V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS IV

EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

MARIANA BLENGIO VALDÉS

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito internacional dos direitos humanos IV [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann, Mariana Blengio Valdés – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-238-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito internacional. 3. Direitos Humanos. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS IV

Apresentação

O V Encontro Internacional do CONPEDI em Montevidéu, realizado em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai, é a primeira ação internacional do CONPEDI na América Latina. Apresentou como temática central " Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina". Esse tema suscitou intensos debates desde a abertura do evento e desdobramentos ao decorrer da apresentação dos trabalhos e da realização das plenárias. Particularmente, mereceu destaque no Grupo de Trabalho "Direito Internacional dos Direito Humanos IV", na medida em que inequivocamente muito além do que promover a socialização de conhecimento sobre as diferentes culturas e tradições jurídicas do continente, os participantes estão convidados a uma reflexão sobre o papel das instituições e da revalorização da política pública como forma de um renovado desenvolvimento com igualdade. Se por um lado o desenvolvimento latino-americano, sua história, presente e futuro, têm sido objeto de inúmeras análises, hipóteses e controvérsias. Mas, por vivermos em uma época de elevada incerteza global, o debate público sobre seus dilemas e oportunidades em nossa região se torna ainda mais relevante.

Sob a coordenação da Profa. Pós-Dra. Edna Raquel Hogemann (UNESA/UNIRIO) e da Profa. Dra. Mariana Blengio Valdés da Universidad de La Republica de Uruguay, o GT "Direito Internacional dos Direito Humanos IV" promoveu sua contribuição, com exposições orais e debates que se caracterizaram tanto pela atualidade quanto pela profundidade das temáticas abordadas pelos expositores.

Eis uma breve síntese dos trabalhos apresentados:

Sob o título O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E O CASO DO CONDOMÍNIO "BARÃO DE MAUÁ": A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS FRENTE AOS INTERESSES DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS, o autor Lucilo Perondi Junior investiga o caso do Condomínio Barão de Mauá, em que a denúncia foi aceita pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e verificou-se que o sistema interamericano de direitos humanos se mostrou mais efetivo na proteção dos direitos humanos do que o ordenamento jurídico brasileiro.

Gláucia Kelly Cuesta da Silva apresentou o trabalho PROJETO DE VIDA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CASO LOS “NIÑOS DE LA CALLE” em que a partir do caso “los niños de la calle” traz à discussão o chamado projeto de vida das crianças e adolescentes e a necessidade de evitar sua violação, havendo relação direta desse com o desenvolvimento humano de um Estado-Nação.

VERDADE E DEMOCRACIA: O DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS NA DITADURA BRASILEIRA é o título do trabalho apresentado por Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti e Olívia Maria Cardoso Gomes que se propõem a refletir criticamente a respeito dos casos de desaparecimento forçado de pessoas que se constitui como uma conduta ofensiva ao princípio da dignidade e importa em graves violações aos direitos humanos, sendo considerada pela comunidade internacional como um crime contra a humanidade.

Marcos Antônio Striquer Soares e André Salles de Faria discorreram sobre UMA ANÁLISE SOBRE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS À IGUALDADE E À DIFERENÇA NO CONSTITUCIONALISMO MODERNO apresentando uma discussão sobre as medidas adotadas pelo Brasil para proteger os direitos à igualdade e à diferença e a necessidade de políticas integrativas e da adesão dos indivíduos para atingir este fim. Este entendimento exige uma análise histórica-legislativa das transformações sociais e da superação das ideias de existência de sujeitos superiores e inferiores.

A IMPLEMENTAÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS DO BRASIL E ARGENTINA é o título da apresentação de Thiago Aleluia Ferreira De Oliveira. O artigo enfrenta o Controle de Convencionalidade na efetividade dos Direitos Humanos em perspectiva comparada, com ênfase nos diálogos entre a Corte Interamericana e as jurisdições constitucionais domésticas do Brasil e da Argentina.

Carolina Fernández Fernandes , Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff são autoras do artigo sob o título: RUMO A UM MÍNIMO ÉTICO COMUM: AS CONTRIBUIÇÕES DA DECLARAÇÃO DE HELSINKI À EQUALIZAÇÃO DO DEBATE ENTRE UNIVERSALISMO E RELATIVISMO, que em apartada síntese se propõe estudar a contribuição da Declaração de Helksinki para o debate entre universalismo e relativismo, para a construção de um universalismo pluralista que resguarde um mínimo ético comum em relação às pesquisas clínicas e as questões bioéticas.

ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE ENTRE ESTADOS COMO UM POSSÍVEL FUNDAMENTO PARA A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: RELAÇÃO ENTRE O IDEÁRIO SOLIDARISTA E OS DIREITOS HUMANOS NA ESFERA INTERNACIONAL é o título do artigo apresentado por Aneline dos Santos Ziemann e Jorge Renato Dos Reis que tem por objetivo verificar se o princípio da solidariedade poderia figurar como fundamento para a internacionalização dos direitos humanos.

Fernanda Brusa Molino é a autora de O INSTITUTO DO REFÚGIO E NOVAS POSSIBILIDADES DE AJUDA HUMANITÁRIA FRENTE AOS RECENTES FLUXOS MIGRATÓRIOS NO BRASIL: ANÁLISE DO PROJETO DE LEI Nº 2516/2015., artigo que trata dos conceitos e princípios adotados na Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 bem como se deu Protocolo de 1967, demonstrando a caracterização do instituto do refúgio e de princípios importantes no âmbito internacional, analisando também a legislação brasileira relacionada à implementação da Convenção pela legislação pátria demonstrando a atuação presente do Brasil na defesa dos direitos humanos e na recepção de refugiados.

O ALTO COMISSARIADO E SUA CAPACIDADE DE ATUAÇÃO FACE AOS PROBLEMAS MIGRATÓRIOS foi apresentado por Elaine Cristina Lopes Barros e Sandro Alex De Souza Simões. Nesse artigo os autores se propõem desvelar o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados e analisar sua capacidade de atuar com os problemas que tem se apresentado com o agravamento da crise migratória.

Maria do Socorro Almeida de Sousa e Cassius Guimaraes Chai são as autoras do ensaio intitulado DIREITOS HUMANOS: UMA APROXIMAÇÃO TEÓRICA no qual promovem, através de revisão da literatura, uma aproximação teórica da doutrina dos direitos humanos, que abrigam controvérsias de matizes variados, alusivas a sua conceituação, à terminologia adequada para fazer-lhes referência, a sua fundamentação e à sua classificação.

DIREITO CONVENCIONAL E TRANSJURIDICIDADE DO CORPUS JURIS INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS foi apresentado por Luis Carlos dos Santos Lima Sobrinho e Luciano Mariz Maia. O artigo tem por objeto os direitos humanos e objetiva analisar abordar aspectos inerentes às formas de interpretação do direito convencional e à transjuridicidade dos direitos humanos, como o processo normativo transnacional, a fertilização cruzada, os empréstimos judiciais, os transplantes.

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann - UNIRIO-UNESA

Profa. Mariana Blengio Valdés - UDELAR

UMA ANÁLISE SOBRE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS À IGUALDADE E À DIFERENÇA NO CONSTITUCIONALISMO MODERNO

AN ANALYSIS ON THE PROTECTION OF EQUALITY RIGHT AND RIGHT TO BE DIFFERENT IN MODERN CONSTITUTIONALISM

Marcos Antônio Striquer Soares
André Salles de Faria

Resumo

Este trabalho apresenta uma discussão sobre as medidas adotadas pelo Brasil para proteger os direitos à igualdade e à diferença e a necessidade de políticas integrativas e da adesão dos indivíduos para atingir este fim. Este entendimento exige uma análise histórica-legislativa das transformações sociais e da superação das ideias de existência de sujeitos superiores e inferiores. Faz-se necessária a harmonização das convenções internacionais com as normas internas e as políticas públicas que tenham a finalidade de criar situações para que os grupos minoritários, em especial trato os afrodescendentes, possam se integrar na sociedade e desenvolver as suas potencialidades humanas.

Palavras-chave: Direito internacional dos direitos humanos, Direitos à igualdade e à diferença, Constitucionalismo contemporâneo

Abstract/Resumen/Résumé

The content of this work aims to addres a discution of the measures adopted by Brazil to protect the equality right and the right to be different and the need to mainstream policies and adherence of individuals to achieve this goal. This aproach requires a historical-legislative analysis of social change and overcome the existence of superior and inferior races. It is necessary to harmonize the international conventions with national laws and public policies that have the purpose of creating conditions for minority groups, especially African descent, to integrate in society and develop their human potential.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: International human rights law, Equality right and right to be different, Republicanism, Contemporary constitutionalism

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o propósito de discutir as medidas adotadas pelo Brasil para a proteção dos direitos à igualdade e à diferença e a necessidade de políticas integrativas e da adesão e participação dos indivíduos.

Para tanto, conceitos como “minorias”, “fator de inferiorização”, o binômio da igualdade e da não discriminação para o alcance da democracia serão discutidos para que bases mais sólidas sejam construídas antes de se discutir a problemática deste artigo.

Também se fará uma comparação da relação de tratamento do negro no Brasil, no tocante aos seus (não) reconhecimentos de direitos, enquanto escravo e liberto, com a jurisprudência norte americana ao conferir o princípio do “iguais, porém separados” em seu ordenamento. Essa comparação evidenciará o fator de inferiorização atribuído às populações afrodescendentes e também a discriminação engendrada não só no cerne da população, mas também nas próprias normas que regem o ordenamento destas civilizações.

Após isso, serão analisadas a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, a Constituição Federal do Brasil de 1988 e a Lei 7.716 de 1989, que tratam dos aspectos do combate à discriminação e respeito à igualdade e à diferença.

Estas normas ressaltam a proibição da discriminação sob uma ótica formal, consagrada nos sistemas globais, regionais e locais de proteção e integração, constituindo a igualdade e a não discriminação como princípio fundamental que ampara todo o sistema de proteção dos Direitos Humanos, e condição livre e plena para o exercício de todos os direitos.

Todavia, necessário o incentivo e também rigidez na proteção dos valores da diversidade, da igualdade e da não discriminação, devendo não só as políticas públicas, mas também aos indivíduos aderirem a estes ideais, contribuindo para a inclusão das minorias para que estes também possam promover sua ascensão na sociedade até um nível de equiparação com os demais.

A conclusão chegada é de que a garantia da igualdade, da diferença e do reconhecimento de identidades pressupõe o pleno desenvolvimento a fim de compor uma sociedade enriquecida pelo respeito à diversidade e que busca uma construção igualitária de direitos.

1 AS MINORIAS, O FATOR DA INFERIORIZAÇÃO E DIREITOS COMPARADOS

Minorias serão tratadas aqui como grupos inferiorizados na sociedade, que sofrem com a discriminação, com o preconceito, com sistemas de valores morais anti-humanos, e com desigualdades das mais diversas formas e naturezas. Minorias dizem respeito a grupos como o dos homossexuais, deficientes, aidéticos, indígenas, moradores da periferia, agentes do sexo, população carcerária, moradores de rua, negros. Entretanto, estes não são os únicos grupos considerados minorias. Todos aqueles que sofrem intolerâncias e discriminação da sociedade também se inserem neste conceito.

Sobre discriminação, assevera Bobbio (2002, p. 208):

> Num primeiro momento, a discriminação se funda num mero juízo de fato, isto é, na constatação da diversidade entre homem e homem, entre grupo e grupo. Num juízo de fato deste gênero, não há nada reprovável: os homens são de fato diferentes entre si. Da constatação de que os homens são desiguais, ainda não decorre um juízo discriminante. O juízo discriminante necessita de um juízo ulterior, desta vez não mais de fato, mas de valor: ou seja, necessita que, dos dois grupos diversos, um seja considerado bom e o outro mau, ou que um seja considerado civilizado e o outro bárbaro, um superior (em dotes intelectuais, em virtudes morais etc.) e o outro inferior.... Um juízo deste tipo introduz um critério de distinção não mais factual, mas valorativo.

Vale notar que o conceito de minoria não diz respeito à quantidade de integrantes, mas sim ao seu caráter de não dominância na mesma sociedade. Esse entendimento converge com uma visão qualitativa, e se refere aos grupos marginalizados na sociedade – e que podem até constituir uma maioria em termos quantitativos, por exemplo, há mais pobres do que ricos na sociedade.

Inúmeros são os exemplos na história de períodos em que os seres humanos foram postos em uma classificação de dominância e não dominância, ou como raça superior e raça inferior, senhor e escravo, etc. Pode-se citar o fascismo italiano, o

salazarismo português, o franquismo espanhol, o nazismo alemão, a segregação norte americana, além, é claro, da escravidão no Brasil.

Em terras *brasilis*, essa discriminação e inferiorização fica evidente na dúbia interpretação jurídica do negro no âmbito civil naquela época: caso fosse escravo, seria objeto de direito, podendo ser vendido, alugado, hipotecado e até pertencer a mais de um dono, ou, caso liberto, seria sujeito de direito, porém, sem autonomia jurídica. Já na esfera penal, enquanto escravos, sofriam um verdadeiro desacato normativo, vez que eram vistos como mero objeto; e, por assim sê-lo, não se poderia condenar alguém que agisse em face de um objeto, ou seja, os negros eram desprovidos de direito.

Melhor elucida a questão Valdez (2010, p. 26):

> A referência de um embasamento legal para dar "ouvidos" à queixa do escravo, e, portanto, continuidade judicial ao seu entendimento de direitos, demonstra que havia um espaço jurídico para essa inconformidade do cativo com sua realidade, expressada através de sua reclamação por maus tratos. Mas esse espaço jurídico não era especificamente para esse ser, considerado, na realidade, como "sem direitos", o que, justamente mostra uma dúbia situação do escravo – ao mesmo tempo que era considerado desprovido de autonomia jurídica, já que não era possível vê-lo totalmente como coisa.

Uma nação acostumada a assistir ao homem branco se impor ao negro por muito tempo gerou um senso de contaminação de valores entre os indivíduos, como se aquele posto em uma situação de inferioridade jamais pudesse se equiparar àquele em posição privilegiada.

Nesse sentido de segregação, importante a análise do direito comparado e da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana àquela época. No caso Pace versus Alabama (1879), se discutia a constitucionalidade da lei do Estado do Alabama de proibir casamentos inter-raciais e a fixação de sanções para pessoas de mesma raça casadas que cometessem adultério, sendo que, caso fosse cometido com pessoas de raças distintas, a pena seria maior.

Outro exemplo refere-se ao caso Roberts versus City of Boston (1850), que tratou da doutrina dos "iguais, porém separados". A discussão referia-se à não-admissão de uma criança negra na escola mais próxima à sua casa em razão daquela ser uma escola apenas para brancos. A norma estadual dizia que todas as crianças deveriam estudar na escola mais próxima de sua casa, contudo, para a Corte, esta determinação deveria ser seguida com base na cor de cada aluno. Em outras palavras, se a escola mais próxima

fosse voltada para crianças brancas, o estudante deveria buscar a escola mais próxima de sua casa que atendesse apenas os negros, independente da distância que fosse[1].

Como se vê, o fator de inferiorização estava incrustrado no cerne dos indivíduos que participavam de um setor privilegiado na sociedade. O pensamento de que uma raça deveria se sobrepor à outra transpassava o foro íntimo e se revelava inclusive no Direito, nas decisões judiciais das mais representativas cortes e tribunais.

Como se vê, ao longo da história os direitos humanos foram mitigados sob a justificativa de haver uma disputa entre superiores e inferiores, de dominantes e dominados, senhores e escravos. Isso foi feito de modo que aqueles em posição desfavorável sofressem limitações de direitos, ou até ausência deles, deixando-os, quando num embate, em segundo plano, até mesmo, sem nenhuma dignidade assegurada.

2 O BINÔMIO DA IGUALDADE E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO NO ALCANCE DA DEMOCRACIA

A Declaração Universal dos Direitos do Homem teve como escopo a proteção dos direitos humanos após o legado deixado pela Segunda Guerra Mundial e excepcionalmente pelas atrocidades do regime nazista alemão. Os dispositivos advindos da Declaração de 1948 visam assegurar os direitos humanos e propõe a limitação da soberania dos estados no âmbito internacional e de sua cooperação para a aplicação destas normas.

A esse respeito, leciona Flávia Piovesan (2013, p. 200):

> "(...) a coexistência pacífica entre Estados, combinada com a busca de inéditas formas de cooperação econômica e social e de promoção universal dos direitos humanos, caracterizam a nova configuração da agenda da comunidade internacional".

[1] O caso Pace versus Alabama foi extraído de Kaufmann (2016) no capítulo 4.3.2 A segregação por meio da Jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. O primeiro está nas páginas 139-140, enquanto caso Roberts versus City of Boston encontra-se no rodapé 378, da página143.

Essas medidas permitem a compreensão do temor à diferença, marcada naquela época, e a necessidade de superar aquele período frente à nova situação mundial no pós-guerra.

Os direitos humanos instrumentalizam a proteção da dignidade humana em face dos abusos do poder estatal e dos demais cidadãos. Para Moraes, a dignidade humana também assegura o dever de tratamento igualitário dos indivíduos. Em suas palavras:

> Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. (MORAES, 2002, p. 60).

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, estão prescritos diversos direitos como o da garantia à seguridade social, realização de direitos econômicos, sociais e culturais à sua dignidade e livre desenvolvimento (artigo 22), amparo face ao desemprego (artigo 23), saúde, bem-estar, vestuário, alimentação, serviços sociais, dentre outros (artigo 25).

Com fundamento nessas diretrizes e no princípio da dignidade da pessoa humana, a vigente Constituição Federal brasileira positivou os artigos 170 e 193, que buscam tentar diminuir as desigualdades nas esferas econômicas e social.

Isso significa que, perante a aplicação da Constituição e das normas a ela decorrentes, todos os indivíduos devem receber tratamento para serem considerados iguais, a fim de que suas desigualdades sejam diminuídas. Em uma análise filosófica, Aristóteles (2001, p. 139), define que se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas e queixas como quando iguais têm a receber partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais.

Por essa razão, não se pode falar sobre a existência de apenas um tipo de igualdade, apenas perante a lei, chamada de formal, nas sociedades complexas. Há mais fatores a serem analisados para fundamentar a aplicação das normas e atingir o escopo do Princípio da Igualdade.

Deste modo, Piovesan (2016, p. 37) conceitua três vertentes que tangem à concepção da igualdade:

> a) a igualdade formal, reduzida à formula "todos são iguais perante a lei" (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c) igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidade (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios).

Ainda sobre elas, disserta a mesma autora:

> Se, para a concepção formal de igualdade, esta é tomada como pressuposto, como um dado e um ponto de partida abstrato, para a concepção material de igualdade, esta é tomada como um resultado ao qual se pretende chegar, tendo como ponto de partida a visibilidade às diferenças. Isto é, essencial mostra-se distinguir a diferença e a desigualdade. A ótica material objetiva construir e afirmar a igualdade com respeito à diversidade (PIOVESAN, 2016, p. 38).

É de bom alvitre mencionar a igualdade substancial, entre os cidadãos, de John Rawls. Segundo o liberal, os indivíduos se reuniriam para estabelecer, através de um acordo original, as condições mínimas iniciais de todos os agentes para a sua sobrevivência e manutenção no "status quo". O ponto de partida seria comum a todos, independente da linhagem dos sujeitos. Portanto, nesse contrato, as escolhas deveriam ser cuidadosamente feitas, pois, um erro traria prejuízos a todos. A este conceito, atribuiu o nome de véu da ignorância. Segundo Rawls (2008, p. 14-15):

> Entre as características essenciais dessa situação está o fato de que ninguém conhece seu lugar na sociedade, sua classe ou seu status social; e que ninguém conhece sua sorte na distribuição dos recursos e das habilidades naturais, sua inteligência, força e coisas do gênero. Presumirei até mesmo que as partes não conhecem suas concepções do bem nem suas propensões psicológicas especiais. Os princípios de justiça são escolhidos por trás de um véu de ignorância.

Dessa forma, conclui-se que o véu da ignorância promove uma situação de igualdade entre os agentes, pois partem do mesmo ponto original. Todavia, pode ser que, durante o percurso, desigualdades ocorram em razão do sucesso de alguns em detrimento do insucesso de outros. Rawls (2003, p. 84-84) entende, caso ocorra uma situação de desigualdade, que:

> Dizer que as desigualdades de renda e riqueza têm de ser dispostas de modo que elevem ao máximo os benefícios para os menos favorecidos significa simplesmente que temos de comparar esquemas de cooperação e verificar a situação dos menos favorecidos em cada esquema, e em seguida escolher o esquema no qual os mesmos favorecidos estão em melhor situação do que em qualquer outro.

Assim, para o pensador, aos menos favorecidos, ou desiguais, ou aos inferiorizados na sociedade, ou às minorias, devem ser criadas situações para que estes grupos possam se integrar com os outros indivíduos e possam desenvolver as suas potencialidades humanas. Desta maneira, a sociedade poderá se gerir de maneira harmônica e equilibrada, cada qual buscando os seus caminhos, respeitando as suas diferenças, porém, a esta altura, não será necessário tratamento diferenciado àqueles em situação desfavorecida, pois já estarão emancipados.

3 MEDIDAS ADOTADAS NO BRASIL PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS À IGUALDADE E À DIFERENÇA

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 construiu referências para orientar a aplicação dos direitos humanos na ordem internacional após as atrocidades ocorridas no período da Segunda Grande Guerra.

Calha o destaque nos artigos 1º, 2º e 7º deste dispositivo, que retratam respectivamente a liberdade e igualdade quanto aos direitos e o espírito de fraternidade entre as gentes, a capacidade de gozo por todos dos direitos, sem distinção de qualquer espécie, e a ideia de igualdade formal perante a lei e proteção contra qualquer discriminação.

De acordo com os artigos:

> Artigo 1.º: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.
>
> (...)
>
> Artigo 2.º: Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou outro estatuto.
>
> Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autónomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.
>
> (...)

> Artigo 7.º: Todos são iguais perante a lei e, sem qualquer discriminação, 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.

Com esse fim, e com os outros artigos inseridos na Declaração de 1948, promoveu-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos, com a criação de direitos universais, indivisíveis e interdependentes, e também a criação de órgãos capazes de garantir o cumprimento e proteção destes direitos. Assim, convergindo com os ditames do sistema global, surgiram sistemas regionais e locais de proteção e integração em cada continente signatário do pacto internacional, fosse através de políticas, normas ou órgãos.

Vê-se que, conforme Piovesan (2016, p. 41), "os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõe o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional".

A proteção dos direitos à igualdade e à diferença, como se viu, encontra-se disposta nos artigos inaugurais da Declaração de 1948 e também conta com o amparo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966.

Com relação ao primeiro, promulgado no Brasil através do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, deve-se destacar especificamente o artigo 27, que prescreve sobre a impossibilidade de pessoas pertencentes às minorias terem privadas o direito de terem, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

Já quanto ao segundo, também aqui promulgado, porém, através do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, merece destaque o artigo 2º, quanto a não discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

No entanto, a proteção geral, genérica posta na Declaração Universal e nos Pactos, por si só, não seria capaz de garantir a igualdade e impedir a discriminação. Necessário então possibilitar às minorias condições para que pudessem promover sua ascensão na sociedade até um nível de equiparação com os demais. Para isso, coube ao

Estado tomar partido e buscar através atos com o escopo de atenuar ou suprimir a ocorrência da discriminação e acelerassem a igualdade enquanto processo.

Mecanismos de proteção então foram criados a fim de instrumentalizar a proteção específica e especial às minorias ético-raciais para erradicar a discriminação.

Há, como exemplos, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965), promulgada no Brasil através do decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969, a Constituição Federal do Brasil (1988), que ratificou os principais tratados de direitos humanos da ONU e da OEA, e a Lei 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

Sobre a Convenção, necessário observar o conceito dado a discriminação racial, posto em seu artigo inaugural:

> 1. Nesta Convenção, a expressão "discriminação racial" significará 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.

Eis a necessidade neste dispositivo de elidir todas as formas de discriminação que tenham como fim a exclusão. O pleno exercício dos direitos civis, políticos, sociais, culturais e econômicos e a garantia da eficácia do direito à igualdade e da democracia pressupõe a luta contra a discriminação.

Os tratados internacionais, no tocante à sua incorporação no ordenamento brasileiro, terá de ter o *referendum* do Congresso Nacional antes da ratificação do Presidente da República, nos termos da cumulação dos artigos 49, I e 84, VIII, da Constituição Federal[2]. Quanto aos tratados internacionais que versem sobre Direitos

---

[2] Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

Humanos, há uma discricionariedade do Congresso, que pode optar pelo rito ordinário, dando-lhe caráter de lei ordinária, ou pelo rito de emenda, lhe assegurando tal status.

Sobre essa discricionariedade, entende Ferreira Filho (2002, p. 101) ao analisar que os direitos fundamentais têm a posição de normas constitucionais, ou seja, haveriam direitos fundamentais em dois níveis diferentes: um constitucional e outro legal.

Nesse sentido, para Ramos (2012, p. 21), a constitucionalização do direito internacional corresponde a "um fenômeno pelo qual o Direito Internacional mimetiza institutos outrora reservados ao Direito Constitucional.

Há um consenso entre sistemas constitucionais nacionais e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, que auxiliam na convergência de legislações locais e estrangeiras.

Conforme Ramos (2012, p. 22):

> O chamado neoconstitucionalismo, que prega a interpretação da Constituição vinculada aos princípios, defende a irradiação das normas constitucionais para todo o ordenamento (constitucionalização do Direito), sugere ativismo judicial (em especial da jurisdição constitucional) para fazer valer os valores constitucionais e aceita a abertura da Constituição às normas internacionais, para fazer frente aos desafios sociais, econômicos, ambientais e políticos pelos quais passa o Estado.

Com relação à Constituição brasileira, além dos artigos já tratados, há o Princípio da Dignidade Humana, que se encontra consagrado no artigo 1º, inciso III. Além dele, no artigo 3º, inciso IV, está prescrito o objetivo fundamental de promoção, sem qualquer discriminação, ao bem de todos. Também há o Princípio da Igualdade Formal no "caput" do artigo 5º, e diretrizes para se alcançar a igualdade material, conforme os artigos 7º, incisos XXX a XXXIII, e 37, inciso VIII, que tratam respectivamente da proteção da mulher no ambiente laboral e das cotas aos deficientes físicos em concursos públicos[3].

---

[3] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

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

E no tocante às cotas, não se pode deixar de lado as ações afirmativas para os negros no Brasil com a finalidade de bloquear a perpetuação das desigualdades no sistema.

Ações afirmativas são, segundo Kaufmann (2016, p. 220):

> (...) um instrumento temporário de política social, praticado por entidades privadas ou pelo governo, nos diferentes poderes e nos diversos níveis, por meio do qual se visa integrar certo grupo de pessoas à sociedade, objetivando aumentar a participação desses indivíduos sub-representados em determinadas esferas, nas quais tradicionalmente permaneceriam alijados por razões de raça, sexo, etnia, deficiências física e mental, ou classe social.

Entende o autor que, com isso, será possível promover o desenvolvimento de uma sociedade diversificada, com consciência e tolerância quanto às diferenças e com a democracia, já que espaços relevantes poderão ser concebidos às minorias para que estas possam participar na comunidade.

Já na visão de Barbosa Gomes, ações afirmativas podem ser definidas como:

> (...) um conjunto de políticas públicas ou privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade e acesso a bens fundamentais como educação e emprego. (GOMES, 2003, p. 103)

São algumas modalidades de ações afirmativas projetos como o EDUCAFRO, o PVNC, ProUni, cotas em universidades públicas, concessão de bolsas de estudo, a

---

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;
XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;
XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;
XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

possibilidade de adesão em modalidades de empréstimos e contratos públicos mais benéficas, além de distribuição de terras e moradias, dentre outros.

Outrossim, não basta somente proibir a discriminação, inserir entendimentos internacionais no ordenamento pátrio com hierarquia especial e privilegiada e promover políticas de ações afirmativas. Deve-se também punir aqueles que desestimulam a inserção e inclusão das populações afrodescendentes nos espaços sociais.

Daí a Lei 7.716/89, com a função de tipificar os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, que traz punições como multa, prestação de serviços à comunidade e reclusão, podendo variar de um a cinco anos dependendo do crime, além de pena cumulativa.

No entanto, não se pode perder de vista que a punição da discriminação, por si só, não assegura automaticamente a inclusão. O foco somente no caráter sancionatório é perigoso, pois este entendimento limitado pode contribuir para aumentar o sentimento de repulsa entre os grupos humanos, o que faria com que todas as políticas de inclusão viessem por água abaixo.

Por essa razão, o objetivo traçado para combater a discriminação deve ser compreendido por um triplo escopo: compensatório, para atenuar um histórico de discriminação; distributivo, com o fito de fomentar a transformação da sociedade, criando oportunidades de desenvolvimento com melhor distribuição de renda e; preventivo, para cercear a discriminação, haja vista a nova realidade criada com maior equilíbrio entre as gentes.

Com estes entendimentos, a afirmação do direito à igualdade e à diferença poderá se emancipar, haja vista que há convergência com as normas internacionais e locais, além de políticas públicas com o viés de integrar as minorias ao convívio que antes eram excluídas, promovendo, com isso, uma sociedade mais equilibrada e aberta a novas oportunidades, respeitando e reconhecendo as diferenças de cada indivíduo.

Cabe, todavia, como imperativo ético-jurídico para a manutenção do Estado Democrático de Direito, bem como a garantia da dignidade humana, que o constitucionalismo contemporâneo brasileiro incentive e densifique a proteção do valor da diversidade e dos princípios da igualdade e da não discriminação.

Também cabe aos indivíduos aderirem a estes ideais, contribuindo para a inclusão das minorias para que estes também possam promover sua ascensão na sociedade até um nível de equiparação com os demais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante a exposição do trabalho, foram delimitados os conceitos de “minorias” e “fator de inferiorização”, foi falado sobre o binômio da igualdade e da não discriminação, foram trazidas jurisprudências norte americanas sobre a segregação racial. Além disso, foi discorrido sobre as normas internacionais e regionais e as propostas para estimular a inserção e inclusão das populações afrodescendentes nos espaços sociais, bem como políticas para chegar à eliminação da discriminação e promover o respeito à diferença.

Como foi visto, no constitucionalismo contemporâneo, há uma busca de harmonização das normas internas com as convenções e pactos internacionais. Enquanto a ordem global se encarrega da proteção dos direitos humanos de forma genérica e abstrata, sob o condão da igualdade forma e da não discriminação, a proteção na esfera regional e local faz-se através da especificação do sujeito de direito, a partir de mecanismos que visam eliminar as formas de discriminação e integralizar estes indivíduos para uma condição de igualdade.

Assim, as políticas adotadas, devem implementar mecanismos de proteção diferenciada que assegurem o respeito às minorias, sua inserção e reconhecimento na participação social em condições paritárias com outros grupos. Assim, será possível elidir a discriminação, as desigualdades sociais e reconhecer o direito à diferença e da igualdade.

Também é necessário que haja adesão destas propostas de integração pelos agentes, afinal, proibir a discriminação não significa permitir que a igualdade seja alcançada.

Com esta dupla dimensão de entendimento e atos será possível que a efetividade dos preceitos da igualdade seja alcançada. Isto proporcionará maior proteção às minorias, em especial aos grupos afrodescendentes, garantindo a eles os direitos para que possam

se integrar com os outros indivíduos e possam desenvolver as suas potencialidades humanas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aristóteles. (2001). **Ética a Nicômaco.** Tradalho de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret.

BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade:** e outros escritos morais. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08.06.16.

BRASIL. **Decreto nº 591**, de 6 de julho de 1992. Promulgação dos Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm> Acesso em: 08.06.16.

BRASIL. **Decreto nº 592**, de 6 de julho de 1992. Promulgação dos Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em: 08.06.16.

BRASIL. **Decreto nº 65.810**, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em < http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836> Acesso em: 08.06.16.

BRASIL. **Lei nº 7.716**, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm> Acesso em: 08.06.16.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**, São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **As ações afirmativas e o processo de igualdade efetiva**. In Seminário Internacional As Minorias e o Direito. Série Cadernos do CEJ, vol. 4, p. 103. Brasília: Conselho de Justiça Federal, Centro de Educação e Estudos Judiciários, 2003.

KAUFMANN, Roberto Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira**: necessidade ou mito? Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**, São Paulo: Saraiva, 2002.

ONU. 1948, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 08.06.16.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, 14. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direitos fundamentais e vulnerabilidade social**: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet / Marcia Rodrigues Bertoldi, Alexandre Fagundes Gastal, Simone Tassinari Cardoso (organizadores); Alexandre Fernandes Gastal ... [et al.]. – Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Pluralidade das ordens jurídicas**: a relação do direito brasileiro com o direito internacional. Curitiba: Juruá, 2012.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2008

_____. Justiça como equidade. São Paulo: Martins Fontes, 2003

VALDEZ, Luísa Caiaffo. **Ao abrigo da justiça: as possibilidades de acesso dos escravos à justiça.** Rio Grande de São Pedro (1871 - 1888). Monografia, (Graduação em História) - Universidade Federal do Rio grande do Sul. Porto Alegre, UFRS, 2010.