A PROTEÇÃO JURÍDICA DAS MINORIAS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: UMA VISÃO PANORÂMICA

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS*

PAULO LUCENA DE MENEZES**

I. Introdução — II. A Constituição Brasileira de 1988 — III. O Programa Nacional de Direitos Humanos e os direitos das minorias

*I. Introdução*¹

Até em razão do significado do tema no contexto da história da humanidade,² a proteção jurídica de grupos minoritários, como é sabido, é uma preocupação da Organização das Nações Unidas (ONU) desde o seu surgimento, não obstante a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos tenham se omitido a este respeito, limitando-se a proibir discriminações baseadas na raça, no sexo, na língua e na religião dos indivíduos.

Assim é, que a Comissão de Direitos Humanos, ainda em 1947, criou uma subcomissão com duas incumbências: a prevenção da discriminação e a proteção das minorias. Esta, contudo, pouco conseguiu avançar na década subsequente, ante a dificuldade de se chegar a um consenso sobre o conceito de “minorias”, além da enorme resistência que a discussão do tópico suscitava, em razão, entre outros motivos, de sugerir uma ingerência internacional na órbita interna dos Estados.

1 Nota dos autores: em razão do tema proposto e do escopo do presente trabalho, optou-se por privilegiar autores brasileiros ou radicados no Brasil.

2 Cf. IVES GANDRA MARTINS, *Uma Visão do Mundo Contemporâneo*, Pioneira, pp. 37-39.

* Advogado em São Paulo (Brasil). Professor Emérito da Universidade Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Econômico e de Direito Constitucional.

** Advogado em São Paulo (Brasil). Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

A dificuldade em lidar com o assunto evidencia-se no fato de que este, no plano normativo, somente foi disciplinado pela ONU em 1966, com o advento do “Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos”³, cujo artigo 27 dispôs:

“Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua”.

Referido dispositivo, até por não apresentar uma definição de “minorias”, ensejou a nomeação de um especialista, por parte da citada Subcomissão, para avaliar a extensão e o conteúdo dos direitos assegurados pelo aludido Pacto. O estudo solicitado, que ficou conhecido por ‘Relatório Capotorti’, em alusão ao seu autor (Francesco Capotorti), foi concluído em 1977, e sugeriu a elaboração de uma declaração internacional sobre os direitos das minorias, além de procurar identificar um conceito para este termo, mesmo reconhecendo as dificuldades existentes.

Para Capotorti, o vocábulo “minorias” designaria “um grupo numericamente inferior ao resto da população de um Estado, em posição não-dominante, cujos membros – sendo nacionais desse Estado – possuem características étnicas, religiosas ou lingüísticas diferentes das do resto da população e demonstre, pelo menos de maneira implícita, um sentido de solidariedade, dirigido à preservação de sua cultura, de suas tradições, religião ou língua”.⁴

O conceito de “minorias”, nessa ótica, estaria atrelado a quatro elementos essenciais⁵, a saber:

3 Referido diploma, como é cediço, foi concebido junto com o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. No Brasil, o Congresso Nacional aprovou a adesão aos dois textos normativos, sem reservas, por intermédio do Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991. JOSÉ AUGUSTO LINDGREN ALVES esclarece que o país não aderiu ao Primeiro Protocolo Facultativo, “aceitando apenas a competência — obrigatória — do Comitê dos Direitos Humanos para monitorar a situação interna através do exame de seus relatórios governamentais”, nem ao Segundo Protocolo Facultativo, em face de a pena de morte não ser aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro, exceto em caso de guerra (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, a). O mesmo autor destaca que o relatório inicial previsto no art. 40 do Pacto, foi encaminhado pelo Brasil em 1994, sendo fruto de um trabalho conjunto do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Justiça, em cooperação com o Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo. Este relatório foi publicado na forma de livro, em 1995 (A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos, FTD, pp. 43-44).

4 Cf. “*Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*”, United Nation Publication, p. 96.

5 Tendo como referência o citado art. 27 e o trabalho de CAPOTORTI, FABIO KONDER COMPARATO consignou: “Quatro são os critérios conceituais de natureza objetiva para o reconhecimento de uma minoria populacional. O primeiro deles é a existência, no seio da população de um Estado, de grupos que se distinguem por características étnicas, religiosas ou lingüísticas estáveis, nitidamente diferentes das que prevalecem no restante da população. O segundo critério, decorrente do próprio sentido literal do termo, é de ordem numérica: tais grupos não devem constituir a maioria da população. Em terceiro lugar, porém, a noção de minoria discriminada

a) o elemento numérico. Este elemento, isoladamente, não permite identificar a existência de uma “minoria”, em sentido estrito. De fato, não existe uma referência precisa sobre o tamanho mínimo (ou mesmo máximo) que um determinado grupo de indivíduos deve apresentar para ser considerado uma “minoria”, observadas, evidentemente, as demais exigências conceituais. No entanto, ele é um dado relevante no que tange à representatividade social, pelo que, é objeto de atenção dos teóricos desde o advento dos Estados modernos;⁶

b) o elemento de não dominância. Além do aspecto numérico, para que o grupo seja considerado “minoria” ele não pode estar em uma posição dominante no Estado em que habita. Este elemento, porém, também não permite, por si só, a perfeita definição do termo, posto que ele também identifica uma outra categoria de indivíduos: os chamados “grupos vulneráveis”. Como bem elucida Gabi Wucher, “grupos vulneráveis podem, mas não precisam necessariamente constituir-se em grupos numericamente pequenos: mulheres, crianças e idosos podem ser considerados ‘grupos vulneráveis’, sem, no entanto, se constituírem em minoria.”⁷ Mesmo um grupo pequeno em posição de não-dominância ainda pode não ser considerado uma minoria, como, por exemplo, trabalhadores migrantes (por não serem cidadãos do país em que vivem) ou pessoas portadoras de deficiências (por falta de solidariedade com vistas à preservação de cultura, tradições, religião ou idioma)”;⁸

c) o elemento da nacionalidade. Embora ainda seja defendido por alguns doutrinadores, por diversas razões, foi abandonado posteriormente pelo próprio Capotorti;⁹

pressupõe o fato político de que tais grupos não se encontram em situação de poder na sociedade: a proteção exigida pela norma do artigo 27 não diz respeito, como é óbvio, às minorias oligárquicas. Em quarto e último lugar, a discriminação violadora desse direito humano supõe que discriminados e discriminados pertençam ao mesmo Estado” (*A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, Saraiva, p. 291).

6 Consta de “*Os Artigos Federalistas*”: “É de grande importância numa república não apenas proteger a sociedade contra a opressão de seus governantes, mas proteger uma parte da sociedade contra a injustiça da outra. Existem necessariamente diferentes interesses em diferentes classes de cidadãos. Se uma maioria estiver unida por um interesse comum, os direitos da minoria ficarão ameaçados. Há apenas dois métodos para evitar este mal: um envolve a criação, nessa comunidade, de um poder independente da maioria, isto é, um poder da própria sociedade; o outro insere na sociedade um número tão grande de categorias distintas de cidadãos que tornaria muito improvável, se não impraticável, o conluio injusto de uma maioria” (Madison, Número LI) (*Os Artigos Federalistas*, Nova Fronteira, p. 351).

7 Alguns “grupos vulneráveis”, inclusive, são objeto de textos normativos específicos da ONU (v.g. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979).

8 Cf. *Minorias: Proteção Internacional em Prol da Democracia*, Ed. Juarez de Oliveira, p. 46.

9 Cf. WUCHER, ob. cit., p. 47.

d) o elemento da solidariedade. Por fim, o último elemento exige não só uma identidade comum, mas uma vontade do grupo, ainda que implícita, em preservar essa mesma identidade (ex. cultura, idioma, religião ou tradições).¹⁰

Apesar de a definição proposta por Capotorti não ter obtido consenso – o que ocorreu, igualmente, com as demais sugestões apresentadas perante a ONU — a Comissão de Direitos Humanos acatou uma de suas recomendações e criou, em 1978, um grupo de trabalho destinado a elaborar uma declaração internacional versando sobre os direitos das minorias. Este grupo, que, curiosamente, reuniu-se por mais de uma década sob a presidência de delegados da antiga Iugoslávia, concluiu sua missão em 1992, quando a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou a “Declaração sobre os Direitos de Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Lingüísticas”.¹¹

Esse importante documento, como registra o respectivo preâmbulo, buscou inspiração no artigo 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e ampara-se em princípios veiculados por outros instrumentos internacionais, como é o caso da “Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença” (1981), também oriunda da ONU, com a qual guarda algumas semelhanças.

É importante observar, todavia, que a Declaração em foco não traz, igualmente, uma definição para o vocábulo “minorias”, embora o próprio título restrinja-se às “minorias nacionais ou étnicas, religiosas e lingüísticas”. Entre as principais previsões contempladas, restam consagrados os direitos assegurados às pessoas pertencentes a minorias (art. 2º), que poderão ser exercidos individualmente ou em conjunto (art. 3º), sendo admitida, outrossim, a adoção de medidas positivas em favor de tais minorias (art. 8º).

Nitidamente motivada pelos conflitos com motivações étnicas e religiosas eclodiram em várias regiões do globo, a ONU vem destinando atenção especial ao tema, mediante diversas ações, entre as quais se sobressai a criação, em 1994, de um grupo de trabalho no âmbito da citada Subcomissão para Prevenção da Discriminação e Proteção de Minorias, com o fito de implementar os direitos reconhecidos por essa Declaração.

II. A Constituição Brasileira de 1988

A atual Constituição Federal do Brasil foi promulgada em 05 de outubro de 1988, e tem como característica marcante o fato de ser o primeiro texto constitucional que se seguiu ao regime militar que durou mais de duas décadas e que, como é

¹⁰ Existem, à evidência, controvérsias acerca da importância de critérios objetivos e subjetivos na identificação das minorias. Tal debate, contudo, não cabe nos estreitos limites do presente trabalho.

¹¹ Cf. ALVES, ob. cit., p. 235.

característico de tais intervenções ditatoriais, notabilizou-se por promover a ruptura da ordem constitucional que até então, de forma democrática, encontrava-se estabelecida. Não é difícil compreender, portanto, o destaque que esta Carta confere a tópicos como os direitos humanos fundamentais, a pluralidade política e a preservação dos princípios democráticos.

O texto originalmente aprovado – que já foi objeto de inúmeras alterações – continha 245 artigos, além de contemplar outros 70 artigos, que trataram das disposições transitórias. Todos os temas abordados estavam – como ainda estão – previstos em nove títulos, assim divididos: 1) princípios fundamentais; 2) dos direitos e garantias fundamentais; 3) da organização do Estado; 4) da organização dos Poderes; 5) da defesa do Estado e das instituições democráticas; 6) da tributação e do orçamento; 7) da ordem econômica e financeira; 8) da ordem social; 9) das disposições constitucionais gerais.

Já no preâmbulo da Constituição, aponta-se a “igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” que se reconhece como instituída.

Na sequência, o Título I, ao dispor sobre os “princípios fundamentais” que norteiam o sistema constitucional pátrio, elucida que a sociedade brasileira, adotando a forma de república federativa, ergue-se como “Estado Democrático de Direito”¹², tendo como fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art. 1º). Constam ainda como “objetivos fundamentais” do Brasil, entre outros, construir uma sociedade livre, justa e solidária, além de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV). Até em razão destas diretrizes, deve o país, no âmbito das relações internacionais – e nenhuma Constituição previu algo semelhante antes – pautar-se na prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, solução pacífica dos conflitos e repúdio ao terrorismo e ao racismo (art. 4º, II, III, VII e VIII).

Com relação aos “direitos e garantias fundamentais” (Título II), deve-se mencionar, inicialmente, que todas as Constituições brasileiras sempre contemplaram “Declarações de Direitos”, não obstante as duas primeiras, até pelo contexto histórico em que foram elaboradas (1824 e 1891), tenham se limitado a dispor sobre as “liberdades públicas”.

A Constituição Federal de 1988, contudo, apresenta algumas inovações.

12 JOSÉ AFONSO DA SILVA sublinha que “a democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um *processo de convivência social* numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, II), em que o poder emana do povo e que deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); *participativa*, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo (arts. 10, 14, I a III, 29, X e XI, 31, § 1º, 49, XV, 61, § 2º, 198, III, 204, II), *pluralista*, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias (arts. 1º, V, 17, 205, III)” (“*O Sistema Constitucional do Brasil*” in “*Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*”, Editorial Dykinson, Madrid, p. 136).

Como esclarece Manoel Gonçalves Ferreira Filho, os direitos e garantias fundamentais foram previstos, propositadamente, antes da própria estruturação do Estado (Título III), com o intuito de conferir-lhes o merecido destaque. Eles são apresentados na seguinte ordem: direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º)¹³, direitos sociais (arts. 6 a 11), direitos de nacionalidade (art. 12) e direitos políticos (a partir do art. 14). Deve-se observar, contudo, que a disciplina da matéria não ficou restrita a estes dispositivos, sendo previstos direitos fundamentais em outras passagens do texto constitucional, como é o caso do sistema tributário nacional.¹⁴ Ademais, como é tradição no sistema brasileiro, resta expressamente reconhecido que o elenco de direitos fundamentais constante da Carta é meramente exemplificativo, na medida em que se reconhece que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (art. 5º, § 2º, parte inicial).

Ocorre que, com o propósito de melhor assegurar a proteção aos direitos fundamentais, a Constituição não se limitou a tal orientação, reconhecendo também os direitos e garantias decorrentes “dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, § 2º, parte final). Referida previsão, como é compreensível, gerou controvérsias sobre o *status* e a hierarquia dos tratados internacionais dispondo sobre o tema no âmbito da ordem jurídica interna. No entanto, os especialistas sustentam, com apoio na linha jurisprudencial há muito fixada pelo Supremo Tribunal Federal, que os tratados internacionais têm sempre força de lei ordinária.¹⁵

No que tange especificamente ao tema ora enfocado, cumpre registrar, desde logo, que a Constituição Federal não se debruçou sobre o tema das minorias de forma técnica e articulada. A rigor, o texto constitucional em nenhum preceito refere-se expressamente ao termo, na acepção aceita, majoritariamente, pelos doutrinadores e pelos instrumentos internacionais que tratam do tópico.

Não se quer com isto asseverar que a Carta Magna é omissa. Ao invés, poderia-se até afirmar que ela é profícua em normas e princípios — talvez até além do que seria desejado — que se aplicam às minorias, não obstante ela seja muito mais generosa com o que acima se denominou de “grupos vulneráveis”, como se denota pela leitura das matrizes constitucionais relacionadas ao tópico.

13 Consta do art. 60 da Constituição Federal: “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV — os direitos e garantias individuais”. Sobre as polêmicas envolvendo este dispositivo, vide o estudo de IVES GANDRA MARTINS, “Cláusulas Pétreas” in “*Perspectivas Constitucionais nos 20 da Constituição de 1976*”, Coimbra Editora, pp. 145-166.

14 O mesmo autor conclui que, em linhas gerais, “no capítulo sobre os direitos e deveres individuais e coletivos (onde não se encontram deveres) estão os direitos da primeira geração, mais as garantias, no seguinte obviamente os direitos econômicos e sociais, a segunda geração. Quanto à terceira, esta se faz representar pelo solitário direito ao meio ambiente (art. 225)” (*Direitos Humanos Fundamentais*, Saraiva, p. 98).

15 Cf. JOSÉ FRANCISCO REZEK, *Direito Internacional Público*, Saraiva, pp. 104-106.

1. *Princípio da Igualdade.* A igualdade perante a lei (isonomia) é prevista de forma ampla no *caput* do artigo 5º, que estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.¹⁶ Não obstante essa previsão genérica, a Carta Magna confere destaque a determinadas situações, assegurando, por exemplo, a igualdade de tratamento entre os contribuintes de tributos (art. 150, II), o princípio do voto igualitário (art. 14, *caput*) e a proibição de se distinguir entre brasileiros natos e naturalizados, exceto quando admitido pela própria Constituição (art. 12, § 2º). Por outro lado, não se pode ignorar que houve uma nítida intenção de ultrapassar os limites da igualdade meramente formal, como se observa, entre outros casos possíveis de serem mencionados, pelo preceito que impõe a “igualdade de condições para o acesso e a permanência nas escolas” (art. 206, I).

2. *Proibição de práticas discriminatórias.* Como corolário do princípio da igualdade, as práticas discriminatórias são proibidas, sendo tipificadas como crime em algumas circunstâncias.

Neste sentido, resta previsto que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), ao passo que, em consonância com o disposto no citado art. 4º, a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (art. 5º, XLII).¹⁷ Na esfera da ordem social, não se admite “a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (art. 7º, XXX), nem em virtude do trabalhador ser portador de algum tipo de deficiência, como será apontado adiante.¹⁸

Nenhum indivíduo será também privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei (art. 5º, VIII).¹⁹

16 JOSÉ AFONSO DA SILVA leciona: “As constituições anteriores enumeravam as razões impeditivas de discriminar: *sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas*. Esses fatores continuam a ser encarecidos como possíveis fontes de discriminações odiosas e, por isso, desde logo, proibidas expressamente, como consta do art. 3º, IV, onde se dispõe que, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil está: promover o bem de todos, *sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*. (...) A Constituição assim o faz porque essas razões preconceituosas são as em que mais comumente se tomam como fundamento de discriminar” (ob. cit., p. 138).

17 A Lei n. 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor, foi alterada pela Lei n. 9.459/97, que ampliou o seu alcance, passando a tipificar também as discriminações ou preconceitos decorrentes de etnia, religião ou procedência nacional.

18 No início de 2002, o Tribunal Superior do Trabalho, por intermédio de sua Primeira Turma, decidiu pela primeira vez, no mérito, uma questão envolvendo discriminação racial. Por decisão unânime, determinou-se a reintegração no emprego de instrutor de formação profissional de um dos serviços nacionais de aprendizagem, reconhecendo-se que a demissão fora motivada por discriminação racial (RR 381.531/1997, Rel. Min. Ronaldo Lopes).

19 A Lei n. 8.239/91 dispõe sobre a prestação de serviço alternativo ao serviço militar, que no Brasil é obrigatório.

3. A Proteção de “grupos vulneráveis”

a) *Mulheres*. Segundo a Constituição, homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (art. 5º, I), o que é confirmado na disciplina da sociedade conjugal (art. 226, § 5º), do usucapião urbano (art. 183, § 1º) e da reforma agrária (art. 189, parágrafo único). A Constituição, entretanto, assegura tratamento diferenciado para as mulheres, que vão desde o reconhecimento das implicações de disparidades óbvias com o sexo masculino, como o direito das presidiárias de amamentarem os seus filhos (art. 5º, L) e a licença remunerada à gestante (art. 7º, XVIII), até as opções de natureza política e econômica, entre as quais se incluem: proteção do mercado de trabalho, mediante incentivos específicos, definidos em lei (art. 7º, XX), isenção do serviço militar obrigatório (art. 143, § 2º) e menor prazo para a aposentadoria por tempo de serviço (art. 201, § 7º, I e II);²⁰

b) *Pessoas Portadoras de Deficiências*. É competência *comum* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e da assistência pública, da proteção e da garantia dos portadores de deficiência (art. 23, II), sendo competência *concorrente* da União, dos Estados e do Distrito Federal, legislar sobre proteção e integração social dessas mesmas pessoas (art. 24, XIV). Ainda com relação aos deficientes, pode-se apontar as seguintes previsões: 1) a proteção contra qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão no trabalho (art. 7º, XXXI), 2) reserva percentual dos cargos e empregos públicos (art. 37, VIII)²¹, 3) criação, por parte do Estado, de programas de prevenção e atendimento especializado para crianças e adolescentes portadores de deficiências, bem como de programas de integração social (art. 227, § 1º, II); 4) garantia de acesso a veículos de transporte coletivo e a logradouros e edifícios de uso público (art. 227, § 2º e 244); 5) direito a atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, III). A assistência social, outrossim, tem entre os seus objetivos “a habilitação e a reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária” (art. 203, IV) e a garantia de um salário mínimo mensal às pessoas portadoras de deficiência que comprovem não possuir meios de subsistência (art. 203, V);

²⁰ Cf. PAULO LUCENA DE MENEZES, *A Ação Afirmativa (Affirmative Action) no Direito Norte-Americano*, RT, p. 148.

²¹ O art. 93 da Lei Federal n. 8.213, de 24 de julho de 1991, estabelece que “a empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiências, habilitadas, na seguinte proporção: I – até 200 empregados 2%; II – de 201 a 500 3%; III – de 501 a 1000 4%; IV – de 1.001 em diante 5%” (vide também o art. 36 do Decreto Federal n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999). Por seu turno, o art. 24, XX, da Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993, dispensa a licitação na “contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”.

c) *Idosos*. A Constituição prevê a prestação de assistência social aos necessitados, visando inclusive a proteção à velhice (art. 203, I), além de assegurar aos idosos alistamento eleitoral e voto facultativos (art. 14, § 1º, II, b) e gratuidade dos transportes coletivos urbanos (art. 230, § 2º).

4. *A Proteção dos Índios*. Sem ignorar as controvérsias existentes sobre a classificação dos grupos indígenas como minorias, ao menos à luz da estrutura da ONU²², deve-se frisar que a Constituição brasileira foi excessivamente cuidadosa no trato da matéria. Entre as inúmeras previsões existentes²³, além do preceito que, ao tratar do ensino fundamental, assegura às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem (art. 120, § 2º), sobressai-se o seguinte:

“Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º – São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º – As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º – O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º – As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º – É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, “ad referendum” do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País,

22 WUCHER sublinha: “A existência de dois grupos de trabalho — um sobre populações indígenas e outro sobre minorias — no âmbito da Subcomissão, reflete a falta de consenso sobre se as populações indígenas devem ou não ser consideradas minorias. ‘Todavia, a distinção entre a noção de população autóctone e a de minoria nem sempre é evidente, apesar de os migrantes e as populações indígenas estarem tradicionalmente excluídos da protecção das minorias’ (Cf. PIRES, ob. cit., p. 52. cf. igualmente BOKATOLA, op. cit., pp. 11-12, nota de rodapé 9)” (ob. cit., p. 46, nota 81).

23 Vide o disposto nos artigos 20, XI; 22, XIV; 49, XVI; 109, XI; 129, V; 176, § 1º; 231, § 3º e 232.

após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º – São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º – Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Em que pese o louvável cuidado dos constituintes com os interesses dos índios, alguns doutrinadores questionam a excessiva proteção ofertada, especialmente por não existir “nada de semelhante feito a favor dos negros ou mestiços, que constituem quase metade da população brasileira e que têm tratamento de fato e em nível constitucional de muito menor consideração do que os duzentos e cinquenta mil índios brasileiros”.²⁴

5. *As políticas de ação afirmativa.* Ao contrário do que ocorre com outros regimes constitucionais, como é o caso da África do Sul (art. 9.2), Namíbia (art. 23) e Canadá (art. 15 do *Charter of Rights*), a Constituição Federal brasileira não contempla, ressalvada a aludida reserva percentual dos cargos e empregos públicos para os portadores de deficiências (art. 37, VIII), nenhuma previsão autorizando expressamente a implementação de políticas de ação afirmativa (também chamadas de discriminações positivas) em favor de grupos sociais que se encontram em condições desvantajosas, em razão, na maior parte das vezes, de discriminações passadas ou presentes.²⁵ Tais políticas, contudo, que são tão relevantes para a proteção de minorias²⁶, em face da eficácia demonstrada no combate à discriminação e na implementação da desejada igualdade de direitos, a ponto de serem previstas em diversos instrumentos internacionais²⁷, tornaram-se o centro de atenção das autoridades brasileiras no passado recente.

24 Cf. IVES GANDRA MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva, v. 8º, p. 1.046.

25 Segundo um dos autores, ação afirmativa “é um termo de amplo alcance que designa o conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade em razão, na maior parte das vezes, da prática de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas. Colocando-se de outra forma, pode-se asseverar que são medidas especiais que buscam eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que os mesmos sejam neutralizados, o que se realiza por meio de providências efetivas em favor das categorias que se encontram em posições desvantajosas” (cf. MENEZES, ob. cit., p. 27).

26 Cf. WUCHER, ob. cit., p. 54 e seguintes.

27 Vide, além dos textos normativos citados, a “*Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*” (art. 1º, § 4º) e a “*Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*” (art. 4º, I).

De fato, embora algumas medidas isoladas já viessem sendo implementadas, tanto em favor de indivíduos negros como de mulheres²⁸, esse destaque deve-se, em grande parte, à orientação imposta pelo atual Presidente da República, FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, que embora reconheça algumas resistências sociais²⁹, vislumbra em tais políticas um instrumento adequado para combater o racismo e as discriminações de toda ordem. Assim é, que em dezembro de 2001, ele autorizou, simultaneamente, a adoção das seguintes medidas: a) reserva de 20% dos cargos públicos na esfera federal que não exigem concursos para negros; b) criação de um programa educacional para auxiliar os negros a ingressarem na carreira diplomática, c) impor a obrigatoriedade de as empresas que prestam serviços para a administração pública federal manterem políticas de ação afirmativa.

Essa tendência, apesar de também vir florescendo na esfera do Poder Legislativo³⁰, tem incentivado um acirrado debate acerca da constitucionalidade dessas práticas no contexto jurídico brasileiro, que não deve ter um desfecho tão cedo. Mesmo contando com o apoio informal dos Presidentes dos dois tribunais superiores do país (Supremo Tribunal Federal³¹ e Superior Tribunal de Justiça) — o que, evidentemente, embora tenha grande significado, não indica a inclinação do Poder Judiciário, que ainda não se manifestou sobre a questão — são nítidas as dúvidas e controvérsias existentes. Note-se, por exemplo, que um mesmo assunto, como é o caso da inclusão obrigatória de artistas negros em publicidade oficial, embora se encontre textualmente previsto na Constituição Estadual do Estado da Bahia³² e na legislação dos municípios do Rio de Janeiro³³ e de São Paulo³⁴, foi vetado pelo

28 O § 3º do art. 11 da Lei n. 9.300/95, por exemplo, ao disciplinar as eleições municipais de 3 de outubro de 1996, impôs que “vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidas por candidaturas de mulheres”, na esteira de algumas experiências estrangeiras.

29 O Presidente entende ser difícil implementar o “sistema de quotas” no campo educacional, embora ele próprio não seja contrário a esta prática. Por outro lado, ele acredita que a ação afirmativa pode representar um instrumento importante na integração racial que se faz necessária no mercado de trabalho (cf. O Presidente segundo o Sociólogo: Entrevista de Fernando Henrique Cardoso a Roberto Pompeu de Toledo, pp. 328-335).

30 Entre outros tantos, o Projeto de Lei do Senado n. 650/99, de autoria do Senador JOSÉ SARNEY, que foi Presidente da República (1985/1990), apresenta a seguinte ementa: “Institui quotas de ação afirmativa para a população negra no acesso aos cargos e empregos públicos, educação superior e aos contratos do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (FIES)”.

31 Cf. Min. MARCO AURÉLIO MELLO, “*Óptica Constitucional – A igualdade e as Ações Afirmativas*” in Revista da Academia Paulista de Magistrados n. 1, p. 4 e seguintes.

32 O art. 289 dispõe: “Sempre que for veiculada publicidade estadual com mais de duas pessoas, será assegurada a inclusão de uma da raça negra”.

33 A Lei Municipal nº 2.325, de 15 de maio de 1995, prevê a inclusão de “no mínimo, quarenta por cento de artistas e modelos negros na idealização e realização do comercial ou anúncio” (art. 1º).

34 A Lei Municipal nº 12.353, de 13 de junho de 1997, assegura a participação de indivíduos negros em eventos publicitários promovidos pela Prefeitura, mas sem estabelecer um determinado percentual. O Projeto de Lei n. 258/97 previa uma quota mínima de 25% (vinte e cinco por cento),

Governador do Estado do Mato Grosso do Sul, em duas oportunidades, sob a alegação de inconstitucionalidade.

III. O Programa Nacional de Direitos Humanos e os direitos das minorias

O grande avanço verificado no campo da proteção dos direitos humanos no Brasil, deve-se, indiscutivelmente, à elaboração do Programa Nacional de Direitos Humanos — PNDH, cuja versão original foi apresentada em anexo ao Decreto n. 1904, em 13 de maio de 1996. Esta iniciativa, que inclusive foi louvada pela Comissão de Direitos Humanos da ONU, por ocasião da análise do *Relatório Inicial Brasileiro Relativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* de 1966, em julho de 1996³⁵, foi elaborada em consonância com a previsão constante da Declaração Mundial de Direitos Humanos (1993), e demonstra a preocupação e o esforço do governo federal com a proteção dos direitos humanos. Aliás, o próprio Presidente da República, no texto de apresentação do PNDH, externou a sua convicção de que o mesmo representaria um “marco de referência claro e inequívoco do compromisso do país com a proteção de mulheres e homens, crianças e idosos, das minorias e dos excluídos”.

O PNDH consiste em um plano de ação que identifica medidas de curto, médio e longo prazos em diversas áreas. Neste sentido, constam da versão original do Programa Nacional de Direitos Humanos, entre outras, as seguintes propostas de ações governamentais:

- propor legislação proibindo todo tipo de discriminação, com base em origem, raça, etnia, sexo, idade, credo religioso, convicção política ou orientação sexual, e revogando normas discriminatórias na legislação infra-constitucional, de forma a reforçar e consolidar a proibição de práticas discriminatórias existente na legislação constitucional;
- com relação à população negra, “desenvolver ações afirmativas para o acesso dos negros aos cursos profissionalizantes, à universidade e às áreas de tecnologia de ponta”, “apoiar as ações da iniciativa privada que realizem discriminação positiva” e “formular políticas compensatórias que promovam social e economicamente a comunidade negra”;
- com relação às mulheres, regulamentar a norma constitucional que prevê a proteção do mercado de trabalho (art. 7º, XX) e “assegurar o cumprimento dos dispositivos existentes na Lei n. 9.029/95, que dá proteção às mulheres contra a discriminação em razão da gravidez”;

mas esta foi vetada pelo Prefeito CELSO PITTA, com base nos artigos 5º, IV, IX e XIII e 220 da Constituição Federal.

35 Cf. ALVES, ob. cit., p. 44.

- com relação às sociedades indígenas, implementar e assegurar programas de saúde e educação escolar diferenciados, considerando-se as especificidades dessas sociedades;
- implementar a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

A nova versão do PNDH foi submetida à consulta pública no início de 2002. No que se restringe às minorias, notam-se algumas mudanças importantes, como a ampliação das previsões tendentes a evitar discriminações decorrentes da orientação sexual dos indivíduos, bem como a referência específica a determinados grupos (v.g. ciganos)³⁶, ainda que outros, com presença marcante no Brasil, tenham sido esquecidos (v.g. judeus)³⁷, o que, convém registrar, não se trata de um deslize exclusivamente nacional.³⁸ A título de ilustração, podem-se apontar os seguintes itens:

98. Coibir a propaganda de idéias neonazistas e outras ideologias que pregam a violência, particularmente contra grupos minoritários;

103. Contemplar, nos meios de comunicação, elementos destinados a elevar a auto-estima dos afrodescendentes, povos indígenas e outros grupos historicamente vitimados pelo racismo e outras formas de discriminação;

105. Prevenir e combater a intolerância religiosa, inclusive no que diz respeito a religiões minoritárias e a cultos afro-brasileiros;

109. Propor emenda à Constituição Federal para incluir a garantia do direito à livre orientação sexual e a proibição da discriminação por orientação sexual;

117. Apoiar a adoção, pelo poder público e pela iniciativa privada, de políticas de ação afirmativa como forma de combater a desigualdade;

36 Consta do “RELATÓRIO DO COMITÊ NACIONAL PARA A PREPARAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO BRASILEIRA NA III CONFERÊNCIA MUNDIAL DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O RACISMO, DISCRIMINAÇÃO RACIAL, XENOFOBIA E INTOLERÂNCIA CORRELATA (DURBAN, 31 DE AGOSTO A 07 DE SETEMBRO DE 2001)”: “Os ciganos, na qualidade de minorias étnicas, fazem jus a direitos especiais regulados por instrumentos internacionais ratificados pelo Governo brasileiro. No sistema jurídico brasileiro, a proteção legal aos ciganos deriva de normas constitucionais genéricas que dispõem sobre o direito à não discriminação, à livre locomoção e a direitos culturais. Existe, no entanto, competência específica para a defesa dos direitos ciganos por parte do Ministério Público Federal em sua “Câmara de Coordenação e Revisão dos Direitos das Comunidades Indígenas e Minorias” (grifou-se), que incluem as comunidades negras isoladas e as minorias ciganas”.

37 No relatório citado na nota anterior, todavia, restou reconhecido: “A Comunidade judaica, como tal, não é objeto de nenhuma política pública específica. A proteção dos direitos humanos da comunidade judaica estaria contemplada em políticas amplas de proteção dos direitos das minorias”. No entanto, sugere-se: “A principal proposta para a defesa e efetiva proteção contra a discriminação da comunidade judaica diz respeito à proibição da veiculação de propaganda e mensagens racistas e xenofóbicas, que difamem a comunidade e incitem ao ódio contra seus valores espirituais e culturais”.

38 Cf. RICHARD POSNER, *Overcoming Law*, Harvard University Press, p. 103.

118. Promover estudos para alteração da Lei de Licitações Públicas de modo a possibilitar que, uma vez esgotados todos os procedimentos licitatórios, configurando-se empate, o critério de desempate — hoje definido por sorteio — seja substituído pelo critério de adoção, por parte dos licitantes, de políticas de ação afirmativa em favor de grupos discriminados;

183. Adotar, no âmbito da União, e estimular a adoção, pelos estados e municípios, de medidas de caráter compensatório que visem à eliminação da discriminação racial e à promoção da igualdade de oportunidades, tais como: ampliação do acesso dos afrodescendentes às universidades públicas, aos cursos profissionalizantes, às áreas de tecnologia de ponta, aos cargos e empregos públicos, inclusive cargos em comissão, de forma proporcional a sua representação no conjunto da sociedade brasileira;

184. Criar bancos de dados sobre a situação dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais dos afrodescendentes na sociedade brasileira, com a finalidade de orientar a adoção de políticas públicas afirmativas;

185. Estudar a viabilidade da criação de fundos de reparação social destinados a financiar políticas de ação afirmativa e de promoção da igualdade de oportunidades;

186. Apoiar as ações da iniciativa privada no campo da discriminação positiva e da promoção da diversidade no ambiente de trabalho;

194. Incentivar ações que contribuam para a preservação da memória e fomento à produção cultural da comunidade afrodescendente no Brasil;

196. Estimular a presença proporcional dos grupos raciais que compõem a população brasileira em propagandas institucionais contratadas pelos órgãos da administração direta e indireta e por empresas estatais;

208. Promover um ensino fundado na tolerância, na paz e no respeito à diferença, que contemple a diversidade cultural do país, incluindo o ensino sobre cultura e história dos afrodescendentes;

218. Garantir aos povos indígenas assistência na área da saúde, com a implementação de programas de saúde diferenciados, considerando as especificidades dessa população e priorizando ações na área de medicina preventiva e segurança alimentar;

219. Assegurar aos povos indígenas uma educação escolar diferenciada, respeitando o seu universo sócio-cultural, e viabilizar apoio aos estudantes indígenas do ensino fundamental, de segundo grau e de nível universitário;

221. Implementar políticas de comunicação e divulgação de informações sobre os povos indígenas, especialmente nas escolas públicas e privadas do ensino médio e fundamental, com vistas à promoção da igualdade e ao combate à discriminação;

250. Promover e proteger os direitos humanos e liberdades fundamentais dos ciganos;

251. Apoiar a realização de estudos e pesquisas sobre a história, cultura e tradições da comunidade cigana.