



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARLEY SIDNEI LUIZ

**DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL  
UMA CONSTRUÇÃO TEÓRICA NECESSÁRIA**

Florianópolis  
2019



“Escrevo o que eu quero”  
(*Bantu Steve Biko - Ativista anti-apartheid na África do Sul*)

“Liberdade é não ter medo”  
(*Nina Simone - Cantora e ativista pelos direitos civis nos Estados Unidos*)

“Esses boy conhece Marx  
Nós conhece a fome  
Então serra os punho, sorria  
E jamais volte pra sua quebrada de mão e mente vazias  
Quem costuma vir de onde eu sou  
Às vezes não tem motivos pra seguir  
Então levanta e anda, vai, levanta e anda”  
(*Emicida - Rapper e defensor pelos direitos de negros e minorias*)



**Universidade Federal de Santa Catarina**  
**Centro de Ciências Jurídicas**  
**COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E**  
**ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno(a): **Marley Sidnei Luiz**

RG:

CPF:

Matrícula: **16100292**

Título do TCC: **DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO À LUZ DA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL: UMA CONSTRUÇÃO TEÓRICA  
NECESSÁRIA.**

Orientador(a): **Clarindo Epaminondas de Sá Neto**

Eu, **Marley Sidnei Luiz**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 28 de Novembro de 2019

---

Marley Sidnei Luiz

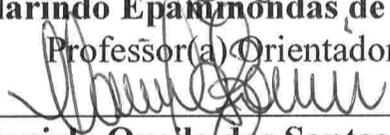
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

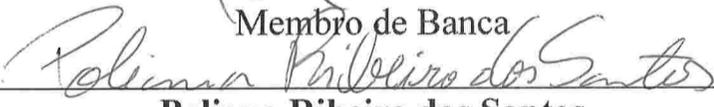
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: UMA CONSTRUÇÃO TEÓRICA NECESSÁRIA.**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Marley Sidnei Luiz**, defendido em **28/11/2019** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 28 de Novembro de 2019

  
\_\_\_\_\_  
**Clarindo Epaminondas de Sá Neto**  
Professor(a) Orientador(a)

  
\_\_\_\_\_  
**Daniela Quella dos Santos Bornin**  
Membro de Banca

  
\_\_\_\_\_  
**Poliana Ribeiro dos Santos**  
Membro de Banca

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DO CURSO DE DIREITO

MARLEY SIDNEI LUIZ

DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL  
UMA CONSTRUÇÃO TEÓRICA NECESSÁRIA.

Monografia submetida ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Clarindo Epaminondas de Sá Neto

Florianópolis  
2019

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente quero fazer a transcrição da fala do cantor e transgressor Snoop Dogg quando do agradecimento por sua estrela na Calçada da Fama, pois representa parte do que eu sinto, vivi e experimentei para chegar até aqui:

“Quero agradecer a mim mesmo por acreditar em mim. Quero agradecer a mim mesmo por fazer todo esse trabalho duro, por nunca desistir. Quero agradecer a mim mesmo por sempre dar mais do que recebo e por fazer mais coisas certas do que erradas. Quero agradecer a mim mesmo por ser eu, cara, você é foda”.

Mas, por óbvio, essa conquista não é individual e conta com diversas pessoas que foram primordiais, direta ou indiretamente, para que a realidade de um aluno negro periférico - com orgulho - se tornasse diversa do que qualquer sonho pudesse propor. E a estes agradeço.

Aos que vieram antes de mim, meus ancestrais, que choraram, sangraram, trabalharam duro, lutaram e morreram para conquistar e garantir os direitos mais básicos e as oportunidades mais revolucionárias. Axé, sua benção, meus respeitos.

Agradeço à minha mãe Silvana, por me fazer entender que a vida pode proporcionar muito mais, através de lutas e resistências. É, acima de tudo, uma guerreira.

Ao meu pai Joel, que demonstrou que o apoio, ainda que tardio, é fundamental na vida de todo ser humano. É uma inspiração de vida e de sabedoria, especialmente por mostrar que através do caminho da educação é possível alcançar voos e alcançar novos objetivos. Obrigado.

Àqueles, seres elevados perante aos demais, professoras e professores, que nos dão o norte de inteligência, conhecimento, respeito, sociabilidade e inspiração. Vocês são a verdadeira revolução. Grato.

À Luzia, Deise e Isabel pela oportunidade do estudo, pela paciência, todo apoio e por tornarem a minha vida mais leve frente minhas cobranças pessoais.

Meu agradecimento também às pessoas que me deram suporte emocional fundamental num período tão difícil quanto a graduação: Evelim e Bárbara, vocês são excepcionais por me aturarem.

À Mileny, Antônia, Manuela e Marina. Minhas jóias raras, ânimo de viver e de continuar batalhando por um futuro diferente em nossas vidas. Dedico essa obra e toda minha vida à vocês, minhas filhas. Amor incondicional.

Gratidão.

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão do curso busca inserir um novo ramo do direito no debate acadêmico - o chamado Direito Antidiscriminatório -, na pretensão de que as desigualdades e discriminações sejam revisitadas sob um novo olhar, além da produção de igualdade de oportunidades e resultados, atentando-se para os direitos mais fundamentais, sob uma perspectiva dos princípios constitucionais. Considerando que em quase nove décadas da Faculdade de Direito de Santa Catarina o tema nunca fora abordado, foi preciso realizar, de fato, a apresentação deste ramo do direito, o que ocorre no capítulo primeiro, com uma introdução ao contexto histórico e a exposição das definições e objetivos do Direito Antidiscriminatório; no segundo capítulo é realizado um levantamento normativo do Direito Antidiscriminatório, tanto na esfera internacional quanto no Ordenamento Jurídico Brasileiro, desde o século XVIII, buscando demonstrar que, há muito, o conteúdo da pesquisa já é enfrentado pelo legislador, em diferentes perspectivas, seja ela punitiva, proibitiva e/ou inclusiva; no terceiro capítulo procura responder uma questão essencial: “O que é discriminação?”, já que seus reflexos transbordam para além de uma simples análise semântica da palavra, desta forma, identifica-se conceitos e critérios de discriminação, discorrendo ainda sobre a utilização da discriminação positiva como meio de promoção efetiva de igualdade de oportunidades e resultados, bem como o combate à discriminação negativa e as consequentes distinções e modelos de segregação social; por fim, o capítulo último, é constituído de uma observação da intersecção de princípios constitucionais, que revela o Direito Antidiscriminatório como instrumento para atingir os objetivos propostos pela Constituição Federal brasileira, além de um estudo e parecer crítico em importantes precedentes do Supremo Tribunal Federal que utilizaram o Direito Antidiscriminatório como fundamentação de suas decisões e alteraram todo o contexto sócio-jurídico do país. O problema e a hipótese debatida revelaram o referido ramo do direito pode assegurar os direitos à liberdade, igualdade e dignidade humana à população historicamente vulnerabilizada e discriminada, fato comprovado pelos julgados do STF aqui apresentados. Neste íterim, a proposta do trabalho é apresentar o Direito Antidiscriminatório para que este cumpra sua função em diminuir desigualdades discriminatória, sejam elas preconceituosas, racistas, sexistas, entre outras, contribuindo para relações baseadas na equidade, atingindo uma igualdade formal, além de evidenciar paradigmas legais na atuação do direito da antidiscriminação. Adotando o método de abordagem indutivo. Por vez, o método de procedimento estabelecido foi o monográfico, utilizando de técnica de pesquisa documental, bibliográfica e análise jurisprudencial.

**Palavras-chave:** Direito Antidiscriminatório. Discriminação. Princípios Constitucionais. Dignidade da Pessoa Humana. Igualdade.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade
- ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
- Art. - Artigo
- CC - Código Civil
- CDH - Comissão de Direitos Humanos
- CF - Constituição Federal
- CONEFEN - Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino
- CP - Código Penal
- DECRADI - Delegacia de Crimes Raciais e Delitos de Intolerância
- DEM - Democratas (Partido Democratas)
- EUA - Estados Unidos da América
- HC - Habeas Corpus
- INSS - Instituto Nacional do Seguro Social
- LGBTI - Lésbicas, Gays, Bis, Travestis, Transexuais e Intersex
- MNU - Movimento Negro Unificado
- OEA - Organização dos Estados Americanos
- OIT - Organização Internacional do Trabalho
- ONU - Organização das Nações Unidas
- PLC - Projeto de Lei da Câmara
- PLS - Projeto de Lei do Senado
- PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
- PSD - Partido Social Democrático
- STF - Supremo Tribunal Federal
- UERJ - Universidade do Estado do Rio de Janeiro
- UnB - Universidade de Brasília

## SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	08
2.	DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO	12
2.1.	Contexto histórico	14
2.2.	Definições de Direito Antidiscriminatório	18
2.3.	Objetivos do Direito Antidiscriminatório	20
3.	RETROSPECTIVA NORMATIVA DO DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO	22
3.1.	Legislação Constitucional Antidiscriminatória	23
3.2.	Legislação Infraconstitucional Antidiscriminatória	28
3.3.	Conjunto Normativo Internacional Antidiscriminatório	36
3.4.	Classificação Normativa Antidiscriminatória	39
4.	O QUE É DISCRIMINAÇÃO?	41
4.1.	Conceitos de discriminação	42
4.2.	Critérios de discriminação	45
4.3.	Discriminação positiva e negativa	48
4.4.	O uso da discriminação positiva	49
4.5.	Combate à discriminação negativa	53
5.	DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	58
5.1.	Reconhecimento da União Homoafetiva	63
5.2.	Constitucionalidade da Lei Maria da Penha	65
5.3.	Política de Cotas	68
5.4.	Pessoas com deficiência x Escolas Particulares	70
6.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	74
7.	REFERÊNCIAS	77
8.	ANEXO	83

## INTRODUÇÃO

A interação social mundial é baseada em relações de poder que configuram a sociedade de acordo com os interesses das classes dominantes, o que acabam por ocasionar uma desproporção nos direitos e deveres pertinente às pessoas. Arbitrariedade, submissão, violência, intolerância e domínio são resultados que se apresentam neste desenho de desigualdades.

Como possibilidade de enfrentamento surgem protestos por garantias e igualdades, historicamente se dividindo em cenários distintos: direitos trabalhistas, liberdades, direito de ir e vir, acesso à educação, moradia, alimentação e a própria vida foram algumas das bandeiras iniciais levantadas por parte da população ocidental. Vislumbrando esse cenário, o surgimento dos Direitos do Homem e do Cidadão aparece como a sinalização inicial do desenvolvimento de um direito amplo, diversificado e atento às diversidades - que, por óbvio, não se dá todo de uma vez nem completamente.

O progresso se vê impedido, muitas vezes, pelo ímpeto de parte da população teimar em defender diversos modelos de desigualdades, já que contribuem e se beneficiam com essas discrepâncias. Todavia, noutro norte, a defesa e a luta pela busca do reconhecimento e garantia ao respeito à igualdade, em diferentes nichos, leva com que o modelo inaugural evolua, transmutando-se no chamado Direitos Humanos, e, posteriormente, no Direito das Minorias.

Porém, os três modelos de defesa contra o jugo das inúmeras opressões existente na coletividade não são capazes de sozinhas acumular e vencer as singularidades de um emaranhado de questões; assim sendo, surge o Direito Antidiscriminatório, balizado pelos seus predecessores, que tem como função impedir a continuidade de uma opressão legitimada e seus efeitos, assim como incumbir-se de garantir à igualdade de oportunidades e resultados, tendo como método a atenção específica às diferenças.

Assim sendo, o presente trabalho tem por objetivo abordar uma nova área do direito que insurge ante atos e relatos cotidianos de discriminação, preconceito e ódio, que se mostram cada vez mais numerosos e que ganham novos contornos e métodos com o passar dos anos. Neste cenário, levanta-se um questionamento,

nosso problema: Como o Direito Antidiscriminatório pode assegurar os direitos à liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana da população social e historicamente vulnerável e discriminada?

Provisoriamente, temos a hipótese de que o conjunto principiológico/normativo constitucional assegura a existência desse novo ramo do direito, acrescentando institutos, princípios, elementos e perspectivas para a compreensão e aplicação do princípio da igualdade, já que nossa Constituição respalda a busca pela igualdade, pela liberdade e dignidade da pessoa humana.

O objetivo geral se concentra em verificar se a Constituição permite a existência do Direito Antidiscriminatório e se está condigno com o conteúdo da Carta Magna, fazendo com que tenhamos, portanto, um novo marco teórico constitucional. Ao seu turno, os objetivos específicos, são quatro, quais sejam: a) retratar o contexto histórico do direito antidiscriminatório, bem como suas definições e objetivos; b) traçar uma retrospectiva normativa do direito antidiscriminatório, classificando-as segundo critérios pré-definidos; c) demonstrar e analisar, através de bibliografia, a forma como a discriminação se apresenta em nosso cotidiano e como pode - e deve - ser combatida e; d) analisar precedentes do Supremo Tribunal Federal na aplicação do direito antidiscriminatório, demonstrando como o direito antidiscriminatório vem contribuindo para uma sociedade mais igualitária, especialmente no que se refere a oportunidades.

No capítulo primeiro, tendo como referencial teórico Roger R. Rios, Joaquim Barbosa Gomes, Flávia Piovesan e Lélia Gonzalez, temos a apresentação do Direito Antidiscriminatório, como se dá seu debate e aplicação, salienta-se, ainda, todo o contexto histórico onde e como o movimento surge e de quais debates são provenientes. Definições e objetivos do Direito Antidiscriminatório começam a ser desenhados, onde busca se demonstrar às características e nuances desse ramo do direito e suas principais incumbências.

Após, no segundo capítulo, é traçado uma retrospectiva normativa do Direito Antidiscriminatório, que tenta descrever a conjuntura legal da antidiscriminação, pela perspectiva da criação de leis. Com foco delimitado pelo termo 'discriminação' e derivados, extrai-se da Constituição Federal de 1988 todas as interações que dialogam com o assunto. Para além disso, um levantamento desde o século XVIII

com a apuração da legislação infraconstitucional demonstra, através da observação histórica das leis, os avanços, retrocessos e percalços no caminho para diminuir as desigualdades nacionais. Ainda, traz-se à baila o agrupamento internacional correlacionado com a pesquisa e que tenha sido ratificado pelo país. Ao fim deste trecho, no intuito de uma compreensão lógica do produto pesquisado, optou-se por uma classificação de todas essas leis, normas, convenções e resoluções, dividida inicialmente de forma binária e, posteriormente, terciária, de acordo o objetivo primeiro da legislação. Como referencial teórico temos a legislação adotada e obras de Joaquim Barbosa, Sabrina Moehlecke, Flávia Piovesan, Abdias Nascimento e documentos do Movimento Negro Unificado.

É de grande relevância que ao abordar a antidiscriminação, se compreenda o que é, de fato, discriminação, e este é o destino dado ao terceiro capítulo. Tendo como referência as obras de Adilson José Moreira, Silvio Luis de Almeida, Bruno Galindo e Castel, aprofunda-se em conceitos de discriminação, seja um conceito doutrinário, legal ou jurisprudencial, salientando a distinção de discriminação e preconceito ou racismo, por exemplo. Critérios de discriminação, proibidos ou não, são investigados para uma exata adoção no uso da discriminação positiva e no combate à discriminação negativa.

O quarto e último capítulo tem como objetivo averiguar se o sistema constitucional recepciona o Direito Antidiscriminatório em consonância com seus princípios e fundamentos, especialmente igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. A análise conta com a observação de cinco julgados do Supremo Tribunal Federal, em distintos objetos, utiliza do novo ramo do direito para assegurar garantias fundamentais. Ana Teixeira Barreto, Elpídio Donizetti, Silvio Luis de Almeida e John Rawls são referenciais teóricos neste capítulo. Na decorrência de cada julgado, que observam diferentes modalidades de discriminação e reverte a opressão até então adotada - preconceito com homossexuais, violência doméstica contra mulheres, obstacularização ao ensino superior por negros e negras, assim como o regular e amplo acesso à educação básica sem maiores custos a pessoa com deficiência - adotando o Direito Antidiscriminatório como instrumento para aplicação das garantias adotadas pela Constituição.

O método de abordagem escolhido é o indutivo e o método de procedimento é o monográfico, utilizando doutrina especializada, publicações em periódicos, dissertações e teses, além de toda a legislação referente levantada.

A elaboração deste trabalho se justifica pelo próprio tema - até então inexplorado e desconhecido na instituição, comprovando seu ineditismo - já que o Direito Antidiscriminatório tem sua importância frente à necessidade constante do combate à discriminação, ao ódio e à intolerância, e para tanto se faz necessário uma legislação tecnicamente adequada e socialmente efetiva, asseguradas pela Constituição Federal (RIOS, 2013, p. 01).

Trata-se da necessidade de um direito ainda mais pungente em sociedades como a brasileira, em que a empresa colonial - leia-se, o Estado - valeu-se da subjugação dos povos indígenas, da escravização imposta aos africanos e seus descendentes e da dominação de gênero como pilares de seu funcionamento. (RIOS e SILVA, 2017, p. 05).

A previsão de direitos e garantias fundamentais na Carta Federal foi profícua, ressaltando a dignidade da pessoa humana, matriz dos direitos fundamentais de maior relevância, sendo elemento do próprio Estado Democrático de Direito (art. 1º, III da CF/88). Deste modo, observa-se uma correlação entre este princípio e o direito da antidiscriminação, já que a promoção do bem de todos constitui um dos escopos da República.

Ademais, a constatação da ineficácia dos procedimentos conservadores no enfrentamento à discriminação e à diminuição de desigualdades levou ao surgimento de políticas, públicas ou privadas, de promoção de igualdade de oportunidades e resultados.

Contudo, academicamente, o tema não é conhecido e, conseqüentemente, não abordado. Verifica-se em intenso levantamento bibliográfico que o direito antidiscriminatório é desenvolvido, no Brasil, por meia dúzia de autores, o que constrói base de inovação do conteúdo. Ainda que a discriminação, suas motivações e conseqüências sejam levantadas em um número significativo de obras, não se discorre acerca dos direitos e deveres da antidiscriminação e sua ingerência no campo do direito.

## 2. DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO

Quando um regime social, político e econômico vindica por direitos, é natural que reivindicações comecem a surgir, e esse fato começa a ocorrer no Brasil especialmente a partir do final da década de 80, junto a promulgação da Constituição, onde a emergência de novas demandas acabam inaugurando traduções jurídicas - ramos do direito que consolidaram-se entre nós. Dentre eles, podemos enumerar, por exemplo, o direito ambiental, direito da infância e da juventude, direito do consumidor e assim por diante.

Permeando tais direitos, nutrido historicamente pelos direitos sociais em geral e pelo direito do trabalho, é possível elencar também o chamado Direito Antidiscriminatório. Trata-se de uma disciplina de pensamento e de prática própria e peculiar, que nasceu junto das demandas mundo afora, seja por reconhecimento, seja pelo exercício de direitos, e que aos poucos vai se consolidando, ainda que timidamente, tanto na prática judicial quanto na elaboração teórica e acadêmica.

Partindo do pressuposto que dentro do direito constitucional brasileiro e do direito internacional há a existência de um conceito jurídico proibitivo de discriminação, sendo tal conceito constitucional positivado pelo art. 5º, § 3º da nossa Constituição, inicia-se neste momento uma construção teórica - e até mesmo cultural/social - do direito antidiscriminatório, por vias legislativa, administrativa e jurisprudencial, tal como reflexões doutrinárias, com intuito de visibilizar e minimizar discriminações, com conseqüente diminuição nas vulnerabilidades de grupos sociais que sofrem tratamentos diferenciados em razão de condições específicas.

Realidades sociais e jurídicas marcadas por preconceitos e discriminação recebem uma compreensão dinâmica do princípio da igualdade, transcendendo as dimensões formal e material. Nas palavras de Roger Raupp Rios “na doutrina e na jurisprudência, o conjunto de conteúdos e institutos jurídicos relativos (...) à proibição de discriminação e como mandamento de promoção e de respeito da diversidade, recebe o nome de direito da antidiscriminação.” (2008, p. 321).

Mais do que combater as ações e efeitos de uma discriminação proposital, esse agrupamento jurídico possui propósito equivalente nas práticas e resultados da discriminação não intencional, tal como nas proclamações consideradas neutras,

mas que de fato trazem efeitos negativos para determinados grupos em benefício de outros.

O início da aplicação do direito antidiscriminatório no Brasil surge de diversas decisões, tanto nos tribunais federais quanto nos superiores, julgados que envolvem em grande parte direitos sociais, econômicos, culturais e trabalhistas. Verifica-se ainda o desponte de uma compreensão jurídica do que seja discriminação, bem como do que seja igualdade com proibição de discriminação, os critérios proibidos de discriminação, a modalidade direta e indireta de discriminação, a discriminação positiva e negativa e seus efeitos.

Ainda que já pudesse se observar a existência de normas que legislassem sobre a proibição da discriminação negativa e, posteriormente, sobre a criação de políticas públicas de discriminação positiva, o direito apenas começa ser aplicado, de fato, após alguns importantes julgados.

Assim como em outros países, essa construção e aplicação do Direito Antidiscriminatório (denominado também como direito da antidiscriminação) é inaugurada com reivindicações concretas dos movimentos sociais, recebendo respostas jurídicas que procuram ser mais eficazes possível. Historicamente é plausível observar a relação com os movimentos em busca de direitos sociais, econômicos e com o direito do trabalho. Realizado um levantamento legislativo nacional e internacional, tendo como critério de pesquisa a discriminação (positiva ou negativa), a veracidade desta afirmação é comprovada, conforme será demonstrado adiante.

Segundo Roger Raupp Rios, o mesmo pode ser observado na América do Norte e na Europa, onde

o desenvolvimento do conceito de proibição de discriminação e de direito da antidiscriminação surgiu exatamente à partir do direito do trabalho, ora pelo combate a segregação racial [...] ora a discriminação de gênero e daí se evoluiu, em primeiro lugar legislativamente, depois jurisprudencialmente e agora nos últimos anos teoricamente (2017, vídeo).

A ideia é que o direito antidiscriminatório além de abordar e superar a noção de igualdade de tratamento e desafiar a idealização de igualdade de oportunidade,

deve também se atentar a produção de igualdade de resultados, portanto, produzindo uma igualdade fática.

## **2.1 Contexto histórico**

Direitos não se ganham, direitos se conquistam. No mesmo sentido Ignacy Sachs afirma que “a ascensão de direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados” e que primeiro se articulam em reclames e estandartes de dedicação antes de serem reconhecidos como direitos (1998, p. 156). “Como realça Bobbio, os direitos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (BOBBIO in PIOVESAN, 2005, p. 28) e com o direito da antidiscriminação não foi (é) diferente.

A gênese brasileira do direito antidiscriminatório inicia-se com os abolicionistas, que motivados pela discriminação da população negra, até então escravizada, e por pressão da Inglaterra e de revoltas protagonizadas pelos negros ex-combatentes da Guerra do Paraguai, exigem a abolição da escravatura e a inserção social dos negros na vida pública e privada (PRUDENTE, 1988, p. 139).

Nesse sistema de pressão interna e externa em torno da população negra escravizada, o debate trouxe à tona a discriminação negativa legalizada pelo Estado brasileiro, o último no ocidente a abolir legalmente a escravidão. As leis que foram decretadas antes da abolição formal da escravatura podem ser consideradas o embrião do direito da antidiscriminação no país.

A partir dos anos 1960, o Direito Internacional passa a adotar o sistema especial de proteção dos direitos humanos, impulsionado por fatores internacionais e movimentos internos em diversos países. Este sistema é admitido como forma de complementação ao sistema geral de proteção dos direitos humanos que, sozinho, é incapaz de reduzir desigualdades e proteger grupos invisibilizados.

O Direito Antidiscriminatório, no molde contemporâneo, está umbilicalmente ligado às lutas em busca de igualdade de oportunidades e resultados e sua abordagem surge, de forma mais específica, nos anos 60/70 no cenário norte-americano, que começa a garantir direitos individuais, através de ações destinadas aos grupos minoritários que passaram a ser reconhecidos, após inúmeras reivindicações, por meio de embates, lágrimas, suor e sangue.

Não obstante, o debate e a polêmica já se iniciava em 1945 num julgado controverso que discutia sobre a restrição racial em uma universidade americana quanto à entrada de candidatos negros.

O direito internacional possui especial atuação na efetividade do Direito Antidiscriminatório, haja vista que o judiciário brasileiro ainda não evoluiu no debate sobre discriminação, deixando, portanto, de adotar posicionamentos importantes que levariam a reduzir desigualdades, discriminações, preconceitos e crimes destes derivados, assim como potencializar oportunidades e à proteção aos princípios dispostos na Constituição Federal.

Nos Estados Unidos, por exemplo, já há importantes debates, teses e jurisprudência consolidadas neste ramo do direito e manifestada em forma de proibição de discriminação e políticas públicas de ações afirmativas concebidas com intuito de realizar transformações culturais e sociais relevantes. É o direito como instrumento de transformação social (GOMES, 2001, p.8).

É possível observar no campo internacional um desenvolvimento progressivo de um ordenamento normativo que revela uma proteção antidiscriminatória e ações afirmativas. Fato que invariavelmente se reflete na legislação interna de diversos países, inclusive o Brasil.

Antes disso, o legislador nacional já havia sugerido uma forma mais direta de reparação à população negra, em resposta a discriminação institucional causada pelo Estado brasileiro durante séculos, seja através da escravização de sujeitos negros, seja pelo impedimento de acesso aos direitos mais básicos, como saúde, educação, cultura, lazer e respeito. Fatores que estão arraigados até hoje na sociedade, ocasionado frutos de racismo, preconceito e discriminação.

Somente a partir da Conferência de Durban, na África do Sul, onde se estabelece a responsabilidade civil do Estados que adotaram a escravidão, segregação e outras formas de discriminação como políticas de estado, é que o Brasil adotou políticas de reparação pelos danos históricos, através da implementação de políticas antidiscriminatórias, especialmente àquelas que propiciam “a correção de desigualdades raciais e a promoção da igualdade de oportunidades” (VIEIRA JUNIOR, 2005, p. 85).

Traçada uma linha do tempo no sistema internacional constata-se quatro modelos de proteção distintos: a primeira onde se estabelece normas, princípios e instituições mais generalistas, não havendo um destinatário da proteção e tampouco motivações específicas em sua criação, relegando particularidades, desigualdades e discriminação; num segundo momento entra em cena os direitos humanos, que “possui instrumentos que identificam e protegem de modo próprio os indivíduos” (RIOS, LEIVAS e SCHÄFER, 2017, p.133). Posteriormente, se destaca o direito das minorias, que vem suprir a ausência de guarda à determinados grupos particulares (minorias raciais, étnicas, religiosas e linguísticas, por exemplo), possuindo, por consequência, uma perspectiva mais particularista.

Por fim, o direito da antidiscriminação que “elege como destinatário de sua proteção o indivíduo sujeito de direito universal e abstrato (“todo ser humano”)”, contudo, sem deixar de atentar-se para as disparidades ocasionadas pela discriminação inseridas na sociedade (RIOS, LEIVAS e SCHÄFER, 2017, p.135).

Embora tais modelos de proteção atuem concomitantemente, tendo defensores de um ou outro tipo, podemos concluir que estas podem complementar-se, contudo, registrando que há um perceptível melhoramento no modelo de proteção com o Direito da Antidiscriminação.

Ainda em 1945, no Brasil, a demanda por uma legislação antidiscriminatória nasce da articulação de diversos segmentos do movimento negro, fazendo surgir ‘O Manifesto à Nação Brasileira’, fruto da Convenção Nacional do Negro Brasileiro que requisitava “a formulação de uma lei antidiscriminatória, acompanhada de medidas concretas para impedir que essa constituísse somente uma proclamação jurídica, vazia de sentido” (NASCIMENTO in FULLIN, 2015, p. 21).

A Constituição de 1946 recepcionou em partes esta reivindicação ao estabelecer que todos são iguais perante a lei (art. 141, §1º) e a proibição da veiculação de propagandas que espalhem o preconceito de raça ou classe (art. 141, §5º).

Cinco anos depois, a comoção instigada por ocasião da conhecida denúncia da bailarina norte-americana Katherine Dunham, impedida em se hospedar em um hotel de luxo, quando da visita à São Paulo, levou à aprovação da chamada Lei

Afonso Arinos; um relevante avanço legislativo-cultural num Congresso racialmente homogêneo, onde não havia negros.

Contudo, o progresso permaneceu apenas no campo simbólico, pois a lei não era (é) efetivamente cumprida. O jornalismo negro da época denunciava e lamentava a inaplicabilidade da lei e o Movimento Negro Unificado realizou o enterro simbólico da Lei Afonso Arinos (GONZALEZ, 1985, p.128).

Ademais, o próprio autor da lei afirmou que a norma não possuía funcionamento formal. De fato, caracterizar a discriminação como contravenção penal e limitar as hipóteses legais em que a legislação poderia ser aplicada, obsta as possibilidades em que os termos da lei poderiam se adequar às situações cotidianas.

Abdias do Nascimento, eleito no pleito de 82, propôs no Congresso a revogação da Lei Afonso Arinos e em substituição trouxera um projeto com propostas que buscavam tapar as lacunas deixadas pela norma anterior. O projeto apresentava penas mais duras que variavam de dois anos de detenção a quinze anos de reclusão, além de multa de, no mínimo, 20 salários mínimos, podendo alcançar o patamar de 40% da renda bruta em caso da discriminação ser ocasionada por pessoa jurídica e ainda serem duplicadas em casos específicos, como em casos em que a vítima fosse criança ou adolescente ou reincidência.

O casuísmo apontado na Lei Afonso Arinos era ponto específico na nova lei, ao trazer nova redação para o conceito central, onde discriminação racial é

a prática de quaisquer atos ou omissões que, de maneira explícita, dissimulada ou empírica, [dissipassem] tratamento diferenciado, oferecendo ou causando prejuízos materiais ou morais a pessoas pertencentes a grupos humanos historicamente sujeitos à identificação segundo critérios raciais; étnicos ou de cor epidérmica (PRUDENTE in FULLIN, 2015, p.23).

Outro problema que o projeto de lei buscava resolver foi a dificuldade probatória dedicando um artigo à desnecessidade de comprovação de declaração explícita ou atitudes subjetivas do agente ativo, bastando, para tanto, a comprovação dos elementos do crime contido na lei.

Entretanto, o projeto não foi aprovado no Senado, sendo sucedido pela aprovação da Lei 7.437/85 (conhecida como Lei Afonso Arinos II) que atribuiu a

aplicabilidade da lei em casos de discriminação por sexo ou estado civil e a atualização do valor monetário das penalidades.

Um conjunto protetivo contra diversos tipos de discriminação começa a se configurar nos debates entre o movimento negro e assembleia constituinte, perfectibilizando-se na Carta Magna de 1988. Inicia-se então, a consolidação do Direito Antidiscriminatório brasileiro.

A atual Constituição é, de fato, considerada uma transfiguradora na proteção dos direitos humanos e na prescrição da igualdade. Instituir o racismo como crime inafiançável e imprescritível, estabelecer punição para qualquer discriminação e aventar como objetivo da nação a promoção de todos sem qualquer tipo de discriminação ou preconceito determinam o norte a ser perseguido no embate às desigualdades sociais.

Desde então, o legislador inicia um processo que se inicia por salvaguardar um contingente maior de sujeitos a serem resguardados pela legislação, passando por aplicar sanções mais severas e finaliza com a busca pela efetiva aplicabilidade de diretrizes antidiscriminatórias, ensejando uma igualdade dinâmica, com equivalências de oportunidades e resultados.

## **2.2 Definições de Direito Antidiscriminatório**

No cenário nacional, ainda não há subsistência teórica e material para se discutir profundamente a discriminação. Desde o momento da preparação dos novos operadores de direito, na graduação, o debate sobre as garantias e defesa dos direitos humanos é relegado à margem de outros estudos, o que se reflete, inevitavelmente, no aprofundamento científico da matéria.

Além disso, o não enfrentamento do tema enseja uma pacificação falaciosa entre diversos grupos e classes sociais, onde o detrimento - financeiro, social, moral etc - de uma comunidade serve de catapulta para pessoas ou bando de pessoas. Perpassando os muros da vida social, vemos que essa relação de modalidades de hierarquia se reflete legislativamente, introduzindo consequências jurídicas à população, sendo elas negativas ou positivas, a depender do destinatário.

Não obstante, há um esforço de instituições nacionais e internacionais, impulsionados por grupos coletivos, em estabelecer uma área do conhecimento e da prática jurídica, relacionada à normas, institutos, conceitos e princípios, tendo o direito de igualdade como mandamento proibitivo de discriminação. Portanto, se registra o conjunto de normas jurídicas emplacadas em inúmeros documentos jurídicos nacionais e internacionais, conforme demonstrado nesta monografia no levantamento do ordenamento jurídico pertinente ao direito da antidiscriminação.

Galindo define o direito antidiscriminatório como:

[...] um conjunto de medidas jurídicas em âmbito constitucional e infraconstitucional que almeja reduzir a situação de vulnerabilidade de cidadãos e grupos sociais específicos através da proibição de condutas discriminatórias pejorativas, a exemplo da criação e manutenção de privilégios injustificáveis à luz das contemporâneas teorias da justiça, e, por outro lado, da implementação, quando necessário, de políticas públicas de discriminação reversa ou positiva, sempre no sentido de promover tais grupos e cidadãos a uma situação de potencial igualdade substancial/material, políticas estas normalmente transitórias até que se atinja uma redução significativa ou mesmo extinção da vulnerabilidade em questão (2015, p. 51).

Nas acertadas palavras do Desembargador Federal Roger Raupp Rios:

(...) o direito da antidiscriminação fornece ao direito constitucional (com repercussões em todos os ramos do ordenamento jurídico) categorias e instrumentos em favor da força normativa da Constituição, desvelando, concretizando e desenvolvendo potencialidades e efeitos ora esquecidos, ora pouco desenvolvidos, pertinentes à compreensão corrente do princípio jurídico da igualdade (2008, p. 13).

O autor ainda considera que o Direito da Antidiscriminação “é a área do conhecimento e da prática jurídica necessária para a correta realização do princípio da igualdade, sendo de inegável importância sua concretização legislativa” (2008, p. 11).

A consolidação nesta área do direito se mostra demasiadamente importante, pois se trata, também, do enfrentamento de diversas espécies de preconceito, que não somente atua de forma concreta e injusta na vida pessoal de indivíduos ou grupos, assim como tenta se justificar. O respeito aos chamados grupos minoritários e vulnerabilizados bem como às suas respectivas garantias é dever constitucional,

moral e social, desta forma, fica evidente a urgência e necessidade de medidas antidiscriminatórias (RIOS, 2015, p. 334/5).

Portanto, temos que o Direito Antidiscriminatório é um novo ramo do direito que tem como função implementar instrumentos jurídicos que busquem alcançar e efetivar a proteção de grupos sociais vulnerabilizados, atuando de forma interdisciplinar, através de critérios proibitivos de discriminação negativa e da adoção de políticas públicas que ensejem a equidade de tratamento e de oportunidades.

### **2.3 Objetivos do Direito Antidiscriminatório**

O direito da antidiscriminação possui como primordial incumbência fazer cumprir princípios constitucionais, destacando-se, a igualdade, liberdade e a dignidade humana, coibindo desigualdades sociais geradas pela discriminação, seja ela direta ou indireta, utilizando para tanto métodos como a discriminação positiva, legislação antidiscriminatória e ações de proteção e inclusão de direitos e geração de equidade de oportunidades e resultados.

Para além de combater a mais tradicional forma de discriminação, que consiste em tratar intencionalmente de forma desfavorável e diferenciada certas pessoas ou grupos de pessoas, este ramo do direito ainda atua em outras frentes, conforme leciona Joaquim Barbosa Gomes, ministro aposentado do STF:

avança ainda na luta pela erradicação de um tipo de discriminação materializada não propriamente em atos específicos [...] mas em medidas que tem grande potencial de nocividade em detrimento dos grupos sociais mais vulneráveis (2001, p. 132).

A combinação da proibição da discriminação com políticas que aceleram a igualdade enquanto processo é imprescindível. Isto é, somente reprimir a discriminação não irá assegurar a igualdade, é essencial a adoção de “estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais”, afinal a censura de condutas discriminatórias e excludentes, por si só, não resulta em efetiva “inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação” (PIOVESAN, 2008, p. 38).

Deste modo, mais que editar e ratificar um conjunto normativo, seja constitucional ou infraconstitucional, interno ou externo, é preciso classificar essa totalidade de legislação com intuito de analisar sua função dentro do âmbito do direito antidiscriminatório, bem como averiguar sua executabilidade e eficiência.

E mais, entender o que é discriminação e explorar seus conceitos, nas esferas doutrinária, jurisprudencial e legal, os critérios adotados de discriminação, assim como a utilização da discriminação positiva e o enfrentamento à discriminação negativa, meios esses que desempenham os objetivos do Direito Antidiscriminatório.

Tanto na legislação penal antidiscriminatória, quanto na legislação geral, o direito antidiscriminatório procurar cumprir seus objetivos de forma a abarcar quaisquer tipos de discriminação, seja proibindo a adoção de condutas discriminatórias públicas e privadas, ingressando em possibilidades de sanções, cíveis, administrativas, penais e até sociais, além de uma terceira vertente, que é a reparação/inclusão social.

### **3. RETROSPECTIVA NORMATIVA DO DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO**

Neste capítulo, busca-se apresentar uma retrospectiva legislativa do Direito Antidiscriminatório que há muito está presente no conjunto normativo do Brasil e do mundo, apresentando-se de diferentes formas, fundamentado por diferentes princípios e buscando diferentes objetivos. A convergência entre estas distintas normas se dá em sua natureza substancial, que é implementar a não-discriminação, a oportunidade e a defesa de direitos fundamentais, estruturada nos princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade humana.

Não há dignidade sem a possibilidade de se exercer a liberdade. Não há plena liberdade sem igualdade. Não há igualdade sem oportunidades e não-discriminação.

Este novo ramo do direito busca assentar um desejo comum entre grande parte da população mundial: a não-discriminação. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já perseguia tal escopo, ecoando tal diretriz em legislações mundo afora.

Ante a evidência de que o direito da antidiscriminação manifesta-se em divergentes formas, faz-se necessário desmembrar a pesquisa do histórico legislativo do Direito Antidiscriminatório em legislação constitucional antidiscriminatória, legislação infraconstitucional antidiscriminatória e conjunto normativo internacional antidiscriminatório. Dessa forma, é possível analisar a evolução histórica legislativa, onde poderá se comprovar as origens do direito da antidiscriminação e observar em qual contexto de lutas essa evolução e garantias foram adquiridas.

Por fim, com base nessa investigação, visualiza-se a interdisciplinaridade do tema, estabelecida nos mais diversos ramos do direitos, assim como suas múltiplas funções, onde não se limita somente a proibir gêneros discriminatórios, mas inclusive em determinar possibilidades de promoção de igualdades. Nesta diversidade de leis, onde o direito/dever antidiscriminatório pode estar inserido em um artigo ou expresso inteiramente na lei, distingue-se a lei com base em classificação legislativa baseada em leitura lógica hermenêutica.

### 3.1 Legislação Constitucional Antidiscriminatória

A Constituição brasileira inicia um novo ciclo, no âmbito interno, sobre o avanço do Direito Antidiscriminatório. Tais avanços encontram-se dispostos expressa e implicitamente em diversos trechos de nossa Carta Magna. Portanto, é preciso dissecá-la, de forma apartada do conjunto normativo, para observarmos como o direito antidiscriminatório se revela e se aplica juridicamente.

O artigo 3º, inciso III é um exemplo enfático da discriminação positiva, que busca, em síntese, reduzir as desigualdades econômicas, sociais e regionais. O rol de desigualdades neste inciso não é taxativo, isto porque, o próprio Diploma Maior rege, em outros trechos, que é papel do Estado diminuir, evitar e punir todos os tipos de desigualdades e discriminações, agindo de forma ativa para que tal objetivo se concretize. Como se observa no inciso IV do mesmo artigo, em complementação, busca-se “promover o bem de todos, sem preconceitos (...) e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988). O que demonstra a exemplificatividade do inciso III, bem como nos demais fragmentos do texto constitucional e em normas infraconstitucionais, ampliando a gama de grupos sociais a serem tutelados por políticas públicas. Os referidos incisos são objetivos fundamentais da nação, dessa maneira, é obrigação do Estado efetivar tais propósitos, de forma institucional e prática. Um país que se ausenta de sua função primordial, falha com seu *status* de governo e com seus cidadãos.

Segundo o jurista constitucionalista José Afonso da Silva:

A discriminação é proibida expressamente, como consta no art. 3º, IV da Constituição Federal, onde se dispõe que, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, está: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Proibi-se, também, a diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou posse de deficiência (art. 7º, XXX e XXXI). (sic) (2014, apud SILVA, 2003, p. 222).

Os incisos III e IV do art. 3º são, respectivamente, medidas de discriminação positiva e antidiscriminatória *stricto sensu* que buscam trazer à existência da realidade o princípio da igualdade. Ou seja, a melhoria de condições de vida de grupos sociais historicamente marginalizados, passa pelo processo de reverter os

processos de marginalização e desigualdades, através do Direito Antidiscriminatório (MOREIRA, 2017, p. 31).

Isto posto, temos que o Direito Antidiscriminatório é uma evolução do próprio princípio da igualdade, convalidado pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade. Não há plena liberdade e dignidade enquanto todas e todos não forem iguais em tratamento e oportunidades, respeitada sua individualidade. Assim sendo, quando aplicada em sua inteireza, é a forma aprimorada de se aperfeiçoar a efetividade dos objetivos fundamentais trazidos pelo texto constitucional.

Diante do cenário histórico, onde a Constituição é elaborada, dentro da construção da redemocratização do país, o cerceamento de direitos na Ditadura e a inaplicabilidade das leis antidiscriminatórias até então existentes, os constituintes conceberam uma redação incisiva no que tange ao respeito às diferenças, a busca pela igualdade e a redução das discriminações. Reflexo disto é o princípio do repúdio ao racismo, expresso no art. 4º, inciso VIII. Cabe aqui destacar que, apesar dos variados grupos discriminados e dos múltiplos modelos de discriminação, o racismo é o mais impregnado e pungente na sociedade brasileira, inclusive, à época dos debates constitucionais. Consequentemente o termo e seus congêneres são trazidos à baila com frequência na Constituição.

O racismo é a única espécie de discriminação que pode ser imposta a todas as demais categorias de discriminação. Uma mulher, um homossexual ou trans, uma pessoa com deficiência, o judeu ou umbandista, a pessoa idosa ou a estrangeira, são sujeitos vítimas de discriminação, preconceito ou crime de ódio, contudo, se não for uma pessoa negra, ela nunca carregará o fardo da opressão imposta pelo sistema estrutural do racismo.

Quando falamos em direitos trabalhistas podemos afirmar que parte dos avanços e garantias trabalhistas se deram em razão desta nova área do direito que, conforme ordena a Constituição, proíbe qualquer tipo de diferenciação de salários, critério de admissão ou exercício de função por motivo de idade, sexo, cor ou estado civil, bem como qualquer discriminação ao trabalhador com deficiência - incisos XXX e XXXI do art. 7º, respectivamente.

A Constituição ainda proíbe qualquer distinção entre trabalhos e respectivos profissionais (art. 7º, XXXII), além de prezar pela igualdade dos direitos trabalhistas entre todos os trabalhadores. Ainda que a Consolidação das Leis do Trabalho tenha sido promulgada 45 anos antes da nossa Lei Maior, os direitos e garantias ali estabelecidos na Constituição são recepcionados pela lei infraconstitucional, mesmo que muitas das vezes seja por súmulas do Tribunal Superior do Trabalho.

A Carta Constitucional assume expressamente, em seu artigo 37, inciso VIII, a possibilidade da utilização da discriminação positiva, visando o encolhimento das consequências da discriminação e a inserção no mercado de trabalho, ao estabelecer a reserva de vagas em “cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios da sua admissão”. A disposição foi regulamentada em 1990 com a promulgação da Lei 8.112.

O interesse do legislador constituinte, tanto originário quanto derivado, em coibir ações discriminatórias se reflete também no contexto familiar. O art. 227 da CF rege que é dever da família salvaguardar a criança, o adolescente e o jovem de discriminação. O inciso II do mesmo artigo diz que o Estado criará programas de prevenção e eliminação de todas as formas de discriminação para jovens e adolescentes com deficiência. Tais medidas foram empregadas pela Emenda Constitucional nº 65/2010 que busca cuidar dos interesses dos juventude.

Outro importante aspecto que o Direito Antidiscriminatório estabelece no direito de família é a não diferenciação entre filhos, independentemente se gerados ou não na relação do casamento ou se por adoção, garantindo à todos os mesmos direitos e qualificações, conforme consta no art. 226, §6º, CF. Tal tratamento foi recebido posteriormente pelo CC/2002, já que até então o Código Civil de 1916 vedava o reconhecimento de filhos e filhas adulterinas, bem como os direitos sucessório de adotados.

O artigo 5º, propositalmente o último trecho a ser analisado dentro da Constituição para fins didáticos, corrobora com a afirmação de que o Direito Antidiscriminatório tem como alicerces e, portanto, um aperfeiçoamento, os princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade humana.

Dos direitos e garantias fundamentais emanados no artigo 5º da Constituição, testemunhamos o direito da antidiscriminação em sua raiz, num plano amplo e

nacional, ou seja, o princípio da não discriminação descrito no caput é primordial na construção de uma sociedade mais justa. A previsão do artigo estabelece condições de vida sem qualquer tipo de preconceito - podemos ler aqui sem qualquer tipo de discriminação, já que este é um instituto mais abrangente que engloba, inclusive, o preconceito - atributo essencial à convivência em sociedade e à própria pessoa humana. Daí a proteção à pessoa humana e sua dignidade serem os valores a serem tutelados, indistintamente do setor público ou privado.

O inciso primeiro vem reforçar um desejo pulsante na Constituição e na sociedade que procura conter a desigualdade, a injustiça e a discriminação. Uma sociedade que no final do século XX carece impor e evocar em diversos momentos em sua legislação maior que homens e mulheres são iguais, tal qual todos são iguais perante a lei, demonstra o reflexo de uma sociedade desigual onde tal comunidade jurídica está inserida.

Tal medida se fez necessária para reverter a posição social impostas às mulheres ao longo da história da humanidade. Ainda que a legislação, seja ela constitucional ou infraconstitucional, não seja capaz de mudar o cenário de desigualdade e discriminação, a mudança constitui um marco inicial nas estratégias políticas institucionais de enfrentamento e superação das desigualdades, especialmente, à época, entre homens e mulheres e negros e não-negros.

Mais adiante, nos incisos XLI e XLII do art. 5º, o legislador demonstrou interesse em punir qualquer manifestação discriminatória, o que é um progresso no Direito Antidiscriminatório, haja vista que até então, as constituições anteriores não demonstravam interesse em tal pauta. Merece uma especial reflexão tais incisos, que expressa que a lei deverá punir casos de discriminação e institui que o racismo seja imprescritível e inafiançável, sujeito à reclusão. Contudo, na prática, verificamos que no Brasil o racismo não é um crime punido.

Desde 1951 (Lei 1.390 - Lei Afonso Arinos) o racismo é punível, entretanto o país não possui dados da quantidade de pessoas condenadas pelo crime. Atualmente, o racismo, em seu sentido estrito, muitas vezes, é defendido e recepcionado pelo judiciário como injúria racial, que possui uma pena mais branda. Nas palavras do notável Abdias Nascimento, a lei Afonso Arinos possui um valor simbólico, pois não é cumprida ou executada. Refere ainda, que mesmo após a

publicação da lei, os anúncios de empregos continham uma advertência: ‘não se aceitam pessoas de cor’ (NASCIMENTO, 2016, p. 97).

O fato é que o número de crimes de racismo tem crescido vertiginosamente. Segundo os registros da DECRADI/SP, o número cresceu 65% entre maio de 2017 e maio de 2018. Se comparados os anos entre 2010 e 2016, o Distrito Federal registrou um aumento nas denúncias em impressionantes 1.190%, segundo mostra o Ministério Público/DF na obra “Acusações de Racismo na Capital da República”.

A tragédia é reflexo de um país marcado com um passado escravocrata, o último do ocidente a ‘abolir completamente’ a escravidão, além de ter se ausentado durante séculos de políticas públicas de inclusão da população negra e combate à discriminação, acolhendo como desculpas o mito da democracia racial e a falácia meritocrática.

A situação agrava-se quando as instituições não (re)agem - daí o racismo institucional - ante estes crimes de ódio que multiplicam-se e, com o passar do tempo, tornam-se cada vez mais dinâmicos: crimes cibernéticos, fraudes em ações afirmativas de universidades, concursos públicos e estágios, arquivamento e menores punições para réus não-negros, e, ainda, a utilização do *emendatio* ou *mutatio libelli* para não enquadrar o crime como racismo. À vista disso, quem é discriminado está começando a denunciar, todavia, o poder judiciário não aciona a legislação penal antidiscriminatória.

O crime de injúria racial colocou o crime de racismo na penumbra, dando azo para que os racistas continuem impunes. Segundo o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 2013, havia 327 ações com injúria de preconceito, com 29 condenações e 25 registros de racismo. Por vez, em 2017, havia 1.108 casos de injúria (alta de 238%), com 257 punições. Doutra norte, o registro de racismo caiu para 22, com apenas seis condenações por racismo entre 2013 e 2017. Assim sendo, os números e a realidade factual mostram que os efeitos do inciso XLI não estão sendo verdadeiramente cumpridos.

Outras vertentes do direito antidiscriminatório se apresentam na Constituição e, de modo geral, são apresentadas e possuem um viés guiado pelo princípio da igualdade. Temos como exemplo o art. 5º, LIII e LVII que garantem a igualdade

jurisdicional, art. 14 que dispõe sobre igualdade política ou a igualdade tributária disciplinada no art. 150, inciso III.

### **3.2 Legislação Infraconstitucional Antidiscriminatória**

As primeiras legislações de conteúdo discriminatório positivo vão ao encontro com as lutas do movimento negro e abolicionista do Brasil Império, ainda que de forma tímida. A legislação geral antidiscriminatória procura criar uma vantagem temporária ou permanente aos grupos historicamente excluídos, todavia, à época, a legislação antidiscriminatória possuía a função de dar cabo não somente a discriminação, mas também a segregação e escravidão impetrada pelos grupos dominantes.

A primeira lei nacional neste sentido é a Lei 2.040/1871 (Lei do Ventre Livre) que considerava livre todos os filhos de mulheres escravizadas nascidos a partir da data da lei. A lei simbolizava um passo, ainda que acanhado, para o fim da exploração do trabalho humano negro. A norma foi uma resposta às pressões manipuladas pela Inglaterra, que via na população negra brasileira um mercado para vender seus produtos industrializados e serviria como uma transição para o inevitável fim da escravidão. No inteiro teor da lei, contudo, mostrava que a realidade não se alterava.

Os filhos nascidos à partir da lei não poderiam ser considerados, de fato, libertos, já que o art. 1º, §1º ditava que o senhores das escravas poderiam utilizar o serviço da criança até a idade de 21 anos completos ou serem indenizados pelo Estado. Estes 'recém-libertos' para não trabalharem para os senhores de escravos deveriam lhe pagar certa quantia (art. 1, §2º). Em caso de sucessão, deveriam trabalhar para os herdeiros (art. 1º, §7º) e ainda poderiam terem seus serviços alugados (art. 2º, § 1º).

Outra legislação de pouco valor foi a Lei dos Sexagenários (Lei 3.270/1885) que promovia a liberdade dos escravos com mais de 60 anos de idade. Todavia, após atingir a idade determinada, o sujeito ainda deveria trabalhar por mais três anos de forma gratuita para seu patrão. Pouquíssimas pessoas escravizadas chegaram nesta idade, e, além disso, já estavam discriminados e desvalorizados no

mercado de trabalho. Discriminação direta que ocorria por sua raça, sua idade e força física. Tal fato proporcionou a estes idosos duas possíveis saídas: permanecer trabalhando de graça em troca de alimento e moradia, ainda que indignos, ou se lançar a sorte perambulando pelas ruas das cidades.

Estes dois primeiros exemplos de legislação geral antidiscriminatória, tecem um ambiente de transição da forma de trabalho no Brasil, até ser finalizado com a Lei Áurea (Lei Imperial n. 3.353 de 13 de maio de 1.888). Estas três leis são a tríade do direito positivo da antidiscriminação num tempo em que a discriminação negativa, seja racial, de gênero, classe, origem ou etnia, por exemplo, era algo legitimado tanto pela legislação quanto pela sociedade. O negro torna-se, a partir da Lei Áurea, cidadão, em tese, titular de direitos e obrigações. Entretanto, segundo refere o estudo da Profª Eunice Aparecida de Jesus Prudente, a “titularidade constitui mera formalidade, uma vez que, não será recebido como trabalhador livre no mercado de trabalho. Prefere-se o imigrante.” (1988, p.141).

Somente mais de seis décadas depois da abolição é que surgiu a primeira norma antidiscriminatória punitiva, a chamada Lei Afonso Arinos (Lei 1.390 de 1951), que instituiu como mera contravenção penal as práticas de atos resultantes de preconceitos de raça ou cor. Algumas leis esparsas incluíram critérios, tais como classe, raça, cor e religião, como elementos de proteção antidiscriminatória, tal qual a Lei do Genocídio (Lei 2.889/1956), Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/1962) e a Lei da Imprensa (Lei 5.250/1967).

A expansão do sistema especial de proteção dos direitos humanos, através do direito antidiscriminatório, se apresenta na Lei 7.437/85 (Lei Afonso Arinos II) ao trazer uma nova redação a Lei Afonso Arinos (Lei 1.390/51) e incluir no rol de práticas consideradas contravenções penais àquelas praticadas em detrimento de sexo ou de estado civil, além das já presentes raça e cor.

A Lei Caó (Lei 7.716/89) é um avanço na batalha contra a discriminação, fruto de reivindicação antiga das lideranças negras e de parte da sociedade civil, foi a primeira lei antidiscriminatória após a constituição cidadã, que já recepcionava o direito antidiscriminatório (art. 5º, XLIII, CF/88). Ademais, a norma definia que os atos resultantes de preconceito de raça ou cor seriam considerados crimes e não mais contravenções (ato delituoso de menor gravidade que o crime).

Com as novas redações e alterações que a Lei Caó ganhou (Leis 9.459/97 e 12.288/10), esta deixa de ser exclusiva de combate ao racismo e torna-se uma “lei geral penal antidiscriminatória”, abrangendo os crimes derivados de etnia, religião e procedência nacional. Adiante, o Congresso aprovava a Lei 8.081/90 que explicita os crimes e as penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou por publicação de qualquer natureza. Redação semelhante foi produzida no texto original da Lei Caó, que previa o crime e punição em caso de discriminação praticada por meio de comunicação, porém, foi vetado à época pelo então presidente José Sarney.

Somente em 1995, já na guarda Lei 9.029/95 é que os direitos de não discriminação são tutelados no direito do trabalho, proibindo a adoção de qualquer prática discriminatória para efeitos admissionais ou de permanência na relação de trabalho. A norma é a primeira que já nasce amplamente antidiscriminatória, ou seja, foi a precursora em trazer uma gama extensa - mas nunca taxativa - de proteção. Ainda que a lei possua um viés protetivo às mulheres - sujeitas às discriminações no ambiente de trabalho e na diferenciação de salários até hoje -, vedando a exigência de atestados de gravidez ou esterilização, a lei proposta pela Deputada Benedita da Silva, garantiu, também, a proteção em razão de origem, raça, cor, estado civil, situação familiar e idade, sendo ainda, acrescido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, a deficiência, a reabilitação, entre outros, como critérios de proteção.

Nota-se que a expressão utilizada “entre outros” vem dirimir qualquer possibilidade de dúvidas ou contrassenso no que tange ao elenco de grupos protegidos pela direito antidiscriminatório. Este rol, bem como outros apresentados na Constituição ou em legislação esparsa, de modo algum deve ser considerado exaustivos, pois o objetivo deste novo paradigma do direito é assegurar igualdade, oportunidade, proteção, liberdade e resguardar a dignidade humana de grupos historicamente marginalizados. Notadamente estes grupos não podem ser taxados em razão do movimento histórico de uma sociedade e suas percepções e relações sociais, sendo que o alcance do objetivo somente se dará com a adoção de uma abordagem substancialista do direito da antidiscriminação.

No ano de 1997 é instaurado uma nova política de ação inclusiva, ou seja, discriminação positiva, que propunha, através da Lei 9.504/97 a cota mínima de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. No mesmo ano, a legislação penal antidiscriminatória foi atualizada pela Lei 9.459/97 que acresce aos crimes de preconceito (Lei 7.716/89) aqueles resultantes de discriminação referente à etnia, religião ou procedência nacional e agrava o crime de injúria quando decorrente da utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem (art. 140, §3º do Código Penal).

Em 1991 foi apresentada o projeto de lei que versava sobre o acesso das mulheres ao mercado de trabalho, além de assegurar diversos direitos. O projeto, aprovado somente oito anos depois sob o nº Lei 9.799/99, garantiu, entre outros direitos, a vedação de distinção na contratação de homens e mulheres e revistas íntimas, bem como a transferência de função e dispensa para consultas médicas em caso de gravidez.

Até o fim da década de 90 a positivação de normas antidiscriminatórias baseou-se apenas no critério proibitivo ou punitivo, buscando coibir ou diminuir a distinção presente nas relações sociais, utilizando, em alguma ocasiões, a punição para possibilitar os objetivos descritos na constituição e tão aguardados por grande parte da sociedade. Não obstante, é fato que a desigualdade, a discriminação e o preconceito não diminuíram, pelo contrário, tem apenas crescido e apresentado novos formatos na sociedade brasileira. Portanto, novos métodos seriam necessário para implementar os princípios constitucionais e o direito antidiscriminatório à realidade nacional. Neste intento, no início do século XXI, surgem as primeiras legislações com finalidade essencialmente inclusiva, com alicerce na discriminação positiva, vertente do direito antidiscriminatório, buscando inserir oportunidades de inserção, seja educacional, profissional ou política a grupos histórica e socialmente vulnerabilizados.

Para alguns doutrinadores, como o ex-ministro Joaquim Barbosa Gomes (2001) e o Desembargador Federal Roger Raupp Rios (2008), este tipo de política pública é denominada de 'ações afirmativas', sustentado na experiência dos Estados Unidos, que dá início ao fim de uma política de neutralidade que permitia uma supremacia racial naquele país.

As ações afirmativas, na forma contemporânea da expressão, surgem em 1960 com a Executive Order 10.965, ação que busca a igualdade de direitos civis entre negros e brancos. Políticas públicas semelhantes ainda foram adotadas na Índia, Malásia, Canadá, Austrália, África do Sul, Argentina, Cuba, em vários países da Europa Ocidental, dentre outros. Na Europa utiliza-se a expressão 'discriminação ou ação positiva', sendo inserida em 1982 no Programa de Ação para Igualdade de Oportunidades da comunidade econômica europeia (MOEHLECKE, 2002, p.199).

No Brasil, o debate da adoção da discriminação positiva inicia-se em 1968, onde técnicos do Ministério do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho se manifestam de forma positiva para elaboração de uma lei que obrigue empresas privadas a admitirem uma porcentagem mínima de empregados negros, possibilitando, desta forma, uma diminuição na discriminação racial no mercado de trabalho, entretanto, a ideia foi imediatamente rechaçada (SANTOS, 1999, p.222).

Segunda a Doutora Sabrina Moehlecke, o debate voltou ao centro das discussões políticas no anos 1980, quando o deputado federal Abdias Nascimento propõe um projeto de lei revolucionário e a frente do seu tempo, contendo, dentre os requerimentos:

a adoção de cotas para negras e negros no serviço público; bolsas de estudo; incentivos às empresas do setor privado para a eliminação da prática da discriminação racial; incorporação da imagem positiva da família afro-brasileira ao sistema de ensino e à literatura didática e paradidática, bem como introdução da história das civilizações africanas e do africano no Brasil (2002, p. 204).

Infelizmente, o projeto que propunha estas ações compensatórias (discriminação positiva) não foi aprovado pelo Congresso, entretanto tais pautas ainda continuaram sendo defendidas pelas lideranças do movimento negro e começam a ser positivadas apenas à partir dos anos 2000. Temos inicialmente a Lei 10.639/2003 que inclui no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira", ao qual ainda é deficientemente aplicada. Neste mesmo ano é aprovado o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03) que entre outras disposições, dá uma nova redação para a injúria racial (art. 140, §3º, CP) e traz um aumento de pena ao agente que praticar vias de fato contra vítima maior de 60 anos.

A Lei 11.340/06, comumente denominada Lei Maria da Penha, é um marco revolucionário em nossa sociedade. A norma que busca coibir a violência doméstica contra a mulher, trouxe, também diversas alterações significativas, como a implementação dos juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e modificações importantes em todo o sistema penal brasileiro. Entretanto, cabe ressaltar a mudança que a lei impactou em nosso cotidiano, com apoio massivo de feministas, de instituições e por parte da sociedade civil, modificando a cultura, até então adotada pela maioria dos brasileiros, de não-intervenção (aceitação) da violência contra mulher.

Tal mudança pode ser motivada por três aspectos: (i) a efetividade e segurança que a Lei Maria da Penha traz em parte dos casos; (ii) a possibilidade de prevenção de novas violências, e; (iii) políticas públicas institucionais de combate às violências e à discriminação, bem como não aceitação e intervenção em tais situações.

Em 2008 é sancionada a Lei 11.465/08 que incluiu a “História e Cultura Indígena” no currículo da rede de ensino. Tal lei, que contém um único artigo, possui tanta dificuldade ou mais para ser executada quanto a 10.639/03 (inclusão de História e Cultura Afro-Brasileira).

O Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/2010), norma destinada à um povo historicamente excluído, segregado e subalternizado, destina-se garantir à população negra a efetivação de igualdade de oportunidades, a defesa de direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica (art. 1º). O Estatuto é considerado a mais importante iniciativa legislativa antidiscriminatória desde a Lei Áurea (1888) e trata de pontos fundamentais como o direito à saúde, educação, esporte, lazer, cultura, trabalho e moradia adequada. Ademais, o texto legal foi eficaz em dispor de conceitos essenciais à execução de políticas públicas, como, por exemplo, o já mencionado conceito de discriminação racial, de desigualdade racial e de ações afirmativas.

A lei ainda iria contribuir para a criação de duas importantes leis para a população negra, a 12.711/12 e 12.990/14 que propunham políticas públicas de discriminação positiva, chamada de ações afirmativas, para a inclusão social da negra e negro brasileiro, através de oportunidades de educação e trabalho. A Lei

12.711/12 vem efetivar, no plano nacional, uma excelente prática que vinha sido praticada por algumas instituições de ensino público, a reserva de vagas para estudantes de escolas públicas, de baixa renda, para negros e indígenas. Por vez, a Lei 12.990/14 reservou, por dez anos, vinte por cento das vagas de concursos públicos no domínio da administração federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

Mais recentemente foi aprovada a Lei 13.146/15 ao qual concebe o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência), trazendo inovações de proteção, inclusão e garantias a este grupo de pessoas que possuem impedimentos, seja de natureza própria ou de natureza discriminatória. Para além de direitos e liberdades fundamentais garantidos pelo instituto, foi assegurado maior independência jurídica para a pessoa com deficiência. A posteriori, se estabeleceu pela Lei 13.409/16 que as pessoas com deficiência também seriam incluídas nas reservas de vagas para ingresso em instituições públicas federais e de nível técnico médio.

No entanto, ações de discriminação positiva não surgem nesta década, em 1990, já era estipulado ações afirmativas para pessoas com deficiência em concursos públicos (art. 5º, §2º da Lei 8.112/90) - consoante prescreve o art. 37 da Constituição -, assim como a obrigatoriedade de empresas privadas contratarem uma porcentagem mínima de pessoas com deficiência ou reabilitadas (art. 93 da Lei 8.213/91).

Com exceção ao artigo 93 da Lei de Benefícios (8.213/91), nenhuma outra lei constrange o setor privado a agir ativamente segundo os ditames do direito antidiscriminatório ou ainda de acordo o princípio do interesse público. Isso demonstra que o setor privado além de não participar na batalha contra a discriminação e desigualdades impostas por séculos de opressão e repressão, ainda cria diversas barreiras para que tal fato ocorra naturalmente no setor. E mais, a iniciativa privada é um potencial embargo na manutenção e avanço do direito da antidiscriminação e na perpetuação das discrepâncias sociais, econômicas e raciais presentes em nossa sociedade.

Nesta breve análise legislativa podemos verificar que o direito antidiscriminatório, com base no sistema especial de proteção dos direitos humanos, além dos supramencionados princípios constitucionais, vem se alargando e aperfeiçoando para proteger e garantir maior igualdade substancial aos grupos marginalizados. Grupos estes que possuem particularidades e necessidades próprias, perfazendo com que a defesa de seus direitos sejam materializados em lei, haja vista que nem sociedade nem instituições assegurem a proteção destes direitos.

Verificamos ainda que a legislação antidiscriminatória é concretizada somente quando da pressão, e muitas vezes por iniciativa, da sociedade civil que verifica fatos, aponta evidentes desigualdades e crimes provocadas por discriminação e sugere iniciativas capazes de consumir a igualdade, liberdade e a defesa da dignidade humana prometidas na Constituição Federal.

A imprescindibilidade do direito antidiscriminatório ser positivado a fim de trazer novas garantias e direitos aos grupos marginalizados e que ainda não foram assegurados, reflete no dia-a-dia e no debate jurídico e legislativo, a título de exemplo, a comunidade LGBTI que, há anos, busca o fim da violência e da discriminação, bem como a acessibilidade à direitos fundamentais. Reflexo disso é o PLC 122/06 (Projeto de Lei da Câmara) que pretendia alterar a lei 7.716/89 para incluir entre os crimes abrangidos pela lei a discriminação por gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. A proposta modifica, ainda, o Código Penal somatizando a denominada “injúria racial” as motivações decorrentes de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Após o intenso debate e a resistência de opositores, especialmente da bancada evangélica, a PLC 122/2016 foi arquivada, contudo surgiram duas sugestões legislativas, de iniciativa popular, sobre a criminalização da homofobia (SUG 05/2016 e 28/2017) e foram aprovadas pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) do Senado, tornando-se um Projeto de Lei do Senado (PLS 515/2017). Atualmente a proposta encontra-se na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania em posse do relator, o senador Sérgio Petecão (PSD-AC).

O Direito Antidiscriminatório é, portanto, uma realidade jurídica no Brasil e no mundo, que precisa ser debatida, aperfeiçoada, ampliada e urgentemente efetivada, em especial por convivermos numa frágil democracia em consolidação, que ainda desrespeita, discrimina, segrega, agride e mata.

### **3.3 Conjunto Normativo Internacional Antidiscriminatório**

No Direito Internacional a busca pelo fim ou diminuição da discriminação ocorre de forma paulatina, ainda que muitas vezes obstado por questões político-sociais levantados por países-membros conservadores. A primeira iniciativa de não discriminação pode ser observada na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, inserida no contexto da Revolução Francesa. Tal documento é um paradoxo esdrúxulo, que de parte conclama a igualdade e os direitos humanos e de outro restringe que seus efeitos sejam estendidos em mulheres e pessoas negras.

Este documento histórico serviu de inspiração para a Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948 que traz importantes artigos antidiscriminatórios. A proteção contra qualquer tipo de discriminação (art. 7), os fatores de discriminação (art. 2) e a proibição do tráfico e escravidão (art. 4) são retratos de como o germe do direito antidiscriminatório se desenvolve no direito internacional.

Dez anos depois, em 1958, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) adota a Convenção 111 concernente à discriminação em matéria de emprego e profissão. Vale destacar os itens 'a' e 'b' do artigo 1º, precursores numa definição normativa de discriminação, e aderidas, com algumas alterações em outros documentos internacionais, como a Convenção de 1965 e de 1979 da ONU, por exemplo.

#### **ARTIGO 1º**

1. Para fins da presente convenção, o termo "discriminação" compreende:

a) Tõda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cõr, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprẽgo ou profissão;

b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados. (sic)

Estes documentos internacionais servem como um norteador para políticas públicas e ideias legislativas em diversos países, incluindo o Brasil, prova disto são os direitos trabalhistas assegurados pela CF/88 e o conceito de discriminação empregado no Estatuto da Igualdade Racial.

Movimentos sociais em defesa de direitos, especialmente o movimento negro, ganhavam força em várias partes do mundo combatendo o preconceito e a desigualdade social na segunda metade do século XX. Tais movimentos impulsionaram o direito para uma guinada brusca, onde a comunidade internacional passa a adotar o sistema especial de proteção dos direitos humanos. Diferente do sistema geral de proteção que tem por destinatário toda e qualquer pessoa, de forma genérica, abstrata, o sistema especial de proteção é destinada à pessoa concreta, um sujeito de direito, considerando sua especificidade e concretude mediante suas relações. Os sistemas geral e especial são sistemas de proteção complementares, na medida em que o sistema especial é voltado, fundamentalmente, à prevenção da discriminação ou à proteção de pessoas ou grupos de pessoas particularmente vulneráveis, que merecem um tratamento jurídico especial (PIOVESAN, GUIMARÃES, 2018).

De forma gradativa, a não discriminação recebe um aparato de proteção especial do direito internacional, endereçado à proteção de grupo de pessoas historicamente excluídas. Deste modo, o sistema normativo internacional começa a adotar o direito antidiscriminatório e passa a reconhecer e tutelar direitos endereçados às crianças, aos idosos, às mulheres, às pessoas vítimas de tortura e às pessoas vítimas de discriminação racial.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), ratificado no Brasil pelo Decreto 65.810 de 1968, dispõe o conceito de discriminação racial:

Art.1, §1º 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 (ONU, 1965).

Cumpra aqui ressaltar que a Convenção de 1965, prevê a possibilidade da adoção da discriminação positiva, mediante medidas especiais temporárias de proteção ou incentivo a determinados grupos ou pessoas, com vistas a promover sua ascensão dentro da sociedade.

A elaboração da Convenção foi impulsionado por três fatores internacionais históricos: o ingresso de dezessete novos países africanos na ONU em 1960, a realização da Primeira Conferência de Cúpula dos Países Não-Aliados em 1961 e o ressurgimento de atividades nazifascistas na Europa (PIOVESAN, GUIMARÃES, 2018, p. 21). Além disso, internamente, diversos países viram a população negra reunida reivindicando direitos e lutando contra a discriminação. Temos, como exemplos, a luta pelos Direitos Civis, na figura emblemática do Doutor Martin Luther King nos EUA, a criação de importantes grupos de resistência como o MNU (Movimento Negro Unificado) no Brasil e a luta africana contra a segregação racial e libertação das colônias.

Tradicionalmente a conquista e o avanço do direito da antidiscriminação iniciam pela luta dos movimentos negros, expandindo o rol de grupos tutelados pelo sistema especial de proteção dos direitos humanos, o que corrobora com a afirmação da filósofa e ativista Angela Davis, 'quando a mulher negra se movimenta, toda a estrutura da sociedade se movimenta com ela', ou seja, quando direitos e garantias são assegurados pela e para a população negra (onde, geralmente, as mulheres negras são protagonistas), tal cautela se alastra para outros setores e grupos da sociedade, refletindo na legislação nacional e internacional. Exemplo disso, ao lado da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, o direito antidiscriminatório é amplificado, sendo elaboradas a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), dentre outros importantes instrumentos internacionais que também preveem a possibilidade jurídica do uso da discriminação positiva como forma de reduzir desigualdades.

Por fim, em complementação, a proteção aos direitos da mulher, particularmente no que se refere à violência, foi concluída em Belém do Pará, na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), que foi aprovada pelo Congresso em 1995 e passou a vigorar no Brasil em 1996.

### **3.4 Classificação Normativa Antidiscriminatória**

Pensando numa forma didática de analisar o conjunto normativo antidiscriminatório, temos que se faz necessária uma classificação legislativa. Por oportuno, iniciamos com uma distinção binária simples: (a) legislação penal antidiscriminatória e; (b) legislação geral antidiscriminatória.

Posteriormente temos três nichos de legislação, seguindo o critério da finalidade: (i) punitivas; (ii) proibitivas e; (iii) inclusivas. Ainda que a finalidade de determinada norma possa se enquadrar em duas ou mais modalidades, sua função principal pode ser verificada numa interpretação hermenêutica lógica do texto legal.

Num cenário de frequentes tensões discriminatórias, qualquer legislação que faça menção aos direitos, deveres e sanções relativos aos grupos sociais marginalizados, sofrem um forte boicote por parte da sociedade conservadora extremista e seus respectivos representantes no Congresso.

O progresso destas políticas públicas só conseguem ascender com a pressão de vários setores da sociedade. Todavia, ainda sim, muitos obstáculos são enfrentados no momento da aprovação final de projetos de leis, tendo seus propositores que abdicar de questões fundamentais no texto inicial para concluir o trâmite legislativo.

Fato é que o direito, constitucional e infraconstitucional, veda a discriminação, entretanto não propõe medidas específicas de combate ao processo discriminatório. Por este motivo se verifica que em várias normas há uma imposição proibitiva, entretanto não há qualquer tipo de sanção, civil ou penal, para aqueles que descumprirem tal assertiva. Assim sendo, a separação entre legislação punitiva e proibitiva se justifica.

O número de normas antidiscriminatórias punitivistas ainda é inexpressivo, o que deixa margem para a impunidade de crimes derivados de ódio, intolerância, preconceito ou diferenciação. O fato de constar um número reduzido de leis que procuram punir o agente discriminador, ainda mais num país conhecido por seu elevado número de legislação, não significa necessariamente que a adoção de uma gama mais extensa de punibilidades irá reduzir a criminalidade. A redução de atos discriminatórios ocorrerá através de políticas públicas institucionais e privadas de discriminação positiva, portanto, de legislação discriminatória inclusiva.

Não obstante, é necessário que haja um novo debate e um novo olhar sobre os novos modelos de crimes resultantes de discriminação, tomando em consideração a complexidade e a renovação com que as relações sociais se constroem.

Fraude em ações afirmativas, crimes digitais, racismo recreativo, entre outros carecem ser caracterizados como ilícito e definidos sua devida correção, complementados por ações públicas e privadas de educação e respeito.

#### 4. O QUE É DISCRIMINAÇÃO?

Neste ínterim, é preciso abordar a discriminação, a forma como ela age, em que configurações se apresentam, suas sequelas e respectivas responsabilidades. Para Adilson José Moreira, o estudo do tema através de diferentes perspectivas é o método ideal para que se possa alcançar uma compreensão adequada. A definição precisa ser entendida a partir “das suas motivações, das suas consequências, dos atores sociais envolvidos, das suas dimensões, dos fatores que o produzem e também da cultura social que o legitima” (2017, p. 193).

Deste modo, procura-se destrinchar o que é, de fato, discriminação, pelo viés doutrinário e legislativo da palavra, sem deixar de nos atentar que esta pode ser considerada como gênero, apresentando suas diversas espécies. Podem ser catalogadas, a título de exemplo, o preconceito, homofobia e congêneres, racismo, intolerância religiosa ou política, entre outras formas de distinguir um sujeito ou determinados grupos, adotando critérios previamente estabelecidos, tais quais profissão, padrão de beleza, deficiência física ou mental, gênero e academicismo são alguns dos parâmetros aplicados.

Denota-se ainda que a discriminação, por sua atual complexidade e amplitude, não se restringe tão somente ao modelo de tratamento diverso adotado, mas também desvela as ferramentas que contribuem para intensificar a situação em que estes sujeitos convivem em sociedade, seja de forma intencional ou não. Assim como o racismo, a discriminação também apresenta aspectos institucionais e estruturais capazes de interagir no ambiente e com os atores envolvidos na discriminação, seja ele o sujeito que produz o ato discriminatório ou o alvo dessa ação.

Tanto doutrina, quanto o conjunto normativo nacional e internacional, bem como a jurisprudência apresentam definições de discriminação que buscam balizar o conceito, com o propósito de uma aplicabilidade eficaz no campo do direito e no campo social.

## 4.1 Conceitos de discriminação

O ponto de partida para exploração do Direito Antidiscriminatório inicia com a definição do que é discriminação. Não há, no entanto, um conceito uno de discriminação, especialmente em função de como esta vem se modificando e atuando num corpo social cada vez mais global e interligado numa complexa sociedade em rede (CASTELLS, 2015, p.37).

No debate doutrinário, o Doutor Adilson José Moreira nos ensina que a palavra discriminação pode possuir uma pluralidade de significados, podendo possuir conotações positivas ou negativas, preponderando a segunda, em vista da dimensão moral e jurídica que tal termo tomou nos dias atuais. O constitucionalista nos mostra que a

palavra discriminação adquiriu sentidos ainda mais complexos em tempos recentes em função da percepção de que indivíduos são excluídos porque sofrem diferentes formas de tratamento desvantajoso que não expressam intencionalidade. [...] Por esse motivo, a palavra discriminação encobre também aqueles mecanismos que não classificam pessoas a partir de um determinado traço, mas que concorrem para agravar a situação na qual elas vivem (2017, p.27-28).

Convém neste ponto tecer que, conforme ensina Silvio Luiz de Almeida, é preciso distinguir discriminação de preconceito e racismo, que são categorias que aparecem associadas à ideia de raça.

Racismo é uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagem ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo social ao qual pertencem (2018, p. 25).

Por vez, o autor define o preconceito racial como “um juízo baseado em estereótipos acerca de indivíduos que pertençam a um determinado grupo racializado, e que pode ou não resultar em práticas discriminatórias.” Silvio ainda define que a “discriminação racial é a atribuição de tratamento diferenciado a membro de grupos racialmente identificados”. A discriminação racial (ou qualquer outro modelo de discriminação) necessita de um requisito imprescindível: o poder (ALMEIDA, 2018, p. 25).

Tal poder, transmutado na possibilidade do uso da força, possui o desígnio de atribuir vantagens ou desvantagens à indivíduos ou grupos, por conta do critérios de discriminação ou estereótipos. Por conseguinte, podemos demonstrar que o preconceito e o racismo, assim como a homofobia, sexismo/machismo, intolerância religiosa, entre outras, são substratos da discriminação, que ocupa uma dimensão maior - estrutural e institucional - na sociedade. A legislação brasileira apresenta algumas definições do que é discriminação, sempre na forma pejorativa, ao qual busca-se combater e apresenta alguns atos discriminatórios puníveis, como, por exemplo, na Lei 7.716/89, que define o crime de racismo ou no art. 140, § 3º do Código Penal que assenta o crime de injúria discriminatória.

O Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.228/2010), em seu art. 1º, parágrafo único, inciso I, define como discriminação racial ou étnico-racial

(...) toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada (BRASIL, 2010).

A definição normativa de discriminação na supramencionada lei se restringe a questão racial, contudo, sua base dispositiva é utilizada no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), conforme dispõe o art. 4º, §1º, *in verbis*:

§ 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas (BRASIL, 2015).

Podemos concluir, portanto, que a estrutura fundamental utilizada no Estatuto da Igualdade Racial é replicada no Estatuto da Pessoa com Deficiência. Deste modo, o assento jurídico do conceito de discriminação racial pode e deve ser utilizado como parâmetro jurídico-legal para realizar uma interpretação hermenêutica do que é a discriminação.

De igual modo, é possível aferir, que tal estrutura surge a partir de construções feitas com análise no direito internacional que há décadas já apresenta

definições de discriminação em Convenções Internacionais editadas pela ONU ou pela OIT - inseridos no sistema jurídico pátrio com *status* de norma constitucional.

Em 1958, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) apresentava o primeiro conceito jurídico de discriminação, onde diz que:

Tôda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, côr, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprêgo ou profissão (sic, CONVENÇÃO 111, OIT, 1958).

Tal entendimento serviria de modelo para importantes compromissos assumidos pela ONU e seus Estados-Membros em 1965 (Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de discriminação Racial) e em 1979 (Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher). Porém, nosso ordenamento pátrio ainda é falho, pois apresenta lacunas que não conseguem alcançar modalidades de discriminação diversas, como, por exemplo, a discriminação indireta ou por impacto adverso, questões consolidadas no ordenamento europeu e americano desde os anos setenta (LOPES, 2010, p. 9).

A jurisprudência também assentou um entendimento de discriminação, definindo-a como quaisquer “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 o outro” (BRASIL, HC 82424/2003). No caso concreto, a definição também alcançava as práticas voltadas contra o povo judeu.

Nesta conjuntura, o tribunal empreendeu, além do conceito jurídico de discriminação, a interpretação dos critérios proibidos de discriminação e veiculou o conceito expresso de discriminação direta e indireta.

Adotamos, neste trabalho, o conceito jurídico de discriminação, que tem-se por qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o feito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdade fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural, civil ou em qualquer campo da vida pública (RIOS, 2008, p. 20).

A definição é desenvolvida com base nas normas internacionais de proteção de direitos humanos, em especial pela Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965), pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979) e pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006), todas incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro.

A abrangência da censura constitucional alcança a discriminação direta (intencional) e a indireta (não intencional), sendo a direta aquela praticada por formas intencionais e conscientes, decorrente de uma ação dolosa, que pode se manifestar de três maneiras: discriminação explícita, discriminação na aplicação e discriminação na concepção do direito (RIOS, 2008, p. 91).

Nem sempre o ato discriminatório é proposital e consciente, pois pode reproduzir, ainda que involuntariamente, a discriminação, ocasionando resultados lesivos a um grupo de pessoas. Neste processo, o peso da distinção, exclusão, restrição ou preferência podem anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício de direitos e liberdades em pé de igualdade (RIOS, 2008, p. 117).

Assim sendo, independentemente se há ou não a presença de um propósito discriminatório, o que se leva em consideração é o efeito causador em determinadas pessoas ou grupos de pessoas, ao qual cabe ao Direito Antidiscriminatório combater estas duas vertentes, suas origens e consequências.

## **4.2 Critérios de discriminação**

No momento em que o Direito Internacional dos Direitos Humanos abandona uma postura de neutralidade quanto à condição econômica, social, política, cultural e racial das pessoas, adotando um compromisso com a não discriminação, é necessário uma revisão em conceitos jurídicos tradicionais que já não mais se sustentam (BRAGATO e ADAMATTI, 2014, p. 91).

O conceito de discriminação apresenta-se incompleto sem seus respectivos critérios de discriminação. O objetivo destes critérios é atentar para exteriorizações de distinções e, com isso, a necessidade de diferir fatores proibidos de discriminação, como raça e etnia, gênero, orientação sexual, religião, deficiência,

idade, origem e cultura (FREDMAN, 2011, p. 38). Observa-se que distintos “elementos, institutos e modalidades de discriminação recebem respostas e compreensão jurídicas específicas (RIOS, 2008, p. 13).

Ainda que tais parâmetros sejam baseados em classes de pessoas sucessivamente reprimidas às margens da estrutura social, estes critérios não podem ser considerados exaustivos, haja vista que os fenômenos discriminatórios mostram-se extremamente dinâmicos.

Outrossim, com o decorrer das lutas políticas dos movimentos sociais, grupos diversificados clamam pela proteção do Estado em seus direitos e garantias, em particular, a defesa contra a discriminação e suas consequências e o acesso à oportunidades e resultados usualmente inacessíveis.

Nas palavras de Rios, Leivas e Schäfer, é exatamente esse olhar particularista que distingue o direito da antidiscriminação do direito das minorias:

(...) ainda que a enumeração de critérios proibidos de discriminação tenha impulsionado a produção de convenções de extremo relevo histórico, político e jurídico, onde são esmiuçados e ganham ainda mais corpo as preocupações com determinados critérios proibidos de discriminação, ainda sim, mesmo diante de todo este desenvolvimento e reforço, o direito das minorias acabou por perfilhar uma perspectiva particularista, preocupada com grupos humanos concreta e coletivamente considerados, em contraste com o direito da antidiscriminação (2017, p. 29).

Podemos considerar, por exemplo, o crescente número de agrupamentos sociais que pretendem e adquirem a tutela do Estado em favor de seus direitos. Consagradamente conferimos que os sujeitos de direito são ampliados pelo sistema especial de proteção dos direitos humanos.

Verifica-se ainda, no decorrer da história, que a porta de entrada para o acesso aos direitos fundamentais, até então negados ou ineficazes, é aberta inicialmente pelos grupos sociais que estão na base da estrutura social, ou seja, homens e mulheres negras.

Como é possível conferir no capítulo que trata da retrospectiva normativa do direito antidiscriminatório, o surgimento destas novas garantias inicia, cronologicamente falando, de forma geral, com direitos trabalhistas, ainda que sem nenhuma eficácia ou sanção para os agentes discriminadores. Em seguida, os movimentos negros conquistam suas prerrogativas, estendendo, em seguida, às

mulheres, pessoas com deficiência, indígenas e pessoas com baixa renda. O fenômeno se repete tanto no Brasil quanto na comunidade internacional.

Muitos desses avanços ocorreram internamente devido ao direito internacional que estabeleceu tratados internacionais, ratificados pelo Brasil e que ganharam *status* constitucional, aos quais possuem como objetivo “o combate a práticas discriminatórias, como são exemplos a Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial e a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher” (RIOS, SCHÄFER e BORBA, 2012, p. 313)

Dados demográficos e sociais apontam que a discriminação social tem se agravado, adotando novos fatores de exclusão como a obesidade, aparência pessoal, a condição de ex-presidiário ou portadores de vírus do HIV, somente citando alguns exemplos. Na área trabalhista, verifica-se ainda outras motivações, como ser reclamante em processo trabalhista, adotante de hábitos não saudáveis (tabagismo e alcoolismo) e trabalhadores muito qualificados (LIMA, 2010, p. 10), além de causas já conhecidas, como o fato de ser mãe ou casada.

A indiferença em relação à discriminação é uma realidade nacional, onde os brasileiros admitem, através de diversas pesquisas já realizadas, a existência da discriminação, de diferentes formas, porém não se assumem como autores da discriminação. Tal indiferença é tão generalizada que não há o constrangimento com a constatação das desigualdades (SANTOS, 1999, p. 14).

Assim sendo, os critérios de discriminação serão mantidos e criados com o decorrer do tempo. Em contrapartida, o Direito Antidiscriminatório, como um tentáculo dos direitos humanos, precisa ser aperfeiçoado na intenção de impedir atuais e possíveis novas discriminações. Pois, conforme observou Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução (1979, p.39).

Ao recorrente argumento de que a acolhida exclusiva de critérios de classe na promoção de políticas de igualdade já encontra-se defasado, pois conforme o estudo elaborado pelo Programa das Nações Unidas pelo Desenvolvimento - PNUD (2004) constatou-se que este tipo de modelo que adota somente o critério de classe

é, sozinho, ineficaz já que perpetua outros padrões de desigualdades e discriminação.

Tecer iniciativas com base exclusivamente nos mais pobres não alcança seu amplo propósito, pois encontra barreiras em fatores contingentes, acarretados seja por uma estrutura deficiente, seja por obstáculos discriminatórios inseridos no contexto concreto.

Deste modo, os critérios de discriminação não podem ser observados isoladamente quando da aplicação de políticas públicas de combate à discriminação e ações de equidade, pois somente quando complementadas e integradas desempenham um papel produtivo e vantajoso para uma gama extensa de pessoas.

#### **4.3 Discriminação positiva e negativa**

A ação discriminatória pode ser distinguida entre positiva e negativa, possuindo como elementos de diferenciação a intenção, a comparação, a desvantagem e o estigma. E por tais elementos é que a discriminação atua, negativa ou positivamente.

Ao passo que um sujeito, membro de uma comunidade política, é, arbitrariamente, tratado de forma diferente, motivado por estigmas sociais, tal ato configura a discriminação negativa, que viola o princípio constitucional que rege que todos devem ser igualmente respeitados.

Doutro norte, a discriminação positiva cria uma vantagem temporária ou permanente para estes membros dos grupos socialmente vulneráveis e que são vítimas históricas da discriminação negativa arbitrária (MOREIRA, 2017, p. 30-31).

É dever da sociedade, em especial dos operadores do direito, traçar um caminho que vá ao encontro com a redução de atos discriminatórios, almejando que a igualdade não seja tão somente um princípio inserido em nosso ordenamento jurídico, mas de igual forma seja uma realidade fática. Para tamanho percurso, é indispensável um direito antidiscriminatório eficiente, que aplique, de fato, sua legislação antidiscriminatória e garanta a manutenção do uso da discriminação positiva.

Insero em uma sociedade liberal-capitalista, a noção de uma neutralidade estatal, assegurado por uma igualdade formal perante a lei, cria o falso entendimento que tais medidas seriam suficientes para asseverar um corpo social simétrico. Ignorar particularidades, como gênero, credo, raça, cor, sexo, idade, deficiência, origem, por exemplo, não inviabilizam a discriminação e as segregações dela decorrentes. Pelo contrário, uma ideia de neutralidade estatal fracassa dentro de qualquer sociedade, sobretudo, onde grupos ou categorias de pessoas foram mantidas por séculos em papéis subjugados.

Sabidamente, a inferiorização e marginalização impetrada pelos grupos dominantes foram legitimadas pela lei e pelo aparato estatal, sendo replicada e diversificada ao decorrer dos anos. Mesmo após a promulgação de dispositivos que fizeram cessar o regime legal de segregação, escravidão e discriminação, a conjuntura destes grupos pouco mudou. Sendo assim, analisaremos a utilização da discriminação positiva no direito brasileiro e seus reflexos e, em seguida, o combate à discriminação negativa.

#### **4.4 O uso da discriminação positiva**

Constata-se que proclamações jurídicas por si só, não possuem o poder de retroceder o quadro social estruturado durante centenas de anos e, à vista disso, somente com o abandono de uma desacertada neutralidade será possível viabilizar uma alteração substancial no mal-estar individual e coletivo. Necessário, assim sendo, a adesão de ações ativas e eficazes, norteadas por princípios constitucionais e pelo Direito Antidiscriminatório.

Nesse imperativo nasce a discriminação positiva, ligado a ideia de igualdade de oportunidades, inserção e integração social, econômica, política, cultural, trabalhista e educacional em grupos continuamente excluídos ou ainda proteger pessoas que estão ou possuem uma condição específica. A discriminação positiva pode se apresentar na garantia de direitos e inclusão das chamadas minorias (ações afirmativas em instituições públicas, por exemplo), assim como no tratamento privilegiado a determinados públicos (atendimento preferencial gestantes ou tramitação prioritária de processos para idosos).

A discriminação positiva - uma face do direito da antidiscriminação - “está ligado aos princípios de igualdade material, da justiça social e da solidariedade”, nas palavras de Adilson José Moreira (2017, p.32).. Acrescenta-se, ainda, neste conjunto os princípios da liberdade (de oportunidades) e da dignidade humana

Em determinados casos, tal *discrimen* deve ser, portanto, fomentado (discriminação positiva), desde que pautados em critérios objetivos, proporcionais e justificáveis do ponto de vista jurídico, transmutando-se numa concretização da igualdade material (LAURIA, 2016, p. 38).

O Supremo Tribunal Federal já possui entendimento assentado quanto à constitucionalidade da utilização da discriminação positiva, julgando os casos de ações afirmativas em instituições de ensino e a obrigatoriedade da aceitação de pessoas com deficiência em instituições de ensino particulares, como será melhor analisado em capítulo adiante.

O Direito da Antidiscriminação e a discriminação positiva necessitam ser propagadas e implementadas tanto pelo setor público quanto pelo privado, atingindo, desta forma, com maior eficiência e rapidez um público amplo. Contudo, o setor privado demonstra ser o principal freio no avanço nas políticas públicas de reversão de desigualdades. Além das vorazes críticas, diversas vezes infundada e mal argumentada, há uma forte articulação para impor estorvos na disposição do setor em empreender determinadas políticas sociais.

Outro ponto que desacelera a progressão da discriminação positiva é a divergência na utilização ou não de critérios objetivos para selecionar quais grupos serão alvos do sistema. A criação de vantagens e oportunidades como meio de reverter os privilégios até então construídos no meio social é um sistema complexo e delicado, tendo em conta que uma eventual prática ou fiscalização ineficazes certamente acarretarão em maiores desigualdades.

Desde ações simples como atendimento prioritário para gestantes, tramitação processual prioritária para idosos, cota mínima para candidaturas femininas até as mais complexas como a ações afirmativas em instituições de ensino, reserva de vagas na administração pública federal e contratação de um

número mínimo pessoas com deficiência em empresas privadas devem possuir critérios objetivos com finalidade de evitar impasses e privilégios.

Essa objetividade deve se caracterizar por dois fatores, a primeira é que o grupo a ser tutelado é atualmente vulnerável; a segunda é que essa vulnerabilidade decorre de um histórico de discriminação negativa injustificada. Tomaremos como exemplo três grupos sociais, sendo eles, negros, mulheres e pessoas com deficiência. Em comum, estes três grupos estão num patamar de vulnerabilidade quando comparados (sociológica e estatisticamente) com grupos dominantes e possuem uma biografia, enquanto conjunto, de discriminação negativa que causaram um corolário de preterimentos em diversas esferas.

Portanto, vulnerabilidade atual e histórica de discriminação negativa são regras. A exceção destas regras surge nos casos em que uma vulnerabilidade altamente acentuada possui a capacidade de relativizar a necessidade de um histórico de discriminação negativa. A título de exemplo, é possível que um homem branco, hétero, cis, classe alta, possa usufruir da discriminação positiva, em caso de adquirir uma deficiência ou envelhecer, integrando, então, um grupo social que por suas características adquire algumas benesses.

Outro caso é a mulher de traços eurocêtricos, sem deficiências, hétero que numa pirâmide social está acima de outras mulheres e homens negros (ao menos na questão econômica e trabalhista), e possui o direito, no período em que está grávida, de usufruir de prerrogativas diante sua condição, como preferência em atendimentos privados e hospitalares, diferenciação de tratamento em casos específicos de concurso público e estabilidade trabalhista.

Isto posto, verifica-se que as políticas de discriminação positiva tem em sua essência a temporalidade, isto é, seja num curto período de tempo (gestação de uma gravidez) ou no prazo mediano (uma década de ações afirmativas nas instituições de ensino) todas são limitadas no tempo. O argumento é que a utilização de ações atemporais desta espécie poderiam provocar uma transfiguração da atual base social.

A controvérsia se evidencia no momento em que se levanta a pauta de quanto tempo seria necessário para reverter a estrutura brasileira de

desigualdades. Quanto tempo é necessário para inserir, de fato, o negro em todas as esferas da sociedade após 338 anos de escravização e mais 130 anos de racismo? Qual período será eficaz para igualar condições e oportunidades aos indígenas após 519 anos de extermínio, acultramento e inferiorização? Qual a duração de políticas públicas necessária à garantia, acesso e manutenção aos direitos das mulheres tradicionalmente negados? São questionamentos ainda não respondidos.

Podemos defender que a duração destas ações deve ser suficiente para que se possa verificar, qualitativa e quantitativamente, que os dados da estrutura social tupiniquim estão equiparadas ou próximas disto. Para tanto, é vital que três condutas sejam tomadas, sendo elas, a criação de novas políticas públicas fundamentadas na discriminação positiva; a manutenção das medidas já postas em prática e; a fiscalização destas práticas evitando fraudes, que apenas distorcem a realidade vivenciada por aqueles que têm seus direitos duplamente usurpados.

A jurisprudência já assentou que

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 (ADPF 186, 2012, p. 65).

Verifica-se, portanto, que o processo de discriminação positiva não se trata uma construção jurídica de inversão dos valores da igualdade, pelo contrário, mas sim, uma construção jurídica de ampliação destes valores que contribui na redução das desigualdades e da discriminação negativa.

Outrossim, políticas públicas de discriminação positiva não são novidades nem no Brasil nem no mundo, o que é novo são sujeitos destinatários destas políticas. A política de imigração européia, a distribuição de terras, a chamada Lei dos Dois Terços, a porcentagem de vagas para pessoas com deficiência e a participação mínima de sexo opostos na lista de candidatos dos partidos são exemplos destas políticas que foram e estão implementadas no Brasil. (MEDEIROS in SANTOS, 2005, p. 123). A ocorrência de numeroso debate e controvérsia em

relação às ações afirmativas restringem-se quando o beneficiário é o sujeito negro - o que caracteriza um sinal evidente de um racismo estrutural, e, muitas vezes, proposital, na sociedade brasileira. A resistência não fica patente quando os alvos destas políticas afirmativas são crianças, jovens, micro e pequenos empresários, por exemplo.

Ademais, sujeitos indistintos também são alvos dessas políticas no país, com base na região e condições econômicas, como assenta Carlos Alberto Medeiros, para quem a utilização de discriminação positiva se relaciona com uma infinidade de grupos, entre eles micro e pequenos empresários:

Enquadram-se nessa definição igualmente as agências de desenvolvimento regional, como a Sudam e a Sudene, criadas com a finalidade de carrear investimentos para o Norte e Nordeste, regiões mais atrasadas. O próprio imposto de renda progressivo, assim como diversas medidas destinadas a compensar a desigualdade social, constitui essencialmente uma forma de discriminação positiva, tanto quanto o dispositivo que permite às mulheres aposentar-se aos 30 anos de serviço - cinco anos antes dos homens (2005, p. 124/125).

À vista disso, temos que a necessidade da manutenção de políticas públicas de uso de discriminação positiva é fator determinante no objetivo de um plano de Estado para reduzir desigualdades. Outra fator de extrema relevância é a fiscalização e aplicação destas políticas, pois, há muito, temos conhecimento de sujeitos privilegiados usurpando de direitos alheios, resultando numa disparidade ainda maior do que a original entre sujeitos de direitos.

#### **4.5 Combate à discriminação negativa**

Diversos pensadores do direito vem discorrendo sobre a definição de discriminação e sua tipologia. Importantes autores como Rios (2008), Castel (2008), Gomes (2001) e Galindo (2005) tecem apontamentos sobre as modalidades de discriminação e suas repercussões; por vez Adilson José Moreira (2017) na obra intitulada 'O que é discriminação?' aprofunda estas teses, apresentando novos paradigmas sobre o tema, em especial, ao desvendar a discriminação como parte estrutural e institucional do nosso corpo social.

Além dos entendimentos aqui já apresentados, considera-se discriminação todo ato de distinção, exclusão, restrição ou preferências, motivado por raça, cor, sexo, gênero, idade, trabalho, credo religioso ou convicções políticas. O fito deste trabalho não é tecer maiores aprofundamentos sobre a discriminação e suas nuances, mas sim sobre o direito, que pode e deve combatê-la, entretanto, mister discorrer, ainda que de forma breve, sobre dois tipos de discriminação, a direta e indireta.

Essa distinção é utilizada no direito comum europeu, no direito internacional e no direito comparado. Da mesma forma, pode-se afirmar que, segundo o conceito jurídico de discriminação adotado no Brasil, essa diferenciação também é empregada. Assim sendo, o direito da antidiscriminação possui alcance tanto nas práticas conscientes e intencionais (discriminação direta) quanto nas realidades permanentes que se reproduzem e se reforçam com o passar do tempo por meio da manutenção de medidas aparentemente neutras mas efetivamente discriminatórias (discriminação indireta) (RIOS, 2008, p. 21).

Desvela-se, deste modo, que o tratamento diferenciado pode manifestar-se de diferentes formas, seja de forma intencional ou não (discriminação direta e indireta), seja num viés social (discriminação estrutural e institucional) ou ainda na gestão discriminatória corporativista (discriminação policial, judiciária ou trabalhista, por exemplo) (CASTEL, 2008, p.42).

Conforme já mencionado, ainda que o conceito e os critérios de discriminação estejam positivados, não há de se considerar que sejam taxativos, afinal, é preciso que se pondere que tipo de estratégia será mais eficaz num combate positivista à discriminação na utilização de conceitos e critérios mais particularistas ou mais universalistas.

Nas estratégias mais particularistas aponta riscos importantes como objetivar identidades, o reforço de diferencialismo repressivo e apresentar um estereótipo de 'subgrupos' que corporificam discursos e atos de ódio e violência, despertando o retorno de legislação e condutas 'curativas' (como ocorreu com homossexuais). Para além disso, há uma ameaça de limitar a liberdade individual e o acesso às garantias legais, no ponto em que o aparato estatal apresenta definições identitárias rígidas acerca de quem é considerado sujeito da proteção jurídica específica. Tal

argumento pode ser exemplificado no caso das mulheres trans, onde há uma incerteza jurídica, se a Lei Maria da Penha deve ou não ser utilizada em casos de violência doméstica. Partindo desta premissa, parece ser mais aconselhável adotar estratégias mais universalistas, contudo, que estejam atentas às diferenças específicas que se (re)constroem a cada instante, podendo reconhecê-las, trabalhando com identidades auto-atribuídas, porém sem torná-las fixas e sem reificar o outro (RIOS, 2008, p. 85).

A controvérsia posta é parte essencial de como a discriminação será combatida frente à diversificação de discriminações. A discriminação direta segue na linha do conceito jurídico de discriminação que mediante qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, fundadas em origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação proibidas, têm o propósito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública (MOREIRA, 2017, p. 53).

Por vez, a discriminação indireta ocasiona distinções prejudiciais, ainda que por meio de prática não intencionais, consideradas neutras. Podemos utilizar como exemplo as prioridades asseguradas pela Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso), caso ainda inexistentes, ou seja, na hipótese de uma paridade de atendimento em serviços públicos e privados, o idoso, em função de sua condição combinado com a falha prestação de serviços, seria evidentemente prejudicado, seja numa fila de supermercados ou banco ou na tramitação regular de um processo judicial.

O mais próximo para alcançar princípios como da igualdade, liberdade e da dignidade, utilizando o Direito Antidiscriminatório, passa pela crivo da equidade, onde se adapta determinadas situações com intuito de atingir uma igualdade material, portanto, a justiça.

O elemento que distingue a discriminação direta e a indireta é a intencionalidade. Nas explanações de Roger Raupp RIOS:

Enquanto a discriminação direta atua mediante o estabelecimento de uma diferenciação com propósito de prejudicar, a discriminação indireta produz tal prejuízo por meio de práticas, requerimentos ou medidas neutras e não-intencionais diante dos aludidos critérios constitucionais proibitivos de discriminação. A discriminação direta se configura, portanto, quando há um tratamento desigual, menos

favorável, e endereçado ao indivíduo ou ao grupo, motivado por um critério de diferenciação juridicamente proibido (2008, p. 89).

Mas as políticas de discriminação positiva não somente reduzem os efeitos de discriminação indireta, mas também da discriminação direta, intencional. Ao passo em que o acesso à direitos, a inclusão econômica, intelectual e social produzem uma sociedade, de fato, miscigenada em todos os espaços, inclusive os mais cobiçados, o preconceito, o discurso de ódio, e a violência diminuem. Ainda que haja resquícios destes modelos de discriminação, a redução é perceptível.

Outro caminho que o direito antidiscriminatório deve perseguir, além do acesso à direitos e oportunidades, é o caminhos dos deveres. Há toda uma estrada mal estruturada e não percorrida no que diz respeito aos deveres. Nas hipóteses de casos de discriminação direta negativa, obstáculos históricos impedem que o sujeito ativo do ato seja responsabilizado.

No caso de racismo, a título de exemplo, o sujeito ativo do crime possui ciência que não será julgado nem pelo Estado nem pela sociedade, haverá sempre uma relativização da conduta criminosa. De início, o grupo social que o cerca utilizará de diversos artifícios para justificar sua conduta, entre eles alegando tratar-se 'apenas' de uma brincadeira, de tom jocoso (o verdadeiro racismo recreativo), ou argumentando que é reclamação sem fundamento - o famigerado 'mimimi' - e, ainda, alegando que a vítima do crime não se importa ou fez algo para merecer. Nesta primeira fase a vítima já se sente impotente para denunciar.

Passado esse primeiro estágio, ocorrendo a denúncia, o setor investigativo, de novo, relativiza o crime, tratando-o como injúria racial ou uma brincadeira. No último estágio, novamente a relativização, o crime é tratado como um percalço de personalidade, tendo como decisão final a jocosidade do fato, excluindo o vetor discriminatório. Fato este que ocorreu com o então deputado Jair Bolsonaro, que equiparou negros quilombolas à animais improdutivos e teve absolvição sumária definida pelo STF.

Tal situação é reflexo do histórico jurídico/legislativo que não deu a devida atenção e efetividade aos atos discriminatórios praticados pela sociedade dominante. O que está interligado diretamente ao passado escravocrata, genocida e

machista do país, que até hoje mantém a mesma classe dominante nos locais de decisão.

Numa análise sistemática do conjunto legislativo antidiscriminatório torna-se perceptível que a ação estatal de proibir e punir condutas discriminatórias sempre foram e são insuficientes ou incompletas. A princípio que as poucas normas existentes proibiam genericamente tais condutas, entretanto não havia punição alguma e, posteriormente, as punições são genéricas, não enfatizando o ato discriminador, o que dá ensejo a inúmeras interpretações, inclusive a relativização. Por fim, a já reportada relativização e a não aplicação do corretivo cominado.

Somente o emprego de penalidades não irá sepultar as discriminações, contudo poderá reduzir o seu número bem como introduzir uma nova cultura de respeito, convivência e não discriminação. Para tal, é necessário uma legislação e um aparato estatal eficazes e preparados para lidar com situações deste tipo.

## 5. DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição brasileira tem como um de seus princípios basilares o direito à igualdade. O referido princípio está positivado no caput do artigo 5º de nossa Carta Magna e rege que:

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: (BRASIL, 1988).

A compreensão deste princípio não pode ser cerceada pelas dimensões tradicionais da igualdade, seja ela formal (todos são iguais perante a lei) ou material (tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade). O princípio precisa ser (re)visitado para que possa abranger a complexidade social das diferenças e da discriminação.

Ainda que o Direito Antidiscriminatório possa ser considerado uma evolução do princípio da igualdade, tais institutos possuem distinções próprias. Enquanto o princípio da igualdade, ainda está compelido numa dimensão formal e material, o direito antidiscriminatório avança para além destas dimensões, entrando num patamar de direitos que devem ser amplamente efetivados.

De um lado, enquanto o princípio é um norteador de (re)ações do aparato estatal, noutro norte, o direito deve ser visto como uma garantia de aplicação de práticas institucionais que impeçam e puna atos discriminatórios, além de implementar a reversão das desigualdades de grupos sociais historicamente marginalizados.

Assim como os demais princípios jurídicos, o princípio da igualdade é uma norma jurídica aberta a uma pluralidade de interpretações e efetivações no decorrer da história e diante de cada caso particular. As regras da igualdade não são imutáveis, estas se movimentam com o tempo.

Neste sentido assevera Elpídio Donizetti, onde a compreensão da igualdade parte de uma reflexão de compreender a interação do princípio da igualdade no tempo e com o tempo ante mudanças dos próprios cidadãos e cidadãs num anseio de um tratamento igual. A igualdade tem de ser neutra, para responder às necessidades presentes, futuras e ainda não imaginadas. (2014, p.74-75).

Afirma ainda o autor:

A igualdade não possui um conteúdo preestabelecido, um conteúdo antecipadamente fixado, ao contrário das regras em que se concretiza, justamente porque a igualdade demanda liberdade de apreensão, porque requer fluidez para amoldar-se às situações diferentes e diversificadas. Se assim não fosse, a igualdade apresentar-se-ia excludente - isso sim seria o maior dos paradoxos (2014, p. 74).

O debate jurídico-político em torno da igualdade/diferença, iniciadas no século passado, nos anos 70, com enfoque inicial nas pautas raciais, procuram (re)definir o conceito da igualdade consubstanciado com os princípios da justiça, da igualdade de oportunidades (EUA) e com a dignidade da pessoa humana (Brasil).

As liberdades individuais fundamentais foram preliminarmente tratadas pelos jusfilósofos norte-americanos, a exemplo de John Rawls e Michael Walzer. Nas décadas seguintes estas discussões são ampliadas e estruturadas, envolvendo outros fatores como gênero, pobreza/miserabilidade, orientação sexual, cultura e a deficiência.

O jusnaturalismo explica, em partes, a necessidade do avanço deste novo ramo do direito. Para autores e autoras jusnaturalistas o direito está contido na ideia de justiça e é visto como um valor que transcende normas jurídicas postas. Vida, liberdade, igualdade e a propriedade são valores que devem ser resguardados e protegidos ainda que não estejam positivados. É o direito natural em evidência.

Entretanto, Silvio Luiz de Almeida alerta que o próprio jusnaturalismo teve papel primordial na manutenção da discriminação em sua vertente racial. Raça e escravidão foram ponderados sob a justificativa da ordem natural:

Muitas das justificativas para a escravidão, e para o racismo que a amparava ideologicamente, tinham como base a ideia de uma ordem natural que “justificava” a escravidão de determinados povos e a superioridade de outros. Portanto, leis positivas que amparavam a escravidão nada mais faziam do que espelhar uma ordem já determinada pela “natureza das coisas”, por “Deus” ou pela “razão” (2018, p.102).

O princípio da igualdade tem desempenhado uma função negativa e uma função positiva. A primeira de cunho liberal consiste em vedar privilégios e discriminações, impedindo ações geradores de desigualdades injustas. Na função

positiva, com viés social, é dever do Estado intervir substancialmente para minorar ou extinguir as desigualdades. Essas funções tradicionais pouco acrescentam aos conceitos já desenvolvidos de igualdade formal e material.

A ideia de superação de desigualdades e erradicação da marginalidade, como objetivo fundamental da nação (art. 3º, III, CF/88), mais que direitos, devem se transmutar em possibilidades, deste modo, o Direito Antidiscriminatório e suas políticas “não configuram meras concessões do Estado, mas consubstanciam deveres que se extraem dos princípios constitucionais” (ADPF 186, BRASIL, 2012).

Ainda que haja certa discordância na doutrina, medidas de provimento de igualdade possuem uma natureza de justiça distributiva, protetiva e reparadora e são constitucionais. Distributiva pois é um mandamento que pode ser extraído da Carta Magna, notadamente no artigo 3º e incisos. Também considerada protetiva já que a defesa dos direitos humanos (art. 4º, II, CF/88) e de grupos vulnerabilizados é função delegada ao país pelo constituinte, e corroborada pelo ordenamento jurídico nacional e internacional. Por sua vez, de igual forma, trata-se de uma justiça reparadora, em casos específicos, frente às desigualdades criadas ou mantidas pelo próprio Estado brasileiro.

Parte da doutrina e jurisprudência nacional acredita que uma justiça reparatória ou compensatória é irrazoável, com base no pretexto de que a discriminação ocorrida no passado não podem ser responsabilidade da atual sociedade, argumentam igualmente que é impossível identificar ou compensar quem sofreu dano no passado. Ledo engano. Tal razão não prospera por três motivos principais, primeiro que o sujeito ativo do dever da justiça compensatória é do Estado e não do povo em si, segundo que a maioria da sociedade se beneficia da manutenção da discriminação histórica e, por fim, é sim, possível averiguar àqueles grupos pertencentes às camadas marginais da coletividade atingidas direta ou indiretamente por políticas pretéritas ou atuais.

Estes autores defendem, também, que há incompatibilidade com os ideais de igualdade e dignidade humana, pois o direito antidiscriminatório, por meio das discriminações positivas, ao conferir ‘benefícios’ a determinadas pessoas, discriminaria e prejudicaria outras. Tal falácia precisa, reiteradamente, ser

elucidada, dado que o que se resguarda e busca são direitos e não benefícios. Outrossim, a garantia de direitos destinados a certos grupos ou indivíduos, não exclui o acesso à esses mesmos direitos pela classe não discriminada, o que ocorre é um raciocínio egocêntrico, interesseiro e monopolizador, onde membros do topo da estrutura social (brancos de classe alta ou média) acreditam que tais prerrogativas são seus privilégios exclusivos, afastando qualquer possibilidade de expandir o acesso aos diversos sujeitos de direito.

Tal expressão fica notadamente evidenciada, por exemplo, nos casos de ações afirmativas em universidades, onde opositores à política do direito antidiscriminatório, apresentam um discurso de que “cotistas estão roubando minha/nossas vagas”, como se a vaga já lhe fosse garantida, antes mesmo de prestar vestibular. É a ideia colonialista de que o uso de determinados serviços de qualidade lhe pertençam, como a universidade pública e o aeroporto, por exemplo.

Em verdade, quando medidas positivas são promovidas ocorre uma mitigação das desigualdades na apropriação de bens fundadas em bases discriminatórias, reparam-se os danos causados por séculos de discriminação e por sistemas segregacionistas. Nas palavras de Ronaldo Jorge A. Vieira Jr, “esses atos, políticas e legislação geraram danos que são sentidos [...] nos dias dias de hoje e são decorrência direta dessa ação estatal” (2005, p.89).

O autor ainda elucida que a fundamentação constitucional torna-se explícita em face do texto previsto na Constituição Federal de 1988, quando o art. 37 § 6º estabelece a responsabilidade objetiva do Estado. Deste modo, confirmada a ação estatal, ainda que séculos atrás, que se refletem na atualidade, configura-se, portanto, a responsabilização objetiva estatal. Ressalta-se que o país ratifica essa responsabilidade estatal ao assumir compromisso com a Conferência de Durban em 2001, além de reconhecer as manifestações de discriminação, em especial o racismo, e suas consequências.

Assim, cumpridos os requisitos, ação estatal discriminatória e consequência (direta ou indireta), configura-se a responsabilidade do Estado. Observações históricas já demonstraram que a legislação brasileira instituiu políticas públicas de discriminação negativa (VIEIRA JR, 2004, p. 68). Atos institucionais como a

proibição de negros estudarem, a eugeniação imigratória, a necessidade de autorização do Congresso para negros imigrantes, a possibilidade de substituição de convocados por negros escravizados e o impedimento do voto feminino são apenas alguns exemplos de como o estado brasileiro estabeleceu um aprofundamento discriminatório que perpetuou reflexos ao limitar direitos essenciais à parte da sociedade.

Em termos jurisprudenciais temos observado nas últimas duas décadas o Supremo Tribunal Federal se posicionar de forma favorável nestas questões da atuação estatal frente um desempenho ativo em prol de grupos vulnerabilizados. Confirmando esta hipótese iremos examinar os principais precedentes do Tribunal em torno dos debates de relevantes julgamentos que abordam o Direito Antidiscriminatório e os princípios fundamentais que o assentam.

O nascimento e desenvolvimento do Direito da Antidiscriminação sempre sofre(u) obstacularização, seja no campo legislativo quanto na sociedade civil, cabendo, muitas vezes, ao judiciário assumir o papel no debate e no avanço deste campo do direito. Em observância do direito comparado, tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos, as cortes superiores foram responsáveis por tal função.

Ainda que o Poder Judiciário, tanto cá como lá, tenha desprestigiado o princípio da igualdade ao renegar a existência de qualquer tipo de preconceito ou discriminação em diversas oportunidades, ainda sim, foram essas instituições, a partir da segunda metade do século XX, que trouxeram o debate do âmbito social para o estatal, apresentando colaborações importantes na busca da não discriminação e na diminuição de desigualdades. Nisto, demonstra-se a relevância de esmiuçar alguns julgados, considerando suas características, seu contexto histórico e, em especial, os atores beneficiados pelo provimento ou não provimento dos casos escolhidos.

Inicialmente trataremos da ADPF 132 que reconheceu a união homoafetiva como instituto jurídico, dando nova interpretação ao artigo 1.723 do Código Civil. O requerente da ação, Governo do Estado do Rio de Janeiro, requereu ao STF o reconhecimento do regime jurídico das uniões estáveis em relação às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do estado e trouxe como alegações que

o não reconhecimento contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade humana - preceitos basilares e fundadores do direito antidiscriminatório.

Logo em seguida, abordaremos a constitucionalidade da Lei Maria da Penha e os avanços da discriminação positiva decorrentes do julgamento, observando ainda a possibilidade de se utilizar critérios de diferenciação na utilização de determinada lei. Esse exame e reconhecimento é de extrema importância, pois a adoção de critérios diferenciadores é base de normas antidiscriminatórias positivas.

Entraremos, ainda, num exame da constitucionalidade das ações afirmativas raciais - ADPF 186 - com debate sobre os principais tipos de discriminação, uso da discriminação positiva e rumos do Direito Antidiscriminatório e finalizaremos com uma exploração sobre a ADI 5.357, que trata da inclusão de pessoas com deficiência na rede pública e privada de ensino, tendo como cerne a controvérsia sobre a obrigatoriedade do setor privado participar ativamente numa política antidiscriminatória, sem impor condições diferenciadas - no caso, adoção de valores diferenciados.

## **5.1 Reconhecimento da União Homoafetiva**

No ano de 2011 foi julgado a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 que solidificou um desejo de grande parte da população brasileira: a equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais. Tal fato decorre do cochilo legislativo que não acompanha a evolução das relações sociais.

A ação é importante marco jurisprudencial que trouxe reflexos em diversos ramos do direito, especialmente, no direito de família e sucessório, ocasionando a quebra de paradigmas e possibilitando o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, o que ressalta a postura contra a discriminação e o preconceito.

O reconhecimento da união como entidade familiar reflete o ativismo judicial ao trazer uma nova interpretação ao art. 1723 do Código Civil. Esse ativismo é cotidianamente criticado por alguns doutrinadores e por parte da sociedade, pois

pode configurar uma ruptura no paradigma do nosso ordenamento jurídico e no sistema de tripartição do Poderes (DIAS, 2016).

Porém, mister reconhecer que é da competência do nosso órgão julgador máximo que se manifeste sobre a (in)constitucionalidade de determinadas leis ou seus trechos, assim como dar novas interpretações que vão ao encontro com os princípios e direitos constitucionais regidos pela Carta Magna brasileira. Neste sentido a interpretação conforme à Constituição é um:

(...) mecanismo de controle de constitucionalidade (...) que permite ao intérprete, sobretudo o tribunal constitucional preserve a validade de uma lei, que na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional. Nesta hipótese, o tribunal, simultaneamente, infirma uma das interpretações possíveis, declarando-a inconstitucional, e afirma outra, que compatibiliza a norma com a Constituição (BARROSO, 2009, p. 301).

Assim sendo, de forma unânime, o Supremo se manifestou favoravelmente à interpretação extensiva do referido artigo do Código Civil em conjunto com o próprio art. 226, §3 da CF, considerando que “todas as formas de preconceito merecem repúdio de todas as pessoas que se comprometam com a justiça, com a democracia” (Min. Cármen Lúcia, STF, ADPF 132).

A decisão que possui efeito vinculante e eficácia *erga omnes* levando direitos que, até então, eram usufruídos apenas por casais heterossexuais começaram a ser estendidos aos casais homoafetivos sendo eles, por exemplo, “pensão alimentícia, pensões do INSS, comunhão parcial de bens, planos de saúde, imposto de renda, adoção, licença-gala, entre outros” (DIAS, 2016). Referido efeito e eficácia se mostram importantes, pois, ainda que houvesse leis estaduais esparsas impedindo a discriminação por orientação sexual, o alcance de direitos básicos se via limitado pela restrição territorial e por interpretações judiciais subjetivas.

Neste contexto, ainda que o julgado não tenha explicitado sobre outras formas de identidade de gênero, é possível afirmar que a proteção antidiscriminatória, base fundamental da extensão isonômica dada aos casais homossexuais, deve proteger as diferentes formas de relações presentes na atual sociedade.

Observa-se ainda que o Supremo passou observar com mais atenção as intenções discriminatórias - institucionais e estruturais ou não - que impedem ou

dificultam o acesso aos direitos mais básicos de determinada população e, em consequência, com um olhar do Direito Antidiscriminatório, sob a ótica de princípios como da igualdade, isonomia e da dignidade da pessoa humana, apresenta nova interpretação à união estável entre duas pessoas.

## **5.2 Constitucionalidade da Lei Maria da Penha**

Maria da Penha é o nome atribuído à Lei 11.340/06 e refere-se a Maria da Penha Maia Fernandes, símbolo da luta e resistência de mulheres contra violência doméstica. Em 29/05/1983, Maria da Penha foi atingida por um tiro de espingarda, desferido pelo seu então marido, atingindo sua coluna e causando lesões que a deixaram paraplégica. O réu foi julgado diversas vezes e preso mais de dezenove anos depois a prática do crime, em 2002, cumprindo dois anos de prisão e liberado.

Tomando conhecimento do fato, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da OEA (Organização dos Estados Americanos) solicitou informações ao Brasil entre 1998 e 2000, porém o país se omitiu em responder as indagações da comissão. Frente ao silêncio, a organização elaborou um relatório, em 2001, dispondo o prazo de um mês para que o país cumprisse as recomendações presentes.

Novamente o país silenciou-se, sendo condenada internacionalmente, impondo o pagamento de uma indenização em favor de Maria e responsabilizou o Estado por negligência e omissão frente a violência doméstica, recomendando, ainda, a adoção de diversas medidas. Cabe salientar que à época da elaboração do relatório (abril de 2001) o agressor ainda não tinha sua situação judicial definida, tendo em vista que somente foi preso em 2002 (CUNHA; PINTO, 2012, p. 28).

Com fulcro no art. 226, §8º da Constituição Federal, ratificados pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra Mulher (1979) e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - Convenção do Belém do Pará (1994) - surge a Lei 11.340 que tem importante objetivo de suprir as lacunas deixadas por legislação esparsas, ineficientes no papel de coibir a violência praticada no âmbito doméstico.

Como todas as demais normas antidiscriminatórias, a Lei Maria da Penha também sofreu diversas manifestações contrárias, alegando que ser uma lei inconstitucional por ferir o princípio da isonomia entre homens e mulheres, não obstante, população e parte da doutrina comemoraram o importante avanço em defesa das mulheres.

Os debates e críticas, além das dúvidas doutrinárias suscitadas acerca da lei levaram a Presidência da República propor ação de constitucionalidade em favor dos artigos 1º, 33 e 41 da aludida diretriz:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

No pedido, o autor alegou que a proteção do Estado à família, por força de princípio (art. 226, §8) da Constituição fundido com observância aos desequilíbrios existentes em razão de peculiaridades físicas e morais da cultura brasileira, tem obrigação em corrigir tais disparidades.

Por unanimidade, o Supremo julgou constitucional a lei e afirmou que não se considera ilegítimo ou desproporcional o uso do gênero como critério de diferenciação, assegurando o acesso efetivo à reparação, proteção e justiça. A Corte também decidiu que a lei reduz a discriminação social e cultural, portanto, a discriminação negativa.

Os votos da Corte Suprema aduziram que legislações compensatórias são constitucionais e não ferem o conjunto normativo nacional, pois promove a igualdade material. Aspecto este que, pautado com base na busca pela atenuação das diferenciações ocasionadas por discriminações, também foi utilizado como argumento estruturante na ação que declarou a constitucionalidade da cotas raciais (ADPF 186).

Outro ponto importante levantado pelos Ministros é a utilização do gênero como critério basilar para aplicação do Direito Antidiscriminatório, considerando que a violência perpetrada pelas diferenças entre gênero. É possível concluir, portanto, mediante uma interpretação hermenêutica, que a Lei Maria da Penha poderá ser aplicada em situações de violência contra mulheres trans, haja vista que a presença das disparidades entre gênero e as violências causadas por tal também são presentes e devem ser evitadas e protegidas pelo Estado nestes casos.

Vale acrescentar um trecho da importante análise desenvolvida pela Defensora Pública e Mestra Constitucionalista Ana Cristina Teixeira Barreto:

Baseadas em leis discriminatórias e exclusivistas que serviram de instrumento de consolidação da desigualdade e assimetria na relação entre homens e mulheres, as sociedades estabeleceram um patamar de inferioridade e submissão em relação ao homem, não somente na seara doméstica, no direito familiar, mas no cenário público, como, por exemplo, no mercado de trabalho, através do pagamento de remuneração inferior à percebida pelos homens pelo exercício de funções semelhantes ou da dupla jornada de trabalho. A discriminação também foi sentida nos espaços públicos e privados de poder que refletiam a tímida participação política das mulheres, quase sempre limitada ou proibida.

Os próprios movimentos de direitos humanos ignoravam de início, as bandeiras de luta do feminismo a favor da participação política, igualdade no mercado de trabalho, educação, aborto e sexualidade das mulheres, dentre tantas outras reivindicações (2010, p 52).

Temos, portanto, que instrumentos antidiscriminatórios, além de constitucionais, podem ser observados por perspectivas particularistas, neste caso o gênero, com intuito de perseguir desigualdades, violências, opressões e discriminações.

### 5.3 Política de Cotas (ADPF 186)

No ano de 2012, o STF analisou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186 e considerou constitucional a reserva de vagas por meio de discriminação positiva (ações afirmativas), julgando improcedente a ação ajuizada pelo Democratas (DEM). O julgamento é considerado um divisor de águas na utilização de discriminação positiva no país, assim como na utilização de parâmetros institucionais para outras políticas de ações afirmativas, tendo em vista que muitas delas não possuem regulamentação.

No caso concreto, a UnB (Universidade de Brasília) instituiu uma política de cotas raciais, em 2004, sendo pioneira na política pública (até então, somente a UERJ havia estabelecido critérios para alunos egressos de escolas públicas, não havendo um recorte racial) e, cinco anos depois o DEM ajuizou a ação questionando os atos administrativos com a alegação, em síntese, de que as cotas violam os fundamentos constitucionais da dignidade humana, repúdio ao racismo, princípio da igualdade, direito universal à educação e meritocracia. Para tanto, utilizou-se de premissas como a desnecessidade da adoção de políticas de ações afirmativas raciais no país, demandou que 'ninguém é excluído, no Brasil, pelo simples fato de ser negro', ressaltando que cotas promoveria discriminação reversa contra brancos e que a arguição pretendia debater as ações afirmativas baseadas na raça, sendo as demais admissíveis (BRASIL, 2012).

Por unanimidade de votos o Colegiado do Supremo Tribunal Federal trouxe diversos apontamentos da antidiscriminação, conforme apontou o relator Ministro Ricardo Lewandowski, ao afirmar que o objetivo é superar distorções sociais historicamente consolidadas.

A decisão compatibiliza com o que diz a Constituição, que preconiza não apenas a igualdade formal, mas também a material. A igualdade materializa um dever ético-jurídico de efetividade à não discriminação, à tolerância, o combate ao preconceito e ao racismo, assim como o dever de diminuir as desigualdades existentes no país. Decorre daí o Direito Antidiscriminatório (ou Direito da Antidiscriminação).

Nas palavras da advogada Cherranea S. Costa Gama:

Ocorre que, não se pode negar que no momento do vestibular, os estudantes negros - em sua grande maioria egressos de escolas públicas - encontram-se em flagrante situação de desvantagem em relação aos estudantes brancos advindos de escolas particulares, nas quais a qualidade do ensino é incomparável. (2013, p. 54)

Apesar das diversas e severas críticas ao modelo adotado, a discriminação positiva se apresenta como um importante papel na diminuição de desigualdades, inserção social e reparação histórica. Deste modo, podemos afirmar que o Direito Antidiscriminatório possui uma natureza compensatória, distributiva e inclusiva. É o que assenta a ementa do acórdão:

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. (...)

VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente (BRASIL, 2012).

Como bem informa o mencionado acórdão, o Brasil já adotava a discriminação positiva e o tribunal, em diversos precedentes, já considerava a ação válida. Entretanto, a discriminação indireta sempre foi - e continua sendo - mais maléfica à população negra. Fato é que a relutância da sociedade e seus representantes não se apresentava às ações afirmativas, mas sim nestas políticas destinadas à pretos e pardos, como salientou o DEM (Partido Democratas) em sua manifestação.

Ao passo em que nosso Tribunal Máximo validou a discriminação positiva por meio das ações afirmativas como uma política válida e constitucional cria-se um

ambiente favorável à aprovação legislativa de projetos que vão ao encontro do sistema aplicado pela UnB. A Lei Ordinária 12.711/2012 (chamada Lei de Cotas Universitárias), que tramitava nas casas legislativas desde 1999, teve seu estímulo final para a aprovação graças a decisão do STF (o projeto foi transformado em lei quatro meses após a votação no plenário do Supremo), em conjunto com um ambiente político favorável (o governo, à época, não tinha problema em aprovar grande maioria de projetos de seu interesse, como a Lei de Cotas) e, especialmente, pela luta incansável do movimento negro brasileiro.

Outro ponto pertinente do acórdão é a discussão acerca dos instrumentos empregados na utilização de ações afirmativas, *in casu*, as raciais. A aplicação de critérios de autoidentificação e heteroidentificação são considerados plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional. O julgado auxilia as instituições a traçarem táticas administrativas no processo de acesso e verificação, já que não há regulamentação expressa que oriente tais programas.

Isto posto, o julgamento veio para destrinchar quaisquer resquícios de dúvidas da legalidade e aplicabilidade das ações afirmativas. O programa é apenas um dos modelos de discriminação positiva inserida no contexto do Direito Antidiscriminatório, que vem, gradualmente, exercendo sua função e alcançando sua eficácia, sendo, portanto, necessário sua manutenção, ampliação (como adoção de ações afirmativas em cursos de pós-graduação e no setor público estadual e privado) e fiscalização.

#### **5.4 Pessoas com Deficiência x Escolas Particulares**

Em 2015, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.357 provocada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino que postulava, em síntese, a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 28, § 1º, e 30, caput, do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015).

Os artigos do Estatuto da Pessoa com Deficiência legislam sobre a obrigatoriedade de todas as escolas públicas e privadas do sistema educacional brasileiro receberem alunos com deficiência, implementando a Convenção

Internacional sobre as Pessoas com Deficiência (Nova York, 2007), em especial seu artigo 24.

O impetrante, CONEFEN, pleiteou que as instituições privadas fossem eximidas de tal obrigação, para tanto alegou que é tarefa exclusiva do Estado e da família de prover educação para as pessoas com deficiência e tal medida iria de encontro com o direito de propriedade, sua liberdade de iniciativa e sua função social, requerendo, por fim, a inconstitucionalidade da expressão “privadas” nos referidos artigos. Caso o pedido fosse acolhido pelo STF os estabelecimentos privados de educação poderiam se isentar de receber alunos com deficiência, sem que tal ato gerasse uma responsabilização criminal (art. 8º, Lei 7.853/1989).

A decisão majoritária do plenário foi de improcedência da ação, demonstrando um avanço no Direito Antidiscriminatório que busca “minimizar vulnerabilidades de grupos sociais que sofrem discriminações em razão de suas condições específicas” (GALINDO e PEREIRA, 2016).

A evolução nesta área do direito é um reflexo de intérpretes constitucionais e doutrinadores, que, ante as constantes lutas e reivindicações da sociedade civil organizada, repensam o princípios norteadores da Carta Maior brasileira, dentre eles, o princípio da igualdade.

Tais paradigmas solidificam a necessária política da discriminação positiva, que possui como objetivo “reverter os processos de marginalização que promovem a estratificação social ao longo de várias gerações ou então proteger certas classes de pessoas que possuem ou estão em condição específica” (MOREIRA, 2017, p. 31).

Os debates sobre a criação, função, alcance e motivos de diversas políticas públicas de discriminação positiva ou antidiscriminatória são frequentes, seja no âmbito acadêmico, na sociedade civil e nos corredores do Congresso, todavia o conservadorismo extremista, aliados à falta de conhecimento, preconceito e, em alguns casos, ao fascismo, impede que a discussão evolua. Outro importante fator de obstaculização é a defesa da manutenção dos *status quo*, ou seja, dos privilégios econômicos ou não decorrentes de discriminação.

Neste caso, a implementação de pessoas com deficiência ao campo do conhecimento amplo e irrestrito, tentou ser freado pelo apelo de um grupo de

conglomerados de instituições particulares de ensino, que visava a não obrigatoriedade do ensino, pois tal medida poderia de um lado acarretar custos com adequação de pessoal e estrutura e de outro o enfrentamento aos preconceitos - sendo a última a maior mazela dos grupos dominantes.

Sendo o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) uma consolidação de legislação já existente e da regulamentação da Convenção de Nova York fica evidente a lentidão ao qual se dá o processo inclusivo das pessoas com deficiência, assim como a inclusão de demais grupos vulnerabilizados, derivado de preconceitos “que além de fomentar atraso no alcance de direitos dessas pessoas, fomenta um atraso generalizado na sociedade” (SCOTT JR; PEGLOW, 2019, p. 236).

O investimento em educação das pessoas com deficiência não pode ser encarada como um custo e é necessário que se compreenda que políticas públicas de educação e inclusão possui um retorno produtivo à sociedade.

Para tanto, sociedade e Estado devem dispensar uma atenção especial a esse grupo de pessoas. O dispêndio de dinheiro e recursos deve, antes de tudo, ser encarado como um investimento lucrativo para todos nós. Logo, inadmissível verificarmos que um Estado como Brasil pôde reduzir, no seu orçamento de 2001, em quase 40% (quarenta por cento), recursos com os propósitos de reabilitação e a habilitação de pessoas portadoras de deficiência, pois o custo econômico e social de sua não-integração é ainda maior (CRUZ, 2009, p. 105).

Para além da insatisfação do representante de escolas particulares em observar a obrigatoriedade de recepcionar alunos com deficiência em suas instituições, é crucial que um olhar do Direito da Antidiscriminação seja levado à questão da manutenção. Mais do que receber, faz-se mister manter o aluno em nível de igualdade de tratamento e oportunidades, realizando um adaptação razoável.

E nesta conjuntura de igualdade de tratamento que reside a maior crítica do CONEFEN, ao fato que o art. 28 da Lei 13.146/2016 vedar a cobrança de valores adicionais, de qualquer natureza, em suas mensalidades, anuidades ou matrículas. Um direito tão primordial e garantido pela nossa Constituição como a educação não pode ser relegada ou tampouco inflacionada em decurso do cidadão possuir

deficiência. Esta é uma das mais aviltantes formas de discriminação que instituições, públicas ou privadas, podem impor à sociedade.

Novamente, o Direito Antidiscriminatório vem para obstar tal ação, construindo um alicerce para que as pessoas com deficiência saiam do estigma de uma provável indiferença ou invisibilidade, feito que se observa, por exemplo, pelo Código Civil não mais afastar a capacidade civil da pessoa pelo simples fato da existência de uma deficiência. À vista disso, temos mais uma hipótese que demonstra a existência e ascensão do Direito Antidiscriminatório e como age e reage nos diversos contextos de discriminação, exclusão, opressão e diferentes formas de preconceito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No ano de 2018, durante o XIII Congresso de Direito da UFSC, em palestra proferida pelo Dr. Adilson José Moreira, denominada “Direito Antidiscriminatório: Compreendendo a Lógica do Constitucionalismo Contemporâneo”, o tema era, pela primeira vez, abordado dentro da Universidade Federal de Santa Catarina. Nos 87 anos do Centro de Ciências Jurídicas, a discriminação e seus efeitos, como ponto principal de um estudo, nunca fora concretizada. Com intuito de enfrentar essa lacuna, a presente pesquisa apresenta o Direito Antidiscriminatória como base teórica e fundamento para mudanças legais, jurisprudenciais e sociais.

A relação entre pessoas ou classes de pessoas na história é talhada de aproximações e distanciamentos em razão de escolhas, pré-julgamentos e discriminações. Relações de poder e os processos sociais de opressão se consolidaram em consequência dessa interação e evidenciaram a desigualdade perpetrada pelo Estado, resultando na discriminação estrutural e institucional.

Não há conclusão única que demonstrará como o Direito atuará de forma eficaz no enfrentamento da discriminação e nas desigualdades dela decorrentes, contudo, apresentar a historicidade do assunto e os moldes como ela vem sendo aplicada é o passo inicial dessa empreitada. Partindo destas perspectivas, com finalidades definidas, servindo-se e compreendo o atual agrupamento legal antidiscriminatório, o embate à opressão e dissemelhanças implementadas pela segregação pode ser enfrentado com sucesso, como se demonstra em políticas antidiscriminatórias adotadas e ratificadas pelo Judiciário brasileiro.

Mais do que discutir a ação verticalizada de uma pessoa ou um grupo social sobre outras, o debate enfrenta os privilégios naturalmente estruturados e institucionalizados por um Estado formado com sustentação nessa interação social. Apontar o problema e tocar o dedo na ferida daqueles que usufruem de um sistema que lhe favorece é penoso e exaustivo, todavia, essencial para que se vislumbre uma realidade mais justa, igual e, para tanto, é necessário revelar a desigualdade, num campo amplo, ocasionado pelos diversos modelos de discriminação.

Os argumentos aqui apresentados levam não apenas ao acesso a um conhecimento restrito, mas uma possibilidade real e factível de acesso às garantias

fundamentais asseguradas pela Constituição Federal, em especial, à igualdade (formal e material), à liberdade (em sentido amplo) e à dignidade da pessoa humana, além de uma transformação na realidade coletiva, asseguradas pelo crivo do Direito Antidiscriminatório.

A amplitude aos direitos de família e sucessórios extensiva aos casais homossexuais, proteção e segurança das mulheres, política de igualdade de oportunidades e resultados por meio do acesso às instituições de ensino superior e a garantia à educação de qualidade, sem maiores ônus, às pessoas com deficiência foram alguns dos temas escolhidos para alinhar e exemplificar os resultados da presença do Direito Antidiscriminatório no sistema jurídico tupiniquim, no entanto, um aprofundamento sobre o estudo poderá revelar uma atuação mais complexa do que o binômio “combate/execução”.

Assim sendo, o Direito Antidiscriminatório é exposto, de início, no primeiro capítulo, como um melhoramento dos Direitos Humanos ou ainda dos Direitos das Minorias, ao pé que vem se desenvolvendo através de múltiplos olhares, em diferentes aspectos e fases da história, por diversos direitos e deveres. Considerando se tratarem de medidas jurídicas, tanto em âmbito constitucional quanto infraconstitucional, é encargo crucial fazer cumprir princípios constitucionais.

Demonstrada uma retrospectiva legal do Direito Antidiscriminatório, no capítulo segundo, onde é resgatada a legislação nacional desde o fim do centenário de 1.800, com referência em discriminação, seja ela positiva ou negativa. Conforme visualizado na primeiro capítulo, o contexto desse direito passa por questões trabalhistas, de saúde, direitos civis, desigualdades raciais e outros, e a lei refletiu, de diferentes formas, não só internamente, mas também internacionalmente, assim se faz necessário apontar esse intersecção do direito internacional e nacional, levando a exibição do conjunto normativo internacional e a legislação infraconstitucional, bem como selecionar os apontamentos antidiscriminatórios dentro da Constituição Federal. Com objetivo de classificar, seja na perspectiva constitucional e infraconstitucional, diferencia-se o intuito punitivista, proibitiva e inclusiva.

É desígnio do terceiro capítulo exprimir motivações, como se apresentam, responsabilidades, consequências e sequelas da discriminação, assim como

entender o que é a discriminação, identificando sua pluralidade de significações, em especial, na esfera legal, jurisprudencial e doutrinário. Em sua extensão, inacabado seria apontar a discriminação sem o devido reconhecimento dos critérios proibitivos de discriminação, aos quais utilizam de determinados fatores para exteriorizar distinções.

Inserido ainda neste contexto, vislumbra-se o discernimento entre a ação discriminatória positiva e negativa e as motivações entre o real uso duma ou doutra. Na primeira, a busca pela inserção social - em várias frentes - e a tão aclamada ideia de igualdade serve como escopo para implementação de políticas públicas capazes de alcançar, ainda que parcialmente, tal propósito.

Noutra frente, o embate à discriminação e suas espécies, tanto intencionais quanto a não intencionais (ainda que falsamente consideradas neutras), por meio de diferentes ações, a depender do modelo discriminatório, seja direta ou indireta.

Ao fim, no último capítulo, a correlação entre princípios constitucionais e o Direito Antidiscriminatório, a evolução dos institutos principiológicos e a fundamentação jurídica expressa na Constituição. Alguns argumentos foram levantados e contrariados sob o prisma do Direito e da real situação fática.

E mais, os pressupostos, são exemplificados num exame crítico dos principais julgamentos instados pelo Supremo Tribunal Federal, ao qual repercute, não somente na classe judicial/jurisprudencial, mas de igual modo no cotidiano nacional, perfazendo com que situações marginalizadas fossem extintas ou modificadas, acarretando panoramas sociais mais igualitários.

Assim sendo, as jurisprudências antidiscriminatórias estudadas revelam que a proposta e hipótese inicial do trabalho é verdadeira, possível e efetiva, produzindo efeitos factuais relevantes à sociedade. Entender que o Direito Antidiscriminatório já ultrapassou, de fato, os limites de uma teoria necessária - como sugere o título da obra - e atinge a prática de uma constituição cidadã é o início para manutenção e a conquista de direitos e garantias fundamentais em um corpo social tão injusto. Tendo como metodologia de abordagem indutiva e o procedimento monográfico, com base em legislação, publicações e doutrinas especializadas.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Sívlio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Letramento. 2018

ARENDR, Hannah. **As origens do totalitarismo**. trad.Roberto Raposo. Rio de Janeiro 1979 Apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional: Desafios do Direito Constitucional**. Max Limonad, São Paulo, 2002, p.39-77.

BARRETTO, Ana C. T. **Carta de 1988 é um marco contra a discriminação**. 2010. Disponível em:  
<https://www.conjur.com.br/2010-nov-05/constituicao-1988-marco-discriminacao-familia-contemporanea#author>. Acesso em 14 fev. 2019.

BRAGATO, Fernando Frizzo; ADAMATTI, Bianka. **Igualdade, não discriminação e direitos humanos**. Revista de Informação Legislativa. 2014. Disponível em:  
<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509929/001032257.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 set 2018

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 19 set 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 05 set. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei 5.452/1943; Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 20 set 2019.

BRASIL. **Decreto 62.150/1968; Promulgação da Convenção 111 da OIT**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D62150.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm). Acesso em 14 ago 2018.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 65/2010**. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc65.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc65.htm). Acesso em 25 out 2018.

BRASIL. **Lei 2.040/1871; Lei do Ventre Livre**. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim2040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2040.htm). Acesso em 12 ago 2019.

BRASIL. **Lei 3.270/1885; Lei dos Sexagenários**. Disponível em:  
[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/516121/2015-08-31\\_Lei%20dos%20Sexagenarios%20completa%20130%20anos.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/516121/2015-08-31_Lei%20dos%20Sexagenarios%20completa%20130%20anos.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em 28 out 2019.

BRASIL. **Lei Imperial 3.353/1888; Lei Áurea**. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM3353.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3353.htm). Acesso em 28 out 2019.

BRASIL. **Lei 3.071/1916; Código Civil de 1916.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em 10 ago 2019.

BRASIL. **Lei 1.390/1951; Lei Afonso Arinos I.** Disponível em:  
<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-1390-3-julho-1951-361802-no-rmaatualizada-pl.pdf>. Acesso em: 31 out 2018.

BRASIL. **Lei 2.889/1956; Lei do Genocídio.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L2889.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L2889.htm). Acesso em 15 set 2019.

BRASIL. **Lei 4.117/1962; Código Brasileiro de Telecomunicações.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D62150.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm). Acesso em 18 fev 2019.

BRASIL. **Lei 5.250/1967; Lei da Imprensa.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5250.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5250.htm). Acesso em 01 set 2019.

BRASIL. **Lei 7.437/1985; Lei Afonso Arinos II.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7437.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7437.htm). Acesso em 12 set 2019.

BRASIL. **Lei 7.716/1989; Lei Caó.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm). Acesso em 21 mar 2019.

BRASIL. **Lei 8.081/1990.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8081.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8081.htm). Acesso em 19 out 2018.

BRASIL. **Lei 8.112/1990.** Disponível em  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm). Acesso em 19 out 2018.

BRASIL. **Lei 8.213/1991; Lei de Benefícios.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em 19 out 2018.

BRASIL. **Lei 9.029/1995.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9029.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm). Acesso em 19 out 2018.

BRASIL. **Lei 9.459/1997.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9459.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9459.htm). Acesso em 19 out 2018.

BRASIL. **Lei 9.504/1997.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9459.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9459.htm). Acesso em 23 out 2018.

BRASIL. **Lei 9.799/1999.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9799.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9799.htm). Acesso em 23 out 2018.

BRASIL. **Lei 10.406/2002; Código Civil.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em 23 out 2018.

BRASIL. **Lei 10.639/2003.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.639.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.639.htm). Acesso em 23 out 2018.

BRASIL. **Lei 10.741/2003; Estatuto do Idoso.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm). Acesso em 24 out 2018.

BRASIL. **Lei 11.340/2006; Lei Maria da Penha.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em 24 out 2018.

BRASIL. **Lei 12.288/2010; Estatuto da Igualdade Racial.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em: 24 out 2018.

BRASIL; IPEA. **Atlas da Violência 2017.** Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/170602\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2017.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas_da_violencia_2017.pdf). Acesso em 11 out 2018.

CASTEL, Robert. **A discriminação negativa: cidadãos ou autóctones?**. 2008

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede.** Paz e Terra, 2009.

COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. **Discriminação no Trabalho: Mecanismos de combate à Discriminação e Promoção de Igualdade de Oportunidades.**

Disponível em:

[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:xnoXD5DhooQJ:www.criancamppr.mp.br/arquivos/File/publi/oit/oit\\_igualdade\\_racial\\_05.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:xnoXD5DhooQJ:www.criancamppr.mp.br/arquivos/File/publi/oit/oit_igualdade_racial_05.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br). Acesso em 23 set. 2018.

CRUZ, Adriana. **Ofensas Raciais explodem na Justiça.** Jornal O Dia. Disponível em: <https://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2018/07/5559588-ofensas- raciais-explodem-na-justica.html#foto=1>. Acesso em 20 set. 2018.

CRUZ. Álvaro R. V. **O direito à diferença:** ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. Belo Horizonte: Ed. ARRAES, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica:** Lei Maria da Penha, comentada artigo por artigo. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 28

DIAS, Lucas Albuquerque. **Análise crítica da ADPF 132 e da ADPF 54 à luz do ativismo judicial.** 2016. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47184/analise-critica-da-adpf-132-uniao-estavel-homoafetiva-e-da-adpf-54-aborto-de-fetos-anencefalos-a-luz-do-ativismo-judicial>. Acesso em 11 set. 2018

DONIZETTI; GARBIN; OLIVEIRA. **Diversos enfoques do Princípio da Igualdade.** Editora Fórum. 2014.

DRUMOND, Pedro H. Mendes. **A constitucionalidade da Lei Maria da Penha.**

Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/48490/a-constitucionalidade-da-lei-maria-da-penha>. Acesso: em 16 out. 2018.

FRANÇA. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.** 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria>

%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html. Acesso em 28 out 2018.

FULLIN, Carmen Silvia. **Direito e Racismo**: Observações sobre o alcance da legislação penal antidiscriminatória no Brasil. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. p. 21-25.

FREDMAN, Sandra. **Discrimination law**. New York: Oxford University Press. p. 38. 2011.

FUNDAÇÃO PALMARES. **Lei Afonso Arinos completa 61 anos**. Disponível em: <http://www.palmares.gov.br/?p=21349>. Acesso em 23 set. 2018.

GALINDO, Bruno. **O direito antidiscriminatório entre a forma e a substância: igualdade material e proteção de grupos vulneráveis pelo reconhecimento da diferença, in: Direito à diversidade** (orgs.: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão). São Paulo: Atlas, 2015, p. 43-60.

GALINDO, Bruno; PEREIRA, Mateus. **ADI 5.357 é um avanço na construção de um direito antidiscriminatório**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-13/adi-5357-avanco-construcao-direito-antidiscriminatorio>. Acesso em: 17 out. 2018.

GAMA, Cherranea S. Costa. **Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade**: a questão das cotas para negros no serviço público. Trabalho de Conclusão de Curso Direito - UFSC. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/117150>

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**: o direito como instrumento de transformação social. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 444p.

GONZALEZ, Lélia. **Mulher Negra**. Afrodiáspora, Rio de Janeiro: IPEAFRO, v. 3, n. 6/7, 1985, p. 94-104.

JOAQUIM, Nelson. **Igualdade e Discriminação**. 2014. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2006/nelsonjoaquim/igualdadeediscriminacao.htm>. Acesso em: 18 de março de 2014.

LAURIA, Mariano Paganini. **O direito fundamental à igualdade na perspectiva da antidiscriminação racial**: para além do mandado constitucional expresso de criminalização do racismo. 2016. 115f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.

LIMA, Firmino Alves. **Contribuições para uma Teoria da Discriminação nas Relações de Trabalho**. Tese de Doutorado, 2010. Faculdade de Direito da USP. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-01082011-160922/pt-br.ph>. Acesso em: 09 jul 2018.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito ao reconhecimento de gays e lésbicas**. In. A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada. Org. Roger Raupp Rios, Célio Golin e Fernando Pocahy. Nuances: Sulina: Porto Alegre, 2003, p. 13-36.

MEDEIROS, Carlos Alberto: **Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas**. in SANTOS, Sales Augusto dos (org.). Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005.

MOEHLECKE, Sabrina. **Ação Afirmativa: História e Debates no Brasil**. Cadernos de Pesquisa n. 117, p. 197-217, novembro/2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15559.pdf>. Acesso em 14 set. 2018.

MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?** Casa do Direito: Justificando, 2017.

NASCIMENTO, Abdias. **O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado**. São Paulo: Perspectivas, 2016.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 23 jul 2018.

PIOVESAN, Flávia; GUIMARÃES, Luis Carlos R. **Estudo sobre a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial**. 2003. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado8.htm> Acesso em 16 jul. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Ações Afirmativas da perspectiva dos direitos humanos**. 2005. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-15742005000100004>. Acesso em 04 set. 2018.

PRUDENTE, Eunice. A. de J. (1988). **O negro na ordem jurídica brasileira**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, nº 83, p. 135-149. 1988.

RAWLS, John: **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação - discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Livraria do Advogado, 2008.

RIOS, Roger Raupp. **Democracia e direito da antidiscriminação: interseccionalidade e discriminação múltipla no direito brasileiro**. Revista Eletrônica Ciência e Cultura. Disponível em: [http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-67252017000100016](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252017000100016). Acesso 16 ago. 2018.

Rios, Roger Raupp. **Perspectivas e tensões no desenvolvimento dos Direitos Sexuais no Brasil**. RIL Brasília, n. 207, jul/set. 2015. p. 331-353. Disponível em:

[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril\\_v52\\_n207\\_p331.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril_v52_n207_p331.pdf). Acesso em 25 set. 2018.

RIOS, Roger R; LEIVAS, Paulo G. C; SCHAFFER, Gilberto. **Direito da Antidiscriminação e Direito das Minorias: perspectivas e modelos de proteção individual e coletivo**. Revista Direitos Fundamentais, v. 22, n. 1, p. 12.-148, 2017.

Disponível em:

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:2rsg3UTZcu8J:revistaeletronicaufpd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/download/852/491+&cd=5&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 10 jan. 2019.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes Rocha. **Ação Afirmativa - O Conteúdo Democrática do Princípio da Igualdade Jurídica**. Revista Trimestral de Direito Público nº15/96. Disponível em:

[http://bidforum.com.br/bidBiblioteca\\_pre\\_periodico\\_ap.aspx?tp=1&p=313&abrev=REV](http://bidforum.com.br/bidBiblioteca_pre_periodico_ap.aspx?tp=1&p=313&abrev=REV). Acesso em 18 ago 2018.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania**. In: PINHEIRO, P. S.; GUIMARÃES, S. P. (orgs.). *Direitos humanos no século XXI*. Brasília: Ipri, Fundação Alexandre de Gusmão, 1998.

SALATINI, Rafael. A discriminação negativa:. **Sociedade e Estado**, v. 25, n. 3, 19 abr. 2011.

SANTOS, David. **Sete atos oficiais que decretaram a marginalização**. 1999.

Disponível em:

[http://movimentonegrodepelotas.blogspot.com/2010\\_04\\_01\\_archive.html](http://movimentonegrodepelotas.blogspot.com/2010_04_01_archive.html). Acesso em 11 fev. 2019.

SCOTT JR, Valmôr; PEGLOW, João Pedro de Ávila. **Direito (Antidiscriminatório) à educação: ADI 5.357/2015 e a inclusão de estudantes com deficiência em escolas privadas**. Campo Grande: Revista Direito UFMS. p. 233-252, jan-jun. 2019. Disponível em:

<https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/download/7087/6108>. Acesso em: 15 abr. 2018.

STF. **ADPF 186**. Relator: Ministro Ricardo Levandowski. DJ 26/04/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em 11 out. 2018.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **Responsabilização Objetiva do Estado: Segregação Institucional do Negro e Adoção de Ações Afirmativas como Reparação de Danos Causados**. Brasília: Editora Juruá, 2005.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 17-64.

## ANEXO

### CONJUNTO NORMATIVO CITADO - CLASSIFICADO POR ANO

- Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão/1789
- Lei do Ventre Livre (Lei 2.040/1871)
- Lei dos Sexagenários (Lei 3.270/1885)
- Lei Áurea (Lei Imperial 3.353/1888)
- Código Civil/1916
- Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei 5.452/1943)
- Declaração Universal dos Direitos Humanos/1948
- Lei Afonso Arinos I - (Lei 1.390/1951)
- Lei do Genocídio (Lei 2.889/1956)
- Convenção 111 da OIT - 1958
- Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/1962)
- Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial - 1965
- Lei da Imprensa (Lei 5.250/1967)
- Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher - 1979
- Lei Afonso Arinos II (Lei 7.437/1985)
- Constituição Federal da República do Brasil - 1988
- Lei Caó - Lei 7.716/1989
- Convenção sobre os Direitos da Criança - 1989
- Lei 8.081/90
- Lei 8.112/90
- Lei de Benefícios - Lei 8.213/ 91
- Lei 9.029/95
- Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - 1995
- Lei 9.459/97
- Lei 9.504/97
- Lei 9.799/99
- Código Civil - 2002 (Lei 10.406/02)
- Lei 10.639/2003 - História e Cultura Afro-brasileiras nas escolas públicas
- Lei 10.741/2003 - Estatuto do Idoso
- Lei 11.340/2006 - Lei Maria da Penha
- Lei 12.288/2008 - Estatuto da Igualdade Racial
- Emenda Constitucional 65/2010
- Lei 12.288/2010
- Lei 12.711/2012 - Ações Afirmativas em Institutos Superiores
- Lei 12.990/2014 - Ações Afirmativas em Concurso Público Federal
- Lei 13.146/2015 - Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência
- Lei 13.409/2016 - Lei que reserva vagas a pessoas com deficiência em Concurso Público