



CADERNOS DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
CONCRETIZANDO DIREITOS HUMANOS

DIREITO À IGUALDADE RACIAL



MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW



CONSELHO
NACIONAL
DE JUSTIÇA



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL



CADERNOS DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
CONCRETIZANDO DIREITOS HUMANOS

DIREITO À IGUALDADE RACIAL



MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW



CONSELHO
NACIONAL
DE JUSTIÇA



Coordenação Institucional do Projeto

Gabriel da Silveira Matos
Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi
Estêvão André Cardoso Waterloo
Manuelita Hermes Rosa Oliveira Filha
Valter Shuenquener de Araújo
Pedro Felipe de Oliveira Santos
Alexandre Reis Siqueira Freire

Coordenação Científica da Série Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Flávia Piovesan
Mariela Morales Antoniazzi
Patrícia Perrone de Campos Mello

Coordenação da obra

Mônia Clarissa Hennig Leal
Ana Carolina Lopes Olsen

Elaboração de conteúdos

Mônia Clarissa Hennig Leal
Ana Carolina Lopes Olsen

Revisão de conteúdos

Andrea Vaz de Souza Perdigão
Camila Curado Pietrobelli
Edinaldo Cesar Santos Junior
Flávia Martins de Carvalho
Henriqueta Fernanda C. A. F. Lima
Iasmin Nascimento Gonçalves
Isabel Penido de Campos Machado
Jean Francisco Correa Minuzzi
João Felipe Menezes Lopes

Jônatas Andrade
Karen Luise Vilanova Batista de Souza
Lívia Gil Guimarães
Luiz Victor do Espírito Santo Silva
Natália Dino Castro e Costa
Renata Chiarinelli Laurino
Thiago Gontijo Vieira

Produção Editorial

David Duarte Amaral
Jean Francisco Corrêa Minuzzi
Jorge Luis Villar Peres
Maria Beatriz Moura de Sá
Soraia de Almeida Miranda
Thiago Gontijo Vieira

Revisão de textos

Carmem Menezes

Revisão de provas editoriais

Márcia Gutierrez Aben-Athar Bemerguy
Juliana Silva Pereira de Souza
Rosa Cecilia Freire da Rocha

Capa e projeto gráfico

Camila Penha Soares
Flávia Carvalho Coelho
Layanni Mangabeira (ilustração da capa)

Diagramação

Jeovah Herculano Szervinsk Junior

Fotografia

Carlos Moura

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Supremo Tribunal Federal – Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal)

C755d

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Concretizando Direitos Humanos – Direito à Igualdade Racial

Direito à igualdade racial / Conselho Nacional de Justiça; Supremo Tribunal Federal, Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International Law; Coordenação Gabriel da Silveira Matos, Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi, Estêvão André Cardoso Waterloo, Manuelita Hermes Rosa Oliveira Filha, Valter Shuenquener de Araújo, Pedro Felipe de Oliveira Santos, Alexandre Reis Siqueira Freire. – Brasília: CNJ, 2023.

ebook 184 p.

ISBN: 978-65-5972-085-9 (Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Concretizando Direitos Humanos)

1. Igualdade Racial 2. Direitos humanos 3. Corte Interamericana, jurisprudência I. Título II. Supremo Tribunal Federal III. Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International

CDD: 340

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Presidente

Ministra Rosa Maria Pires Weber

Corregedoria Nacional de Justiça

Ministro Luís Felipe Salomão

Conselheiros e Conselheiras

Ministro Vieira de Mello Filho

Mauro Martins

Salise Sanchotene

Jane Granzoto

Richard Pae Kim

Marcio Luiz Freitas

Giovanni Olsson

Sidney Pessoa Madruga

João Paulo Santos Schoucair

Marcos Vinicius Jardim

Marcello Terto e Silva

Mário Goulart Maia

Luiz Fernando Bandeira de Mello

Secretaria Geral

Gabriel da Silveira Matos

Secretaria Especial de Programas

Ricardo Fioreze

Diretoria-Geral

Johanness Eck

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Presidente

Ministra Rosa Maria Pires Weber

Vice-Presidente

Ministro Luís Roberto Barroso

Ministros e Ministras

Ministro Gilmar Ferreira Mendes (Decano)

Ministro Enrique Ricardo Lewandowski

Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha

Ministro José Antonio Dias Toffoli

Ministro Luiz Fux

Ministro Luiz Edson Fachin

Ministro Alexandre de Moraes

Ministro Kassio Nunes Marques

Ministro André Luiz de Almeida Mendonça

Secretaria-Geral da Presidência

Estêvão André Cardoso Waterloo

Gabinete da Presidência

Paula Pessoa Pereira

Secretaria do Tribunal

Miguel Ricardo de Oliveira Piazzi

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

SAF SUL Quadra 2 Lotes 5/6

Brasília/DF – CEP 70070-600

Endereço eletrônico: cnj.jus.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Praça dos Três Poderes

Brasília/DF – CEP 70175-900

Endereço eletrônico: portal.stf.jus.br

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

DEPARTAMENTO DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO E DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS (DMF)

Conselheiro do CNJ e supervisor do DMF

Mauro Pereira Martins

Coordenação DMF/UMF

Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi

Juizes Auxiliares da Presidência

Edinaldo Cesar Santos Júnior

João Felipe Menezes Lopes

Jônatas dos Santos Andrade

Karen Luise Vilanova Batista de Souza

Diretora Executiva

Natália Albuquerque Dino de Castro e Costa

Chefe de Gabinete

Renata Chiarinelli Laurino

UNIDADE DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (UMF)

Coordenadora Científica

Flávia Piovesan

Coordenadora Executiva

Andrea Vaz de Souza Perdigão

Equipe

Luiz Victor do Espírito Santo Silva

Camila Curado Pietrobelli

Natália Faria Resende Castro

Alcineide Moreira Cordeiro

Secretária de Comunicação Social

Cristine Marques Genú

Seção de Comunicação Institucional

Rejane Neves

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Secretário-Geral da Presidência

Estêvão André Cardoso Waterloo

Chefe de Gabinete da Presidência

Paula Pessoa Pereira

Diretor-Geral da Secretaria do Tribunal

Miguel Ricardo de Oliveira Piazzì

Secretária de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação

Manuelita Hermes Rosa Oliveira Filha

Coordenador de Difusão da Informação

Thiago Gontijo Vieira

Coordenador de Pesquisas Judiciárias

Márcio Pereira de Souza

Coordenadora de Gestão da Informação, Memória Institucional e Museu

Ana Paula Alencar Oliveira

Coordenadora da Biblioteca

Luiza Gallo Pestano

Secretária de Comunicação Social

Mariana Araújo de Oliveira

LISTA DE SIGLAS

ADC	Ação Declaratória da Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CC	Código Civil
CEDAW	Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CPM	Código Penal Militar
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MC	Medida Cautelar
MI	Mandado de Injunção
OC	Opinião Consultiva
OEA	Organização dos Estados Americanos
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos
RE	Recurso Extraordinário
RG	Repercussão Geral
SIDH	Sistema Interamericano de Direitos Humanos
STF	Supremo Tribunal Federal

APRESENTAÇÃO

Nas democracias constitucionais, proteger direitos é a vocação maior do poder Judiciário, ao assegurar a integridade e a supremacia da ordem constitucional, de seus valores e de seus princípios.

A Constituição Federal de 1988 consagra a dignidade humana como alicerce essencial do Estado Democrático de Direito, que tem, dentre seus objetivos fundamentais, construir uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação. A prevalência dos direitos humanos e o repúdio ao racismo surgem como princípios a orientar o Estado Brasileiro no âmbito de suas relações internacionais. O patrimônio constitucional de direitos e garantias é ainda ampliado por direitos enunciados nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, por meio de cláusula de abertura constitucional a expandir o bloco de constitucionalidade integrando direitos internacionalmente previstos.

Sob a inspiração dos valores e princípios constitucionais, merece destaque a Recomendação n. 123 do Conselho Nacional de Justiça, de janeiro de 2022, que insta os órgãos do Poder Judiciário a aplicar os tratados internacionais de direitos humanos, a jurisprudência interamericana e a realizar o controle de convencionalidade. No mesmo sentido, cabe menção à Unidade de Monitoramento e Fiscalização das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao fomentar medidas para a implementação das sentenças, das medidas provisórias e das opiniões consultivas proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação ao Estado brasileiro, visando à efetividade da prestação jurisdicional, bem como ao fortalecimento da cultura de direitos humanos no âmbito do Poder Judiciário. Ainda nessa mesma direção, há que ressaltar a adoção do Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos, em março de 2022, com o escopo de fortalecer a meta de efetivação de direitos humanos como política institucional permanente e

prioritária do Poder Judiciário. Entre as ações previstas no Pacto estão o fomento à capacitação em direitos humanos e controle de convencionalidade, a promoção dos direitos humanos mediante concurso de decisões judiciais, a inclusão da disciplina de direitos humanos nos editais de concurso público para a magistratura e a publicação de cadernos com a jurisprudência emblemática do Supremo Tribunal Federal sobre direitos humanos, com ênfase no diálogo jurisdicional com o sistema interamericano, conferindo especial destaque aos direitos de grupos em situação de vulnerabilidade, como as populações afrodescendentes, os povos indígenas, as pessoas LGBTQIAP+, as mulheres e as pessoas privadas de liberdade.

É com imensa alegria que oferecemos à comunidade jurídica os Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Concretizando Direitos Humanos, com enfoque no direito à igualdade racial.

Dois são os objetivos centrais dos Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. De um lado, identificar, sistematizar e divulgar as decisões paradigmáticas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal visando sobretudo à proteção de direitos de grupos em situação de vulnerabilidade. Por outro lado, enfatizar o crescente diálogo jurisdicional entre a Corte Suprema e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, culminando no fortalecimento da proteção da dignidade humana.

O Caderno de Jurisprudência do STF acerca do direito à igualdade racial contempla o patrimônio jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que contribui para o combate ao racismo e à discriminação racial, bem como para a proteção e a promoção da igualdade racial. O universo de 13 (treze) decisões emblemáticas selecionadas compreende temas de maior relevância centralidade como o conceito de racismo e o alcance da liberdade de expressão (que não protege a incitação ao racismo); as ações afirmativas para ingresso em Universidades públicas e em concursos públicos e o princípio constitucional da igualdade material; os critérios

constitucionais para identificação de comunidades quilombolas; a discriminação de religiões de matriz africana; a violência e letalidade policial e o racismo estrutural; a promoção de candidaturas de negros e negras para cargos políticos; a proteção das comunidades quilombolas em face da pandemia; o direito à educação e o racismo; e a injúria racial como espécie de gênero racismo. Especial ênfase é conferida aos diálogos jurisprudenciais entre o Supremo Tribunal Federal e o sistema regional interamericano, que permitem fortalecer a proteção dos direitos humanos.

Esta é mais uma relevante ação desenvolvida no marco do Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos, simbolizando uma política institucional voltada ao fortalecimento da proteção e da promoção dos direitos humanos pelo poder Judiciário. A iniciativa é resultado de frutífera cooperação entre Conselho Nacional de Justiça, o Supremo Tribunal Federal e o Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International Law.

Essa iniciativa reafirma o absoluto compromisso institucional do Poder Judiciário com a concretização dos direitos humanos em todas as esferas jurisdicionais. Se a proteção de direitos é uma dimensão estruturante do constitucionalismo, os Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal constituem valioso instrumento para fomentar a sua defesa como medida imperativa do Estado Democrático de Direito.

Ministra **Rosa Weber**

Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça

NOTA METODOLÓGICA

Para a seleção de casos paradigmáticos julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF, Tribunal) sobre direito à igualdade racial, bem como para aferição daqueles que apresentam diálogo travado entre o Tribunal e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), assim como o Sistema ONU de proteção aos Direitos Humanos, adotaram-se, inicialmente, dois recortes metodológicos: o primeiro, relativo ao órgão julgador; o segundo, ao período de julgamento.

Estabeleceu-se, quanto ao órgão julgador, que apenas decisões do plenário comportam o objeto da pesquisa, justamente pela visão de aproximação com o perfil de Corte Constitucional, que cada vez mais se deseja atribuir ao Tribunal. Foram descartadas, portanto, decisões monocráticas, julgamentos ainda não concluídos e julgados das Turmas.

O recorte temporal observou o período compreendido entre 03.12.2008, data da decisão do RE 466.343, de relatoria Ministro Cézar Peluso, e o ano de 2021, uma vez que foi a partir de tal caso que o STF passou a reconhecer *status* supralegal aos tratados internacionais, intensificando-se o diálogo com o SIDH. Entretanto, tal termo inicial foi eventualmente flexibilizado, quando existente caso paradigmático anterior sobre o tema, reconhecido como tal na jurisprudência ou na doutrina. Esse foi o critério adotado para a inclusão no caderno do RE 82424 (Caso Ellwanger), dada a sua relevância para a definição do conceito de racismo.

As decisões foram levantadas com recurso à ferramenta de busca no portal do STF <http://portal.stf.jus.br/>, utilizando-se, para tal, os verbetes: “raça”, “racismo”, “negro”, “discriminação racial”, “preconceito racial”, “preconceito estrutural”, “preconceito”. A pesquisa foi realizada sobre a base geral de jurisprudência do Tribunal, bem como sobre a página notícias, em que são destacados os casos que recebem especial

atenção em seu âmbito. Esse último filtro justifica-se pela necessidade de catalogar efetivamente os casos mais emblemáticos julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

A partir dessa seleção, foram descartados os acórdãos em que: (i) “negro” aparece como nome próprio;¹ (ii) “racismo” é usado apenas como exemplo de discriminação, mas não se enfrenta o tema da discriminação racial;² (iii) “racismo” é usado em referência ao crime, para justificar a imprescritibilidade;³ (iv) “raça” se refere a animais não humanos;⁴ (v) combate ao “racismo” é invocado como exemplo da proteção gerada aos direitos fundamentais;⁵ (vi) “negro” é usado como referência a mercado “negro” ou “buraco negro”⁶.

Após a identificação dos acórdãos, procedeu-se à sua leitura. Optou-se por trabalhar com cada acórdão como uma unidade de análise e, dentro dele, com o voto do relator – ou do redator para o acórdão, quando o relator ficasse vencido – como elemento central de exame. Esse critério foi excepcionado em um único caso (ADPF 742), em que o relator ficou vencido em parte mínima, e seu voto era complementar ao voto do redator e relevante para a temática do caderno. Nesse caso, examinaram-se ambos os votos.

Foram coletados e catalogados diversos dados de cada decisão, como fatores de identificação do caso (sigla, número do processo, requerente, relator e data da decisão), resumo, ementa, tese (sempre que votada expressamente pelo plenário), trechos da fundamentação do voto do relator ou do redator para o acórdão, trechos em que se referenciam entendimentos ou normas do SIDH e do Sistema

¹ ADPF 310; RE 1.027.633; RE 1.205.530, MS 38.018, RE 1.009.865.

² RR 1.058.333; ADI 4.439; ADPF 54; RR 1.058.333; Ext 947; ADI 5.617; ADI 5.357; ADI 2.341; RE 898.450; ADPF 467; RE 659.424; ADPF 457; ADPF 460; ADPF 526; ADI 5.543; Ext 1.362; MI 473; ADI 3.330.

³ RE 600.851; ADI 4.424; RE 852.475; RE 852.475.

⁴ ADI 1.856; ADI 3.776.

⁵ ADC 43.

⁶ ADI 5.337; RE 937.595.

Internacional da ONU (item que se denominou “Diálogos...”) e o dispositivo da decisão. Quando a fundamentação da decisão tratava de múltiplos subtemas, as transcrições de trechos foram subdivididas conforme tais subtemas, a fim de facilitar a consulta.

Ainda no que se refere especificamente ao item sobre diálogos com distintos sistemas de direitos humanos (“Diálogos...”), o exame do acórdão foi estendido para além do voto do relator ou do redator para o acórdão, a fim de identificar alusões a entendimentos e normas integrantes dos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos efetuadas por outros ministros, de modo a melhor capturar tal diálogo. Entendeu-se que tal excepcionalidade justificava-se porque um dos objetivos dos cadernos de jurisprudência é justamente dar destaque a tal diálogo. Vale salientar, contudo, que os trechos transcritos em tal subitem não são exaustivos das referências efetuadas pelos ministros a sistemas internacionais, mas meramente ilustrativos delas. Pelas mesmas razões, deu-se preferência aos casos em que se verificava a existência de diálogo e descartaram-se da base de casos decisões puramente processuais, que não apresentassem impacto específico sobre a temática.

Na hipótese de identificação de decisões semelhantes sobre uma mesma temática, foram selecionados um ou mais casos, tendo por critério a riqueza e diversidade da argumentação desenvolvida, a relevância atribuída ao entendimento firmado por decisões subsequentes ou pela opinião pública em geral. Optou-se, ainda, por manter casos que apresentavam situações de interseccionalidade com temáticas objeto de outros cadernos de jurisprudência, como população LGBTQIAP+, gênero e pessoas privadas de liberdade, em virtude dos distintos enfoques que a temática objeto de cada caderno enseja, bem como porque os cadernos se dirigem a leitores e pesquisadores com diferentes interesses específicos.

Os múltiplos recortes e filtros descritos acima tiveram o propósito de promover uma seleção de casos com base em critérios predominantemente objetivos, que reflitam a prática do Supremo Tribunal Federal na matéria e possam servir como guia para os demais órgãos julgadores, assim como constituir material para os demais operadores de direito, para a comunidade acadêmica e como elemento de informação para a sociedade em geral.

SUMÁRIO

Linha do Tempo – STF e direito à igualdade racial	16
Resumos.....	17
1. HC nº 82.424: caso Ellwanger – conceito de racismo e alcance da liberdade de expressão	22
2. ADPF nº 186: ações afirmativas étnico-raciais para ingresso em universidades públicas	35
3. ADC nº 41: reserva de vagas para negras e negros em concursos públicos	53
4. ADI nº 3.239: critério de autoatribuição para identificação de comunidades quilombolas	76
5. RE nº 494.601: discriminação de religiões de matriz africana e sacrifício animal... 90	
6. ADO nº 26: criminalização da homotransfobia e o racismo em sua dimensão social.. 96	
7. MI nº 4.733: criminalização da homotransfobia e o racismo em sua dimensão social... 115	
8. ADPF nº 635 MC-TPI-Ref: vedação a ações policiais nas favelas durante a pandemia	126
9. ADPF nº 635 MC: vedação a ações policiais nas favelas durante a pandemia.....	132
10. ADPF nº 738 MC-Ref: candidaturas de negros e pardos a cargos políticos	143
11. ADPF nº 742 MC: proteção das comunidades quilombolas em face da Covid-19	151
12. ADPF nº 874 MC: direito à educação e racismo.....	160
13. HC nº 154.248: injúria racial como espécie do gênero racismo	169

LINHA DO TEMPO

STF E IGUALDADE RACIAL



RESUMOS

1. HC nº 82.424: caso Ellwanger – conceito de racismo e alcance da liberdade de expressão

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Siegfried Ellwanger, para afastar a aplicação do tipo penal de racismo às publicações preconceituosas contra o povo judeu. O Tribunal, por maioria, denegou a ordem, condenando a discriminação a grupos sociais historicamente racializados, em prejuízo ao direito à liberdade de expressão do paciente, endossando que o discurso discriminatório não é protegido pelo direito à liberdade de expressão.

2. ADPF nº 186: ações afirmativas étnico-raciais para ingresso em universidades públicas

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental que visa à declaração de inconstitucionalidade de atos da Universidade de Brasília – UnB, os quais instituíram o sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (20% de cotas étnico-raciais) no processo de seleção para ingresso de estudantes. O STF julgou improcedente a ação, reconhecendo a validade dos atos, em respeito ao princípio da igualdade material.

3. ADC nº 41: reserva de vagas para negras e negros em concursos públicos

Trata-se de ação declaratória de constitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, tendo por objeto a Lei nº 12.990/2014, que reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta. O STF afirmou a constitucionalidade da lei, destacando, dentre outros argumentos, o respeito ao princípio da igualdade material.

4. ADI nº 3.239: critério de autoatribuição para identificação de comunidades quilombolas

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade do Decreto n. 4887, julgada improcedente por maioria, para reconhecer como constitucional o critério de autoatribuição da identidade de quilombola previsto no Decreto n. 4887/2003 para a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação de suas terras prevista no artigo 68 do ADCT. A decisão invocou a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, internalizada ao direito brasileiro, bem como a não exclusividade de tal critério, dado que sujeito a controles institucionais.

5. RE nº 494.601: discriminação de religiões de matriz africana e sacrifício animal

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta contra lei estadual que autorizou o sacrifício de animais no caso de rituais em cultos e liturgias de matriz africana. Foi julgada improcedente pela maioria do STF, declarando constitucional a lei. O STF salientou a proteção constitucional conferida à liberdade de religião e aos direitos culturais de grupos minoritários, ressaltando a condição de especial vulnerabilidade de seus praticantes, quer por se tratar de crença extremamente minoritária, quer por ser comumente alvo de discriminação e de violência de cunho racial.

6. ADO nº 26: criminalização da homotransfobia e o racismo em sua dimensão social

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão proposta pelo Partido Popular Socialista – PPS, em face de alegada inércia legislativa atribuída ao Congresso Nacional, que estaria frustrando a tramitação e a apreciação de proposições legislativas apresentadas com o objetivo de incriminar todas as formas de homofobia e de

transfobia. A decisão conferiu interpretação conforme à Constituição, entendendo que as práticas homofóbicas e transfóbicas se enquadram no crime de racismo e configuram atos delituosos passíveis de repressão penal, por efeito de mandados constitucionais de criminalização (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII), dado que traduzem expressões de racismo em sua dimensão social.

7. MI nº 4.733: criminalização da homotransfobia e o racismo em sua dimensão social

Trata-se de mandado de injunção que visa ao reconhecimento da mora do Congresso Nacional na elaboração de lei para criminalizar as práticas discriminatórias contra pessoas LGBTQIA+ (homofobia, transfobia). Foi julgado procedente para estender ao caso a aplicação da Lei 7.716/89 (que trata do combate ao racismo) até que a lei em questão seja criada. Invocou-se, no caso, o direito à igualdade, a vedação constitucional a qualquer tipo de discriminação ilegítima, bem como dispositivo constitucional que reconhece outros direitos previstos em tratado de que o Brasil é parte (art. 5º, § 2º, CF).

8. ADPF nº 635 MC-TPI-Ref: vedação das ações policiais nas favelas durante a pandemia

Trata-se de medida incidental em medida cautelar na ADPF 635, deferida para o fim de determinar que não fossem realizadas operações policiais nas favelas no Rio de Janeiro durante a pandemia de covid-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, dando cumprimento à sentença interamericana proferida no caso Favela Nova Brasília, a fim de resguardar o direito à vida, à integridade física e à segurança dos moradores, considerando ainda o impacto desproporcional sobre a população negra ou parda de tais comunidades.

9. ADPF nº 635 MC: vedações das ações policiais nas favelas durante a pandemia

Trata-se de medida cautelar em ADPF, deferida para determinar medidas de controle à violência e à letalidade policial no Rio de Janeiro, a qual tem um viés que atinge desproporcionalmente a população negra ou parda. A ação foi julgada parcialmente procedente para reconhecer a omissão estrutural dos poderes públicos na proteção dos direitos humanos fundamentais da população atingida, em virtude da falta de investigação e punição de medidas policiais desproporcionais e discriminatórias.

10. ADPF nº 738 MC-Ref: candidaturas eleitorais de negros e pardos a cargos políticos

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), a fim de que o STF determine a imediata aplicação dos efeitos do julgamento proferido pelo Tribunal Superior Eleitoral, concernente à interpretação que promove incentivo às candidaturas de pessoas negras para cargos eletivos, em atenção ao princípio da igualdade, considerando que a medida não interfere sobre o princípio da anterioridade eleitoral.

11. ADPF nº 742 MC: proteção das comunidades quilombolas em face da Covid-19

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de liminar, tendo por objeto atos comissivos e omissivos do Poder Executivo federal quanto ao enfrentamento da pandemia covid-19 nas comunidades quilombolas. O STF entendeu ser dever do Poder Público elaborar e implementar plano para enfrentar a pandemia consideradas as particularidades das comunidades quilombolas, instituindo grupo de trabalho interdisciplinar e paritário, com o objetivo de inclusão, nos registros de covid-19, do quesito raça/cor/etnia, asseguradas notificação dos casos confirmados e ampla e periódica publicidade. Determinou, ainda,

suspensão da tramitação de demandas judiciais envolvendo direitos territoriais, a exemplo de ações possessórias, reivindicatórias de propriedade, imissões na posse e anulatórias de demarcação.

12. ADPF nº 874 MC: direito à educação e racismo

Trata-se de medida cautelar deferida pelo STF, em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, para determinar a reabertura do prazo de requerimento de isenção de pagamento de taxa para inscrição no ENEM 2021, com fundamento no direito à educação, inclusão social e a promoção da diversidade no ensino superior, bem como a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino.

13. HC nº 154.248: injúria racial como espécie do gênero racismo

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão do STJ, denegado pelo STF, por maioria de votos, a fim de reconhecer que o tipo penal da injúria racial é uma espécie do gênero racismo, configurando crime imprescritível.

1. HC nº 82.424: caso Ellwanger – conceito de racismo e alcance da liberdade de expressão

1.1 Identificação

HC 82.424

Paciente: Siegfried Ellwanger

Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outra

Coator: Superior Tribunal de Justiça

Redator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa

Julgamento: 17.09.2003

1.2 Resumo

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Siegfried Ellwanger, para afastar a aplicação do tipo penal de racismo às publicações preconceituosas contra o povo judeu. O Tribunal, por maioria, denegou a ordem, condenando a discriminação a grupos sociais historicamente racializados, em prejuízo ao direito à liberdade de expressão do paciente, endossando que o discurso discriminatório não é protegido pelo direito à liberdade de expressão.

1.3 Ementa

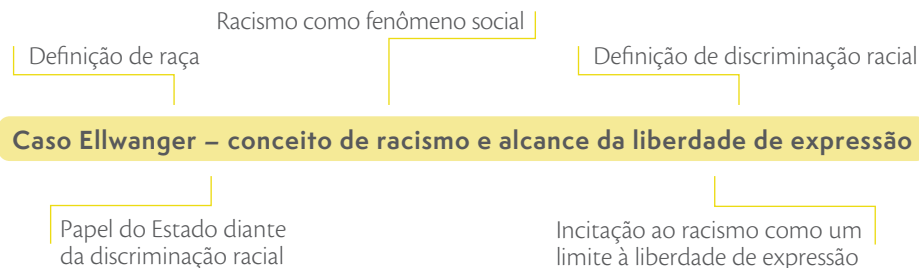
“*HABEAS-CORPUS*. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros ‘fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias’ contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). [...]3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. [...] 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, ‘negrofobia’, ‘islamafobia’ e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real

sentido e alcance da norma. [...] 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao descrímen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. [...] Ordem denegada.”

1.4 Tese

Não houve fixação de tese.

1.5 Fundamentação



Definição de raça

“10. A questão [...] gira em torno da exegese do termo racismo inscrito na Constituição como sendo crime inafiançável e imprescritível. Creio que não se lhe pode emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica. Deve-se, na verdade, entendê-lo em harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados, para daí mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional, sobretudo levando-se em conta a pluralidade de conceituações do termo, entendido não só à luz de seu sentido meramente vernacular, mas também do que resulta de sua valoração antropológica e de seus aspectos sociológicos.”

“14. [...] a genética banuiu de vez o conceito tradicional de raça. Negros, brancos e amarelos diferem tanto entre si quanto dentro de suas próprias etnias. Conforme afirmou o geneticista Craig Venter ‘há diferenças biológicas ínfimas entre nós. Essencialmente somos todos gêmeos.’”

“15. Os cientistas confirmaram, assim, que não existe base genética para aquilo que as pessoas descrevem como raça, e que apenas algumas poucas diferenças distinguem uma pessoa da outra [...]”

⁷ Referência identificada no voto como: O trabalho da Celera foi publicado pela revista americana “Science” (www.sciencemag.org) e do Projeto Genoma pela britânica “Nature” (www.nature.com).

“19. Com efeito, a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial. Não existindo base científica para a divisão do homem em raças, torna-se ainda mais odiosa qualquer ação discriminatória da espécie. Como evidenciado cientificamente, todos os homens que habitam o planeta, sejam eles pobres, ricos, brancos, negros, amarelos, judeus ou muçulmanos, fazem parte de uma única raça, que é a espécie humana, ou a raça humana. Isso ratifica não apenas a igualdade dos seres humanos, realçada nas normas internacionais sobre direitos humanos, mas também os fundamentos do Pentateuco ou Torá acerca da origem dos homens”.

“24. Em consequência, apesar da diversidade de indivíduos e grupos segundo características das mais diversas, os seres humanos pertencem a uma única espécie, não tendo base científica as teorias de que grupos raciais ou étnicos são superiores ou inferiores, pois na verdade são contrárias aos princípios morais e éticos da humanidade [...]”.

“36. Assim esboçado o quadro, indiscutível que o racismo traduz valoração negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar uma raça distinta, à qual se deve dispensar tratamento desigual da dominante. Materializa-se à medida que as qualidades humanas são determinadas pela raça ou grupo étnico a que pertencem, a justificar a supremacia de uns sobre os outros. [...]”.

“38. Afigura-se relevante o conceito antropológico atual de raça social. Conforme salienta a professora Sonia Bloomfield Ramagem,⁸ ‘raças sociais podem ser caracterizadas por um indicador preferencial, tanto em termos físicos quanto culturais’, possuindo o termo um ‘poderoso significado político social, sendo um construto social baseado em valores e crenças criados a partir de uma visão-de-mundo de determinados grupos sociais, provendo uma percepção cognitiva classificatória,

⁸ Obra identificada no voto como: Professora da Universidade de Brasília, em laudo antropológico sobre o tema, datado de 14/02/03.

o racismo, que hierarquiza grupos diferentes, podendo justificar a subjugação ou destruição do grupo X pelo Y, ou vice-versa.”

Racismo como fenômeno social

“39. Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito. É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que inspira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso XLII do artigo 5º da Carta Política.”

“41. A sociologia moderna identifica o racismo como tendência cultural, decorrente de construções ideológicas e programas políticos visando à dominação de uma parcela da sociedade sobre outra. [...]”

“42. O dicionário de Sociologia da Universidade de Oxford procura explicar o fenômeno tendo como pressupostos três conceitos: - Racismo, que é ‘o tratamento desigual de um grupo populacional baseado apenas em sua posse de traços físicos ou outras características socialmente definidas como denotando uma raça particular’; - racismo, ‘um sistema determinista de crenças que sustenta o racismo, ligando tais características a traços físicos ou psicológicos baseados em avaliação negativa’; e racialização, ‘o processo social pelo qual um grupo social é categorizado como ‘raça’⁹. Sem dúvida, é o que fez o nazismo ao racializar o povo judeu e os alemães arianos, com o objetivo de promover o racismo em relação aos primeiros. Isso não é outra coisa senão a prática de racismo.”

⁹ MARSHALL, Gordon. Dicionário de Sociologia da Universidade de Oxford. Oxford University Press, 1998, p. 548, 549.

Definição de discriminação racial

“50. Aprovou-se, a seguir, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965, assinada pelo Brasil e ratificada sem reservas (Decreto 65810/69), sendo certo que, por estar em harmonia com os preceitos informadores da Constituição Federal, suas disposições foram por ela recebidas. [...]”

“51. De grande importância para a solução do caso concreto, seu artigo 1º qualifica como discriminação racial qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, e no artigo 4º condena também a incitação às práticas discriminatórias que ‘se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio ou discriminação raciais’. É claro que essas normas internacionais inspiraram e balizaram a atuação da Assembléia Constituinte de 88 e do legislador ordinário, merecendo, por outra via, consideração irrestrita do intérprete da Carta Federal, especialmente por se acharem formalmente incorporadas ao nosso sistema jurídico.”

“90. Com efeito, limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerado apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio da igualdade, abrindo-se a possibilidade de discussão sobre a limitação de direitos a determinada parcela da sociedade, o que põe em xeque a própria natureza e prevalência dos direitos humanos. Condicionar a discriminação como crime imprescritível apenas aos negros e não judeus é aceitar como desiguais aqueles que na essência são iguais perante tal garantia. Parece-me, *data venia*, uma conclusão inaceitável.”

Papel do Estado diante da discriminação racial

“73. [...] o combate ao racismo tem clara inspiração no princípio da igualdade, que por sua vez se confunde com o reconhecimento mundial dos direitos do homem. A Constituição Brasileira o reitera em várias passagens, não sem razão, deixando consignada sua condição de preceito fundamental (CF, artigos 1º, II; 3º, IV; 4º, II e VIII; 5º, caput, I, XLI).”

“74. A efetiva aplicação desses postulados, e a consequente defesa dos direitos humanos, deve ser buscada obstinada e intransigentemente, sob pena de ruir-se a própria democracia, sendo o combate ao racismo, em seu sentido amplo, fator decisivo para a consecução desse objetivo fundamental”.

“75. O direito de qualquer cidadão de não ser alvo de práticas racistas, como de resto as demais garantias individuais, está inserido nas liberdades públicas asseguradas pela Carta Magna, sendo dever do Estado assegurar sua total observância. O respeito ao valor fundamental da pessoa humana é premissa básica do Estado de Direito, e sua descon sideração permite o surgimento de sociedades totalitárias. Nada pode ser mais aviltante à dignidade do homem que ser discriminado e inferiorizado em seu próprio meio social”.

Incitação ao racismo como um limite à liberdade de expressão

“76. Malgrado não seja fundamento do *writ*, penso também não ocorrer na hipótese qualquer violação ao princípio constitucional que assegura a liberdade de expressão e pensamento (CF, artigo 5º, incisos IV e IX; e artigo 220). Como sabido, tais garantias, como de resto as demais, não são incondicionais, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites traçados pela própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte).”

“77. Atos discriminatórios de qualquer natureza ficaram expressamente vedados, com alentado relevo para a questão racial, o que impõe certos temperamentos quando possível contrapor-se uma norma fundamental a outra (CF, artigo 220, caput, *in fine*). A aparente colisão de direitos essenciais encontra, nesse caso, solução no próprio texto constitucional. A previsão de liberdade de expressão não assegura o ‘direito à incitação ao racismo’, até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra.”

“78. E nesses casos há necessidade de proceder-se a uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o direito prevalente. Cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma a conformação simétrica da Constituição, para que se possa operar a chamada ‘concordância prática’, a que se refere a doutrina”.

“79. Em situações como a presente, acaso caracterizado o conflito, devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação das obras sob a responsabilidade do paciente, sob pena de colocar-se em jogo a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário, e até mesmo a própria vida dos que se acham sob a mira desse eventual risco.”

“81. Cuida-se, no caso, de direitos fundamentais que devem prevalecer exatamente porque se relacionam diretamente com os direitos humanos, no caso, grafe-se, não tanto pelo delito já confessado pelo paciente, mas para que a discriminação cometida não se apague da memória do povo.”

“97. Por tudo o que já foi dito, permito-me arrematar que racismo, longe de basear-se no conceito simplista de raça, reflete, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização, e até de eliminação de pessoas. Sua relação com o termo raça, até pela etimologia, tem a perspectiva da raça enquanto manifestação social, tanto mais que agora, como visto, em virtude de

conquistas científicas acerca do genoma humano, a subdivisão racial da espécie humana não encontra qualquer sustentação antropológica, tendo origem em teorias racistas, que se desenvolveram ao longo da história, hoje condenadas pela legislação criminal.”

“98. Não resta dúvida, portanto, que o preceito do inciso XLII do artigo 5º da Constituição aplica-se à espécie, dado que todos aqueles que defendem e divulgam idéias dessa mesma natureza são, deliberadamente, racistas, e em consequência, estão sujeitas às sanções penais de que se valeram os acórdãos impugnados.”

1.6 Diálogo entre STF e DIDH

Voto do Relator, Ministro Maurício Corrêa: “23. Não por acaso a Unesco proclamou, em 27 de novembro de 1978, na vigésima sessão de sua conferência geral, importante Declaração sobre Raça e Preconceito Racial, assim disposta em seu artigo 1º, na versão original em inglês: ‘Art. 1 – 1 *All human beings belong to a single species and are descended from a common stock. They are equal in dignity and rights and all form an integral part of humanity.*’”

“24. Em consequência, apesar da diversidade de indivíduos e grupos segundo características as mais diversas, os seres humanos pertencem a uma única espécie, não tendo base científica as teorias de que grupos raciais ou étnicos são superiores ou inferiores, pois na verdade são contrárias aos princípios morais e éticos da humanidade.” [...].

“50. Aprovou-se, a seguir, a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965, assinada pelo Brasil e ratificada sem reservas (Decreto 65810/69), sendo certo que, por estar em harmonia com os preceitos informadores da Constituição Federal, suas disposições foram por ela recebidas. [...] a principal finalidade da Convenção da ONU de 1965 foi

‘a definição de normas contrárias à discriminação racial e ao fenômeno do racismo em todas as suas dimensões’, motivada pelas práticas anti-semitas do nazismo e pelo desenvolvimento do apartheid na África do Sul.”

“51. De grande importância para a solução do caso concreto, seu artigo 1º qualifica como discriminação racial qualquer descendência ou origem nacional ou étnica, e no artigo 4º condena também a incitação às práticas discriminatórias que ‘se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e discriminação raciais’. É claro que essas normas internacionais inspiraram e balizaram a atuação da Assembléia Constituinte de 88 e do legislador ordinário, merecendo, por outra via, consideração irrestrita do intérprete da Carta Federal, especialmente por se acharem formalmente incorporadas ao nosso sistema jurídico.”

“52. Nessa mesma linha de defesa internacional da igualdade de direitos e repúdio às práticas racistas, foi firmado o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, que prevê a proibição legal de ‘apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência’, que foi reiterado para as Américas no artigo 13-5 do Pacto de San José da Costa Rica, também incorporado ao direito brasileiro (Decreto Legislativo 89/98, Decreto 678/92, e Decreto 4463/02).”

“56. Os tratados antes referidos, subscritos pelo Brasil, demonstram que perante o Direito Internacional Público considera-se crime a propagação de doutrinas fundadas em discriminação e baseadas na superioridade ou ódio raciais, o que coloca o País ao lado das nações mais adiantadas do mundo no campo dos direitos humanos. Por outro lado, dá a exata dimensão do que tais normas internacionais convencionaram, tanto que inseridas no contexto da Constituição Federal e reguladas em normas infraconstitucionais, na forma do que preconiza o § 2º do artigo 5º, em harmonia com o inciso II do artigo 4º da mesma Carta.”

Voto do Ministro Celso de Mello: “Essa reação – que deve repercutir no próprio sistema de poder e no aparato governamental que lhe dá suporte – deve buscar os meios que permitem transformar, em concreta realidade, os compromissos que o Brasil assumiu ao subscrever a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana e, considerado o contexto da presente causa, as obrigações éticas e jurídicas que incidem sobre o Estado brasileiro, por efeito de sua adesão a importantes atos, declarações, convenções e estatutos internacionais, como a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965), a Declaração sobre Raça e os Preconceitos Raciais (UNESCO/1978) e a Declaração de Durban e Plano de Ação, [...]”

“Não se pode ignorar, Senhor Presidente, a propósito do tema que ora julgamos, que a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, proclamou, em 09/12/1998 (na vésper do 50º aniversário da Declaração Universal dos Direitos da Pessoas Humana), pela Resolução 623, que o anti-semitismo e todos os atos de intolerância a ele relacionados constituem manifestações preocupantes de formas contemporâneas de racismo, impondo-se, por isso mesmo, a adoção, pela comunidade internacional e pelos Estados nacionais, de medidas que impeçam a propagação desse modo perverso de exclusão social.”

Ministro Gilmar Mendes: “O Prof. Celso Lafer, analisando a Declaração da UNESCO, [...], esclarece que, segundo o art. 1.1 da Declaração, todos os seres humanos pertencem a uma única espécie. Todavia, o inciso II do citado art. 1 não exclui o direito à diversidade de indivíduos e grupos. O racismo, segundo o art. 2.2 da Declaração, reside, então, nas ideologias racistas, nas atitudes preconceituosas, no comportamento discriminatório que levam à desigualdade racial. O racismo, pois, não está no conceito de raça, mesmo porque só há uma raça, a espécie humana.”

1.7 Dispositivo da decisão

“O Tribunal, por maioria, indeferiu o *habeas corpus*, vencidos os Senhores Ministros Moreira Alves, Relator, e Marco Aurélio, que concediam a ordem para reconhecer a prescrição punitiva do delito, e o Senhor Ministro Carlos Britto, que a concedia, *ex officio*, para absolver o paciente por falta de tipicidade da conduta. Redigirá o acórdão o Presidente, o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Não votou o Senhor Ministro Joaquim Barbosa por suceder ao Senhor Ministro Moreira Alves que proferira voto anteriormente. Plenário, 17.09.2003.”

2. ADPF nº 186: ações afirmativas étnico-raciais para ingresso em universidades públicas

2.1 Identificação

ADPF 186

Requerente.: Democratas – DEM

Intimados: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – CEPE; Reitor da Universidade de Brasília; Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília Cespe/UnB

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski

Julgamento: 26.04.2012

2.2 Resumo

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental que visa à declaração de inconstitucionalidade de atos da Universidade de Brasília – UnB, os quais instituíram o sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (20% de cotas étnico-raciais) no processo de seleção para ingresso de estudantes. O STF julgou improcedente a ação, reconhecendo a validade dos atos, em respeito ao princípio da igualdade material.

2.3 Ementa

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA

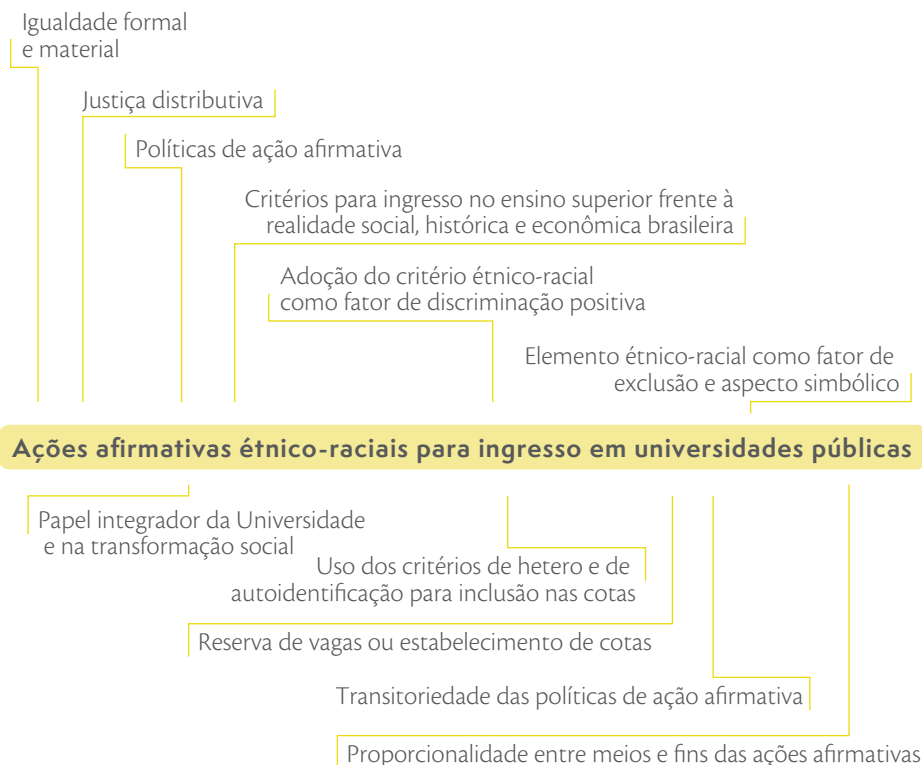
AOS ARTS. 1º, *CAPUT*, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, *CAPUT*, 205, 206, *CAPUT*, I, 207, *CAPUT*, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no *caput* do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V – Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI – Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas

poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente.”

2.4 Tese

Não houve fixação de tese.

2.5 Fundamentação



Igualdade formal e material

“À toda evidência, não se ateuve ele [legislador constituinte], simplesmente, a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, levando em consideração – é claro – a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais, além de atentar, de modo especial, para disequiparação ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais.”

“Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.”

“A adoção de tais políticas, que levam à superação de uma perspectiva meramente formal do princípio da isonomia, integra o próprio cerne do conceito de democracia [...]”

“[...] a ideia de democracia, nos dias atuais, exige a superação de uma concepção mecânica, estratificada, da igualdade, a qual, no passado, era definida apenas como um direito, sem que se cogitasse, contudo, de convertê-lo em uma possibilidade [...]”

Justiça distributiva

“O modelo constitucional brasileiro não se mostrou alheio ao princípio da justiça distributiva ou compensatória, porquanto, como lembrou a PGR em seu parecer, incorporou diversos mecanismos institucionais para

corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.”

“No que interessa ao presente debate, a aplicação do princípio da igualdade, sob a ótica justiça distributiva, considera a posição relativa dos grupos sociais entre si. Mas, convém registrar, ao levar em conta a inelutável realidade da estratificação social, não se restringe a focar a categoria dos brancos, negros e pardos. Ela consiste em uma técnica de distribuição de justiça, que, em última análise, objetiva promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados, especialmente daqueles que, historicamente, foram compelidos a viver na periferia da sociedade.”

Políticas de ação afirmativa

“Dentre as diversas modalidades de ações afirmativas, de caráter transitório, empregadas nos distintos países destacam-se: (i) a consideração do critério de raça, gênero ou outro aspecto que caracteriza certo grupo minoritário para promover a sua integração social; (ii) o afastamento de requisitos de antiguidade para a permanência ou promoção de membros de categorias socialmente dominantes em determinados ambientes profissionais; (iii) a definição de distritos eleitorais para o fortalecimento minorias; e (iv) o estabelecimento de cotas ou a reserva de vagas para integrantes de setores marginalizados.”

“[...] o Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, admitiu a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. Entre os vários precedentes, menciono a MC-ADI 1.276-SP, Rel. Min. Octávio Gallotti, a ADI 1.276/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, o RMS 26.071, Rel. Min. Ayres Britto e a ADI 1.946/DF, Rel. Min. Sydnei Sanches e a MC-ADI 1.946/DF, Rel. Min. Sydnei Sanches.”

“Por seu caráter ilustrativo, reproduzo, aqui, trecho do voto proferido pelo Min. Nelson Jobim, na ADI 1.946-MC/DF, Rel. Min. Sydnei Sanches:

‘Levantamentos feitos, principalmente por um grande economista americano, Prêmio Nobel, Paul Samuelson, em seu famoso livro, ‘Macro Economia’, são incisivos. Verificou-se, no levantamento feito pelo MIT, que, no mercado de trabalho, em relação às mulheres, havia uma discriminação. Observou-se que as fontes de discriminação, consistentes na diferença, para maior, dos rendimentos dos homens em relação às mulheres, havia uma discriminação. Observou-se que as fontes de discriminação, consistentes na diferença, para maior, dos rendimentos dos homens em relação às mulheres têm razões complexas: hábitos sociais; expectativas; fatores econômicos; educação; formação e experiência profissional. Mas registrou-se outro fato: as mulheres tendem a interromper suas carreiras para terem filhos, o que provoca essa situação específica. Em face disso, são discriminadas. Ou, não se emprega mulher, para se empregar homens. Ou, ao empregar a mulher, paga-se um salário aquém do salário médio para o homem. A diferença financeira os ônus decorrentes do gozo do benefício. Ora, isso tem como consequência uma baixa equalização, entre homens e mulheres, no mercado de trabalho. Nos Estados Unidos da América, com o governo Johnson, iniciou-se um processo curioso de discriminação positiva que recebeu a denominação de *ricos ônus johnsonianos*. Começou com o problema racial do negro americano e estabeleceram-se cotas. Eram as *affirmative actions*. [...] Todo um conjunto de regras ajudou a dismantelar, nos Estados Unidos, as práticas discriminárias mais evidentes. [...] O Tribunal tem que examinar as consequências da legislação para constatar se estão, ou não, produzindo resultados contrários à Constituição. A discriminação positiva introduz tratamento desigual para produzir, no futuro e em concreto, a igualdade. É constitucionalmente legítima, porque se constitui em instrumento para obter a igualdade real!”

Crítérios para ingresso no ensino superior frente à realidade social, histórica e econômica brasileira

“A Constituição Federal preceitua, em seu art. 206, I, III e IV, que o acesso ao ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: ‘igualdade

de condições para acesso e permanência na escola'; 'pluralismo de ideias'; e 'gestão democrática do ensino público.'"

"Registro, por outro lado, que a Carta Magna, em seu art. 208, V, consigna que o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística será efetivado 'segundo a capacidade de cada um.'"

"Vê-se, pois, que a Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que estabelece a igualdade de acesso, o pluralismo de ideias e a gestão democrática como princípios norteadores do ensino, também acolhe a meritocracia como parâmetro para a promoção aos seus níveis mais elevados."

"Tais dispositivos, bem interpretados, mostram que o constituinte buscou temperar o rigor da aferição do mérito dos candidatos que pretendem acesso à universidade com o princípio da igualdade material que permeia todo o Texto Magno."

"Afigura-se evidente, de resto, que o mérito dos concorrentes que se encontram em situação de desvantagem com relação a outros, em virtude de suas condições sociais, não pode ser aferido segundo uma ótica puramente linear, tendo em conta a necessidade de observar-se o citado princípio."

"Com efeito, considerada a diversidade dos atores e interesses envolvidos, o debate sobre os critérios de admissão não se resume a uma única ótica, devendo ser travado sob diversas perspectivas, eis que são distintos os objetivos das políticas antidiscriminatórias."

"As políticas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico- raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros. Elas devem, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro [...]."

“Critérios ditos objetivos de seleção, empregados de forma linear em sociedades tradicionalmente marcadas por desigualdades interpessoais profundas, como é a nossa, acabam por consolidar ou, até mesmo, acirrar as distorções existentes.”

“Os principais espaços de poder político e social mantêm-se, então, inacessíveis aos grupos marginalizados, ensejando a reprodução e perpetuação de uma mesma elite dirigente. Essa situação afigura-se ainda mais grave quando tal concentração de privilégios afeta a distribuição de recursos públicos.”

“Como é evidente, toda a seleção, em qualquer que seja a atividade humana, baseia-se em algum tipo de discriminação. A legitimidade dos critérios empregados, todavia, guarda estreita correspondência com os objetivos sociais que se busca atingir com eles.”

“O critério de acesso às universidades públicas, entre nós, deve levar em conta, antes de tudo, os objetivos gerais buscados pelo Estado Democrático de Direito, consistentes, segundo o Preâmbulo da Constituição de 1988, em ‘[...] assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social [...]’.”

“De fato, como assenta Oscar Vilhena Vieira

‘Os resultados do vestibular, ainda que involuntários, são discriminatórios, na medida em que favorecem enormemente o ingresso de alunos brancos, oriundos de escolas privadas, em detrimento de alunos negros, provenientes das escolas públicas. Esta exclusão – especialmente no que diz respeito aos cursos mais competitivos – faz com que a Universidade se torne de fato um ambiente segregado. Isto gera três problemas distintos: Em primeiro lugar, viola o direito dos membros dos grupos menos favorecidos de se beneficiar do ‘bem público educação’ em igualdade de condições com aqueles que tiveram melhor fortuna durante seus anos de formação. Esta Universidade predominantemente branca, em segundo lugar, falha na

sua missão de constituir um ambiente passível de favorecer a cidadania, a dignidade humana, a construção de uma sociedade livre, justa [...]. Uma Universidade que não integra todos os grupos sociais dificilmente produzirá conhecimento que atenda aos excluídos, reforçando apenas a hierarquias e desigualdades que tem marcado nossa sociedade desde o início de nossa história. Por fim, a terceira consequência está associada ao resultado deste investimento público, chamado sistema universitário, em termos de erradicação da pobreza e da marginalização. [...] pelos dados do MEC, o número de negros que conquistam o diploma universitário limita-se a 2%. Isto significa que os postos de comando, seja no setor público, seja no setor privado, [...], ficarão necessariamente nas mãos dos não negros, confirmando mais uma vez nossa estrutura racial estratificada.”¹⁰

“Diante disso, parece-me ser essencial calibrar os critérios de seleção à universidade para que se possa dar concreção aos objetivos maiores colimados na Constituição. Nesse sentido, as aptidões dos candidatos devem ser aferidas de maneira a conjugar-se seu conhecimento técnico e sua criatividade intelectual ou artística com a capacidade potencial que ostentam para intervir nos problemas sociais.”

“Essa metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição.”

“Ademais, essa metodologia parte da premissa de que o princípio da igualdade não pode ser aplicado abstratamente, pois procede a escolhas voltadas à concretização da justiça social. Em outras palavras, cuida-se, em especial no âmbito das universidades estatais, de utilizar critérios de seleção que considerem uma distribuição mais equitativa dos recursos públicos.”

¹⁰ Obra identificada no voto como: VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Direito GV/Malheiros, 2006, p. 376.

Adoção do critério étnico-racial como fator de discriminação positiva

“Importante questão a ser enfrentada neste debate consiste em saber se a inexistência, cientificamente comprovada, do conceito biológico ou genético de raça no concernente à espécie humana impede a utilização do critério étnico-racial para os fins de qualquer espécie seleção de pessoas. Relembro que o Supremo Tribunal Federal enfrentou essa questão no HC 82.424-QO/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, conhecido como ‘Caso Ellwanger’. [...]. Nesse precedente, o STF debateu o significado jurídico do termo ‘racismo’ abrigado no art. 5º, XLII, da Constituição. De acordo com o Relator do feito, Min. Maurício Corrêa:

‘embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre da mera concepção histórica, política e social e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito.’”

“Cumprir afastar, para os fins dessa discussão, o conceito biológico de raça para enfrentar a discriminação social baseada nesse critério, porquanto se trata de um conceito histórico-cultural, artificialmente construído, para justificar a discriminação ou, até mesmo, a dominação exercida por alguns indivíduos sobre certos grupos sociais, maliciosamente reputados inferiores.”

“Tal como os constituintes de 1988 qualificaram de inafiançável o crime de racismo, com o escopo de impedir a discriminação negativa de determinados grupos de pessoas, partindo do conceito de raça, não como fato biológico, mas enquanto categoria histórico-social, assim também é possível empregar essa mesma lógica para autorizar a utilização, pelo Estado, da discriminação positiva com vistas a estimular a inclusão social de grupos tradicionalmente excluídos.”

Elemento étnico-racial como fator de exclusão e aspecto simbólico

“Para as sociedades contemporâneas que passaram pela experiência da escravidão, repressão e preconceito, ensejadora de uma percepção depreciativa de raça com relação aos grupos tradicionalmente subjogados, a garantia jurídica de uma igualdade meramente formal sublima as diferenças entre as pessoas, contribuindo para perpetuar as desigualdades de fato existentes entre elas.”

“Como é de conhecimento geral, o reduzido número de negros e pardos que exercem cargos ou funções de relevo em nossa sociedade, seja na esfera pública, seja na privada, resulta da discriminação histórica que as sucessivas gerações de pessoas pertencentes a esses grupos têm sofrido, ainda que na maior parte das vezes de forma camuflada ou implícita.”

“Os programas de ação afirmativa em sociedades em que isso ocorre, entre as quais a nossa, são uma forma de compensar essa discriminação, culturalmente arraigada, não raro, praticada de forma inconsciente e à sombra de um Estado complacente.”

“A necessidade de superar essa atitude de abstenção estatal foi enfatizada pelo Min. Marco Aurélio, em sede doutrinária, da forma abaixo:

‘Pode-se afirmar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proíbe a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos ‘construir’, ‘garantir’, ‘erradicar’ e ‘promover’ implicam, em si, mudança de ótica, ao denotar ‘ação’. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar – e encontrar, na Carta como página virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa. E é necessário que essa seja a posição adotada pelos nossos legisladores. [...]. É preciso buscar-se a ação afirmativa. A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso; é necessário fomentar-se o acesso à educação [...]. Deve-se reafirmar: toda e qualquer lei que tenha

por objetivo a concretude da Constituição Federal não pode ser acusada de inconstitucionalidade.¹¹”

“Nessa mesma linha de raciocínio é possível destacar outro resultado importante no que concerne às políticas de ação afirmativa, qual seja: a criação de lideranças dentre esses grupos discriminados, capazes de lutar pela defesa de seus direitos, além de servirem como paradigmas de integração e ascensão social.”

“Tais programas trazem, pois, como um bônus adicional a aceleração de uma mudança na atitude subjetiva dos integrantes desses grupos, aumentando a autoestima que prepara o terreno para a sua progressiva e plena integração social.”

“Ainda sob essa ótica, há que se registrar uma drástica transformação na própria compreensão do conceito de justiça social, nos últimos tempos. Com efeito, para além das políticas meramente redistributivas surgem, agora, as políticas de reconhecimento e valorização de grupos étnicos e culturais.”

“Dito de outro modo, justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes.”

“As ações afirmativas, portanto, encerram também um relevante papel simbólico. Uma criança negra que vê um negro ocupar um lugar de evidência na sociedade projeta-se naquela liderança e alarga o âmbito de possibilidades de seus planos de vida. Há, assim, importante componente psicológico multiplicador da inclusão social nessas políticas.”

“A histórica discriminação dos negros e pardos, em contrapartida, revela igualmente um componente multiplicador, mas às avessas, pois a sua convivência multiseular com a exclusão social gera a perpetuação de uma consciência de inferioridade e de conformidade com a falta

¹¹ Obra identificada no voto como: MELLO, Marco Aurélio. Ótica Constitucional – a igualdade e as ações afirmativas. In MARTINS, Ives Gandra da Silva. **As vertentes do direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 296.

de perspectiva, lançando milhares deles, sobretudo as gerações mais jovens, no trajeto sem volta da marginalidade social.”

“Eis, aqui, demonstrada a importância da aplicação das políticas de ação afirmativa nas universidades e no ensino superior de modo geral. Tais espaços não são apenas ambientes de formação profissional, mas constituem também locais privilegiados de criação dos futuros líderes e dirigentes sociais.”

Papel integrador da Universidade e na transformação social

“Todos sabem que as universidades, em especial as universidades públicas, são os principais centros de formação das elites brasileiras. Não constituem apenas núcleos de excelência para a formação de profissionais destinados ao mercado de trabalho, mas representam também um celeiro privilegiado para o recrutamento de futuros ocupantes dos altos cargos públicos e privados do País.”

“É preciso, portanto, construir um espaço público aberto à inclusão do outro, do *outsider* social. Um espaço que contemple a alteridade. E a universidade é o espaço ideal para a desmistificação dos preconceitos sociais com relação ao outro e, por conseguinte, para a construção de uma consciência coletiva plural e culturalmente heterogênea, aliás, consentânea com o mundo globalizado em que vivemos.”

Uso dos critérios de hetero e de autoidentificação para inclusão nas cotas

“Além de examinar a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa, é preciso verificar também se os instrumentos utilizados para a sua efetivação enquadram-se nos ditames da Carta Magna.”

“Nesse processo de seleção, as universidades têm utilizado duas formas distintas de identificação, quais sejam: a autoidentificação e a hetero-identificação (identificação por terceiros).”

“A identificação deve ocorrer primariamente pelo próprio indivíduo, no intuito de evitar identificações externas voltadas à discriminação negativa e de fortalecer o reconhecimento da diferença. [...] Para se coibir possíveis fraudes na identificação no que se refere à obtenção de benefícios e no intuito de delinear o direito à redistribuição da forma mais estreita possível [...], alguns mecanismos adicionais podem ser utilizados como: (1) a elaboração de formulários com múltiplas questões sobre a raça (para se averiguar a coerência da autoclassificação); (2) o requerimento de declarações assinadas; (3) o uso de entrevistas [...]; (4) a exigência de fotos; e (5) a formação de comitês posteriores à autoidentificação pelo candidato. A possibilidade de seleção por comitês é a alternativa mais controversa das apresentadas [...]. Essa classificação pode ser aceita respeitadas as seguintes condições: (a) a classificação pelo comitê deve ser feita posteriormente à autoidentificação do candidato como negro (preto ou pardo), para se coibir a predominância de uma classificação por terceiros; (b) o julgamento deve ser realizado por fenótipo e não por ascendência; (c) o grupo de candidatos a concorrer por vagas separadas deve ser composto por todos os que se tiverem classificado por uma banca também (por foto ou entrevista) como pardos ou pretos, nas combinações: pardo- pardo, pardo-preto ou preto-preto; (d) o comitê deve ser composto tomando-se em consideração a diversidade de raça, de classe econômica, de orientação sexual e de gênero e deve ter mandatos curtos.”¹²”

“Tanto a autoidentificação, quanto a heteroidentificação, ou ambos os sistemas de seleção combinados, desde que observem, o tanto quanto possível, os critérios acima explicitados e jamais deixem de respeitar a dignidade pessoal dos candidatos, são, a meu ver, plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional.”

¹² Obra identificada no voto como: IKAWA, Daniela. **Ações Afirmativa em Universidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Reserva de vagas ou estabelecimento de cotas

“A política de reserva de vagas não é, de nenhum modo, estranha à Constituição, a qual, em seu art. 37, VIII, consigna o seguinte: “[...] a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.”

“Esta Suprema Corte, ao enfrentar a questão da reserva de vagas para portadores de deficiência, extraiu as mais amplas consequências do Texto Constitucional.”

“Nesse voto, referendado pela Primeira Turma deste Supremo Tribunal Federal, o Min. Britto afastou a ideia de que o Texto Constitucional somente autorizaria as políticas de ação afirmativa nele textualmente mencionadas, tais como a reserva de vagas para deficientes físicos ou para as mulheres.”

Transitoriedade das políticas de ação afirmativa

“É importante ressaltar a natureza transitória das políticas de ação afirmativa, já que as desigualdades entre negros e brancos não resultam, como é evidente, de uma desvalia natural ou genética, mas decorrem de uma acentuada inferioridade em que aqueles foram posicionados nos planos econômico, social e político em razão de séculos de dominação dos primeiros pelos segundos.”

“Assim, na medida em que essas distorções históricas forem corrigidas e a representação dos negros e demais excluídos nas esferas públicas e privadas de poder atenda ao que se contém no princípio constitucional da isonomia, não haverá mais qualquer razão para a subsistência dos programas de reserva de vagas nas universidades públicas, pois o seu objetivo já terá sido alcançado.”

“Assim, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada

à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes.”

“No caso da Universidade de Brasília, que figura como arguida nesta ADPF, o critério da temporariedade foi cumprido, uma vez que o Programa de Ações Afirmativas instituído pelo Conselho Superior Universitário – COSUNI daquela instituição estabeleceu a necessidade de sua reavaliação após o transcurso do período de 10 anos.”

Proporcionalidade entre meios e fins das ações afirmativas

“Não basta [...] que as políticas de reserva de vagas sejam constitucionais sob o ponto de vista da nobreza de suas intenções. É preciso também que elas, além de limitadas no tempo, respeitem a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins colimados, em especial que sejam pautadas pela razoabilidade.”

“As experiências submetidas ao crivo desta Suprema Corte têm como propósito a correção de desigualdades sociais, historicamente determinadas, bem como a promoção da diversidade cultural na comunidade acadêmica e científica. No caso da Universidade de Brasília, a reserva de 20% de suas vagas para estudantes negros e de ‘um pequeno número’ delas para *índios de todos os Estados* brasileiros’, pelo prazo de 10 anos, constitui providência adequada e proporcional ao atingimento dos mencionados desideratos. Dito de outro modo, a política de ação afirmativa adotada pela UnB não se mostra desproporcional ou irrazoável, afigurando-se, também sob esse ângulo, compatível com os valores e princípios da Constituição.”

2.6 Diálogo entre STF e DIDH

Voto do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski: “Outra definição – um pouco mais elaborada – é a que consta do art. 2º, II, da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil em 1968, segundo o qual ações afirmativas são ‘[...] medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais’. É necessário ressaltar, porém, que o mencionado dispositivo contém uma ressalva importante acerca da transitoriedade desse tipo de política, assim explicitada: ‘Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos em razão dos quais foram tomadas.’”

Voto do Ministro Luiz Fux: “A Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, internalizada ao ordenamento pátrio pelo Decreto nº 65.810/69, prevê que ‘não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos’ (art. 1º, item 4). A aludida Convenção foi incorporada ao ordenamento pátrio com status hierárquico supralegal, à luz da jurisprudência desta Suprema Corte [...]”

Voto do Ministro Marco Aurélio: “A Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil, em 26 de março de 1968, dispôs: ‘Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais’ – e adentrou-se o campo das ações afirmativas, da efetividade maior da não discriminação – ‘tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades’ – no sentido amplo – ‘fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência’ – e, hoje, ainda estamos muito longe disso –, ‘à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.’”

2.7 Dispositivo da decisão

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do relator, julgar totalmente improcedente a arguição. Votou o Presidente, Ministro Ayres Brito. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 26.04.2012.”

3. ADC nº 41: reserva de vagas para negras e negros em concursos públicos

3.1 Identificação

ADC 41

Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

Intimado: Presidente da República

Relator: Ministro Luís Roberto Barroso

Julgamento: 08.06.2017

3.2 Resumo

Trata-se de ação declaratória de constitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, tendo por objeto a Lei nº 12.990/2014, que reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta. O STF afirmou a constitucionalidade da lei, destacando, dentre outros argumentos, o respeito ao princípio da igualdade material.

3.3 Ementa

“DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.990/2014. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. É constitucional a Lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das

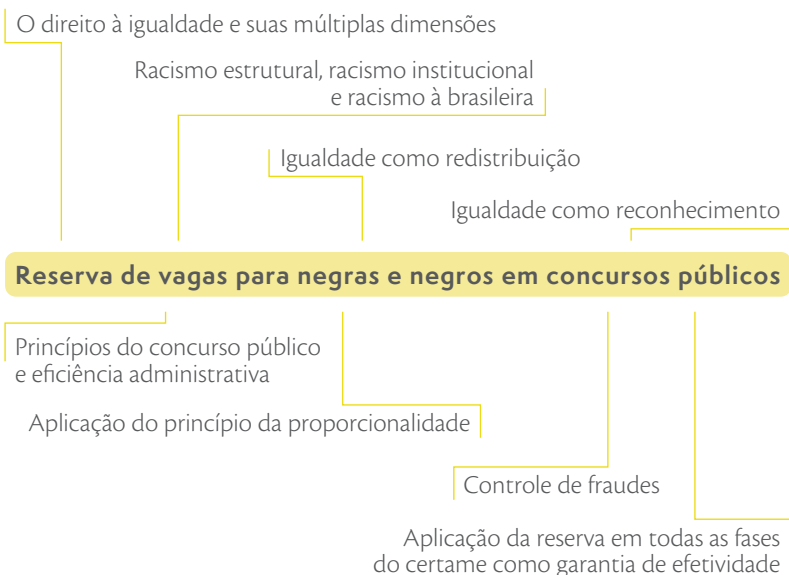
vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos. 1.1. Em primeiro lugar, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente. 1.2. Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator 'raça' como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma 'burocracia representativa', capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais. 1.3. Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014. 2. Ademais, a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a

comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa. 3. Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas. 4. Procedência do pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014 [...].”

3.4 Tese

“É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.”

3.5 Fundamentação



O direito à igualdade e suas múltiplas dimensões

“A igualdade constitui um direito fundamental e integra o conteúdo essencial da ideia de democracia. Da dignidade humana resulta que todas as pessoas são fins em si mesmas, possuem o mesmo valor e merecem, por essa razão, igual respeito e consideração. A igualdade veda a hierarquização dos indivíduos e as desigualdades infundadas, mas impõe a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença.”

“No mundo contemporâneo, a igualdade se expressa particularmente em três dimensões: a igualdade formal, que funciona como proteção contra a existência de privilégios e tratamentos discriminatórios; a igualdade material, que corresponde às demandas por redistribuição de poder, riqueza e bem-estar social; e a igualdade como reconhecimento, significando o respeito devido às minorias, sua identidade e suas

diferenças, sejam raciais, religiosas, sexuais ou quaisquer outras. A igualdade efetiva requer igualdade perante a lei, redistribuição e reconhecimento.”

“A Constituição de 1988 contempla essas três dimensões da igualdade. A igualdade formal vem prevista no art. 5º, *caput*: ‘todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza’. Já a igualdade como redistribuição decorre de objetivos da República, como ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’ (art. 3º, I) e ‘erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais’ (art. 3º, III). Por fim, a igualdade como reconhecimento tem lastro nos objetivos fundamentais do país de ‘promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação’ (art. 3º, IV), bem como no repúdio ao racismo (art. 5º, XLII).”

“A ordem constitucional não apenas rejeita todas as formas de preconceito e discriminação, mas também impõe ao Estado o dever de atuar positivamente no combate a esse tipo de desvio e na redução das desigualdades de fato.”

“Por conta dessa tripla dimensão do direito à igualdade, seria simplista – e mesmo equivocado – afirmar que toda e qualquer desequiparação entre indivíduos seria inválida. Em verdade, legislar nada mais é do que classificar e distinguir pessoas e fatos, com base nos mais variados critérios. Tanto é assim que a própria Constituição institui distinções com base em múltiplos fatores, que incluem sexo, renda, situação funcional e nacionalidade, dentre outros. Não por outro motivo, a própria Constituição admite o emprego de políticas de ações afirmativas, ao instituí-las diretamente em relação às pessoas portadoras de deficiência, determinando que a lei deverá reservar a elas percentual dos cargos e empregos públicos (CF/1988, art. 37, VIII). Em verdade, o que o princípio da isonomia impõe é que o fundamento da desequiparação, bem como os fins por ela visados sejam constitucionalmente legítimos.”

Racismo estrutural, racismo institucional e racismo à brasileira

“No caso da reserva de vagas em concursos públicos, a análise da legitimidade da desequiparação instituída em favor dos negros passa pela constatação da existência do chamado ‘racismo estrutural’ (ou institucional) e das consequências que ele produz em nossa sociedade.”

“Esse tipo de racismo não decorre necessariamente da existência de ódio racial ou de um preconceito consciente de brancos em relação aos negros. Ele constitui antes um sistema institucionalizado que, apesar de não ser explicitamente “desenhado” para discriminar, afeta, em múltiplos setores, as condições de vida, as oportunidades, a percepção de mundo e a percepção de si que pessoas, negras e brancas, adquirirão ao longo de suas vidas.”

“O racismo institucional é revelado através de mecanismos e estratégias presentes nas instituições públicas, explícitos ou não, que dificultam a presença dos negros nesses espaços’, de modo que ‘[o] acesso é dificultado, não por normas e regras escritas e visíveis, mas por obstáculos formais presentes nas relações sociais que se reproduzem nos espaços institucionais e públicos.’¹³”

“Esse sistema é, sem dúvida, uma das marcas deixadas no país pela escravidão. Após a abolição da escravatura, a ascensão do negro à condição de trabalhador livre não foi capaz de alterar as práticas sociais discriminatórias e os rótulos depreciativos da cor de pele (muito embora, do ponto de vista biológico, não existam raças humanas). A falta de qualquer política de integração do ex-escravo na sociedade brasileira, como a concessão de terras, empregos e educação, garantiu que os negros continuassem a desempenhar as mesmas funções subalternas. Assim, no Brasil, criou-se um aparato apto à manutenção da exclusão e

¹³ Obra identificada no voto como: SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. **Direitos humanos e as práticas de racismo**. 2013. p. 27-28.

da marginalização sem que fossem instituídas leis discriminatórias propriamente ditas.”

“No Brasil, é certo, nunca houve um conflito racial aberto ou uma segregação formal. O racismo nesses trópicos é velado, dissimulado, encoberto pelo mito da democracia racial e pela cordialidade do brasileiro. Não é, porém, difícil constatar a sua presença na realidade brasileira. Apesar de o país ser altamente miscigenado, a convivência entre brancos e negros se dá majoritariamente em relações hierarquizadas, de subordinação e subalternidade. Os brasileiros estão acostumados a ver a população afrodescendente desempenhar determinados papéis, como os de porteiro, pedreiro, operário, empregada doméstica e também o de jogador de futebol. Salvo exceções – felizmente, cada vez mais frequentes –, os negros não ocupam os estratos mais elevados da sociedade, os cargos de prestígio político e as posições sociais e econômicas mais elevadas. Nas posições de poder, nos meios de comunicação e nos espaços públicos elitizados, a imagem do Brasil ainda é a imagem de um país de formação predominantemente europeia.”

“A existência de um racismo estrutural e institucional no Brasil é facilmente revelada por análises estatísticas. O Censo 2010, realizado pelo IBGE, aponta que cerca da metade (mais precisamente, 50,7%) da população brasileira é negra. Nada obstante isso, dados do IPEA demonstram que a população negra e parda segue sub-representada entre os mais ricos e sobre-representada entre os mais pobres, equivalendo a 72% dos 10% mais pobres.”

“Além disso, a cor da pele influencia a vida de afrodescendentes em todos os seus aspectos: nas condições de moradia e saúde, na relação com a polícia e com o Estado, na educação e, ainda, com especial relevância, no mercado de trabalho.”

“No sistema carcerário, 61,67% dos presos são negros. O racismo institucional não está somente no encarceramento em massa, mas no uso excessivo da força pela polícia e no sistemático desrespeito de agentes do Estado em relação à população afrodescendente.”

“O IPEA demonstrou que mesmo quando se comparam pessoas com igual escolaridade, os negros seguem em desvantagem. Se tomarmos os trabalhadores com mais de 12 anos de estudo, por exemplo, verifica-se que o rendimento médio de homens negros equivale a 66% daquele auferido por homens brancos e, em situação ainda pior, o rendimento de mulheres negras equivale a 40% do auferido por homens brancos.”

“Especificamente em relação ao serviço público, Nota Técnica do IPEA elaborada para subsidiar a discussão do projeto de lei que deu origem à Lei nº 12.990/2014, trouxe dados reveladores. Mesmo no setor público, em que são empregados critérios supostamente impessoais de seleção, os negros ocupam majoritariamente as carreiras e posições de menor qualificação e prestígio e têm níveis de rendimento inferiores, quando comparados com servidores públicos brancos com o mesmo nível de escolaridade. Nas carreiras mais valorizadas, que exigem curso superior e que oferecem melhores remunerações, servidores negros são pouco presentes.”

“A eloquência dos números demonstra que a ideia de democracia racial representa uma máscara que tem dificultado tremendamente o enfrentamento dos processos históricos e culturais de discriminação contra a população afrodescendente. É preciso desconstruir a ideia romântica e irreal de que somos uma sociedade homogeneizada pela miscigenação e de que aqui transcendemos a questão racial.”

“Portanto, diante da persistência das desigualdades enfrentadas pela população afrodescendente, evidenciada em todos os indicadores sociais, há fundamento constitucionalmente legítimo para a desequilíbrio promovida pela Lei nº 12.990/2014. Afinal, a reserva de vagas para negros no serviço público se volta a combater o racismo estrutural presente na sociedade brasileira, na linha dos compromissos firmados pela Constituição de 1988 com a promoção da igualdade em seu sentido material, com a redução das desigualdades e com o combate ao racismo (CF/1988, arts. 3º, III e 5º, *caput* e XLII).”

Igualdade como redistribuição

“As discriminações e injustiças a que os negros são submetidos têm, ainda hoje, natureza socioeconômica. [...] Seu remédio, portanto, seria a reestruturação político-econômica, por meio de redistribuição de renda e de reorganização da divisão do trabalho, por exemplo.”

“O acesso desigual aos recursos econômicos por parte da população afrodescendente não está limitado ao aspecto sócio-econômico, possuindo, ainda, um forte componente racial. [...] É por isso que pretos e pardos ainda encontram grande dificuldade para assumir as posições sociais, econômicas e políticas mais elevadas e relevantes no país: a raça representa um teto de vidro para a sua ascensão na pirâmide social.”

“Nesse contexto, a reserva de vagas instituída pela Lei nº 12.990/2014 constitui política corretiva da desigualdade material existente entre brancos e negros na disputa, no âmbito de concursos públicos, pela assunção de cargos efetivos e empregos públicos na administração pública federal. Trata-se de medida estatal de justiça distributiva, que busca garantir que afrodescendentes possam ocupar, em maior quantidade, postos no serviço público que lhes garantam maior renda e a ocupação de posições de poder e prestígio na sociedade brasileira que lhes eram antes interditas. E a política ainda produz um benefício para a situação social da família e para as próximas gerações: os empregos conquistados por meio desta política de ação afirmativa garantem um maior nível de renda às famílias de seus beneficiários e permitem que seus filhos iniciem a vida em igualdade de condições.”

“O que esta política de ação afirmativa faz, portanto, é apenas garantir, de forma mais efetiva, a igualdade de oportunidades de ingressar no serviço público, por meio da incorporação da raça como um dos critérios (mas certamente não o único) na alocação das vagas. Essa medida se justifica diante da constatação de que não basta que os negros tenham a igual possibilidade de prestar concursos públicos. Exige-se, mais do que isso, que tenham condições efetivas de concorrer com os demais candidatos.”

“No caso dos candidatos negros, parece evidente que inúmeros fatores, como a ausência de condições financeiras para aquisição de material didático, para frequentar cursos preparatórios e para dedicar-se exclusivamente ao estudo, os impedem de competir em pé de igualdade com os demais concorrentes, razão pela qual se exige do Estado uma atuação positiva no sentido de calibrar os critérios para aferir o mérito dos candidatos. Por tudo isso, entendo que a reserva de vagas para negros em concursos públicos instituída pela Lei nº 12.990/2014, com a finalidade de facilitar a inserção social e a obtenção de postos de prestígio por um grupo historicamente alijado na distribuição de recursos e de poder na sociedade, mais do que compatível com a Constituição, realiza adequadamente os fins por ela propugnados, no sentido de efetivar a igualdade material.”

Igualdade como reconhecimento

“Além da redistribuição, a ação afirmativa criada pela Lei nº 12.990/2014 tem como meta contribuir para o ganho de autoestima da população negra, a eliminação dos estereótipos raciais, e para o aumento da diversidade e do pluralismo do serviço público. Nessa linha, conforme a exposição de motivos do Projeto de Lei nº 6.738, a reserva de vagas para negros em concursos públicos busca garantir que ‘os quadros do Poder Executivo federal reflitam de forma mais realista a diversidade existente na população brasileira.’”

“O racismo estrutural produz injustiças que não se confinam à estrutura econômica da sociedade, envolvendo, ainda, a ordem cultural ou simbólica existente. [...] O remédio demandado, nesse caso, seria, assim, o reconhecimento, que envolve a modificação de determinados padrões de aceitabilidade social e a valorização da diferença.”

“Também essa forma de desigualdade de fato – o ‘mau’ reconhecimento – produz uma sub-representação dos negros nas posições de

maior prestígio e visibilidade sociais, o que acaba perpetuando ou retroalimentando um estigma de inferioridade. Nesse contexto, a ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014 destina-se a abrir espaço para a ocupação de posições destacadas por parte de segmentos tradicionalmente excluídos, com três benefícios principais. Em primeiro lugar, ao garantir que os negros possam desempenhar os papéis mais valorizados na sociedade, contribui-se para a redução dos preconceitos e da discriminação. O fato de os negros não ocuparem os estratos mais elevados da sociedade institui um simbolismo que deprecia a negritude e embute uma ideia de superioridade dos brancos. Se nas repartições públicas não há negros nas funções de chefia, mas apenas na limpeza e na portaria, tal simbolismo se reproduz. Assim, a presente política tem como consequência o rompimento desse círculo vicioso.”

“A medida produz, em segundo lugar, um efeito positivo sobre o próprio reconhecimento e a autoestima da população afrodescendente. [...] A reserva de vagas é também capaz de impulsionar a formação de novas lideranças negras em todas as carreiras e centros de poder na administração federal, que poderão vocalizar as demandas e promover os direitos desta parcela da população.”

“Em terceiro lugar, a adoção de tal medida pode ser justificada como medida de promoção do pluralismo e da diversidade na administração pública.”

“Diante desses múltiplos fatores, entendo que a reserva de vagas para negros em concursos públicos atua no sentido de promover a superação dos estereótipos, a valorização da diferença e o pluralismo, em linha com os objetivos constitucionais de alcançar a igualdade material, não somente no campo da distribuição de bens sociais, mas também no campo do reconhecimento.”

Princípios do concurso público e eficiência administrativa

“É preciso, ainda, analisar a compatibilidade da reserva de vagas a negros para ingresso no serviço público com os princípios do concurso público e da eficiência. Aduz-se que a seleção dos candidatos com a melhor colocação (em termos objetivos) nos concursos públicos seria uma exigência do princípio da eficiência, pois permitiria o recrutamento dos indivíduos mais aptos a prestar à população um serviço eficiente e de qualidade.”

“A Constituição Federal de 1988 instituiu, como regra, a exigência da realização de concurso público de provas ou provas e títulos para a investidura em cargo no âmbito da Administração Pública (art. 37, II). A regra do concurso público é, a um só tempo, corolário e mecanismo garantidor dos princípios constitucionais da Administração Pública, previstos no caput do art. 37 da Constituição de 1988 – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – e na cláusula geral do art. 5º, que traz o princípio da isonomia.”

“A exigência da realização de concurso público é, assim, rotineiramente associada à realização de dois fins constitucionais. Em primeiro lugar, o concurso permite que o acesso ao serviço público se dê mediante um regime de livre concorrência, com igualdade de oportunidade de acesso para todos os candidatos e impessoalidade nos critérios de seleção. Trata-se, sob essa perspectiva, de uma aplicação dos princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade administrativa.”

“A condução do concurso público de forma isonômica e impessoal materializa a ideia típica dos Estados democráticos a respeito do igual valor de todos perante a lei e, conseqüentemente, perante a Administração. Assim, o acesso aos cargos e funções de natureza pública deve ser disciplinado de modo a que todos possam disputar o acesso a eles em plena igualdade, substituindo-se os métodos de seleção fundados no parentesco ou no compadrio. Na formulação clássica do princípio da isonomia, os iguais deverão ser tratados igualmente e os desiguais,

desigualmente, na medida de sua desigualdade. A impessoalidade, nessa mesma linha, exige que a Administração trate a todos sem discriminações de qualquer natureza. O que esses princípios vedam, portanto, são as desequiparações arbitrárias e injustificadas, que não tenham um fundamento racional e razoável e que não se destinem a promover um fim constitucionalmente legítimo.”

“Nessa linha e como já se examinou no item anterior, tais princípios – a isonomia, a impessoalidade e a moralidade – não impedem que, além dos critérios estabelecidos em função do desempenho e pontuação dos candidatos nas provas e títulos, incorporem-se aos concursos públicos outros critérios relacionados à necessidade de promover a igualdade material na concorrência por esses postos de trabalho. A defesa de uma igualdade meramente formal, ao revés, acabaria se confundindo com a defesa do *status quo* e, por isso mesmo, dificilmente poderia ser compreendida como medida impessoal e neutra.”

“Em segundo lugar, o concurso público permite que, no atendimento do interesse público, a Administração Pública possa selecionar os indivíduos que estejam aptos a desempenharem as funções de que necessita, de acordo com suas habilidades físicas e intelectuais. Entende-se, nesse sentido, que o concurso público representaria um meio de alcançar a eficiência na atuação dos agentes administrativos, princípio acrescentado expressamente no *caput* do art. 37 pela Emenda Constitucional nº 19/1998. O princípio da eficiência relaciona-se com as ideias de custo/benefício, economicidade administrativa e sucesso na realização da finalidade pública de modo a que se produza o atendimento satisfatório das necessidades da comunidade e de seus membros, particularmente no que toca aos serviços públicos.”

“É, porém, questionável a ideia de que os concursos públicos sejam aptos a selecionar os candidatos que, na prática, se tornarão os servidores públicos mais eficientes e que permitirão que a Administração Pública alcance os melhores resultados na realização de suas funções. O que os concursos fazem é definir, entre todos os concorrentes, aqueles que detêm as habilidades e qualificações para exercer o cargo ou

emprego, de acordo com a sua natureza e complexidade. É por isso que todos os concursos públicos definem notas de corte e requisitos mínimos para a classificação dos candidatos em cada etapa e para a sua aprovação ao final do certame. Presume-se, então, que todos os concorrentes que alcançarem a aprovação possuem as competências e habilidades necessárias para desempenhar, de forma adequada e eficiente, as funções relativas ao cargo em questão.”

“A partir desse momento, porém, a investidura daqueles candidatos que alcançaram a maior pontuação nas provas e títulos é apenas um método de distribuição de bens escassos (as vagas disponíveis), que não impede, ademais, a incorporação de outros critérios pela Administração.”

“A Administração adota para fins de definir a ordem de classificação no concurso, outros parâmetros alheios ao ‘mérito’, como a reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência (CF/1988, art. 37, VIII) e o emprego da idade dos candidatos como critério de desempate (Lei nº 10.741/2003, Estatuto do Idoso). Portanto, considerando-se que a ação afirmativa prevista na Lei nº 12.990/2014 não isentaria os seus beneficiários da aprovação no concurso público, não se pode afirmar, de modo algum, que os princípios do concurso público e da eficiência seriam violados.”

“E mais: é possível defender que a reserva de vagas para negros na administração federal seria capaz de potencializar o princípio da eficiência, medida a partir do conceito da ‘representatividade’.”

“A constituição de um serviço público ‘representativo’ – *i.e.*, capaz de refletir a composição da população que atende – produziria diversos benefícios para a prestação do serviço, aumentando a qualidade, a responsividade e a inclusividade das políticas e decisões produzidas. [...] Com isso, a partir de uma composição mais plural, as instituições estatais, em todos os níveis e Poderes, passam a ter maior capacidade de atuar na defesa dos interesses de todos os grupos e segmentos da população, tornando-se mais democráticas.”

“Portanto, a reserva de vagas instituída pela Lei nº 12.990/2014 não viola os princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não constitui uma modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se em cargo ou emprego na administração pública federal sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento. [...] Além disso, a incorporação do fator ‘raça’ como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, permite sua realização em maior extensão, na medida em que pode contribuir para que todos os pontos de vista e interesses da comunidade e de seus membros sejam considerados na tomada de decisões estatais.”

Aplicação do princípio da proporcionalidade

“Por fim, cabe apreciar o sistema de cotas adotado para ingresso nos quadros do serviço público à luz do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão: a medida deverá ser adequada para a promoção do objetivo a que se destina; necessária, sendo considerada inválida nos casos em que seja possível identificar, objetivamente, a existência de uma alternativa igualmente adequada e menos restritiva; e também proporcional em sentido estrito, de modo que o benefício alcançado seja relevante a ponto de justificar a restrição produzida. Em qualquer caso, a restrição não poderá afetar o núcleo essencial dos direitos fundamentais envolvidos. Em relação a esse ponto, alega-se que a reserva de vagas para negros em cargos públicos seria desproporcional, por conceder uma dupla-vantagem para os seus beneficiários, considerando-se a já existência de cotas na educação superior.”

“Em primeiro lugar, como já se viu, a reserva de vagas instituída pela Lei nº 12.990/2014 é adequada para garantir a igualdade material entre os cidadãos, uma vez que se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira e visa promover a melhor distribuição de bens sociais e a promoção do reconhecimento da população afrodescendente.”

“Em segundo lugar, entendo que a política de ação afirmativa para provimento de empregos e cargos públicos na administração federal é necessária, pois não há outra medida alternativa menos gravosa e igualmente idônea à promoção dos objetivos da Lei nº 12.990/2014. No caso da instituição de cotas para o acesso de negros à educação superior, é claro que um dos efeitos pretendidos pela medida é justamente permitir que os seus beneficiários possam concorrer, em pé de igualdade, por postos de trabalho, inclusive no setor público, passando a compor uma nova elite intelectual e profissional no país. Porém, tal finalidade não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária. Primeiro porque nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior. Segundo porque os beneficiários das cotas no serviço público não precisam ter sido necessariamente beneficiários das cotas nas universidades públicas. Terceiro porque, ainda nos casos em que o concorrente pelas vagas reservadas tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de sistema de cotas, há, como se demonstrou, outras razões que justificam a política de reserva de vagas para negros discutida nesta ADC. Inúmeros fatores os impedem de competir em pé de igualdade com os demais concorrentes, como a ausência de condições financeiras para aquisição de material didático, para frequentar cursos preparatórios e para dedicar-se exclusivamente ao estudo, bem como a persistência de preconceitos velados e mesmo inconscientes que podem vir a prejudicar os candidatos negros nos concursos (em especial nas fases de provas orais).”

“Por fim, a medida é proporcional em sentido estrito, pois a determinação de uma reserva de 20% das vagas para negros engendra mais benefícios para os princípios tutelados do que custos decorrentes da sua implementação nos concursos públicos. Afinal, além de uma parcela relevante das vagas nos concursos públicos ainda continuarem destinadas à livre concorrência, a lei ainda previu que a reserva de vagas somente será aplicada quando o número de vagas em disputa for igual ou superior a três (art. 1º, § 1º). Ademais, a política instituída tem caráter transitório (destinada a vigor por 10 anos), institui um modelo de monitoramento

anual dos resultados e emprega métodos de identificação do componente étnico-racial compatíveis com o princípio da dignidade humana, com a previsão de controle de fraudes.”

Controle de fraudes

“A fim de garantir a efetividade da política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes. As burlas à reserva de vagas para negros nos concursos públicos podem se dar, basicamente, de duas formas. De um lado, por candidatos que, apesar de não serem beneficiários da medida, venham a se autodeclarar pretos ou pardos apenas para obter vantagens no certame. De outro lado, a política também pode ser fraudada pela própria Administração Pública, caso a política seja implementada de modo a restringir o seu alcance ou a desvirtuar os seus objetivos.”

“Não existem raças humanas sob o ponto de vista genético. [...] Como é natural, essa descoberta significativa da ciência não acabou com o racismo enquanto fenômeno social; apenas serviu para deixar ainda mais claro o quanto essa forma de menosprezo ao outro é cruel, arbitrária e autointeressada. Essa questão já foi objeto de manifestação por parte do STF, que rejeitou a ideia de que a inexistência biológica de raças humanas teria tornado insubsistente o racismo e as demais formas de preconceito baseado no fenótipo ou em fatores correlatos. Feita a observação, é preciso reconhecer que a definição de critérios objetivos para identificar os beneficiários de eventuais programas de cotas de viés racial esbarra em dificuldades variadas.”

“Dentre todas as opções, a que parece menos defensável é o exame do genótipo, uma vez que o preconceito no Brasil parece resultar, precipuamente, da percepção social, muito mais do que da origem genética. [...]. O sistema da autodeclaração, que tem sido adotado com maior frequência no país, apresenta algumas vantagens, sobretudo no que diz

respeito à simplificação dos procedimentos e ao fato de se privilegiar a autopercepção, a partir do fenótipo – das características exteriores do organismo. Ela encoraja, ainda, os indivíduos a assumirem a sua raça, contribuindo para o reconhecimento dos negros na sociedade brasileira. Há, todavia, problemas associados a esse modelo. Em especial, o risco de oportunismo e idiosincrasia, que poderia levar ao parcial desvirtuamento da política pública.”

“Atenta aos méritos e deficiências do sistema de autodeclaração, a Lei nº 12.990/2014 definiu-o como critério principal para a definição dos beneficiários da política. [...]. Porém, instituiu norma capaz de desestimular fraudes e punir aqueles que fizerem declarações falsas a respeito de sua cor.”

“Para dar concretude a esse dispositivo, entendo que é legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação para fins de concorrência pelas vagas reservadas, para combater condutas fraudulentas e garantir que os objetivos da política de cotas sejam efetivamente alcançados. São exemplos desses mecanismos: a exigência de autodeclaração presencial, perante a comissão do concurso; a exigência de fotos; e a formação de comissões, com composição plural, para entrevista dos candidatos em momento posterior à autodeclaração. A grande dificuldade, porém, é a instituição de um método de definição dos beneficiários da política e de identificação dos casos de declaração falsa, especialmente levando em consideração o elevado grau de miscigenação da população brasileira.”

“Em primeiro lugar, o mecanismo escolhido para controlar fraudes deve sempre ser idealizado e implementado de modo a respeitar a dignidade da pessoa humana dos candidatos. Em segundo lugar, devem ser garantidos os direitos ao contraditório e à ampla defesa, caso se entenda pela exclusão do candidato. Por fim, deve-se ter bastante cautela nos casos que se enquadrem em zonas cinzentas. Nas zonas de certeza positiva e nas zonas de certeza negativa sobre a cor (branca ou negra) do candidato, não haverá maiores problemas. Porém, quando houver dúvida

razoável sobre o seu fenótipo, deve prevalecer o critério da autodeclaração da identidade racial.”

“Por fim, deve-se impedir que a administração pública possa se furtar ao cumprimento da lei, mediante artifícios que limitem o seu alcance ou impeçam a incidência da reserva de vagas em determinados concursos. Os órgãos públicos são obrigados a conferir aos dispositivos da Lei nº 12.990/2014 a interpretação mais favorável à concretização dos seus objetivos.”

Aplicação da reserva em todas as fases do certame como garantia de efetividade

“[...] Para garantir participação equivalente de negros em todas as fases do certame, é preciso manter a reserva de vagas em todas as etapas. [...] Em concursos com baixo número de vagas, como o magistério superior (considerando a divisão do concurso por especialidade), [...] seria necessário adotar medidas alternativas para ampliar a representação racial nesses cargos específicos, como a aglutinação das vagas.”

“É preciso também que as cotas previstas na Lei nº 12.990/2014 sejam aplicadas a todos os concursos públicos federais.”

“Embora seja possível entender que o dispositivo somente seria aplicável ao momento da nomeação dos candidatos aprovados, a interpretação adequada do preceito é aquela que garante a aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade também na composição da lista de antiguidade das carreiras. Com isso, garante-se que a política produza efeitos durante toda a carreira funcional do seu beneficiário, influenciando promoções e remoções.”

“Portanto, com o objetivo de garantir a efetividade desta política de ação afirmativa, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em relação a

todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas naquelas oferecidas no edital de abertura); (iii) deve-se aglutinar, sempre que possível, as vagas em concursos com baixo número de vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da política.”

3.6 Diálogo entre STF e DIDH

Voto do Ministro Celso de Mello: “A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial define-a como ‘qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública (Artigo I)’”

“[...] a importante Conferência Internacional de Durban, em 2001, na África do Sul, reconheceu que o racismo e a discriminação étnico-racial constituem a própria negação dos princípios, dos propósitos e dos objetivos proclamados tanto pela Carta de São Francisco, que instituiu, em setembro de 1945, a Organização das Nações Unidas, quanto pela Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 10/12/1948. Claro e significativo o relevo dessa Conferência, cujo real significado consistiu na enfática proclamação de que os valores da solidariedade, do respeito, da tolerância, da alteridade e do multiculturalismo representam, na verdade, os fundamentos ético-jurídicos no combate incessante ao racismo, à discriminação racial, à xenofobia e a todas as modalidades correlatas de intolerância. Imperioso, portanto, que se dê consequência (e consequência efetiva) aos compromissos que o Brasil assumiu tanto no plano doméstico – proclamando, no texto de nossa Constituição, a sua explícita repulsa ao racismo e a práticas de

discriminação étnico-racial – quanto perante a comunidade internacional, ao subcrever, entre outros importantes instrumentos, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1966) e a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (1948), de um lado, e os Pactos Internacionais de 1966, quer sobre os direitos civis e políticos, quer sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, de outro, além da Declaração e do Programa de Ação de Viena, adotados na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, que se realizou, na década de 90, na capital austríaca.”

“Impende enfatizar que, em razão da Conferência de Durban, os Estados nacionais foram instados a adotar programas de ações afirmativas ou medidas de ações positivas, em ordem a viabilizar o acesso aos serviços públicos e aos serviços sociais básicos em favor dos indivíduos que são vítimas de exclusão ou de discriminação. Para esse efeito, recomendou-se a adoção de providências destinadas a capacitar estudantes – estudantes que compõem os denominados grupos vulneráveis –, permitindo-se-lhes frequentar instituições de ensino superior ou ingressar no serviço público, assegurando-se-lhes, em consequência, um ambiente livre de quaisquer práticas de racismo, de discriminação ou de intolerância.”

“Vale registrar um ponto que me parece importante: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, já incorporada, formalmente, ao plano do Direito Positivo interno brasileiro, estimula, em suas diversas cláusulas, a adoção da chamada ‘discriminação positiva ou reversa’, no sentido de que sejam acolhidas, no plano doméstico, medidas especiais tomadas com o objetivo precípua de assegurar, de forma conveniente, o progresso de certos grupos sociais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção para poderem gozar e exercer, em plenitude, os direitos humanos e as liberdades fundamentais em igualdade de condições, advertindo, ainda, que tais medidas não serão consideradas práticas de discriminação racial, desde que não conduzam à

manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido atingidos os seus objetivos.”

“Cumpre fazer, neste ponto, uma observação que tenho por juridicamente relevante: entendo que os tratados internacionais de direitos humanos qualificam-se como instrumentos normativos materialmente constitucionais e, nessa condição, passam a integrar e a compor o denominado bloco de constitucionalidade. Essa noção – a de bloco de constitucionalidade – reveste-se de suma importância, na medida em que, a partir dela, amplia-se aquele núcleo mínimo de direitos fundamentais. E é também sob essa perspectiva que considero inteiramente compatível com a ordem constitucional global a adoção de medidas compensatórias, como as que se acham positivadas na legislação que ora estamos a examinar: a Lei nº 12.990/2014.”

“A definição do significado de bloco de constitucionalidade apresenta-se impregnada de altíssimo relevo, ainda mais se se tiver em consideração a vocação protetiva que assumem as declarações internacionais de direitos humanos, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, promulgada pelo Decreto nº 65.810/69.”

“Não custa lembrar que, em matéria de direitos humanos, a interpretação jurídica há de considerar, necessariamente, as regras e cláusulas do direito interno e do direito internacional, cujas prescrições tutelares revelam-se – na interconexão normativa que se estabelece entre tais ordens jurídicas – elementos de proteção vocacionados a reforçar a imperatividade do direito constitucionalmente garantido.”

“Em suma: os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica.”

“O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, de modo a viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.”

Voto da Ministra Cármen Lúcia: “No plano infraconstitucional, desde 1969 há previsão expressa de atuação concreta do Estado brasileiro para assegurar o desenvolvimento ou a proteção de minorias raciais, com a finalidade de garantir-lhes, em condição de igualdade, o pleno exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. É o que se dispõe no art. II, item 2, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Decreto n. 65.810/1969) [...]”

3.7 Dispositivo da decisão

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, sob a presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em julgar procedente o pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, e fixar a seguinte tese de julgamento: ‘É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa’. Ausentes, participando de sessão extraordinária no Tribunal Superior Eleitoral, os Ministros Rosa Weber e Luiz Fux, que proferiram voto em assentada anterior, e o Ministro Gilmar Mendes.”

4. ADI nº 3.239: critério de autoatribuição para identificação de comunidades quilombolas

4.1 Identificação

ADI 3.239

Requerente: Partido Democratas

Intimado: Presidente da República

Redatora para o Acórdão: Ministra Rosa Weber

Julgamento: 08.02.2018

4.2 Resumo

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade do Decreto n. 4887, julgada improcedente por maioria, para reconhecer como constitucional o critério de autoatribuição da identidade de quilombola previsto no Decreto n. 4887/2003 para a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação de suas terras prevista no artigo 68 do ADCT. A decisão invocou a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, internalizada ao direito brasileiro, bem como a não exclusividade de tal critério, dado que sujeito a controles institucionais.

4.3 Ementa

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO Nº 4.887/2003. PROCEDIMENTO PARA IDENTIFICAÇÃO, RECONHECIMENTO, DELIMITAÇÃO, DEMARCAÇÃO E TITULAÇÃO DAS TERRAS OCUPADAS POR REMANESCENTES DAS COMUNIDADES DOS QUILOMBOS. ATO NORMATIVO AUTÔNOMO. ART. 68 DO ADCT. DIREITO FUNDAMENTAL. EFICÁCIA PLENA E IMEDIATA. INVASÃO DA ESFERA RESERVADA A LEI. ART. 84, IV E VI, ‘A’, DA CF. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INOCORRÊNCIA. CRITÉRIO DE IDENTIFICAÇÃO. AUTOATRIBUIÇÃO. TERRAS OCUPADAS. DESAPROPRIAÇÃO. ART. 2º, *CAPUT* E §§ 1º, 2º E 3º, E ART. 13, *CAPUT* E § 2º, DO DECRETO Nº 4.887/2003. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. INOCORRÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. [...] 4. O art. 68 do ADCT assegura o direito dos remanescentes das comunidades dos quilombos de ver reconhecida pelo Estado a propriedade sobre as terras que histórica e tradicionalmente ocupam – direito fundamental de grupo étnico-racial minoritário dotado de eficácia plena e aplicação imediata. Nele definidos o titular (remanescentes das comunidades dos quilombos), o objeto (terras por eles ocupadas), o conteúdo (direito de propriedade), a condição (ocupação tradicional), o sujeito passivo (Estado) e a obrigação específica (emissão de títulos), mostra-se apto o art. 68 do ADCT a produzir todos os seus efeitos, independentemente de integração legislativa.[...] 6. O compromisso do Constituinte com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e com a redução das desigualdades sociais (art. 3º, I e III, da CF) conduz, no tocante ao reconhecimento da propriedade das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, à convergência das dimensões da luta pelo reconhecimento – expressa no fator de determinação da identidade distintiva de grupo étnico-cultural – e da demanda por justiça socioeconômica, de caráter redistributivo – compreendida no fator de medição e demarcação das terras. 7. Incorporada ao direito interno brasileiro, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, consagra a ‘consciência da própria identidade’ como

critério para determinar os grupos tradicionais aos quais aplicável, enunciando que Estado algum tem o direito de negar a identidade de um povo que se reconheça como tal. 8. Constitucionalmente legítima, a adoção da autoatribuição como critério de determinação da identidade quilombola, além de consistir em método autorizado pela antropologia contemporânea, cumpre adequadamente a tarefa de trazer à luz os destinatários do art. 68 do ADCT, em absoluto se prestando a inventar novos destinatários ou ampliar indevidamente o universo daqueles a quem a norma é dirigida. O conceito vertido no art. 68 do ADCT não se aparta do fenômeno objetivo nele referido, a alcançar todas as comunidades historicamente vinculadas ao uso linguístico do vocábulo quilombo. Adequação do emprego do termo 'quilombo' realizado pela Administração Pública às balizas linguísticas e hermenêuticas impostas pelo texto-norma do art. 68 do ADCT. [...]. 9. Nos casos *Moiwana v. Suriname* (2005) e *Saramaka v. Suriname* (2007), a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu o direito de propriedade de comunidades formadas por descendentes de escravos fugitivos sobre as terras tradicionais com as quais mantêm relações territoriais, ressaltando o compromisso dos Estados partes (Pacto de San José da Costa Rica, art. 21) de adotar medidas para garantir o seu pleno exercício. 10. O comando para que sejam levados em consideração, na medição e demarcação das terras, os critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades quilombolas, longe de submeter o procedimento demarcatório ao arbítrio dos próprios interessados, positiva o devido processo legal na garantia de que as comunidades tenham voz e sejam ouvidas. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, §§ 2º e 3º, do Decreto 4.887/2003. [...].”

4.4 Tese

Não houve fixação de tese.

4.5 Fundamentação

Direito fundamental das comunidades quilombolas ao reconhecimento de suas terras e o papel do Estado

Critério de autoatribuição para reconhecimento da comunidade quilombola

Critério de autoatribuição para identificação de comunidades quilombolas

Controle institucional do critério de autoatribuição

Direito fundamental das comunidades quilombolas ao reconhecimento de suas terras e o papel do Estado

“O objeto do art. 68 do ADCT é o direito dos remanescentes das comunidades dos quilombos de ver reconhecida pelo Estado a sua propriedade sobre as terras por eles histórica e tradicionalmente ocupadas. Tenho por inequívoco tratar-se de norma definidora de direito fundamental de grupo étnico-racial minoritário, dotada, portanto, de eficácia plena e aplicação imediata, e assim exercitável, o direito subjetivo nela assegurado, independentemente de integração legislativa. Na linha do decidido no MI 630/MA, de forma monocrática, pelo Ministro Joaquim Barbosa, entendo que o art. 68 do ADCT ‘inegavelmente, assegura um direito específico e, [...], fundado diretamente no texto constitucional.’”

“Decomposto analiticamente o texto [artigo 68], extraio duas categorias de enunciados constitucionais: (i) uma disposição substancial assentando um direito fundamental – um direito de propriedade qualificado (‘aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva’); (ii) uma ordem ao Estado para que pratique determinado ato necessário ao direito fundamental assentado – a expedição dos títulos respectivos (‘devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos’).”

“Quanto ao primeiro enunciado – ‘aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a

propriedade definitiva’ – , a norma não prevê direito potencialmente exercível em momento futuro incerto, dependente de lei. O direito fundamental subjetivo está consagrado no próprio preceito constitucional transitório. O sentido da norma constitucional – porque de eficácia plena – é inverso ao que se extrai da leitura de uma norma de eficácia limitada: a norma constitucional definidora de direito fundamental não assenta incumbência ao legislador, ao contrário, desde ja – promulgada a Constituição –, fixa limite à atuação legislativa, de tal modo que nenhuma lei que venha a ser editada poderá frustrar ou restringir o exercício dos direitos nela – norma constitucional – afirmados, por absoluta incompatibilidade com a ordem de direitos estabelecida.”

“O direito fundamental insculpido no art. 68 do ADCT em absoluto demanda do Estado delimitação legislativa, e sim organização de estrutura administrativa apta a viabilizar a sua fruição. A dimensão objetiva do direito fundamental que o preceito enuncia, ênfato, impõe ao Estado o dever de tutela – observância e proteção –, e não o dever de conformação.”

“Disponíveis à atuação integradora tão-somente os aspectos do art. 68 do ADCT que dizem com a regulação do comportamento do Estado na implementação do comando constitucional, não identifico invasão de esfera reservada à lei nem conluo, por conseguinte, pela violação, pelo Poder Executivo, do art. 84 da Carta Política ao editar o Decreto 4.887/2003. Este, do meu ponto de vista, traduz efetivo exercício do poder regulamentar da Administração inserido nos limites estabelecidos pelo art. 84, VI, da Constituição da República.”

Critério de autoatribuição para reconhecimento da comunidade quilombola

“Sob qualquer ângulo, é de se enfatizar, a formação dos quilombos, calhambos ou mocambos retém o caráter de ato de resistência, de inconformismo, enfim, de luta por reconhecimento. Apesar de

frequentemente inseridos no ambiente e na economia locais, os quilombos representavam uma possibilidade de organização social alternativa à ordem escravista.”

“Quem são, pois, os remanescentes das comunidades dos quilombos aos quais alude o art. 68 do ADCT, os ‘quilombolas atuais’? [...] ‘Toda comunidade negra rural que agrupe descendentes de escravos vivendo da cultura de subsistência e onde as manifestações culturais têm forte vínculo com o passado.’”¹⁴

“Para trazer um exemplo concreto, cito estudo acadêmico sobre as raízes da comunidade negra rural – leia-se comunidade remanescente de quilombo – do Pacoval, localizada à margem do rio Curuá, no oeste do Estado do Pará, no qual constatado que ‘suas manifestações culturais, seu cotidiano e seu modo de ser revelam suas origens. Origens mais bem expressas não apenas na cor da pele de sua gente, mas sobretudo na memória, nas lembranças dos velhos, de histórias contadas por seus avós, que nos remetem sempre a um outro passado: o dos mocambos. A história dos avós é história vivida.’”¹⁵

“Memória essa que é referencial não só de ancestralidade, mas também, e fundamentalmente, de identidade.”

“Com efeito, a perversa aspereza da vida servil ‘permanece na memória dos remanescentes e é sempre ressaltado ao falarem sobre o porquê da fuga de seus ascendentes.’”¹⁶

“A partir de então, dada a nova conformação sociopolítica no que diz com o fato da escravidão humana, as comunidades negras rurais remanescentes de quilombos – também chamados mocambos, palmares, ladeiras etc., conforme a época e o lugar – passam a ser designadas e

¹⁴ Obra identificada no voto como: ANDRADE, Tânia. **Quilombos em São Paulo: tradições, direitos e lutas**. São Paulo: Imesp, 1997.

¹⁵ Obra identificada no voto como: FUNES, Eurípedes A. “Nasci nas Matas, Nunca Tive Senhor” – história e memória dos mocambos do baixo Amazonas in REIS, João José; GOMES, Flávio dos Santos (orgs.). **Liberdade por um fio: história dos quilombos no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

¹⁶ Ibidem.

a se autodesignar por diversas outras denominações – rincões, redutos, arraiais, vilas etc.”¹⁷

“A difícil determinação do significado do vocábulo ‘quilombo’ não é novidadeira. Os registros históricos dão conta que seu uso sempre foi instrumental e impreciso [...]”

“Assim, ao mesmo tempo em que não é possível chegar a um significado de quilombo dotado de rigidez absoluta, tampouco se pode afirmar que o conceito vertido no art. 68 do ADCT alcança toda e qualquer comunidade rural predominantemente afrodescendente sem qualquer vinculação histórica ao uso linguístico desse vocábulo. Quilombo, afinal, descreve um fenômeno objetivo – ainda que de imprecisa definição –, do qual não pode ser apartado, embora essa afirmação mereça ser temperada com as reflexões do filósofo italiano Remo Bodei, para quem ‘as lembranças estão expostas naturalmente à dissolução e à mutilação e nenhuma forma de identidade conserva-se indefinidamente no tempo sem transformar-se.’¹⁸”

“Essas comunidades eram invisíveis até o advento da Constituição de 1988 – verdadeiros párias os quilombolas –, à margem da sociedade, sujeitas a ‘um quadro de miséria e abandono, diretamente vinculado à sua situação territorial’,¹⁹ passíveis de designação, em geral, como populações extremamente vulneráveis e com elevado déficit na fruição de direitos fundamentais.”

“Ao assegurar aos remanescentes das comunidades quilombolas a posse das terras por eles ocupadas desde tempos coloniais ou imperiais, a Constituição brasileira reconhece-os como unidades dotadas de identidade étnico-cultural distintiva, equiparando a proteção que merecem à dispensada aos povos indígenas.”

¹⁷ Obra identificada no voto como: FIABANI, Adelmir. **Mato, Palhoça e Pilão: o quilombo, da escravidão às comunidades remanescentes [1532-2004]**. São Paulo: Expressão Popular, 2012.

¹⁸ Obra identificada no voto como: BODEI, Remo. **Livro da Memória e da Esperança**. São Paulo: EDUSC, 2004.

¹⁹ Obra identificada no voto como: ASSIS, Alexandre Caminho de; MELO, Paula Balduino. A Questão Quilombola Hoje IN **Revista Jurídica Conxulex nº 340**, março-2011.

“Nesse contexto, a eleição do critério da autoatribuição não é arbitrário, tampouco desfundamentado ou viciado. Além de consistir em método autorizado pela antropologia contemporânea, estampa uma opção de política pública legitimada pela Carta da República, na medida em que visa à interrupção do processo de negação sistemática da própria identidade aos grupos marginalizados, este uma injustiça em si mesmo.”

“A adoção de tal critério, de outra parte, tem a virtude de vincular a justiça socioeconômica reparadora, consistente na formalização dos títulos de domínio às comunidades remanescentes dos quilombos, à valorização da específica relação territorial por eles desenvolvida, objeto da titulação, com a afirmação da sua identidade étnico-racial e da sua trajetória histórica própria. Isso decorre do caráter peculiar das coletividades remanescentes de quilombos, e em especial do fundamento étnico-racial inerente ao tipo de injustiça que o art. 68 do ADCT quis reparar: [...]. Recusar a autoidentificação implica converter a comunidade remanescente do quilombo em gueto, substituindo-se a lógica do reconhecimento pela lógica da segregação.”

Controle institucional do critério de autoatribuição

“Com efeito, o fato de o art. 2º, § 3º, do Decreto 4.887/2003 dispor que os critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades quilombolas serão levados em consideração pela Administração durante o procedimento de medição e demarcação das terras, assegurando a sua participação, em absoluto traduz sejam tais parâmetros os únicos objeto de análise ou vinculem o ato administrativo correspondente.”

“Dessa forma, não detecto, nos critérios em exame, tal como definidos no Decreto 4.887/2003, incompatibilidade com a Constituição da República.”

“A possibilidade do controle institucional dos sujeitos alcançados pela norma constitucional transitória, apesar de limitada quanto ao componente da determinação dos sujeitos coletivos considerados remanescentes das comunidades dos quilombos, diante do critério da auto-definição, não deixa de se fazer presente no tocante à caracterização da ocupação territorial. Isso porque não basta, à incidência do art. 68 do ADCT, a autodefinição do sujeito coletivo como remanescente de quilombo. Necessária a evidência da ocupação tradicional das terras reivindicadas, sem o que, de resto, sequer se poderia cogitar de relação territorial específica.”

“Para os efeitos do Decreto 4.887/2003, a autodefinição da comunidade como quilombola é atestada por certidão emitida pela Fundação Cultural Palmares, nos termos do art. 2º, III, da Lei 7.668/1988. Embora apresentem congruências, vale registrar que não se sobrepõem os conceitos de consciência da própria identidade, consagrado na Convenção 169 da OIT, e o de autoatribuição/autodefinição, da forma como previsto no Decreto 4.887/2003.”

“Corretamente compreendido e dimensionado, o critério da autoidentificação cumpre adequadamente a tarefa de trazer à luz os destinatários do art. 68 do ADCT, em absoluto se prestando a inventar novos destinatários, ampliando indevidamente o universo daqueles a quem a norma é dirigida.”

“Entendo que, se de um lado a falta de cuidado no seu emprego é um convite à irregularidade e ao oportunismo, de outro a sua recusa frustra a concretização de direitos constitucionais protegidos pela Constituição da República. O sentido das normas protetivas de direitos fundamentais, como já enfatizado, deve sempre ser buscado na interpretação que lhes confere a máxima eficácia.”

“Pontuo, por oportuno, que a ostentação de uma identidade – que pode ser autoatribuída – não se confunde com a satisfação dos critérios objetivos exigidos pelo texto constitucional para o reconhecimento da titularidade do direito assegurado no art. 68 do ADCT – que é, pelo

menos em uma de suas dimensões, um direito real de propriedade. Assim, para os fins específicos da incidência desse dispositivo constitucional transitório, além de uma dada comunidade ser qualificada como remanescente de quilombo – elemento subjetivo que reside no âmbito da autoidentificação –, mostra-se necessária a satisfação de um elemento objetivo, empírico: a reprodução da unidade social que se afirma originada de um quilombo há de estar atrelada a uma ocupação continuada do espaço ainda existente, em sua organicidade, em 05 de outubro de 1988, de modo a se caracterizar como efetiva atualização histórica das comunidades dos quilombos.”

4.6 Diálogo entre STF e DIDH

Diálogos entre STF e SIDH: sobre o papel da Administração Pública na efetivação do direito ao território indígena, aplicado em analogia para os povos quilombolas

Voto da Ministra Rosa Weber: “Em convergência com esse entendimento a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do paradigmático caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, em 2001, ao declarar violados os artigos 21 (direito de propriedade) e 25 (direito a proteção judicial eficaz) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) pelo Estado da Nicarágua porque, não obstante reconhecida, na Constituição daquele país, a propriedade comunal dos povos indígenas sobre as terras por eles ocupadas, jamais havia sido regulado procedimento específico para permitir o exercício desse direito. Sentenciou a Corte Interamericana que o Estado demandado – a Nicarágua – equipasse o seu direito interno com mecanismos para efetivar a delimitação e a titulação da propriedade dos povos tradicionais, em conformidade com seus costumes, fosse por medidas legislativas, fosse por medidas administrativas ou de qualquer outro caráter – justamente por se tratar de direito fundamental.”

Diálogos entre STF e Sistema OIT: sobre autodeterminação para o reconhecimento de povos indígenas, aplicado em analogia para os povos quilombolas

Voto da Ministra Rosa Weber: “A destacar, ainda, a incorporação, pelo Estado brasileiro, a seu direito interno da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, de 27.6.1989, aprovada pelo Decreto Legislativo 143/2002 e ratificada pelo Decreto 5.051/2004, que consagrou a ‘consciência da própria identidade’ como critério para determinar os grupos tradicionais – indígenas ou tribais – aos quais aplicável, enunciando que nenhum Estado tem o direito de negar a identidade de um povo indígena ou tribal que se reconheça como tal.”

“Eis o teor do art. 1º, itens 1 e 2, da Convenção 169/OIT:

‘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; b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.’ [...]”

“Nada há na Convenção 169 da OIT que induza à conclusão de que a qualificação de determinado grupo como indígena ou tradicional – caso dos quilombolas – decorra – por relação de causalidade – de um procedimento qualquer de

autodefinição ou autoatribuição de identidade. O conceito de consciência da própria identidade indígena ou tribal, tal como expresso naquela normatividade, reporta-se a dado objetivamente aferível, não obstante este dado – a consciência – manifeste um fenômeno psíquico, essencialmente subjetivo – ou intersubjetivo. A consciência da identidade não se impõe de modo solipsista, não se imuniza ao controle social da legitimidade da sua pretensão de verdade. Os mecanismos para atestar a autodefinição devem ser compreendidos como meios pelos quais essa consciência de grupo pode ser identificada, aferida e exteriorizada, e não como indutores de uma característica.”

“Na dicção da Convenção 169 da OIT, uma coletividade ‘x’ é determinada como povo tradicional enquanto passível de ser identificada nos seus membros, como traço singularizador do grupo, a consciência de uma identidade própria. Não é possível extrair do texto da Convenção tratar-se, a ‘consciência da própria identidade’, de conceito infenso à constatação, apreensão externa e à objetivação. E nem se diga que esses traços, pertencentes ao domínio da subjetividade-intersubjetividade não se oferecem ao mundo exterior, pois isso significaria colocar em causa as próprias premissas que determinam a possibilidade de conhecimento sobre o objeto de ciências como a psicologia, a antropologia, a sociologia e o próprio direito.”

Diálogos entre SIDH e Sistema OIT: sobre critérios para reconhecimento das terras quilombolas

Voto da Ministra Rosa Weber: “Lastreado na realidade do fenômeno social que descreve, o conceito de ocupação tradicional aproxima semanticamente a ocupação quilombola da ocupação indígena. A área ocupada pelos remanescentes das comunidades dos quilombos pode ser conceituada como correspondente ‘às

terras utilizadas por aquele grupo social para garantir sua sobrevivência, ou mais ainda, para assegurar a reprodução de seu modo de vida específico.²⁰

Destaco que muitas vezes a própria ideia de um território fechado, com limites individualizados, parece estranha aos moradores dessas comunidades.”

“A temática mereceu debate no âmbito do sistema regional interamericano de proteção internacional dos direitos humanos. No caso da comunidade *Moiwana v. Suriname* (2005), a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu o direito de propriedade de comunidade descendente dos *maroons* – designação dada em diversos países das Américas aos escravos fugitivos que formaram grupos independentes, que guardam evidentes similaridades com os quilombolas brasileiros – sobre as terras tradicionais com as quais mantidas relações territoriais específicas.”

“Já no caso da comunidade *Saramaka v. Suriname* (2007), também descendente de *maroons*, a Corte Interamericana ressaltou que o Estado demandado estava sujeito, forte no art. 21 do Pacto de San José da Costa Rica, a uma obrigação positiva ‘consistente em adotar medidas especiais que garantam aos membros do povo Saramaka o pleno e igualitário exercício do seu direito aos territórios que tradicionalmente tem utilizado e ocupado,’ aí incluídos os recursos naturais imprescindíveis à sua sobrevivência neles contidos.”

“É em respeito a esse traço constitutivo dos próprios modos de relação territorial praticados por comunidades quilombolas que não cuida, o Decreto 4.887/2003, da apropriação individual pelos integrantes da comunidade, e sim da formalização da propriedade coletiva das terras, atribuída à unidade sociocultural – e, para os efeitos específicos, entidade jurídica – que é a comunidade quilombola. O título

²⁰ Obra identificada no voto como: ANDRADE, Lucia. *O Papel da Perícia Antropológica no Reconhecimento das Terras de Ocupação Tradicional – O Caso das Comunidades Remanescentes de Quilombos do Trombetas (Pará) IN A Perícia Antropológica em Processos Judiciais*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1994.

emitido é coletivo, pró-indiviso e em nome das associações que legalmente representam as comunidades quilombolas.”

“Anoto que o art. 6º, item 1, da Convenção 169 da OIT garante consulta aos ‘povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente.’ Visa a assegurar, assim, a participação das populações tradicionais afetadas nos procedimentos necessários à determinação das terras por eles ocupadas, garantindo efetiva proteção a seus direitos de propriedade e posse.” [...]

4.7 Dispositivo da decisão

“Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, conheceu da ação direta, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. No mérito, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Ministra Rosa Weber, que redigirá o acórdão, julgou improcedentes os pedidos, vencidos o Ministro Cezar Peluso (Relator), e, em parte, os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Votaram, no mérito, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Não votou o Ministro Alexandre de Moraes, por suceder o Ministro Teori Zavascki, que sucedera o Ministro Cezar Peluso. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 8.2.2018.”

5. RE nº 494.601: discriminação de religiões de matriz africana e sacrifício animal

5.1 Identificação

RE 494.601

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorridos: Governador do Estado do Rio Grande do Sul; Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul

Redator para o Acórdão: Ministro Edson Fachin

Julgamento: 28.03.2019

5.2 Resumo

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta contra lei estadual que autorizou o sacrifício de animais no caso de rituais em cultos e liturgias de matriz africana. Foi julgada improcedente pela maioria do STF, declarando constitucional a lei. O STF salientou a proteção constitucional conferida à liberdade de religião e aos direitos culturais de grupos minoritários, ressaltando a condição de especial vulnerabilidade de seus praticantes, quer por se tratar de crença extremamente minoritária, quer por ser comumente alvo de discriminação e de violência de cunho racial.

5.3 Ementa

“DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. LIBERDADE RELIGIOSA.

LEI 11.915/2003 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. NORMA QUE DISPÕE SOBRE O SACRIFÍCIO RITUAL EM CULTOS E LITURGIAS DAS RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA. [...] SACRIFÍCIO DE ANIMAIS DE ACORDO COM PRECEITOS RELIGIOSOS. CONSTITUCIONALIDADE. [...] 2. A prática e os rituais relacionados ao sacrifício animal são patrimônio cultural imaterial e constituem os modos de criar, fazer e viver de diversas comunidades religiosas, particularmente das que vivenciam a liberdade religiosa a partir de práticas não institucionais. 3. A dimensão comunitária da liberdade religiosa é digna de proteção constitucional e não atenta contra o princípio da laicidade. 4. O sentido de laicidade empregado no texto constitucional destina-se a afastar a invocação de motivos religiosos no espaço público como justificativa para a imposição de obrigações. A validade de justificações públicas não é compatível com dogmas religiosos. 5. A proteção específica dos cultos de religiões de matriz africana é compatível com o princípio da igualdade, uma vez que sua estigmatização, fruto de um preconceito estrutural, está a merecer especial atenção do Estado. [...].”

5.4 Tese

“É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana”.

5.5 Fundamentação

Proteção aos direitos culturais e discriminação

Discriminação de religiões de matriz africana e sacrifício animal

Proteção aos direitos culturais e discriminação

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem paulatinamente reconhecido que ‘a obrigação constitucional do Estado de assegurar a todos os cidadãos o pleno exercício de direitos culturais, promovendo a apreciação e difusão de manifestações culturais, não exime o Estado de observar o dispositivo constitucional que proíbe o tratamento cruel de animais’ (RE 153.531, Rel. Min. Marco Aurélio, Segundo Turma, DJ 13.03.1998).”

“Na linha das razões expostas pelos *amici* e com base na própria regulamentação do Ministério da Agricultura, não parece plausível sustentar que a prática de rituais com animais subsuma-se ao dispositivo constitucional que proíbe as práticas cruéis com animais.”

“Essa diretriz interpretativa decorre, ainda, da obrigação imposta ao Estado brasileiro relativamente às manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, nos termos do art. 215, § 1º, da CRFB.”

“É preciso dar ênfase à perspectiva cultural não apenas porque, de fato, elas constituem os modos de ser e viver de suas comunidades, mas também porque a experiência da liberdade religiosa é, para essas comunidades, vivenciada a partir de práticas não institucionais.”

“Essa dimensão comunitária da liberdade religiosa adquire, assim, nítida feição cultural e, nessa extensão, merece proteção constitucional, porquanto ligada aos modos de ser e viver de uma comunidade. Como indicou a Defensoria Pública da União em seu memorial, ‘a utilização de animais é parte intrínseca à própria essência dos cultos de religiões de matriz africana, por meio do processo de sacralização.’”

“A proteção deve ser ainda mais forte, como exige o texto constitucional, para o caso da cultura afro-brasileira, não porque seja um *primus inter pares*, mas porque sua estigmatização, fruto de um preconceito estrutural – como, aliás, já reconheceu esta Corte (ADC 41, Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, DJe 16.08.2017) –, está a merecer especial atenção do Estado.”

“Ante, de um lado, as incertezas acerca do alcance do sofrimento animal, e, de outro, a dimensão plural que se deve reconhecer às manifestações culturais, é evidente que a proibição do sacrifício acabaria por negar a própria essência da pluralidade, impondo determinada visão de mundo a uma cultura que está a merecer, como já dito, especial proteção constitucional.”

“Por essas razões, nem sequer quanto à referência às religiões de matriz africana poderia ser suscitada a inconstitucionalidade da norma. Se é certo que a interpretação constitucional aqui fixada estende-se às demais religiões que também adotem práticas sacrificiais, não ofende a igualdade, ao contrário, vai a seu encontro, a designação de especial proteção a religiões de culturas que, historicamente, foram estigmatizadas. Não há, portanto, qualquer vício material na norma impugnada na ação direta, cujo recurso extraordinário ora se examina.”

5.6 Diálogo entre STF e DIDH

Diálogo entre STF e SIDH

Voto do Ministro Luiz Fux: “Então, a nossa Constituição, em seu próprio preâmbulo, assenta que, reunidos em Assembleia Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinados a assegurar o exercício dos direitos individuais, a liberdade, o desenvolvimento, a igualdade com valores supremos de uma sociedade fraterna, sem preconceitos, fundada na harmonia social e sob a proteção de Deus, assegura que é inviolável a liberdade de consciência e de crença, assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, que, eu volto a afirmar, cada um deles, mesmo nas religiões de matriz africana, dependendo dos seus segmentos, têm as suas liturgias.”

“Sem prejuízo da nossa Constituição atual não estabelecer qualquer condicionamento, todos os documentos transnacionais até o Pacto de São José da Costa

Rica estabelecem essa liberdade de manifestação. E os documentos transnacionais chegam ao ponto de imiscuir-se, exatamente na parte relativa ao abate de animais, sem que haja, nesse particular, qualquer ato de crueldade. E, aqui, citaria – apenas de exemplo, como direito ao preceito alimentar religioso – a Convenção Europeia de Direitos Humanos, o Pacto São José da Costa Rica, inclusive documentos internos do Brasil no sentido de permitir, tal como já previa lições da própria Bíblia, a possibilidade de o abate compor a liturgia de um determinado culto.”

Diálogo entre STF e Sistema ONU

Voto do Ministro Edson Fachin: “Não bastassem as dúvidas sobre a equiparação do sacrifício ao tratamento cruel, é preciso reconhecer que a prática e os rituais relacionados ao sacrifício animal são ‘patrimônio cultural imaterial’, na forma do disposto no Artigo 2, item 2, alínea ‘c’, da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial da Unesco. Além disso, como dispõe o texto constitucional, elas constituem os modos de criar, fazer e viver de diversas comunidades religiosas e se confundem com a própria expressão de sua identidade.”

Voto da Ministra Cármen Lúcia: “Lembro, Senhor Presidente, inicialmente, que a Declaração dos Direitos do Homem da ONU, de 1948, estabelece, em seu artigo primeiro, que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dignidade significa condição do ser humano em sua inteireza, dotado, portanto, como ali se tem, de razão e consciência, no exercício da qual cada um de nós professa, ou resolve que não professará, qualquer fé.”

“Naquela declaração também se tem o art. 18, no qual se afirma expressamente que: ‘Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.’”

“No caso aqui, portanto, tem-se o direito à dignidade de cada ser humano professar também a sua condição de devoto e a prática do culto correspondente a sua devoção e a liberdade religiosa, que inclui práticas que, em alguns casos – como nos que foram aqui listados, especialmente no voto hoje mais minudente do Ministro Alexandre de Moraes –, há utilização de animais e que não impõe qualquer crueldade, perversidade que pudesse ser considerada excesso contrário ao Direito, como hoje entendido, inclusive o respeito aos animais também.”

5.7 Dispositivo da decisão

“O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio (Relator), Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes, que também admitiam a constitucionalidade da lei, dando-lhe interpretação conforme. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: ‘É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana’, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não participaram da fixação da tese os Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 28.03.2019.”

6. ADO nº 26: criminalização da homotransfobia e o racismo em sua dimensão social

6.1 Identificação

ADO 26

Requerente: Partido Popular Socialista

Intimados: Congresso Nacional; Presidente do Senado Federal

Relator: Ministro Celso de Mello

Julgamento: 13.06.2019

6.2 Resumo

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão proposta pelo Partido Popular Socialista – PPS, em face de alegada inércia legislativa atribuída ao Congresso Nacional, que estaria frustrando a tramitação e a apreciação de proposições legislativas apresentadas com o objetivo de incriminar todas as formas de homofobia e de transfobia. A decisão conferiu interpretação conforme à Constituição, entendendo que as práticas homofóbicas e transfóbicas se enquadram no crime de racismo e configuram atos delituosos passíveis de repressão penal, por efeito de mandados constitucionais de criminalização (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII), dado que traduzem expressões de racismo em sua dimensão social.

6.3 Ementa

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) – A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO – A SITUAÇÃO DE INÉRCIA DO ESTADO EM RELAÇÃO À EDIÇÃO DE DIPLOMAS LEGISLATIVOS NECESSÁRIOS À PUNIÇÃO DOS ATOS DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU DA IDENTIDADE DE GÊNERO DA VÍTIMA – A QUESTÃO DA ‘IDEOLOGIA DE GÊNERO’ [...] – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DOS REGISTROS HISTÓRICOS E DAS PRÁTICAS SOCIAIS CONTEMPORÂNEAS QUE REVELAM O TRATAMENTO PRECONCEITUOSO, EXCLUDENTE E DISCRIMINATÓRIO QUE TEM SIDO DISPENSADO À VIVÊNCIA HOMOERÓTICA EM NOSSO PAÍS [...] – A QUESTÃO DA INTOLERÂNCIA, NOTADAMENTE QUANDO DIRIGIDA CONTRA A COMUNIDADE LGBTI+: [...] A INADMISSIBILIDADE DO DISCURSO DE ÓDIO (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, ARTIGO 13, § 5º) – A NOÇÃO DE TOLERÂNCIA COMO A HARMONIA NA DIFERENÇA E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS – LIBERDADE RELIGIOSA E REPULSA À HOMOTRANSFOBIA: CONVÍVIO CONSTITUCIONALMENTE HARMONIOSO ENTRE O DEVER ESTATAL DE REPRIMIR PRÁTICAS ILÍCITAS CONTRA MEMBROS INTEGRANTES DO GRUPO LGBTI+ E A LIBERDADE FUNDAMENTAL DE PROFESSAR, OU NÃO, QUALQUER FÉ RELIGIOSA, DE PROCLAMAR E DE VIVER SEGUNDO

SEUS PRINCÍPIOS, DE CELEBRAR O CULTO E CONCERNENTES RITOS LITÚRGICOS E DE PRATICAR O PROSELITISMO (ADI 2.566/DF, Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN), SEM QUAISQUER RESTRIÇÕES OU INDEVIDAS INTERFERÊNCIAS DO PODER PÚBLICO – REPÚBLICA E LAICIDADE ESTATAL: [...] – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO CONHECIDA, EM PARTE, E, NESSA EXTENSÃO, JULGADA PROCEDENTE, COM EFICÁCIA GERAL E EFEITO VINCULANTE – APROVAÇÃO, PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DAS TESES PROPOSTAS PELO RELATOR, MINISTRO CELSO DE MELLO. PRÁTICAS HOMOFÓBICAS E TRANSFÓBICAS CONFIGURAM ATOS DELITUOSOS PASSÍVEIS DE REPRESSÃO PENAL, POR EFEITO DE MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO (CF, ART. 5º, INCISOS XLI E XLII), POR TRADUZIREM EXPRESSÕES DE RACISMO EM SUA DIMENSÃO SOCIAL – AS VÁRIAS DIMENSÕES CONCEITUAIS DE RACISMO. O RACISMO, QUE NÃO SE RESUME A ASPECTOS ESTRITAMENTE FENOTÍPICOS, CONSTITUI MANIFESTAÇÃO DE PODER QUE, AO BUSCAR JUSTIFICAÇÃO NA DESIGUALDADE, OBJETIVA VIABILIZAR A DOMINAÇÃO DO GRUPO MAJORITÁRIO SOBRE INTEGRANTES DE GRUPOS VULNERÁVEIS (COMO A COMUNIDADE LGBTI+), FAZENDO INSTAURAR, MEDIANTE ODIOSA (E INACEITÁVEL) INFERIORIZAÇÃO, SITUAÇÃO DE INJUSTA EXCLUSÃO DE ORDEM POLÍTICA E DE NATUREZA JURÍDICO-SOCIAL – O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de

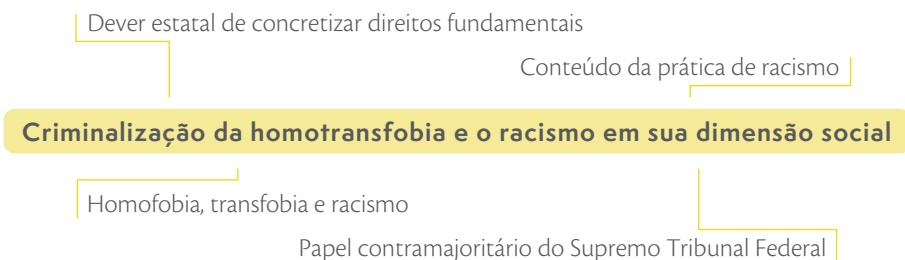
exclusão do sistema geral de proteção do direito. [...] TOLERÂNCIA COMO EXPRESSÃO DA 'HARMONIA NA DIFERENÇA' E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, POR REVESTIR-SE DE CARÁTER ABRANGENTE, ESTENDE-SE, TAMBÉM, ÀS IDEIAS QUE CAUSEM PROFUNDA DISCORDÂNCIA OU QUE SUSCITEM INTENSO CLAMOR PÚBLICO OU QUE PROVOQUEM GRAVE REJEIÇÃO POR PARTE DE CORRENTES MAJORITÁRIAS OU HEGEMÔNICAS EM UMA DADA COLETIVIDADE – [...] A QUESTÃO DA OMISSÃO NORMATIVA E DA SUPERAÇÃO TEMPORAL IRRAZOÁVEL NA IMPLEMENTAÇÃO DE ORDENS CONSTITUCIONAIS DE LEGISLAR. A INSTRUMENTALIDADE DA AÇÃO DIRETA POR OMISSÃO NA COLMATAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional (como aquela que deriva do art. 5º, XLI e XLII, de nossa Lei Fundamental) – qualifica-se como comportamento revestido de intensa gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados da Lei Fundamental. Doutrina. Precedentes (ADI 1.458 MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). – Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, do que a promulgar com o intuito de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes ou de grupos majoritários, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos ou, muitas vezes, em frontal desrespeito aos direitos das minorias, notadamente daquelas expostas a situações de vulnerabilidade. [...].”

6.4 Tese

“I – Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, *in fine*); II – A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; III – O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por

não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.”

6.5 Fundamentação



Dever estatal de concretizar direitos fundamentais

“Sei que, em razão de meu voto e de minha conhecida posição em defesa dos direitos das minorias (que compõem os denominados ‘grupos vulneráveis’), serei inevitavelmente incluído no ‘Index’ mantido pelos cultores da intolerância cujas mentes sombrias – que rejeitam o pensamento crítico, que repudiam o direito ao dissenso, que ignoram o sentido democrático da alteridade e do pluralismo de ideias, que se apresentam como corifeus e epígonos de sectárias doutrinas fundamentalistas – desconhecem a importância do convívio harmonioso e respeitoso entre visões de mundo antagonicas!!!! Muito mais importante, no entanto, do que atitudes preconceituosas e discriminatórias, tão lesivas quão atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais de qualquer pessoa, independentemente de suas convicções, orientação sexual e percepção em torno de sua identidade de gênero, é a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe fazer prevalecer, sempre,

no exercício irrenunciável da jurisdição constitucional, a autoridade e a supremacia da Constituição e das leis da República.”

“O Estado não pode tolerar comportamentos 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.”

“Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, com o intuito de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes ou de grupos majoritários, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos ou, muitas vezes, com frontal desrespeito aos direitos das minorias, notadamente daquelas expostas a situações de vulnerabilidade.”

“É fácil ver que a idéia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica.”

“Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais.”

“Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*).”

Conteúdo da prática de racismo

“Em uma palavra: nem gentios, nem judeus; nem patrícios, nem plebeus; nem homossexuais, nem transsexuais; nem cisgêneros, nem transgêneros. Sem qualquer hierarquia ou distinção de origem, de raça, de orientação confessional ou de fortuna, somos todos pessoas, essencialmente dotadas de igual dignidade e impregnadas de razão e consciência, identificadas pelo vínculo comum que nos projeta, em unidade solidária, na dimensão incindível do gênero humano.”

“[...] Racismo nada mais é do que uma ideologia, fundada em critérios pseudo-científicos, que busca justificar a prática da discriminação e da exclusão, refletindo a distorcida visão de mundo de quem busca construir, de modo arbitrário, hierarquias artificialmente apoiadas em suposta hegemonia de um certo grupo de pessoas sobre os demais existentes nas diversas formações sociais.”

“Para que se possa falar de ideologia (ou teoria) racista, são necessárias as seguintes três condições, que podemos definir como os postulados do racismo como visão de mundo: 1) A humanidade está dividida em raças diversas, cuja diversidade é dada por elementos de caráter biológico e psicológico, e também em última instância por elementos culturais, que, porém, derivam dos primeiros. Dizer que existem raças significa dizer que existem grupos humanos cujos caracteres são invariáveis e se transmitem hereditariamente (...). 2) Não só existem raças diversas, mas existem raças superiores e inferiores. Com essa afirmação, a ideologia racista dá um passo avante. Mas fica diante da dificuldade de fixar os critérios com base nos quais se pode estabelecer com certeza que uma raça é superior a outra [...]. 3) Não só existem raças, não só existem raças superiores e inferiores, mas as superiores, precisamente porque são superiores, têm o direito de dominar as inferiores, e de extrair disso, eventualmente, todas as vantagens possíveis (...).”

“A prática do racismo – eliminada a construção artificial e equivocada do conceito de ‘raça’ – traduz a expressão do dogma da desigualdade

entre os seres humanos, resultante da exploração do preconceito e da ignorância, significando, em sua concreta expressão, a injusta denegação da essencial dignidade e do respeito mútuo que orienta as relações humanas.”

Homofobia, transfobia e racismo

“A identidade fundamental que evidencia a correlação entre a homofobia (e a transfobia) e o racismo torna-se ainda mais acentuada se se considerar que tanto no plano internacional (Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial) quanto na ordem positiva interna (Estatuto da Igualdade Racial) os critérios que identificam a discriminação racial resultam da conjugação de dois fatores presentes em ambas as situações: a motivação orientada pelo preconceito e a finalidade de submeter a vítima a situações de diferenciação quanto ao acesso e gozo de bens, serviços e oportunidades tanto no domínio público quanto na esfera privada.”

“Torna-se de fundamental importância reconhecer que o processo hermenêutico não pode comprometer a força normativa da Carta Federal, expondo, perigosamente, a autoridade suprema da Constituição da República a critérios de exegese que culminem por subtrair aos postulados da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica a sua máxima eficácia, tornando-os, em consequência, fórmulas vazias, incompreensivelmente destituídas de significação e despojadas da abrangência que lhes quis emprestar o próprio legislador constituinte.”

“Daí a correta afirmação de que, no processo de indagação constitucional, impõe-se ao intérprete, mediante adequada pré-compreensão dos valores que informam e estruturam o próprio texto da Constituição, conferir-lhes sentido que permita deles extrair a sua máxima eficácia, em ordem a dar-lhes significação compatível com os altos objetivos indicados na Carta Política.”

“O Estado tem o dever de atuar na defesa de postulados essenciais, como o são aqueles que proclamam a dignidade da pessoa humana e a permanente hostilidade contra qualquer comportamento que possa gerar o desrespeito à alteridade, com inaceitável ofensa aos valores da igualdade e da tolerância, especialmente quando as condutas desviantes instaurarem tratamentos discriminatórios fundados em inadmissíveis visões excludentes.”

“Aceitar tese diversa significaria tornar perigosamente menos intensa e socialmente mais frágil a proteção que o ordenamento jurídico dispensa, no plano nacional e internacional, aos grupos que se expõem a uma situação de maior vulnerabilidade.”

“Já se viu, a partir do importante precedente firmado no julgamento plenário do HC 82.424/RS, que o conceito de racismo – que envolve clara manifestação de poder – permite identificá-lo como instrumento de controle ideológico, de dominação política, de subjugação social e de negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por não integrarem o grupo social dominante nem pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados *outsiders* e degradados, por isso mesmo, à condição de verdadeiros marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa e injusta inferiorização, a uma perversa e profundamente lesiva situação de exclusão do sistema de proteção do Direito.”

“Daí a constatação de que o preconceito e a discriminação resultantes da aversão aos homossexuais e aos demais integrantes do grupo LGBT (típicos componentes de um grupo vulnerável) constituem a própria manifestação – cruel, ofensiva e intolerante – do racismo, por representarem a expressão de sua outra face: o racismo social.”

“[...] o racismo consiste em processos de diferenciação, classificação e hierarquização, para fins de exclusão, expulsão e erradicação, através de processos de estigmatização, desqualificação moral e, eventualmente, internação ou expulsão. Nesse conceito geral e abstrato de

racismo, a homofobia e a transfobia se enquadram, da mesma forma que a negrofobia, a xenofobia, a etnofobia e antissemitismo, critérios já autonomamente positivados pela Lei Antirracismo, servindo o critério de ‘raça’ como cláusula valorativa apta a permitir a evolução do conceito de racismo para outras situações que também se enquadrem neste estrito conceito ontológico-constitucional de racismo.”

Papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal

“Incumbe, por isso mesmo, a esta Suprema Corte, considerada a natureza eminentemente constitucional dessa cláusula impeditiva de tratamento discriminatório, velar pela integridade dessa proclamação, pois, em assim agindo, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir este julgamento, estará viabilizando a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não discriminação, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática.”

“Esta decisão – que torna efetivo o princípio da igualdade, que assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, que confere primazia à dignidade da pessoa humana e que, rompendo paradigmas históricos e culturais, remove obstáculos que inviabilizam a busca da felicidade por parte de transgêneros vítimas de inaceitável tratamento discriminatório – não é nem pode ser qualificada como decisão proferida contra alguém, da mesma forma que não pode ser considerada um julgamento a favor de apenas alguns, mas, sim, de toda a coletividade social.”

“Regimes democráticos não convivem com práticas de intolerância ou, até mesmo, com comportamentos de ódio, pois uma de suas características essenciais reside, fundamentalmente, no pluralismo de ideias e na diversidade de visões de mundo, em ordem a viabilizar, no contexto de uma dada formação social, uma comunidade inclusiva de cidadãos, que se sintam livres e protegidos contra ações promovidas pelo Estado

ou praticadas por particulares que lhes restrinjam o pleno exercício de suas prerrogativas e liberdades constitucionais por motivo de orientação sexual ou de identidade de gênero.”

“A intolerância e as práticas discriminatórias dela resultantes, motivadas por impulsos irracionais, especialmente quando dirigidas contra grupos minoritários, representam um gravíssimo desafio que se oferece à sociedade civil e a todas as instâncias de poder situadas no âmbito do aparelho de Estado, com particular destaque para o Supremo Tribunal Federal.”

“Vê-se, portanto, que a intolerância, que traduz a antítese da ideia de respeito à alteridade, transgride, de modo frontal, valores básicos, como a dignidade da pessoa humana e o próprio significado da noção de pluralismo (CF, art. 1º, III e V), que compõem, enquanto fundamentos estruturantes que são, o próprio conceito de Estado Democrático de Direito.”

“O que se mostra irrecusável, presente essa configuração da ordem democrática, é o fato de que a observância desses padrões constitucionais, notadamente o veto absoluto a qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI), representa fator essencial à preservação e consolidação de uma sociedade política aberta e plural.”

“O estatuto constitucional das liberdades públicas, bem por isso, ao delinear o regime jurídico a que elas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa –, permite que sobre tais prerrogativas incidam limitações de ordem jurídica destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, ainda que integrantes de grupos minoritários.”

“Nesse contexto, incumbe aos Juízes da Corte Suprema do Brasil o desempenho do dever que lhes é inerente: o de velar pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas, o de repelir condutas governamentais abusivas, o de conferir prevalência à essencial dignidade da pessoa humana, o de fazer cumprir os pactos internacionais

que protegem os grupos vulneráveis expostos a práticas discriminatórias e o de neutralizar qualquer ensaio de opressão estatal ou de agressão perpetrada por grupos privados.”

“O Supremo Tribunal Federal, por isso mesmo, possui a exata percepção dessa realidade e, por tal razão, tem consciência do grave compromisso que incide sobre esta Alta Corte consistente em preservar a intangibilidade da Constituição que nos governa a todos, sendo o garante de sua integridade, impedindo que razões de pragmatismo (ou de indiferença) governamental ou de mera conveniência de grupos, instituições ou estamentos prevaleçam e deformem, inclusive mediante comportamento omissivo, o significado da própria Lei Fundamental.”

“Isso significa reconhecer que a prática da jurisdição constitucional, quando provocada por aqueles atingidos pelo arbítrio, pela violência, pelo preconceito, pela discriminação e pelo abuso, não pode ser considerada – ao contrário do que muitos erroneamente supõem e afirmam – um gesto de indevida interferência da Suprema Corte na esfera orgânica dos demais Poderes da República.”

6.6 Diálogo entre STF e DIDH

Diálogo entre STF e SIDH

Voto do Ministro Celso de Mello: “A Constituição Federal de 1988 e todos os documentos internacionais destinados a promover a eliminação de quaisquer formas, sempre odiosas, de discriminação racial, reconheceram, tal como proclamado pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e a Cultura, na Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais (1978), ‘a unidade intrínseca da espécie humana e, por conseguinte, a igualdade fundamental de todos os seres humanos e de todos os povos’, afirmando, com irrecusável correção, que ‘Todos os seres humanos pertencem à mesma espécie e têm a mesma origem’,

pois ‘Nascem iguais em dignidade e direitos e todos formam parte integrante da humanidade’, razão pela qual ‘a diversidade das formas de vida e o direito à diferença não podem, em nenhum caso, servir de pretexto aos preconceitos raciais’, mesmo porque as diferenças entre os povos do mundo não justificam qualquer classificação hierárquica entre as nações e as pessoas.”

“A preocupação, manifestada em âmbito internacional, com a possibilidade de as novas descobertas científicas no campo da genética reacenderem antigos discursos de caráter racista sustentados pela equivocada defesa da existência de grupos humanos distintos em razão de suas características biológicas supostamente diferenciadas suscitou discussões em torno de princípios morais que orientam a bioética, levando o tema a ser debatido pela Conferência Geral da UNESCO que, em sua 29ª sessão (1997), ao adotar a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, refutou ‘qualquer doutrina que estabeleça a desigualdade entre homens e raças’, reafirmando a irredutibilidade dos seres humanos a seus perfis genéticos, eis que ‘A todo indivíduo é devido respeito à sua dignidade e aos seus direitos, independentemente de suas características genéticas’ (Artigo 2, ‘a’), de modo que ‘Esta dignidade torna imperativa a não redução dos indivíduos às suas características genéticas e o respeito à sua singularidade e diversidade’ (Artigo 2, ‘b’).”

“A identidade fundamental que evidencia a correlação entre a homofobia (e a transfobia) e o racismo torna-se ainda mais acentuada se se considerar que tanto no plano internacional (Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial) quanto na ordem positiva interna (Estatuto da Igualdade Racial) os critérios que identificam a discriminação racial resultam da conjugação de dois fatores presentes em ambas as situações: a motivação orientada pelo preconceito e a finalidade de submeter a vítima a situações de diferenciação quanto ao acesso e gozo de bens, serviços e oportunidades tanto no domínio público quanto na esfera privada.”

“[...] a incitação ao ódio público contra qualquer pessoa, povo ou grupo social não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão. Cabe lembrar, neste ponto, a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujo Art. 13, § 5º, exclui, do âmbito de proteção da liberdade de manifestação do pensamento, ‘toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.’”

Diálogo entre STF e Sistema ONU

Voto do Ministro Celso de Mello: “Na verdade, o exame do conteúdo material dos estatutos internacionais que integram o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos – Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Declaração de Durban e Programa de Ação (2001), entre outros – revela que a comunidade internacional elegeu o termo racismo como expressão que designa, sob o mesmo signo, todas as formas de discriminação e de intolerância que, representando a negação da igualdade e da dignidade que qualificam os seres humanos, fomentam o ódio e a divisão entre grupos sociais.”

“Eis porque a Assembleia Geral das Nações Unidas, em 18/12/2013, implementando a Resolução nº 68/150, nomeou Relator Especial para a elaboração do Relatório sobre as formas contemporâneas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerâncias relacionadas, que, ao apresentar, em 21/08/2014, suas conclusões e recomendações, advertiu sobre a necessidade de os Estados-membros adotarem em sua legislação penal a previsão de que ofensas cometidas por razões ou motivações racistas, xenofóbicas, antissemitas ou homofóbicas constituem

circunstâncias que agravam as condutas criminosas, devendo resultar, por isso mesmo, em punições mais elevadas.”

“Não custa lembrar que, em matéria de direitos humanos, a interpretação jurídica há de considerar, necessariamente, as regras e cláusulas do direito interno e do direito internacional, cujas prescrições tutelares revelam-se – na interconexão normativa que se estabelece entre tais ordens jurídicas – elementos de proteção vocacionados a reforçar a imperatividade do direito constitucionalmente garantido.”

“É por isso mesmo, Senhor Presidente, que este julgamento assume importância fundamental no processo de ampliação e de consolidação dos direitos fundamentais das pessoas e constitui momento culminante na efetivação do dogma – segundo proclama a Introdução aos Princípios de YOGYAKARTA (2006) – de que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, pois todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis, inexauríveis e inter-relacionados [...]”

“Mostra-se relevante destacar, considerado o valor incomparável da tolerância, a proclamação aprovada, em 1995, pela Conferência Geral da UNESCO (Declaração de Princípios sobre a Tolerância), que a define como ‘a harmonia na diferença’ e como ‘o sustentáculo dos direitos humanos, do pluralismo (inclusive o pluralismo cultural), da democracia e do Estado de Direito’, ao mesmo tempo em que adverte que ‘praticar a tolerância não significa (...) renunciar às próprias convicções’, trazendo, ao contrário, um dos efeitos virtuosos dessa atitude positiva em face de terceiros, o que estimulará, naturalmente, a aceitação e o respeito pela diversidade das pessoas e pela multiculturalidade dos povos, assim evitando que irrompam, no seio das formações sociais, a exclusão, a marginalização, a violência e a discriminação contra os grupos vulneráveis [...]”

“Eis porque, Senhor Presidente, a importante Conferência Internacional de Durban, em 2001, na África do Sul, reconheceu que o racismo, a discriminação étnico-racial,

a xenofobia e todas as demais formas de intolerância correlata (como a homofobia e a transfobia enquanto formas contemporâneas de racismo) constituem a própria negação dos princípios, dos propósitos e dos objetivos proclamados tanto pela Carta de São Francisco, que instituiu, em setembro de 1945, a Organização das Nações Unidas, quanto pela Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 10/12/1948.”

“Claro e significativo o relevo dessa Conferência, cujo real significado consistiu na enfática proclamação de que os valores da solidariedade, do respeito, da tolerância, da alteridade e do multiculturalismo representam, na verdade, os fundamentos ético-jurídicos no combate incessante ao racismo, à discriminação racial, à xenofobia e a todas as modalidades correlatas de intolerância.”

“É significativo que se discuta, portanto, o tema pertinente aos direitos humanos, valendo destacar, nesse contexto, a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, promulgada em Paris, pela III Assembleia Geral da ONU, há 70 (setenta) anos, em 10/12/1948.”

“Esse estatuto das liberdades públicas representou, no cenário internacional, importante marco histórico no processo de consolidação e de afirmação dos direitos fundamentais da pessoa humana, pois refletiu, nos trinta artigos que lhe compõem o texto, o reconhecimento solene, pelos Estados, de que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, são dotadas de razão e consciência e titularizam prerrogativas jurídicas inalienáveis que constituem o fundamento da liberdade, da justiça e da paz universal!”

“É preciso, pois, que o Estado, ao magnificar e valorizar o significado real que inspira a Declaração Universal dos Direitos das Pessoas Humanas, pratique, sem restrições, sem omissões e sem tergiversações, os postulados que esse extraordinário documento de proteção internacional consagra em favor de todo o gênero humano.”

“Torna-se essencial, portanto, ter consciência de que se revela inadiável conferir real efetividade, no plano interno, aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro em tema de direitos humanos. É esse, pois, o grande desafio com que todos – governantes e governados – nos defrontamos no âmbito de uma sociedade democrática: extrair das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos a sua máxima eficácia, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, quaisquer que sejam as gerações ou as dimensões em que estes se projetem.”

6.7 Dispositivo da decisão

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgá-la procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandato de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBTI+; b) declarar, *em consequência*, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de

racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBTI+, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea 'd' somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Em seguida, por maioria, fixaram-se as seguintes teses: [...], vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu as teses propostas. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.”

7. MI nº 4.733: criminalização da homotransfobia e o racismo em sua dimensão social

7.1 Identificação do caso

MI 4.733

Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT

Impetrado: Congresso Nacional

Intimada: União Federal

Relator: Ministro Edson Fachin

Julgamento: 13.06.2019

7.2 Resumo

Trata-se de mandado de injunção que visa ao reconhecimento da mora do Congresso Nacional na elaboração de lei para criminalizar as práticas discriminatórias contra pessoas LGBTQIA+ (homofobia, transfobia). Foi julgado procedente para estender ao caso a aplicação da Lei 7.716/89 (que trata do combate ao racismo) até que a lei em questão seja criada. Invocou-se, no caso, o direito à igualdade, a vedação constitucional a qualquer tipo de discriminação ilegítima, bem como dispositivo constitucional que reconhece outros direitos previstos em tratado de que o Brasil é parte (art. 5º, §2º, CF).

7.3 Ementa

“DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. DEVER DO ESTADO DE CRIMINALIZAR AS CONDUTAS ATENTATÓRIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. HOMOTRANSFOBIA. DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO JULGADO PROCEDENTE. 1. É atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero. 2. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual. 3. À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, deduz-se da leitura do texto da Carta de 1988 um mandado constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. [...] 6. Mandado de injunção julgado procedente, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.”

7.4 Tese

Definida na ADO 26, em julgamento conjunto.

7.5 Fundamentação

Interseccionalidade do preconceito estrutural por orientação sexual e por raça

Criminalização da homotransfobia e o racismo em sua dimensão social

Discriminação racial como parâmetro para a discriminação por orientação sexual e gênero

Interseccionalidade do preconceito estrutural por orientação sexual e por raça

“Não fosse apenas o preconceito a que está submetida a população LGBTI, é preciso observar que, em um contexto em que perseveram desigualdades sociais e raciais, a exclusão social da comunidade LGBTI reforça a dinâmica de invisibilidade a que as pessoas pobres e negras estão sujeitas. Cite-se, sobre isso, uma vez mais, o relevantíssimo Relatório feito pela Comissão Interamericana: ‘No Brasil, um país com alta população de origem afro-descendente [...], os afro-descendentes estão especialmente vulneráveis à violência baseada no preconceito contra orientações sexuais não-normativas e contra identidade de gênero’ (OAS/Ser.L/V/II.rev.1/ Doc. 36, 12 de novembro de 2015, par. 364, tradução livre).”

Discriminação racial como parâmetro para a discriminação por orientação sexual e gênero

“No que tange ao cumprimento desse dever constitucional contido no art. 5º, XLI, é preciso registrar algumas iniciativas do legislador nacional.”

“Em relação à discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, foi editada, em 5 de janeiro de 1989, a Lei 7.716, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.”

“Por meio da Lei 10.741, de 2003, deu-se nova redação ao § 3º no art. 140 do Código Penal para tipificar a injúria consistente na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.”

“Em que pesem as inovações legislativas, não foram tipificadas discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais ligados ao sexo e à orientação sexual. Tal omissão é ainda mais normativamente relevante, especialmente em vista do direito à igualdade, caso se tenha em conta que são distintos os parâmetros de proteção da população idosa ou negra, por exemplo, relativamente à LGBT.”

“No presente caso, no entanto, há uma especificidade que está a indicar que a lacuna não decorre exclusivamente da falta de norma que tipifique o ato atentatório, mas também da própria ofensa à igualdade, uma vez que condutas igualmente reprováveis recebem tratamento jurídico distinto.”

“Há, nessa dimensão, uma gritante ofensa a um sentido mínimo de justiça. A omissão legislativa estaria a indicar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa homossexual ou transgênera é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade.”

“Por preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, impedir ou obstar acesso à órgão da Administração Pública, ou negar emprego em empresa privada, por exemplo, são condutas típicas, nos termos da Lei 7.716/1989. Se essas mesmas condutas fossem praticadas em virtude de preconceito a homossexual ou transgênero, não haveria crime. Afirmar que uma República que tem por objetivo ‘promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação’ tolera alguns atos atentatórios à dignidade da pessoa humana, ao tempo em que protege outros, é uma leitura incompatível com o Texto Constitucional.”

“No luminoso precedente julgado pelo Plenário desta Corte relativo ao caso Ellwanger, HC 82.424. Nesse precedente, entendeu a Corte que não era possível afastar a imprescritibilidade do crime de racismo imputado ao paciente, que teria distribuído obras de conteúdo anti-semita,

ao fundamento de que os judeus não seriam raça. Quando da sessão de julgamento, o e. Ministro Celso de Mello, sublinhou, precisamente, o alcance que a noção de igualdade deve ter:

“Em uma palavra, Senhor Presidente: nem gentios, nem judeus; nem patrícios, nem plebeus. Sem qualquer hierarquia ou distinção de origem, de raça, de orientação confessional ou de fortuna, somos todos pessoas, essencialmente dotadas de igual dignidade e impregnadas de razão e consciência, identificadas pelo vínculo comum que nos projeta, em unidade solidária, na dimensão incindível do gênero humano.”

“Noutras palavras, a igualdade está a nos exigir, enquanto intérpretes da Constituição, que se reconheça a igual ofensividade do tratamento discriminatório, seja para afastar a alegação de que judeus não seriam vítimas de racismo, seja para tolerar a apologia ao ódio e à discriminação derivada da livre expressão da sexualidade.”

7.6 Diálogo entre STF e DIDH²¹

Diálogo entre STF e SIDH: obrigações do Estado no combate à discriminação

Voto do Ministro Celso de Mello: “Em 05 de junho de 2013, foi aprovada a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância e da Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, documentos em que, de forma inédita, a Organização tratou, expressamente, do conceito de orientação sexual como um vetor de comportamentos discriminatórios.”

²¹ Foram identificados diálogos judiciais no voto do relator, da Min. Rosa Weber, da Min. Cármen Lúcia, do Min. Roberto Barroso, do Min. Luiz Fux e do Min. Ricardo Lewandowski. Para o presente caderno, foram selecionados apenas os diálogos com relevância para o tema da discriminação racial, incluindo a discussão sobre a necessidade de lei penal que tipifique as práticas discriminatórias, por seu caráter instrumental. Deixaram de ser mencionados diálogos específicos sobre discriminação de gênero, de orientação sexual.

Voto da Ministra Cármen Lúcia: “Além do que posto no sistema constitucional brasileiro, também a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 1969), internalizada pelo Brasil, prevê a necessidade de dupla normatividade na efetivação dos direitos das minorias: ‘dever de respeitar e garantir os direitos ‘sem discriminação’ (art. 1.1) e direito à ‘igual proteção da lei’ (art. 24); a primeira referente ao dever estatal de observar os direitos convencionais em face dos seus cidadãos, a segunda relativa à proteção desigual da lei interna, ou à aplicação dela aos respectivos nacionais (CORTE, *Atala e filhas vs Chile*, 2012, p. 28-29).”

“Nesse panorama, a alegação de possível suficiência da legislação penal ordinária (dos crimes contra a vida, honra, liberdade sexual) é insuficiente, se não também perversa.”

Diálogo entre STF e Sistema ONU: sobre igualdade e não discriminação

Voto do Ministro Edson Fachin: “[...] a leitura do disposto no art. 5º, XLI, da CRFB deve ser feita, por força de expressa previsão constitucional (art. 5º, § 2º, da CRFB), de modo consentâneo com o que estabelece a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial em seu art. 4º:

‘Artigo 4º - Os Estados-partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em ideais ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendam justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais, e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo, tendo em vista os princípios formulados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e os direitos expressamente enunciados no artigo V da presente Convenção, *inter alia*: a) a declarar como delitos puníveis por lei, qualquer difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou

qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento; b) a declarar ilegais e a proibir as organizações, assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitem à discriminação racial e que a encorajem e a declarar delito punível por lei a participação nestas organizações ou nestas atividades; c) a não permitir às autoridades públicas nem às instituições públicas, nacionais ou locais, o incitamento ou encorajamento à discriminação racial.”

“Essa linha de interpretação ecoa a própria teleologia dos tratados direitos humanos, consoante a justa observação [...]:

‘a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena também fez menção ao mandado de criminalização da discriminação racial, xenofobia e intolerância ao instar todos os Governos a ‘tomarem medidas imediatas e desenvolveram políticas vigorosas no sentido de evitar e combater todas as formas de racismo, xenofobia ou manifestação análogas de intolerância, onde seja necessário, promulgando leis adequadas, adotando medidas penais cabíveis e estabelecendo instituições nacionais para combater fenômenos dessa natureza.’”

“Não fossem os valiosos guias de interpretação feitos pelas conferências e pelos precedentes internacionais, os quais, como reconheceu a Corte Internacional de Justiça no caso Ahmadou Sadio Diallo, devem receber grande peso na interpretação a ser dada, o conteúdo do art. 5º, XLI, da CRFB insere-se, topicamente, no conjunto de atos a que a Constituição prescreveu preceitos penais, como, v.g., os incisos XLIII, sobre a imprescritibilidade do racismo, e XLIII, sobre inafiançabilidade da dos chamados crimes hediondos.”

“À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, deduz-se, portanto, da leitura do texto da Carta de 1988 um mandado constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória

dos direitos e liberdades fundamentais, incluindo, por evidente, a de orientação sexual e de identidade de gênero.”

Voto da Ministra Rosa Weber: “[...]. Pode-se afirmar que a evolução de praticamente todas as democracias constitucionais modernas converge para uma compreensão do princípio da igualdade segundo a qual, na precisa definição da Corte Europeia de Direitos Humanos, ‘discriminação significa tratar diferentemente, sem um objetivo e justificativa razoável, pessoas em situação relevantemente similar’ (Willis vs. Reino Unido, § 48, 2002; Okpizs vs. Alemanha, § 33, 2005). *Contrario sensu*, deixar de tratar diferentemente, sem um objetivo e justificativa razoável, pessoas em situação relevantemente diferente, também é discriminar.”

Voto do Ministro Luiz Fux: “*In casu*, essa omissão parcial por alteração do contexto decorre tanto de compromissos internacionais, que denotam o engajamento do Brasil na condição de signatário das convenções e documentos internacionais [...]; quanto do atual e renitente cenário de cruel discriminação.”

“Dentre os compromissos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, preleciona, em seu art. 7º, que ‘todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação’. Cite-se, ainda, a (i) a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965); (ii) o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966; (iii) o Pacto de San José da Costa Rica, também denominado Convenção Americana de Direitos Humanos; e (iv) a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções (Resolução da ONU), de 1981. Esta última convenção estabelece, define da seguinte forma a discriminação racial (art. 1º, I):

[...] a expressão 'discriminação racial' visa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na raça, cor, ascendência na origem nacional ou étnica que tenha como objetivo ou como efeito destruir ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em condições de igualdade, dos direitos do homem e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social e cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública.”

“Em um alcance ainda mais abrangente, os pronunciamentos da Organização das Nações Unidas (ONU) são valiosas fontes para a atualização da interpretação das normas jurídicas internas que preveem direitos fundamentais [...]”

Obrigações do Estado no combate à discriminação

Voto do Ministro Edson Fachin: “A partir desse texto normativo, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, organização internacional criada por essa Convenção, advertiu, em diversos casos, que: [...] não é suficiente para os propósitos do artigo 4 da Convenção meramente declarar atos de discriminação racial como puníveis no papel. Ao contrário, leis penais e outras previsões legais que proíbam a discriminação racial devem ser efetivamente implementadas pelos tribunais nacionais competentes e por outras instituições estatais. Essa obrigação está implícita no artigo 4 da Convenção, pelo qual os Estados-parte ‘comprometem-se a adotar imediatas e positivas medidas’ para erradicar qualquer incitamento a ou ato de discriminação racial’ (Mohammed Gelle v. Dinamarca, Comunicação n. 34/2004, CERD/C/68/D34/2004, par. 7.3, tradução livre).”

Sobre a reserva da lei penal

Voto da Ministra Rosa Weber: “Esse princípio foi incorporado em instrumentos internacionais. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado na XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 1966, e incorporado à ordem jurídica brasileira pelo Decreto no 592/1992, dispõe, no seu artigo 9, que

‘ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos’. Na mesma linha, o artigo 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, incorporada pelo Decreto no 678/1992, assegura que ‘ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.’”

“Além disso, o Poder Judiciário que se permite criação ativa de norma penal deixa, imediatamente, de se apresentar legitimamente como a instância independente perante a qual ‘qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legislação de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal’ (artigo 9, parágrafo 4 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos). Em sentido idêntico, o artigo 7, parágrafo 6, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e ‘toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais.’”

Voto do Ministro Ricardo Lewandowski: “A Corte rechaçou a possibilidade de criminalização de condutas por meio de tratados internacionais, como é o caso da Convenção de Palermo, reafirmando a indispensabilidade da existência de lei, em sentido estrito, para que seja viável a punição penal de determinada conduta.”

“Dentre os relevantes argumentos daquele julgado, que bem traduz a importância do princípio constitucional da reserva absoluta de lei formal no campo da tipicidade penal, destaco a reiteração da jurisprudência no sentido de que somente se admite a lei interna como fonte formal e direta de regras de direito penal, em decorrência do disposto no art. 5º, XXXIX, da Constituição, no art. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos e do art. 15 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.”

7.7 Dispositivo da decisão

“O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não admitia a via mandamental. Por maioria, julgou procedente o mandado de injunção para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei nº 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, nos termos do voto do Relator, vencidos, em menor extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente) e o Ministro Marco Aurélio, que julgava inadequada a via mandamental. Plenário, 13.06.2019.”

8. ADFP nº 635 MC-TPI-Ref: vedação a ações policiais nas favelas durante a pandemia

8.1 Identificação

ADPF 635 MC-TPI-Ref

Requerente: Partido Socialista Brasileiro – PSB

Intimado: Estado do Rio de Janeiro

Relator: Ministro Edson Fachin

Julgamento: 05.08.2020

8.2 Resumo

Trata-se de medida incidental em medida cautelar na ADFP 635, deferida para o fim de determinar que não fossem realizadas operações policiais nas favelas no Rio de Janeiro durante a pandemia de covid-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, dando cumprimento à sentença interamericana proferida no caso Favela Nova Brasília, a fim de resguardar o direito à vida, à integridade física e à segurança dos moradores, considerando ainda o impacto desproporcional sobre a população negra ou parda de tais comunidades.

8.3 Ementa

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES POLICIAIS NAS COMUNIDADES DO RIO DE JANEIRO DURANTE A PANDEMIA MUNDIAL. MORA DO ESTADO NO CUMPRIMENTO

DE DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA.CONTEXTO FÁTICO EM QUE OS MORADORES PERMANECEM MAIS TEMPO EM CASA. RELATOS DE OPERAÇÕES QUE REPETEM O PADRÃO DE VIOLAÇÃO JÁ RECONHECIDO PELA CORTE INTERAMERICANA. PERICULUM IN MORA. CONCESSÃO DA MEDIDA. [...]”

8.4 Tese

Não houve fixação de tese.

8.5 Fundamentação

Identificação da discriminação racial estrutural nos casos de violência policial

Vedação a ações policiais nas favelas durante a pandemia

Proporcionalidade na ação policial que afeta favelas onde a população é majoritariamente negra ou parda

Identificação da discriminação racial estrutural nos casos de violência policial

“No que se refere ao impacto desproporcional das medidas, afirma que as medidas adotadas no âmbito da política de segurança pública prejudicam especialmente a população negra. Traz relatórios produzidos pelo IPEA e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública que indicam que 75,5% das vítimas de homicídios são indivíduos negros, tendo havido um aumento, entre 2007 e 2017, da ordem de 11,5%. Ainda de acordo com a inicial, são também os negros as principais vítimas da violência policial. Entre os mais de seis mil homicídios provocados pelas polícias em todo o Brasil no ano de 2018, 75,4% eram negros. Daí aponta que (eDOC 1, p. 32): ‘Tendo em vista que 67% dos moradores de favelas são negros,

e que o Estado do Rio de Janeiro é o único da região Sudeste com mais de 10% de sua população vivendo nessas comunidades, não há dúvidas de que a atuação extremamente violenta das polícias fluminenses em tais lugares afeta de modo particularmente grave esses indivíduos. Afinal, são tais pessoas, já marginalizadas por sua condição socioeconômica e pelos efeitos devastadores do racismo, que convivem diariamente com tiros, balas perdidas e caveirões – terrestres ou aéreos –, e que sofrem na pele o embrutecimento cada vez maior do projeto de segurança daquele ente federativo.²²

Proporcionalidade na ação policial que afeta favelas onde a população é majoritariamente negra ou parda

“Quanto ao pedido incidental, anoto, inicialmente, que as condicionantes indicadas no pedido de medida cautelar são, em verdade, meros requisitos de proporcionalidade, quando do emprego da força pelo Estado. Vale dizer: o uso da força só é legítimo se for comprovadamente necessário para proteção de um bem relevante, como a vida e o patrimônio de outras pessoas.”

“É preciso acrescentar que o uso da força letal não se confunde com uso intencional da força letal, isto é, o uso com o objetivo de retirar a vida de alguém. Devem, pois, ser ainda mais rígidas as condições para emprego de força letal. Como estabelece o Princípio 9, o uso intencional letal de arma de fogo só pode ser feito quando estritamente indispensável para proteger a vida do agente ou de outros. E, nessas circunstâncias, é necessário, ainda, que o agente do Estado (a) identifique-se inequivocamente como tal; e (b) alerte que irá utilizar a arma de fogo, dando tempo para que a pessoa respeite o comando, salvo quando, pelas

²² As informações apresentadas pelo Ministro Gilmar Mendes para caracterizar o racismo estrutural na violência policial estiveram presentes no acórdão em exame, assim como no da ADPF 635-MC. Optou-se por inserir o conteúdo no último, na seção sobre diálogos, tendo em vista a referência a dados da Anistia Internacional.

circunstâncias concretas, tal aviso aumente os riscos para outras pessoas ou seja nitidamente sem propósito.”

“A garantia da observância desses procedimentos é também estabelecida nos Princípios. Os Estados devem prever uma escala com diversos protocolos sobre o uso da força, devem rever esses protocolos constantemente e devem, ainda, treinar os seus agentes de modo a assegurar a eles pleno conhecimento e condições técnicas para observá-los estritamente. Essas regras devem (a) especificar as circunstâncias nas quais os agentes poderão portar armas e a descrição de quais armas e munições poderão ser portadas; (b) assegurar que as armas sejam utilizadas apenas em situações apropriadas e de modo a reduzir danos desnecessários; (c) proibir o uso de armas e munições que causem dano injustificável ou que apresentem riscos injustificáveis; (d) regular o controle, o depósito e a entrega das armas aos agentes, de modo a certificar-se que são eles responsáveis pelas armas que lhes foram entregues; (e) dar avisos sempre que a arma foi disparada; (f) manter um sistema de relatórios para que os agentes possam justificar sempre que a arma for utilizada.”

“Nesse último ponto reside uma garantia indispensável, ainda que posterior, à utilização da arma de fogo. Os agentes de Estado devem minudentemente justificar todas as circunstâncias que os levaram ao emprego da arma e devem demonstrar que a exceção de seu emprego está plenamente justificada pelas circunstâncias do caso. Esses relatórios devem ser examinados por autoridade independente e, em casos de letalidade, devem ser enviados imediatamente à revisão.”

“Não há como evitar os protocolos de conduta para o emprego de armas de fogo. O direito à vida os reclama. Exigem que o Estado somente empregue a força quando necessário e exigem a justificativa exaustiva dessas razões. Os protocolos previamente estabelecidos são o guia a ser seguido, pois, de forma transparente e responsável, definem em que situações o uso progressivo da força se tornará legitimado, ao mesmo tempo em que permitem a avaliação das justificativas apresentadas pelos agentes quando do emprego da força.”

8.6 Diálogo entre STF e DIDH

Descumprimento de decisão interamericana sobre o tema

Voto do Ministro Edson Fachin: “Registre-se que o Estado brasileiro foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Favela Nova Brasília, não apenas pela violação às regras mínimas de uso da força, mas também por não prever protocolos para o uso da força, seja para atestar a necessidade do emprego, seja para fiscalizá-lo.”

“A situação narrada pelo pedido incidental demonstra especial gravidade da omissão do Estado brasileiro. O reconhecimento da emergência sanitária internacional obrigou os entes da federação a adotarem medidas rígidas de controle epidemiológico como quarentena e isolamento.”

“Se, como atesta a decisão da Corte Interamericana, os protocolos de emprego da força já eram precários, em uma situação de pandemia, com as pessoas passando a maior parte do tempo em suas casas, eles se tornam, acaso existentes, de utilidade questionável. Operações policiais realizadas em locais de grande aglomeração ficam ainda mais arriscadas e fragilizam a já baixa *accountability* que deveria pautar a atuação de todos os agentes públicos.”

“Os fatos recentes tornam ainda mais preocupantes as notícias trazidas sobre a atuação armada do Estado nas comunidades do Rio de Janeiro. Essa preocupação decorre da ilegítima quebra de expectativa de que, com a decisão da Corte Interamericana, novas mortes não viessem a ocorrer. Como se sabe, uma das consequências que emerge do reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado é a garantia de não-repetição (*Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones*. Sentença de 1o de julho de 2011. Serie C No. 227. Par. 145). Assim, é justo que se espere que, a partir da condenação do Estado brasileiro, medidas concretas sejam adotadas para evitar que os lamentáveis episódios de Nova Brasília não se repitam.”

Diálogo entre STF e Sistema ONU: sobre proporcionalidade na ação policial

Voto do Ministro Edson Fachin: “A exigência de proporcionalidade decorre da necessidade de proteção ao direito à vida e à integridade corporal e encontra respaldo nos Princípios Básicos das Nações Unidas para o Uso da Força:

‘Sempre que o uso legítimo da força e de armas de fogo for inevitável, os responsáveis pela aplicação da lei deverão: (a) Exercer moderação no uso de tais recursos e agir na proporção da gravidade da infração e do objetivo legítimo a ser alcançado; (b) Minimizar danos e ferimentos, e respeitar e preservar a vida humana; (c) Assegurar que qualquer indivíduo ferido ou afetado receba assistência e cuidados médicos o mais rápido possível; (d) Garantir que os familiares ou amigos íntimos da pessoa ferida ou afetada sejam notificados o mais depressa possível.’”

8.7 Dispositivo da decisão

“O Tribunal, por maioria, referendou a medida cautelar deferida ‘para determinar: (i) que, sob pena de responsabilização civil e criminal, não se realizem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia do covid-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – responsável pelo controle externo da atividade policial; e (ii) que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária’, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux. [...] [...]. Plenário, Sessão Virtual de 26.6.2020 a 4.8.2020.”

9. ADFP nº 635 MC: vedação a ações policiais nas favelas durante a pandemia

9.1 Identificação

ADPF 635 MC

Requerente: Partido Socialista Brasileiro – PSB

Intimado: Estado do Rio de Janeiro

Relator: Ministro Edson Fachin

Julgamento: 18.08.2020

9.2 Resumo

Trata-se de medida cautelar em ADFP, deferida para determinar medidas de controle à violência e à letalidade policial no Rio de Janeiro, a qual tem um impacto desproporcional sobre a população negra ou parda. A ação foi julgada parcialmente procedente para reconhecer a omissão estrutural dos poderes públicos na proteção dos direitos humanos fundamentais da população atingida, em virtude da falta de investigação e punição de medidas policiais desproporcionais e discriminatórias.

9.3 Ementa

“CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. OMISSÃO ESTRUTURAL DO PODER PÚBLICO NA ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A REDUÇÃO DA LETALIDADE POLICIAL. VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. CONHECIMENTO

DA ARGUIÇÃO. LIMITAÇÕES LEGAIS PARA O DEFERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR EM SEDE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL. INDEPENDÊNCIA E AUDITABILIDADE DAS PERÍCIAS DO ESTADO. PROTOCOLO DE MINNESOTA. LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS ÀS OPERAÇÕES POLICIAIS NAS PROXIMIDADE DE ESCOLAS. DIREITO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES. ABSOLUTA PRIORIDADE. FUNÇÃO DO CONTROLE EXTERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DEVER DE INVESTIGAR EM CASOS DE SUSPEITA DE ILÍCITOS PRATICADOS POR AGENTES DE SEGURANÇA PÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. 1. É cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver (i) uma violação generalizada de direitos humanos; (ii) uma omissão estrutural dos três poderes; e (iii) uma necessidade de solução complexa que exija a participação de todos os poderes. 2. A violação generalizada é a consequência da omissão estrutural do cumprimento de deveres constitucionais por parte de todos os poderes e corresponde, no âmbito constitucional, à expressão ‘grave violação de direitos humanos’, constante do art. 109, § 5º, da CRFB. A utilização da expressão grave violação no âmbito da jurisdição constitucional permite identificar o liame não apenas entre a magnitude da violação, mas também entre suas características, ao se exigir do Tribunal que examine o tema à luz da jurisprudência das organizações internacionais de direitos humanos. A omissão estrutural é a causa de uma violação generalizada, cuja solução demanda uma resposta complexa do Estado, por isso, é necessário demonstrar não apenas a omissão, mas também o nexu. A necessidade de solução complexa pode ser depreendida de decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente se dela for parte o Estado brasileiro. 3. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Favela Nova Brasília, reconheceu que há omissão relevante do Estado do Rio de Janeiro no que tange à elaboração de um plano para a redução da letalidade dos agentes de segurança. Ademais, em decisão datada de 22 de novembro de 2019, em processo de acompanhamento das decisões já tomadas por ela, conforme previsão constante do art. 69 de seu regimento interno, a Corte fez novamente consignar a mora do Estado brasileiro

relativamente à ordem proferida. [...] No exercício de sua competência material para promover as ações de policiamento, o Poder Executivo deve dispor de todos os meios legais necessários para cumprir seu mister, desde que haja justificativa hábil a tanto, verificável à luz dos parâmetros internacionais. [...].”

9.4 Tese

Não houve fixação de tese.

9.5 Fundamentação

Identificação da discriminação estrutural de negros e pardos pela violência policial

Vedação a ações policiais nas favelas durante a pandemia

Identificação da discriminação estrutural de negros e pardos pela violência policial

“A violação generalizada é a consequência da omissão estrutural do cumprimento de deveres constitucionais por parte de todos os poderes. Conquanto não tenha havido uma delimitação exauriente do conceito de violação generalizada, a categoria constitucional que mais se aproxima é a de ‘grave violação de direitos humanos’, constante do art. 109, § 5º, da CRFB [...]”.

“A utilização da expressão grave violação no âmbito da jurisdição constitucional permite identificar o liame não apenas entre a magnitude da violação, mas também entre suas características, ao se exigir do Tribunal que examine o tema à luz da jurisprudência das organizações internacionais de direitos humanos.”

“O requerente, no caso em tela, busca comprovar o quadro, por meio da decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil, sentença de 16 de fevereiro de 2017 [...]”

“De fato, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujas decisões são vinculantes para o Estado brasileiro, nos termos do artigo 68.1 do Pacto de São José da Costa Rica, ratificado em 25.09.1992 e promulgado pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, assentou que: ‘103. Entre as vítimas fatais de violência policial, estima-se uma predominância de jovens, negros, pobres e desarmados. Segundo dados oficiais, ‘os homicídios são hoje a principal causa de morte de jovens de 15 a 29 anos no Brasil, e atingem especialmente jovens negros do sexo masculino, moradores das periferias e áreas metropolitanas dos centros urbanos. Dados do SIM/Datusus do Ministério da Saúde mostram que mais da metade dos 56.337 mortos por homicídios, em 2012, no Brasil, eram jovens (30.072, equivalente a 53,37%), dos quais 77,0% negros (pretos e mulatos) e 93,30% do sexo masculino’. Na cidade do Rio de Janeiro, aproximadamente 65% das pessoas que morreram em 2015 são negras (negros e mulatos). No Estado do Rio de Janeiro, estudos mostram que a oportunidade de um jovem negro de morrer por ação da polícia é quase 2,5 vezes maior do que a de um jovem branco. 104. Em 1996, o Brasil reconheceu perante o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas que era preciso tomar medidas para acabar com a impunidade das violações de direitos humanos atribuídas a autoridades policiais, provocadas por um funcionamento excessivamente lento das engrenagens da justiça, fruto, por sua vez, em muitas ocasiões, da incapacidade dos estados de realizar uma investigação policial eficiente. [...]”

“É preciso ter-se em conta, ademais, que desde a publicação dos estudos [...] sobre a letalidade policial em Nova Iorque, sabe-se que ‘políticas mais restritivas do uso de força letal pelas polícias resultam em um número menor de disparos por policiais e de menos casos de discriminação racial’.²³”

²³ Obra referenciada no voto como: TERRILL, William e PAOLINE III, Eugene A. The police Use of Less Lethal Force: Does Administrative Policy Matter? IN: **Justice Quarterly**, v. 34, n. 2, 2017.

9.6 Diálogo entre STF e DIDH

Diálogo entre o STF e o SIDH

Voto do Ministro Edson Fachin: “O requerente, no caso em tela, busca comprovar o quadro, por meio da decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil, sentença de 16 de fevereiro de 2017 [...]”

“De fato, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujas decisões são vinculantes para o Estado brasileiro, nos termos do artigo 68.1 do Pacto de São José da Costa Rica, ratificado em 25.09.1992 e promulgado pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, assentou que:

‘103. Entre as vítimas fatais de violência policial, estima-se uma predominância de jovens, negros, pobres e desarmados. Segundo dados oficiais, ‘os homicídios são hoje a principal causa de morte de jovens de 15 a 29 anos no Brasil, e atingem especialmente jovens negros do sexo masculino, moradores das periferias e áreas metropolitanas dos centros urbanos. Dados do SIM/Datasus do Ministério da Saúde mostram que mais da metade dos 56.337 mortos por homicídios, em 2012, no Brasil, eram jovens (30.072, equivalente a 53,37%), dos quais 77,0% negros (pretos e mulatos) e 93,30% do sexo masculino’. Na cidade do Rio de Janeiro, aproximadamente 65% das pessoas que morreram em 2015 são negras (negros e mulatos). No Estado do Rio de Janeiro, estudos mostram que a oportunidade de um jovem negro de morrer por ação da polícia é quase 2,5 vezes maior do que a de um jovem branco. 104. Em 1996, o Brasil reconheceu perante o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas que era preciso tomar medidas para acabar com a impunidade das violações de direitos humanos atribuídas a autoridades policiais, provocadas por um funcionamento excessivamente lento das engrenagens da justiça, fruto, por sua vez, em muitas ocasiões, da incapacidade dos estados de realizar uma investigação policial eficiente. [...]”

Voto do Ministro Alexandre de Moraes: “Em primeiro lugar, sabe-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o ‘Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil’, assentou, com todas as letras, que a violência policial representa um problema grave de direitos humanos no nosso País, especialmente no Rio de Janeiro, predominando, entre as vítimas fatais, jovens, negros, pobres e desarmados, cogitando-se, a esse respeito, de um padrão de execuções extrajudiciais pela polícia daquele Estado.”

Diálogo entre o STF e o Sistema ONU

Voto do Ministro Edson Fachin: “O direito à vida, por exemplo, tem como corolário a garantia de que ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida. Como aponta o Comitê de Direitos Humanos, no Comentário Geral n. 36, a privação arbitrária da vida é inconsistente com o direito, isso significa que a privação de vida feita de forma inapropriada, injusta, imprevisível, em desrespeito ao devido processo legal e, bem assim, sem elementos de razoabilidade, necessidade e proporcionalidade são incompatíveis com o direito à vida. Diz ainda o Comitê:

‘Espera-se que Estados-parte adotem todas as medidas necessárias para prevenir a privação arbitrária da vida perpetrada por seus agentes de segurança, inclusive dos soldados encarregados de missões de policiamento. Essas medidas incluem a aprovação de legislação que controle o uso de força letal por policiais, procedimentos desenhados para garantir que as ações policiais sejam planejadas de modo consistente com a necessidade de minimizar o risco que elas representam para a vida humana, relatórios obrigatórios, revisão e investigação de incidentes letais e outros incidentes que representem ameaça à vida, e o suprimento de aparato necessário para que as forças responsáveis pelo policiamento de multidões tenham à disposição meios efetivos, menos letais e equipamento adequados para evitar o recurso à força letal’ (CCPR/C/GC/36, par. 13, tradução livre).”

Voto do Ministro Gilmar Mendes: “O racismo estrutural da sociedade se revela potencializado nas mortes ocasionadas pelas forças policiais. Isso porque ‘o racismo

se constitui não apenas como uma causa de exclusão ou de empobrecimento das pessoas negras; pelo contrário, o racismo caracteriza-se sobretudo como um fenômeno que promove a desumanização das pessoas negras e que produz vantagens e benefícios sociais para os integrantes do grupo racial hegemônico²⁴. Desse modo, 'não é possível pensar as formas de controle e administração dos conflitos na sociedade afastando a análise do papel cognitivo do racismo enquanto elemento articulador das maneiras de pensar os problemas sociais e de formular as respostas para essas questões políticas'²⁵ [...]."

"Existem diversas normativas em âmbito nacional e internacional sobre a utilização da força por autoridades policiais. Costuma-se citar o Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei (ONU, 1979), os Princípios Orientadores para a Aplicação Efetiva do Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei (ONU, 1989) e os Princípios Básicos sobre Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei (1990)."

"Em 2015, a Anistia Internacional publicou um relatório intitulado 'Você matou o meu filho: homicídios cometidos pela Polícia Militar na cidade do Rio de Janeiro'. (Disponível em: https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/07/Voce-matou-meu-filho_Anistia-Internacional-2015.pdf)."

"Elenco alguns dados pertinentes: - 'Das 1.275 vítimas de homicídio decorrente de intervenção policial entre 2010 e 2013 na cidade do Rio de Janeiro, 99,5% eram homens, 79% eram negros e 75% tinham entre 15 e 29 anos de idade'. Ou seja, as pessoas que são mortas pelas forças estatais têm um perfil evidente, que expõe a seletividade do sistema criminal'. - 'Ao checar o andamento de todas as 220

²⁴ Obra referenciada no voto como: FREITAS, Felipe da Silva. **Racismo e polícia: uma discussão sobre mandato policial**. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília, 2022, p. 171.

²⁵ Ibidem.

investigações de homicídios decorrentes de intervenção policial no ano de 2011 na cidade do Rio de Janeiro, a Anistia Internacional descobriu que foi apresentada denúncia em apenas um caso. Até abril de 2015 (mais de três anos depois), 183 investigações seguiam em aberto. Consta-se, portanto, que as investigações oficiais sobre atos potencialmente abusivos praticados por agentes estatais é ineficiente e precisa ser aprimorada.”

“Entre as recomendações, a Anistia Internacional sugeriu ao Estado: ‘Condenar violações de direitos humanos no contexto de operações policiais, assumindo a postura pública de que execuções extrajudiciais e o uso desnecessário e excessivo de força pela Polícia não serão tolerados’ e ‘estabelecer força-tarefa no Ministério Público com o objetivo de priorizar as investigações dos casos de homicídio decorrente de intervenção policial, para concluir prontamente as investigações que ainda se encontram em andamento e levar os casos à Justiça quando adequado.’”

“A letalidade policial no Brasil tem, portanto, uma cor: negros são aqueles que mais morrem. E, além disso, ela tem também uma classe social.”

9.7 Dispositivo da decisão

“O Tribunal, por maioria, conheceu parcialmente da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental para: 1. Indeferir, por ora, o pedido de medida cautelar, no que tange à ordem para ‘determinar ao Estado do Rio de Janeiro que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, um plano visando à redução da letalidade policial e ao controle de violações de direitos humanos pelas forças de segurança fluminenses, que contenha medidas objetivas, cronogramas específicos e previsão dos recursos necessários para a sua implementação’, constante do item ‘a’ da p. 84 da inicial; 2. Deferir a medida cautelar pleiteada, em menor extensão, para dar interpretação conforme ao art. 2º do Decreto 27.795, de 2001, a fim de restringir a utilização de helicópteros

nas operações policiais apenas nos casos de observância da estrita necessidade, comprovada por meio da produção, ao término da operação, de relatório circunstanciado; 3. Indeferir, por ora, os pedidos formulados na inicial e indicados nas alíneas 'c' (determinar que os órgãos do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, ao expedir mandado de busca e apreensão domiciliar, indiquem, da forma mais precisa possível, o lugar, o motivo e o objetivo da diligência, vedada a expedição de mandados coletivos ou genéricos) e 'd' (determinar que, no caso de buscas domiciliares por parte das forças de segurança do Estado do Rio de Janeiro, sejam observadas diretrizes constitucionais) da petição; 4. Indeferir, por ora, o pedido veiculado na alínea 'e' ('determinar a presença obrigatória de ambulâncias e de equipes de saúde em operações policiais'), sem prejuízo do reconhecimento do direito de todo indivíduo ferido ou afetado receber assistência médica o mais breve possível; 5. Deferir a medida cautelar requerida para determinar que o Estado do Rio de Janeiro oriente seus agentes de segurança e profissionais de saúde a preservar todos os vestígios de crimes cometidos em operações policiais, de modo a evitar a remoção indevida de cadáveres sob o pretexto de suposta prestação de socorro e o descarte de peças e objetos importantes para a investigação; 6. Deferir a medida cautelar para acolher o pedido formulado na alínea 'k', para determinar aos órgãos de polícia técnico-científica do Estado do Rio de Janeiro que documentem, por meio de fotografias, as provas periciais produzidas em investigações de crimes contra a vida, notadamente o laudo de local de crime e o exame de necropsia, com o objetivo de assegurar a possibilidade de revisão independente, devendo os registros fotográficos, os croquis e os esquemas de lesão ser juntados aos autos, bem como armazenados em sistema eletrônico de cópia de segurança para fins de *backup*; 7. Indeferir, apenas por ora, o pedido para se determinar a elaboração de ato administrativo que regulamente o envio de informações relativas às operações policiais pelos agentes policiais ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, conforme item 'i' da petição inicial; 8. Deferir o pedido formulado na alínea 'g' a fim de determinar que, no caso de realização de operações policiais em perímetros nos quais estejam localizados escolas, creches, hospitais ou postos

de saúde, sejam observadas as seguintes diretrizes: (i) a absoluta excepcionalidade da medida, especialmente no período de entrada e de saída dos estabelecimentos educacionais, devendo o respectivo comando justificar, previa ou posteriormente, em expediente próprio ou no bojo da investigação penal que fundamenta a operação, as razões concretas que tornaram indispensável o desenvolvimento das ações nessas regiões, com o envio dessa justificativa ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em até 24 horas; (ii) a proibição da prática de utilização de qualquer equipamento educacional ou de saúde como base operacional das polícias civil e militar, vedando-se, inclusive, o baseamento de recursos operacionais nas áreas de entrada e de saída desses estabelecimentos; e (iii) a elaboração de protocolos próprios e sigilosos de comunicação envolvendo as polícias civil e militar, e os segmentos federal, estadual e municipal das áreas de educação e de saúde, de maneira que os diretores ou chefes das unidades, logo após o desencadeamento de operações policiais, tenham tempo hábil para reduzir os riscos à integridade física das pessoas sob sua responsabilidade; 9. Indeferir, ante possível perda de objeto, o pedido de suspensão do sigilo de todos os protocolos de atuação policial, inclusive do Manual Operacional das Aeronaves pertencentes à frota da Secretaria de Estado de Polícia Civil; 10. Indeferir, apenas por ora, o pedido formulado pelo Partido requerente constante da alínea 'j' da inicial (determinar que o Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, instale equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos); 11. Deferir os pedidos cautelares veiculados nas alíneas 'l', 'm', 'n' e 'o', a fim de reconhecer que sempre que houver suspeita de envolvimento de agentes dos órgãos de segurança pública na prática de infração penal, a investigação será atribuição do órgão do Ministério Público competente. A investigação, por sua vez, deverá atender ao que exige o Protocolo de Minnesota, em especial no que tange à oitiva das vítimas ou familiares e à priorização de casos que tenham como vítimas as crianças. Ademais, por ser função essencial do Estado, acolher também o pedido para determinar que, em casos tais, o Ministério Público designe um

membro para atuar em regime de plantão; 12. Deferir o pedido formulado pelo Partido requerente, para suspender a eficácia do art. 1º do Decreto 46.775, de 23 de setembro de 2019; e 13. Não conhecer do pedido veiculado na alínea 'q' da inicial, tudo nos termos do voto do Relator, vencidos parcialmente os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Dias Toffoli (Presidente), que deferiam a cautelar em maior extensão. Não participou deste julgamento o Ministro Celso de Mello. Plenário, Sessão Virtual de 7.8.2020 a 17.8.2020.”

10. ADPF nº 738 MC-Ref: candidaturas eleitorais de negros e pardos a cargos políticos

10.1 Identificação do caso

ADPF 738 MC-Ref

Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL)

Intimado: Tribunal Superior Eleitoral

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski

Julgamento: 05.10.2020

10.2 Resumo

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), a fim de que o STF determine a imediata aplicação dos efeitos do julgamento proferido pelo Tribunal Superior Eleitoral, concernente à interpretação que promove incentivo às candidaturas de pessoas negras para cargos eletivos, em atenção ao princípio da igualdade, considerando que a medida não interfere sobre o princípio da anterioridade eleitoral.

10.3 Ementa

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. POLÍTICAS PÚBLICAS DE CARÁTER AFIRMATIVO. INCENTIVO A CANDIDATURAS DE PESSOAS NEGRAS PARA CARGOS

ELETIVOS. VALORES CONSTITUCIONAIS DA CIDADANIA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. IGUALDADE EM SENTIDO MATERIAL. ORIENTAÇÕES CONSTANTES DE RESPOSTA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL À CONSULTA FORMULADA POR PARLAMENTAR FEDERAL. APLICAÇÃO IMEDIATA PARA AS PRÓXIMAS ELEIÇÕES. NÃO INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE OU ANUALIDADE (ART. 16 DA CF/1988). MERO PROCEDIMENTO QUE NÃO ALTERA O PROCESSO ELEITORAL. PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA. I – Políticas públicas tendentes a incentivar a apresentação de candidaturas de pessoas negras aos cargos eletivos nas disputas eleitorais que se travam em nosso País, já a partir deste ano, prestam homenagem aos valores constitucionais da cidadania e da dignidade humana, bem como à exortação, abrigada no preâmbulo do texto magno, de construirmos, todos, uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, livre de quaisquer formas de discriminação. II – O princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF), considerado em sua dimensão material, pressupõe a adoção, pelo Estado, seja de políticas universalistas, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja políticas afirmativas, as quais atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo-lhes certas vantagens, por um tempo definido, com vistas a permitir que superem desigualdades decorrentes de situações históricas particulares (ADPF 186/DF, de minha relatoria). Precedentes. III – O entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que só ocorre ofensa ao princípio da anterioridade nas hipóteses de: (i) rompimento da igualdade de participação dos partidos políticos ou candidatos no processo eleitoral; (ii) deformação que afete a normalidade das eleições; (iii) introdução de elemento perturbador do pleito; ou (iv) mudança motivada por propósito casuístico (ADI 3.741/DF, de minha relatoria). Precedentes. IV – No caso dos autos, é possível constatar que o TSE não promoveu qualquer inovação nas normas relativas ao processo eleitoral, concebido em sua acepção estrita, porquanto não modificou a disciplina das convenções partidárias, nem os coeficientes eleitorais e nem tampouco a extensão do sufrágio universal. Apenas

introduziu um aperfeiçoamento nas regras relativas à propaganda, ao financiamento das campanhas e à prestação de contas, todas com caráter eminentemente procedimental, com o elevado propósito de ampliar a participação de cidadãos negros no embate democrático pela conquista de cargos políticos. V – Medida cautelar referendada. [...]

10.4 Tese

Não houve definição de tese.

10.5 Fundamentação

Incentivo à apresentação de candidaturas de pessoas negras a cargos eletivos

Justiça distributiva e superação de desigualdades

Candidaturas eleitorais de negros e pardos a cargos políticos

Princípio da igualdade e compatibilidade das políticas afirmativas

Tratamento equitativo às candidatas e aos candidatos

Incentivo à apresentação de candidaturas de pessoas negras a cargos eletivos

“[...] não há nenhuma dúvida de que políticas públicas tendentes a incentivar a apresentação de candidaturas de pessoas negras aos cargos eletivos, nas disputas eleitorais que se travam em nosso País, prestam homenagem aos valores constitucionais da cidadania e da dignidade humana, bem como à exortação, abrigada no preâmbulo do texto magno, de construirmos, todos, uma sociedade fraterna, pluralista e

sem preconceitos, fundada na harmonia social, livre de quaisquer formas de discriminação.”

“[...] o imperativo constitucional da igualdade e a noção de democracia participativa plural justificam a criação de ações afirmativas voltadas à população negra. No entanto, o campo de atuação para a efetivação do princípio da igualdade e o combate ao racismo não se limita às ações afirmativas. Se o racismo no Brasil é estrutural, é necessário atuar sobre o funcionamento das normas e instituições sociais, de modo a impedir que elas reproduzam e aprofundem a desigualdade racial. Um desses campos é a identificação de casos de discriminação indireta, em que normas pretensamente neutras produzem efeitos práticos sistematicamente prejudiciais a grupos marginalizados, de modo a violar o princípio da igualdade em sua vertente material.”

“[...] a justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade valores culturais diversificados, não raro considerados inferiores àqueles reputados dominantes.”

Justiça distributiva e superação de desigualdades

“É bem de ver [...] que esse desiderato, qual seja, a transformação do direito à isonomia em igualdade de possibilidades, sobretudo no tocante a uma participação equitativa nos bens sociais, apenas é alcançado, segundo John Rawls, por meio da aplicação da denominada ‘justiça distributiva’. Só ela permite superar as desigualdades que ocorrem na realidade fática, mediante uma intervenção estatal determinada e consistente para corrigi-las, realocando-se os bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício da coletividade como um todo.”

“A histórica discriminação dos negros e pardos, em contrapartida, revela igualmente um componente multiplicador, mas às avessas, pois a sua convivência multissecular com a exclusão social gera a perpetuação de uma

consciência de inferioridade e de conformidade com a falta de perspectiva, lançando milhares deles, sobretudo as gerações mais jovens, no trajeto sem volta da marginalidade social. Esse efeito, que resulta de uma avaliação eminentemente subjetiva da pretensa inferioridade dos integrantes desses grupos repercute tanto sobre aqueles que são marginalizados como naqueles que, consciente ou inconscientemente, contribuem para a sua exclusão.”

Princípio da igualdade e compatibilidade das políticas afirmativas

“Assim, o Plenário da Supremo Tribunal Federal decidiu que não contraria – ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF), considerado em sua dimensão material, a adoção, pelo Estado, seja de políticas universalistas, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de políticas afirmativas, as quais atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo-lhes certas vantagens, por um tempo definido, com vistas a permitir que superem desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. Esse também foi o propósito do TSE.”

“Cabe, nessa linha, reforçar a perspectiva de que a Constituição de 1988 marca a institucionalização dos direitos humanos no Brasil, perspectiva essa que se insere no contexto de reconhecimento da igualdade de gênero e igualdade racial como elementos essenciais para uma sociedade democrática. Assim, ações em prol da igualdade racial e de gênero devem ser respeitadas e buscadas como um fim preconizado pela ordem constitucional vigente.”

“Destaco, ainda, em idêntico diapasão, o pronunciamento do Ministro Alexandre de Moraes, que, ao acompanhar o voto do Relator, consignou o quanto segue:

[...] não tenho dúvidas de que a sub-representação das pessoas negras nos poderes eleitos, ao mesmo tempo que é derivada do racismo estrutural exis-

tente no Brasil, acaba sendo um dos principais instrumentos de perpetuação da gravíssima desigualdade social entre brancos e negros. Trata-se de um círculo extremamente vicioso, que afeta diretamente a igualdade proclamada na Constituição Federal e fere gravemente a dignidade das pessoas negras. Em outras palavras, o histórico funcionamento do sistema político eleitoral brasileiro perpetua a desigualdade racial, pois, tradicionalmente, foi estruturado nas bases de uma sociedade ainda, e lamentavelmente, racista. O mesmo sempre ocorreu em relação à questão de gênero, cuja legislação vem avançando em busca de uma efetiva e concreta igualdade de oportunidades com a adoção de mecanismos de ações afirmativas.”

“O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respetivamente, de leis e atos normativos, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.”

Tratamento equitativo às candidatas e aos candidatos

“Não obstante a coincidência de pontos de vista quanto à necessidade da adoção de políticas afirmativas para promover candidaturas de pessoas negras no âmbito eleitoral, o TSE cindiu-se no tocante ao momento da entrada em vigor das medidas propugnadas. No caso dos autos, é possível constatar que o TSE não promoveu qualquer inovação nas normas relativas ao processo eleitoral, concebido em sua acepção mais estrita, porquanto não modificou a disciplina das convenções partidárias, nem os coeficientes eleitorais e nem tampouco a extensão do sufrágio universal. Apenas introduziu um aperfeiçoamento nas regras relativas à propaganda, ao financiamento das campanhas e à prestação

de contas, todas com caráter eminentemente procedimental, com o elevado propósito de ampliar a participação de cidadãos negros no embate democrático pela conquista de cargos políticos.”

“De resto, a obrigação dos partidos políticos de tratar igualmente, ou melhor, equitativamente os candidatos decorre da incontornável obrigação que têm de resguardar o regime democrático e os direitos fundamentais (art. 16, *caput*, da CF) e do inarredável dever de dar concreção aos objetivos fundamentais da República, dentre os quais se destaca o de ‘promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade’ (art. 3, IV, CF).”

10.6 Diálogo entre STF e DIDH

Diálogo entre STF e Sistema ONU

Voto do Ministro Marco Aurélio: “Na vigência dessa Carta, veio à balha a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em dezembro de 1948. Proclamou-se em bom som, em bom vernáculo, que todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, opinião pública ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição. Admitiu-se, aqui e no âmbito internacional, a verdadeira situação havida no Brasil, em relação ao problema. Percebeu-se a necessidade de se homenagear o princípio da realidade, o dia a dia da vida em sociedade. No Brasil, a primeira lei penal sobre a discriminação surgiu em 1951, graças ao trabalho desenvolvido por dois grandes homens públicos: Afonso Arinos e Gilberto Freire. Só então se reconheceu a existência, no País, da discriminação.”

“A Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil, em 26 de março de 1968, dispôs: ‘Não serão

consideradas discriminação racial as medidas especiais’ e adentrou-se o campo das ações afirmativas, da efetividade maior da não discriminação tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades no sentido amplo fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência’ e, hoje, ainda estamos muito longe disso , ‘à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.’”

10.7 Dispositivo da decisão

“Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual do Plenário, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, referendar a liminar concedida para determinar a imediata aplicação dos incentivos às candidaturas de pessoas negras, nos exatos termos da resposta do TSE à Consulta 600306-47, ainda nas eleições de 2020, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio.”

11. ADPF nº 742 MC: proteção das comunidades quilombolas em face da Covid-19

11.1 Identificação do caso

ADPF 742 MC²⁶

Requerentes: Partido Socialista Brasileiro (PSB); Partido Socialismo e Liberdade (PSOL); [...] Partido dos Trabalhadores

Intimada: União

Relator: Ministro Marco Aurélio

Redator para o Acórdão: Ministro Edson Fachin

Julgamento: 24.02.2021

11.2 Resumo

Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com pedido de liminar, tendo por objeto atos comissivos e omissivos do Poder Executivo federal quanto ao enfrentamento da pandemia de Covid-19 nas comunidades quilombolas. O STF entendeu ser dever do Poder Público elaborar e implementar plano para enfrentar a pandemia consideradas as particularidades das comunidades quilombolas, instituindo grupo de trabalho interdisciplinar e paritário, com o objetivo de

²⁶ Como esclarecido nas notas metodológicas deste caderno, a análise da fundamentação dos demais casos incluiu apenas a transcrição de trechos do voto do relator ou, caso vencido ele, do voto do redator para o acórdão. Entretanto, tal sistemática foi excepcionada na presente ADPF 742, dado que a divergência entre relator e redator para o acórdão foi mínima, e que o voto vencido do relator trazia uma extensa argumentação que não era objeto de discordância. Por essa razão, transcrevemos excepcionalmente, abaixo, trechos de votos de ambos, com identificação das respectivas autoridades.

inclusão, nos registros de Covid-19, do quesito raça/cor/etnia, asseguradas notificação dos casos confirmados e ampla e periódica publicidade. Determinou, ainda, suspensão da tramitação de demandas judiciais envolvendo direitos territoriais, a exemplo de ações possessórias, reivindicatórias de propriedade, imissões na posse e anulatórias de demarcação.

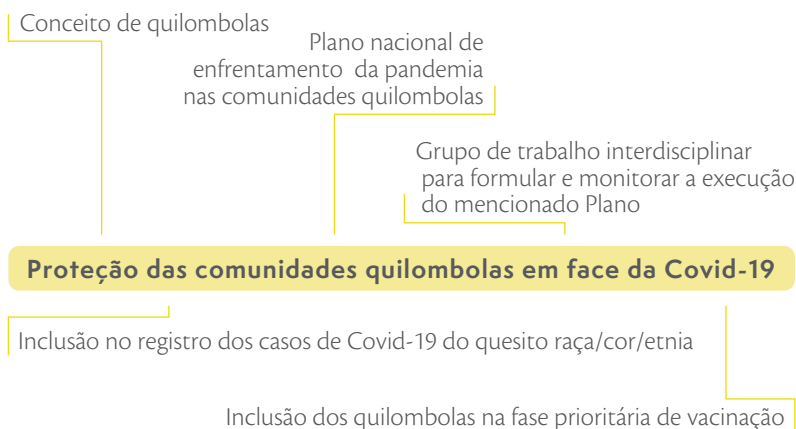
11.3 Ementa

“LEGITIMIDADE PROCESSO OBJETIVO ASSOCIAÇÃO. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. [...] PANDEMIA. VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. QUILOMBOLAS. PROVIDÊNCIA. Ante quadro de violação dos direitos fundamentais dos quilombolas considerada pandemia covid-19, cumpre à União a elaboração e implementação de plano nacional de enfrentamento e monitoramento. PANDEMIA. VACINAÇÃO. FASE PRIORITÁRIA. PROVIDÊNCIA. Deve o Governo Federal adotar providências e protocolos sanitários que assegurem a vacinação dos quilombolas na fase prioritária. PANDEMIA. GRUPO DE TRABALHO. PROVIDÊNCIA. A instituição de grupo de trabalho viabiliza a fiscalização quanto à execução das iniciativas decorrentes do plano de enfrentamento à pandemia nas comunidades quilombolas. PANDEMIA. CASOS. REGISTRO. QUESITO. PROVIDÊNCIA. A inclusão do quesito raça/cor/etnia no registro dos casos de covid-19 possibilita, ao Poder Público, a execução de políticas destinadas à mitigação da crise sanitária. PANDEMIA. ACESSO À INFORMAÇÃO. PROVIDÊNCIA. Cabe ao Governo Federal, presente o interesse público, o restabelecimento de sítios eletrônicos voltados à divulgação de informações relativas à população quilombola, promovendo a atualização e a acessibilidade. PANDEMIA. SUSPENSÃO DE PROCESSOS JUDICIAIS. A manutenção da tramitação de processos, com o risco de determinações de reintegrações de posse, agravam a situação das comunidades quilombolas, que podem se ver, repentinamente, aglomerados, desassistidos e sem condições mínimas de higiene e isolamento para minimizar os riscos de contágio pelo coronavírus. [...]”

11.4 Tese

Não houve definição de tese.

11.5 Fundamentação



Voto do Relator, Ministro Marco Aurélio²⁷:

Conceito de quilombolas

“O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística aponta 5.972 localidades quilombolas em 1.672 municípios. Mediante levantamento do Ministério do Desenvolvimento Social, constatou-se, em 2013, que 75% dessa população vive em situação de extrema pobreza.”

“Os remanescentes de quilombos constituem grupo tradicional constituído a partir da resistência e luta pela liberdade, considerado o período

²⁷ Como mencionado em notas metodológicas, o relator do caso ficou vencido em parte mínima, o que justificou a inclusão de seus fundamentos no presente caderno, dado que são complementares àqueles constantes do voto do redator para o acórdão, também incluídos na sequência.

de escravidão. Situam-se, majoritariamente, em zona rural, dedicando-se a atividades atinentes a agropecuária e extrativismo.”

“A defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade humana. Ela implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones. Ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu alcance.”

“Oxalá evoluamos para compreender que o problema de um é de todos. A pluralidade é a maior riqueza da sociedade e deve ser aproveitada em benefício de todos.”

Plano nacional de enfrentamento da pandemia nas comunidades quilombolas

“Ante o quadro de violação generalizada de direitos fundamentais dos quilombolas em virtude da pandemia covid-19, a agravar o estado de vulnerabilidade e a marginalização histórica, é imprescindível elaborar e executar, sem prejuízo de outras providências estabelecidas no âmbito de grupo de trabalho, plano governamental nacional, com a participação de representantes da Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas – Conaq, por meio do qual formulados objetivos, metas, ações programáticas, cronograma de implementação e metodologias de avaliação, contemplando-se, ao menos, providências visando a ampliação das estratégias de prevenção e do acesso aos meios de testagem e aos serviços públicos de saúde, controle de entrada nos territórios por terceiros considerado isolamento social comunitário e distribuição de alimentos e material de higiene e desinfecção.”

Grupo de trabalho interdisciplinar para formular e monitorar a execução do mencionado Plano

“O processo democrático deve oferecer condições para que todos se sintam igualmente qualificados a participar da tomada de decisões com as quais presidida a vida comunitária. Cuida-se de condição da própria existência da democracia.”

“[...] cidadão não é mero sinônimo de eleitor, mas indivíduo participante e fiscalizador da atividade estatal [...] Ante o interesse público, surge pertinente a constituição de grupo de trabalho interdisciplinar e paritário, por meio do qual viabilizado o controle da execução dos programas e ações decorrentes do Plano de enfrentamento à pandemia nas comunidades quilombolas. Deverá ser assegurada a participação, pelo menos, de representantes do Ministério da Saúde, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, Fundação Cultural Palmares, Defensoria Pública da União, Ministério Público Federal, Conselho Nacional de Direitos Humanos, Associação Brasileira de Saúde Coletiva e das comunidades quilombolas.”

Inclusão no registro dos casos de Covid-19 do quesito raça/cor/etnia

“A verificação da efetividade de certa política pública exige monitoramento e avaliação qualificada, garantindo-se a adequada alocação de recursos considerados os objetivos e metas propostos. Para a consecução desse objetivo, é imprescindível a consolidação de insumos a subsidiarem a adequada atuação dos órgãos, autarquias e instituições.”

“O rígido acompanhamento da doença, levando em conta evolução do contágio, da taxa de recuperação e de letalidade, pressupõe consideração das especificidades da população que se pretende atender.”

“A inclusão do quesito raça/cor/etnia no registro dos casos propicia o levantamento, pelo Poder Público, de marcadores sociais que permitem a definição de programas destinados à adequada resposta à crise sanitária.”

Inclusão dos quilombolas na fase prioritária de vacinação

“Considerada a publicação do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação, o Governo Federal procedeu à inclusão dos povos quilombolas na fase prioritária, em virtude do estado de vulnerabilidade. Limitou-se a fazer indicação genérica, deixando de prever protocolos sanitários voltados à efetividade da medida e de articular ações programáticas a fim de evitar descompasso nas unidades da Federação. [...] não há especificação nem do quantitativo populacional nem das doses a serem destinadas aos remanescentes dos quilombos. Tampouco foram estabelecidos objetivos, metas, cronograma e providências para a imunização prioritária.”

“Não basta a inclusão formal dos quilombolas no grupo dos primeiros a serem imunizados, se desacompanhada de planejamento conducente à eficácia da medida. É preciso viabilizar a concretização dos preceitos fundamentais atinentes à dignidade da pessoa humana, à vida e à saúde.”

“Os direitos fundamentais são a medula do projeto constitucional de 1988, cabendo ao Supremo, guardião da Carta da República e do Estado Democrático de Direito, atuar em diálogo com os Poderes e a sociedade, visando o cumprimento de prestações positivas em favor dos necessitados.”

Voto do Redator para o Acórdão, Ministro Edson Fachin: “[...] as ações que envolvem questões de titularidade e posse em locais remanescentes de quilombos são deveras sensíveis, com dilação probatória de grande complexidade e que, ordinariamente, abrangem uma diversidade de temas.”

“A manutenção da tramitação de processos, com o risco de determinações de reintegrações de posse, agrava a situação das comunidades quilombolas, que podem se ver, repentinamente, aglomerados, desassistidos e sem condições mínimas de higiene e isolamento para minimizar os riscos de contágio pelo coronavírus.”

“No caso, o direito material demanda a salvaguarda de comunidades quilombolas do risco sanitário exacerbado pela execução de medidas constritivas em seus territórios e a preservação de sua condição de acesso igualitário à justiça (CRFB, art. 5º, XXXV), ao devido processo legal (CRFB, art. 5º, LIV) e ao contraditório e à ampla defesa (CRFB, art. 5º, LIV) sem comprometer à especial necessidade de isolamento social decorrente da sua grave condição de vulnerabilidade, reconhecida em lei.”

11.6 Diálogo entre STF e DIDH

Voto do Relator, Ministro Marco Aurélio: “A Declaração Universal sobre Diversidade Cultural de 2001 versa, no artigo 4º, a conexão entre liberdade cultural e dignidade humana:

‘Artigo 4º – Os direitos humanos, garantes da diversidade cultural. A defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito pela dignidade da pessoa humana. Implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones. Ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu alcance.’”

Voto do Ministro Ricardo Lewandowski: “Observo, ainda, que o direito à moradia foi especialmente enfatizado na Resolução 1/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (PANDEMIA E DIREITOS HUMANOS NAS AMÉRICAS, aprovada pela CIDH em 10 de abril de 2020), particularmente no que tange a

grupos afrodescendentes. Transcrevo, por oportuno, os seguintes trechos da citada norma, que elucida aspectos importantes para a solução da questão *sub judice*:

‘III. Grupos em situação de especial vulnerabilidade Recordando que, ao emitir medidas de emergência e contenção frente à pandemia da covid-19, os Estados da região devem aplicar perspectivas interseccionais e prestar especial atenção às necessidades e ao impacto diferenciado dessas medidas nos direitos humanos dos grupos historicamente excluídos ou em especial risco, tais como idosos e pessoas de qualquer idade que tenham doenças preexistentes, pessoas privadas de liberdade, mulheres, povos indígenas, pessoas em situação de mobilidade humana, crianças e adolescentes, pessoas LGBTI, afrodescendentes, pessoas com deficiência, trabalhadores e pessoas que vivem em pobreza e pobreza extrema, especialmente trabalhadores informais e pessoas em situação de rua, bem como defensores de direitos humanos, líderes sociais, profissionais da saúde e jornalistas’ [...].”

11.7 Dispositivo da decisão

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual do Plenário de 12 a 23 de fevereiro de 2021, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em converter o julgamento da medida cautelar em julgamento definitivo de mérito. Por maioria, julgou procedente o pedido para determinar, à União, que: (i) formule, no prazo de 30 dias, plano nacional de enfrentamento da pandemia covid-19 no que concerne à população quilombola, versando providências e protocolos sanitários voltados a assegurar a eficácia da vacinação na fase prioritária, com a participação de representantes da Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas – Conaq; (ii) constitua, em até 72 horas, grupo de trabalho interdisciplinar e paritário, com a finalidade de debater, aprovar e monitorar a execução do Plano, dele participando integrantes, pelo menos, do Ministério da Saúde, Ministério da

Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, Fundação Cultural Palmares, Defensoria Pública da União, Ministério Público Federal, Conselho Nacional de Direitos Humanos, Associação Brasileira de Saúde Coletiva e representantes das comunidades quilombolas a serem indicadas pela Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas; (iii) providencie, no máximo em 72 horas, a inclusão, no registro dos casos de covid-19, do quesito raça/cor/etnia, asseguradas a notificação compulsória dos confirmados e ampla e periódica publicidade; (iv) restabeleça, no prazo de 72 horas, o conteúdo das plataformas públicas de acesso à informação <http://monitoramento.seppir.gov.br/> e <https://www.gov.br/mdh/pt-br/comunidadestradicionais/programa-brasil-quilombola>, abstendo-se de proceder à exclusão de dados públicos relativos à população. E, ainda, deferiu o pedido para suspender os ‘processos judiciais, notadamente ações possessórias, reivindicatórias de propriedade, imissões na posse, anulatórias de processos administrativos de titulação, bem como os recursos vinculados a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais das comunidades quilombola’ até o término da pandemia, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, vencidos parcialmente os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Nunes Marques.”

12. ADPF nº 874 MC: direito à educação e racismo

12.1 Identificação do caso

ADPF 874 MC

Requerentes: Partido Democrático Trabalhista (PDT), Partido dos Trabalhadores (PT), Partido Comunista do Brasil (PCB), Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Partido Socialista Brasileiro (PSB), Rede Sustentabilidade; Partido Verde (PV).

Intimado: Ministro de Estado da Educação

Relator: Ministro Dias Toffoli

Julgamento: 04.09.2021

12.2 Resumo

Trata-se de medida cautelar solicitada e deferida pelo STF em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, para determinar a reabertura do prazo de requerimento de isenção de pagamento de taxa para inscrição no ENEM 2021, com fundamento no direito à educação, inclusão social e a promoção da diversidade no ensino superior, e garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino.

12.3 Ementa

“Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Medida Cautelar. Itens 1.4 e 2.4 do Edital nº 19/2021 do Ministério da Educação. Exame Nacional do Ensino Médio. Isenção do pagamento da taxa de inscrição. Justificativa de ausência no ENEM 2020. Subsidiariedade. Cabimento da arguição. Direito à educação e

garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino. Descumprimento. Medida cautelar deferida. [...] 2. Os itens 1.4 e 2.4 do Edital nº 19/2021 do Ministério da Educação condicionam a obtenção de isenção da taxa de inscrição no ENEM 2021 por quem obteve essa isenção em 2020 e faltou às provas à justificativa da ausência mediante a apresentação de algum dos documentos previstos no Anexo I do edital. 3. Nos dias 17 e 24 de janeiro de 2021, quando foram aplicadas as provas do ENEM 2020, o Brasil passava pela segunda onda da pandemia da Covid-19, caracterizada por um cenário preocupante de contaminações, com elevadas médias diárias de novos casos e de óbitos. A esse contexto somaram-se os diversos problemas logísticos observados na aplicação das provas, o que resultou em taxas recordes de abstenção. 4. A norma questionada criou um óbice injustificado ao alcance da isenção da taxa de inscrição no ENEM 2021, visto que a ausência à prova anterior por temor quanto ao nível de exposição da própria saúde ou de outrem, ou por qualquer outro motivo relacionado ao contexto de anormalidade em que foram aplicadas as provas do ENEM 2020, são circunstâncias que não comportam qualquer tipo de comprovação documental, redundando tal comprovação em uma barreira à própria participação de candidatos de baixa renda no exame nacional. 5. O direito à educação (art. 6º, caput, e art. 205) compreende o acesso ao ensino superior, expressamente contemplado na Constituição de 1988, na qual se fixou que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino (art. 208, inciso V). Por meio do amplo acesso ao ensino superior, se implementa a igualdade de oportunidades políticas, sociais e econômicas, a inclusão social e a promoção da diversidade. 6. O Supremo Tribunal Federal, em mais de um julgado, validou políticas públicas voltadas a ampliar o acesso ao ensino superior, chancelando uma concepção de direito à educação superior cuja efetividade pressupõe medidas destinadas a corrigir os desníveis de oportunidades historicamente impostos a determinados grupos sociais e étnico-raciais, com vista à concretização da igualdade substancial. [...]. 7. Os itens 1.4 e 2.4 do Edital nº 19/2021 do Ministério da Educação subvertem esse arcabouço normativo-constitucional ao criarem óbice injustificado à inscrição para

o ENEM 2021 pela população de baixa renda, inviabilizando, com isso, o acesso dessas pessoas aos programas federais voltados à democratização do acesso às universidades, quais sejam, o Programa Universidade Para Todos (Prouni), o Fundo de Financiamento Estudantil (FIES) e o Sistema de Seleção Unificada (Sisu). 8. O ato questionado tem potencial de gerar retrocesso nos avanços alcançados no sentido da inclusão social e da promoção da diversidade no ensino superior, por deixar de fora estudantes pertencentes aos grupos sociais historicamente excluídos desse nível de ensino – população de baixa renda, negros, pardos e indígenas –, o que vai na contramão dos objetivos da República Federativa do Brasil de erradicar a pobreza e a marginalização e de reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, incisos III e IV). 9. Medida cautelar concedida para se determinar a reabertura do prazo de requerimento de isenção de pagamento de taxa para inscrição no ENEM 2021 sem exigência de justificativa para o não comparecimento ao ENEM 2020, de quaisquer candidatos – nos termos do que já havia sido previsto no item 1.4.1 do Edital nº 55/2020 (digital) e do Edital nº 54 (impresso), de 28 de julho de 2020 –, devendo ser concedida a referida isenção aos estudantes que comprovarem a subsunção de seu caso em uma das hipóteses do item 2.6 do Edital nº 19/2021 do Ministério da Educação.”

12.4 Tese

Não houve definição de tese.

12.5 Fundamentação

Aplicação das provas do ENEM no contexto pandêmico e populações vulnerabilizadas

Democratização do acesso ao ensino superior e promoção da diversidade

Direito à educação e racismo

Ações afirmativas no ensino superior

Dispensa de justificativa de ausência na prova para a concessão de isenção do pagamento da taxa de inscrição no ENEM 2021

Aplicação das provas do ENEM no contexto pandêmico e populações vulnerabilizadas

“[...] o contexto de aplicação das provas do ENEM 2020 era de anormalidade, caracterizada pelo fundado temor de contaminação individual e de terceiros, pela necessidade sem precedentes de adaptação e flexibilização de procedimentos e, conseqüentemente, pela insegurança e pela incerteza por parte dos candidatos.”

“Nesse quadro, não se justifica exigir que os candidatos de baixa renda que optaram por não comparecer à prova por temor ou insegurança quanto ao nível de exposição da própria saúde ou de outrem, ou por qualquer outro motivo relacionado ao contexto de anormalidade em que foram aplicadas as provas do ENEM, comprovem o motivo de sua ausência, por se tratar de circunstâncias que não comportam qualquer tipo de comprovação documental.”

“Note-se que, entre os participantes elegíveis para a isenção de pagamento da taxa, estão, além daqueles que acabaram de concluir o ensino médio em escola pública – os quais tiveram direito automático à isenção, sem precisar justificar ausência na prova anterior, a que se submeteram na qualidade de treineiros –, pessoas com renda mensal familiar *per capita* de até 1,5 salário mínimo e aquelas em situação de vulnerabilidade econômica inscritas no CadÚnico, ou seja, um público que está

na grande base da pirâmide de renda do país e foi mais fortemente impactado pela pandemia.”

“O contexto da pandemia de Covid-19 impõe que se dirija um olhar especial aos grupos economicamente vulneráveis, especialmente aqueles mais atingidos pela emergência sanitária. A pandemia originou uma série de dificuldades à continuidade do acesso à educação pela população de baixa renda, por força da falta de um ambiente adequado aos estudos em casa, da falta de computadores e de acesso à internet, das dificuldades financeiras decorrentes dos impactos da pandemia sobre renda e de problemas emocionais [...]”

“Destaque-se, ademais, que houve redução de 47% no número de inscritos no ENEM 2021 em relação ao ano anterior (5.783.357 em 2020 e 3.109.762 em 2021 – docs. 7 e 8). Os grupos étnicos em que se observam as maiores reduções são os dos pretos, pardos e indígenas, cuja participação foi reduzida, respectivamente, em 53,3%, 51,9% e 55,1%, ao passo que entre os brancos a redução foi de 36%, o que dá indícios de que o ato questionado impactou mais profundamente os integrantes dos primeiros grupos. Os grupos que tiveram as maiores diminuições na taxa de matrículas são justamente aqueles com menor participação no ensino superior no Brasil. Com efeito, de acordo com os dados do Censo da Educação Superior de 2019 relativos às declarações de matrícula no ensino superior, os candidatos que se declararam brancos representavam a maioria (42,6%), seguidos dos que se declararam pardos (31,1%), pretos (7,1%), amarelos (1,7%) e indígenas (0,7%) [...]”

Democratização do acesso ao ensino superior e promoção da diversidade

“O ENEM é política pública voltada precipuamente a democratizar o acesso ao ensino superior no país, sendo uma de suas mais relevantes funções permitir o acesso a essa modalidade de ensino pelas populações historicamente dela excluídas: população de baixa renda, pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência.”

“Esse quadro desvela uma série de violações de preceitos fundamentais da Constituição de 1988, especialmente dos seguintes: o direito à educação (art. 6º, *caput*, e art. 205); a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino (art. 208, inciso V); os objetivos de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (art.3º, incisos III e IV); e a obrigação, comum a todos os entes federativos, de combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (art. 23, inciso X).”

“A educação é direito destacado ao longo de toda a Constituição. Ele figura, topologicamente, como o primeiro dos direitos fundamentais sociais previstos no *caput* art. 6º da Constituição de 1988. Ele também emerge como direito fundamental a ser assegurado com absoluta prioridade à criança, ao adolescente e ao jovem (art. 227, *caput*).”

“A Constituição de 1988 propugna a educação como um direito de todos e um dever do Estado, devendo ser promovida e incentivada em colaboração com a sociedade, com o objetivo primordial de se promover o pleno desenvolvimento pessoal, preparar o estudante para o exercício da cidadania e qualificá-lo para o trabalho (art. 205).”

“Por meio da educação superior, tem seguimento o processo contínuo de aprimoramento da autonomia, a preparação para a cidadania e o desenvolvimento pessoal. É, ainda, por meio do amplo acesso ao ensino superior que se implementam no seio social, em máxima medida, a igualdade de oportunidades políticas, sociais e econômicas, a inclusão social e a promoção da diversidade.”

Ações afirmativas no ensino superior

“Essa compreensão tem impulsionado a elaboração de ações afirmativas nessa seara e de políticas públicas voltadas a ampliar o acesso ao ensino superior, mirando-se os grupos sociais historicamente excluídos das

universidades e, conseqüentemente, dos processos sociais e políticos. Nessa esteira, foram instituídos os já mencionados Programa Universidade Para Todos (Prouni), o Fundo de Financiamento Estudantil (FIES) e o Sistema de Seleção Unificada (Sisu). Vale mencionar, ainda, as políticas de cotas raciais e sociais instituídas nas universidades públicas.”

“Ressalto que o Supremo Tribunal Federal, em mais de um julgado, validou políticas dessa natureza, chancelando uma concepção de direito à educação superior cuja efetividade pressupõe a adoção de medidas voltadas a corrigir os níveis de oportunidade historicamente impostos a determinados grupos sociais e étnico-raciais, com vista à concretização da igualdade substancial.”

“Nesse sentido, a Corte declarou a constitucionalidade do sistema de reserva de vagas (sistema de cotas) com base no critério étnico-racial nos processos seletivos de ingresso em universidades públicas.”

Dispensa de justificativa de ausência na prova para a concessão de isenção do pagamento da taxa de inscrição no ENEM 2021

“Os itens 1.4 e 2.4 do Edital nº 19/2021 do Ministério da Educação subvertem todo esse arcabouço normativo-constitucional ao criarem um óbice injustificado à inscrição para o ENEM para a população de baixa renda, inviabilizando, com isso, o acesso dessas pessoas aos programas do governo federal que promovem a democratização do acesso às universidades.”

“A medida questionada tem o potencial de gerar retrocesso nos avanços já alcançados no sentido da inclusão social e da promoção da diversidade no ensino superior, por deixar de fora justamente os estudantes pertencentes aos grupos sociais historicamente excluídos desse nível de ensino – quais sejam, a população de baixa renda, os negros, os pardos e os indígenas.”

“Desse modo, o ato questionado também vai na contramão dos objetivos da República Federativa do Brasil de erradicar a pobreza e a marginalização e de reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, incisos III e IV).”

“Por fim, a aludida exigência acaba por penalizar os estudantes que fizeram a difícil escolha de faltar às provas para atender às recomendações das autoridades sanitárias para conter a disseminação da Covid-19. Ao assim dispor, o ato questionado desprestigia as políticas estatais de incentivo à observância de tais recomendações sanitárias, contrariando o dever de proteção da saúde pública (art. 196 da Constituição de 1988).”

“Não se pode exigir prova documental do que não pode ser documentalmente comprovado. O contexto excepcional de agravamento da pandemia no qual se deu a aplicação das provas do ENEM 2020 justifica que, excepcionalmente, se dispense a justificativa de ausência na prova para a concessão de isenção do pagamento da taxa de inscrição no ENEM 2021, como garantia de que todos os estudantes de baixa renda possam realizar a prova.”

12.6 Diálogo entre STF e DIDH

Voto do Ministro Dias Toffoli: “Segundo aduz a parte requerente, inclusive com dados das inscrições de pessoas negras referentes ao ENEM 2020 em comparação ao ENEM 2021, os itens 1.4 e 2.4 do Edital nº 19/2021 se traduziriam em medida discriminatória e violadora da Convenção Interamericana contra o Racismo, Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância, de 2013. Isso porque, comparativamente, teria havido significativa redução das inscrições de pessoas negras (pretos e pardos), em termos absolutos e percentuais.”

12.7 Dispositivo da decisão

“O Tribunal, por unanimidade, concedeu a medida cautelar, para determinar a reabertura do prazo de requerimento de isenção de taxa, deixando-se de exigir justificativa de ausência do ENEM 2020, de quaisquer candidatos, em razão do contexto pandêmico – tal como previsto no item 1.4.1 do edital do ENEM 2020 (Edital nº 55/2020 – ENEM digital e Edital nº 54, de 28 de julho de 2020 – ENEM impresso), para que seja concedida a isenção na taxa de inscrição aos estudantes que comprovarem incidir em uma das hipóteses do item 2.6 do Edital nº 19/2021 do Ministério da Educação, nos termos do voto do Relator. O Ministro Nunes Marques acompanhou o Relator com ressalvas. Falaram: pelo requerente Partido dos Trabalhadores, o Dr. Eugênio Aragão; e, pelo interessado, a Dra. Isadora Maria Belém Rocha Cartaxo de Arruda, Advogada da União. Plenário, Sessão Virtual Extraordinária de 2.9.2021 a 3.9.2021.”

13. HC nº 154.248: injúria racial como espécie do gênero racismo

13.1 Identificação

HC 154.248

Paciente: Luiza Maria da Silva

Impetrantes: José Gomes de Matos Filho e outro (a/s)

Coator: Superior Tribunal de Justiça

Relator: Ministro Edson Fachin

Julgamento: 28.10.2021

13.2 Resumo

Trata-se de *habeas corpus* proposto contra acórdão do STJ e denegado pelo STF por maioria de votos a fim de reconhecer que o tipo penal da injúria racial é uma espécie do gênero racismo, configurando crime imprescritível.

13.3 Ementa

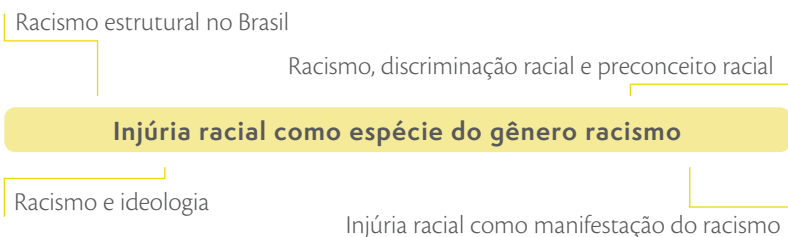
“HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. INJÚRIA RACIAL (ART. 140, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). ESPÉCIE DO GÊNERO RACISMO. IMPRESCRITIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Depreende-se das normas do texto constitucional, de compromissos internacionais e de julgados do Supremo Tribunal Federal o reconhecimento objetivo do racismo estrutural como dado da realidade brasileira ainda a ser superado por meio da soma de esforços do Poder Público e de todo o conjunto da sociedade. 2. O crime de injúria racial reúne todos os elementos necessários à sua caracterização

como uma das espécies de racismo, seja diante da definição constante do voto condutor do julgamento do HC 82.424/RS, seja diante do conceito de discriminação racial previsto na Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. 3. A simples distinção topológica entre os crimes previstos na Lei 7.716/1989 e o art. 140, § 3º, do Código Penal não tem o condão de fazer deste uma conduta delituosa diversa do racismo, até porque o rol previsto na legislação extravagante não é exaustivo. 4. Por ser espécie do gênero racismo, o crime de injúria racial é imprescritível. 5. Ordem de *habeas corpus* denegada.”

13.4 Tese

Não houve definição de tese.

13.5 Fundamentação



Racismo estrutural no Brasil

“A Constituição de 1988 rompeu o silêncio da razão e estabeleceu como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV), além de enunciar como princípio norteador do ente soberano em suas relações

internacionais o repúdio ao terrorismo e ao racismo (art. 4º, VIII). O texto constitucional trouxe ainda mandamento de incriminação de condutas racistas, como inafiançáveis e imprescritíveis.”

“É imperativo constitucional, por conseguinte, não eclipsar a memória de eventos traumáticos pós-escravidão, ainda não finalizados, contra a população negra no Brasil, reconstituída especialmente com testemunhos oculares de experiências, negações e sobrevivências.”

“A trajetória das vidas que se constituem a partir da prática odiosa do racismo encontrou várias intervenções na busca de construir a cidadania racial, concebida pelo professor Adilson Moreira²⁸, em duas dimensões:

‘[...] a cidadania racial possui uma dimensão subjetiva porque ela implica a existência das condições necessárias para o reconhecimento de segmentos minoritários como pessoas que merecem respeito. O respeito é um valor social que permite a construção de forma de sociabilidade que deve estruturar uma sociedade pluralista. A cidadania racial possui então uma dimensão moral relativa à possibilidade das pessoas se reconhecerem como indivíduos que possuem as mesmas condições de paridade de participação dentro de uma sociedade democrática. [...] isso requer a transformação da cultura das instituições sociais, requisito para que as pessoas possam ser reconhecidas como igualmente dignas. Mas a cidadania racial também possui um caráter substantivo ao pressupor a existência de condições necessárias para que os indivíduos possam ter a segurança material necessária para uma vida autônoma. [...] As dimensões subjetiva e objetiva da cidadania racial encontram substrato em uma forma de isonomia que procura afirmar a igual dignidade das pessoas por meio da eliminação de relações arbitrárias de poder entre indivíduos (p. 1080, grifos e destaques meus). [...]’

“No ano seguinte à Constituição de 1988 foi aprovada a Lei nº 7.716/89, que definiu os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Completando a legislação infraconstitucional para o combate ao racismo, a

²⁸ Obra referenciada na obra como: MOREIRA, Adilson. **Cidadania Racial**. Quaestio Iuris. vol.10, nº. 02, Rio de Janeiro, 2017, p. 1080.

Lei nº 9.459/97, alterou o Código Penal para acrescentar ao art. 140, o § 3º, e tipificar a injúria racial.”

“A Lei nº 12.288/10, institui o Estatuto da Igualdade Racial, celebrado pela sua primeira década de existência e execução de algumas políticas públicas para eliminação de desigualdades de *status* econômico, social e jurídico, baseadas na raça. A instituição de ações afirmativas para acesso ao ensino superior e ao serviço público (Lei 12.990/14), foram conquistas deste período recente.” [...]

“A adoção desses objetivos, princípios e compromissos no plano internacional e em dispositivos situados entre os alicerces do mais importante texto da vida republicana e democrática brasileira, ao pressupor a necessidade de ações do Poder Público e de todos os que vivem neste país para o combate ao racismo, reconhece, por outro lado, que além das violências raciais verbais e físicas perpetradas por indivíduos, há também uma dimensão institucional, todas resultantes do racismo estrutural que marca as relações no seio da sociedade pátria.”

“Para o professor Silvio de Almeida, o racismo é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional.²⁹”

“A estrutura racializada que observamos é alimentada por fatores (inter-relacionados), que promovem a subordinação: aqueles de ordem ideológica que constroem a inferioridade a partir das manifestações de desprezo, de ódio ou qualquer outra forma de violência; e aqueles de ordem material, que bloqueiam acessos aos mais diversos bens, como por exemplo, a educação, saúde e empregos. Quanto aos primeiros, não por outra razão, há um mandado constitucional de criminalização: o art. 5º, XLII, da Constituição Federal, prevê que a sua prática, nos termos da lei, constitui crime inafiançável, imprescritível e sujeito à pena de reclusão.”

²⁹ Obra referenciada no voto como: ALMEIDA, Silvio de. **O que é racismo estrutural?** Feminismos plurais. Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 29.

Racismo, discriminação racial e preconceito racial

“o Plenário, em outra oportunidade, propôs, por meio do voto divergente e vencedor do Ministro Maurício Corrêa no HC 82.424, uma conceituação mais fechada daquilo em que consistiria racismo. Em suas palavras:

[...] ‘o racismo traduz valoração negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar uma raça distinta, à qual se deve dispensar tratamento desigual da dominante. Materializa-se à medida que as qualidades humanas são determinadas pela raça ou grupo étnico a que pertencem, a justificar a supremacia de uns sobre os outros’ [...].”

“O conceito de racismo não se confunde com o de preconceito, nem com o de discriminação (embora estejam relacionados). Aquele consiste em processo sistemático de discriminação que elege a raça como critério distintivo para estabelecer desvantagens valorativas e materiais. O preconceito racial é juízo baseado em estereótipos acerca de indivíduos que pertencem a um determinado grupo racializado, e que pode ou não resultar em práticas discriminatórias³⁰ [...].”

“A discriminação racial, por sua vez, é a atribuição de tratamento diferenciado a membros de grupos racialmente identificados. Portanto, a discriminação tem como requisito fundamental o poder, ou seja, a possibilidade de efetivo uso da força, sem o qual não é possível atribuir vantagens ou desvantagens por conta da raça³¹ [...].”

³⁰ Obra referenciada no voto como: ALMEIDA, Silvio de. **O que é racismo estrutural?** Feminismos plurais. Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 25.

³¹ Ibidem, 25.

Racismo e ideologia

“O significado das práticas discriminatórias é dado pela ideologia³² [...]”

“Homens e mulheres não são negros apenas pela cor da pele, mas pela atribuição de sentidos que apagam as riquezas de suas ancestralidades e os qualificam a partir de valores negativos, ate mesmo desumanizantes (a exemplo do comum xingamento que utiliza a expressão ‘macaco’), que ditam a maneira de como estes sujeitos se apresentam no mundo e de como lhe são atribuídas desvantagens.”

“Assim, são considerados desprovidos de habilidades e competências para ocupar espaços de poder e ao mesmo tempo tidos como natos em periculosidade não apenas para determinar o ato de alguém atravessar para o outro lado rua quando caminha ao encontro de um homem negro, mas até mesmo possibilitar o automático reconhecimento de autoria de crimes. Estereótipos de mulheres negras não passam de excelentes realizadoras dos afazeres domésticos ou vocacionadas à dança, à sensualização e à satisfação da lasciva, raramente tidas como pretensas companheiras para trocas de afetos e constituição de projeto familiar. Aliás, são as mulheres negras as maiores vítimas de violências domésticas. A atribuição de sentidos raciais se inicia logo cedo, quando enxergamos algumas crianças como príncipes e as outras como moleques, e segue ao longo de toda a existência destes sujeitos, que em determinados percursos passam até mesmo pela condição de não sujeito.”

“Esse processo se realiza por meio da circulação de estigmas raciais negativos, o que [...], compromete a igualdade de status entre grupos sociais:

‘Estereótipos raciais representam certos segmentos como essencialmente inferiores; as pessoas deixam de ter acesso a oportunidades materiais e ao reconhecimento da igual dignidade, dois requisitos para o pleno desenvolvimento humano. Para os seus formuladores, a circulação dessas falsas

³² Ibidem, 52-53.

generalizações viola os ideais igualitários associados à noção de cidadania, uma construção baseada na afirmação do igual valor moral de todos os membros da sociedade política. Estigmas legitimam práticas que promovem a exclusão de grupos dos benefícios abertos aos demais membros da sociedade, algo contrário ao objetivo da defesa da autonomia pessoal.³³

Injúria racial como manifestação do racismo

“No campo das práticas discriminatórias, não devem ser esquecidas ou soterradas as microagressões³⁴ [...], muito apropriadas para a compreensão da injúria racial.”

“Estabelecidas estas premissas é possível identificar o alvo do mandamento de incriminação aqui já citado, como sendo a produção e a circulação de estigmas raciais, sejam eles implícitos ou expressos em atos odiosos ou de desprezo, engendrados de uma discriminação que é sistemática, portanto, configuradora do racismo.”

“Nesta esteira, eis a questão central do presente *habeas corpus*: o crime de injúria racial é ou não uma forma de discriminação racial que se materializa de forma sistemática e assim configura o racismo e, como consequência, sujeita-se ou não à extinção da punibilidade pela prescrição?”

“A resposta é inequívoca, porquanto a impetração não merece prosperar.”

“No § 3º do art. 140 do CP, introduzido pela Lei 9459/1997, prevê-se a forma qualificada do delito, punida com reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa, para as situações em que à conduta ofensiva ou insultuosa se agreguem elementos atinentes, entre outros, à raça, cor, etnia, religião ou origem.”

³³ Obra identificada no voto como: MOREIRA, Adilson. **Cidadania Racial**. Quaestio Iuris. vol.10, nº. 02, Rio de Janeiro, 2017, p. 1074.

³⁴ Obra identificada no voto como: Sue, D. W. **Microaggressions in everyday life: Race, gender, and sexual orientation**. John Wiley & Sons.2010, p. 29.

“Desse modo, a prática do crime de injúria racial traz em seu bojo o emprego de elementos associados ao que se define como raça, cor, etnia, religião ou origem para se ofender ou insultar alguém. Em outras palavras, a conduta do agente pressupõe que a alusão a determinadas diferenças se presta ao ataque à honra ou à imagem alheia, à violação de direitos que, situados, em uma perspectiva civilista, no âmbito dos direitos da personalidade, decorrem diretamente do valor fundante de toda a ordem constitucional: a dignidade da pessoa humana.”

“A injúria racial consoma os objetivos concretos da circulação de estereótipos e estigmas raciais ao alcançar destinatário específico, o indivíduo racializado, o que não seria possível sem seu pertencimento a um grupo social também demarcado pela raça. Aqui se afasta o argumento de que o racismo se dirige contra grupo social enquanto que a injúria afeta o indivíduo singularmente. A distinção é uma operação impossível, apenas se concebe um sujeito como vítima da injúria racial se ele se amoldar aos estereótipos e estigmas forjados contra o grupo ao qual pertence.”

“Inegável que a injúria racial impõe, baseado na raça, tratamento diferenciado quanto ao igual respeito à dignidade dos indivíduos. O reconhecimento como conduta criminosa nada mais significa que a sua prática tornaria a discriminação sistemática, portanto, uma forma de realizar o racismo.”

“Tal agir significa, portanto, a exteriorização de uma concepção odiosa e antagonista a um dos mais fundamentais compromissos civilizatórios assumidos em diversos níveis normativos e institucionais por este país: a de que é possível subjugar, diminuir, menosprezar alguém em razão de seu fenótipo, de sua descendência, de sua etnia. Trata-se de componente indissociável da conduta criminosa em exame, o que permite enquadrá-la tanto no conceito de discriminação racial previsto no diploma internacional quanto na definição de racismo já empregada pelo Supremo Tribunal Federal no voto condutor do julgamento do HC 82.424.”

“A atribuição de valor negativo ao indivíduo, em razão de sua raça, cria as condições ideológicas e culturais para a instituição e manutenção da subordinação, tão necessária para o bloqueio de acessos que edificam o racismo estrutural. Também ampliam o fardo desse manifesto atraso civilizatório e tornam ainda mais difícil a já hercúlea tarefa de cicatrizar as feridas abertas pela escravidão para que se construa um país de fato à altura do projeto constitucional nesse aspecto.”

“Mostra-se insubsistente, desse modo, a alegação de que há uma distinção ontológica entre as condutas previstas na Lei 7.716/1989 e aquela constante do art. 140, § 3º, do CP. Em ambos os casos, há o emprego de elementos discriminatórios baseados naquilo que sócio- politicamente constitui raça (não genético ou biologicamente), para a violação, o ataque, a supressão de direitos fundamentais do ofendido. Sendo assim, excluir o crime de injúria racial do âmbito do mandado constitucional de criminalização por meras considerações formalistas desprovidas de substância, por uma leitura geográfica apartada da busca da compreensão do sentido e do alcance do mandado constitucional de criminalização é restringir-lhe indevidamente a aplicabilidade, negando-lhe vigência.”

“Acrescento ainda que o legislador, na esteira de aproximar os tipos penais de racismo e injúria, inclusive no que se refere ao prazo para o exercício da pretensão punitiva estatal, aprovou a Lei nº 12.033/09, que alterou a redação do parágrafo único do art. 145 do Código Penal, para tornar pública condicionada, antes privada, a ação penal para o processar e julgar os crimes de injúria racial.”

“Assim, o crime de injúria racial, porquanto espécie do gênero racismo, é imprescritível. Por conseguinte, não há como se reconhecer a extinção da punibilidade que pleiteiam a impetração.”

13.6 Diálogo entre STF e DIDH

Diálogo entre STF e SIDH

Voto do Ministro Alexandre de Moraes: “O Pacto de São José da Costa Rica, por sua vez, ratificado pelo Brasil em 1992, também exige amplo sistema legal protetivo:

‘Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.’”

“Recentemente, em 2021, o Brasil ratificou a Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, cujo Art. 10 prevê:

‘Os Estados Partes comprometem-se a garantir às vítimas do racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância um tratamento equitativo e não discriminatório, acesso igualitário ao sistema de justiça, processos ágeis e eficazes e reparação justa nos âmbitos civil e criminal, conforme pertinente.’”

“A interpretação do texto constitucional não pode ser legitimada sem que se aprecie o conjunto das normas vigorantes, em uma necessária homogeneidade equilibrada de todo o ordenamento jurídico, sob pena de grave lesão a dispositivo constitucional, não só quando é violentada a sua literalidade, mas também quando sua aplicação é apartada de seu espírito e de seu conteúdo.”

“A análise de tais normas evidencia o consenso internacional sobre as medidas necessárias para a efetiva proteção contra condutas discriminatórias, inclusive por meio de produção legislativa punitiva e reparação justa, inclusive em âmbito criminal. Do mesmo modo, em plano nacional, o constituinte originário estabeleceu um

mandado de criminalização precipuamente dirigido ao legislador ordinário para tutela de bem jurídico pelo Direito Penal, no caso, a preservação da igualdade dos seres humanos perante a lei e a tutela da dignidade da pessoa humana.”

Voto da Ministra Cármen Lúcia: “A desigualdade material entre a população branca e negra no Brasil foi reconhecida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do Caso n. 12.001 – Simone André Diniz. No julgamento se apontaram os problemas do sistema de justiça na aplicação da legislação anti-racismo no país: [...].

[...] 44. A Comissão gostaria de começar citando suas próprias conclusões a respeito da situação dos afro-brasileiros, que tomou conhecimento quando de sua visita in loco ao Brasil em 1995. Nessa visita, a Comissão foi informada de que no Brasil, de uma maneira geral, os afro-brasileiros se encontram em uma situação de vulnerabilidade como sujeitos de direitos humanos e particularmente em uma situação de diferença de poder com relação à população branca. Persistem ainda hoje diferenças que distam de uma igualdade mínima aceitável, discriminações que se traduzem em muitos casos, em padrões atentatórios aos direitos humanos, especialmente à igualdade, à não-discriminação e ao direito à dignidade.

45. Num persistente contexto de profunda desigualdade estrutural que afeta os afro-brasileiros, pesquisa realizada pelo IPEA tem demonstrado a sobre-representação da pobreza entre os negros brasileiros, numa concentração que tem se mantido estável ao longo do tempo. De acordo com a pesquisa, em 1999 os negros representavam 45% da população do país, mas correspondiam a 64% da população pobre e 68% da população indigente. Segundo concluiu a pesquisa, ‘nascer negro no Brasil está relacionado a uma maior probabilidade de crescer pobre.’

46. Na área da educação, em todas as regiões do Brasil, o analfabetismo entre negros é, de longe, mais alto do que entre os brancos. Segundo dados do IBGE de 1999, 21% da população afro-descendente era analfabeta contra 8% da população branca. Entretanto, considerando-se a alfabetização funcional, definida pela a UNESCO como o domínio da leitura, escrita, matemática e ciências, equivalente a, no mínimo, educação até o

quarto ano primário, 22.7% dos brancos e 41% dos afro-descendentes são funcionalmente analfabetos no Brasil.[...].

67. Posteriormente, a Constituição de 1998 distinguiu este crime em sede própria, entre os direitos e deveres individuais e coletivos, no título destinado aos Direitos e Garantias Fundamentais, artigo 5º, XLII, onde o racismo passou a ser considerado crime e, por sua gravidade, era inafiançável (a prisão não poderá ser relaxada em favor do criminoso) e imprescritível (a pena é perene, não ficando o Estado impedido de punir a qualquer tempo o autor do delito), sujeito à pena de reclusão. O Brasil também fez incluir no artigo 4º, inciso VIII, de sua Constituição Federal, o repúdio ao terrorismo e ao racismo como princípio que rege suas relações internacionais.

68. Em consequência deste status constitucional da coibição da prática de racismo, foi editada a Lei Nº 7716/89, que regulamentou e definiu os crimes resultantes do preconceito de raça e de cor. [...].

69. A Lei 9459/97 modificou particularmente o artigo 20 da Lei 7716/89 para estabelecer como crime a prática, a indução e o incitamento da discriminação ou preconceito e determinar que a prática através de meio de comunicação social agravaria o crime. Ademais, modificou o artigo 140 do Código Penal para incluir a figura penal de injúria racista que sancionava a injúria consistente na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem. [...].

3. Problemas na Aplicação da Lei Anti-Racismo no Brasil

70. Não obstante a evolução penal no que tange ao combate à discriminação racial no Brasil, a Comissão tem conhecimento que a impunidade ainda é a tônica nos crimes raciais. Quando publicou relatório sobre a situação dos direitos humanos no país, a Comissão chamou a atenção para a difícil aplicação da lei 7716/89 e como a Justiça brasileira tendia a ser condescendente com a prática de discriminação racial e que dificilmente condenava um branco por discriminação. Com efeito, uma análise do racismo através do Poder Judiciário poderia levar à falsa impressão de que no Brasil não ocorrem práticas discriminatórias.

71. Também o Comitê que fiscaliza a Convenção Racial da ONU, em suas Observações Finais a respeito do Relatório submetido pelo Brasil, deixou clara sua preocupação com a difundida ocorrência de ofensas discriminatórias e a inaplicabilidade da legislação doméstica para combater os crimes raciais. [...].

73. Os peticionários assinalam que a maioria das denúncias de crimes de preconceito e discriminação racial não se convertem em processos criminais e dos poucos processados, um número ínfimo de perpetradores dos crimes é condenado.

74. Mesmo no caso de São Paulo, onde existia uma delegacia para crimes raciais, os crimes não eram de todos investigados ou as denúncias não eram processadas. Na prática, a falta de uma investigação diligente, imparcial e efetiva, a discricionariedade do promotor para fazer a denúncia e a tipificação do crime, que exige que o autor, após a prática do ato discriminatório, declare expressamente que sua conduta foi motivada por razões de discriminação racial são fatores que contribuem para a denegação de justiça para a investigação dos crimes raciais e a impunidade. [...].

76. [...] a impunidade nos casos de racismo reflete a brandura da legislação específica, a ineficácia do sistema de justiça criminal do Brasil e a má-vontade dos representantes da Justiça ao analisá-los. Primeiramente, para condenar alguém por racismo, as leis anti-racismo brasileiras exigem que o acusado tenha agido com intenção racista. Além disso, os tribunais demonstram falta de seriedade para lidar com esse tipo de crime. Os juízes evitam impor as pesadas sentenças estabelecidas pela Constituição aos culpados por crime de racismo. Juízes e promotores, assim como demais membros da sociedade brasileira, vêem supostos incidentes de racismo como inócuos e não estão dispostos a colocar os infratores atrás das grades por um tipo de comportamento que é comum na sociedade brasileira.

77. Desde os idos de 1995, a Comissão tem recebido informações que já davam conta da ineficácia da lei anti-racismo no Brasil, dada a seu laceramento, que revelava um segregacionismo que não refletia o racismo existente no Brasil e a resistência de membros do poder judiciário em aplicá-la. De acordo com essas informações, a Comissão pôde identificar pelo menos três causas para a ineficácia da aplicação da Lei 7716/89 no Brasil, o que fará à continuação.

Necessidade de provar ódio racial ou a intenção de discriminar

78. Segundo ilação da Comissão, a Lei 7716/89, 'não representou maior avanço no campo da discriminação racial por ser excessivamente evasiva e lacônica e exigir, para a tipificação do crime de racismo, o autor, após praticar o ato discriminatório racial, declare expressamente que sua conduta

foi motivada por razões de discriminação racial”. Se não o fizesse, seria sua palavra contra a do discriminado.

79. [...] os juízes brasileiros requerem evidência direta do tratamento desigual no qual o ato discriminatório não somente ofende alguém com base em sua raça mas também demonstra a motivação discriminatória. Por conseguinte, numa eventual ação penal, a maioria dos juízes requeriam a comprovação de três elementos (1) evidência direta do ato discriminatório (2) evidência direta da discriminação do ofensor para o ofendido e (3) evidência da relação de causalidade entre aqueles.

80. [...] a exigência de todos aqueles elementos para a comprovação do ato racista, representa um standard ‘evidenciário’ muito alto, difícil de alcançar. Consequentemente, um ofensor poderia replicar qualquer desses três elementos refutando não ser uma pessoa preconceituosa, não possuir uma visão preconceituosa do ofendido ou que essa visão não constituiu motivação. Ao invés de inferir causalidade da ordem cronológica em que ocorreram os fatos ou a lógica, os juízes brasileiros geralmente examinam o comentário discriminatório do ofensor de maneira estreita e requer evidência direta de causalidade.

81. Contextualizando essa prática legal, ele constatou que a Lei 7716/89 herdou da lei Afonso Arinos o conceito de discriminação racial como um ‘preconceito de raça ou de cor’ que exige para a sua comprovação a explícita prática do racismo e a intenção do ofensor de discriminar a vítima.’

82. [...] a lei não define preconceito. Os brasileiros às vezes usam os termos preconceito, discriminação, racismo e desigualdade permutavelmente. O preconceito tem múltiplos significados no Brasil: ódio, intolerância, noções pré-concebidas sobre outra pessoa e depreciação verbal. A expressão de ódio, como um explícito crime de ódio de grupos de inspiração nazista é a forma mais fácil de preconceito analisado pelos juízes. Mas a noção de preconceito também se refere a mau tratamento velado por um perpetrador que age com base em noções pré-concebidas – o que é um tipo muito diferente de preconceito e difícil de ser assimilado pelos tribunais brasileiros.

83. Esse standard aplicado pelo Judiciário brasileiro, levou até mesmo o governo a afirmar junto ao CERD que há decisões que não punem discriminação racial em razão da falta ou insuficiência de evidência ou fraude maliciosa, que é considerada elemento subjetivo do crime. Em último ponto requer que o ‘ódio racial’ seja provado, uma tarefa difícil de ser seguida. [...] (Julgamento em 21 de outubro de 2006 [...]).”

Diálogo entre STF e Sistema Global

Voto do Relator, Ministro Edson Fachin: “[...] celebram-se os 50 (cinquenta) anos de promulgação da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Sua ratificação expressou condenação e compromisso a adotar políticas de eliminação, em todas as suas formas, da discriminação racial.”

“A já citada Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial define discriminação racial como ‘qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.’”

Voto do Ministro Alexandre de Moraes: “É importante destacar, aliás, que a Convenção Internacional Sobre Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil em 1968, estabelece que: ‘Os Estados-partes condenam a discriminação racial e comprometem-se a adotar, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e a encorajar a promoção de entendimento entre todas as raças.’”

13.7 Dispositivo da decisão

“O Tribunal, por maioria, denegou a ordem, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Nunes Marques, que concedia a ordem para reconhecer a extinção da punibilidade da paciente pela ocorrência da prescrição. Não participou, justificadamente, deste julgamento o Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 28.10.2021.”

Esta obra foi projetada e composta na fonte Semplicita Pro, pela Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do Supremo Tribunal Federal, em parceria editorial com a Secretaria de Comunicação Social do Conselho Nacional de Justiça.



Acesse a versão digital

