado a isso, o sistema de reserva de cotas para cargos públicos contraria a promoção da verdadeira igualdade, por todas as razões já tecidas alhures. (Grifo meu)

Os trechos em destaque indicam qual é a questão enfrentada nos precedentes sobre o tema¹³⁸ e, quando aceito, como deve ser aplicado princípio da proporcionalidade para que se preserve o tratamento isonômico¹³⁹. Como ressaltado, a interpretação ao

¹³⁸ "É certo que a norma em comento, por um de seus dispositivos, tratou de maneira desigual os iguais, pois não há distinção entre o inscrito na condição de afro-brasileiro e a impetrante, a não ser racial. E, assim sendo, encontra óbice na Constituição Estadual e Federal, seja quanto aos seus objetivos, seja quanto aos direitos e garantias individuais do cidadão brasileiro". TJSC. **Apelação Cível 2008.014214-4**. Rel. Vanderlei Romer; julgado em 08/01/2009.

¹³⁹ "Em tese, afigura-se legítima a aplicação de ações afirmativas que têm por objetivo estabelecer cota mínima obrigatória em benefício das minorias raciais em universidades públicas. Mas, para que se conclua pela constitucionalidade da lei que estabeleceu o sistema de cotas reservadas, deverá este ser analisado sob o triplice aspecto de sua necessidade, sua adequação e sua proporcionalidade em sentido estrito. 'A proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais.' Se, para a obtenção do fim colimado pela reserva de cotas, há necessidade da ocorrência de lesão ou restrição intensíssimas a direitos fundamentais, o quadro que se afigura será de inconstitucionalidade da norma instituidora da referida reserva, exatamente porque desobedeceu ao princípio de proporcionalidade." TJRJ. **Arguição Incidente de Inconstitucionalidade. Apelação em Mandado de Segurança 2005.017.00015**. Rel. Des. Silvio Teixeira; julgado em 17/04/2006. "A Lei Estadual nº 3.708/02 é inconstitucional na medida em que afronta o princípio da razoabilidade ao criar a reserva de 40% de vagas na Universidade Estadual para pardos e negros e 50% para egressos de Escolas Públicas, restando apenas 10% para brancos oriundos de escolas particulares. Enquadrando-se o impetrante entre estes últimos e que obteve no certame público nota superior aos demais é de lhe ser reconhecido direito líquido e certo a obtenção da devida matrícula de molde a se lhe assegurar garantia constitucional da igualdade, inclusive, racial advertindo-se da violação ao princípio da *summum jus, summa injuria*". TJRJ. **Apelação 2004.001.06281**. Rel. Des. Marcus Tullius Alves; julgado em 15/02/2005. "Quanto ao requisito de proporcionalidade em sentido

princípio da isonomia foi considerada em seu aspecto material quando se tratasse de reserva de vagas nas universidades públicas, como forma de política de ação afirmativa válida diante dos preceitos constitucionais pátrios; mas ao se tratar de concursos públicos, a isonomia a prevalecer, segundo o voto, é a formal, de acordo com o entendimento usual do Direito Administrativo¹⁴⁰. Assim sendo, para essa construção interpretativa, os negros seriam minorias acobertadas pela política de ação afirmativa voltada ao ensino superior, mas não seriam considerados dessa maneira diante de uma política afirmativa que atingisse a seleção pública para cargos públicos.

O critério de uma e outra interpretação utilizado no precedente acima é afastado pelo voto divergente da Desembargadora Maria Lúcia Luz Leiria (TRF 4ª Região; AC 2005.70.00.005657-1/PR, julgado em 03/05/2010):

O princípio da igualdade tem, como salientei no julgamento da AMS nº 2003.70.00.017703-1/PR (em julgamento unânime da 3ª Turma), apreciando a questão das confissões religiosas minoritárias, uma dupla faceta: supõe, ao lado de uma “**proibição de diferenciação**”, em que “tratamento como igual significa direito a um tratamento igual”, também uma “**obrigação de diferenciação**”, em que tratamento como igual “significa direito a um tratamento especial”, possibilitando “disciplinas jurídicas distintas ajustadas às desigualdades fáticas existentes”. A questão do princípio da isonomia é, pois, bem mais complexa que a petição inicial reputa. [...] O “**direito da**

estrito, a análise deve enfrentar a seguinte questão: a limitação do número de vagas a candidatos ‘não-negros’ em favor dos ‘negros’ é condizente com a idéia de assegurar o direito fundamental de acesso ao ensino universitário em igualdade de condições? Também nesse caso, a análise do Edital não atende ao requisito de proporcionalidade em sentido estrito, porque a reserva de vagas aos auto-denominados ‘negros’ implica diminuição da oferta geral de vagas no ensino público gratuito e subtrai, com isso, direito subjetivo e fundamental dos ‘não-negros’ que, em princípio, têm capacidade e habilitação para cursar o estudo universitário.” TRF 4ª Região. **AG 2009.04.00.012111-6**. Rel. Des. Valdemar Capelletti; julgado em 17/06/2009, DE 27/07/2009. Do mesmo Tribunal, **AC 2005.70.00.005657-1/PR**. Rel. Des. Maria Lúcia Luz Leiria; julgado em: “Não é demais lembrar que eventual impugnação **total** do sistema de **cotas** por alegada violação ao princípio da proporcionalidade, redundaria, a pretexto de não ser esta a forma mais adequada, necessária ou proporcional, na exclusão, do mundo jurídico, justamente de uma proposta com vistas à consecução dos objetivos propostos. Poderia importar, pois, justamente na violação ao princípio da proporcionalidade visto não pelo seu aspecto mais conhecido - ‘proibição de excesso’ - mas sim no de ‘**proibição de insuficiência**’, quando as entidades sobre quem ‘recai um **dever de protecção**’ adotam ‘**medidas insuficientes para garantir uma protecção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais**’ (CANOTILHO, op. cit., p. 273). Neste sentido, o Min. Marco Aurelio já afirmara que ‘toda e qualquer lei que tenha por objetivo a concretude da Constituição não pode ser acusada de ser inconstitucional. Entendimento diferente resulta em subestimar ditames maiores da Carta da República, que agasalha amostragem de ação afirmativa’ (MELLO, op. cit., p. 163).” (Grifos no original).

¹⁴⁰ Precedentes que aplicam o entendimento da isonomia apenas no sentido formal, ou seja, entendem não ser possível juridicamente o “sistema de cotas” para negros: TRF 1ª Região: **AMS 2003.33.00.007199-9/BA**. Rel. Des. Fed. Daniel Paes Ribeiro; julgado em 06/02/2006, DJ 02/05/2006 p.91; TRF 4ª Região: voto-vencido do Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz no **MCI 2009.04.00.013611-9**. Rel. Des. João Surreaux Chagas; julgado em 11/05/2009, D.E. 19/05/2009.

antidiscriminação”, na lição de Roger Raupp Rios (O princípio da igualdade e o direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e ações **afirmativas** no direito constitucional estadunidense. Tese de doutorado, UFRGS, 2004, p. 14), salienta a existência de distintas modalidades de discriminação, de tal forma que a menção específica a “propósito” e a “efeito” no “conceito geral de discriminação é significativa: mediante tais termos o direito da antidiscriminação alcança não só as práticas intencionais e conscientes (discriminação direta), mas também realidades permanentes que se reproduzem e se reforçam ao longo do tempo por meio da manutenção de medidas aparentemente neutras mas efetivamente discriminatórias (discriminação indireta)”. A alegação, pois, de que tratar-se-ia, [sic] em realidade, de uma discriminação para combater outra discriminação não encontra substrato constitucional e legal. Primeiro, pela enunciação do conceito de discriminação e de ação afirmativa. Segundo, porque, conforme relembra a Min. Carmen Lucia, “não se quer verem produzidas novas discriminações com a ação afirmativa, agora em desfavor das minorias, que, sem serem marginalizadas historicamente, perdem espaços que antes detinham face aos membros dos grupos afirmados pelo princípio igualador do Direito”, daí porque se fixem “percentuais mínimos garantidores da presença das minorias que por eles se buscam igualar, com o objetivo de se romperem os preconceitos contra elas ou pelo menos propiciaram-se condições para a sua superação em face da convivência juridicamente obrigada.” (op. cit, p. 89). Terceiro, porque as ações **afirmativas** objetivam, por sua própria natureza, sua extinção, uma vez atingidas as finalidades para as quais foram criadas e para o tempo a que se destinam. (Grifos no original)

O tratamento do princípio da igualdade adquire outros contornos e, inclusive, abrange o sistema de reserva de vagas tanto para o ensino superior quanto para os concursos públicos, por analogia, dados os argumentos que enfrentam a potencial ameaça à meritocracia:

No tocante à alegação de que haveria **ofensa ao sistema meritório**, previsto constitucionalmente no art. 208, V, da Constituição, também as objeções não procedem. Primeiro, porque, ao estabelecer que o “acesso aos níveis mais elevados do ensino” é realizado “segundo a capacidade de cada um” o dispositivo constitucional, reproduzindo, em parte, o art. 26.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, não estabeleceu o “mérito” como critério único e distinto para acesso ao ensino superior. Segundo, porque é o sistema fixado pela Universidade, nos editais de vestibular, que estabelece as bases nas quais o mérito do candidato será avaliado. A previsão, pois, de reserva

de vagas **não rompe com o sistema de mérito: busca, ao contrário, estabelecer critérios conjugados de inclusão social para seu aperfeiçoamento e alteração.** Terceiro, porque as universidades estabelecem “nota de corte” para preenchimento de vagas, ou seja, os candidatos, independente de estarem ou não incluídos no sistema de **cotas**, devem atingir uma nota mínima. Quarto, porque, estabelecendo a reserva de vagas, com um sistema universal e outro de “inclusão social”, não há porque afirmar-se que o candidato “cotista” retira vagas que “são de direito” de determinado vestibular. Estão concorrendo por sistemas diferentes e a vagas distintas. Quinto, porque inexistente algo que constitua “mérito” em abstrato. A própria alegação de que o mérito somente pode ser aferido pelo “vestibular” implicaria constitucionalizar este procedimento de seleção, como se fosse a única possibilidade de ingresso universitário ou que o modelo não pudesse ser alterado. Sexto, porque a alegada objetividade na escolha dos candidatos selecionados, ainda que possa e constitua a melhor forma de seleção, não pode olvidar o fato de que o componente subjetivo na escolha dos temas, formulações de problemas, tipos de raciocínio e outros fatores contribuem para que sejam aferidos determinados conhecimentos ou estabelecidos determinados resultados. (Grifos no original)¹⁴¹

Percebe-se que o debate sobre o “sistema de cotas”, especialmente quando destinado a negros, envolve outro componente que atinge as demais minorias: até que ponto as “maiorias” estão dispostas a ceder espaço às “minorias”? No tocante à reserva de vagas para negros nas universidades públicas, a discussão ainda não foi resolvida pelo Supremo Tribunal Federal, embora haja uma decisão do pedido de medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 186 (Rel. Min. Ricardo Lewandowski,) proferida pelo Ministro Gilmar Mendes (julgado em 31/07/2009, publicado em DJe-148 divulgado em 06/08/2009 e publicado em 07/08/2009).

Na ocasião, o Ministro citou o princípio da fraternidade (como já observado, presente em demandas que envolvam minorias assim consideradas) e, como

¹⁴¹ No mesmo sentido: **STJ**. RMS 26089/PR. Rel. Min. Felix Fischer; julgado em 22/04/2008, DJe 12/05/2008; **TRF 1ª Região**: REOMS 0002190-47.2009.4.01.3300/BA. Rel. Des. Fed. Selene Maria de Almeida; julgado em 15/03/2010, e-DJF1 26/03/2010 p.384; **TRF 4ª Região**: AG 2009.04.00.037068-2/RS. Rel. Des. Maria Lúcia Luz Leiria; julgado em 19/01/2010, D.E. 24/02/2010; AG 2009.04.00.005484-0. Rel. Des. Nicolau Konkel Júnior; julgado em 28/07/2009, D.E. 19/08/2009; AG 2009.04.00.007415-1. Rel. Des. Roger Raupp Rios; julgado em 02/06/2009, D.E. 17/06/2009; MCI 2009.04.00.013611-9. Rel. Des. João Surreaux Chagas; julgado em 11/05/2009, D.E. 19/05/2009; **TRF 5ª Região**: AGTR 0010430-59.2005.4.05.0000 Des. Fed. Joana Carolina Lins Pereira (Substituto); julgado em 24/11/2005, DJ 19/12/2005, p. 712.

reproduzido a seguir, trouxe ao voto o contexto em que tais demandas devem ser analisadas pelo intérprete da norma:

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. [...] Fazemos parte de sociedades multiculturais e complexas e tentamos ainda compreender a real dimensão das manifestações racistas, segregacionistas e nacionalistas, que representam graves ameaças à liberdade e à igualdade. Nesse contexto, a tolerância nas sociedades multiculturais é o cerne das questões a que este século nos convidou a enfrentar 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 idiosincrasias. 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.** 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. (Grifei)

O trecho acima ilustra a nova forma necessária de se pensar a demanda por reconhecimento de grupos contextualmente minoritários. Se a sociedade é multicultural e plural, deve-se reconhecer lugar e participação a grupos anteriormente excluídos da seara pública. A condução argumentativa, porém, levanta algumas questões que podem ser superadas, como a utilização do conceito de raça e a vinculação da política de reserva de vagas às características fenotípicas, e não de condição econômico-social¹⁴².

¹⁴² “Dessa forma, não podemos deixar de nos perguntar quais serão as consequências das políticas de cotas raciais para a diminuição do preconceito. Será justo, aqui, tratar de forma desigual pessoas que se encontram em situações iguais, apenas em razão de suas características fenotípicas? E que medidas ajudarão na inclusão daqueles que não se autot classificam como “negros”? Com a ampla adoção de programas de cotas raciais, como ficará, do ponto de vista do direito à igualdade, a situação do “branco” pobre? A adoção do critério da renda não seria mais adequada para a democratização do acesso ao ensino superior no Brasil? Por outro lado, até que ponto podemos realmente afirmar que a discriminação pode

Sem pretender esgotar o tema, é possível afirmar que um sistema de reserva de vagas voltado para atender as dificuldades encontradas por negros – por serem negros, e não pobres – não exclui outro sistema que contemple, por outro critério, as pessoas financeiramente desfavorecidas, seja qual for o seu fenótipo. Há, inclusive, como registram alguns dos precedentes, a associação do critério fenotípico (autodeclarado ou também avaliado por uma comissão avaliadora) ao critério de renda familiar, para atender a um grupo ainda mais específico.

Parece também superada a ideia estritamente formal de raça, sob o argumento de que haja somente a raça humana, geneticamente considerada. Embora seja verdadeiro, o argumento simplifica uma questão simbólica, que é a utilização do termo raça para um fenômeno social ainda presente, que é a discriminação com base da noção ultrapassada de raça. Não é por acaso a adoção de um crime de “racismo”, que se justifica ao se colocar em questão características fenotípicas que podem ser associadas à ideia tradicional de “raça” negra. É dizer, portanto, que não se trata de afastar um conceito para resolver um problema de ordem técnica no plano abstrato, mas aceitá-lo em um contexto inescapável – que é o preconceito sofrido pelos negros – para buscar soluções a problemas bastante concretos.

Além disso, independentemente de quais sejam os argumentos favoráveis ou contrários à discriminação legítima entre negros e não-negros nos sistemas de reserva de vagas, a ponderação que parece ser mais relevante é a adesão das pessoas que formariam o público-alvo dessas políticas públicas – ou seja, seus beneficiários. Mais do que o exercício jurisdicional, são as ações do Legislativo e do Executivo que devem buscar respaldo democrático às discriminações positivas (legítimas) – o que confere legitimidade e justificativa política de tais políticas.

Fica, no entanto, a ressalva de que a reificação do conceito de raça, ainda que simbolicamente considerado, pode causar, no longo prazo, a reprodução de distinções discriminatórias às gerações que serão socializadas em outro contexto histórico – um contexto que se desenha hoje e onde se estabelece o debate público sobre a discriminação. A proposta das ações afirmativas é vigor por um período determinado, de

ser reduzida a um fenômeno meramente econômico? Podemos questionar, ainda, até que ponto a existência de uma dívida histórica em relação a determinado segmento social justificaria o tratamento desigual?”. (Trecho do voto do Min. Gilmar Mendes).

modo a desconstruir a histórica prática de exclusão pela raça “gerada pelo desprezo” (DWORKIN, 2005, p. 449).

A linguagem, como se tem defendido, constrói a realidade, e é preciso revê-la sempre que a realidade não comportar mais a utilização de alguns conceitos que tenham seu efeito simbólico enfraquecido (como se quer esperar do conceito “raça”). Espera-se que, depois de algum tempo, as ações afirmativas tenham projetado mais representantes negros e, de algum modo, haja um impacto positivo sobre a visibilidade e participação do negro nos vários setores sociais.

Relacionadas à categoria minoria, houve poucas ocorrências de precedentes que tratassem do crime de racismo, como a Apelação Criminal 2003.003640-7 (TJSC.Rel. Irineu João da Silva; julgado em 13/05/2003), em que se associou, nas fundamentações do voto, a condição de mulher, negra e pobre, sendo que as duas primeiras condições fariam a querelante parte de duas minorias que “continuam na luta por ascensão social e melhores condições de vida”, e que a pobreza ainda acentuaria os costumes racistas que se perpetuam.

Uma hipótese ao resultado pode ser a desnecessidade de vincular um crime de racismo à categoria minoria. Por ser característica do direito penal a tipicidade, basta que a produção de provas seja suficiente para subsumir o fato à norma. Nesse aspecto, não seria imprescindível invocar uma contextual qualificação minoritária à vítima. Percebe-se, portanto, que tal necessidade decorre mais frequentemente em demandas que não envolvam questões de direito penal e que necessitem de maior força argumentativa para reconhecimento dos direitos pleiteados.

5.2.2 Os adeptos de religiões minoritárias

As religiões minoritárias que levaram suas demandas ao Judiciário, pedindo reconhecimento de tratamento diferenciado em função das restrições impostas por sua crença, foram representadas por membros da Igreja Adventista de Sétimo Dia, das “religiões afro-brasileiras”, sem que haja especificação de qualquer uma delas, e dos judeus (também devido ao Shabat¹⁴³, semelhante os adventistas, e como alvo de preconceito, como os adeptos de das religiões “afro-brasileiras”).

¹⁴³ STF. **STA 389 AgR/MG**. Rel. Min. Gilmar Mendes; julgado em 03/12/2009, DJe-086 divulgado em 13/05/2010, publicado em 14/052010.

O que se busca, no primeiro caso, é a igualdade material em observância ao tratamento desigual necessário para o pleno exercício de uma crença religiosa minoritária; nos dois últimos casos, o objetivo é resguardar a igualdade material perante as demais crenças, sem que haja qualquer atribuição pejorativa, preconceituosa ou atentatória ao credo professado por essas pessoas.

Tais indicações de credos minoritários são confirmadas por uma passagem de voto da Apelação em Mandado de Segurança nº 2007.70.00.031253-5/PR (voto-vista do Juiz Marcelo de Nardi, Rel. Des. Maria Lúcia Luz Leiria, de 19/05/2008), que indica como os feriados nacionais de cunho religioso podem apontar para o credo dominante:

Neste contexto, há de salientar que são múltiplas as inserções/relações que os Estados mantêm com as religiões. Rajeev Barghava, em estudo introdutório para o Relatório do Desenvolvimento Humano 2004 da ONU (BHARGAVA, Rajeev. Inclusion and exclusion in South Asia: the role of religion. No mesmo Relatório, ficou consignado que os feriados nacionais são um meio importante "de reconhecer - ou ignorar - identidades culturais" (Relatório do Desenvolvimento Humano 2004 - Liberdade cultural num mundo diversificado. New York: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2004. Trad. por José Freitas e Silva. Lisboa: MENSAGEM - Serviço de Recursos Editoriais Ltda., p. 34-5. Disponível em http://hdr.undp.org/reports/global/2004/portuguese/pdf/hdr04_po_complete.pdf). Os Estados Unidos, por exemplo, têm somente um feriado cristão e nove não-confessionais, ao passo que a Índia tem cinco feriados hindus, quatro muçulmanos, três não-religiosos, três budistas-jainistas e sikhs e dois feriados cristãos. Na França, seis dos onze feriados nacionais são de origem religiosa, todos cristãos, e cinco não são confessionais, ainda que um em cada treze cidadãos franceses seja muçulmano. Da mesma forma, o Brasil somente permite aos Municípios estabelecer feriados religiosos em número máximo de quatro, "de acordo com a tradição local", incluído a Sexta-Feira da Paixão (art. 2º da Lei nº 9.093/95), **todos, portanto, são cristãos, excetuadas algumas exceções vinculadas ao sincretismo de religiões afro-brasileiras. Não há, pois, como afirmar uma estrita separação entre Estado e religião, no contexto brasileiro**, pois, se por um lado, assegura-se a proibição de patrocinar, subvencionar ou estabelecer cultos religiosos ou igrejas (art. 19, I, CF), por outro lado, ressalvada fica a colaboração – com os mesmos cultos ou igrejas – desde que presente o

interesse público. **Não há, pois, porque advogar, no sistema constitucional brasileiro, um sistema concordatário, tal como o europeu, nem um modelo ao estilo dos Estados Unidos. Estas condições históricas de relacionamento religião/Estado é que explicam diferenciações entre sentidos de secularismo, laicismo e laicidade como se vêem nas polêmicas do crucifixo na Alemanha, do “foulard” islâmico na França e na eleição de um presidente islâmico na Turquia.** (Grifei)

A passagem explícita, em alguma medida, uma identidade predominante de crença do Estado, e que essa referência orienta os modos possíveis de interpretação e ponderação dos princípios da igualdade e da liberdade de crença constitucionais. Nesse mesmo voto, em análise aprofundada do tema, o referido Juiz demonstra como o princípio da igualdade é considerado quando se trata de uma minoria religiosa:

Sob o prisma do **princípio da igualdade**, este é chamado operar dentro de uma “função inclusiva”, em íntima “relação com a idéia de diversidade” (Machado, op. cit., p. 287 [Machado, Jónatas. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra, 1996]): “só o reconhecimento a todos os cidadãos e grupos de cidadãos de um direito a um tratamento estadual não preferencial” traduz o “reconhecimento de sua igualdade social como membros de pleno direito da comunidade política”. A teoria constitucional há muito tempo destaca, com base na doutrina norte-americana, a distinção entre “tratamento como igual” (*right to treatment as equal*) e “direito a um tratamento igual” (*right to equal treatment*). Daí, pois, que **o princípio da igualdade tenha dois corolários**: a) “*proibição de diferenciação*”, em que “tratamento como igual significa direito a um tratamento igual”, que é a chave para a leitura dos artigos 4º, IV e 5º, caput e inciso VII, da Constituição, visando “proibir todas as diferenciações em que a religião é utilizada como critério para beneficiar uns e prejudicar outros, interferindo na igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos”, mas não vedando “aquelas diferenciações que têm em vista possibilitar uma igual medida de liberdade religiosa” (Machado, op. cit, p. 291); b) “*obrigação de diferenciação*”, em que tratamento como igual “significa direito a um tratamento especial”, possibilitando “disciplinas jurídicas distintas ajustadas às desigualdades fácticas existentes e à particular auto-compreensão das diferentes confissões religiosas” resultante do fato de que as “instituições políticas e sociais incorporam as necessidades e os interesses da confissão majoritária, deixando de lado as necessidades e os interesses das confissões minoritárias” (op. cit., p. 292). (Grifos no original)

Dessas considerações conclui:

Esta solução, pois, de concordância prática dos direitos fundamentais postos em colisão parece ser a mais adequada para um ambiente “pós-secular”, de respeito às crenças religiosas minoritárias. Ainda mais que, conforme narrado, não houve óbices, no geral, em relação à grande maioria dos professores, para prestação de provas em horários alternativos ou realização de trabalhos versando o conteúdo. Assim sendo, voto por dar provimento ao apelo, concedendo a segurança ao impetrante para: a) reconhecer seu direito à frequência de aulas, em turno distinto da sexta à noite ou sábado pela manhã, das cadeiras que colidam com o respeito ao seu “sábado natural”, que vai do pôr do sol de sexta-feira até o pôr do sol de sábado, de tal forma a assegurar seu direito de liberdade de crença e à educação; b) havendo colisão de horários ou na impossibilidade de compatibilização de tais horários, a realização de trabalhos recuperatórios de conteúdo e o abono de faltas correspondente às cadeiras realizadas no período do “sábado natural”.

Esse voto, com apenas trechos reproduzidos, representam os poucos precedentes que conferem reconhecimento a crenças minoritárias cuja demanda está geralmente associada ao exercício alternativo de uma atividade realizada no período do chamado “sábado natural”, como acima denominado¹⁴⁴. Entretanto, esse reconhecimento ocorreu quando a atividade inseria-se no contexto escolar ou acadêmico (ensino superior). Quando se trata de concurso público ou vestibular, a resistência ao reconhecimento é maior¹⁴⁵. O argumento contrário considera ser “tratamento favorecedor”, “privilegiado” ou “um benefício” aos adeptos dessas religiões, muitas vezes indicando que o adepto é quem cria o “obstáculo” ao professar uma crença que o impede de exercer atividades no período indicado¹⁴⁶.

Outra é a demanda das religiões afro-brasileiras. Trata-se do Agravo de Instrumento 234396/SP (TRF 3ª Região. Rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida; julgado em 23/11/2005, DJU 09/12/2005, p.664):

[...] 5. A transcrição de trechos dos programas apresentados pelas emissoras rês demonstra a utilização de termos desrespeitosos às religiões afro-

¹⁴⁴ TRF 4ª Região. **AMS 2007.70.00.031253-5/PR**. Juiz Marcelo de Nardi; julgado em 13/05/2008; DJ 05/06/2008; **AMS 2007.70.00.031253-5/PR**. Juiz Marcelo de Nardi; julgado em 16/04/2008.

¹⁴⁵ STJ. **RMS 16107/PA**. Rel. Min. Paulo Medina; julgado em 31/05/2005; DJ 01/08/2005 p. 555. (previsão expressa no edital permitira); TRF 4ª Região. **AMS 2006.70.00.028865-6/PR**. Des. Fed. Marga Inge Barth Tessler; julgado em 10/08/2007, DE 21/08/2007; **AMS 2006.70.00.028865-6/PR**. Des. Fed. Marga Inge Barth Tessler; julgado em 10/08/2007.

¹⁴⁶ TRF 1ª Região: **REO 90.01.01978-1/GO**. Juiz Hércules Quasimodo; julgado em 06/11/1990; 17/12/1990 DJ p.30767; TRF 2ª Região: **AMS 69012/ES**. Des. Fed. Sergio Schwaitzer; julgado em 19/09/2007, DJU 08/10/2007, p. 201; **AMS 47217/RJ**. Des. Fed. Sergio Schwaitzer; julgado em 28/09/2004, DJU 13/10/2004.

brasileiras, o que denota um caráter discriminatório em relação às mesmas. 6. É fundamental o respeito e a preservação das manifestações culturais dos afro-descendentes, por fazerem parte do processo civilizatório nacional e merecem, por essa razão, a tutela constitucional dispensada pelo art. 215, caput e § 1.º, da Constituição Federal. 7. A lesão causada às religiões afro-brasileiras através da exibição dos programas apresentados pela Record e Rede Mulher configura dano que se protraí no tempo. O risco de dano irreparável ou de difícil reparação revela-se justamente por se tratar de ofensa às religiões que são parte de nosso patrimônio cultural, a garantias constitucionalmente asseguradas, como a liberdade de crença.

A demanda levada por meio de ação civil pública demonstra o aspecto preconceituoso que pode atingir uma religião minoritária. Nesse caso, as religiões afro-brasileiras, em um país cujo referencial assumido historicamente pelo Poder Público é o cristianismo (e como reafirmado pelo CNJ, Capítulo I), pode ser visto sem o mesmo respeito e consideração devidos aos outros credos de origem cristã. A igualdade demandada é de ordem material, mas de forma a afastar o preconceito que atinja os adeptos dessas crenças.

Outro caso de preconceito, mas não limitado ao histórico nacional, é o marco jurisprudencial do *Habeas Corpus* 82424/RS (STF. Rel. Min. Moreira Alves; julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 pp.17), que equiparou o anti-semitismo a uma forma de racismo para aplicação da imprescritibilidade do crime de racismo contra uma publicação de

[...] 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 incontrovertidos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu [...] 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 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 aéticas 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. [...]. **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 simbolizem a prática de racismo. [...] 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. [...] 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 (Grifei).

O trecho acima revela um tratamento diferenciado, acolhido mundialmente, em relação aos judeus. Não é demais reafirmar a mudança de percepção mundial, em todos os sentidos (político, moral, religioso, científico, histórico, jurídico, social etc.), e o impacto constante que memória produzida pelos horrores do Holocausto carrega pelas

gerações. Por esse motivo, quando há atos tendentes a reavivar o sofrimento do povo judeu, eles são amplamente rechaçados e condenados por todas as Nações.

No caso brasileiro, a equiparação de judeus a uma raça não pode se filiar ao argumento de que tecnicamente o que existe é a raça humana, porque permanece o uso do conceito raça com força social ainda presente, para além da concepção darwiniana. Do emprego do termo raça, que remete à ideia de preconceito, discriminação e humilhação, ainda que baseada em uma mentalidade do século XIX há muito ultrapassada, restou a intolerância na atualidade, e o termo precisa ser vivificado – como o foi na decisão em análise – de modo a contemplar a tipicidade de um crime imprescritível.

O objeto maior em questão é preservar o respeito e expurgar qualquer meio de manifestação “racista” – porque, ao considerar a raça ariana superior, a doutrina nazista utilizou o termo raça como um conceito que produziria uma diferenciação entre seres humanos. Há que se destacar que no Brasil o discurso do ódio não é tolerado, como se observa tanto no texto constitucional (art. 3º, IV e 5º, *caput*¹⁴⁷), como em norma infraconstitucional (especialmente a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989¹⁴⁸). Os judeus, portanto, mais que adeptos ao judaísmo, são vistos como “povo” e como um infeliz exemplo de como um grupo considerado minoritário em um contexto de guerra, com ideais inadmissíveis, podem ser exterminados¹⁴⁹.

5.3. A equiparação formal¹⁵⁰

¹⁴⁷ “Art. 3º 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.”; “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”.

¹⁴⁸ “Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”.

¹⁴⁹ Os judeus são considerados minorias pelo STJ, ao lado de negros e homossexuais, ligados a crimes de racismo: “1. Cuidando-se de crime de racismo por meio da rede mundial de computadores, a consumação do delito ocorre no local de onde foram enviadas as manifestações racistas. 2. Na hipótese, é certo que as supostas condutas delitivas foram praticadas por diferentes pessoas a partir de localidades diversas; todavia, contaram com o mesmo *modus operandi*, qual seja, troca e postagem de mensagens de cunho racista e discriminatório contra diversas minorias (negros, homossexuais e judeus) na mesma comunidade virtual do mesmo site de relacionamento.” STJ. CC 102454 / RJ. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho; julgado em 25/03/2009, DJe 15/04/2009.

¹⁵⁰ A expressão “equiparação formal” é utilizada no sentido de contrastar com a equiparação material, sendo esta a necessidade de diferenciar o tratamento de acordo com a desigualdade e aquela, de tratar igualmente por não haver justificativa em utilizar da diferença para um tratamento particularizado. A equiparação formal é ilustrada pelo caso dos homossexuais e a equiparação material foi anteriormente ilustrada pelo caso dos negros.

Trata-se do grupo minoritário que tem sua condição de minoria firmada por uma diferença que não seria acionada para proteger alguma identidade, se lhes fosse garantida a igualdade de tratamento, sem qualquer construção discriminatória. É possível identificar nos precedentes os homossexuais, que buscam a equiparação formal de igualdade em relação aos heterossexuais.

O trecho do acórdão da recente decisão do Supremo tribunal Federal (RE 477.544 AgR/MG, Rel. Min. Celso de Mello) ilustra como a equiparação formal é expressa:

Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de seus direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual. [...] O Supremo Tribunal Federal – apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) – reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania [...].

Os dizeres acima demonstram que a orientação sexual, segundo as palavras do Ministro Relator, não é diferença que marque um tratamento desigual ao grupo minoritário em relação ao que se convencionou ser a orientação predominante, a heterossexualidade. A reivindicação por tratamento igualitário é a persecução de equiparação formal, de modo que não seja dado às diferenças relevância suficiente de se justificar uma desigualdade jurídica, como ocorre com as demais situações de minorias sociais acima representadas.

Todo o corpo da decisão encontra amparo em princípios, desde a dignidade da pessoa humana até o direito à felicidade¹⁵¹, como meio de enfrentar fundamentos

¹⁵¹ “**Reconheço** que o direito à busca da felicidade – que se mostra **gravemente** comprometido, **quando** o Congresso Nacional, **influenciado** por correntes majoritárias, **omite-se** na formulação de medidas

recorrentes, estritamente positivistas, de algumas decisões anteriormente prolatadas ao marco jurisprudencial que foi o julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF¹⁵², como se observa na Apelação Cível nº 361518, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região¹⁵³:

I – Em que pesem a existência de dispositivos constitucionais que asseguram expressamente o direito à igualdade e vedam qualquer forma de discriminação - inclusive aquela relativa à orientação sexual -, e o fato de a Constituição não proibir nem muito menos criminalizar as uniões homossexuais, **descabe, a partir de tais circunstâncias, concluir ter sido a intenção do legislador constituinte estender às parcerias homoafetivas as consequências jurídicas da união estável entre homens e mulheres**, haja vista os termos expressos do §3o do art. 226 da Constituição. II – **Superar a falta de disposição do legislador** em aprovar comando legal afastando expressamente a distinção de sexos como requisito **para a caracterização das uniões estáveis aptas a merecer o amparo estatal, ainda que a pretexto de vencer preconceito inaceitável, significaria conferir ao magistrado o poder de atuar como legislador positivo, decidindo a seu bel-prazer quais os preconceitos – dentre os vários que permeiam o tecido social – que deveriam e os que não deveriam ser socialmente aceitos, numa perigosa subversão de papéis que, em última análise, poria em risco a própria estrutura do Estado Democrático de Direito, em cujo rol de seus mais caros princípios situa-se o da separação dos Poderes da República**. III – A concessão automática da pensão por morte instituída por servidor homossexual em favor de seu parceiro afetivo exige lei específica e fonte de custeio, tendo em vista as disposições inscritas no art. 195, caput, e seu parágrafo 5o., da Constituição, aplicáveis às pensões dos servidores públicos nos casos de óbitos ocorridos após a vigência da EC n.º 20/98, que acrescentou o §12 ao art. 40 da

destinadas a assegurar, *a grupos minoritários*, a fruição de direitos fundamentais – **representa** derivação **do princípio** da dignidade da pessoa humana, **qualificando-se** como **um dos mais** significativos *postulados constitucionais implícitos* **cujas raízes** mergulham, *historicamente*, **na própria** Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776. [...] **Registre-se**, *por oportuno*, que o Supremo Tribunal Federal, *por mais de uma vez* (ADI 3.300-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – STA 223-AgR/PE, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **reconheceu**, no princípio constitucional (*implícito*) **da busca da felicidade**, um “*importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais*”, **como anota**, *em precioso trabalho* (“**O Princípio da Busca da Felicidade como Postulado Universal**”), **o ilustre** Advogado SAUL TOURINHO LEAL.” (voto do Min. Celso de Mello. STF. ADI 4.277/DF, julgado em 05/05/2011. Acesso aos votos por solicitação ao Tribunal. Grifos no original).

¹⁵² Estão disponíveis apenas os votos dos Ministros Celso de Mello, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Marco Aurélio e Ayres Britto.

¹⁵³ Rel. Juiz Federal Convocado Marcelo Pereira, julgado em 11/05/2010; E-DJF2R de 24/05/2010, p.292.

Constituição. IV – Remessa necessária e Apelação do INSS providas. Sentença reformada. Pedido inicial julgado improcedente. (Grifei)

Um dos argumentos recorrentes dos poucos precedentes que não reconheceram direitos de equiparação formal¹⁵⁴ indica, como acima reproduzido, que a ausência de previsão legal é suficiente para afastar tratamento igualitário. Entretanto, como argumentou o voto do Min. Celso de Mello, há outros argumentos que superam a estrita legalidade:

A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal e a proteção das minorias. A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina.

A ADPF 132/RJ e a ADI 4.277/DF, bem como o Recurso Extraordinário nº 477.544 AgR/MG no âmbito do STF confirmam jurisprudência brasileira consolidada, tal como observado nos precedentes examinados¹⁵⁵. A equiparação formal foi, portanto,

¹⁵⁴ “2. Apesar de a jurisprudência mais liberal, inclusive deste tribunal regional federal da 5ª região, aceitar a configuração de união homoafetiva para fins de concessão de benefício previdenciário, ainda não há previsão na legislação que regula a matéria, mormente ante a falta de prova. [...]3. A UFPE, como entidade autárquica federal, encontra-se, naturalmente, submetida às determinações legais, posto ser o princípio da legalidade a essência do sistema jurídico-administrativo brasileiro.” TRF 5ª Região. **Embargos Infringentes na Apelação Cível 409832/01/PE**. Rel. Des. Fed. Lazaro Guimarães; julgado em 04/11/2009; DJE 20/11/2009, p. 63.

¹⁵⁵ Ver: **STJ**: REsp 1026981/RJ (Rel. Min. Nancy Andrighi; julg. 04/02/2010; DJe 23/02/2010); AgRg no Ag 971466/SP (Rel. Min. Ari Pargendler; julg. 02/09/2008; DJe 05/11/2008); **TRF 1ª Região**: AMS 2005.34.00.013248-1/DF (Rel. Des. Fed. Souza Prudente; julg. 03/09/2007; DJ 01/10/2007, p. 87); AG 2003.01.00.000697-0/MG (Rel. Des. Fed. Souza Prudente; julg. 29/04/2003; DJ 29/04/2004, p. 27); **TRF 2ª Região**: Apelação/Reexame Necessário 454876/RJ. (Rel. Juíza Federal Convocada Maria Alice Paim Lyard; julg. 09/03/2010; E-DJF2R 18/03/2010, pp. 311-312); Apelação/Reexame Necessário 464994/RJ (Rel. Des. Fed. Poul Erik Dyrland; julg. 27/04/2010; E-DJF2R 05/05/2010, pp. 187-188); Apelação Cível 362708/RJ (Rel. Juiz Federal Convocado Renato Cesar Pessanha de Souza; julg. 15/12/2008; DJU 16/01/2009, p.168); Apelação Cível 410639/RJ (Rel. Des. Fed. Sergio Schwaitzer; julg. 05/03/2008; DJU 10/11/2008, pp. 136-137); Apelação em Mandado de Segurança 50526/RJ (Rel. Des. Fed. Guilherme Calmon; julg. 17/01/2006; DJU 13/02/2006); Apelação Cível 428912/RJ (Rel. Des. Fed. Raldênio Bonifacio Costa; julg. 13/01/2009; DJU 23/01/2009, p. 126-127); Apelação Cível 397766/RJ (Rel. Des. Fed. Abel Gomes; julg. 16/12/2008; DJU 03/02/2009, p. 27); Apelação Cível 362708/RJ (Rel. Juiz Federal Convocado Renato Cesar Pessanha de Souza; julg. 15/12/2008; DJU 16/01/2009, p. 168); **TRF 3ª Região**: Apelação Cível 1091320/SP (Rel. Des. Fed. Santos Neves; julg. 15/10/2007; DJU 08/11/2007, p. 1033); Apelação/Reexame Necessário 1277544/SP (Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce; julg. 02/03/2009; DJF3 CJ2 28/04/2009, p. 1004); Apelação/Reexame Necessário 1480312/SP (Rel. Des. Fed.

reconhecida no caso da união estável de pessoas do mesmo sexo, e na mesma oportunidade a condição de minoria a esses grupos foi levantada¹⁵⁶ como reforço argumentativo da relevância de se fundamentar, por princípios, um entendimento jurisprudencial sem disposição legal expressa.

Tal consolidação do entendimento do Poder Judiciário brasileiro decorre dos inúmeros casos de preconceito e intolerância em relação ao grupo LGBT. Foram encontrados outros temas ilustrativos (como alvo de curiosidade, constrangimento de circulação em local público, validade de sua condição como testemunha, impedimento a

Henrique Herkenhoff; julg. 06/04/2010; DJF3 CJ1 15/04/2010, p. 207); Apelação Cível 971499/SP (Rel. Juiz convocado Leonel Ferreira; julg. 30/03/2009; DJF3 CJ1 13/05/2009, p. 563); **TRF 4ª Região:** Apelação/Reexame Necessário 2006.71.00.025761-3/RS (Rel. Des. Fed. Sérgio Renato Tejada Garcia; julg. 14/04/2010 D.E. 10/05/2010); Apelação/Reexame Necessário 2008.70.00.015828-9/PR (Rel. Des. Marga Inge Barth Tessle; julg. 18/11/2009, D.E. 30/11/2009); Apelação/Reexame Necessário 2002.71.00.053659-4/RS (Rel. Des. Luís Alberto D'azevedo Aurvalle. Revisor Ricardo Teixeira do Valle Pereira; julg. 19/08/2009, D.E. 31/08/2009); Apelação/Reexame Necessário 2003.71.00.039987-0/RS (Rel. Des. Maria Lúcia Luz Leiria; julg. 18/08/2009, D.E. 09/09/2009); Apelação/Reexame Necessário 2008.71.00.004209-5 (Rel. Des. Eduardo Tonetto Picarelli; julg. 15/07/2009, D.E. 27/07/2009); Apelação Cível 2005.72.00.010829-0/SC (Rel. Des. Alexandre Gonçalves Lippel; julg. 24/06/2009, D.E. 06/07/2009); Apelação/Reexame Necessário 2008.71.00.004210-1/RS (Rel. Des. João Batista Pinto Silveira; julg. 15/04/2009, D.E. 22/04/2009); Apelação/Reexame Necessário 2004.70.00.035314-7/PR (Rel. Des. Márcio Antônio Rocha; julg. 04/12/2007, D.E. 26/01/2009); Apelação Cível 2001.71.00.018298-6/RS (Rel. Des. Luiz Antonio Bonat; julg. 24/06/2009, D.E. 07/01/2008); Apelação Cível 2005.71.10.001969-0/RS (Rel. Des. João Batista Pinto Silveira; julg. 28/02/2007, D.E. 14/03/2007); Apelação Cível 2004.71.07.006747-6/RS (Rel. Des. João Batista Pinto Silveira; julg. 21/11/2006, D.E. 31/01/2007); Apelação Cível 2003.71.00.052443-2/RS (Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz; julg. 24/10/2006, D.J. 22/11/2006); Apelação Cível 2000.71.00.009347-0/RS (Rel. João Batista Pinto Silveira; julg. 27/07/2005, D.J. 10/08/2005); Apelação Cível 2004.70.00.018042-3/PR (Rel. Celso Kipper; julg. 14/03/2006, D.J. 22/03/2006); Apelação Cível 2000.71.00.009347-0/RS (Rel. João Batista Pinto Silveira; julg. 27/07/2005, D.J. 10/08/2005); Apelação Cível 2001.70.00.027992-0/PR (Rel. Néfi Cordeiro; julg. 15/12/2004, D.J. 09/03/2005); Apelação Cível 2001.72.00.006119-0/SC (Rel. Luiz Carlos de Castro Lugon; julg. 21/09/2004, D.J. 27/10/2004); Agravo de Instrumento 2002.04.01.021039-5/RS (Rel. João Batista Pinto Silveira; julg. 01/09/2004, D.J. 22/09/2004); Agravo de Instrumento 2003.04.01.040978-7/RS (Rel. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz; julg. 06/04/2004, D.J. 28/04/2004); Apelação Cível 2001.04.01.027372-8/RS (Rel. Edgard Antônio Lippmann Júnior; julg. 17/10/2002, D.J. 20/11/2002); Apelação Cível 2000.04.01.073643-8/RS (Rel. Nylson Paim de Abreu; julg. 21/11/2000, D.J. 10/01/2001); Agravo de Instrumento 2000.04.01.044144-0/RS (Rel. Luiz Carlos de Castro Lugon; julg. 27/06/2000, D.J. 26/07/2000); **TRF 5ª Região:** Apelação/Reexame Necessário 4775/CE (Rel. Geraldo Apoliano; julg. 30/04/2009, D.J. 16/06/2009); AC 445097/PE (Rel. Geraldo Apoliano; julg. 20/11/2008, DJe 26/02/2009); AC 451846/PE (Rel. Vladimir Carvalho; julg. 18/09/2008, DJ 18/11/2008); AGTR 80447/PE (Rel. Geraldo Apoliano; julg. 10/01/2008, DJ 01/04/2008); AMS 98630/CE (Rel. Élio Wanderley de Siqueira Filho - Substituto; julg. 11/10/2007, DJ 16/11/2007); AC 376373/PE (Rel. Élio Wanderley de Siqueira Filho - Substituto; julg. 05/10/2006, DJ 06/12/2006); AC 371052/CE (Rel. Ubaldo Ataíde Cavalcante; julg. 30/09/2006, DJ 27/10/2006); AGTR 52117/CE (Rel. Hélio Sílvio Ourem Campos - Substituto; julg. 30/03/2006, DJ 30/05/2006); AC 371204/CE CE (Rel. José Baptista de Almeida Filho; julg. 13/12/2005, DJ 07/02/2006); AC 334141/RN CE (Rel. Geraldo Apoliano; julg. 17/06/2004, DJ 27/07/2004); AGTR 52178/PE (Rel. Geraldo Apoliano; julg. 11/03/2004, DJ 14/05/2004); AC 238842/RN (Rel. Geraldo Apoliano; julg. 30/08/2001, DJ 13/03/2002).

¹⁵⁶ “Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito.” (**REsp 1026981/RJ**; Rel. Min. Ministra Nancy Andrighi; julgado em 04/02/2010; DJe 23/02/2010). É ainda mais extensa a lista dos precedentes analisados no âmbito dos Tribunais de Justiça brasileiros.

cargo de concurso público), que se tornaram precedentes, de como a equiparação formal é necessária para essas pessoas:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. REPORTAGEM DE JORNAL A RESPEITO DE BARES FREQUENTADOS POR HOMOSSEXUAIS, ILUSTRADA POR FOTO DE DUAS PESSOAS EM VIA PÚBLICA. A homossexualidade, encarada como curiosidade, tem conotação discriminatória, e é ofensiva aos próprios homossexuais; nesse contexto, a matéria jornalística, que identifica como homossexual quem não é, agride a imagem deste, causando-lhe dano moral. (STJ. REsp 1063304 / SP. Rel. Min. Ari Pargendler; julgado em 26/08/2008, DJe 13/10/2008).

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. DECISÃO DENEGATÓRIA DE HABEAS CORPUS. ATAQUE POR RECURSO ORDINÁRIO. CF, ART. 105, ii, A. CIRCULAÇÃO DE GAYS E TRAVESTIS. ESPAÇO PÚBLICO. CONTROLE POLICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. [...] O controle policial da circulação de gays e travestis situa-se no exercício do poder de polícia e atende a ditames da ordem e da segurança públicas, não se constituindo constrangimento ilegal ao direito de locomoção. (STJ. RHC 7475/SP. Rel. Min. Vicente Leal; julgado em 01/07/1998, DJ 11/12/2000 p. 244).

RESP - PROCESSO PENAL - TESTEMUNHA - HOMOSSEXUAL - A história das provas orais evidencia evolução, no sentido de superar preconceito com algumas pessoas. Durante muito tempo, recusou-se credibilidade ao escravo, estrangeiro, preso, prostituta. Projecção, sem dúvida, de distinção social. Os romanos distinguiam - patrícios e plebeus. A economia rural, entre o senhor do engenho e o cortador da cana, o proprietário da fazenda de café e quem se encarregasse da colheita. Os Direitos Humanos buscam afastar distinção. O Poder Judiciário precisa ficar atento para não transformar essas distinções em coisa julgada. O requisito moderno para uma pessoa ser testemunha é não evidenciar interesse no desfecho do processo. Isenção, pois. O homossexual, nessa linha, não pode receber restrições. Tem o direito-dever de ser testemunha. E mais: sua palavra merecer o mesmo crédito do heterossexual. Assim se concretiza o princípio da igualdade, registrado na Constituição da República e no Pacto de San Jose de Costa Rica. (STJ. REsp 154857/DF. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro; julgado em 26/05/1998, DJ 26/10/1998 p. 169).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA FEDERAL. EXCLUSÃO DE CANDIDATO. FATOS REVELADORES DE CONDUTA HOMOSSEXUAL. AFRONTA À

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTS. 3º, IV E 37, I E II. ILEGALIDADE DO ATO RECONHECIDA. 1. A homossexualidade não constitui causa para a exclusão do candidato do curso de Formação de Agente de Polícia Federal, a teor dos arts. 3º, IV e 37, I, da Constituição Federal. (TRF 1ª Região. AC 1999.01.00.003173-5/DF. Juiz convocado Julier Sebastião da Silva; julgado em 26/09/2001, DJ 15/10/2001 p. 234).¹⁵⁷

Percebe-se que o preconceito visível e as reiteradas demandas com pedido de equiparação formal resultaram em uma construção jurisprudencial reconhecendo, juridicamente, as reivindicações de tratamento igualitário. Esse caso é o exemplo brasileiro de transformação jurídica, fundamentado em interpretação principiológica, que assume o reconhecimento de uma minoria.

Deve-se, no entanto, ponderar por que se chegou a esse grau de consolidação e reconhecimento dessa minoria social, e a hipótese é a visibilidade que ganhou, em décadas, a causa dos grupos LGBT. Embora a intolerância contra os homossexuais permaneça em vários segmentos sociais (político, religioso, familiar etc.), é indiscutível o espaço conquistado em relação a outras minorias. E nesse caso a demanda não passa por questões de igualdade material (como ocorrem com as políticas de ação afirmativa), mas pela noção anterior de igualdade do Estado Liberal, conferido formalmente como princípio basilar de um Estado Democrático de Direito. A demanda aqui é por tratamento formalmente igualitário, ou seja, que a diferença minoritária (a orientação sexual) não seja juridicamente relevante para o reconhecimento de direitos.

A qualidade de minoria¹⁵⁸ nesse caso, portanto, deve ser transitória, com a pretensão de se extirpar qualquer tratamento desigual atribuído a homossexuais. Isso

¹⁵⁷ No mesmo sentido: AC 2002.31.00.001202-0/AP (TRF 1ª Região. AC 1999.01.00.003173-5/DF. Des. Fed. João Batista Moreira ; julgado em 22/04/2009, e-DJF1 26/06/2009, p.186)

¹⁵⁸ Dos votos publicados da ADI 4.277/DF, observa-se posição comum a todos eles a necessidade do reconhecimento desse grupo como minoria e o papel do Direito no caso: “Cuida-se, enfim, a meu juízo, de uma entidade familiar que, embora não esteja expressamente prevista no art. 226, precisa ter **a sua existência reconhecida pelo Direito**, tendo em conta a existência de uma lacuna legal que impede que o Estado, exercendo o indeclinável papel de protetor dos **grupos minoritários**, coloque sob seu amparo as relações afetivas públicas e duradouras que se formam entre pessoas do mesmo sexo.” (Voto do Min. Ricardo Lewandowski. Grifei); “Há, isso sim, a **obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais**. Nesse contexto, a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil está muito aquém do que consagrado pela Carta de 1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de **reconhecer direitos a grupos minoritários**.” (Voto do Min. Marco Aurélio. Grifei); “Particularmente nos casos em que se trata de **direitos de minorias** é que incumbe à Corte Constitucional operar como instância contramajoritária, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna **em face da ação da maioria** ou, como no caso em testilha, **para impor a ação do Poder Público na promoção desses direitos**.” (Voto do Min. Luiz Fux. Grifei); “Este julgamento demonstra que ainda há uma longa trilha, que é permanente na história humana, para a conquista de novos

porque sua demanda envolve respeito e consideração igual a qualquer pessoa, sem que sua orientação seja levada em consideração para o exercício de direitos e deveres comuns a qualquer pessoa. Tais reflexões são, em alguma medida, proclamadas no voto do Min. Celso de Mello na referida ADI 4.277/DF, como reproduz o trecho a seguir:

[...] **É, portanto, nesse papel** de intermediário **entre** as *diferentes* forças que se antagonizam na presente causa que o Supremo Tribunal Federal **atua** neste julgamento, **considerando, de um lado, a transcendência** da questão constitucional suscitada neste processo (*bem assim* os valores essenciais e relevantes ora em exame), **e tendo em vista, de outro, o sentido legitimador** da intervenção de representantes da sociedade civil, *a quem se ensejou*, **com especial destaque** para grupos minoritários, **a possibilidade** de, *eles próprios*, oferecerem *alternativas* para a interpretação constitucional **no que se refere** aos pontos em torno dos quais se instaurou a controvérsia jurídica. [...] **Isso significa que também os homossexuais têm** o direito de receber **a igual** proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República. [...] **Essa afirmação, mais** do que simples proclamação retórica, **traduz** o reconhecimento, **que emerge** do quadro das liberdades públicas, de que o Estado **não pode** adotar medidas **nem formular** prescrições normativas que provoquem, **por efeito** de seu conteúdo discriminatório, **a exclusão jurídica** de grupos, *minoritários ou não*, **que integram** a comunhão nacional. [...] **Com este julgamento**, o Brasil **dá um passo** significativo **contra** a discriminação e **contra** o tratamento excludente **que têm marginalizado** grupos minoritários em nosso País. (Grifos no original)

5.4. O não-reconhecimento

O caso caiçara demonstra o não-reconhecimento por parte do magistrado de um grupo considerado minoria pelo Ministério Público. É, portanto, a desconstituição de uma realidade constituída nos autos (como fora dele, dadas as vastas informações sobre o grupo caiçara como minoria étnica brasileira¹⁵⁹) pelo não reconhecimento da

direitos. A violência continua, minorias são violentadas, discriminações persistem.” (Voto da Min. Cármen Lúcia. Grifos no original). Não houve menção a categoria minoria no voto do relator, Min. Ayres Britto.

¹⁵⁹ As principais informações sobre os caiçara foram acessadas por meio do sítio eletrônico <http://www.muscai.com.br/caicaras/index.html>, o Museu Caiçara, localizado em Ubatuba-SP, cidade litorânea em que se processou a demanda pelo reconhecimento dos caiçara, objeto deste trabalho.

qualidade minoritária dos caiçaras¹⁶⁰ do litoral sudeste, mais especificamente da cidade de Ubatuba – São Paulo. Trata-se do Agravo de Instrumento nº 991040280870 (1297265100), de Relatora de Campos Mello, julgado em 10/08/2004¹⁶¹.

A apelação, como se pode deduzir do exposto na primeira parte do acórdão, indeferiu o requerimento em que se pleiteava a suspensão do cumprimento de mandado de reintegração de posse. A questão era, portanto, relativa a terras, e o agravante não havia logrado êxito ao tentar impedir sua provável retirada de um terreno que ocupasse e cuja propriedade pertenceria a terceiro.

Quem propunha uma nova revisão à sentença da apelação era o Ministério Público. Conforme consta no relatório do agravo, o dispositivo que permitiria o Ministério Público como agravante seria o inciso II do art. 37 da Lei Complementar 75/93, o Estatuto do Ministério Público da União¹⁶². O Ministério Público, como resume o relatório, indicou os seguintes argumentos para que o agravo fosse conhecido:

Verificado o interesse de minorias caiçaras que habitam a área, impõe-se a intervenção do agravante, à luz da inegável importância histórica da cultura do referido povo. Além disso, aduz, há a questão ambiental, decorrente da localização da área, que é composta de biodiversidade merecedora de proteção, o que também justifica sua intervenção. Alega que, ainda que a coisa julgada seja merecedora de proteção, seu cumprimento deve ter limite temporal e o decurso de prazo excessivo para seu efetivo cumprimento criou para os interessados residentes no local situação de segurança e estabilidade social que devem ser preservadas. Assevera ainda que está em trâmite ação de usucapião especial na 1ª Vara Federal de Taubaté. Pede a agregação de efeito suspensivo para o inconformismo e a reforma. Processou-se o recurso apenas no efeito devolutivo, dispensadas as informações e foi apresentada resposta. É o relatório. (Rel. Campos Mello, p. 1)

¹⁶⁰ “Os caiçaras são frutos de uma mescla étnico-cultural de indígenas, colonizadores portugueses e, em menor grau, de escravos africanos. As pesquisas científicas mostram que essas comunidades tinham uma vida baseada em atividades de agricultura itinerante, pequena pesca, extrativismo vegetal e artesanato. Do ponto de vista geográfico, os caiçaras se fixaram mais nas áreas costeiras dos atuais Estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Paraná e norte de Santa Catarina”. AGÊNCIA FAPESP. **Enciclopédia resgata tradição caiçara**. Matéria publicada em 26 ago. 2004. Disponível em: <http://noticias.ambientebrasil.com.br/clipping/2004/08/26/15798-enciclopedia-resgata-tradicao-caicara.html>. Acesso em: 16 fev. 2010.

¹⁶¹ Órgão julgador: 12ª Câmara (Extinto 1º TAC). Não se teve acesso ao inteiro teor do processo, apenas à decisão.

¹⁶² “Art. 37. O Ministério Público Federal exercerá as suas funções: [...]II - nas causas de competência de quaisquer juízes e tribunais, para defesa de direitos e interesses dos índios e das populações indígenas, do meio ambiente, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, integrantes do patrimônio nacional [...]”.

Percebe-se que os dois primeiros argumentos, tanto o referente à proteção de uma minoria quanto à proteção do meio ambiente, são os argumentos de natureza de direito material expostas no agravo. Com a exceção da indicação de argumentos processuais (o decurso de prazo e a ação de usucapião em trâmite em outra Vara), o que foi alvo de consideração para julgamento na decisão desse agravo foi não reconhecer a legitimidade do Ministério Público. E essa legitimidade não foi aceita porque não se reconheceu como sujeito de tutela especial o grupo caiçara:

O agravante menciona o art. 37, II, da Lei Complementar 75/93 para justificar sua pretendida legitimidade processual. Só que não apontou especificadamente nenhuma situação que possa estar enquadrada na moldura legal. Não se abalçou a afirmar que haja na espécie direitos ou interesses de índios e populações indígenas, merecedores de tutela especial. Falar em interesse histórico da cultura do povo caiçara é falar quase nada (Rel. Campos Mello, p. 1).

O magistrado rechaçou a possibilidade de se reconhecer o povo caiçara como uma minoria, que, por conseguinte, seria tributária de proteção especial do Estado pela representação do Ministério Público em juízo, por dois motivos: i) pela inexistência de comprovação da identidade caiçara aos representados; e ii) que, ainda se houvesse essa identificação comprovada, não se poderia pensar o povo caiçara como uma minoria étnica. Vale a reprodução do acórdão, cujas palavras utilizadas para os fundamentos – segunda parte obrigatória de uma decisão – revelam a negação de reconhecimento aos caiçaras como minoria:

Em primeiro lugar, por não haver no instrumento nenhum adminículo probatório de que os réus da demanda possessória possam ou devam ser rotulados de caiçaras. Em segundo, porque não se sabe, do ponto de vista antropológico, se seria possível ou não ser admitida a existência de um "povo caiçara", com características distintas das dos demais habitantes da nação. Em realidade, em linguagem vulgar, o caiçara é o indivíduo que habita no litoral, proveniente de antigas linhagens locais. Em contrapartida, por exemplo, o caipira do Vale do Paraíba, imortalizado pelo taubateano Monteiro Lobato, é o habitante de áreas rurais daquele ponto de São Paulo e também proveniente de antigas linhagens locais. Nem por causa disso, ao que se sabe, fala-se no "povo caipira" do Vale do Paraíba. Vê-se, pois, que é impróprio falar em "povo caiçara", ao menos sem sólidos fundamentos, que não foram apresentados nas razões recursais. Quanto à importância histórica, o argumento prova demais. Não só a eventual cultura caiçara terá

importância histórica. Todas as culturas têm importância histórica, pois que, do contrário, nem seriam culturas. De resto, causa espécie que, a pretexto de zelar pelos interesses de **uma minoria sequer reconhecida como tal**, venha o agravante entender que isso pode ser feito mediante o não cumprimento de decisão judicial transitada em julgado, à qual todos devem obediência, inclusive os possíveis integrantes de alguma suposta minoria, desde que observado o devido processo legal (Rel. Campos Mello, p. 1-2. Grifei).

O reconhecimento de uma minoria leva às seguintes questões: qual seria a diferença (o direito à diferença) relevante dos caiçaras para serem considerados “minorias” em relação a uma “maioria” (tal como acontece com os quilombolas e os indígenas¹⁶³, conforme os artigos 68 do ADCT e 231 e 232 da Constituição Federal, respectivamente)? Ou, em outros termos, qual a posição ocupada pelos caiçaras para serem considerados minoria em uma disputa de terras que justifiquem a intervenção do Ministério Público? E por fim, quais são as provas que validariam essa posição minoritária?

O que a decisão sugere é que deve haver algum reconhecimento prévio, em outra arena, para que uma minoria seja tomada como tal pelo magistrado¹⁶⁴, como o uso de laudos antropológicos, especialmente no caso dos quilombolas. A outra questão que se coloca é: quem é institucionalmente competente para reconhecer uma minoria como tal? Quais os critérios para se negar o reconhecimento de direitos a uma minoria? Haveria a possibilidade de se solicitar perícia técnica, como os laudos, para aferir a condição de minoria?

Afirmar que não há base antropológica para situar os caiçaras como membros de uma minoria talvez seja arriscado. Alguns trabalhos acadêmicos sobre os caiçaras tomam-nos como objeto de pesquisa particularizado¹⁶⁵. A Agência Fapesp, em 2004,

¹⁶³ O fato de haver expressamente o termo “indígena” ou “quilombola” no texto constitucional inicia um novo debate: quem são os indígenas ou os quilombolas? O que diferencia um caiçara de um indígena, por exemplo?

¹⁶⁴ De acordo com a pesquisa realizada por meio dos sítios eletrônicos dos tribunais de todas as instâncias do Brasil, inclusive o Supremo Tribunal Federal, percebe-se que a decisão analisada nesse trabalho é minoritária quanto a esse pressuposto. O que ocorre em geral é o reconhecimento atribuído pelos magistrados em suas decisões, para a proteção de direitos fundamentais sob a qualificação de grupos como minorias.

¹⁶⁵ Extensa é a lista de referências bibliográficas sugeridas pelo sítio do Museu Caiçara. Dentre eles: ADAMS, C. *Caiçaras na Mata Atlântica: pesquisa científica versus planejamento e gestão ambiental*. Dissertação de Mestrado. Pós-Graduação em Ciência Ambiental, USP, São Paulo; BEGOSSI, A. 1995. *Cultural and Ecological Resilience among Caiçaras of the Atlantic Forest Coast and Caboclos of the Amazon (Brazil)*. (no prelo) In: *Linking Social and Ecological Systems for Resilience and Sustainability*. F. Barkes & C. Folke (eds.). The Beijer International Institute of Ecological Economics; DIEGUES, A. C. 1988. *Diversidade Biológica e Culturas Tradicionais Litorâneas: O Caso das Comunidades Caiçaras*.

publicou uma reportagem sobre uma “enciclopédia caiçara”, em que o antropólogo Antonio Carlos Diegues afirma a pesquisa, desde os anos 1950, sobre os caiçaras pela Antropologia:

“Com exceção de alguns antropólogos como Gioconda Mussolini e Emilio Willems, que estudaram os caiçaras nos anos 50, Darci Ribeiro, que fez trabalhos sobre os caboclos, e Shepard Forman, que abordou os jangadeiros, na década de 70, a grande maioria dos pesquisadores, há mais de 30 anos, dedicava-se exclusivamente aos indígenas”, conta o antropólogo Antonio Carlos Diegues, coordenador do Núcleo de Apoio a Pesquisa sobre Populações Humanas e Áreas Úmidas Brasileiras (Nupaub) da Universidade de São Paulo, à Agência Fapesp. Grande parte dessa nova visão antropológica sobre os caiçaras do Sul e Sudeste do Brasil está presente no primeiro volume da Enciclopédia Caiçara – O Olhar do Pesquisador, que acaba de ser lançada em edição conjunta do Nupaub com a Editora Hucitec. Os textos, de vários autores, abordam temas como história cultural, as relações dos caiçaras com o mar e a mata, os saberes patrimoniais das comunidades, práticas de conservação da biodiversidade, modos de vida e suas relações com o turismo e as áreas protegidas. “Nos anos 70, os estudos sobre caiçaras aumentaram porque as comunidades passaram a ser expropriadas de suas terras pela especulação imobiliária na faixa litorânea e, nos anos 80, pela implantação das unidades de conservação (parques e reservas naturais)”, explica Diegues. O pesquisador lembra que o papel central desempenhado pelos seringueiros na Amazônia, nos anos 70 e 80, foi fundamental para que a visão antropológica sobre os povos não-indígenas fosse alterada. Como pouca coisa mudou nas últimas três décadas – e a especulação imobiliária continua nas áreas litorâneas antes ocupadas pelos caiçaras – tanto a questão ambiental como as diversas ameaças à cultura das comunidades tradicionais costeiras, como o turismo, continuam na base do ressurgimento e da construção das identidades dessas populações marginalizadas. Hoje, entretanto, os ambientalistas não enxergam mais os caiçaras como inimigos da Mata Atlântica. (Agência Fapesp, 2004).

O fundamento articulado na decisão, que pretende desqualificar a legitimidade do Ministério Público por não considerar os caiçaras como uma minoria, parece não

NUPAUB, Universidade de São Paulo; MARCÍLIO, M. L. 1986. *Caiçara: Terra e População. Estudo de Demografia Histórica e da História Social de Ubatuba*. Edições Paulinas - CEDHAL, São Paulo. 246 p; MUSSOLINI, G. 1980. *Ensaio de Antropologia Indígena e Caiçara*. Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro. 289 p; SCHMIDT, C. B. 1958. *Lavoura Caiçara*. Ministério da Agricultura, Serviço de Informação Agrícola, Rio de Janeiro, Documentário da Vida Rural nº 14. 79 p; SIQUEIRA, P. 1984. *Genocídio dos Caiçaras*. Ed. MASSAO ONO/J. Guarnelli Editores, São Paulo. 104 p; TOFFOLI, D. D. G. & OLIVEIRA, R. R. 1997. *Caiçara Agroforestry Management*. (no prelo) Volume "Human Values of Biodiversity", UNEP. Cambridge University Press etc.

encontrar respaldo na atividade antropológica e de saberes afins. O reconhecimento dessa minoria, portanto, é – seja pelo tratamento de grupo étnico distinto, seja pela denominação de população tradicional¹⁶⁶ – realizado pela academia. Mesmo a participação do Ministério Público indica o reconhecimento público pelo órgão, como consta em documentos diversos de sua atividade¹⁶⁷. O reconhecimento não se deu pelo Poder Judiciário, embora em outros espaços públicos esse reconhecimento seja pleno. Ocorre, porém, que o reconhecimento de direitos dessa minoria não foi realizado, o que leva a uma negação, pelo magistrado, de um meio de exercício da dignidade dos indivíduos que partilham essa identidade, e assim pretendem ser reconhecidos.

A desconsideração (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2002; 2009) foi expressa pela decisão em seus fundamentos, que não só desconstituiu a realidade caíçara para os autos – e para a visão dos magistrados – como agrediu um aspecto identitário que os faz se apresentarem como caíçara no âmbito público. Assim, a pretensão negada pelo não reconhecimento da minoria afeta a elaboração do auto-respeito (HONNETH, 2003) que depende da esfera pública para o indivíduo perceber-se como sujeito detentor de direitos.

A decisão, cuja linguagem revela a desconsideração do grupo (ao trazer uma analogia ao “povo caipira”, em uma construção tendente ao menosprezo tanto dos caíçaras quanto daqueles que se identificariam como caipiras), apresenta um exemplo de como o não-reconhecimento pode afetar diretamente não só o aspecto íntimo, pessoal e subjetivo – relacionado à identidade e ao auto-respeito – como pode, também, negar direitos ou vias de exercício de cidadania em um ambiente público.

A categoria minoria, portanto, não se apresenta apenas como um termo associado a peculiaridades de um grupo. Ela está intrinsecamente ligada a reconhecimento e a direitos decorrentes dele, com o propósito maior de um efetivo exercício de cidadania (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2002; 2009). A força da linguagem e, portanto, do Direito, na constituição da realidade aparece como o instrumento que

¹⁶⁶ Além de citações nos trabalhos sobre os caíçaras, há um interessante fórum virtual que agrega algumas organizações, dentre elas caíçaras, sob esta denominação: <http://forumtradicionais.blogspot.com/>. Acesso em 16 fev. 2010.

¹⁶⁷ Para representar o trabalho realizado pelo Ministério Público, cite-se a base de dados da 6ª Câmara do Ministério Público Federal, que concentra os informes da atuação de seus membros de acordo com o art. 6º da Resolução 87, do CSMPF. Disponível em: <http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/search?SearchableText=cai%C3%A7ara>. Acesso em: 16 fev. 2010.

possibilita, ou não – como é o caso –, a participação cidadã de membros de uma coletividade democrática e multicultural.

No caso caiçara, portanto, a necessidade de provar-se uma minoria, na ausência de respaldo legal, impediu que aquele grupo, considerado institucionalmente minoria pelo Ministério Público¹⁶⁸, utilizasse como reforço argumentativo sua caracterização como minoria. Nesse sentido, se para as minorias constitucionalmente reconhecidas as disputas por terras tratam como relevante sua condição minoritária, no caso dos caiçaras o não-reconhecimento de uma possível identidade de minoria encerrou a discussão sobre terras ao negar-lhes reconhecimento (ao negar legitimidade ao Ministério Público), antes mesmo do direito material a ser discutido.

A ausência de uma previsão normativa expressa contribuiu para o não reconhecimento de uma “minoria” caiçara. A tradição legalista do Direito ainda se coloca como o meio juridicamente seguro de se declarar ou não uma realidade. Além disso, os caiçaras não são simbolicamente representativos como os indígenas e os quilombolas (que ilustram o mito das três raças brasileiro), tampouco politicamente organizados, como a comunidade LGBT, por exemplo. A declaração de uma identidade não garante, por si só, seu reconhecimento jurídico. Há uma esfera simbólica e política que atuam conjuntamente, de modo a aumentar as chances de o reconhecimento ocorrer pelo Poder Judiciário.

5.5. O desconhecimento

Os ciganos não são expressamente considerados como uma minoria étnica brasileira pelos precedentes judiciais, embora sua presença no imaginário nacional seja mitificado e bastante cercado de preconceitos. Apesar disso, os ciganos constituem uma minoria étnica reconhecida como tal no continente europeu, e a busca por essa minoria nos julgados no Brasil revelou um aspecto importante sobre a categoria minoria.

Como anteriormente desenvolvido, a categoria minoria é relacional e contextual. Para tanto, é preciso que haja um grupo interlocutor que faça as vezes de “maioria” para que se reconheça, em determinado contexto social, a situação de minoria de outro grupo. No caso dos ciganos no Brasil, porém, há escassa visibilidade, e ela se

¹⁶⁸ Essa consideração é feita pela informação que a decisão analisada revela, com a participação do Ministério Público como parte recorrente pelos caiçaras.

restringe à cultural, quando existente. Encontrou-se no estudo dos precedentes dessa minoria um ponto em comum: matéria penal e a ameaça de evasão do réu cigano. Pressupõe-se que por ser o réu cigano, a negação da liberdade provisória seria justificada¹⁶⁹. Somente em um precedente consta a preocupação em deixar expressas as justificativas processuais¹⁷⁰, a partir da seguinte construção argumentativa:

É certo que o paciente não comprovou residência fixa no distrito da culpa. Segundo o Boletim de Ocorrência acostado às f. 21/27, Jairo mora no loteamento dos ciganos do Alto do Cruzeiro, no distrito de Cachoeira do Campo, na comarca de Ouro Preto. Exatamente por este motivo foi-lhe denegado, pela juíza da comarca de Ouro Preto, Dra. Lúcia de Fátima Magalhães Albuquerque Silva, o benefício da liberdade provisória. Assegurou a magistrada, verbis (f. 40/41): "O acusado se declara cigano e, pela própria natureza do estilo de vida cigana, é grande a probabilidade de que o mesmo deixar a comarca, o que inviabilizará a instrução processual, pois o processo é de competência do Tribunal do Júri e exige intimação pessoal do acusado para diversos atos processuais". Concessa venia, aderir a esta fundamentação seria retomar o direito penal do autor, desenvolvido, principalmente, pelo penalista alemão Mezger e que tem por premissa a aferição do caráter criminoso de uma conduta não pelo fato praticado, mas pelas características do seu autor. Francisco de Assis Toledo, citando Maurach, lembra que este tipo normativo do autor fundamentou períodos desastrosos na história da humanidade, sendo o seu mais famoso exemplo o nacional-socialismo alemão, criador da cultura nazista. [...] Todavia, como requisito de maior efetividade das garantias fundamentais insculpidas na Constituição Federal, é mister a limitação da incidência dos institutos supramencionados que remontam a períodos autoritários, estando fora deste contexto a **automática vedação da liberdade provisória a qualquer pessoa que faça parte de um grupo de ciganos.** (TJMG. HC 4644311-78.2007.8.13.0000. Rel. Alexandre Victor de Carvalho (vencido); julgado em 11/12/2007, DJ 19/02/2008. Grifei).

¹⁶⁹ Como ilustra o julgado do STJ: "I- Não se relaxa prisão preventiva de réu que devido a sua condição de cigano não tem residência fixa e que pelas circunstâncias do crime e considerado perigoso". **RHC 3467/BA**. Rel. Ministro Pedro Acioli; julgado em 25/04/1994, DJ 16/05/1994 p. 11787.

¹⁷⁰ "O paciente sequer anexou aos autos comprovante de residência fixa, bem como de trabalho lícito, o que também impede a concessão da liberdade provisória. E, não é pelo simples fato de ser cigano que foi indeferida sua liberdade provisória, mas sim pelo fato de que, se não encontrado, o processo restará paralisado, já que pela sua condição, pode não ser mais encontrado, o que realmente justifica a manutenção de sua prisão cautelar." Voto vencedor da Relatora do acórdão Maria Celeste Porto.

O desconhecimento da minoria cigana é profundo, como atesta o Recurso em Sentido Estrito nº 255.676-3/0-00, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Rel. Des. Luzia Galvão Lopes, julgado em 14/10/1999):

Réus e vítima, todos ciganos e com estreitos laços de parentesco entre si, nutriam forte sentimento de animosidade em decorrência de problemas familiares passionais, envolvendo membros das duas famílias. O relacionamento das partes é confuso porque ao mesmo tempo em que unidos por serem ciganos e por laços de sangue, se separam em sub grupos de laços mais fortes, **não bem inteligíveis para quem não conhece a fundo o “modus vivendi” do grupo.** [...] Por outro lado ainda, na verdade, quase que todos os testemunhos podem ser tomados com reservas, posto que prestados por membros da comunidade cigana, alguns mais próximos da vítima e outros dos acusados, por laços de amizade, parentesco ou **outro vínculo derivado de regras do “clan” a que pertenciam e que, como dito, não ficaram claras nos autos.** (Grifei).

O desconhecimento cria o temor, e com isso o estereótipo negativo – ou estigma – que orienta muitas das considerações sobre os ciganos feita por não-ciganos. Não se notou qualquer outro tipo de demanda, como de reconhecimento e de exigência de direitos fundamentais, diferentemente dos demais grupos estudados. E foi a partir de conversas informais com uma cigana atuante no Distrito Federal que muitas reflexões surgiram sobre esse grupo¹⁷¹.

“Ana” afirmou que não nasceu cigana, mas viveu por muito tempo a forma “comum” de vida, casada e com quatro filhos. Entretanto, conheceu um líder cigano e com ele resolveu mudar seus costumes e passou a conhecer profundamente a cultura cigana e seu povo. Afirma que os acampamentos, locais em que os ciganos se estabelecem por um tempo, são levantados a partir da autorização no Governo local, no caso o Governo do Distrito Federal – GDF, mas em condições precárias, sem que haja atendimento a reivindicações mínimas de água e limpeza urbana. Ela disse ainda que muitas crianças “ciganinhas” deixam de frequentar a escola pública por sofrerem preconceito de seus colegas que, ao saberem de sua origem, consideram-nas “comedoras de gente”. Com isso, a evasão escolar é grande, uma das grandes

¹⁷¹ Dado o sigilo da fonte, será utilizado o nome fictício “Ana” para referir-se à cigana que, gentilmente, aceitou conversar, de maneira informal, sobre algumas questões que envolvem o “povo cigano”. Essas conversas deram-se em duas ocasiões informais, mas com a prévia ciência da interlocutora sobre a produção deste trabalho.

preocupações da comunidade cigana, pois dificulta o ingresso e a inclusão social futura dessas crianças.

Como consequência, as crianças são educadas nos acampamentos pelos próprios ciganos mais velhos, que ensinam o que sabem e reforçam principalmente o aprendizado do *romaní*, a língua cigana. Quando questionada sobre a importância de manter essa língua viva e presente entre as novas gerações, ela afirmou que não é apenas uma questão cultural, mas de segurança da própria comunidade. “Ana” relatou algumas expulsões sofridas por seu grupo, até que encontrassem o atual local de acampamento, e disse que a única forma de se comunicarem diante de agressões dos policiais é comunicando-se, entre eles, em *romaní*. Infelizmente, afirma, alguns dos ciganos têm divulgado na rede mundial de comunicação a tradução da língua cigana para o português, o que prejudica, em alguns casos, a própria defesa dos ciganos.

Ela informou ainda que, desde que decidiu separar-se (litigiosamente) de seu marido para viver a vida cigana, perdeu a guarda dos filhos sem ser mesmo “investigada”, sob a alegação de que era cigana, e que por levar uma vida nômade não haveria condições adequadas para o desenvolvimento de seus filhos. Com isso, afirmou que muitos “valores” ciganos são mais respeitosos que os valores “da sociedade”, como a necessidade de a comunidade cigana sempre ouvir os conselhos dos mais velhos, e respeitar a função social de cada faixa etária dentro da comunidade cigana.

Ao ser perguntada sobre como ela poderia acessar o Poder Judiciário caso houvesse alguma demanda de um membro da comunidade, ela afirmou que eles não são “bem-vistos” pela sociedade; geralmente não procuram ajuda do Estado, mas sim pelo trabalho cultural, musical e religioso que seus membros exercem. A comunidade cigana depende muito de doações que ela pessoalmente consegue por meio do núcleo de cultura cigana onde trabalha, com cursos de música e dança voltados para o público externo à comunidade cigana.

“Ana” disse que muitas mulheres ciganas do acampamento, que são vaidosas e gostam de se vestir com as roupas tradicionais ciganas, tentam se tornar invisíveis, com vestimentas “comuns”, para que sejam aceitas. Essas mulheres optam por “vender panos de prato na rodoviária a tirar cartas”, porque sofrem menos discriminação. Disse ainda que reconhece muitas outras ciganas ao falar-lhes (e insistir) em *romaní*. Muitas vezes, elas não atendem à sua intervenção por medo, mas depois ela se apresenta e então descobre que muitas dessas ciganas estão à margem de qualquer cidadania.

Tais breves considerações podem sugerir a seguinte reflexão: somente se é minoria com prévia visibilidade, ainda que mínima, e com a intencionalidade de se expor como grupo identitário diferenciado. No caso cigano, o que se percebe, pelo relatado, é uma reprodução da invisibilidade dada uma tradição de marginalização e reprodução do estigma do povo cigano, recorrendo sempre ao estereótipo que denota temor, desconfiança e receio social, embora haja reconhecimento desse grupo do Poder Executivo pelo Ministério da Cultura – MinC¹⁷² e pela Secretaria de Políticas Públicas da Igualdade Racial - SEPPIR¹⁷³. Além disso, a incapacidade minoritária em traduzir seus dramas de vida no código jurídico também contribui para a incompreensão de suas demandas.

Não há precedentes que reivindique em âmbito judicial o reconhecimento de seus direitos, seja porque há receio por parte desse grupo, seja porque as instituições públicas não sejam consideradas confiáveis por eles – vez que seu contato com a esfera

¹⁷² Incentivo que premiou as melhores propostas de valorização da cultura cigana, cujo resultado foi publicado em novembro de 2010. Acessado em 25 jan. 2011: <http://www.cultura.gov.br/site/2010/11/10/cultura-cigana-3/>.

¹⁷³ A SEPPIR tem atuado em defesa dos ciganos considerando-os como comunidades tradicionais, e lançou a cartilha “Povo Cigano – o Direito em Suas Mãos” que, segundo o subsecretário de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos da SDH, Perly Cipriano, “é a primeira publicação que trata dos direitos dessa parcela da população no Brasil” (“Escrita pela advogada Mirian Stanescon Batuli, cigana do clã Kalderash, a cartilha abrange 29 reivindicações apresentadas nas Conferências de Direitos Humanos e de Promoção da Igualdade Racial, realizadas em 2004 e 2005, respectivamente. “São demandas ciganas, explicou o subsecretário. Além de abordar os direitos do povo cigano, a publicação informa como reclamar vários deles direitos, como aposentadoria, saúde, segurança e educação, entre outros. A cartilha também traz orientação sobre como proceder nos casos de discriminação e preconceito contra ciganos. [...] ‘Já tivemos até um presidente da República cigano, que foi Juscelino Kubitschek, e pessoas como [a poetisa] Cecília Meirelles, que era cigana. Então, precisamos trabalhar muito para divulgar a cultura desse povo e quebrar os preconceitos. A cartilha ajuda nisso, na afirmação de sua cultura e seus valores. E que eles conheçam seus direitos, para que possam reivindicá-los. É uma cartilha feita por uma cigana para os ciganos, atendendo às demandas dos ciganos nas conferências.” Disponível em: http://www.seppir.gov.br/noticias/ultimas_noticias/2008/03/MySQLNoticia.2008-03-31.0526. Acesso em 05 set. 2011.). Registre-se notícia sobre a cartilha que reflete parte do problema desse grupo: “ ‘Nós não temos conhecimento, não sugerimos e nem participamos da elaboração desta cartilha’, diz o presidente da Associação de Preservação da Cultura Cigana (Apreci) no Brasil, Cláudio Domingos Iovanovitchi. O presidente da Apreci, no Paraná, Mazinho Soares, também desconhece a publicação. ‘Não estamos sabendo de nada dessa cartilha’, diz. Iovanovitchi questiona, inclusive, a utilidade da publicação. ‘Depois de vários encontros elencando prioridades, surgem uma cartilha e um banner sem utilidade alguma. Noventa e nove por cento dos ciganos são analfabetos. Como vão ler a cartilha? Precisamos é de políticas públicas de educação e saúde’, sugere. Para a presidente do Centro de Estudos e Resgate da Cultura Cigana (Cerci) de São Paulo, Yaskara Guelba, a cartilha contém informações erradas sobre o povo cigano. ‘Nós temos tanta dificuldade de aparecer e quando aparecemos, aparecemos errado’, lamenta. Segundo ela, foram três os clãs ciganos que chegaram ao Brasil (Roms, Calons e Sintos), mas a cartilha mostra que a história cigana no país começou com sete etnias. Yaskara também reclama do layout da publicação. “Ela tem desenhos infantis. Está boboca, nos infantiliza.” (CABRAL, Themys. Ciganos reclamam de cartilha. Publicação do governo federal para orientar sobre direitos civis desagrada lideranças ciganas no país. Publicado em 06/04/2008. In: **Gazeta do Povo**. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=753951>. Acesso em: 05 set. 2011) (Grifei).

judiciária pode ser-lhes bastante desfavorável, como se observa no inteiro teor do *Habeas Corpus* n° 476.498-3/0¹⁷⁴.

O caso tal como apresentado pela denúncia imputa aos pacientes os crimes da Lei n° 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (“Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências”) e arts. 146, § I (constrangimento ilegal, com aumento de pena pela execução do crime por mais de três pessoas e emprego de arma), e 388, parágrafo único (não existe esse artigo, provavelmente há erro de digitação: o art. 288, parágrafo único, trata do crime de quadrilha ou bando armado), ambos do Código Penal. O relator assim apresenta o caso:

O caso presente reveste-se de peculiaridades inusitadas, que permitem a conclusão no sentido de que ainda devem ser apurados relevantes fatos e circunstâncias que eventualmente sirvam mesmo de supedâneo às imputações plasmadas graficamente na denúncia já recebida. Encontraram-se armas e munições em diversos locais. Algumas eram guardadas na casa de Luiz Roberto Prado Leão que, dizendo tê-las recebido de uma mulher que não soube identificar, mas que pertencia a grupo cigano por conta do qual (e contra a vontade dele) mantinha o armamento em seu poder, foi transformado, num átimo, em vítima de constrangimento ilegal (fls. 58). Note-se que já há oito dias tinha ele a posse das armas. Na casa da referida pessoa apreenderam-se também notas provisórias e cheques, títulos formalizados cambial mente. Isso tem de ser bem explicado. Embora apreendidas em residências diversas, as armas e munições foram atribuídas, sem explicações circunstanciais, a praticamente todos os pacientes. Tudo muito genérico e difuso.

Da forma em que redigida a denúncia, todos os ciganos da região poderiam ser denunciados por formação de quadrilha. Pretendiam cometer, e já o faziam, crimes como agiotagem, lavagem de dinheiro, sonegação fiscal, extorsão, "etc". [...] Observe-se que Laura Fernandes Gonçalves é analfabeta (fls. 109/110). Como poderia ter lido a nota de culpa? Teria ficado sem saber o motivo de sua prisão. Afinal, tinha a posse de qualquer arma ou munição? Não se sabe, ainda. [...] Segundo a denúncia, **a unidade de desígnios** (desígnios que não foram especificados particularmente) **tem gênese na estrutura familiar e nos laços culturais**. Essa assertiva é repetida seguidamente na denúncia. **Dá-se a entender que, por serem ciganos, os pacientes consequentemente também são quadrilheiros**. [...] A

¹⁷⁴ Rel. Luiz Pantaleão; julgado em 03/05/2005.

Promotoria de Justiça insiste em caracterizar quadrilha especialmente “pelas bases culturais ciganas” (fls. 174). Opondo-se à liberdade provisória, considerou o *modus vivendi* da nação cigana (fls. 258). [...] **Convém enfatizar que os pacientes são brasileiros natos no gozo de inafastável cidadania incompatível com quaisquer preconceitos ou discriminação.** (Grifei).

Embora isolada, essa construção feita na denúncia, como indica o trecho reproduzido, revela preconceitos infundados por um membro do Ministério Público. O papel do Direito, a partir desse exemplo, é ser instrumento mínimo de apoio para que, a partir da esfera pública – e mesmo que de maneira limitada – haja parâmetros de *conhecimento* das diferenças e *reconhecimento* de direitos. Nesse aspecto, é possível ancorar nos mecanismos jurídicos – sentenças, construções argumentativas e interpretativas, consolidação de entendimento jurisprudencial – a percepção da alteridade e, assim, do reconhecimento a partir do Poder Público.

CAPÍTULO III – PROTAGONISTA

6. A demanda por reconhecimento

— *Que remédio lhes deste contra o desespero?*
 — *Dei-lhes uma esperança infinita no futuro.*
 (Ésquilo. *Prometeu acorrentado.*)

O reconhecimento de direitos nos casos em que a categoria minoria é utilizada pressupõe outra dimensão, que alcança a identidade. Reconhecimento no sentido amplo é demanda subjacente ao reconhecimento de direitos por minorias no Poder Judiciário. Esse sentido amplo atinge, para além de direitos, a constituição e permanente composição identitária do indivíduo e dos grupos pelos quais ele se faça representar¹⁷⁵.

¹⁷⁵ Luís Roberto Cardoso de Oliveira afirma que “[...] as demandas por reconhecimento não podem ser totalmente contempladas no plano da definição de normas, leis ou regras para a orientação dos atores, as quais são debatidas e eventualmente sancionadas no âmbito da esfera pública. Há uma dimensão importante do reconhecimento e da consideração cuja efetivação requer uma dramatização, a qual, em princípio, teria lugar no espaço público ou no plano das interações”. (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2002, p. 12-13).

A esse respeito, Zygmunt Bauman destaca a artificialidade da construção do que seja “identidade” e o propósito a ela inerente:

A ideia de “identidade”, e particularmente de “identidade nacional”, não foi “naturalmente” gestada e incubada na experiência humana, não emergiu dessa experiência como um “fato da vida” auto-evidente. Essa ideia foi *forçada* a entrar na *Lebenswelt* de homens e mulheres modernos – e chegou como uma *ficção*, e graças à brecha dolorosamente sentida que se estendeu entre aquilo que essa ideia sugeria, insinuava ou impelia, e ao *status quo ante* (o estado de coisas que precede a intervenção humana, portanto inocente em relação a esta). A *ideia de “identidade” nasceu da crise do pertencimento* e do esforço que esta desencadeou no sentido de transpor a brecha entre o “deve” e o “é” e erguer a realidade ao nível dos padrões estabelecidos pela ideia – recriar a realidade à semelhança da ideia. [...] Não fosse o poder do Estado de definir, classificar, segregar, separar e selecionar o agregado de tradições, dialetos, leis consuetudinárias e modos de vida locais, dificilmente seria remodelado em algo como os requisitos de unidade e coesão da comunidade nacional. Se o Estado era a concretização do futuro da nação, era também uma condição necessária para haver uma nação proclamando – em voz alta, confiante e de modo eficaz – um destino compartilhado. A regra *cuius regio, eius natio* (quem governa decide a nacionalidade) é de mão dupla... (BAUMAN, 2005, p. 26-27. Destaques no original).

Bauman corrobora a ideia de que o Estado-nação criou uma pretensa homogeneidade necessária para estabelecer a noção de um povo, uma história e uma nação, como já mencionado. Há de se buscar um mínimo comum, ainda que artificialmente elaborado, que torne viável uma abstração dependente de todos. Assim sendo, tanto a ideia de maioria como de minoria que surge com os Estados (como citado no Capítulo I) constrói a realidade do que seria a “maioria” e a “minoria” e, então, faz com que o Estado lide com grandes classificações.

A identidade, nesse sentido, é um meio de aglomerar diferenças, atribuindo-lhes padrões para interpretá-las, simplificando-as, com um determinado propósito para isso. Ocorre que “uma posição fixa dentro de uma infinidade de possibilidades também não é uma perspectiva atraente” (BAUMAN, 2005, p. 35). Percebe-se cada vez mais o anseio por afirmar-se a diferença, de modo a recuperar o que fora abafado com o Estado moderno:

A principal razão pela qual os pais fundadores da sociologia moderna não podem responder às perguntas surgidas a partir de nossa difícil situação presente é que, se cem ou mais anos atrás o “problema da identidade” foi moldado pela vigência de um princípio de *cuius regio, eius natio*, os atuais “problemas de identidade” se originam, pelo contrário, do *abandono* daquele princípio ou do pouco empenho na sua aplicação e da ineficácia de seu fomento onde isso é tentado. Quando a identidade perde as âncoras *sociais* que a faziam parecer “natural”, predeterminada e inegociável, a “identificação” se torna cada vez mais importante para os indivíduos que buscam desesperadamente um “nós” a que possam pedir acesso. (BAUMAN, 2005, p. 30. Grifos no original.)

Nesse contexto é que as demandas por reconhecimento acentuam-se, pois o que está em jogo é a auto-afirmação de uma possibilidade de ser. Essa possibilidade, vista tanto entre pares como em si mesmo, torna-se viável pelo reconhecimento porque só se é quando o outro está dialogicamente posicionado ao nosso ser, e só se pode pensar em *ser* se em constante (re)construção¹⁷⁶. Em linguagem bélica, Bauman ilustra como as identidades tomam lugar na luta (ou “guerra”, como prefere o autor) pelo reconhecimento:

As guerras pelo reconhecimento, quer travadas individual ou coletivamente, em geral se desenrolam em duas frentes, embora tropas e armas se desloquem entre as linhas de fronteira, dependendo da posição conquistada ou atribuída segundo a hierarquia de poder. Numa das frentes, a identidade escolhida e preferida é contraposta, principalmente, às obstinadas sobras das identidades antigas, abandonadas e abominadas, escolhidas ou impostas no passado. Na outra frente, as pressões de outras identidades, maquinadas e impostas (estereótipos, estigmas, rótulos), promovidas por ‘forças inimigas’, são enfrentadas e – caso se vença a batalha – repelidas. (BAUMAN, 2005, p. 45).

Uma demanda por reconhecimento que envolva uma minoria étnica, como a indígena, por exemplo, quer desconstruir a imagem estereotipada de incapaz e não-civilizado para mostrar-se tal como queria ser representado – e daí a contraposição da identidade étnica que se quer apresentar na esfera pública. Fala-se em escolha porque ao

¹⁷⁶ “Uma identidade coesa, firmemente fixada e solidamente construída seria um fardo, uma repressão, uma limitação da liberdade de escolha. [...] *Ajustar* pedaços infinitamente – sim, não há outra coisa que se possa fazer.” (BAUMAN, 2005, p. 60. Destaque no original).

se vincular à dimensão étnica (ou de suas origens) da composição de sua identidade¹⁷⁷, esse indivíduo vincula-se em algum grau a uma comunidade, a cujos valores e preceitos remetem esse vínculo. E mesmo que a identidade étnica seja invocada em uma situação relacional contextual, ela não poderá ser um vínculo irrevogável: “o vínculo constituído pelas escolhas jamais deve prejudicar, e muito menos impedir, escolhas adicionais e diferentes”. (BAUMAN, 2003, p. 62).

Tal preocupação sobre uma identidade nacional também fora objeto de distinção por Michel Rosenfeld, como antes exposto. A ideia de identidade constitucional não coincide com a de identidade nacional, que adota uma possibilidade de ser. Foi a partir da identidade nacional que as demais foram marginalizadas ou ignoradas, e cujos elementos – culturais, étnicos, religiosos, sexuais e outros – tornaram-se objeto de reivindicações e reconhecimento pelo Direito. Nesse sentido, Axel Honneth afirma:

É o caráter público que os direitos possuem, porque autorizam seu portador a uma ação perceptível aos parceiros de interação, o que lhes confere a força de possibilitar a constituição do auto-respeito; pois, com a atividade facultativa de reclamar direitos, é dado ao indivíduo um meio de expressão simbólica, cuja efetividade social pode demonstrar-lhe reiteradamente que ele encontra reconhecimento universal como pessoa moralmente imputável. (HONNETH, 2003, p. 197).

A recusa ao reconhecimento pode infringir danos àqueles a quem se nega, e a projeção de uma imagem inferiorizada ou humilhante sobre o outro pode até mesmo causar distorção e opressão, na extensão da imagem internalizada (TAYLOR, 1994, p. 36). Além disso, deixar de reconhecer as diferenças e especificidades é “não só negar os direitos de cidadania, mas negar-lhes a própria condição humana” (ALVES, 2010, p. 60). Luís Roberto Cardoso de Oliveira explica:

[...] práticas de discriminação cívica fazem parte do cotidiano dos atores em quase todo o espectro de relações que têm lugar no espaço público. Uma característica importante deste tipo de agressão é que ele sempre envolve um insulto moral, que precede o desrespeito ao direito legal da vítima. Isto é, trata-se de uma agressão que supõe a (des)classificação da vítima no plano ético-moral a partir da identidade que lhe atribuímos. Se é verdade que no

¹⁷⁷ Goffman, citando William James, indica a existência de tantas individualidades sociais diferentes quanto são os grupos distintos de pessoas cuja opinião interessa. Não há uniformidade na identidade. (GOFFMAN, 2009, p. 52).

Brasil há sempre espaço para (re)negociar a identidade e reverter uma situação desfavorável no espaço público – quaisquer que sejam a origem e as características sociais do ator –, o fato de a discriminação cívica se apresentar normalmente de maneira indireta traz dificuldades substanciais para o seu combate: seja porque o agressor esconde o preconceito que motiva a discriminação, disfarçando a agressão e tornando-a de difícil apreensão para a própria vítima, seja porque a discriminação acontece como decorrência de um ato que visa favorecer a um amigo, e o insulto assume um caráter mais difuso, onde aqueles que tiveram seus direitos desrespeitados não constituiriam o alvo do agressor (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2002, p. 13-14).

Charles Taylor (1994, p. 64) afirma que a demanda pelo reconhecimento – e sua ênfase é o reconhecimento cultural – não se limita a reconhecer o igual valor das diferentes culturas e deixá-las sobreviver, mas também reconhecer seu valor em si – *worth* ou, para Bauböck (1996, p. 214), *value*. Esse é um problema de fundo dos grupos considerados minorias, porque o reconhecimento não é apresentado como uma demanda jurídica em si, mas materializa-se por meio de direitos fundamentais inteligíveis pelo Direito:

Os atores mesmos são geralmente os primeiros a negar que eles são movidos por tais considerações, e demandam por outros fatores, como a desigualdade, a exploração, a injustiça, como suas motivações. [...] O que mudou, porém, é que a demanda por reconhecimento agora está explícita. E foi tornada explícita [...] pela difusão da ideia de que nós somos formados pelo reconhecimento. Poderíamos dizer que, graças a essa ideia, o não-reconhecimento [*misrecognition*] agora passou ao nível de uma lesão que pode ser objetivamente¹⁷⁸ enumerada juntamente com aquelas mencionadas no parágrafo anterior [desigualdade, exploração e injustiça]. (TAYLOR, 1994, p. 64).

Em certa medida, uma demanda judiciária atende ao reconhecimento do valor das diferentes culturas quando ela é conhecida por este fundamento, como o caso indígena da Raposa Serra do Sol¹⁷⁹. Se, porém, ela não é recebida por não considerar a diferença cultural relevante (como o caso caiçara) ou, ao considerar, essa diferença não

¹⁷⁸ Tradução da autora. No original, o autor enfatiza os evidentes prejuízos e lesões sofridos com o uso da expressão *hardheadedly* como advérbio de “enumeradas”, com um sentido próximo a uma maneira de se realizar “sem qualquer influência das emoções”.

¹⁷⁹ Apesar de todas as críticas pertinentes à construção argumentativa do voto condutor, fato é que a percepção das peculiaridades da cultura indígena em relação à não-indígena foi ressaltada, de maneira a buscar a melhor proteção de direitos possível, de acordo com o entendimento dos Ministros do STF.

gera qualquer efeito sobre proteção a direitos do demandante (como alguns precedentes de minorias religiosas), o *deficit* de reconhecimento acerca desse valor permanece. Em uma última situação, as pressuposições danosas (como sobre os ciganos) reproduzem a marginalização social e cultural.

Nesse sentido, a forma como são tratadas as demandas levadas ao Poder Judiciário podem reforçar situações de desigualdade, injustiça e exclusão, especialmente pela função simbólica que possui uma decisão judicial no Estado de Direito, dada a centralidade do Poder Judiciário em uma sociedade plural. Os preceitos democráticos, especialmente a pluralidade, devem acompanhar esse Estado de Direito também no momento em que a decisão judicial participa da construção da realidade.

6.1 Percepções do reconhecimento

O reconhecimento é tratado a partir de variadas abordagens, que podem destacar um ou outro aspecto de sua dinamicidade. É, por vezes, considerado um direito, como por Cardoso de Oliveira. O reconhecimento seria uma das dimensões temáticas constitutivas das causas ou conflitos judiciais. Essa dimensão moral dos direitos que, segundo o autor, “remete a um direito de cidadania, e não encontra respaldo específico em nossos tribunais”, significa “o direito de ser tratado com respeito e consideração” (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2009, p. 8), e perpassa uma das preocupações do autor em seu trabalho *Honra, dignidade e reciprocidade*:

O eixo da demanda por reconhecimento, como um direito ou condição para o exercício pleno da cidadania nestes casos, gira em torno das dificuldades encontradas na formulação de um discurso legitimador para a institucionalização de direitos não universalizáveis, que visam contemplar a situação singular de grupos específicos – minorias étnicas ou nacionais – cujo valor ou mérito é reivindicado como característica intrínseca de suas identidades enquanto tais. (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2004, p. 2).

A demanda por conhecimento, tal como é abordada por Cardoso de Oliveira, indica a falta de fundamentos legais para justificá-la como norma de caráter imperativo, vez que não se pode argumentar no sentido de atribuir um mérito ou valor a determinada identidade ou forma particular de vida em uma sociedade democrática, bem como não se pode ignorar a estrutura dialógica do reconhecimento, entre aquele

que quer ser reconhecido e aquele que reconhece (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2002, p. 9).

Uma dimensão importante dessa proposta de análise é perceber a relação entre direitos morais, identidades e as relações sociais no espaço público. O aspecto moral do reconhecimento de identidades minoritárias deve-se dar na esfera pública, pois está relacionado a direitos básicos de cidadania:

[...] quando um ator não tem sucesso na apresentação da própria identidade, ele está sujeito não apenas ao tratamento com *desconsideração*, mas, sobretudo, ao desrespeito de seus direitos básicos de cidadania. [...] O não reconhecimento do valor ou da identidade/substância moral do interlocutor estimula a negação de sua dignidade, podendo inviabilizar o seu tratamento como um igual ou como uma pessoa/ser humano respeitável, igualmente merecedor de atenção, respeito e consideração. [...] o reconhecimento de uma identidade autêntica não é apenas uma questão de cordialidade em relação ao interlocutor, mas uma obrigação moral cuja não observância pode ser vista como uma agressão, ainda que não intencional, por parte daquele que nega a demanda por reconhecimento (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2002, p. 107; 110).

A preocupação com a dignidade e, conseqüentemente, com sua cidadania inserem-se no espaço público em que se busca dar visibilidade a grupos minoritários que componham o Estado Democrático de Direito. Se o reconhecimento não ocorre a um grupo minoritário, pode-se considerar como um *ato de desconsideração*, ou mesmo uma negação de um meio pelo qual a dignidade é respeitada.

Assim sendo, o “direito ao reconhecimento”, como propõe Cardoso de Oliveira, remete a um contraponto de negação a um direito de reconhecimento quando este não é realizado. Portanto, quando o Poder Judiciário não reconhece, em uma demanda, o aspecto minoritário de um grupo, pode-se dizer que há uma negação de um direito, se os argumentos que informam a decisão não forem suficientes para demonstrar eventual oportunismo ou má-fé. Ou, nos dizeres do autor, a falta de reconhecimento “é vivida como uma negação da própria identidade do indivíduo, não apenas enquanto membro de uma comunidade linguística/cultural, mas como pessoa” (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2002, p. 119).

O reconhecimento é também compreendido como direito por Rainer Bauböck. Ele afirma que minorias culturais partilham um direito básico ao reconhecimento

(BAUBÖCK, 1996, p. 203), que pode ser dividido em reconhecimento intracultural, intercultural e político. Tais “espécies” de reconhecimento são interativas.

O reconhecimento intracultural dá-se por outros membros de um mesmo grupo cultural, em que a identidade cultural é partilhada por aqueles que pertençam a esse grupo. O reconhecimento é o motivo norteador por trás de tipos específicos de diferença e similitude, que pressupõe um laço comum de filiação (*membership*). Sem esse reconhecimento interno, os indivíduos não podem usar sua filiação cultural como fonte para sua própria identidade. As minorias étnicas são aquelas que mais precisam desse reconhecimento mútuo, pois precisam mobilizar seus membros para manter sua própria cultura (BAUBÖCK, 1996, p. 210).

Desse reconhecimento intercultural nas minorias étnicas decorre a questão da opressão grupal sobre o indivíduo que pertença a uma minoria, consequência da discriminação e opressão externa sofrida pelo grupo. De acordo com Bauböck:

Discriminação e opressão de minorias tende a reforçar sua homogeneidade cultural [...]. Líderes de minorias étnicas geralmente vêem a homogeneidade também como uma habilidade estratégica para sua luta por reconhecimento. Assim, eles tendem a exagerar a coerência internas do grupo e por vezes também silenciar a crítica interna¹⁸⁰. (BAUBÖCK, 1996, p. 211).

O reconhecimento intercultural, por sua vez, refere-se ao respeito devido entre os membros de diferentes grupos culturais, pelo valor que cada membro atribua à pertença a um grupo cultural. A demanda por reconhecimento será articulada pela reivindicação por direitos que respeitem a diferença cultural e que busquem o *status* de igualdade básica para membros de todos os grupos culturais (BAUBÖCK, 1996, p. 212).

Sob a ótica das democracias liberais, adotada pelo autor, o pressuposto para tal reconhecimento intercultural é a inexistência de dominação cultural, o que implica o reconhecimento intercultural mútuo, mas sem dispensar a crítica entre os grupos: “o reconhecimento mútuo não é um único ato com consequências duradouras, como retificar um tratado, mas deve ser articulado em um constante diálogo público” (BAUBÖCK, 1996, p. 212)¹⁸¹. O reconhecimento mútuo só é alcançado a partir de um “acordo implícito” em que não exista, no nível do *discurso*, nenhuma prática cultural

¹⁸⁰ Tradução da autora.

¹⁸¹ Tradução da autora.

considerada tabu: “Se um grupo quer usar a lei para proteger uma certa prática contra interferências, ele deve defendê-la diante de outros grupos e assim expô-la à crítica”. (BAUBÖCK, 1996, p. 212)¹⁸².

Tanto o reconhecimento intracultural quanto o intercultural são complementares. De um lado, a necessidade de se fortalecer a identidade que une os membros que a ela recorrem para reconhecerem-se como indivíduos; e de outro, o ato mútuo de reconhecimento, que perdura ao longo do processo dialógico entre os diferentes grupos. O reconhecimento não deve dispensar a crítica, tanto interna quanto externa aos grupos, pois a cultura é também processo dialógico, e as diferenças culturais são reconhecidas e reafirmadas quando sujeitas a críticas.

O reconhecimento político, de acordo com Bauböck (1996, p. 213), deve ser complementado e confirmado por direitos garantidos pelo Estado e especificados no sistema legal: “Na linguagem da política, reconhecimento traduz-se em direitos”. Mais uma vez destaca-se o papel do Direito nesse aspecto, porque direitos materializam-se no momento em que a abstração das leis alcança os casos concretos e, assim, ao sujeito é reconhecida sua diferença pela função interpretativa que permita aplicação de leis e princípios.

O reconhecimento para Axel Honneth (2003, p.155) pode ser identificado a partir de três padrões: pelo amor, pelo direito e pela solidariedade. Ele enfoca a intersubjetividade do ato de reconhecer, pela psicologia social de George Herbert Mead. Conforme relata Honneth, Mead entende que um sujeito se vê dotado de dignidade quando é reconhecido como um membro da sociedade, o que leva à consciência desse sujeito do valor social de sua identidade – o “autorrespeito” (HONNETH, 2003, p. 137).

Honneth (2003, p. 120) entende que a relação intersubjetiva, como “um curso empírico no interior do mundo social”, é pressuposto do reconhecimento, com o intuito de analisar o reconhecimento a partir de um parâmetro não metafísico, como o fez Hegel. Essa preocupação empírica atinge o direito, tratado como um dos tipos de reconhecimento (HONNETH, 2003, p. 159), com sua forma distinta de autorrelação individual:

[...] só podemos chegar a uma compreensão de nós mesmos como portadores de direitos quando possuímos, inversamente, um saber sobre

¹⁸² Tradução da autora.

quais obrigações temos de observar em face do respectivo outro; apenas da perspectiva normativa de um “outro generalizado”, que já nos ensina a reconhecer os outros membros da coletividade como portadores de direitos, nós podemos nos entender também como pessoa de direito, no sentido de que podemos estar seguros do cumprimento social de algumas de nossas pretensões. (HONNETH, 2003, p. 179).

O grau do autorrespeito depende da “medida em que são individualizadas as respectivas propriedades ou capacidades para as quais o sujeito encontra confirmação por parte de seus parceiros de interação”, e o direito é um meio pelo qual o sujeito pode saber-se reconhecido pelas propriedades partilhadas pelos outros membros da coletividade (HONNETH, 2003, p. 137-138). A partir dessas proposições, Honneth avança em seu projeto de atualização de Hegel:

A experiência de ser reconhecido pelos membros da coletividade como uma pessoa de direito significa para o sujeito individual poder adotar em relação a si mesmo uma atitude positiva; pois, inversamente, aqueles lhe conferem, pelo fato de saberem-se obrigados a respeitar seus direitos, as propriedades de um ator moralmente imputável [...]. [Porém,] a relação jurídica de reconhecimento é ainda incompleta se não puder expressar positivamente as diferenças individuais entre os cidadãos de uma coletividade (HONNETH, 2003, p. 139).

O reconhecimento passa, portanto, pela diferença, ou por uma extensão de direitos que devem ser “publicamente reconhecidos” (HONNETH, 2003, p.142). O aspecto público do reconhecimento atinge, então, a ordem institucionalizada por meio do reconhecimento de pretensões jurídicas (HONNETH, 2003, p. 145):

É o caráter público que os direitos possuem, porque autorizam seu portador a uma ação perceptível aos parceiros de interação, o que lhes confere a força de possibilitar a constituição do autorrespeito; pois, com a atividade facultativa de reclamar direitos, é dado ao indivíduo um meio de expressão simbólica, cuja efetividade social pode demonstrar-lhe reiteradamente que ele encontra reconhecimento universal como pessoa moralmente imputável (HONNETH, 2003, p. 197).

Em seu aspecto jurídico, o reconhecimento é considerado por esse autor nesses termos: “[...] um sujeito é respeitado se encontra reconhecimento jurídico não só na capacidade abstrata de poder orientar-se por normas morais, mas também na propriedade concreta de merecer o nível de vida necessário para isso” (HONNETH, 2003, p. 193).

Honneth ainda sugere um quadro no qual distingue as relações sociais de reconhecimento, sendo as jurídicas uma das formas possíveis para tanto:

<i>Modos de reconhecimento</i>	<i>Dedicação emotiva</i>	<i>Respeito cognitivo</i>	<i>Estima social</i>
<i>Dimensões da personalidade</i>	<i>Natureza carencial e afetiva</i>	<i>Imputabilidade moral</i>	<i>Capacidades e propriedades</i>
<i>Formas de reconhecimento</i>	<i>Relações primárias (amor, amizade)</i>	<i>Relações jurídicas (direitos)</i>	<i>Comunidade de valores (solidariedade)</i>
<i>Potencial evolutivo</i>		<i>Generalização, materialização</i>	<i>Individualização, igualização</i>
<i>Auto-relação prática</i>	<i>Autoconfiança</i>	<i>Autorrespeito</i>	<i>Auto-estima</i>
<i>Formas de desrespeito</i>	<i>Maus tratos e violação</i>	<i>Privação de direitos e exclusão</i>	<i>Degradação e ofensa</i>
<i>Componentes ameaçados da personalidade</i>	<i>Integridade física</i>	<i>Integridade social</i>	<i>“Honra”, dignidade</i>

Tabela 2: Estrutura das relações sociais de reconhecimento (HONNETH, 2003, p. 211)

A tabela organiza os aspectos indicados por Honneth como objeto de análise de sua obra *Luta por reconhecimento*. Embora sejam aspectos de difícil dissociação, tome-se a classificação referente à forma jurídica de reconhecimento – ou pelas relações jurídicas. Essa forma ganha destaque, segundo Honneth, a partir da análise teórica de Hegel por Honneth revisitada, porque é também pelo direito que se constrói a realidade social:

Hegel concebe o processo de formação da “vontade geral”, e por conseguinte a constituição da sociedade, como um processo de concretização gradativa dos conteúdos do reconhecimento jurídico [...]. A reprodução da vida social se efetua sob o imperativo de um reconhecimento recíproco porque os sujeitos só podem chegar a uma autorrelação (HONNETH, 2003, p. 101)

A forma jurídica de reconhecimento envolve o autorrespeito, dado o caráter público, pela generalização e materialização de direitos. Porém, diferentemente do quadro acima, não se pode restringir as formas de desrespeito à privação de direitos e

exclusão, pois tanto pelas relações jurídicas como pelas demais há danos de toda ordem, sem qualquer distinção. Da mesma forma, os ditos componentes da personalidade não são restritos a cada modo de reconhecimento, pois a integridade física, por exemplo, pode ser o bem a ser protegido, como também a honra e a dignidade podem ser o fundamento de uma demanda judicial. O quadro, porém, busca decompor de alguma maneira os diversos aspectos do fenômeno do reconhecimento, que abrange identidade, aspectos privados e públicos, questões de ordem psicológica, jurídica e sociológica, de modo a indicar a dimensão e a importância de tratar do tema.

Nancy Fraser não compartilha da relação reconhecimento-identidade, até aqui explorada. Como contraponto, ela apresenta as seguintes críticas à adoção da identidade para o reconhecimento, especialmente voltadas à abordagem de Axel Honneth¹⁸³:

O modelo da identidade é profundamente problemático. Entendendo o não reconhecimento como um dano à identidade, ele enfatiza a estrutura psíquica em detrimento das instituições sociais e da interação social. Assim, ele arrisca substituir a mudança social por formas intrusas de engenharia da consciência. O modelo agrava esses riscos, ao posicionar a identidade *de grupo* como o objeto do reconhecimento. Enfatizando a elaboração e a manifestação de uma identidade coletiva autêntica, auto-afirmativa e autopoietica, ele submete os membros individuais a uma pressão moral a fim de se conformarem à cultura do grupo. Muitas vezes, o resultado é a imposição de 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 disso, o modelo reifica a cultura. Ignorando as interações transculturais, ele trata as culturas como profundamente definidas, separadas e não interativas, como se fosse óbvio onde uma termina e a outra começa. Como resultado, ele tende a promover o separatismo e a enclausurar os grupos ao invés de fomentar interações entre eles. Ademais, ao negar a heterogeneidade interna, o modelo de identidade obscurece as disputas, *dentro* dos grupos sociais, por autoridade para representá-los, assim como por poder. Consequentemente, isso encobre o poder das facções dominantes e reforça a dominação interna. (FRASER, 2007, p. 106-107).

A crítica de Fraser é legítima, desde que se pressuponha a identidade como imutável. A visão adotada neste trabalho percebe possibilidades de identidade a serem construídas em uma inter-relação contextual. Dessa forma, e com base nas observações

¹⁸³ Para leitura sobre esse debate, ver FRASER, 2003.

de Goffman (2008, 2009), não se pode mais entender a cultura como imutável e a identidade como única e perene. Tal como na *Representação do Eu na vida cotidiana* (GOFFMAN, 2009), uma identidade servirá para representar um indivíduo em uma demanda judicial (como minoria, por exemplo), mas não surtirá o mesmo efeito em um contexto diverso. E não será da simplificação das complexidades humanas em padrões, o que parece inescapável para o ser cognoscente, que se concluirá, assim, pela negação da heterogeneidade interna em um grupo identitário.

Embora suas críticas considerem uma perspectiva de identidade fixa, Fraser tenta, a partir daí, apresentar o critério do *status social* para analisar o reconhecimento. A autora considera que o não-reconhecimento não passa pela construção da identidade, nem pela esfera psicológica individual, mas “Ao contrário, ele significa *subordinação social* no sentido de ser privado de *participar como um igual* na vida social.” (FRASER, 2007, p. 108. Destaque no original). Por esse critério, Fraser busca a distribuição das políticas públicas, enfatizando-as em lugar de políticas de reconhecimento¹⁸⁴. Bauman reforça a posição de Fraser:

O que se perdeu de vista no processo [de luta pelo reconhecimento] foi que a demanda por reconhecimento fica desarmada se não for sustentada pela prática da redistribuição – e que a afirmação comunitária da especificidade cultural serve de pouco consolo para aqueles que, graças à cada vez maior desigualdade na divisão dos recursos, têm que aceitar as escolhas que lhes são impostas. (BAUMAN, 2003, p. 98).

Celi Regina Jardim Pinto assim examina as duas posturas analíticas de Fraser e Honneth:

A questão do reconhecimento colocada pelos dois autores tem uma distinção que é fundamental para o entendimento da própria controvérsia em que se colocam. Fraser pode distinguir o reconhecimento da distribuição porque não associa tais noções a atores, mas a princípios de justiça e a remédios, isto é, a políticas públicas. Honneth, de forma diversa, parte de uma ação do

¹⁸⁴ “Diferentemente de Taylor e Honneth, proponho conceber o reconhecimento como uma questão de justiça. Desse modo, não se deve responder à pergunta ‘O que há de errado com o falso reconhecimento?’, dizendo que isso impede o pleno desenvolvimento humano devido à distorção da ‘autorrelação prática’ do sujeito (Honneth, 1992 e 1995). Deve-se dizer, ao contrário, que é injusto que, a alguns indivíduos e grupos, seja negada a condição de parceiros integrais na interação social, simplesmente em virtude de padrões institucionalizados de valoração cultural, de cujas construções eles não participaram em condições de igualdade, e os quais depreciam as suas características distintivas ou as características distintivas que lhes são atribuídas. Deve-se dizer, então, que o não reconhecimento é errado porque constitui uma forma de subordinação institucionalizada – e, portanto, uma séria violação da justiça.” (FRASER, 2007, p. 111-112).

ator que se autodefine como objeto do reconhecimento. Esta ação exige a presença do outro; trata-se, pois, de uma relação. Apesar de Fraser ter um pensamento mais militante e propor remédios (ações concretas), a noção de conflito está mais presente em Honneth [...]. (PINTO, 2008, p. 43-44)

A autora demonstra que são posturas complementares, e não excludentes¹⁸⁵. Propostas diferentes para problemas diferentes de um mesmo objeto. O reconhecimento torna capaz desde a análise filosófica da igualdade (ALVES, 2010) até a construção de políticas públicas de redistribuição de bens, inclusos direitos (FRASER, 2007, 2003). Não se pode negar as consequências da ausência de reconhecimento (BAUMAN, 2003, p. 81), assim como se percebe injustiça ao se negar uma identidade contextualmente relevante para garantia de direitos fundamentais.

O reconhecimento a partir da diferença requer, no entanto, relevância da diferença a ser reconhecida pelo Direito. Essa relevância constitui parâmetro para, na dinamicidade das identidades apresentadas, não ser a categoria minoria esvaziada de sentido, nem as diferenças alegadas serem automaticamente acatadas como fundamento suficiente por si mesmo. A esse respeito, Bauman observa:

Castoriadis [*Done and to be done*, in Castoriadis Reader, trad. David Ames Curtis, 1997, p. 400, 414, 397-398] se esforça por sublinhar que não “respeita a diferença dos outros simplesmente enquanto diferença e sem consideração pelo que eles são e pelo que fazem”. O reconhecimento do “direito humano”, o direito de lutar pelo reconhecimento, não é o mesmo que assinar um cheque em branco e não implica numa aceitação *a priori* do modo de vida cujo reconhecimento foi ou está para ser pleiteado. O reconhecimento de tal direito é, isso sim, um convite para um diálogo no curso do qual os méritos e deméritos da diferença em questão possam ser discutidos e (esperemos) acordados, e assim difere radicalmente não só do

¹⁸⁵ A autora traça as seguintes conclusões acerca das duas propostas teóricas: “1. A distribuição não pode ser reduzida ao reconhecimento, sob pena de anulá-la como questão de justiça. 2. Reconhecimento é um conceito polissêmico e sua redução a uma definição exclusiva retira tanto seu valor heurístico para a teoria social, como sua potencialidade na luta por justiça. 3. O reconhecimento como auto-reconhecimento (estima) encontrado na tese de Honneth e o reconhecimento como *status*, encontrada na tese de Fraser, não se excluem, mas fazem parte de momentos distintos de elaboração teórica e da luta política, que em algumas circunstâncias podem aparecer como complementares. 4. O reconhecimento como política pública e como política de Estado independe do auto-reconhecimento dos sujeitos individuais, mas está limitado a uma gama específica de remédios, para usar a terminologia de Fraser. 5. O reconhecimento como auto-reconhecimento é essencial para a construção do sujeito da ação na luta social. Só existe o dominado contra a dominação se este se reconhecer como tal. Não há feminismo antes da feminista, assim como não há paridade participativa antes do sujeito auto-reconhecido como igual. 6. Tanto em Fraser como em Honneth há uma ausência de momentos de construção de situações de desrespeito, de não reconhecimento e de reconhecimento, o que limita o alcance de teorias.” (PINTO, 2008, p. 36).

fundamentalismo universalista que se recusa a reconhecer a pluralidade de formas que a humanidade pode assumir, mas também do tipo de tolerância promovido por certas variedades de uma política dita “multiculturalista”, que supõe a natureza essencialista das diferenças e, portanto, também a futilidade da negociação entre diferentes modos de vida. [...] Sempre que a questão do “reconhecimento” é levantada é porque certa categoria de pessoas se considera relativamente prejudicada e não vê fundamento para essa privação. [...] Diferenças culturais profundas ou irrisórias, visíveis ou quase despercebidas, são usadas na frenética construção de muralhas defensivas e de plataformas de lançamento de mísseis. “Cultura” vira sinônimo de fortaleza sitiada, e numa fortaleza sitiada os habitantes têm que manifestar diariamente sua lealdade inquebrantável e abster-se de quaisquer relações cordiais com estranhos. (BAUMAN, 2003, p. 74-75; 127).

O juízo que avaliará qual diferença é ou não relevante deve observância ao horizonte constitucional, como antes exposto, e à abertura do sujeito constitucional, como propõe Rosenfeld. Os fundamentos de tal avaliação que levarão ao reconhecimento ou não de uma minoria, na decisão, devem ser produto de uma análise crítica sobre a existência dessa abertura constitucional, de modo a mitigar uma reprodução de naturalizações não mais aceitável em uma sociedade plural.

6.2 Reconhecimento e consideração

Houve uma mudança de perspectiva sobre as diferenças diante do Estado-Nação. Assim como a categoria minoria surge para o direito no âmbito internacional, durante a formação dos Estados tal como antes exposto (Capítulo I), o reconhecimento em sua complexa dimensão surge após o Estado Social. Para que a dimensão dessa demanda possa ser explicitada, faz-se necessário expor as perspectivas adotadas a partir da relação entre Estado-súdito, Estado-cidadão depois da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e, por fim, Estado-cidadão em um contexto inter/multicultural.

Em um primeiro momento, determinados atributos eram relevantes e definidores de uma identidade, nesse sentido, social¹⁸⁶ (GOFFMAN, 2008, p.5).

¹⁸⁶ Erving Goffman diferencia identidade pessoal de identidade social: “As identidades social e pessoal são parte, antes de mais nada, dos interesses e definições de outras pessoas em relação ao indivíduo cuja

Qualidades pessoais transmitidas por herança, atribuídas ou de mérito, uma posição hierárquica, oficial ou de filiação faziam dos súditos desiguais entre si, estruturalmente relacionados conforme uma construção institucional estatal também hierarquizada. Tais atributos levavam inevitavelmente a uma “ética antidemocrática” (ROSENBLUM *Apud* HAROCHE; VATIN, 1998, p. 117).

É contra esse estado de coisas que a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão se opõe, quando afirma, em seu artigo 1º, que “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”. A noção de cidadania (e da igualdade que a acompanha) naquele momento

[...] instaura assim uma ruptura: com ela desaparecem, excluem-se ou atenuam-se os laços sociais e políticos impostos pela família, pela corporação ou ainda pela religião. A cidadania institui uma comunidade política distinta das comunidades familiares, profissionais ou religiosas. Desta feita, este *status* agora no coração da pertença [*appartenance*] ao espaço público repousa sobre um movimento de inconsideração [*inconsidération*] em face das pertenças e das identidades (principalmente culturais ou religiosas) até então salientes (DÉLOYE *Apud* HAROCHE; VATIN, 1998, p. 104-105)¹⁸⁷

A própria democracia é concebida como um “regime de reconhecimento recíproco entre iguais” (ROSENBLUM *Apud* HAROCHE; VATIN, 1998, p. 122)¹⁸⁸. O reconhecimento, para além da seara política, atinge o indivíduo em sua qualidade de ser humano. Para que a pessoa humana tenha consciência de sua dignidade, “não se pode apenas não ter sofrido com alguma desonra, mas beneficiar-se do reconhecimento da parte de outrem” (ROSENBLUM *Apud* HAROCHE; VATIN, 1998, p. 122).¹⁸⁹

identidade está em questão. No caso da identidade pessoal, esses interesses e definições podem surgir antes mesmo de o indivíduo nascer e continuam depois dele haver sido enterrado, existindo, então, em épocas em que o próprio indivíduo não pode ter nenhuma sensação inclusive as sensações de identidade. Por outro lado, a identidade do eu é, sobretudo, uma questão subjetiva e reflexiva que deve necessariamente ser experimentada pelo indivíduo cuja identidade está em jogo. Assim, quando um criminoso usa um pseudônimo, está-se afastando totalmente de sua identidade pessoal; quando mantém as -iniciais originais ou algum outro aspecto de seu nome original, está, ao mesmo tempo, favorecendo um sentido de sua identidade do eu. É claro que o indivíduo constrói a imagem que tem de si próprio a partir do mesmo material do qual as outras pessoas já construíram a sua identificação pessoal e social, mas ele tem uma considerável liberdade em relação àquilo que elabora.” (GOFFMAN, 2008, p. 91).

¹⁸⁷ Tradução da autora.

¹⁸⁸ Tradução da autora.

¹⁸⁹ Tradução da autora.

Pensa-se em consideração quando conceitos como respeito, honra e reputação encontram-se presentes (KOUBI *Apud* HAROCHE; VATIN, 1998, p. 251). A dimensão jurídica da consideração é dada pelo respeito à diferença, “um respeito que não glorifica ou estigmatiza a diferença, um respeito que não quer negar ou repudiar a diferença”; embora a consideração seja um conceito desprovido da forma jurídica, ele é imanente ao discurso do direito (KOUBI *Apud* HAROCHE; VATIN, 1998, p. 252):

A igualdade e a liberdade conferem uma dignidade à qualidade de homem [ser humano] e à função de cidadão. [...] Garantir o exercício de direitos responde a uma exigência da consideração: a proteção de direitos é equivalente à própria proteção do indivíduo pelo e no exercício do direito. [...] A capacidade de desfrutar do direito de ser você mesmo engendra o poder de distinguir você mesmo e os outros, a si mesmo dos outros; ela permite a explicitação da diferença em relação ao outro (KOUBI *Apud* HAROCHE; VATIN, 1998, p. 254; 256)¹⁹⁰

A consideração e o Direito encontram-se em um nível fundador das relações humanas. A condição de cidadão traz à tona a consideração de todo ser humano como igualmente digno por essa condição em si; ao mesmo tempo, cada ser humano individualiza-se *em relação*, sob a necessidade de ver o outro como diferente de si. O Direito alia-se à noção de cidadão para considerar a igualdade em seu sentido formal, como princípio de um Estado de Direito. A consideração, que recai sobre o segundo aspecto – o da individualidade¹⁹¹ – apresenta-se ao Direito como a igualdade material buscada e baseada nas particularidades. A legitimidade do Direito passa também pela oportunidade de cada ser humano entender-se como cidadão e como indivíduo, nos termos apresentados. A esfera de construção recíproca da identidade deve ser levada em conta pelo Direito, que se propõe a estruturar e organizar a sociedade – e, portanto, afeta as relações constitutivas do eu.

Questões que envolvam autorrespeito (auto-estima e autoconfiança) acercam as cotas como ação afirmativa de grupos considerados minoritários, por exemplo. Uma das razões que justificam a proposta é haver uma referência de um indivíduo, que represente uma característica da minoria, em lugares sociais pouco ou nada ocupados por outros representantes. Isso produziria efeitos sobre outras pessoas que tenham aquele elemento diferenciador, e espera-se que o conceito sobre si mesmo seja

¹⁹⁰ Tradução da autora.

¹⁹¹ Registre-se a obra de Louis Dumont (1991), “Ensaio sobre o Individualismo”, que analisa, a partir de uma perspectiva antropológica, o individualismo como ideologia moderna.

positivamente alterado para que, nesse e em outros contextos, a valorização de si impulse o indivíduo a constituir-se criticamente, sem aceitação passiva de pré-concepções naturalizadas.

Para o Direito, seria garantir, na esfera íntima do cidadão, a possibilidade de ele se ver (e constituir-se) em sua dignidade, capaz de exercer direitos em sua plenitude, sem que algum elemento identitário que o apresente como minoria seja empecilho à sua cidadania. A consideração, antes de tudo, é reconstruir as bases do que se afirma democrático, plural e justo, de maneira a contemplar a diversidade em um ambiente jurídico. A (re)constituição da realidade, nesse aspecto, é definidora de quais olhares serão validados pelo Poder Judiciário, uma das vias de construção da realidade, e que podem ser reproduzidos ou reinterpretados pela sociedade, assimilados ou rejeitados pelo indivíduo-cidadão.

Geneviève Koubi estabelece uma relação entre consideração e reconhecimento:

O indivíduo é sempre confrontado a modelos e sinais/signos [*signes*], costumes e regras, que formam suas marcas [*marques et repères*], balizam seu percurso, estruturam seus comportamentos: “Toda existência só é pensada como coexistência”. [...] Para moldar sua própria identidade, a despeito da injustiça, o indivíduo solicita uma atenção civil; esta demanda reflete seu desejo de consideração; esta aspiração ressoa como uma necessidade. A necessidade de consideração se transforma em uma necessidade de reconhecimento. Contudo, o desejo mesmo imperioso não se satisfaz por ele mesmo, o reconhecimento de si pelos outros não é adquirida imediatamente. [...] O que surge com a era moderna não é a necessidade de reconhecimento, mas as condições nas quais a tentativa para ser reconhecido pode falhar. (Koubi *Apud* HAROCHE; VATIN, 1998, p. 263-264)¹⁹².

Embora as limitações do reconhecimento pela atividade judicial sejam evidentes, não se pode desconsiderá-la em razão desses limites; ao contrário, se há possibilidade de constituição da realidade também via exercício interpretativo, como se tem defendido, é possível constatar o potencial de modificação a partir desse veículo – um protagonista na esfera institucional – e, por isso, atentar-se ao que se tem e ao que se poderia construir.

¹⁹² Tradução da autora.

6.3 Igualdade em dignidade e igualdade como direito à diferença

O fato de uma minoria ser categoria a partir do critério “diferença”¹⁹³ encontra dois pilares que fundamentam o reconhecimento de direitos em um Estado que se quer democrático e plural: a partir da igualdade em dignidade e do direito à diferença. Pierre Bouretz (*Apud* DARNTON; DUHAMEL, 2001, p. 149) sintetiza:

Se é fato que o imaginário democrático é alimentado por um formalismo da liberdade e da igualdade que requer a abstração da lei e passa pela representação de um indivíduo dispondo de um lugar estritamente idêntico ao dos outros, este mesmo indivíduo também requer que se leve em conta sua particularidade, sua especificidade no interior de um espaço social, que no entanto é apresentado como homogêneo. Da mesma forma, com efeito, o sujeito humano não se constitui apenas pela afirmação de sua subjetividade, buscando existir na consciência do outro, o sujeito político quer ser levado em consideração como particular pelas instituições, para além do exercício de uma liberdade jurídica formal. [...] Iniciada na perspectiva da igualdade dos direitos, esta passa com efeito por um momento de afirmação de uma diferença e a exigência de reconhecimento de uma particularidade ligada a um gênero, uma comunidade ou uma história.

A igualdade aqui tratada coincide com o que Fernando de Brito Alves (2010, p. 18) afirma: “A igualdade é reproposta [...]. Igualdade que não tem como parâmetro a afirmação do mesmo e a redução do outro, mas a afirmação do outro como um singular”. Além disso, a igual participação em todas as esferas do Estado democrático também é atribuída pelo autor à noção de igualdade, de acordo com o modelo

¹⁹³ “Toda interrogação sobre a diferença desorganiza os discursos jurídicos. Para ocultar as contradições inerentes à noção, os discursos teóricos procuram afirmar ou deplorar o fato que a ‘diferença’, palpável no domínio cultural, social, econômico e político, pode ser pensada como um critério positivo no campo jurídico. Nenhuma posição intermediária ou alternativa é explicitamente formulada ainda que as duas proposições – atestar esta qualidade ou excluí-la – não sejam antitéticas. Para apreender os subentendidos da noção, decifrar os equívocos que a atravessam, os discursos tentam então ajustar-se em torno de outro conceito, o de identidade. Mas a inserção da noção de identidade na linguagem do direito permanece fonte de confusões, podendo conduzir à negação da historicidade fundamental dos sistemas jurídicos. De fato, ‘o pensamento identitário é um pensamento da invariabilidade que procede da negação do tempo, que não tem nem centro, nem ponto fixo, nem identidade, que existe somente na multiplicidade das variações de um momento à outro [*sic*].’ Entretanto, a fim de explicitar ou desconstruir as ambiguidades que as noções de diferença e de identidade veiculam no espaço jurídico e social, uma hábil combinação entre uma e outra é sugerida através da adequação sutil entre ambas e a noção de cultura. Associando, portanto, em um único movimento de análise das culturas, principalmente das minoritárias, as noções de diferença e de identidade, os discursos – não importando os caminhos e orientações que assumam – incitam à apreensão de um direito à diferença, cujo titular, indivíduo ou grupo, permanece ainda indeterminado.” (KOUBI, 2003).

habermasiano (ALVES, 2010, p. 63). A igualdade, portanto, remeteria a ideia de não-discriminação, conforme exposto por Geneviève Koubi (2003):

Assim, “o princípio de igualdade [...] não mais implica, necessariamente, a uniformidade da legislação e nem impõe tratar todos os indivíduos de maneira idêntica; ele é interpretado como um princípio de não-discriminação, isto é, proíbe somente as diferenças de tratamento arbitrárias, ilegítimas, aquelas que não são racionalmente justificadas pelas diferenças de situação.” Os discursos ordenados em torno de tais vocábulos parecem contribuir a um movimento de reconstrução do princípio de igualdade e a uma recomposição do princípio de não-discriminação, afirmando a noção de “discriminação positiva.” Esta busca supõe uma refundação do vínculo social apoiando-se numa “política da diferença” mais do que numa “política do reconhecimento”

O princípio da igualdade como não-discriminação tende a ser utilizado pelo intérprete contemporâneo. A noção de discriminação positiva, relacionada às ações afirmativas, seria a exceção ao tratamento igualitário. Ou seja, somente quando a diferença resultar ou puder resultar em uma consequência discriminatória (negativa), a exceção será invocada. Nesse sentido, como afirma Koubi, a orientação consoante uma diretriz política será baseada na diferença, não no reconhecimento.

Essa constatação, no entanto, pode levar a um equívoco: reconhecimento necessariamente pressupõe diferença. A construção da identidade passa pelo reconhecimento do outro, em um processo recíproco, simultâneo e dinâmico de construção da identidade do Eu e do Outro. Sendo assim, o reconhecimento, ainda que esteja para além do alcance dos instrumentos do Direito, é a força motriz de uma política que se baseie na diferença – porque a reconhece.

A autora considera que o “direito à diferença é equivocado, porque aparece como um eco reivindicativo de um direito de construir e de dizer sua identidade para e contra tudo” (Koubi, *Apud* HAROCHE; VATIN, 1998, p. 263). E critica:

A conciliação entre o geral e o específico apela então ao Direito: “Como garantir o reconhecimento de uma pluralidade instável e incoerente de particularismos identitários no espaço público, como atribuir-lhes tratamento institucional e jurídico no conjunto essencialmente unificado que forma o Estado e o Direito?” [...] A expressão de um “direito à diferença” perturba o jurista; em vez de encontrar-lhe um fundamento do respeito da identidade e para além da diferença pessoal, demonstra-se uma limitação paradoxal: o

jurista invoca, inicialmente, o princípio da igualdade diante de uma lei, depois ele se refere ao princípio da não-discriminação a ele [princípio] corolário, e ao final ele relata a noção de equidade para atenuar os efeitos matemáticos. Esses deslizos [*glissements*] conduzem pouco a pouco à expressão de um princípio de “discriminação positiva”. Em outras palavras, a função do “princípio da igualdade” é modificado, tornando-se equivalente ao “princípio da não-discriminação”, e apoiar um “princípio da discriminação positiva”. O discurso administrativo deixa entrever a noção de consideração na aplicação desse princípio de discriminação positiva, sem vir a instituí-lo. (KOUBI, *Apud* HAROCHE; VATIN, 1998, p. 264).

Apesar da crítica, não há sugestão de outro caminho. Koubi, a partir de seu lugar de fala, constata que os modos com que a França tenta contornar a diferença provoca um distanciamento com a identidade (KOUBI, *Apud* HAROCHE; VATIN, 1998, p. 273). A ausência de troca, comunicação, diálogo, segundo a autora, desenvolve pouco a pouco uma mentalidade separatista. De fato, o risco de o tratamento da diferença pelo Direito em estigmatizar grupos existe – e por isso, mais uma vez, a contextualidade é indispensável para se pensar a identidade relacional em questão. Entretanto, a dificuldade em se encontrar possíveis caminhos de análise e interpretação não pode impedir as tentativas. Apesar disso, a autora afirma:

Não é, com efeito, por outro meio senão a lei que o respeito, a consideração, a estima, a deferência, o apreço [*les égards*] são inculcados, dados e recebidos, a si como aos outros. É, contudo, pela lei que é colocada, proposta, imposta a igualdade. Somente a igualdade em direitos, política ou jurídica, engaja o respeito pelo outro, seja qual for sua origem nacional, social ou cultural, sejam quais forem suas escolhas. (KOUBI, *Apud* HAROCHE; VATIN, 1998, p. 274).

Outra crítica é formulada por Bauman. Ele aponta para o que considera um risco inerente ao fundamento da diferença, trazido por autores culturalistas do reconhecimento:

[...] O antigo, ostensivo e arrogante hábito de explicar a desigualdade por uma inferioridade inata de certas raças foi substituído por uma representação aparentemente compassiva de condições humanas brutalmente desiguais como direito inalienável de toda comunidade à sua forma preferida de viver. O novo culturalismo, como o velho racismo, tenta aplacar os escrúpulos morais e produzir a reconciliação com a desigualdade humana, seja como condição além da capacidade de intervenção humana (no caso do racismo), seja com o veto à violação dos sacrossantos valores culturais pela

interferência humana. [...] O que a visão “culturalista” do mundo não menciona é que a desigualdade é sua própria causa mais poderosa, e que apresentar as divisões que ela gera como um aspecto inalienável da liberdade de escolha, e não como um dos maiores obstáculos a essa liberdade de escolha, é um dos principais fatores de sua perpetuação. (BAUMAN, 2003, p. 98-99).

A percepção do autor sobre o “culturalismo” parece partir de uma visão mais tradicional sobre a diferença, ao entender a desigualdade como fundamento tanto do racismo quanto da perpetuação da diversidade cultural e, no limite, considerar a diferença cultural como um problema, porque reproduz a desigualdade. A desigualdade, porém, não pode ser justificada pelas diferenças culturais em si, mas do que se produziu e se pode produzir a partir delas. E, mesmo assim, não é toda desigualdade que se justifica a partir da diferença cultural, mas também social, econômica, política, física etc.

O autor tende a compreender a diferença cultural como sinônimo de desigualdade, e sua crítica aproxima-se da proposta de igualdade formalista, meio de restringir a manifestação, reprodução e reconhecimento da diferença. O receio que permeia esse posicionamento é a dificuldade (como vista no Capítulo II) em lidar com a diferença, com critérios generalizáveis e sem o risco de desfragmentar o Estado. Porém, a diferença, nos seus vários níveis, não pode ser alijada do que se entende por igualdade hoje. É o desafio democrático das sociedades plurais, que não podem mais ocultar a diferença como um dado. Tratar das desigualdades resultantes de um tratamento hierarquizado, colonizado ou marginalizado da diferença não se confunde com a necessidade (anterior) de reconhecimento dessa diferença.

Koubi (2003) evidencia a dificuldade da demanda de reconhecimento no âmbito do Direito:

Os termos de diferença e identidade remetem, no entanto, a noções que se revestem de funções distintas no espaço do direito. Sua introdução nos discursos jurídicos, resultando de uma transferência de noções psicológicas, sociológicas e políticas, leva os juristas a se questionarem sobre a pertinência dos referentes culturais, suas características e qualidades “específicas”: sua percepção do direito à diferença detém-se numa função estandardizada da cultura, refugia-se na expressão de direitos culturais, e, muitas vezes, gira em torno da invocação destes direitos culturais. Mas, como observa M. Wieworka, “o paradoxo das posições mais favoráveis ao

reconhecimento político e jurídico dos direitos culturais é que, no mesmo momento em que se pretendem progressistas, elas não podem deixar de promover a reprodução das identidades e das culturas” coletivas. De fato, “toda abordagem preocupada em integrar a questão do tratamento político e jurídico da diferença corre, assim, o risco de chocar-se contra um imenso desafio: ela necessita delimitá-la e, portanto, imobilizá-la”, enquanto a noção de diferença não pode ser analisada como estável e durável.

Assim como a categoria minoria deve ser vista contextualmente, a diferença – ou seja, a característica situacional a ser ressaltada que fundamente a condição de minoria em um determinado contexto – também não é um dado permanente. A diferença contextual pode perder seu destaque em momentos diversos, como poderá vir a ser o caso de união entre pessoas do mesmo sexo, ao ser-lhes reconhecidos os mesmos direitos do casamento entre homem e mulher, por exemplo, diante do instituto do casamento no âmbito jurídico civil, além do valor simbólico de desconsiderar a orientação sexual como discriminante negativa.

Evidente que a diferença será fixada nos autos, e dos autos serão extraídos os dados a partir dos quais o intérprete atribuirá ou não reconhecimento a uma relação maioria-minoria¹⁹⁴. Mas o poder constitutivo do magistrado (segundo a proposta do trabalho) será informado por um momento histórico, em que os agentes institucionais e não-institucionais atuam e influenciam na elaboração dos parâmetros aceitáveis de julgamento¹⁹⁵. Nesse aspecto, sem adentrar a discussão da correlação de forças dos agentes envolvidos:

[...] a apreciação da diferença de situação é sempre variável: seu tratamento político e jurídico depende das técnicas de avaliação dos diversos movimentos sociais pelos poderes públicos. Até recentemente, a noção de diferença era colocada essencialmente como uma modalidade de gestão das

¹⁹⁴ É bastante limitado o espaço de discussão que um demandante por reconhecimento encontra no Poder Judiciário. Muitas vezes, como já ilustrado neste trabalho, constituíram-se identidades sem que estas fossem alegadas, de modo a manter no indivíduo demandante uma relação com certo grupo. Há, pois, o risco de “reconhecer” no outro extremo: o uso indiscriminado da noção de minoria, mesmo quando esta é prejudicial à demanda. Nesse sentido: “Inventando um conceito de pertencimento a partir do ‘sentimento de pertencimento’, os governantes e as autoridades públicas, registrando o fenômeno e autenticando-o pelo jogo da diferença cultural, liberam-se gradualmente de toda responsabilidade quanto à proteção e à garantia das liberdades pessoais, individuais e coletivas. Mas o conceito de direito à diferença é fonte de ambiguidades e equívocos cujas consequências não são sempre avaliadas no momento mesmo em que juízes tentam proteger ‘cada indivíduo contra os riscos de pertencimento a sua própria comunidade’” (KOUBI, 2003).

¹⁹⁵ Tais mudanças são especialmente notadas na seara jurídica quando um fato típico deixa de ser crime, pela mudança de valores, de acepções, de convenções sociais em que uma expressão como “mulher honesta”, por exemplo, não pode ser mais aceitável no ordenamento jurídico.

desigualdades socioeconômicas e sociais – promovendo assim a exposição de um direito à igualdade de chances. Atualmente, ela procede da recomposição do princípio de igualdade a partir de um deslocamento de sentido: o princípio de não-discriminação, que derivava do princípio de igualdade, torna-se o quadro de referência maior; o princípio de igualdade emanando doravante do conhecimento do princípio de não-discriminação. (KOUBI, 2003).

Ainda assim, os fundamentos jurídicos de uma demanda de reconhecimento precisam apoiar-se em conceitos ou noções que componham o universo do Direito e sejam inteligíveis por seus operadores, de modo que possam manuseá-los e torná-los hábeis para o escopo (tanto dos operadores quanto dos sujeitos que recorrem ao Poder Judiciário). Essa é a tentativa de apresentar a correlação entre igualdade e dignidade:

Quando a questão de um direito à diferença apóia-se sobre os desenvolvimentos de um direito à dignidade, ela dobra-se à determinação de um direito ao respeito de si ou de um direito à consideração ou, mais precisamente, segundo a lógica do pensamento rawlsiano, de um direito a uma igual atenção ou a um igual respeito, cujo caráter abstrato salta aos olhos. Ela reforça a dissociação factícia entre a “política de igual dignidade” e a “política da diferença”. Segundo C. Taylor, “com a política de igual dignidade, o estabelecido é convencionado ser universalmente o mesmo, um conjunto idêntico de direitos e de privilégios; com a política de diferença, aquilo que nos pedem para ser reconhecido é a identidade única deste indivíduo ou deste grupo, aquilo que o distingue de todos os outros.” Será preciso então “reconhecer que, paradoxalmente, a identidade humana deve daqui para frente aparecer como uma identidade diferenciada, e concluir daí que todo homem teria por dignidade, constitutiva de sua humanidade, poder afirmar diferencialmente sua identidade?” A oposição entre estes dois modelos de relações sociais aparece artificialmente na medida em que a função da igualdade é concebida como a negação da identidade e da diferença – o que ela não é. (KOUBI,2003).

O princípio da dignidade da pessoa humana centraliza a função do direito em sua compreensão, qualquer que seja sua especialidade, de maneira a ter como foco a pessoa humana em todo contexto que se apresentar ao intérprete legal. Esse princípio transcende os contextos sociais particulares, sendo muitas vezes considerado como um dos pilares dos direitos humanos, e não apenas dos direitos fundamentais, como distingue José Adércio Leite Sampaio (2010, p. 8).

O potencial diferencial da identidade responde, assim, a pressupostos que traduzem um fechamento, confirmado na noção de pertencimento, cuja dominante cultural é sempre aleatória. O postulado desta abordagem é que a identidade pessoal realiza-se a partir de uma cultura compartilhada por um grupo – na medida em que “a fim de descobrir em que consiste sua humanidade, cada homem necessita de um horizonte de significação que apenas lhe pode ser dado por uma forma qualquer de fidelidade, de pertencimento a um grupo, de tradição cultural”. Estas percepções negam a mobilidade intrínseca às funções da diferença e fazem da identidade um elemento dependente da recepção dos valores coletivos. Esta constância da relação entre o indivíduo e um grupo, ao qual estaria ligado em virtude de um vínculo indefectível de pertencimento cujas raízes permanecem equívocas, constitui um obstáculo capital para o reconhecimento de um direito à diferença no sistema jurídico republicano. Ora, justamente “o erro a ser evitado é acreditar que sustentando o respeito à diferença renuncia-se no mesmo momento ao universalismo que consagra os homens como sendo iguais em direito.” (KOUBI, 2003).

Tanto em uma perspectiva positivista quanto não-positivista atribui-se relevância a esse princípio, em função das necessidades que se tornam fundamentais ao ser humano. De um lado, a positivação reconhece interesses ou bens cuja tutela, proteção ou prestação é dever do Estado; de outro lado, a condição humana abarca *per se* alguns direitos que carregam “valores intrínsecos”, que refletem necessidades “maiores” ou superiores (SAMPAIO, 2010, p. 21-22), o “valor-fonte dos demais valores, aos quais serve de fundamento como categoria ontológica pré-constituente ou supraconstitucional” (REALE *Apud* MENDES *et alii*, 2009, p. 171).

A dignidade da pessoa humana, por qualquer aspecto que seja tomada, não possui qualquer limite de atribuição – reconhecida apenas a determinado grupo ou maioria em um Estado democrático de direito, por exemplo. Sua centralidade, tanto na ordem jurídica interna como na internacional, quer refletir a não-discriminação de qualquer espécie, em qualquer contexto social, de maneira a garantir minimamente a dignidade humana diante do relativismo extremado.

Não é por outro motivo que a democracia, tal como é entendida em um cenário reconhecidamente multicultural/intercultural – tanto interno como internacional – não se resume mais em interesse da maioria em detrimento do interesse de minorias. Perceber a complexificação das relações jurídico-sociais é atentar-se para a necessidade de compor,

ao menos minimamente, interesses opostos de forma a garantir a todos os participantes sua dignidade como pessoa humana.

Embora consolidada como ideal, mas empregada como dogma em muitas situações concretas, a dignidade da pessoa humana não pode ser esvaziada de seu conteúdo por mera reprodução discursiva. Ela pode se manifestar como direitos de liberdade, igualdade, segurança e propriedade, interesses sociais e econômicos (SAMPAIO, 2010, p. 22). Ou mais, como expõe Paulo Gustavo Gonet Branco (MENDES *et alii*, 2009, p. 271):

Não obstante a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de discernir a nota de fundamentalidade em um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade da pessoa humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da **igualdade em dignidade** de todos os homens e à segurança. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça. (Grifei)

Pensar a igualdade em dignidade requer breves apontamentos sobre como a igualdade é uma construção artificializada. Se o primeiro marco que atinge o Brasil é a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, “ainda que a igualdade ali proclamada fosse meramente formal” (ALVES, 2010, p. 39), essa igualdade é constituída diante de um contexto em que a ideia de igualdade entre os homens rompia com a “ordem antiga dos prestígios (*prestiges*)”, do modelo aristocrático da Restauração Francesa. Esse modelo distinguia as pessoas por seu *status* imposto – pela carga hereditária –; por um *status* adquirido, pelo ofício (médicos, por exemplo); e pela propriedade e fortuna, que ainda permaneceu como critério de *status* social (ANSART *Apud* HAROCHE; VATIN, 1998, p. 80-81). A Declaração, portanto, afronta essa desigualdade entre as pessoas por critérios alcançáveis por poucos:

A igualdade é por isso um artifício, algo intencional, produzindo em determinado contexto histórico, de acordo com nuances absolutamente particulares. Contar uma história da igualdade é construir uma arqueologia dos direitos contra-majoritários (ALVES, 2010, p. 40)

Esse modelo, conforme relata Axel Honneth (2003, p. 191), está relacionado aos direitos de participação no processo político de formação da vontade, surgidos com direitos liberais de liberdade atribuídos no século XVIII:

Os direitos de participação, ligados até então ao *status*, só se tornaram uma classe separada de direitos básicos universais quando finalmente, com sua ampliação e aprofundamento parciais, o clima jurídico e político se transformara, de sorte que às exigências de igualdade de grupos excluídos não podia mais se contrapor nenhum argumento convincente; nas primeiras décadas do século XX, dá-se o momento em que se impôs definitivamente a convicção de que a todo membro de uma coletividade política deve caber o direito igual à participação no processo democrático de formação da vontade.

Koubi (2003) noticia que no direito francês, firmado sobre as bases da construção da igualdade, existem “duas modalidades que não podem ser separadas: o direito a um tratamento igual e o direito de ser tratado como um igual.” Paradoxalmente, o princípio da igualdade abrange essas duas faces, e em razão destas duas formas de pensamento “que indivíduos e grupos numerosos afirmam, solicitam ou reivindicam, da parte dos poderes públicos, o reconhecimento e o respeito de um direito à diferença”. Não se pode, pois, dissociar as acepções de igualdade da noção do direito à diferença.

A diferença, que parece ser uma espécie de “estado original” em relação ao construto artificial da igualdade, desafia o Direito, tradicionalmente calcado em uma ideia de igualdade:

O grande desafio da teoria do direito ao tentar incorporar os temas relacionados com a diferença, e dentre eles o direito das minorias, é que a ideia de diferença é inimiga do pensamento e do próprio direito, inimiga do pensamento como representação e do direito como mantenedor de relações de poder. (ALVES, 2010, p. 37)

Fernando de Brito Alves (2010, p. 31) afirma que “os homens não são iguais por natureza. Cada homem é profundamente diferente, e só o reconhecimento dessa diferença natural possibilita a implementação de práticas equalizantes”. Nesse sentido também afirma Gieneviève Koubi (2003):

A distinção é o elemento sobre o qual apóiam-se os discursos relativos a um direito da diferença cujo substância permanece incerta; a apreensão da diferença sobre a qual fundamentam-se as formas de categorização provém de raciocínios sofisticados. Os argumentos são construídos e edificados a

partir de uma análise especulativa das relações de alteridade, enquanto que estas últimas supõem outros lugares, outros tempos, outros olhares distintos daqueles nos quais se forma a identidade – compreendida como consciência de si com e entre os outros. A noção de distinção remete portanto à de discriminação quando a intenção é de “particularizar” os efeitos de uma diferenciação elaborada segundo critérios determinados previamente, mesmo quando estes últimos pretendem preocupar-se com a identidade particular de cada um. Assim, tanto a distinção como a diferenciação por ela induzida indicam formas de categorização – dos objetos e sujeitos de direito.

A aparente dificuldade das demandas em que se apresentem minorias é, pelo direito, universalizar um modo de ser e estar no mundo não universalmente compartilhado (TAYLOR, 1994, p. 39) para aplicar-lhe uma norma dirigida a todos, sem distinção. A dificuldade é, porém, aparente porque o exercício da alteridade baseia-se na igualdade em dignidade do ser humano. E tratar da igualdade, no direito, parece menos dificultoso em relação ao tratamento da diferença, dado o esforço para se construir a noção de igualdade, como acima exposto. Da mesma forma, Charles Taylor (1994, p. 41) afirma que “a política de igual dignidade é baseada na ideia de que todos os seres humanos são igualmente dignos de respeito”. Esse seria, pois, o horizonte comum a todas as pessoas, sejam elas minorias ou não em algum contexto.

Há, ainda, a questão da cidadania como ponto comum a partir do qual a diferença pode ser analisada. Alves (2010, p. 60) entende que o direito à diferença é direito de cidadania. Ele afirma que a cidadania deve ser considerada como antecedente lógico da democracia, e significa a “aptidão-direito do homem a ter direitos”, derivada da condição humana, ainda que tal relação decorra de um construto histórico. De acordo com a concepção aristotélica de homem, retomada por Alves, “o homem só adquire humanidade quando lhe é reconhecido um direito fundamental de existência, o direito a ter direitos”.

Percebe-se que o direito à diferença, embora “direito”, ultrapassa os limites do Direito. Recorre-se a elementos das diversas áreas de conhecimento para compreendê-lo como instrumento jurídico na defesa de direitos fundamentais das chamadas minorias. O exercício de análise do direito à diferença pelo intérprete, ao reconhecer ou não um direito, exige também a consciência do poder construtor da realidade dessa análise, cujo arquiteto é o próprio intérprete:

A sinergia da interdisciplinaridade conduz, no entanto, a (re)pensar os limites de uma interpenetração de conceitos entre os diversos campos de estudo; incita a confrontar a utilização destes conceitos e sua instrumentalização jurídica e política. Em razão das interações entre os pensamentos filosóficos, as ideologias políticas, os sistemas sociais e as construções jurídicas, o direito à diferença parece de teor jurídico incerto. Ele propõe “a consideração de problemas que não são anteriores ao mundo jurídico, mas que, ao contrário, concernem ou questionam sua relação com outras ordens de realidade, e situam-se no “cruzamento” de duas disciplinas, ou, se preferirmos, incluem a consideração de problemas de caráter misto ou duplo: jurídicos, de um lado; morais, sociológicos, políticos e econômicos, de outro.” A abordagem jurídica de um direito à diferença permanece, assim, marcada pelas escolhas políticas, ações sociais e opções econômicas adotadas pelos Estados, povos e nações. Ela não pode ser conduzida por análises subjetivistas que mesclam sentimentos morais, ações desculpabilizadoras e intenções consoladoras. (KOUBI, 2003).

Ocorre, pois, um inescapável desmascaramento do intérprete quando ele lida com o direito à diferença. Em um primeiro momento, se o caso concreto lhe parece um caso em que o direito à diferença emerge; em um segundo momento, como essa diferença é construída pela interpretação – e, concomitantemente, como o intérprete exercita o seu deslocamento de visão de mundo para a visão de mundo do outro e o percebe como um igual em dignidade; em um terceiro momento, como essa construção será manifestada na terminologia jurídica – e, nesse momento, como estão referenciadas as escolhas políticas, as opções econômicas, as marcas deixadas pela história de um “povo” ou uma “nação”.

Há, de um lado, o demandante, que leva seu pedido de reconhecimento ao intérprete, veiculado por fundamentos de uma norma jurídica, seja pelo uso ou não da categoria minoria; de outro, há o intérprete, seja ele o magistrado, o parecerista, o advogado, o acadêmico, o não-jurista. À volta deles, um contexto em determinado tempo e espaço, com valores vigentes aceitáveis ou não, presentes ou referenciados. É nesse ambiente que são construídos os personagens: o demandante, por todos os meios, apresenta-se digno de reconhecimento; o intérprete, em um diálogo inconsciente com a plateia-sociedade, considera ou não a validade daquela apresentação. O que se pode garantir, se o teatro for jurídico, é a existência do direito à diferença e a igualdade em dignidade, como parâmetros indispensáveis a qualquer resultado possível.

6.4 A categoria minoria como meio, o Direito como *locus*

A utilização da categoria minoria tem como finalidade trazer à luz um problema que não era considerado como tal, porque a identidade não fora questão a ser tematizada antes da modernidade (TAYLOR, 1994, p. 35). É por meio de uma categoria que se pode veicular e comunicar uma necessidade humana, uma demanda jurídica e uma afirmação constitutiva da auto-estima, da auto-inferência, da identidade pessoal e social que o sujeito *bricoleur*¹⁹⁶ possui. Pelo campo de visão possível de uma categoria, sem reificá-la, é possível alcançar questões naturalizadas e, por isso, diminuídas em sua visibilidade:

[...] você só tende a perceber as coisas e colocá-las no foco do seu olhar perscrutador e de sua contemplação quando elas se desvanecem, fracassam, começam a se comportar estranhamente ou o decepcionam de alguma outra forma. (BAUMAN, 2005, p.23)

Erving Goffman elucida a função de categorizar pessoas, como é o caso da categoria minoria, e seus efeitos:

A sociedade estabelece os meios de categorizar as pessoas e o total de atributos considerados como comuns e naturais para os membros de cada uma dessas categorias: Os ambientes sociais estabelecem as categorias de pessoas que têm probabilidade de serem neles encontradas. As rotinas de relação social em ambientes estabelecidos nos permitem um relacionamento com "outras pessoas" previstas sem atenção ou reflexão particular. Então, quando um estranho nos é apresentado, os primeiros aspectos nos permitem prever a sua categoria e os seus atributos, a sua "identidade social" - para usar um termo melhor do que "status social", já que nele se incluem atributos como "honestidade", da mesma forma que atributos estruturais, como "ocupação". Baseando-nos nessas pré-concepções, nós as transformamos em expectativas normativas, em exigências apresentadas de modo rigoroso. (GOFFMAN, 2008, p. 5)

A categoria pode apresentar, pois, a função de ordenar (e limitar) a percepção da realidade, de modo a criar parâmetros de previsibilidade para o encontro com o

¹⁹⁶ A noção de *bricoleur* foi empregado por Claude Lévi-Strauss, entendida, nas palavras de Vagner Gonçalves da Silva (1999), como “deslocamento de termos de um sistema classificatório para outro construindo significados diversos em função dos novos arranjos obtidos”.

desconhecido. Além disso, a categoria pode servir para simplificar um conjunto de informações que automaticamente são acessadas pelo sujeito, o que torna mais eficiente suas relações intersubjetivas. Sua utilização no Direito, dessas funções, apresenta-se como reforço argumentativo para reconhecer direitos, como também para fazer referência a valores pressupostamente conhecidos por trás da ideia de ser uma “minoria”.

Quando a categoria é usada em uma demanda em que há direitos fundamentais envolvidos, ela remete a uma noção de que minorias são, em suma, a parcela hipossuficiente da sociedade, por vezes vítima em razão daquilo que se pretende ter reconhecido pelo Poder Judiciário, e que suporta em algum grau o “fardo” de ser diferente – de acordo com o padrão referencial construído em um momento histórico:

Se os termos de diferença e de identidade acedem [*sic*] progressivamente ao estatuto de palavras-chave, no direito francês eles significam senhas ou palavras de ordem. A distinção entre esses dois momentos pode ser compreendida em conformidade com a intenção do interlocutor: são senhas para introduzir a questão dos direitos dos grupos – e daí, talvez, das minorias –, com o fim de incitar os governantes a atribuir-lhes a qualidade de sujeito de direitos, ou seja, de um direito à diferença; são palavras de ordem para fundamentar a reivindicação de indivíduos ou grupos a serem reconhecidos no interior da sociedade civil, o gozo deste direito. (KOUBI, 2003)

A base para o uso da categoria minoria para evidenciar e reivindicar direitos é consoante à ideia de igualdade, em um marco normativo constitucionalista de uma sociedade plural. O horizonte constitucional, portanto, é o *locus* possível para essa tarefa:

Se concordamos que o reconhecimento da diversidade cultural é o direito e ponto de partida apropriado para qualquer discussão sensata dos valores humanos compartilhados, devemos também concordar que o “estado constitucional” é o único referencial para tal debate. [...] Essa consideração não resolve necessariamente o problema dos direitos conflitantes da comunidade e do indivíduo, mas torna evidente que sem a prática democrática de indivíduos livres para manifestar-se o problema não pode ser enfrentado, e muito menos resolvido. [...] A universalidade da cidadania é a condição preliminar de qualquer “política de reconhecimento” significativa. E, acrescento: a universalidade da humanidade é o horizonte pelo qual qualquer política de reconhecimento precisa orientar-se para ser significativa. A universalidade da humanidade não se opõe ao pluralismo

das formas de vida humana; mas o teste de uma verdadeira humanidade universal é sua capacidade de dar espaço ao pluralismo e permitir que o pluralismo sirva à causa da humanidade [...]. (BAUMAN, 2003, p. 125-126)

O teste que menciona Bauman pode ser compreendido a partir das observações de Koubi (2003), que chama atenção para o uso da diferença a toda pessoa: “a apreensão dinâmica da noção de diferença pode ser operada com a condição de não se confundir igualdade e uniformidade”. O primeiro passo, portanto, para compreender o porquê do uso de uma categoria é saber dentro de quais parâmetros isso é possível.

Para o Direito, e diante das demandas de uma sociedade plural, as complexidades devem ser tratadas a partir das possibilidades dadas pelos limites constitucionais: ao mesmo tempo em que se observa uma proposta de identidade constitucional aberta (tal como exposto por Michael Rosenfeld), há limites dentro dos quais o debate pode se desenvolver. A história de cada país é, por óbvio, refletida por seu conteúdo constitucional, mas também por ele constituída, o que serve como referencial de coesão, no mínimo simbólico, de uma sociedade plural.

O instrumento comunicativo, o Direito, e o *locus* constitucional em que se insere o debate das minorias, têm como referência o tratamento atualizado do princípio da igualdade, tanto como igualdade *em dignidade* quanto como *direito à diferença*. Além disso, deve-se compreender a diferença não como um risco ao Estado, mas como um dado a partir do qual os direitos fundamentais serão construídos e demandados. E ter a consciência de que tais parâmetros de reflexão encontram na categoria minoria um novo instrumento de reordenar visões de mundo e revelar naturalizações, um meio de desconstruir padrões que alimentaram a reprodução de desigualdades e marginalização ao distorcer representações da diferença.

CONCLUSÕES

A categoria minoria revela aspectos que o ambiente multicultural ou intercultural trouxe à tona para o Poder Judiciário. As novas demandas que envolvem a diferença trazem consigo um debate complexo sobre o papel do Judiciário e a articulação de antigos princípios sob novas perspectivas. O exame de decisões vai ao encontro da crescente legitimidade dada à esfera judiciária, como voz contramajoritária e representativa daqueles não plenamente representados por outras instâncias de poder.

As decisões judiciais tornaram-se centrais na dinâmica de manifestação democrática, em que se deposita credibilidade no potencial transformador do Direito pela instância judiciária, capaz de reorientar os debates e as ações do Estado em lugar da representação tradicionalmente atribuída à instância parlamentar-legislativa. A partir dessa abertura institucional, como se deu no caso da união estável entre pessoas do mesmo sexo, e da possibilidade de materialização do exercício do direito nem sempre garantido pela instância executiva, como em casos levados por pessoas com deficiência, o poder constitutivo das decisões não pode ser ignorado – ao menos no próprio caso decidido, e que poderá servir como precedente de um tribunal.

Nesse sentido, a análise da categoria minoria nas decisões judiciais que a articulem revela como o poder constitutivo da decisão tem sido exercido. Por um lado ela pode ser utilizada como reforço argumentativo para o reconhecimento de direitos fundamentais, que não são garantidos por uma interpretação mais próxima à ideia de igualdade formal, que pressupõe condições iguais de todos perante a lei. Por outro lado, ela pode ser desconsiderada como relevante se o magistrado decidir que a diferença alegada não é suficiente para um tratamento diferenciado do demandante em relação ao demandante-padrão.

No primeiro caso, é possível observar que a utilização da categoria minoria acaba por estabelecer quem são as minorias brasileiras, de acordo com o entendimento do Poder Judiciário nas várias instâncias e regiões. As minorias, nesse caso, são apresentadas de acordo com o lastro legal relacionado a elas. Se expressamente constitucional, como os indígenas, os quilombolas, as pessoas com deficiência e as mulheres, o reconhecimento de direitos a essas pessoas que usam dessa identidade é geralmente mais direto e objetivamente considerado. Se a demanda analisada não possui referência constitucional, as complexidades afloram e as dificuldades expõem as naturalizações e pré-concepções dos magistrados.

Uma observação importante é a capacidade de organização política e social desses grupos, para desencadear, em um primeiro momento, a visibilidade de suas demandas e, em um segundo momento, a pressão política necessária para fazer com que haja legislação específica para os grupos que representam. A articulação política reflete de algum modo na percepção do intérprete e julgador. A construção de seu imaginário sobre um grupo, cujas demandas não lhe sejam familiares, passa também pelos meios midiáticos, pela difusão de informações a respeito, pelas campanhas sociais de sensibilização às causas em pauta, pelo acesso de organizações da sociedade civil aos gabinetes desses julgadores, por uma pauta de governo que permita um espaço mínimo de diálogo com essas “minorias” e também pelos procedimentos judiciais.

A Lei Maria da Penha, as cotas político-partidárias para as mulheres e propostas de leis trabalhistas que respeitem a condição da mulher gestante são exemplos de um histórico de embates, confrontos, debates e diálogos com as mulheres. A existência de uma data comemorativa, o “dia da mulher”, resume simbolicamente um conjunto de demandas da mulher que buscam reconhecimento de direitos em um contexto discriminatório e machista. Se hoje o tema mulheres é reconhecido mundialmente, um esforço de vários setores da sociedade civil e de governos foi necessário para que alguns resultados fossem atingidos.

É semelhante, porém em um processo inicial, a inclusão das pessoas com deficiências de toda ordem. A incorporação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 2009, é um

marco constitucional brasileiro. Pelo disposto no § 3º do art. 5º da Constituição¹⁹⁷, essa Convenção foi o primeiro ato internacional a equivaler às emendas constitucionais que trata de direitos humanos. Além desse marco normativo, é de alguma forma crescente a acessibilidade a serviços antes restritos às pessoas sem deficiência, como instituições bancárias (deficiência auditiva e visual), aulas (por intérpretes de Língua Brasileira de Sinais – Libras, como é obrigatoriedade nas propagandas eleitorais), reserva de vagas em concursos públicos etc. A difusão e obrigatoriedade de ensino de Libras, por exemplo, ainda não é uma realidade.

Adaptações arquitetônicas e urbanísticas, também, ainda são isoladas em algumas cidades do país, e em determinados bairros. Sinalize-se a recém editada Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana e prevê, no inciso IV do artigo 24, “a acessibilidade para pessoas com deficiência e restrição de mobilidade”. O que dizer, então, da assistência a pessoas com deficiência mental? Sequer elas apareceram como “minorias” nos casos encontrados. Registre-se a visibilidade conquistada em decorrência das ações promovidas pela Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE)¹⁹⁸, mais uma vez como exemplo da necessária organização política de “minorias”.

A busca pelo tratamento materialmente igual, como é o caso dos negros e daqueles que professam religiões consideradas minoritárias, ainda encontra divergência em todas as instâncias, por diferentes argumentos. No caso dos negros, a questão da

¹⁹⁷ “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

¹⁹⁸ “As raízes históricas e culturais do fenômeno ‘deficiência’ sempre foram marcadas por forte rejeição, discriminação e preconceito. E, diante da ineficiência do Estado em promover políticas públicas sociais que garantam a inclusão dessas pessoas, surgem famílias empenhadas em quebrar paradigmas e buscar soluções alternativas para que seus filhos com deficiência intelectual ou múltipla alcancem condições de serem incluídos na sociedade, com garantia de direitos como qualquer outro cidadão. Nesse contexto, surgiram as primeiras associações de familiares e amigos que se mostraram capazes de lançar um olhar mais propositivo sobre as pessoas com este tipo de deficiência. Convivendo com um Estado desaparecido das necessidades de seus integrantes, tinham a missão de educar, prestar atendimento médico, suprir suas necessidades básicas de sobrevivência e lutar por seus direitos, na perspectiva da inclusão social. Essa mobilização teve que contar com o apoio de vários profissionais que, acreditando na luta dessas famílias, empreenderam estudos e pesquisas, buscaram informações em entidades congêneres no exterior, trocando experiências com pessoas de outras nacionalidades que também sofriam a imposição de um sistema capitalista que tendia a aniquilar as pessoas ‘descapacitadas’. Foi então que, no Brasil, essa mobilização social começou a prestar serviços de educação, saúde e assistência social a quem deles necessitassem, em locais que foram denominados como Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (Apae), constituindo uma rede de promoção e defesa de direitos das pessoas com deficiência intelectual e múltipla, que hoje conta com cerca de 250 mil pessoas com estes tipos de deficiência, organizadas em mais de duas mil unidades presentes em todo o território nacional”. Disponível em: <<http://www.apaebrasil.org.br/artigo.phtml/2>>. Acesso em: 21 fev. 2012.

ação afirmativa, seja por cotas nas universidades ou em concursos públicos, é recorrente e há uma tendência a não se aceitar essa política afirmativa no segundo caso (concurso público). Já em relação às cotas universitárias, não se pode afirmar qualquer tendência. Outra observação sobre esse grupo é a baixa incidência de casos que estabelecem relação, na decisão, entre a categoria minoria e o crime de racismo. Ao que parece, não se faz necessário invocar a categoria para a análise de um caso cujo tipo penal estabelece a relação entre uma conduta criminosa e a pessoa da “raça” vulnerável.

Ainda sobre as cotas, nota-se uma dissonância entre reserva de vagas para universidades e para concursos públicos. Em tese, a argumentação poderia ser a mesma para justificar ou não o sistema de cotas, tanto para uma quanto para outra situação. Qual seria, pois, a diferença entre as vagas de concurso público e as vagas de universidade em termos de representatividade negra?

A isonomia buscada por provas de seleção, seja para a vaga em uma universidade ou para um cargo público, baseia-se no igual tratamento dos candidatos, sem diferenciações que não se justifiquem para a vaga (no caso das universidades, é preciso ter o ensino médio completo, sem que a idade ou o sexo do candidato seja relevante; no caso dos cargos públicos, os requisitos exigidos devem se justificar a partir das exigências e atividades a serem desempenhadas). Qual justificativa plausível para a reserva destinada a negros no concurso público, tal como nas universidades?

Recorra-se, portanto, a uma reserva de vaga já aceita jurídica e socialmente em concursos públicos, voltadas às pessoas com deficiência. Embora a comparação seja precária, é possível estabelecer o paralelo que aponta para a questão de fundo: a inclusão. Não somente pelas dificuldades de toda ordem que uma pessoa com deficiência enfrentará ao longo da vida, ela necessita de um meio de inserção diferenciado para participar de setores da vida pública em igualdade de condições com o parâmetro majoritário (seu oposto assimétrico, a pessoa sem deficiência), independentemente de sua capacidade intelectual. Assim como as cotas das universidades não considera apenas o critério “racial”, mas sujeição a provas de seleção, os cargos públicos exigem – em seu formato atual, nos estados que adotaram essa medida – uma pontuação mínima imposta a todos os candidatos, o que não desmerece a capacidade intelectual exigida de quem quer que seja.

A reserva de vagas para negros em concursos públicos pode seguir a mesma lógica: há ainda dificuldades de toda ordem para os negros no Brasil. A sociedade

brasileira ainda hierarquiza seus membros pela cor/etnia/“raça”. Se a pretensão da ação afirmativa em universidades é, por um período determinado, permitir maior acesso ao ensino superior dos negros, para que aumente assim sua representatividade em menor tempo (já que a melhoria do sistema de educação de base, argumento recorrente de quem vê o problema apenas por esse ângulo, somente traria resultados e produziria efeitos em algumas gerações do porvir), não seria também essa a justificativa para os concursos públicos? Mesmo que por tempo determinado, até que cargos públicos com maioria não-negra (branca, especialmente) fossem mais bem representados, de acordo com o observado pelo IBGE (composição da população a partir de origens étnicas)? Cabe, pois, a reflexão sobre a seletividade dos argumentos para um e outro caso. Parece ser possível, porém, a utilização dos mesmos argumentos para as duas situações, uma vez que a proposta de cota racial é permitir a presença de pessoas não-brancas em espaços onde não haja um equilíbrio de representatividade delas.

No caso dos adeptos às religiões minoritárias, percebe-se uma tendência em não considerar a diferença religiosa como uma característica relevante para um tratamento diferenciado; há que se notar, no entanto, precedentes que propõem um tratamento diferenciado em respeito às diferenças religiosas sem atentar contra a laicidade do Estado. No caso, a previsão de horários alternativos para concursos públicos que não firam os horários de impedimento religioso é um mecanismo de igualdade material, sem prejuízo da participação civil da pessoa que professe uma religião minoritária ou liberdade de credo, um direito fundamental.

Note-se que há uma ausência de precedentes que tratem de outras minorias religiosas brasileiras, muitas vezes estigmatizadas por um discurso religioso majoritário. As religiões de raiz africana, sujeitas ao preconceito ligado também aos negros¹⁹⁹, não foram ilustradas pelos precedentes encontrados, sejam quais forem os possíveis motivos já sinalados na primeira parte desse trabalho. Os temas são indissociáveis. Mais uma vez a discriminação contra negros atinge outras esferas da temática minoritária, no caso também a religiosa.

Quando a demanda é por tratamento igualitário formal, destacam-se os casos levados por homossexuais (em geral, a comunidade LGBT). A categoria minoria aqui é bastante usada como reforço argumentativo para reconhecimento de direitos. Há uma prevalência evidente de decisões favoráveis aos homossexuais, quando se trata de

¹⁹⁹ Para ilustrar, ver uma análise sobre os neopentecostais e as religiões afro-brasileiras de SILVA, 2007.

equiparação formal com os heterossexuais, sejam por questões patrimoniais ou não. É aqui também que se encontram pré-concepções inadmissíveis atualmente, mas que eram veiculadas nas decisões analisadas mais antigas. Nesse aspecto, o exemplo dos casos sobre a considerada minoria homossexual demonstra o poder de reconstrução da realidade, a partir de um novo olhar sobre um grupo de pessoas marginalizado por uma diferença que não deve ser relevante para o exercício de direitos.

A percepção da discriminação está relacionada a uma demanda por reconhecimento. Nesse caso, a construção interpretativa favorável, em algum grau, para as questões levadas pelos homossexuais representa uma mudança de lugar social desse grupo. Foi possível considerar um demandante homossexual como uma minoria, e não como um marginalizado, em um contexto de organização política e social, a partir de uma realidade não mais ignorável, que é as várias maneiras de amar, de constituir família e de realizar-se como ser humano. A apropriação dessa realidade pelo Direito, como ocorreu na decisão do Supremo Tribunal Federal, orientou-se a partir dos danos sofridos por homossexuais, vítimas de discriminação e agressão de toda forma. Reconhecer-lhe direitos equiparáveis aos atribuídos a heterossexuais, e tratá-los de modo igual (por não ser relevante sua orientação sexual para exercício de direitos) é fazer com que o Direito aproxime-se, um pouco mais, da utópica noção do justo.

Há ainda dois outros casos isolados, mas igualmente oportunos, para reflexão. O caso dos caiçaras, cuja demanda fora apresentada com o uso da categoria minoria, mas que não lhe foi reconhecido – nem a situação de minoria, nem o direito pleiteado sob esse fundamento; e o caso dos ciganos, que são considerados ainda a partir de um imaginário preconceituoso, tratando-os em princípio como suspeitos, pelo perigo de fuga fundado em seu nomadismo²⁰⁰ ou pela organização social das comunidades ciganas²⁰¹, o que reproduz sua marginalização.

No primeiro caso, há uma tentativa de buscar reconhecimento pelo Poder Judiciário, dada a sua legitimidade em transformar a realidade (nesse caso, de reconhecer-lhes a condição de minoria e prover a demanda pelo reconhecimento de terras “tradicionais”, nos mesmos termos utilizados pelos casos indígenas). A ausência de uma organização que os represente, a ausência de uma pauta política que os

²⁰⁰ TJMG. **HC 4644311-78.2007.8.13.0000**. Rel. Alexandre Victor de Carvalho (vencido); julgado em 11/12/2007, DJ 19/02/2008.

²⁰¹ TJSP. **HC nº 476.498-3/0**. Rel. Luiz Pantaleão; julgado em 03/05/2005.

contemple, a visibilidade pública – e quiçá nacional, se assim for necessário – faz com que uma demanda como essa seja desconsiderada pelo julgador.

A estratégia de os caiçaras serem equiparados aos indígenas não foi acolhida; esse fato enseja um debate ainda maior sobre o que é ser indígena no Brasil. Os critérios não estão explícitos no texto constitucional; tampouco é possível creditar a maioria das pessoas conhecimento mínimo sobre as diferentes etnias, e a mutação constante das culturas. Ser indígena não é usar cocar e pintar o corpo, morar em “oca” e não ter celular ou televisão, tal como o imaginário escolar recria e reproduz.²⁰² Mas quem é indígena, quem é caiçara? Basta uma história comum, com raízes identificáveis, com um conjunto cultural próprio, com um território ocupado que permite práticas particulares? Esse é também o questionamento dirigido aos quilombolas, como poderia ter sido dirigido aos caiçaras e a um grupo que se considere indígena.

Significa dizer que a previsão expressa, mesmo no texto constitucional, não resolve o problema, mas dá início a outra discussão de fundo, que poderá ser decisiva no reconhecimento de um grupo e não de outro. Do Direito, porém, exige-se uma solução – ainda que incompleta, insuficientemente debatida, simplificada. Recorrer à previsão legal expressa é a saída menos turbulenta.

No segundo caso, dos ciganos, há uma ausência de precedentes mais recentes que veiculem a característica diferenciadora “cigana” e a relação com demandas por direitos fundamentais a uma minoria. Como sugerido, há um temor de alguns ciganos que, como se percebe nos casos encontrados, geralmente são vistos com receio pela sociedade.

Há também certa incompatibilidade entre o nomadismo cigano e o modo de viver fixo do não-cigano, sendo este último adotado por aqueles que criam, interpretam e aplicam as normas penais (área recorrente dos precedentes encontrados). A possibilidade de fuga está presente quando envolve um acusado cigano. Além disso, o desconhecimento sobre a coletividade cigana leva o intérprete à estratégia inconsciente de atribuir qualquer informação que tenha sobre ela para preencher essa lacuna²⁰³. O

²⁰² Muitas vezes ouvi declarações de colegas do Direito – e fora dele – que afirmam “não existir mais índios como antigamente”, e considerar indígena aquele “preservado” de qualquer influência não-indígena.

²⁰³ A Psicologia Social estuda os processos de atribuição utilizados para tornar as situações e as pessoas mais previsíveis. Nesse sentido: “Os estereótipos, a formação de impressões e a percepção de pessoas constituem temas tradicionalmente estudados pela Psicologia Social e centrais à área de cognição social. Em contraste com os autoesquemas, que contêm as estruturas de conhecimento sobre o próprio indivíduo,

desconhecimento, de um lado, reproduz estereótipos e, de outro, causa temor (teme-se o que se desconhece), o que dificulta eventual tentativa de aproximação de um cigano que recorra ao Poder Judiciário.

A partir das reflexões que os casos puderam provocar, percebe-se que o debate de fundo e que permeia todas as demandas ligadas à categoria minoria encontram-se no debate sobre o reconhecimento. Nesse ponto, as propostas teóricas e as análises dos diversos enfoques, especialmente sobre a política de reconhecimento, podem ser consideradas complementares em certa medida. Evidencia-se a dificuldade em lidar com a diferença em um modo de pensar que instituiu a unidade do Estado e a igualdade formal dos cidadãos como ponto de partida do Direito. A tentativa de se compreender a igualdade em outros termos, tanto pela dignidade da pessoa humana quanto pelo direito à diferença, ainda estão em construção e sujeita a críticas mais ou menos incisivas.

Entretanto, o modo como se pôde pensar a diferença e a categoria minoria como veículo desse debate foi partir de um outro olhar sobre o Direito, sendo ele linguagem, e considerar que o *locus* comunicativo possível é o horizonte constitucional. A ideia de sujeito constitucional contemplaria a identidade nacional (o padrão a partir do qual se constituem as diferenças relacionais, os pares assimétricos e o tratamento desigual prejudicial ao exercício de direitos fundamentais), como também as identidades “minoritárias”, pela abertura construtiva apresentada pela Constituição, nesse aspecto.

Evidente que o debate sobre o uso de categorias amplia-se, na medida em que a ideia de se considerar um grupo “minoritário” é percebê-lo em sua hipossuficiência social, geralmente compensáveis (por ações afirmativas, por exemplo). Assim como se defendeu ao longo do trabalho, seu conteúdo possível é relacional, e a partir disso é também possível o abuso em sua utilização – o risco é constante. A categoria como reforço argumentativo, como estratégia jurídica ou como abuso de direito não perde,

os estereótipos consistem em esquemas ou representações mentais sobre grupos sociais. Nesse sentido, eles interferem ativamente no processo de formação de impressão e percepção de pessoas, que é o responsável pela integração de informações e avaliação de outros indivíduos, ou seja, pelas formas com que o percebedor interpreta os indivíduos que o rodeiam. Os achados empíricos mais recentes nesse campo de estudos têm demonstrado que as pessoas costumam realizar inferências iniciais (formação e percepção de pessoa) baseadas em estereótipos, o que significa dizer que essas categorias sociais são ativadas de modo automático ou inconsciente, tão logo o percebedor identifica um determinado indivíduo como pertencente a certo grupo social. Posteriormente, dependendo de sua motivação e habilidade, poderá corrigir essa impressão inicial, com base em informações mais individualizadas e que se mostrem congruentes ou incongruentes com seus estereótipos (Quinn & cols., 2003)”. FERREIRA, 2010.

ainda assim, sua função de revelar naturalizações, discriminações, preconceitos, enfim, de aguçar o olhar do intérprete.

A análise da categoria minoria serve, ainda, para colocar em questão qual o lugar ocupado por vários grupos da sociedade que, de alguma forma, têm ou querem apresentar uma identidade que não corresponde com aquela imaginada tradicionalmente para referência das instâncias públicas. É um encontro com a História de um país, com um passado nem sempre louvável, com demandas que hoje encontram espaços – brechas – no debate público de um Estado democrático.

O Estado-nação, tal qual fora concebido, permanece integrado, mas molda-se às novas reivindicações de um mundo plural, a partir do Direito. Embora esse horizonte possa ser insuficiente, falho, limitado e pretensioso, o reconhecimento de direitos urge, bate à porta do Poder Público – especialmente na do Judiciário –, e não há como suspender a dinamicidade da vida. Nesse sentido, e a partir das reflexões trazidas neste trabalho, percebe-se que a abertura dada pelo horizonte constitucional, nos termos apresentados, e pelo potencial constitutivo da linguagem (e, assim sendo, do Direito), pode ser um caminho de reconhecimento de direitos.

REFERÊNCIAS

ADAMS, Cristina. As populações caiçaras e o mito do bom selvagem: a necessidade de uma nova abordagem interdisciplinar. **Revista de Antropologia**. vol. 43 n.1. São Paulo, 2000.

AGÊNCIA FAPESP. **Enciclopédia resgata tradição caiçara**. Matéria publicada em 26 ago. 2004. Disponível em: <http://noticias.ambientebrasil.com.br/clipping/2004/08/26/15798-enciclopedia-resgata-tradicao-caicara.html>.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Os Quilombos e as novas etnias. In: O'DWYER, Eliane Cantarino (org.). **Quilombos: identidade étnica e territorialidade**. ABA. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002. p. 43-81.

ALVARADO, Virgilio. Políticas públicas e interculturalidade. In: FULLER, Norma (ed.) *Interculturalidade y política*. Lima: Red para el desarrollo de las ciencias sociales en el Perú, 2003, p. 33 e ss. *Apud*: LOPES, Ana Maria D'Ávila . Desafios e perspectivas dos direitos das minorias no século XXI. **Nomos** (Fortaleza), v. v 28.2, p. 161-170, 2008.

ALVES, Fernando de Brito. **Margens do Direito: a nova fundamentação do Direito das Minorias**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

APEL, Karls-Otto. Plurality of the good: the problem of affirmative tolerance in a multicultural society from an ethical point of view. **Ratio Juris** v. 10, nº. 2.1997. p.199-212.

APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BARRIO MAESTRE, José María. Tolerancia y cultura del diálogo. In: **Revista española de pedagogía**. Año LXI, no. 224, enero-abril 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BATISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Os Rituais Judiciários e o Princípio da Oralidade**: Construção da Verdade no Processo Civil Brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

BAUBÖCK, Rainer. Cultural Minority rights for Immigrants. In: **International Migration Review**, vol. 30, n. 1, Special Issue: Ethics, Migration, and Global Stewardship (Spring, 1996), p. 203-250. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2547468>. Acesso em: 10 jan 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

_____. **Identidade**: entrevista a Benedetto Vecchi. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

BESPALEC, Paula da Silva; BORTOLOZZI, Arlêude. A territorialidade Caiçara na zona histórico-cultural antropológica (extremo norte do município de Ubatuba-SP). In: **6ª Semana de Geografia da Unicamp**. Disponível em: <http://www.ige.unicamp.br/cact/semana2010/wp-content/uploads/2010/10/BESPALECPaula.pdf>.

BRASIL. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE**. Características Étnico-Raciais da População. Um estudo das categorias de classificação de cor ou raça. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/caracteristicas_raciais/PCERP2008.pdf. Acesso em 06 set. 2011.

BURTT, Shelley. Religious Parents, Secular Schools: A Liberal Defense of an Illiberal Education. In: **The Review of Politics**, Vol. 56, No. 1. Cambridge University Press, 1994. p. 51-70.

CALLAN, Eammon. Galston's dilemmas and Wisconsin v. Yoder. In: **Theory and Research in Education**, vol 4(3), 2006. p. 261-273.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís R. “A Dimensão Simbólica dos Direitos e a Análise de Conflitos”. Trabalho apresentado na mesa-redonda *Antropologia do Direito no Brasil: campo e perspectivas*, realizada durante o **I Encontro Nacional de Antropologia do Direito**, na Faculdade de Filosofia, letras e Ciências Humanas na Universidade de São Paulo, nos dias 20 e 21 de agosto de 2009.

_____. **Direito legal e insulto moral**: dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e EUA. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

_____. Honra, dignidade e reciprocidade. In: MARTINS, P. H.; NUNES, B. F. (orgs.). **A nova ordem social**: perspectivas da solidariedade contemporânea. Brasília: Editora Paralelo 15, p. 122-135.

COMANDUCCI, Paolo. Problemas de compatibilidade entre direitos fundamentais. Trad. Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira. **Panóptica**. n. 13, 2008, p. 18-30. Disponível em: <<http://www.panoptica.org.br>>.

CONLEY, John M. & O’BARR, William M. **Just words**: law, language and power. 2a. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2005.

COTTERREL, Roger. Law in culture. **Ratio Juris**. v. 17. no. 01. mar. 2004.

DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (orgs.). **Democracia**. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

DUMONT, Louis. **Essais sur l’individualisme**. Une perspective anthropologique sur l’idéologie moderne. Paris : Seuil, 1991.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. The model of rules. **The University of Chicago Law Review**. Vol. 35, n. 1 (Autumn, 1967), pp. 14-46.

_____. **Uma questão de princípio**. 2ª ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ECO, Umberto. **A estrutura ausente**: introdução à pesquisa semiológica. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2007.

ERAS, Angel Marcelo Ramírez. Paradigma de la interculturalidad. **Boletín ICCI RIMAY**. Instituto científico de culturas Indígenas. Año 3, n.º. 26, mayo del 2001. Disponível em: <<http://icci.nativeweb.org/boletin/26/ramirez.html>>.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. **Cuestiones constitucionales**. FERRAJOLI, Luigi (org.). Trad. Miguel Carbonell. n.15. México: UNAM, 2006. p. 113-136.

FERREIRA, Maria Cristina. A Psicologia Social contemporânea: principais tendências e perspectivas nacionais e internacionais. *Psic.: Teor. e Pesq.* [online]. 2010, vol.26, s/n, p. 51-64. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722010000500005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 fev. 2012.

FLUSSER, Vilém. **Língua e Realidade**. 3 ed. São Paulo: Anna Blume, 2007.

FOWLER, Tim. The limits of civic education: The divergent implications of political and comprehensive liberalism. **Theory and Research in Education** 9(1), 2011. p. 87–100. Disponível em: <<http://tre.sagepub.com/content/9/1/87.abstract>>. Acesso em 21 fev. 2012.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? “Artigo originalmente publicado na revista *Theory, Culture & Society*, v. 18, p. 21-42, 2001. Tradução de Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga Assis, a quem agradecemos. Agradecemos também à revista *Theory, Culture & Society* e à autora a cessão dos direitos de publicação deste artigo”. In: **Lua Nova**, São Paulo, 70: 101-138, 2007.

_____. **Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange**. Trad. Joel Golb, James Ingram e Christiane Wilke. New York: Verso, 2003.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LGT, 1989. 1 ed.

_____. **Local knowledge: futher essays in interpretive anthropology**. USA: Basic Books Inc., 2000.

GIMÉNEZ ROMERO, Carlos. **El interculturalismo: propuesta concptual y aplicaciones prácticas**. 2003. Disponível em:

http://www.ikuspegi.org/documentos/investigacion/es/ikuspegi_cuaderno2cas.pdf.

Acesso em: 22 fev. 2011.

_____. **Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad.** Madrid: La Cueva Del Oso, 1997. 1 ed.

_____. **Pluralismo, Multiculturalismo e Interculturalidad:** Propuesta de clarificación y apuntes educativos. Disponível em: www.cesdonbosco.com/revista/imprensa/8/.../texto_c_gimenez.doc. Acesso em: jan. 2010.

GOFFMAN, Erving. **A Representação do Eu na Vida Cotidiana.** Trad. Maria Célia Santos Raposo. 17 ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. **Estigma:** notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

_____. **Manicômios, prisões e conventos.** São Paulo: Perspectiva, 1974.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40

GONÇALVES, Giselda. **Comunitarismo ou Liberalismo?** Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/goncalves-gisela-COMUNITARISMO-LIBERALISMO.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2011.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Balmant (coords.). **Direito das minorias e grupos vulneráveis.** Ijuí: Ed. Unijuí, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro - estudos de teoria política.** Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe [UFPR]. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

_____. Lutas pelo reconhecimento no estado democrático constitucional. In: TAYLOR, Charles (org.). **Multiculturalismo:** examinando a política do reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

HAROCHE, Claudine; VATIN, Jean-Claude (coord.). **La considértation.** Paris : Desclée de Brouwer, 1998.

HERRERA FLORES, Joaquín. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade da resistência. In: **Revista Seqüência.** UFSC, Florianópolis, SC. vol. 23, n.44. (2002).

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. Rev. Ricardo J. de Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Ed. 34, 2003.

KYMLICKA, Will. **Multicultural citizenship**. A liberal theory of minority rights. New York: Oxford University Press Inc., 1996.

_____. **Multicultural odysseys**: Navigating the new international politics of diversity. New York: Oxford University Press Inc., 2007.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado**. Contribuição à semântica dos tempos históricos. Trad. Wilma Patrícia Maas; Carlos Almeida Pereira. Rev. Trad. César Benjamin. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2006.

KOUBI, Geneviève. O Direito à in-diferença. Fundamento do direito à diferença. **Revista História & perspectivas**, nº 27 e 28, Jul/Dez 2002 e Jan/Jun. Trad. Pr. Jacy Alves Seixas. Universidade Federal de Uberlândia, 2003. p. 11 à 35. Disponível em: <http://koubi.fr/spip.php?article216>. Acesso em: 1º set. 2010.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura – um conceito antropológico**, Jorge Zahar, 1986 (1ª edição).

LOPES, Ana Maria D'Ávila . Desafios e perspectivas dos direitos das minorias no século XXI. **Nomos** (Fortaleza), v. v 28.2, p. 161-170, 2008.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídico-constitucional**. Conferência proferida no Congresso Nacional – “Direito e Fraternidade”, promovido pelo Movimento *Comunhão e Direito*, em 26 de janeiro de 2008, no Auditório Mariápolis Ginetta, Vargem Grande Paulista/São Paulo. Disponível em:

http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/CarlosMachado_AFraternidadeCom oCategoriaJuridicoConstitucional.pdf. Acesso em: 06 set. 2011.

MAUSS, Marcel. Relações reais e práticas entre a psicologia e a sociologia. In: **Sociologia e Antropologia**. São Paulo: CosacNaify, 2003.

_____. Uma categoria do espírito humano: a noção de pessoa, a de eu. **Sociologia e Antropologia**. São Paulo: CosacNafy, 2003 [138].

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos m juízo**. Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15 ed. Vol. II.. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIZUTANI, Larissa Caetano. O Judiciário e sua cruz: um monólogo etnocêntrico. **Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em Florianópolis, em 13 a 15 de outubro de 2010. p. 1928-1944.

_____. Terra com e sem lei: o reconhecimento das minorias e o Poder Judiciário. **Anais do XI Congresso Luso Afro Brasileiro de Ciências Sociais**. Diversidades e (Des)igualdades, realizado em Salvador, em 07 a 10 de agosto de 2011.

NACIONES UNIDAS. **Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas ou Linguísticas**. Disponível em: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/47/135>.

O'DWYER, Eliane Cantarino (org.). **Quilombos: identidade étnica e territorialidade**. ABA. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002. pp. 43-81.

PIERRÉ-CAPS, S. O direito das minorias. In: ROULAND, Norbert (org.), PIERRÉ-CAPS, Stéphane; POUMMARÈDE, Jacques. **Direito das minorias e dos povos autóctones**. Tradução: Ane Lize Spaltemberg. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

PINTO, Celi Regina Jardim. Nota sobre a controvérsia Fraser–Honneth informada pelo cenário brasileiro. *Lua Nova*, 74. São Paulo, 2008. pp. 35-58.

PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (coord.). **Ordem jurídica e igualdade étnico-racial**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas de promoção da Igualdade Racial da Presidência da República – SEPPIR, 2006.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Trad. Edmir Missio. Rev. trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte; Mandamentos Editora, 2003.

_____. **The Identity of Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture and Community**. London and New York: Routledge, 2010.

_____. Modern Constitutionalism as Interplay between Identity and Diversity: An Introduction. **Cardozo Law Review** vol. 14, 1992-1993. pp. 497-531.

_____. Constitution-Making, Identity Building, and Peaceful Transition To Democracy: Theoretical Reflections Inspired By The Spanish Example **Cardozo L. Rev.** vol. 19, 1997-1998. pp.1891-1920

_____. Can Human Rights Bridge the Gap Between Universalism and Cultural Relativism? A Pluralist Assessment based on the Rights of Minorities. **Colum. Hum. Rts. L. Rev.**, vol. 30, 1998-1999. pp. 249-284.

SÁENZ, Maris Carmen López; IBÁÑEZ, Beatriz Penas (ed.). **Paradojas de La interculturalidad**: Filosofía, lenguaje y discurso. Madrid: Biblioteca Nueva, 2008.

SAID, Edward W. **Orientalismo**: o Oriente como invenção do Ocidente. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. Retórica e Historicidade. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. nº 48. Junho, 1997.

SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Trad. Laureano Pelegrin. Bauru, SP: EDUSC, 1999.

SEGATO, Rita Laura. Raça é Signo. **Série Antropologia**. 372. Disponível em: <http://vsites.unb.br/ics/dan/Serie372empdf.pdf>. Acesso em: 06 set. 2011.

SIGLER, Jay A. **Minority rights**: a comparative analysis. Westport, Connecticut. London, England: Greenwood Press, 1983.

SILVA, Vagner Gonçalves da. O sentir das estruturas e as estruturas do sentir: a poesia que lévistruxe. **Revista de Antropologia**, vol.42, n.1-2, p. 77-96. São Paulo: 1999. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-77011999000100006&lng=en&nrm=iso. Acesso em 4 fev. 2012.

_____. Neopentecostalismo e religiões afro-brasileiras: Significados do ataque aos símbolos da herança religiosa africana no Brasil contemporâneo. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, Abr. 2007. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132007000100008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 21 fev. 2012.

SILVÉRIO, Valter Roberto. O multiculturalismo e o reconhecimento: mito e metáfora. **Revista Cultura Vozes**. n.1 – ano 94 jan/fev 2000.

SOUZA, Desembargador Rogério de Oliveira. **Da hipossuficiência**. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_consuhipossuficiencia.pdf. Acesso em: 31 ago. 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº. 37051-SP (1993/0020309-6)**. Publicado no DJ de 25/06/2001.

TAYLOR, Charles [*et al.*]. **Multiculturalism: examining the politics of recognition**. Princeton University Press, 1994.

TUBINO, Fidel. Entre el multiculturalismo y la interculturalidade: más allá de la discriminación positiva. In: FULLER, Norma (ed.) *Interculturalidade y política*. Lima: Red para el desarrollo de las ciencias sociales en el Perú, 2003. *Apud*: LOPES, Ana Maria D'Ávila . Desafios e perspectivas dos direitos das minorias no século XXI. **Nomos** (Fortaleza), v. v 28.2, p. 161-170, 2008.

WALZER, Michael. **Da Tolerância**. Trad. Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PARTE 2: 2001 – 2011

GRUPO/TERMO	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
AFRODESCENDENTE/NEGRO			TJSC=1		TJRJ=1 TRF3=1 TRF4=1	TJRJ=2 TRF1=1 TRF4=2	TJMG=1 TJRJ=2	STJ=1 TRF3=1 TRF4=3	TJSC=2 TRF4=12 TRF5=2 STF (MC)=1 STJ=1	STJ=1 TRF1=2 TRF4=2	
CIGANO	TJMG=1	TJRS=1	TJSP=2		TJSP=1		TJMG=1	TJMG=1	TJMG=1		
HOMOSSEXUAL/HOMOAFETIVO	TRF5=1	TRF4=1	TRF1=1	TJMG=1 TRF4=4 TRF5=2	TRF4=1 TRF5=1	TJSP=1 STJ=1 TRF2=1 TRF4=4 TRF5=3	TRF2=1 TRF1=1 TRF3=1 TRF4=1 TRF5=1	TJMG=1 STJ=3 TRF2=4 TRF4=1 TRF5=3	TJSP=1 TRF1=1 TRF2=1 TRF3=2 TRF4=6 TRF5=2	TJSC=1 STJ=1 TRF2=3 TRF3=1 TRF4=1	STF=1
ÍNDIO/INDÍGENA	STF=2 TRF2=1 TRF4=2 TRF5=1	TRF3=1 TRF4=4 TRF5=1	TRF1=1 TRF4=7 TRF5=1	TRF1=1 TRF5=1	STF=2 TRF1=1 TRF3=1 TRF4=1 TRF5=1	STF=1 STJ=1 TRF1=1 TRF3=1 TRF4=7 TRF5=1	STJ=2 TRF1=2 TRF3=1 TRF4=5 TRF5=1	STF=2 STJ=3 TRF1=2 TRF2=1 TRF3=1 TRF4=2 TRF5=4	STJ=1 TRF1=4 TRF2=1 TRF3=1 TRF4=4 TRF5=4	STJ=1 TRF2=1 TRF4=1 TRF5=1	
JUDEU			STF=1					TJMG=1		STF=1	
MULHER							TJMG=1	TJGO=1 TJMG=1 TJSC=1	TJMG=6	TJMG=2	
PORTADOR DE DEFICIÊNCIA/DEFICIENTE					TJPE=1	TJRJ=1	TJMG=1	TJPB=2 STJ=1 TRF3=1	TJPB=1 TJSC=1 TRF4=1	TJSC=1 TJSP=1	
QUILOMBOLA/QUILOMBO	TJSP=1		TJMT=1 TJSP=2		TJRS=1 TJSP=3	TRF2=1 TJSP=3	STJ=1 TRF1=2 TJPA=1	TRF1=1 TRF2=1 TJPA=1	STJ=1 TRF1=2 TRF2=1 TRF3=1 TRF4=1 TJMG=1 TJRS=1	TRF5=1	

RELIGIÃO			TRF1=1	TRF2=1	STJ=1		TRF2=1 TRF4=1	TJRJ=1 TRF4=1	STF=1		
MINORIA/MINORIAS			TJRJ=1 TRF2=1		TJMG=1	TRF1=1					
TOTAL = 250 casos											

TABELA 2
CASOS ANALISADOS

PARTE 1: STF/STJ E TRFs

GRUPO/TERMO	STF	STJ	TRF1	TRF2	TRF3	TRF4	TRF5
AFRODESCENDENTE/NEGRO * Ver verbete MINORIA/MINORIAS	ADPF 186 MEDIDA CAUTELAR (DJ 06/08/2009; Julg. 07/08/2009)	CONFLITO DE COMPETÊNCIA 102.454/RJ (DJ 15/04/2009; Julg. 25/03/2009) HC 121813 / SC - HABEAS CORPUS (DJ 22/03/2010; Julg. 04/03/2010) 26089 / PR - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA (DJ 12/05/2008; Julg. 22/04/2008)	0002190-47.2009.4.01.3300/BA -REMESSA EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANÇA (cotas) (DJ 26/03/2010; Julg. 15/03/2010) 0000732-90.2008.4.01.3700/MA - REMESSA EX OFFICIO (cotas) (DJ 26/02/2010; Julg. 17/02/2010) 2003.33.00.007199-9/BA - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA (cotas) (DJ 02/05/2006; Julg. 06/02/2006)			200871000022370 - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (DJ 11/02/2009; Julg. 20/01/2009) 2009.04.00.037068-2 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (DJ 24/02/2010; Julg. 19/01/2010) 2009.04.00.017091-7 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (DJ 16/12/2009; Julg. 17/11/2009) 2009.04.00.026766-4 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (DJ 19/10/2009; Julg. 07/10/2009) 2009.04.00.005484-0 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (DJ 19/08/2009; Julg.28/07/2009)	200880000031529 - APELAÇÃO CÍVEL (DJ 18/06/2009; Julg.19/05/2009) 0002040-59.2005.4.05.8000 - APELAÇÃO CÍVEL (DJ 15/12/2009; Julg.03/12/2009)

						<p>2009.72.00.000481-7 - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (DJ 07/08/2009; Julg. 23/07/2009)</p> <p>2009.04.00.012111-6 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (DJ 27/07/2009; Julg. 17/06/2009)</p> <p>2005.70.00.005657- 1/PR - APELAÇÃO CÍVEL (Julg. 03/05/2010)</p> <p>2009.04.00.007415- 1/RS - AGRAVO DE INSTRUMENTO (DJ 17/06/2009; Julg. 02/06/2009)</p> <p>2009.04.00.013611-9 - MEDIDA CAUTELAR INOMINADA (DJ 19/05/2009; Julg. 11/05/2009)</p> <p>2009.04.00.004495-0 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (DJ 03/06/2009; Julg. 28/04/2009)</p> <p>2008.71.00.016723-2 - APELAÇÃO CÍVEL (DJ 01/04/2009; Julg. 10/03/2009)</p> <p>2008.04.00.042365-7 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (DJ 15/07/2009; Julg. 03/03/2009)</p> <p>2009.04.00.003536-4 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (DJ 05/02/2009; Julg. 30/01/2009)</p> <p>2008.71.00.002234-5 - APELAÇÃO CÍVEL (DJ 12/08/2009;</p>	
--	--	--	--	--	--	---	--

						<p>Julg.02/09/2008) 2008.04.00.013342-4 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (DJ 22/07/2009; Julg.26/08/2008) 2008.04.00.004820-2 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (DJ 27/02/2008; Julg.18/02/2008) 2005.70.00.013067-9 - APELAÇÃO CIVEL (DJ 04/10/2006; Julg.25/07/2006) 2005.04.01.012945-3 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (DJ 27/07/2005; Julg.14/06/2005) 2005.70.00.003167-7 - APELAÇÃO CIVEL (DJ 07/02/2007; Julg.12/12/2006)</p>	
CIGANO		RHC 3467 / BA - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS (DJ 16/05/1994; Julg. 25/04/1994)					
HOMOSSEXUAL/HOMOAFETIVO	ADPF 132 (DJ 14/10/2011; Julg. 05.05.2011)	REsp 1026981/RJ (DJ 23/02/2010; Julg. 04/02/2010) REsp 820475 / RJ (DJ 06/10/2008; Julg. 02/09/2008) 971466 / SP - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO (DJ 05/11/2008; Julg. 02/09/2008) REsp 1063304 / SP (DJ 13/10/2008; Julg. 26/08/2008)	2005.34.00.013248- 1/DF - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA (DJ 01/10/2007; Julg.03/09/2007) 2003.01.00.000697- 0/MG - AGRAVO DE INSTRUMENTO (DJ 29/04/2004; Julg.29/04/2003) 1999.01.00.003173- 5/DF - APELAÇÃO CIVEL (DJ 15/10/2001; Julg. 26/09/2001)	200102010428999 - EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CIVEL (DJ 24/08/2007; Julg.16/08/2007) 2008.51.01.009157-6 - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (DJ 18/03/2010; Julg. 09/03/2010) 2004.51.02.004258-1 - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (DJ 05/05/2010; Julg. 27/04/2010)	2002.61.83.003834-4 - APELAÇÃO CÍVEL (DJ 08/11/2007; Julg.15/10/2007) 2006.63.01.015675-2 - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (DJ 28/04/2009; Julg.02/03/2009) 2007.61.83.003220-0 - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (DJ 15/04/2010; Julg.06/04/2010) 2004.03.99.031332-6 - APELAÇÃO CÍVEL (DJ	2006.71.00.025761-3 - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (DJ 10/05/2010; Julg.14/04/2010) 2008.70.00.015828-9 - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (DJ 30/11/2009; Julg.18/11/2009) 2002.71.00.053659-4 - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (DJ 31/08/2009; Julg.19/08/2009) 2003.71.00.039987-0 -	0007763322005405830001- Embargos Infringentes na Apelação Cível (DJ 20/11/2009; Julg.04/11/2009) 0002682-86.2006.4.05.8100 - Apelação / Reexame Necessário (DJ 16/06/2009; Julg.30/04/2009) 0006315-53.2007.4.05.8300 - Apelação / Reexame Necessário (DJ 26/02/2009; Julg. 20/11/2008) 0010693-52.2007.4.05.8300 - Apelação Cível (DJ 18/11/2008;

		REsp 238715 / RS (DJ 02/10/2006; Julg. 07/03/2006) RHC 7475 / SP - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS (DJ 11/12/2000; Julg. 01/07/1998) REsp 154857 / DF (DJ 26/10/1998; Julg. 26/05/1998)	2002.31.00.001202-0/AP - APELAÇÃO CIVEL (DJ 26/06/2009; Julg. 22/04/2009)	2003.51.02.008169-7 - APELAÇÃO CIVEL (DJ 24/05/2010; Julg. 11/05/2010) 2003.51.01.027432-6 - APELAÇÃO CIVEL (DJ 16/01/2009; Julg. 15/12/2008) 2005.51.01.020261-0 - APELAÇÃO CIVEL (DJ 10/11/2008; Julg. 05/03/2008) 2002.51.01.016701-3 - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA (DJ 13/02/2006; Julg. 17/01/2006) 2005.51.01.007366-4 - APELAÇÃO CIVEL (DJ 23/01/2009; Julg. 13/01/2009) 2006.51.01.524632-2 - APELAÇÃO CIVEL (DJ 03/02/2009; Julg. 16/12/2008) 2003.51.01.027432-6 - APELAÇÃO CIVEL (DJ 16/01/2009; Julg. 15/12/2008)	13/05/2009; Julg.30/03/2009)	APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (DJ 09/09/2009; Julg.18/08/2009) 2008.71.00.004209-5 - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (DJ 27/07/2009; Julg. 15/07/2009) 2005.72.00.010829-0 - APELAÇÃO CIVEL (DJ 06/07/2009; Julg.24/06/2009) 2008.71.00.004210-1 - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (DJ 22/04/2009; Julg. 15/04/2009) 2004.70.00.035314-7 - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (DJ 26/01/2009; Julg. 17/12/2008) 2001.71.00.018298-6 - APELAÇÃO CIVEL (DJ 07/01/2008; Julg.04/12/2007) 2005.71.10.001969-0 - APELAÇÃO CIVEL (DJ 31/01/2007; Julg. 21/11/2006) 2003.71.00.052443-2 - APELAÇÃO CIVEL (DJ 22/11/2006; Julg. 24/10/2006) 2002.72.00.001422-1 - APELAÇÃO CIVEL (DJ 05/07/2006; Julg. 17/04/2006) 2004.70.00.018042-3 - APELAÇÃO CIVEL (DJ 22/03/2006; Julg. 14/03/2006) 2000.71.00.009347-0 - APELAÇÃO CIVEL (DJ 10/08/2005; Julg.	Julg.18/09/2008) 0061697-02.2007.4.05.0000 - Agravo de Instrumento (DJ 01/04/2008; Julg.10/01/2008) 0002921-90.2006.4.05.8100 - Apelação em Mandado de Segurança (DJ 16/11/2007; Julg.11/10/2007) 0020194-69.2003.4.05.8300 - Apelação Cível (DJ 06/12/2006; Julg.05/10/2006) 0019494-82.2001.4.05.8100 - Apelação Cível (DJ 27/10/2006; Julg.28/09/2006) 0028714-86.2003.4.05.0000 - Agravo de Instrumento (DJ 30/05/2006; Julg.30/03/2006) 0017834-87.2000.4.05.8100 - Apelação Cível (DJ 07/02/2006; Julg.13/12/2005) 0002275-92.2002.4.05.8400 - Apelação Cível (DJ 27/07/2004; Julg.17/06/2004) 0029875-34.2003.4.05.0000 - Agravo de Instrumento (DJ 14/05/2004; Julg.11/03/2004) 0057989-85.2000.4.05.0000 - Apelação Cível (DJ 13/03/2002; Julg.30/08/2001)
--	--	--	---	--	------------------------------	---	---

						<p>27/07/2005) 2001.70.00.027992-0 - APELAÇÃO CIVEL (DJ 09/03/2005; Julg. 15/12/2004) 2001.72.00.006119-0 - APELAÇÃO CIVEL (DJ 27/10/2004; Julg. 21/09/2004) 2002.04.01.021039-5 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (DJ 22/09/2004; Julg. 01/09/2004) 2003.04.01.040978-7 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (DJ 28/04/2004; Julg. 06/04/2004) 2001.04.01.027372-8 - APELAÇÃO CIVEL (DJ 20/11/2002; Julg. 17/10/2002) 2000.04.01.073643-8 - APELAÇÃO CIVEL (DJ 10/01/2001; Julg. 21/11/2000) 2000.04.01.044144-0 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (DJ 26/07/2000; Julg. 27/06/2000)</p>	
ÍNDIO/INDÍGENA	<p>80240 - HABEAS CORPUS (DJ 14/10/2005; Julg.20/06/2001) 91313 / RS - HABEAS CORPUS (DJ 2/09/2008; Julg. 02/09/2008) RE 419528 / PR (DJ 09/03/2007; Julg. 03/08/2006) AI 496653 AgR / AP - AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO (DJ 03/02/2006; Julg.06/12/2005)</p>	<p>24732 / ES - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS (DJ 01/03/2010; Julg. 04/02/2010) 124622 - PEDIDO DE EXTENSÃO NO HABEAS CORPUS (DJ 14/12/2009; Julg.03/12/2009) 100695 / MG - CONFLITO DE COMPETENCIA</p>	<p>2009.01.00.047341- 3/BA - HABEAS CORPUS (DJ 16/10/2009; Julg.22/09/2009) 1997.01.00.017140- 0/RR - APELAÇÃO CRIMINAL (DJ 11/09/2009; Julg. 01/09/2009) 2000.01.00.067444- 1/GO - APELAÇÃO CIVEL (DJ 04/09/2009; Julg.</p>	<p>2003.50.01.002014-4 - APELAÇÃO CIVEL (DJ 15/09/2008; Julg. 01/09/2008) 2005.02.01.010296-0 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (DJ 29/08/2006; Julg.22/08/2006) 2005.51.01.017911-9 - APELAÇÃO CIVEL (DJ 22/04/2010; Julg.13/04/2010) 2000.02.01.053000-5 -</p>	<p>2004.60.00.004489-5 - APELAÇÃO CRIMINAL (DJ 16/09/2008; Julg.18/08/2008) 2000.60.00.002532-9 - APELAÇÃO CIVEL (DJ 08/07/2008; Julg.11/12/2006) 2005.03.99.007786-6 - APELAÇÃO CIVEL (DJ 18/04/2007; Julg.03/04/2007) 2004.03.00.066491-4 - AGRAVO DE</p>	<p>2006.70.01.001373-1 - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (DJ 05/05/2010; Julg.13/04/2010) 2006.72.02.008674- 7/SC - APELAÇÃO CRIMINAL (DJ 23/03/2010; Julg.17/03/2010) 2005.04.01.000728- 1/PR - APELAÇÃO CIVEL (DJ 27/11/2009; Julg.24/11/2009)</p>	<p>101221/PE - Agravo de Instrumento (DJ 20/05/2010; Julg.04/05/2010) 91036/PB - Agravo de Instrumento (DJ 11/02/2010; Julg.12/03/2009) AC 376244/PE - Apelação Cível (DJ 28/10/2009; Julg.06/10/2009) 341818/CE - Apelação Cível (DJ 08/09/2009; Julg.18/08/2009)</p>

	<p>85198 / MA - HABEAS CORPUS (DJ 09/12/2005; Julg.17/11/2005) 79530 / PA - HABEAS CORPUS (DJ 25/02/2000; Julg.16/12/1999) 80240 / RR - HABEAS CORPUS (DJ 14/10/2005; Julg. 20/06/2001)</p>	<p>(DJ 18/09/2009; Julg. 26/08/2009) 105045 / AM - CONFLITO DE COMPETENCIA (DJ 01/07/2009; Julg. 10/06/2009) 77280 / RS - HABEAS CORPUS (DJ 09/03/2009; Julg. 11/12/2008) REsp 911183 / SC (DJ 08/06/2009; Julg. 04/12/2008) 87422 / AC - HABEAS CORPUS (DJ 19/12/2008; Julg.24/11/2008) 91121 / MS - HABEAS CORPUS (DJ 31/01/2008; Julg. 06/11/2007) 419528 / PR - RECURSO EXTRAORDINARIO (DJ 09/03/2007; Julg. 03/08/2006) CC 37833 / RR - CONFLITO DE COMPETENCIA (DJ 26/03/2007; Julg. 14/03/2007) REsp 222653 / RR - (DJ 30/10/2000; Julg. 12/09/2000)</p>	<p>24/08/2009) 2003.37.00.001010-9/MA - APELAÇÃO CRIMINAL (DJ 17/07/2009; Julg. 23/06/2009) 2008.01.00.055412-4/BA - HABEAS CORPUS (DJ 09/01/2009; Julg.24/11/2008) 2003.42.00.001201-0/RR - APELAÇÃO CRIMINAL (DJ 12/11/2008; Julg.21/10/2008) 2002.41.00.004037-0/RO - APELAÇÃO CÍVEL (DJ 09/11/2007; Julg.17/10/2007) 2006.35.00.004203-3/GO - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA (DJ 13/07/2007; Julg.25/06/2007) 2000.01.00.136615-0/MA - RECURSO CRIMINAL (DJ 03/02/2006; Julg. 10/10/2005) 2001.32.00.007275-9/AM - RECURSO CRIMINAL (DJ 07/05/2004; Julg.30/03/2004) 1999.01.00.099054-9/RR - REMESSA EX OFFICIO (DJ 08/05/2003; Julg.03/04/2003)</p>	<p>RECURSO CRIMINAL (DJ 05/06/2001; Julg.17/04/2001) 200050010031876 - APELAÇÃO CRIMINAL (DJ 14/05/2009; Julg.06/05/2009)</p>	<p>INSTRUMENTO (DJ 13/09/2005; Julg.25/07/2005) 2002.03.99.016415-4 - RECURSO CRIMINAL (DJ 07/11/2002; Julg.10/09/2002) 98.03.023808-6 - RECURSO CRIMINAL (DJ 25/08/1998; Julg.23/06/1998) 2004.03.00.071860-1 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (DJ 23/07/2009; Julg.24/03/2009)</p>	<p>2007.71.04.006854-6/RS - APELAÇÃO CÍVEL (DJ 02/12/2009; Julg.17/11/2009) 2007.70.00.018111-8/PR - APELAÇÃO CÍVEL (DJ 18/11/2009; Julg.17/11/2009) 2009.70.06.000746-6/PR - APELAÇÃO CÍVEL (DJ 22/10/2009; Julg.21/10/2009) 2007.71.00.035263-8/RS - APELAÇÃO CÍVEL (DJ 06/11/2009; Julg.04/11/2008) 2003.72.02.002277-0/SC - APELAÇÃO CÍVEL (DJ 19/11/2008; Julg.10/09/2008) 2007.71.17.001289-9/RS - RECURSO CRIMINAL EM SENTIDO ESTRITO (DJ 06/02/2008; Julg.18/12/2007) 2007.04.00.036560-4/SC - HABEAS CORPUS (DJ 06/02/2008; Julg.18/12/2007) 1999.72.01.005824-4 - APELAÇÃO CIVEL (DJ 03/09/2007; Julg.15/08/2007) 2004.72.02.001634-7 - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CIVEL (DJ 23/07/2007; Julg.11/07/2007) 2007.04.00.000936-8 - HABEAS CORPUS (DJ 14/02/2007; Julg.06/02/2007) 2003.72.02.001108-4 -</p>	<p>466490/PE - Apelação Cível (DJ 10/07/2009; Julg.14/05/2009) 3408/PE - Habeas Corpus (DJ 02/12/2008; Julg.04/11/2008) 5818/PE - Apelação Criminal (DJ 26/11/2008; Julg. 11/11/2008) 5185/PE - Apelação Criminal (DJ 02/10/2008; Julg. 09/09/2008) 84105/CE - Agravo de Instrumento (DJ 27/06/2008; Julg. 20/05/2008) 410210/PE - Apelação Cível (DJ 12/09/2007; Julg.21/08/2007) 59602/CE - Agravo de Instrumento (DJ 14/06/2006; Julg. 09/05/2006) 344734/PE - Apelação Cível (DJ 08/11/2005; Julg.13/09/2005) 85375/PE - Mandado de Segurança (DJ 25/01/2005; Julg.18/11/2004) 1658/PE - Habeas Corpus (DJ 27/06/2003 ; Julg.22/05/2003) 32994/PB - Agravo de Instrumento (DJ 28/04/2003; Julg.01/10/2002) 32994/PB - Agravo Regimental no Agravo de Instrumento (DJ 15/03/2002; Julg.13/03/2001)</p>
--	---	---	---	---	---	--	---

						<p>RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (DJ 27/09/2006; Julg.13/09/2006) 2001.72.02.004671-5 - APELAÇÃO CRIMINAL (DJ 27/09/2006; Julg.12/09/2006) 2005.04.01.052760-4 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (DJ 20/09/2006; Julg.19/07/2006) 2003.71.01.001937-0 - APELAÇÃO CIVEL (DJ 30/08/2006; Julg.10/07/2006) 2003.71.01.001894-8 - APELAÇÃO CRIMINAL (DJ 26/04/2006; Julg.05/04/2006) 2001.04.01.071752-7 - AÇÃO PENAL (DJ 29/03/2006; Julg.16/03/2006) 2003.72.02.004616-5 - APELAÇÃO CIVEL (DJ 05/04/2006; Julg.06/03/2006) 2004.04.01.011999-6 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (DJ 03/08/2005; Julg. 08/06/2005) 2002.71.00.051425-2 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (DJ 21/01/2004; Julg. 10/12/2003) 2002.72.02.000898-6 - APELAÇÃO CIVEL (DJ 17/12/2003; Julg. 09/12/2003) 2001.04.01.009668-5 - APELAÇÃO CRIMINAL (DJ 17/09/2003; Julg.</p>	
--	--	--	--	--	--	---	--

						<p>27/08/2003) 2002.04.01.041639-8 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (DJ 16/07/2003; Julg. 25/06/2003) 2002.04.01.047966-9 - APELAÇÃO CRIMINAL (DJ 02/07/2003; Julg. 17/06/2003) 2001.04.01.071752-7 - AÇÃO PENAL (DJ 21/05/2003; Julg.28/04/2003) 2002.71.04.000393-1 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (DJ 12/03/2003; Julg. 17/02/2003) 2000.04.01.091484-5 - APELAÇÃO CIVEL (DJ 07/05/2003; Julg. 17/12/2002) 2001.04.01.071752-7 - AÇÃO PENAL (DJ 30/10/2002; Julg. 16/10/2002) 2001.04.01.080440-0 - APELAÇÃO CRIMINAL (DJ 14/08/2002; Julg. 24/07/2002) 2001.04.01.085030-6 - HABEAS CORPUS (DJ 20/03/2002; Julg. 19/02/2002) 2001.72.09.001442-9 - APELAÇÃO CIVEL (DJ 16/01/2002; Julg. 20/11/2001) 2000.71.04.001647-3 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (DJ 25/04/2001; Julg. 01/03/2001) 1998.04.01.026233-0 - APELAÇÃO CIVEL (DJ</p>	
--	--	--	--	--	--	---	--

						17/01/2001; Julg. 26/10/2000) 1999.04.01.009219-1 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (DJ 31/01/2001 ; Julg. 24/10/2000) 1999.04.01.062182-5 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (DJ 09/08/2000; Julg. 30/05/2000) 1999.04.01.026342-8 - HABEAS CORPUS (DJ 23/06/1999 ; Julg. 27/05/1999) 93.04.30716-3 - APELAÇÃO CRIMINAL (DJ 13/03/1996; Julg. 05/12/1995)	
JUDEU	STA 389 AgR / MG - AG.REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA (DJ 13/05/2010; Julg. 03/12/2009) HC 82424 / RS - HABEAS CORPUS (DJ 19/03/2004 ; Julg. 17/09/2003)	HC 15155 / RS (DJ 18/03/2002; Julg.18/12/2001)					
MULHER							
PORTADOR DE DEFICIÊNCIA/ DEFICIENTE		REsp 1046475/ES (DJ 08/09/2008; Julg.12/08/2008)				200870000108705 - REMESSA EX OFFICIO EM AÇÃO CÍVEL (DJ 15/04/2009; Julg.10/03/2009)	
QUILOMBOLA/QUILOMBO		REsp 931060 / RJ (DJ 19/03/2010; Julg. 17/12/2009) 901536 / RS - AGRAVO REGIMENTAL NO	2005.01.00.030537-6/MT - AGRAVO DE INSTRUMENTO (DJ 11/12/2009; Julg.16/11/2009) 2007.34.00.006418-	1998.51.01.009932-4 - APELAÇÃO CÍVEL (DJ 15/08/2006; Julg. 08/08/2006) 1999.51.01.001700-2 - APELAÇÃO CÍVEL (DJ	200603000291729 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (DJ 14/10/2009; Julg. 28/07/2009) 2004.03.99.037453-4 -	2009.04.00.003680-0/SC - AGRAVO DE INSTRUMENTO (DJ 27/01/2010; Julg. 24/11/2009) 2007.04.00.005736-	0060848-93.2008.4.05.0000 - Agravo de Instrumento (DJ 19/03/2010; Julg.11/02/2010)

		RECURSO ESPECIAL (DJ 17/05/2007; Julg. 24/04/2007)	8/DF - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA (DJ 22/09/2008; Julg. 15/08/2008) 2007.01.00.027476-6/DF - AGRAVO DE INSTRUMENTO (DJ 30/11/2007; Julg. 19/11/2007) 2006.35.01.000324-8/GO - APELAÇÃO CIVEL (DJ 28/03/2007; Julg. 13/03/2007) 2005.31.00.000879-6/AP - APELAÇÃO CIVEL (DJ 11/12/2009; Julg. 18/11/2009)	09/10/2009; Julg. 28/09/2009) 2008.02.01.009384-4 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (DJ 15/01/2009; Julg. 17/12/2008)	REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL (DJ 03/02/2009; Julg. 15/12/2008)	3/RS - AGRAVO DE INSTRUMENTO (DJ 07/01/2008; Julg. 18/12/2007)	
RELIGIÃO	389 AgR / MG - AG.REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA (Shabat) (DJ 13/05/2010; Julg. 03/12/2009)	16107 / PA - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA (adventista) (DJ 01/08/2005; Julg. 31/05/2005)	1997.01.00.006643-4/RO - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA (DJ 20/03/2003; Julg. 25/02/2003) 90.01.01978-1/GO - REMESSA EX OFFICIO (DJ 17/12/1990; Julg. 06/11/1990)	2005.50.01.012623-0 - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA (DJ 08/10/2007; Julg. 19/09/2007) 2001.51.01.021679-2 - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA (DJ 13/10/2004; Julg. 28/09/2004)		2007.70.00.031253-5/PR - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA (DJ 05/06/2008; Julg. 13/05/2008) 2006.70.00.028865-6/PR - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA (Julg. 10/08/2007)	
MINORIA/MINORIAS			1999.38.00.036330-8/MG - APELAÇÃO CIVEL (cotas sociais) (DJ 19/04/2007; Julg. 13/12/2006)	200202010337860 - REMESSA EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANÇA (DJ 09/01/2004; Julg. 04/11/2003)	199903990378128 - REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL (DJ 29/06/2009; Julg. 13/12/2000)		

PARTE 2: TJAC, TJAL, TJAP, TJAM, TJBA, TJCE, TJDFT, TJES, TJGO, TJMA, TJMT, TJMS E TJMG

JUDEU													7668226-33.2007.8.13.0024 - APELAÇÃO CÍVEL (DJ 19/12/2008; Julg. 25/11/2008)
MULHER													0808918-70.2008.8.13.0024 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (DJ 07/10/2009; Julg. 09/09/2009) 4531526-04.2007.8.13.0024 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (DJ 30/09/2009; Julg. 26/08/2009) 5646927-34.2007.8.13.0024 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (DJ 30/09/2009; Julg. 02/09/2009) 5096107-68.2007.8.13.0024 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (DJ 10/07/2009; Julg. 03/06/2009) 9360218-72.2008.8.13.0024 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (DJ 04/02/2009; Julg. 21/01/2009) 4661562-12.2007.8.13.0000 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (DJ 31/05/2008; Julg. 20/05/2008) 4570029-69.2007.8.13.0000 - APELAÇÃO CÍVEL (DJ 15/12/2007; Julg. 13/11/2007) 5572015-23.2009.8.13.0145 - AGRAVO DE INSTRUMENTO CRIMINAL (DJ 16/07/2010; Julg. 24/06/2010) 2682785-80.2008.8.13.0433 - APELAÇÃO CRIMINAL (DJ 23/06/2010; Julg. 28/04/2010) 2238528-65.2006.8.13.0672 - APELAÇÃO CRIMINAL (DJ 23/06/2010; Julg.
													65528-5/180 - AGRAVO DE INSTRUME NTO (DJ 25/11/2008; Julg. 02/10/2008)

													18/03/2009)
PORTADOR DE DEFICIÊNCIA/DEFICIENTE													4408305-90.2006.8.13.0000 - APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO (DJ 16/03/2007; Julg. 07/02/2007)
QUILOMBOLA/QUILOMBO											46746 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (2003)		7515724-12.2007.8.13.0024 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (DJ 24/03/2009; Julg. 05/03/2009)
RELIGIÃO													
MINORIA/MINORIAS											RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL - CLASSE I - 14 - Nº 3.491/00 (cor do braço) (Julg. 22/08/2000)		3043634-61.2000.8.13.0000 - MANDADO DE SEGURANÇA (sem-terra) (DJ 26/04/2000; Julg. 11/04/2000) 0307565-50.2001.8.13.0686 - APELAÇÃO CRIMINAL (crime de preconceito raça) (DJ 25/08/2005; Julg. 04/08/2005) 0016931-03.2003.8.13.0498 - APELAÇÃO CRIMINAL (homossexualidade como desvio psicológico alegado pela defesa) (DJ 20/05/2005; Julg. 17/05/2005)

PARTE 3: TJPA, TJPB, TJPR, TJPI, TJRJ E TJRN

GRUPO/TERMO	TJPA	TJPB	TJPR	TJPE	TJPI	TJRJ	TJRN
AFRODESCENDENTE/ NEGRO * Ver verbete MINORIA/MINORIAS						0024253-45.2003.8.19.0001 (2004.001.04268) - APELAÇÃO (cotas também para pardos e cotas sociais) (Julg. 21/11/2007) 0031592-84.2005.8.19.0001 (2007.001.02331) - APELAÇÃO (cotas também para pardos e cotas sociais) (Julg. 28/08/2007) 0035260-97.2004.8.19.0001 (2005.001.26268) - APELAÇÃO (cotas também para pardos e cotas sociais) (Julg. 16/05/2006) 0032953-42.2005.8.19.0000 (2005.017.00015) - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE (cotas universidade) (Julg. 17/04/2006) 0023764-08.2003.8.19.0001 (2004.001.06281) - APELAÇÃO (cotas universidade) (Julg. 15/02/2005)	
CIGANO						0000690-75.2007.8.19.0035 - APELAÇÃO (Julg. 10/12/2009)	
HOMOSSEXUAL/ HOMOAFETIVO							
ÍNDIO/INDÍGENA							
JUDEU						0002541-12.1997.8.19.0000 - APELAÇÃO (Julg. 16/12/1997)	
MULHER							
PORTADOR DE DEFICIÊNCIA/DEFICIE NTE		99920080008793001 - MANDADO DE SEGURANÇA (Julg. 01/04/2009) 99920080006128001 - MANDADO DE SEGURANÇA (Julg. 19/11/2008) 99920080004875001 - MANDADO DE SEGURANÇA (Julg. 24/09/2008)		123706-7/01 - AGRAVO REGIMENTAL (Julg. 9/6/2005)		0012243-32.2004.8.19.0001 (2006.001.08017) - APELAÇÃO (Julg. 04/04/2006)	
QUILOMBOLA/ QUILOMBO	20043004682-4 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (Julg. 16/05/2008) 20053002125-9 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (Julg. 08/10/2007)						

RELIGIÃO						0012483-82.2008.8.19.0000 (2008.002.11732) - AGRAVO DE INSTRUMENTO (adventista) (Julg.24/04/2008) *monocrática	
MINORIA/ MINORIAS						0108825-46.1994.8.19.0001 (2003.005.00127) - EMBARGOS INFRINGENTES (praticantes de nudismo) (Julg. 25/11/2003)	

PARTE 4: TJRS, TJRO, TJRR, TJSC, TJSP, TJSE E

GRUPO/TERMO	TJRS	TJRO	TJRR	TJSC	TJSP	TJSE	TJTO
AFRODESCENDENTE/NEGRO * Ver verbete MINORIA/MINORIAS				2008.014214-4 - APELAÇÃO CÍVEL (cota concurso) (Julg. 08/01/2009) 2003.003640-7 - APELAÇÃO CRIMINAL (crime de racismo) (Julg.13/05/2003) 2005.021645-7 - APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA (cota concurso) (Julg.09/06/2009)			
CIGANO	699226494 - HABEAS CORPUS (Julg. 26/05/1999) 70003811726 - HABEAS CORPUS (Julg. 05/02/2002)				255.676-3/0-00 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (Julg. 14/10/1999) 415.2213/0 - PEDIDO DE DESAFORAMENTO (Registro 03/06/2003) 993030827733 - PEDIDO DE DESAFORAMENTO (Registro 12/12/2003) 993050804615 - HABEAS CORPUS (Registro 02/08/2005)		
HOMOSSEXUAL/HOMOAFETIVO				2007.063226-2 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (Julg. 05/05/2010) 994093440303 - APELAÇÃO COM REVISÃO (Registro 29/06/2009; Julg. 17/06/2009) 994050879470 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA (Registro 18/10/2006)			
ÍNDIO/INDÍGENA							
JUDEU							

MULHER				2008.001478-0 - APELAÇÃO CRIMINAL (Julg. 18/07/2008) 993060088807 - MANDADO DE SEGURANÇA (Registro 05/07/2007)		
PORTADOR DE DEFICIÊNCIA/DEFICIENTE				2008.000001-1- APELAÇÃO CÍVEL (Julg. 18/03/2010)	994020036363 - APELAÇÃO CÍVEL (Registro 15/04/2010; Julg. 29/03/2010) 994093738692 - APELAÇÃO (Registro 12/04/2010; Julg. 22/03/2010)	
QUILOMBOLA/ QUILOMBO	70011999836 - Agravo de Instrumento (DJ 28/09/2005; Julg. 06/09/2005) 70027278886 - Apelação Cível (DJ 14/04/2009; Julg. 25/03/2009)				994051097864 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (Registro 20/10/2006) 991020071109 - APELAÇÃO COM REVISÃO (Registro 06/09/2006) 991030556024 - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (Registro 22/05/2006) 993050508048 - APELAÇÃO CRIMINAL (Registro 19/12/2005) 994050060530 - CONFLITO DE COMPETÊNCIA (Registro 12/08/2005) 994040137541 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (Registro 17/02/2005) 994030524119 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (Registro 20/11/2003) 994030573497 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (Registro 16/04/2003) 991010468529 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (Registro 23/09/2002; Julg. 17/09/2001)	
RELIGIÃO						
MINORIA/ MINORIAS					991040280870 - AGRAVO DE INSTRUMENTO (caçara) (Registro 21/09/2004; Julg. 10/08/2004)	