

RICARDO CASTILHO

DIREITOS HUMANOS

8ª edição

Revista e Atualizada

2027

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo 15

IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO: PRECONCEITO, RACISMO E OS CAMINHOS DA INCLUSÃO

1. PRECONCEITO, DISCRIMINAÇÃO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Preconceito é um conjunto de crenças estereotipadas que conduz a posturas negativas em relação a um indivíduo ou grupo, ainda que essas posturas permaneçam apenas interiores, mentais. A discriminação decorre do preconceito: é, sociologicamente, qualquer manifestação declarada de um preconceito na forma de atitudes desfavoráveis destinadas a excluir pessoa ou pessoas de determinado grupo. Os grupos mais atingidos costumam ser os pobres, os negros, as mulheres, as pessoas idosas, os imigrantes, os indígenas, as pessoas com deficiência, a população LGBTQIA+, os obesos; e as manifestações vão do gracejo disfarçado e da anedota pretensamente inocente à invocação raivosa e grosseira. Dois ambientes concentram, com regularidade, essas expressões: a escola, onde o preconceito assume a forma do bullying, fenômeno capaz de destruir vidas e sonhos se não enfrentado a tempo, e o ambiente de trabalho, onde as pessoas permanecem em contato durante a maior parte do dia.

Juridicamente, a matéria remete ao princípio da igualdade que estudamos no Capítulo 4, e convém recordar suas ferramentas. A discriminação pode ser direta, quando o critério proibido é empregado às claras, ou indireta, quando uma prática aparentemente neutra produz, de fato, impacto desproporcional sobre determinado grupo, e a proteção constitucional

alcança ambas. E a igualdade material legítima, como vimos, as ações afirmativas: medidas especiais e temporárias destinadas a acelerar a igualdade de fato de grupos historicamente excluídos, expressamente admitidas pela Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial e pela CEDAW, e consagradas entre nós pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 186, que julgou constitucionais as cotas raciais nas universidades, entendimento densificado pela Lei n. 12.711/2012, das cotas no ensino superior federal, e pela Lei n. 12.990/2014, das cotas nos concursos públicos. Seja qual for, porém, o local ou o fundamento da atitude discriminatória, a solução definitiva só será possível pela formação moral das pessoas: o respeito à dignidade intrínseca de cada ser humano é a manifestação natural de quem aprendeu a respeitar as diferenças e os diferentes. O Direito reprime; só a educação converte.

2. RACISMO

Nenhum governo que distribui privilégios pode ser justo, principalmente quando os privilégios se concedem em função de diferenças, econômicas, religiosas, étnicas ou raciais. Em setembro de 2001, em Durban, na África do Sul, realizou-se a Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e a Intolerância Conexa, com representantes de mais de cento e setenta países, sob a condução de Mary Robinson, então Alta Comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos. As conclusões, consolidadas no acordo sobre os fatos do passado, foram contundentes: a escravidão é crime contra a humanidade; o colonialismo induziu ao racismo; o apartheid foi crime contra a humanidade; e as injustiças resultantes da escravidão, do colonialismo e do racismo conduziram à pobreza e ao subdesenvolvimento. Os países africanos tentaram aprovar a reparação pelos abusos da escravidão, mas obtiveram apenas a condenação retórica: não é de estranhar, comentou-se à época, que os mesmos países que apoiam o ressarcimento das vítimas do Holocausto não apoiem reparações a negros e povos indígenas. A Conferência de Revisão, realizada em Genebra em 2009, reafirmou os compromissos de Durban, embora esvaziada pela ausência de potências relevantes, sinal de que o tema segue incomodando onde deveria comprometer.

No Brasil, o racismo foi inicialmente punido como mera contravenção: a pioneira Lei n. 1.390/51, de iniciativa de Afonso Arinos de Mello Franco, cujo relator, o Deputado Plínio Barreto, deixou registrada uma

lucidez que atravessa os tempos: nunca houve lei alguma que pudesse desarraigar sentimentos profundos e trocar a mentalidade de um povo, mas isso não impede que, por meio de leis adequadas, se eliminem algumas das manifestações públicas desse preconceito. A Constituição de 1988 deu o salto definitivo: o artigo 5º, XLII, tornou a prática do racismo crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, e a Lei n. 7.716/89 definiu os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional: a recusa de atendimento, a negação de emprego, o impedimento de acesso, a segregação em suas múltiplas formas, além da indução e incitação à discriminação.

É necessário, aqui, um esclarecimento de nomenclatura. Racismo é a crença na hierarquia entre raças ou etnias; preconceito racial é a opinião consolidada que generaliza equivocadamente sobre determinada etnia; discriminação racial é a atitude, o ato intolerante, restritivo ou excludente que ofende a igualdade, e é ela que a lei alcança. Durante décadas, nosso sistema distinguiu o crime de racismo, da Lei n. 7.716/89, dirigido à coletividade, da injúria racial do Código Penal, ofensa à honra de pessoa determinada com emprego de elementos de raça ou cor, distinção que rendia consequências práticas relevantes, pois só o primeiro era imprescritível. Esse quadro mudou profundamente. O Supremo Tribunal Federal, primeiro, assentou que a injúria racial é espécie do gênero racismo, compartilhando de sua imprescritibilidade; e a Lei n. 14.532/2023 completou a obra, transplantando a injúria racial do Código Penal para a própria Lei do Crime Racial, com pena mais severa, e tipificando expressamente o racismo religioso e o recreativo, aquele praticado a pretexto de humor, além de agravar o racismo praticado por funcionário público e o cometido no contexto de atividades esportivas, artísticas ou culturais, para as quais previu também a pena de suspensão do direito de participação. A mensagem legislativa é inequívoca: no Brasil, a piada racista deixou de ter salvo-conduto, e a ofensa racial dirigida a uma só pessoa fere, através dela, toda a coletividade que compartilha o atributo atacado.

Dois julgamentos do Supremo completam a arquitetura. No histórico caso Ellwanger, o Tribunal enfrentou a pergunta fundamental: que é raça, para fins do artigo 5º, XLII? Tratava-se de editor gaúcho condenado por publicar obras antisemitas, que sustentava não serem os judeus uma raça, o que afastaria o racismo e, com ele, a imprescritibilidade. O STF respondeu com a melhor ciência e a melhor hermenêutica: raças humanas,

biologicamente, não existem; o racismo, porém, existe, como construção social e histórica usada para justificar a desigualdade, de modo que a proteção constitucional alcança o antissemitismo e toda ideologia de superioridade, sendo a divisão dos seres humanos em raças o próprio ato racista que a Constituição pune. E, na ADO 26 e no MI 4733, o Tribunal, diante da mora do Congresso em criminalizar a homofobia e a transfobia, enquadrando tais condutas, até que sobrevenha legislação específica, nos tipos da Lei n. 7.716/89, reconhecendo nelas manifestações de racismo em sua dimensão social: a mesma lógica de inferiorização e exclusão de um grupo pelo que ele é. A decisão, para além da técnica, tem o valor de um símbolo: o conceito constitucional de racismo é funcional, e protege todo grupo humano estigmatizado como inferior. Completam o quadro conceitual as noções de racismo institucional e estrutural, hoje correntes na doutrina: o racismo que não precisa de um ofensor de ocasião, porque opera nas rotinas das instituições e na própria estrutura das relações sociais, reproduzindo desigualdades sem necessidade de intenção, e que por isso reclama, mais que punição, políticas ativas de transformação, das ações afirmativas à educação antirracista. Sobre a luta que deu ao mundo o vocabulário desses direitos, o movimento pelos direitos civis norte-americano, de Rosa Parks e Martin Luther King Jr., remetemos o leitor ao capítulo anterior, onde a contamos em detalhe.

3. GÊNERO: A LONGA MARCHA DA IGUALDADE

A igualdade entre mulheres e homens constitui um dos princípios fundamentais das Nações Unidas, e a discriminação por sexo é proibida por todos os grandes instrumentos que estudamos na Parte III. O percurso normativo específico é longo: a Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas (1949), a Convenção sobre os Direitos Políticos das Mulheres (1953), a Convenção sobre a Nacionalidade das Mulheres Casadas (1957), a Convenção sobre o Consentimento para o Matrimônio (1962), a Declaração de 1967 e, enfim, a CEDAW, de 1979, com seu Protocolo Facultativo, que examinamos no Capítulo 10. O ano de 1975 foi o Ano Internacional da Mulher, com a Primeira Conferência Mundial, no México, seguida por Copenhague (1980), Nairóbi (1985) e Pequim (1995), cuja Declaração e Plataforma de Ação, periodicamente reavaliada, permanece o grande mapa da igualdade de gênero; e a Conferência de Viena de 1993 cunhou a fórmula lapidar: os direitos das mulheres são parte inalienável, integral e

indivisível dos direitos humanos universais. Apesar de vinculantes, esses documentos foram, por muito tempo, letras maiúsculas demais para ações minúsculas demais: as dificuldades são de fundo cultural, a escassa participação dos homens no processo, a falta de vontade política de Estados liderados por homens, a sub-representação feminina nos postos de decisão, a carência de serviços sociais de apoio, e, em vastas regiões do mundo, a mulher segue sem direito à propriedade, ao controle dos bens e à autonomia sobre a própria vida.

No Brasil, a Constituição proclama a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações, artigo 5º, I, proíbe a diferença de salários, de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, artigo 7º, XXX, e determina a proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos, artigo 7º, XX. Não é, contudo, o que se observa: as mulheres seguem sub-representadas nos cargos de direção e recebendo menos pelas mesmas funções, e a dupla jornada é uma realidade que faz do trabalho externo feminino, aos olhos de uma cultura renitente, mera complementação de renda, cabendo-lhes ainda os afazeres domésticos. O arsenal legislativo, porém, avançou de modo notável, e sempre com a marca da tragédia convertida em norma. Da condenação do Brasil na Comissão Interamericana, no caso Maria da Penha, que narramos no Capítulo 11, nasceu a Lei n. 11.340/2006, o microsistema de enfrentamento da violência doméstica e familiar, com suas medidas protetivas de urgência, seus juizados especializados e sua rede de atendimento. A Lei n. 13.104/2015 criou a qualificadora do feminicídio, o homicídio da mulher por razões da condição de sexo feminino, incluído no rol dos crimes hediondos, dando nome jurídico ao que as estatísticas já gritavam. A Lei n. 14.188/2021 tipificou a violência psicológica contra a mulher e instituiu o programa Sinal Vermelho, o X vermelho na palma da mão como pedido silencioso de socorro. E a Lei n. 14.611/2023 impôs a igualdade salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens, com instrumentos de transparência e fiscalização, atacando enfim, com sanções, a mais persistente das desigualdades mensuráveis. A estrutura onusiana também se consolidou com a ONU Mulheres, entidade dedicada à igualdade de gênero e ao empoderamento feminino. O caminho é o da especificação do sujeito de direito que estudamos no Capítulo 2, item 2.4: a igualdade abstrata não basta a quem a história colocou em posição concreta de desvantagem.

4. GRUPOS EM ESPECIAL SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE

4.1. A pessoa idosa

A questão da pessoa idosa só recentemente mereceu acurada análise em todas as áreas do conhecimento, avanço decorrente do aumento da expectativa de vida propiciado pelas conquistas da medicina preventiva. Na lição de Paulo Roberto Barbosa Ramos, é preciso superar a visão que valoriza o ser humano na exata medida de sua capacidade de produzir: a velhice não pode ser associada à decadência e à inutilidade, devendo ser encarada como fator determinante de direitos fundamentais. Nossa Constituição cuidou de amparar amplamente as pessoas idosas: o artigo 230 impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de ampará-las, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida, com a gratuidade dos transportes coletivos urbanos aos maiores de sessenta e cinco anos; o artigo 3º, IV, veda o preconceito por idade; e o artigo 201, I, assegura a cobertura previdenciária da idade avançada.

Concretizando esses comandos, a Lei n. 10.741/2003 instituiu o Estatuto, hoje denominado, por força da Lei n. 14.423/2022, que atualizou toda a terminologia legal, Estatuto da Pessoa Idosa, aplicável aos maiores de sessenta anos. O Estatuto garante à pessoa idosa todos os direitos fundamentais, com absoluta prioridade: na saúde, o atendimento preferencial no SUS, o fornecimento gratuito de medicamentos, especialmente os de uso continuado, e de próteses e órteses, a vedação do reajuste das mensalidades dos planos de saúde em razão da idade, o direito a acompanhante em tempo integral na internação e a opção pelo tratamento mais favorável, além da capacitação obrigatória dos profissionais; e, nos demais campos, a prioridade na tramitação processual, a proteção contra a violência e o abandono, com a tipificação de crimes próprios, os alimentos exigíveis solidariamente, a reserva de vagas em programas habitacionais e as prioridades de atendimento em todos os serviços. E o sistema ganhou reforço de estatura máxima: a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, de 2015, primeiro tratado internacional específico da matéria, foi aprovada pelo Congresso Nacional sob o rito qualificado do artigo 5º, § 3º, ingressando em nosso ordenamento com equivalência de emenda constitucional, ao lado da Convenção das Pessoas com Deficiência e do Tratado de Marraqueche.

A prática, entretanto, revela distância entre o ideal do legislador e o cotidiano de abandono, etarismo e violência patrimonial: também aqui, a lei reprime, e só a cultura converte.

4.2. A criança e o adolescente

A história brasileira da infância é dolorosa. Desde a Colônia, os filhos das uniões desprezadas pela ordem oficial, nem brancos, nem índios, nem negros, nasciam marcados por uma dupla condenação, e o destino das crianças abandonadas foi, por séculos, a roda dos expostos, o cilindro giratório dos conventos onde se depositavam recém-nascidos como mercadorias, oficializada entre nós no final do século XVIII; as crianças escravizadas, por sua vez, tinham os laços de parentesco desfeitos ao nascer e ingressavam no trabalho adulto antes dos doze anos. As respostas institucionais que se seguiram, dos internatos correccionais aos códigos de menores, trataram a infância pobre como problema de polícia, sob a doutrina da situação irregular. A ruptura veio com a Constituição de 1988, cujo artigo 227 consagrou, com prioridade absoluta, o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem todos os direitos fundamentais, e com o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90, fruto direto da Convenção de 1989 que estudamos no Capítulo 10: a doutrina da proteção integral reconheceu a criança como sujeito de direitos em condição peculiar de desenvolvimento, e não mais como objeto de tutela. No campo do trabalho infantil, a Constituição é peremptória: proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz a partir dos catorze, e vedado o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito, artigo 7º, XXXIII, com a educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos. E, no entanto, centenas de milhares de crianças brasileiras ainda têm a escolaridade comprometida pelo trabalho precoce, nas atividades econômicas e nos afazeres domésticos intensivos, realidade alimentada pela pobreza extrema e por uma cultura que romantiza o trabalho infantil como formador. Contra ela, o país mantém compromissos com as Convenções n. 138 e n. 182 da OIT, sobre a idade mínima e as piores formas de trabalho infantil, e a certeza pedagógica de que lugar de criança é na escola não é um slogan: é a tradução popular do artigo 227.

4.3. As pessoas com deficiência

O regime protetivo das pessoas com deficiência foi examinado em profundidade no Capítulo 10, ao qual remetemos o leitor: a Convenção da ONU de 2006, primeiro tratado com estatura constitucional formal entre nós, seu modelo social, que situa a deficiência não na pessoa, mas na interação entre impedimentos e barreiras, e a Lei Brasileira de Inclusão, Lei n. 13.146/2015. Cabe aqui apenas sublinhar sua dimensão antidiscriminatória: a LBI define como discriminação toda forma de distinção, restrição ou exclusão em razão da deficiência, incluída a recusa de adaptações razoáveis e de tecnologias assistivas, e a criminaliza; consagra a plena capacidade civil da pessoa com deficiência, deslocando a curatela para a excepcionalidade e criando a tomada de decisão apoiada; impõe a acessibilidade como direito instrumental de todos os demais; e garante o sistema educacional inclusivo, cuja constitucionalidade o Supremo afirmou na ADI 5.357, também já estudada, vedando às escolas privadas a cobrança adicional por incluir. O capital simbólico da matéria está em uma frase: antes de serem pessoas com deficiência, são pessoas.

4.4. A população LGBTQIA+

Nenhum grupo experimentou, nas últimas décadas, transformação jurídica tão acelerada, e tão dependente da jurisdição constitucional, quanto a população LGBTQIA+. Diante da inércia legislativa, coube ao Supremo Tribunal Federal extrair diretamente da Constituição as consequências da dignidade, da igualdade e da vedação de discriminações odiosas: na ADPF 132 e na ADI 4277, reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar, com todos os direitos da união heteroafetiva, entendimento que a Resolução n. 175/2013 do CNJ estendeu ao casamento civil, vedando às autoridades registrais a recusa de habilitação; na ADI 4275, assegurou às pessoas transgênero o direito à alteração do nome e do gênero no registro civil independentemente de cirurgia ou decisão judicial, diretamente no cartório, em respeito à identidade de gênero como emanção da personalidade; e, na ADO 26 e no MI 4733, como vimos, enquadrrou a homotransfobia nos crimes de racismo. O conjunto compõe uma lição de teoria constitucional: quando o legislador silencia diante do sofrimento de uma minoria estigmatizada, o silêncio não é neutro, e a jurisdição

constitucional existe precisamente para que a fruição de direitos fundamentais não dependa da benevolência das majorias de ocasião.

4.5. Os povos indígenas e as comunidades tradicionais

Nenhum grupo foi, na história do Brasil, vítima de violação mais antiga, mais contínua e mais bem documentada do que os povos indígenas, e nenhum recebeu da Constituição de 1988 tratamento mais inovador. Dos milhões que habitavam o território em 1500 restava, ao final do século XX, uma fração; o Censo de 2022 contou mais de um milhão e seiscentas mil pessoas indígenas, de mais de duas centenas de povos, falantes de centenas de línguas, presentes em todos os Estados e, cada vez mais, nas cidades. A resposta jurídica a esse extermínio, durante quase todo o período republicano, foi a tutela: o Código Civil de 1916 declarou os índios relativamente incapazes, e o Estatuto do Índio, Lei n. 6.001/73, ainda em vigor no que não conflita com a Constituição, adotou o paradigma integracionista, segundo o qual o índio era um estágio transitório a ser superado pela assimilação à comunhão nacional. A Constituição de 1988 rompeu com esse paradigma e substituiu a integração pelo reconhecimento: o artigo 231 reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. O verbo é decisivo. A Constituição não concede: reconhece um direito que preexiste ao Estado, mais antigo que a própria Coroa portuguesa, e que por isso a doutrina chama de indigenato, na formulação clássica de João Mendes Júnior. As terras tradicionalmente ocupadas, definidas no § 1º como aquelas habitadas em caráter permanente, utilizadas para as atividades produtivas, imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar e à reprodução física e cultural segundo os usos, costumes e tradições, pertencem à União, artigo 20, XI, mas destinam-se à posse permanente dos índios, com o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos, § 2º; são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas imprescritíveis, § 4º; e são nulos e extintos, sem direito a indenização, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse dessas terras, § 6º. O artigo 232, por fim, reconhece aos índios, suas comunidades e organizações a legitimidade para ingressar em juízo em defesa de seus direitos, com a intervenção do Ministério Público: o tutelado tornou-se parte.

O plano internacional acompanhou e impulsionou a viragem. A Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, de 1989, incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto n. 5.051/2004 e hoje consolidada no Decreto n. 10.088/2019, é o único tratado vinculante dedicado aos povos indígenas e tribais, e traz duas regras estruturantes: a autoidentificação como critério fundamental para determinar quem é indígena, artigo 1.2, que retira do Estado o poder de decidir quem tem direito a ser o que é; e o dever de consulta prévia, livre e informada, artigo 6º, sempre que se prevejam medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente, mediante procedimentos apropriados e por meio de suas instituições representativas, com a finalidade de chegar a um acordo. A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, aprovada com o voto do Brasil, foi além, ao proclamar o direito à autodeterminação e o consentimento livre, prévio e informado para o deslocamento de suas terras. E o sistema interamericano construiu, sem que a Convenção Americana mencione uma vez sequer a palavra indígena, a mais avançada jurisprudência mundial sobre a matéria, por interpretação evolutiva do direito de propriedade do artigo 21: desde o caso *Comunidade Mayagna Awas Tingni vs. Nicarágua*, de 2001, a Corte de San José reconhece a propriedade comunal dos povos indígenas sobre suas terras ancestrais, fundada na posse tradicional e não no título, e nos casos paraguaios *Yakye Axa, Sawhoyamaxe e Xákmok Kásek* vinculou à terra o próprio direito à vida digna. O Brasil foi condenado nessa linha no caso *Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil*, de 2018, pela demora de mais de duas décadas na demarcação e desintrusão da terra do povo Xucuru, em Pesqueira, Pernambuco, processo que custou a vida do cacique Xicão, assassinado em 1998: a Corte reconheceu a violação da propriedade coletiva e da garantia judicial do prazo razoável, e assentou que a demarcação, sem a efetiva entrega da terra livre de ocupantes, é promessa vazia.

É precisamente a demarcação, contudo, o campo da mais áspera controvérsia constitucional das últimas décadas. No caso *Raposa Serra do Sol*, Petição 3.388, de 2009, o Supremo Tribunal Federal confirmou a demarcação contínua da terra indígena em Roraima, mas fixou dezenove condicionantes e, no voto do relator, ensaiou a ideia de que a ocupação tradicional deveria ser aferida na data da promulgação da Constituição. Dessa semente nasceu a tese do marco temporal: somente seriam terras indígenas aquelas ocupadas pelos índios em 5 de outubro de 1988, ressalvado o chamado renitente esbulho. A tese, sedutora pela aparente objetividade, ignorava

que muitos povos não estavam em suas terras em 1988 justamente porque delas haviam sido expulsos, muitas vezes pelo próprio Estado, durante o regime militar, e que exigir do esbulhado a prova de que resistia ao esbulho é premiar a violência que o afastou. No Recurso Extraordinário 1.017.365, Tema 1.031 da repercussão geral, julgado em 27 de setembro de 2023, relator o Ministro Edson Fachin, o Supremo rejeitou o marco temporal por nove votos a dois, assentando que a proteção constitucional das terras tradicionalmente ocupadas independe da existência de um marco temporal em 5 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho, pois a posse indígena tem natureza distinta da posse civil e funda-se na tradicionalidade, não na data. A resposta do Congresso Nacional veio no dia seguinte: a Lei n. 14.701/2023, com os vetos presidenciais derrubados em dezembro daquele ano, positivou o marco temporal, admitiu a indenização de ocupantes e flexibilizou o usufruto exclusivo, reabrindo, agora entre Poderes, o conflito que a Corte julgara encerrado. As ações diretas ajuizadas contra a lei, de que é relator o Ministro Gilmar Mendes, foram submetidas a tentativa de conciliação, e o seu desfecho o leitor deverá acompanhar, pois nele se decidirá se a Constituição de 1988 prevalece sobre a lei de 2023 ou se, ao contrário, a lei conseguiu o que a emenda constitucional não ousou. Enquanto isso, a crise humanitária do povo Yanomami, exposta em 2023, com centenas de mortes por desnutrição e malária em terra demarcada e invadida pelo garimpo ilegal, lembrou que o papel não basta: a ADPF 709, ainda no contexto da pandemia, já determinara ao Estado a desintrusão das terras invadidas e a proteção dos povos em isolamento voluntário, impondo à matéria a mesma lógica estrutural que conhecemos da ADPF 347.

Ao lado dos indígenas, e sob o mesmo guarda-chuva da Convenção n. 169, que alcança os povos tribais, situam-se as comunidades quilombolas. O artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias reconheceu aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos: a única hipótese em que a Constituição atribui propriedade plena, e não apenas posse, a uma coletividade tradicional, reparação tardia pelos quilombos que estudamos no Capítulo 13. O Decreto n. 4.887/2003 regulamentou o procedimento, adotando a autoatribuição como critério de identificação e a titulação coletiva, e teve sua constitucionalidade afirmada pelo Supremo na ADI 3.239, de 2018, que rejeitou, também aqui, a exigência de ocupação na data da Constituição. Somem-se

as demais comunidades tradicionais, ribeirinhos, seringueiros, pescadores artesanais, quebradeiras de coco, povos de terreiro, reconhecidas pela Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, Decreto n. 6.040/2007, e ter-se-á o mapa da diversidade que a igualdade, para ser real, precisa proteger.

A lição do conjunto é a mesma que vem guiando este capítulo, com um acréscimo. Para os demais grupos vulneráveis, a igualdade exigiu o reconhecimento do sujeito individual em sua diferença; para os povos indígenas e tradicionais, exige o reconhecimento de um sujeito coletivo, cuja dignidade não se separa da terra, da língua e do modo de vida. É a dimensão comunitária dos direitos humanos, que a tradição liberal demorou a enxergar e que a Constituição brasileira, ao dizer reconhecer em vez de conceder, enxergou antes de muitas. E há ainda, como vimos no Capítulo 18, uma razão que interessa à humanidade inteira: os territórios indígenas são as áreas mais preservadas do planeta, e proteger os seus guardiões é, também, proteger o clima de todos.

5. A DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E O ASSÉDIO

Na relação de trabalho, a discriminação pode ocorrer em todas as fases. Na fase pré-contratual, são frequentes os critérios discriminatórios de seleção, sexo, cor, idade, orientação sexual, forma física, os famigerados anúncios que exigem boa aparência, verdadeiros embustes contra a igualdade: inexistindo pertinência clara e objetiva entre a característica exigida e a finalidade do cargo, configura-se a discriminação, e as entrevistas que devassam a vida sexual, a religião ou os planos reprodutivos da candidata são sua forma mais insidiosa. Durante o contrato, campeiam as perseguições, a vedação de ascensão por critérios escusos e a coação sobre quem ajuíza ação contra a empresa. E, após o contrato, as listas negras de ex-empregados que litigaram, compartilhadas entre empregadores, punem o exercício do direito constitucional de ação e geram, como reconhece a jurisprudência, dano moral indenizável. Todas essas práticas são vedadas pela Lei n. 9.029/95, editada em cumprimento à Convenção n. 111 da OIT: a lei proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória para efeito de acesso ou manutenção do emprego por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional ou idade, inovando ao incluir critérios que a própria Constituição não menciona,

e criminaliza a exigência de atestados de gravidez e de esterilização, chaga histórica do mercado de trabalho feminino, garantindo à vítima da dispensa discriminatória a opção entre a reintegração e a indenização em dobro.

Capítulo à parte merece o assédio moral, a opressão reiterada no ambiente de trabalho, praticável por superiores, colegas ou, mais raramente, subordinados. Na definição da psiquiatra Marie-France Hirigoyen, é toda conduta abusiva, gesto, palavra, comportamento, atitude, que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou a integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho; suas estratégias típicas, isolar a vítima, impedi-la de se expressar, ridicularizá-la diante dos pares, desestabilizá-la até a doença e, por fim, descartá-la, compõem o que a literatura estrangeira chama de *mobbing* ou *bullying* laboral, o terror psicológico no trabalho. O ordenamento oferece resposta combinada: a rescisão indireta da CLT, artigo 483, quando o empregador ou seus prepostos praticam ato lesivo da honra; a responsabilidade civil dos artigos 186, 187, 927, 932, III, e 942 do Código Civil, que alcança solidariamente o empregador pelos atos de seus prepostos; e, conforme o caso, os crimes de injúria, constrangimento ilegal e ameaça. O marco mais recente é preventivo: a Lei n. 14.457/2022, instituidora do programa Emprega + Mulheres, obrigou as empresas com CIPA a adotar medidas de prevenção e combate ao assédio sexual e às demais formas de violência no trabalho, com canais de denúncia, garantia de anonimato e capacitação periódica, na direção apontada pela Convenção n. 190 da OIT, de 2019, o novo padrão internacional sobre violência e assédio no mundo do trabalho.

Encerremos com a razão de fundo. Na relação de trabalho, a legislação protetiva será sempre necessária porque a relação é estruturalmente assimétrica: para o empregador, o contrato é uma possibilidade; para o empregado, uma necessidade premente, imprescindível à reprodução material da existência. A quem vive no império da necessidade não resta senão submeter-se, e a submissão vem, tantas vezes, acompanhada de humilhações que corroem por dentro a noção que a pessoa tem da própria dignidade. É precisamente por isso que, aqui, a igualdade não pode ser apenas formal: afirmar que todos são iguais perante a lei não basta quando o substrato social coloca as pessoas em posições flagrantemente distintas diante dela. A igualdade material, com suas leis protetivas, suas ações afirmativas e seus mecanismos de fiscalização, não é privilégio: é a

matemática elementar da justiça, que trata desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam, para que um dia, quem sabe, a proteção se torne desnecessária.

Fecha-se, com este capítulo, a Parte IV. Vimos as feridas: a escravidão de ontem e a de hoje, a morte como pena, o cárcere e a tortura, a discriminação em suas mil faces. A Parte V volta os olhos para o século XXI: as guerras do nosso tempo, as migrações e o refúgio, e os novos horizontes dos direitos humanos, das empresas ao clima, da inteligência artificial à educação em direitos humanos.

EM SÍNTESE

O preconceito é crença estereotipada; a discriminação, sua manifestação excludente, direta ou indireta, e as ações afirmativas, admitidas pelos tratados e chanceladas na ADPF 186 e nas Leis n. 12.711/2012 e 12.990/2014, são instrumentos da igualdade material. O racismo, crime inafiançável e imprescritível, artigo 5º, XLII, evoluiu da contravenção da Lei Afonso Arinos (1951) à Lei n. 7.716/89 e à Lei n. 14.532/2023, que equiparou a injúria racial ao racismo e tipificou o racismo religioso e o recreativo; o caso Ellwanger fixou o conceito social de raça, e a ADO 26 enquadrrou a homotransfobia como racismo. Na igualdade de gênero, da CEDAW e das Conferências do México a Pequim vieram, no Brasil, a Lei Maria da Penha (11.340/2006), o feminicídio (13.104/2015), a violência psicológica e o Sinal Vermelho (14.188/2021) e a igualdade salarial (14.611/2023). Entre os grupos vulneráveis: a pessoa idosa, artigo 230, Estatuto da Pessoa Idosa, Lei n. 10.741/2003 com a terminologia da Lei n. 14.423/2022, e Convenção Interamericana de 2015 aprovada pelo rito do § 3º; a criança e o adolescente, artigo 227, ECA e proteção integral, com os limites constitucionais ao trabalho infantil, artigo 7º, XXXIII; as pessoas com deficiência, CDPD e LBI, com capacidade civil plena e educação inclusiva; e a população LGBTQIA+, com a união homoafetiva (ADPF 132/ADI 4277), o casamento (Resolução CNJ 175), a retificação registral (ADI 4275) e a criminalização da homotransfobia. Os povos indígenas, tutelados até 1988, foram reconhecidos pela Constituição como sujeitos coletivos, artigos 231 e 232, com direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas, de posse permanente e usufruto exclusivo, inalienáveis, indisponíveis e imprescritíveis; a Convenção n. 169 da OIT, Decreto n. 10.088/2019, consagra a autoidentificação e a consulta prévia, livre e informada; a Corte IDH condenou o Brasil no caso Xucuru, 2018, pela demora na demarcação; o STF rejeitou o marco temporal no RE 1.017.365, Tema 1.031, 2023, e a Lei n. 14.701/2023 o positivou, com ações diretas pendentes; a ADPF 709 impôs a proteção estrutural dos povos durante a pandemia. Os quilombolas têm propriedade definitiva pelo artigo 68 do ADCT, Decreto n. 4.887/2003, validado na ADI 3.239, e as demais comunidades tradicionais são reconhecidas pelo Decreto n. 6.040/2007. No trabalho, a discriminação nas fases pré, intra e pós-contratual é vedada pela Lei n. 9.029/95 e pela Convenção n. 111 da OIT; o assédio moral, definido por Hirigoyen, encontra resposta na CLT, no Código Civil e no Código Penal, e prevenção na Lei n. 14.457/2022, na linha da Convenção n. 190 da OIT.

JURISPRUDÊNCIA ESSENCIAL

STF, HC 82.424 (caso Ellwanger). Raças humanas biologicamente não existem; o racismo é construção social e histórica de inferiorização, de modo que a publicação de obras antissemitas configura prática de racismo, imprescritível e inafiançável: o conceito constitucional de raça é funcional, e protege todo grupo estigmatizado.

STF, ADPF 186. As cotas raciais nas universidades públicas são constitucionais: as ações afirmativas realizam a igualdade material, corrigem desvantagens históricas e são compatíveis com o mérito, por temporárias e proporcionais.

STF, ADO 26/DF e MI 4.733/DF, Tribunal Pleno, julgamentos concluídos em 13 de junho de 2019. Reconhecida a mora legislativa, o Tribunal determinou, até a edição de lei específica, o enquadramento das condutas homofóbicas e transfóbicas nos tipos penais da Lei n. 7.716/1989, nos limites definidos pelos acórdãos. Corte IDH, caso Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil, sentença de 5 de fevereiro de 2018. Primeira condenação do Brasil por violação de direitos de povos indígenas. A Corte reconheceu a violação do direito à propriedade coletiva, artigo 21, e das garantias judiciais em prazo razoável, artigos 8º e 25, pela demora de mais de duas décadas na conclusão da demarcação e na desintrusão da terra indígena Xucuru, em Pesqueira, Pernambuco, e determinou a retirada dos ocupantes não indígenas, com indenização apenas aos de boa-fé, e o pagamento de reparações à comunidade.

STF, RE 1.017.365/SC, Tema 1.031 da repercussão geral, Tribunal Pleno, relator Ministro Edson Fachin, julgamento em 27 de setembro de 2023. Por nove votos a dois, o Tribunal rejeitou a tese do marco temporal, fixando que a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas independe da existência de um marco temporal em 5 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho, e que a demarcação é ato declaratório de direito preexistente. A Lei n. 14.701/2023, editada na sequência, é objeto das ADIs 7.582, 7.583 e 7.586 e da ADO 86, relator Ministro Gilmar Mendes.

QUESTÕES PARA CONCURSOS E DEBATES

1. (No estilo dos concursos públicos) Sobre os grupos vulneráveis, é correto afirmar que o Estatuto da Pessoa Idosa se aplica aos maiores de sessenta anos, reservada aos maiores de sessenta e cinco a gratuidade constitucional do transporte urbano; que a Constituição proíbe qualquer trabalho aos menores de dezesseis anos, salvo como aprendiz a partir dos catorze; e que a alteração de nome e gênero da pessoa transgênero independe de cirurgia e de autorização judicial (ADI 4275). Estará incorreta a assertiva que condicione a retificação registral à intervenção cirúrgica ou que fixe em sessenta e cinco anos o âmbito de aplicação do Estatuto.

2. (Para debate) As ações afirmativas partem da premissa de que tratar igualmente os desiguais perpetua a desigualdade. Debata a legitimidade e os limites das políticas de cotas raciais e sociais no Brasil, os critérios de heteroidentificação e o momento em que tais políticas, por seu próprio êxito, deveriam tornar-se desnecessárias.

 PARA REFLETIR

No primeiro capítulo do Gênesis está escrito que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, e o texto tem o cuidado de acrescentar: homem e mulher os criou. A tradição chamou a isso *imago Dei*, e dela extraiu a mais subversiva das conclusões: se cada rosto humano reflete o mesmo original, não há rosto descartável, nem cor, nem idade, nem condição que apague o reflexo. Todo racismo, todo machismo, toda exclusão é, no fundo, uma iconoclastia: quebra-se a imagem para negar o retratado. Santo Agostinho dizia que amamos mal quando amamos por comparação; a discriminação é exatamente isso, o amor-próprio que precisa rebaixar o outro para se medir. O longo caminho jurídico deste capítulo, das cotas ao Sinal Vermelho, é a tentativa da razão pública de restaurar, uma a uma, as imagens quebradas. Mas a restauração final não se faz em tribunal: faz-se no olhar de quem, diante de qualquer pessoa, ainda consegue reconhecer o original.