

Direito das Minorias Interpretado: o compromisso democrático do direito brasileiro

Argemiro Cardoso Moreira Martins¹
Larissa Mituzani²

Resumo: A categoria minoria é utilizada no Direito como reforço argumentativo para a defesa de direitos fundamentais. Destina-se a grupos que, historicamente marginalizados, reivindicam no espaço público o reconhecimento de suas peculiaridades e a proteção de direitos. Essa categoria que surgiu atrelada à ideia de Estado, nacionalidades e soberania, hoje, se estende às demandas antes ignoradas. A interpretação dos princípios relacionados à categoria minoria deve, portanto, concebê-la como uma necessidade de consolidação dos valores democráticos da Constituição. O presente trabalho busca identificar como a categoria minoria é articulada nas decisões do Poder Judiciário. A fonte de precedentes em que se baseia a pesquisa são as decisões exaradas por todas as instâncias da Justiça brasileira, julgados e publicados desde 5 de outubro de 1988 até 31 de julho de 2010. Conclui-se que o emprego da categoria minoria pelos magistrados persegue o ideal democrático de aplicação do direito àqueles pertencentes a grupos minoritários.

Palavras-chave: Direito das minorias. Democracia. Argumentação.

Abstract: The category of minority is used as argumentative reinforcement in Law for the defense of fundamental rights. It is destined to groups that were historically marginalized, and claim for public recognition of their peculiarities and the protection of rights. This category, which appeared linked to the idea of state sovereignty and nationality, now is extended to demands ignored before. The interpretation of principles related to the minority category must therefore be conceived as a need for consolidation of constitutional democratic values. This study aims to identify how the minority category is articulated in decisions of the judiciary. The source of precedents on which research is developed are those decisions of all instances of the Brazilian courts, tried and published since October 5, 1988 until July 31, 2010. The conclusion is that the use of minority category by the judges pursues the democratic ideal of law enforcement to those belonging to minority groups.

Keywords: Minority rights. Democracy. Argumentation.

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1993), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1996) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2004). Atualmente é professor adjunto de direito público na Universidade de Brasília (UnB). *E-mail:* argemartins@hotmail.com.

² Mestranda em Direito na Universidade de Brasília. Bolsista da CAPES. *E-mail:* lcmizutani@gmail.com.

Recebido em: 16/02/2011.

Revisado em: 30/03/2011.

Aprovado em: 26/08/2011.

Introdução

O tema “direito das minorias” revela-se indispensável para a compreensão aprofundada da construção histórica da igualdade, da eficácia no plano jurisdicional dos direitos fundamentais e das decisões proferidas a esse respeito. A ação dos magistrados é objeto de análises diversas, dada a importância que lhe é atribuída a partir da estrutura político-jurídica do Estado³. Da decisão judicial, nesse sistema de poderes, destacam-se os elementos que serviram para sua construção e para sua fundamentação jurídica. O direito das minorias aponta, assim, à necessidade de suscitar debates sobre como interpretar os direitos fundamentais e justificar a fundamentação dessas decisões.

A orientação da via interpretativa assumida pelo magistrado deve pautar-se pelo aspecto democrático presente na Constituição, de forma que a tarefa desse intérprete corresponda à materialização da democracia, na esfera de alcance social de sua atuação. A responsabilidade que é conferida a esse agente político refere-se, nesse sentido, à garantia dos direitos das minorias por meio de suas decisões. É indispensável, portanto, analisar precedentes e a construção argumentativa dos magistrados para compreender como os princípios são aplicados e, a partir daí, construir outros parâmetros possíveis, se necessário, ou destacar aqueles bem-sucedidos que salvaguardem os direitos às minorias.

O presente artigo está dividido em três partes. A primeira delas trata do direito das minorias e sua relação com o Estado Democrático de Direito. A interpretação do direito de grupos minoritários incita o dever democrático do julgador, que não encontra respostas fáceis diante da

³ Em posicionamento decisionista, Eros Grau afirma: “A um outro ponto devo ainda, introdutoriamente, aludir para distinguir a interpretação desenvolvida pelos juízes (intérpretes autênticos) dos exercícios de interpretação praticados pelos demais operadores do direito e pela doutrina. Estes últimos – operadores do direito e juristas – não são dotados do poder de praticar o ato decisional, momento final da atividade de interpretação do direito. O único intérprete autorizado pelo próprio direito a definir, em cada caso, a norma de decisão é o juiz. Logo, poderemos, para apartá-las, afirmar que a atividade (= conjunto de atos) de interpretação empreendida pelos demais operadores do direito e pelos juristas cessa no momento anterior ao da definição da norma de decisão, ato privativo do intérprete autêntico”. (GRAU, 2009. p. 66-67).

complexidade do tema. A segunda parte recupera a formação da categoria “minoría” como conceito jurídico, e apresenta o âmbito de análise que esse termo sugere. A categoria revela um reforço argumentativo para a proteção de direitos fundamentais de determinados grupos, o que evidencia os recursos conceituais de que se vale o Direito em busca da proteção dos direitos fundamentais. A terceira parte trata da argumentação dos precedentes colhidos no Supremo Tribunal Federal, no Superior Tribunal de Justiça, nos Tribunais Regionais Federais e nos Tribunais de Justiça dos Estados, publicados nos sítios eletrônicos até o mês de julho de 2010⁴. A prática dos colegiados demonstra, com poucas exceções, a construção argumentativa em observância aos preceitos democráticos, em uma mudança de paradigma, mais plural e menos discriminatório.

⁴ O material é resultado da pesquisa nos sítios eletrônicos dos referidos tribunais, disponíveis desde a Constituição Federal de 1988 (portanto, desde a data de 5 de outubro de 1988) até a data de 31 de julho de 2010, sendo o marco referencial limite de pesquisa. Os critérios de busca utilizados foram estabelecidos em três etapas: i) a busca pelo critério “minoría” ou “minorias”; ii) a partir das ocorrências encontradas, verificou-se os termos que definiam os grupos minoritários, que foram utilizados como critério para a segunda fase de pesquisa – negro(s), afrodescendente(s), mulher(es), índio(s), indígena(s), portador(es) de necessidades especial(is), portador(es) de deficiência, deficiente(s), homossexual(ais), homoafetivo(s); iii) o terceiro critério utilizado foi com base em quais grupos a Organização das Nações Unidas determinou que eram minorias no Brasil e que não haviam sido contempladas – judeu(s) e cigano(s). Além desses critérios, dada a diversidade religiosa e de culto no Brasil, utilizou-se o critério “religião”; e, por fim, “quilombola(s)” e “quilombo”, por se tratar de um grupo minoritário reconhecido pela Constituição Federal (artigo 68 do ADCT), tal qual o é o índio (artigos 231 e 232, especialmente). Ressalte-se que não foram em todos os sítios que o sistema de busca operou com resultados desde outubro de 1988, mas alguns deles possuem registros a partir de 2002. Outra consideração a ser feita é que o critério utilizado para o crivo das decisões que formam o conjunto material de análise baseou-se em existência de controvérsia expressa que envolvia direitos fundamentais e discussões principiológicas relacionadas (em especial o princípio da igualdade, da isonomia e da equidade). Outro crivo foi descartar aquelas decisões, cuja ementa e núcleo argumentativo do voto eram idênticas em casos semelhantes. A proposta é que o material sirva como base de dados para exame qualitativo, e não estatístico-numérico, de decisões caracterizadas direta ou indiretamente pelo tema minoría do período determinado.

1 Direito das Minorias e Estado Democrático de Direito

A ideia de democracia não se limita ao governo da maioria, mas abrange o espaço em que se comportam as diversas visões existentes em uma comunidade política, ainda que uma delas prevaleça. Um espaço que permite a diversidade tem como pressuposto – e também como referencial comum – a igualdade de condições para participar da construção desse lugar político múltiplo. Ocorre, porém, que historicamente privilegiaram-se determinadas visões de mundo por imposição, por discriminação ou por subvalorização de outras. Consequentemente, a democracia tal qual é compreendida hoje e promovida como valor da sociedade brasileira não consegue oferecer as mesmas condições de reconhecimento às variadas visões de mundo, tampouco permitir, de maneira satisfatória, espaço adequado para a manifestação democrática da diversidade.

A democracia não é uma conquista consolidada, mas um processo que demanda constante promoção, desenvolvimento e aprendizado⁵. Embora não se restrinja a noção de governo da maioria, este é seu aspecto mais conhecido e aceito, aplicado também fora dos espaços públicos. Entretanto, outro aspecto que a democracia comporta torna-se relevante mais recentemente, tendo em vista a própria dinâmica por que passam conceitos abrangentes e informadores de uma sociedade. Em virtude das novas demandas sociais, da ampliação do espaço público a novos atores e da relevância histórica que marca a Constituição brasileira de 1988, o respeito às diferenças – e a consideração das minorias também envolvidas no processo democrático – ascendem como valor a ser preservado ao lado das deliberações majoritárias.

Para que a democracia possa atender a essas demandas sociais, mecanismos políticos de alternância de poder representam um “temperamento” (RIGAUX, 2003) às maiorias, porém insuficiente para evitar trans-

⁵ O termo “democracia”, por ser insistentemente utilizado, ganhou diversas acepções de acordo com o seu contexto. Não há que se falar, portanto, em uma definição única e rígida, porque a função que o termo quer cumprir é apresentar aspectos de um valor social e político ocidentalmente construído. Alguns desses aspectos, como o governo da maioria, respeito à diferença e regime de governo cujo poder advém do povo serão os mais relevantes no presente trabalho.

gressões de certos direitos fundamentais das minorias. Segundo Rigaux (2003, p. 32),

[...] este é precisamente o objetivo das disposições substanciais de uma Constituição, e estas permaneceriam letra morta se, depois de ter sido cometida, tal violação não pudesse ser reparada.

O fundamento, portanto, de proteção às minorias, ainda que contrarie parâmetros políticos majoritários, está constitucionalmente resguardado.

Por essa razão, o dever democrático das instituições orienta as funções exercidas por seus agentes públicos, que têm como obrigação agir em respeito às diferenças, em observância ao artigo 3º, incisos I e IV⁶. No âmbito dos Poderes da União, a democracia será o fundamento das ações do Estado de Direito: o Legislativo, nas regras de direito eleitoral que permitam a participação das diversas propostas ideológicas e políticas, desde que não atentem a preceitos constitucionais⁷; o Executivo, nos programas que promovam a participação e atendam os integrantes de grupos minoritários em suas necessidades⁸; e o Judiciário, especificamente sua atuação judicante, ao “[...] resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso” (BARROSO, 2009, p. 117)⁹.

Parte-se, portanto, de uma concepção de exercício democrático realizado pelo Poder Judiciário que supera a problemática de legitimida-

⁶ Constituição Federal: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

⁷ Constituição Federal “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: V – o pluralismo político”.

⁸ Constituição Federal, além dos artigos supramencionados: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”.

⁹ Estes são apenas exemplos de como o aspecto democrático se manifesta nas ações dos Poderes do Estado.

de. Assim como os Poderes Legislativo e Executivo, o Poder Judiciário também tem o dever de exercer suas funções típicas a partir da noção de democracia acima referida. O fato de os magistrados não serem escolhidos como os representantes eleitos do Legislativo e do Executivo não prejudica, de modo algum, o dever democrático que lhes cabe ao interpretar as leis e julgar os casos em suas particularidades levadas à sua apreciação. Diferentemente dos cargos eletivos por voto popular, a condição do magistrado, que acessa a carreira por meio de concurso público, pressupõe independência em relação ao eleitorado e compromisso estrito com a Constituição.

Não se ignora, ingenuamente, que o exercício interpretativo e a construção argumentativa, particularmente nos casos difíceis, perpassem posicionamentos subjetivos e determinações políticas de fundo. Entretanto, ressalte-se que o Direito é fruto de intersubjetividades, porque as relações humanas não são simplesmente objetivadas. Recorre-se a ele como instrumento razoavelmente aplicável quando os fundamentos derivados de sua utilização superam subjetividades, e encontram eco nos valores (históricos e contextuais) de uma sociedade. O meio em que se poderão controlar excessos de subjetividade do magistrado ou a perda da objetividade realizável das normas é a análise dos argumentos utilizados na fundamentação das decisões.

A questão democrática no exercício da interpretação é levantada nos casos difíceis que tratam de minorias. Nesses casos está em jogo o princípio da igualdade, e nele o direito à diferença, sendo aceitável a discriminação ou para garantir a liberdade de se manifestar peculiaridades culturais, ou para diminuir o déficit democrático de grupos marginalizados historicamente. Dworkin (2005, p. 31) ressalta esse aspecto da democracia ao afirmar que “[...] nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político [...]”, e que “[...] membros de minorias organizadas têm, como indivíduos, menos poder que membros individuais de outros grupos que são, enquanto grupos, mais poderosos”. E conclui nesses termos:

Eles têm o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus direitos. Se seus direitos forem reconheci-

dos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito do fato de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los. [...] Membros de minorias organizadas, teoricamente, têm mais a ganhar com a transferência, pois o viés majoritário do legislativo funciona mais severamente contra eles, e é por isso que há mais probabilidade de que seus direitos sejam ignorados nesse fórum. Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas. (DWORKIN, 2005, p. 31-32)

O modo em que operam as minorias como categoria, seja no estabelecimento de sua posição relacional, seja na discriminação positiva ou na igualação factual, revela a função contramajoritária exercida pelo Poder Judiciário. A partir de leis que reforçam a generalidade e o aspecto igualitário do Direito, a situação particularizada de minorias pressiona interpretações construídas com outros elementos que não a simples generalidade da lei. Princípios que permeiam a natureza democrática da Constituição de 1988 servem para fundamentar novas leituras normativas, de maneira a garantir espaço e proteção aos direitos das minorias.

A função contramajoritária exercida pelo Poder Judiciário ao julgar questões que envolvam direitos das minorias corresponde ao mencionado dever democrático do exercício da magistratura. Segundo Luís Roberto Barroso (2009, p. 186):

Há situações em que o processo político majoritário fica emperrado pela obstrução de forças políticas minoritárias, mas influentes, ou por vicissitudes históricas da tramitação legislativa. De outras vezes, direitos fundamentais de um grupo politicamente menos expressivo podem ser sufocados. Nesses cenários, somente o Judiciário e, mais especificamente, o tribunal constitucional pode fazer avançar o processo político e social, ao menos com a urgência esperável.

Trata-se de o julgador assumir o papel político que é inerente à sua função e de observar o compromisso democrático constitucional que

oriente sua interpretação. A interpretação mais adequada a uma lide que envolva direito das minorias será aquela que contemple normas basilares albergadas pela Constituição, tais como a cidadania (art. 1º, II), repúdio ao preconceito e à discriminação (artigo 3º, IV) e a igualdade (artigo 5º, *caput*), sendo permitido o tratamento desigual em circunstâncias desiguais com o propósito de reafirmar-se continuamente o Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*).

Se o exercício de interpretação orientar-se por tais parâmetros que informam o sistema de valores do Direito brasileiro contemporâneo, a atividade do intérprete de participar da construção do Direito será vista com naturalidade, vez que sua função de fazer justiça – por mais aberto que seja o conceito – estará fundada em preceitos constitucionais amplamente aceitos pela sociedade nacional¹⁰. O mínimo de consenso existente fixado pela Constituição como referencial para as discussões das particularidades de cada caso passa pelo aspecto democrático que o Estado busca promover. Isso porque a dinâmica do sistema democrático visto pelo exercício do Direito necessita de um ponto de partida mínimo e comum a todos que dele participam. É por essa razão, portanto, que se pode considerar a Constituição como o ambiente mínimo consensual em que se fundamentarão as opções interpretativas que envolvem direito das minorias¹¹.

¹⁰ “Por fim, a dogmática contemporânea já não aceita o modelo importado do positivismo científico de separação absoluta entre sujeito da interpretação e objeto a ser interpretado. O papel do intérprete não se reduz, invariavelmente, a uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. Em variadas situações, o intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do constituinte ou do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis”. (BARROSO, 2009, p. 309).

¹¹ “Una Constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos; incluso frente a la voluntad popular. Su función no es expresar la existencia de un demos, es decir, de una homogeneidad cultural, identidad colectiva o cohesión social, sino, al contrario, la de garantizar a través de aquellos derechos, la convivencia pacífica entre sujetos e intereses diversos y virtualmente en conflicto. El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias, y las opciones de gobierno, no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, o sea en derechos vitales conferidos a todos, como límites

2 Minoria como Categoria Jurídica

“Minoria” é uma categoria relacional¹², que adquire conteúdo semântico contextualmente¹³. Tratar-se de um conceito aberto, e seu emprego determina os parâmetros de análise das relações estabelecidas entre os pertencentes ao grupo minoritário e ao grupo majoritário. Essa classificação não é dada *a priori*, vez que a identidade jurídica é construída pelas partes e pelo intérprete de acordo com os interesses e com a necessidade de se revelar outro aspecto de um direito.

Não se pode utilizar, por exemplo, a característica que faz de um indivíduo minoria em uma determinada relação sem que o contexto da

y vínculos, precisamente, frente a las leyes y los actos de gobierno expresados en las contingentes mayorías”. (“Uma Constituição não serve para representar a vontade comum de um povo, mas para garantir os direitos de todos; inclusive diante da vontade popular. Sua função não é expressar a existência de um demos, ou seja, de uma homogeneidade cultural, identidade coletiva ou coesão social, mas, ao contrário, a de garantir através daqueles direitos, a convivência pacífica entre sujeitos e interesses diversos e virtualmente em conflito. O fundamento de sua legitimidade, diferente do que ocorre com as leis ordinárias, e as opções de governo, não reside no consenso da maioria, mas em um valor muito mais importante e prévio: a igualdade de todos nas liberdades fundamentais e nos direitos sociais, ou seja, em direitos vitais conferidos a todos, como limites e vínculos, precisamente, face às leis e aos atos de governo expressados nas contingentes maiorias”). (FERRAJOLI, 2005. p. 28).

¹² Rigaux (2003, p. 35-36) conceitua como “todo grupo social detentor de traços relativamente indelévels e cujos membros não poderiam por esse motivo fundir-se em uma população homogênea apta a gerar maiorias flexíveis e mutáveis. O pertencer étnico, a língua, a fidelidade às tradições religiosas ou culturais que não são partilhadas pela maioria da população, a orientação sexual são alguns exemplos de traços próprios de um grupo social e que podem isolá-lo. [...] Nem todos esses traços são absolutamente indelévels, pode-se mudar de língua, de religião, escolher integrar-se ao modo de vida da população dominante, mas a questão é saber se é obrigado a fazê-lo, mais exatamente, se as leis adotadas pela maioria podem coagir ou incitar a isso”. E ilustra com o exemplo de membros do grupo dos homossexuais, que são diferentes entre si na língua, no sexo, na religião, mas pertencem a esse grupo nas discriminações que os impedem ou dificultam o acesso ao emprego, à seguridade social ou à indenizações devidas ao cônjuge ou à “concubina” sobrevivente.

¹³ A contextualidade relacional fática é que atribui as posições dos sujeitos, e será observada nos precedentes citados adiante.

relação jurídica litigiosa apresente questões sobre minoria. A condição de minoria não é inerente ao sujeito; ela será estabelecida na relação jurídica levada ao Poder Judiciário. E caso não esteja em questão a situação de minoria, não pode haver prejuízo à isonomia.

É o caso, por exemplo, do *Habeas Corpus* n. 121.813, de Santa Catarina, em que o paciente, por ser negro, exigia o julgamento feito por um júri formado em sua totalidade por pessoas negras, ainda que o crime pelo qual fora acusado não tivesse qualquer relação com sua identidade étnica:

Processual Penal. *Habeas Corpus*. Homicídio qualificado. Composição do Conselho de Sentença. Pretendido critério racial. Pleito destituído de razoabilidade jurídica. Ordem denegada.

I – Não encontra amparo jurídico a pretensão formulada em prol do paciente consistente na tese de que em sendo ele negro, o Conselho de Sentença competente para o julgamento do homicídio por ele praticado deveria ser exclusivamente formado por pessoas da mesma raça. Tal discriminação, por ele proposta, mostra-se desarrazoada, conflitante com o princípio da isonomia.

II – Como bem enfatizado pelo Parquet: a pretensão em que o réu seja julgado por quem pertença à sua cor ou raça, ou contrário de atender ao postulado da igualdade material, contraria o princípio da isonomia assegurado no artigo 5º da CF, já que parte de uma premissa apriorística, a parcialidade do “outro”, fundada na raça ou cor; ademais, não se ajusta ao objetivo preconizado no art. 3º, I, da CF, de se construir uma “sociedade solidária”; finalmente, vai de encontro aos expressos termos do § 1º do art. 436 do CPP (na redação dada pela Lei nº 11.689/08): ‘Nenhum cidadão poderá ser excluído dos trabalhos do júri ou deixar de ser alistado em razão de cor ou etnia, raça, credo, sexo, profissão, classe social ou econômica, origem ou grau de instrução’.

III – Ademais, o crime praticado não possui qualquer conotação racial, capaz de sustentar a dúvida levantada, no sentido de que a decisão dos jurados teria sido tomada em decorrência de concepções preconceituosas em desfavor da raça negra. Trata-se, ao que parece, de crime passional comum.

Essa posição relacional, entretanto, era dada nas origens da construção da categoria minoria pelo Direito. A criação das minorias como categoria jurídica está associada ao Direito Internacional Público. Celso D. de Albuquerque Mello registra que a noção de minorias advém da Reforma, em que se rompe a unidade religiosa europeia e, com isso, a questão das minorias emerge. Um dos primeiros documentos que estabeleceu o objetivo de se proteger uma minoria – no caso, religiosa – remonta a 1606: o Tratado de Paz de Viena, celebrado entre o Imperador Rodolfo II e o Príncipe da Transilvânia Stephen Bockay (MELLO, 2004. p. 952).

Para o Direito Internacional Público pode-se destacar, ainda, a Paz de Westfalia, pela proteção das denominadas minorias religiosas e das minorias étnicas no Tratado de Varsóvia, de 1773, que fez a primeira partilha da Polônia. Cabe ressaltar que a proteção das minorias religiosas no Século XIX era confundida com a chamada “intervenção humanitária”, entendida à época como a garantia da liberdade de religião – e não a proteção de indivíduos que se diferenciavam por determinado credo. Quanto às minorias étnicas, estas aparecem no Congresso de Viena, em 1815, quando é estabelecido que Rússia, Prússia e Áustria garantirão aos poloneses “uma representação e instituições nacionais” (MELLO, 2004. p. 952).

Pierré-Caps indica que as regulamentações políticas e diplomáticas consecutivas à Grande Guerra, entre 1918 e 1920, sofreram influências diretas do idealismo do Presidente Thomas Woodrow Wilson que, nos seus *14 Princípios*, propõe o da autodeterminação dos povos, mas aplicado apenas quando havia interesse dos Aliados (MELLO, 2004). Esse princípio, posteriormente associado às minorias, decorria da fragmentação europeia, que revelava a problemática da diversidade étnica em um mesmo território. Incumbiria ao Direito Internacional a proteção de certos indivíduos que não pertenciam ao grupo nacional majoritário dos países remodelados ou criados pela Conferência da Paz de Versalhes (PIERRÉ-CAPS, 2004).

O primeiro tratado que consagra a proteção das minorias foi concluído com a Polônia (28 de junho de 1919), fato que leva a alguns autores a considerarem que as minorias foram uma criação do Direito Internacional Público, ou derivado do *princípio das nacionalidades*. Mello (2004, p. 954) esclarece:

Esta situação é considerada pelos citados autores um verdadeiro “paradoxo”, vez que o mencionado princípio visava “a identificação da nação e do Estado”. No referido tratado com a Polônia, esta aceita “as disposições que potências (aliadas e associadas) julgarão necessárias para proteger na Polônia os interesses dos habitantes que diferem da maioria da população pela raça, língua ou religião”. Esta situação, denominada “servitude minoritária”, só foi imposta às pequenas potências.

Pierre-Caps considera que não se pode atribuir ao Direito a criação da categoria minoria, mas sim às relações interestatais estabelecidas no Concerto Europeu que criou o princípio das nacionalidades, como meio de identificar a Nação e diferenciá-la do Estado. O Concerto Europeu representava interesses estatais convergentes, preocupados em controlar as evoluções da sociedade internacional, de forma a melhor preservar a estabilidade das relações internacionais depois de duas décadas de atribuições revolucionárias (PIERRÉ-CAPS, 2004). Mas a reunião da chamada Pentarquia – as cinco maiores potências mundiais: França, Império Austro-Húngaro, Inglaterra, Prússia, Rússia – não se limitou a evitar convulsões sociais que a ameaçasse. Além desse perfil conservador, havia também um interesse superior internacional, vez que uma “comunidade internacional” emergia amparada por princípios universais superiores à soberania nacional. O fenômeno minoritário, noticia Pierré-Caps (2004), é observável a partir do Congresso de Viena.

A ideia de princípios humanos superiores às fronteiras políticas dos Estados e o fortalecimento da natureza soberana do próprio Estado parece contraditória. Entretanto, o indivíduo, na condição de súdito ou de estrangeiro, poderia requerer tratamento diferenciado em função de um *habitus* social distinto da população majoritária, o que se revelaria em um primeiro momento pela diferença religiosa – sob a designação de liberdade de consciência. A minoria, pois, afirmara-se como categoria jurídica entre os súditos do Príncipe (submissos à sua legislação) e os estrangeiros (que lhe escapavam), tendo para si um estatuto próprio. Pierré-Caps (2004, p. 178) observa:

Convém acrescentar que os Estados recentemente criados se viam atribuindo no início mesmo de sua existência, e até como condição mesma desta última, um dever de proteção minoritária, a qual lhes parecia antes uma obrigação propriamente constitutiva.

As primeiras garantias internacionais dos direitos nacionais de povos integrados nos Estados existentes surgem no âmbito dos Congressos realizados no Século XIX. O Congresso de Berlim¹⁴ é considerado um marco para o estudo da categoria minoria. Isso porque ele reafirmaria a preocupação com o destino das minorias cristãs do Império Otomano, explicitado pelo artigo 62 do Tratado de Berlim, que entende o princípio da liberdade religiosa ser um limitador da soberania do Império Otomano¹⁵. Esse Congresso marca ainda uma transição do problema das minorias religiosas do Direito Internacional para o Direito Interno – o que as tornaria minorias nacionais. No mesmo Tratado, em seu artigo 4º, há pela primeira vez, no Direito Internacional, a explicitação de uma minoria nacional. O artigo serviria para compensar efeitos potencialmente perigosos decorrentes da aplicação do princípio das nacionalidades, como esboço de uma proteção minoritária. Porém, será apenas em 1918 que a proteção às minorias será abarcada pelo princípio das nacionalidades.

Até o referido ano, tratar a questão das minorias diante do princípio das nacionalidades era impensável. O momento era de construção de Estados nacionais, que buscavam sua emancipação por fatores que pudessem agregar e garantir em certa medida uma coesão mínima interna que lhe assegurasse a existência. A própria ideia de grupos minoritários

¹⁴ O Congresso de Berlim, realizado entre 19 de Novembro de 1884 e 26 de fevereiro de 1885, fora convocado pelas grandes potências para pôr fim às ambições russas na região dos Bálcãs, o que findou com a divisão territorial estabelecida pelo Tratado de Paz de San Stefano, de 3 de março de 1878.

¹⁵ O artigo 62 assim dispõe: “Em nenhuma parte do Império Otomano a religião poderá opor-se à pessoa como um motivo de exclusão ou de incapacidade, no que se refere ao uso dos direitos civis e políticos, na admissão nos empregos públicos, nas funções e nas honras, ou no exercício das diferentes profissões e indústrias. Todos serão admitidos, sem distinção de religião, como testemunhas perante tribunais. A liberdade e a prática externa de todos os cultos estão asseguradas a todos, e nenhum impedimento poderá ser colocado, seja para a organização hierárquica das diferentes confissões, seja em suas relações com os chefes espirituais”. (FOUQUES-DUPARC, 1922, p. 76).

era sufocada por uma aplicação incompleta do princípio da nacionalidade que, naquele momento, carecia de circunstâncias inspiradoras de entendimento diverso.

Mas ao mesmo tempo em que a condição de minoria era abafada por elementos circunstanciais, a inegável presença de grupos minoritários faz emergir a problemática das minorias. Ocultá-las, não reconhecê-las ou desconsiderá-las como uma questão a ser enfrentada pelos Estados nacionais confirmavam a existência do que seria posteriormente denominada “minorias nacionais” (PIERRÉ-CAPS, 2004, p. 183). Era inadequado pensar em povos associados a elementos identitários diversos daqueles eleitos pelos Estados nacionais em formação e afirmação. Tanto é assim que as minorias religiosas, e religiosa devido à Reforma empreendida no Século XVI, tornaram-se gradualmente minoria nacional por se tratar de uma realidade que não poderia ser ignorada. A diversidade religiosa estava consolidada na Europa como um fato a ser considerado no processo social e político da formação dos Estados.

A problemática da minoria emerge na distinção entre direito à existência nacional e o direito à existência estatal. A existência estatal, associada ao princípio das nacionalidades, não comportava o direito à existência nacional, vez que não era possível dar a cada nacionalidade¹⁶ um Estado que lhe fosse próprio. O princípio das nacionalidades representava o princípio norteador da organização interna de um Estado multinacional, não considerado em sua forma absoluta de princípio de constituição de Estados, o que levava o direito ao nacionalismo e à conquista territorial (PIERRÉ-CAPS, 2004, p. 190). É no Direito Público, então, que se buscou satisfazer as aspirações nacionais sem se recorrer à lógica unívoca do princípio das nacionalidades, informador da estruturação estatal.

O surgimento da categoria minoria coloca em questão a relação entre esfera pública e esfera privada, considerados o Estado e o indivíduo. As particularidades de grupos, seja por questões étnicas, religiosas ou linguísticas, deveriam ser respeitadas, mas até o limite daquilo que o Estado-nação determinasse como não atentatório a sua natureza homogenei-

¹⁶ O termo nacionalidade é aqui entendido como uma característica que ultrapassa a existência física de uma delimitação territorial (Estado).

zante. Comportar as diferenças em seu território sem que isso afrontasse a soberania do Estado era o desafio da consolidação da categoria.

Entretanto, com a releitura das funções do Estado, especialmente por sua atribuição social e interventora, o conceito de minorias expandiu-se e abrangeu outras minorias que não apenas aquelas ligadas a uma diferença cultural ou identitária, mas também grupos marginalizados. Tais grupos teriam características que ganharam relevância por demandas recentes: as mulheres, os negros ou afrodescendentes, os portadores de necessidades especiais e os homossexuais. Diferentemente de grupos sensíveis, como as crianças, os adolescentes e os idosos – que possuem proteção especial e legislação específica –, essas “novas” minorias são assim reconhecidas por serem vítimas de preconceito por uma construção histórica que lhes fora adversa. Soma-se às minorias tradicionais, portanto, outras minorias que ascendem como tais em suas demandas no Judiciário (além de público-alvo de políticas públicas), também consideradas como grupos que demandam seu lugar no espaço público.

3 A Construção Argumentativa em Direito das Minorias

Podem ser identificadas, por esse resgate das origens da aplicação do conceito pelo Direito, algumas características que justificam a existência de um direito denominado das minorias. Em primeiro lugar, o seu aspecto relacional, já mencionado, em que só se pode determinar uma minoria em relação ao grupo majoritário pertinente. Embora pareça uma afirmação trivial, há implicações de maior complexidade nesse primeiro aspecto: a necessidade de se identificar de qual maioria a relação faz referência (se negros em relação a brancos, se judeus em relação a cristãos, se a etnia Bororo em relação aos indígenas ou os indígenas em relação aos não-indígenas, por exemplo).

Esse primeiro ponto determina a legitimidade de se atribuir a categoria minoria para um grupo, dada uma relação jurídica litigiosa. A atribuição de pertencimento de um indivíduo a um grupo em relação a um elemento de sua identidade – seja ela étnica, religiosa, linguística ou outra – pode, inclusive, tornar o aspecto identitário relevante a tal ponto que

a demanda seja avaliada partindo-se de critérios generalizantes nesse aspecto. Essa constituição de pertença geraria fundamentos jurídicos aplicáveis a outras demandas de membros desse mesmo grupo minoritário.

Em segundo lugar, há uma funcionalidade na utilização da categoria. Embora se trate de direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico, recorreu-se a um *reforço argumentativo*. A categoria serve como reforço argumentativo para a atribuição de um direito fundamental, como se observa na fundamentação dos julgados em que há emprego expresso do termo “minorias”:

[1] Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas.

[2] Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias.

Por vezes, direitos fundamentais não são garantidos por si mesmos, ainda que possuam status constitucional. Para tanto, recorre-se a esse reforço, que contém outros elementos caracterizadores do déficit de igualdade entre os pertencentes às minorias definidas na relação jurídica. O direito fundamental, então, passa a depender de justificativas complexas além da norma, apoiadas pelo contexto histórico compreendido criticamente. O pertencimento a uma minoria, estabelecido como reforço de argumento, pode ser entendido como o diferenciador necessário para a proteção de certos grupos¹⁷.

¹⁷ Ver ainda: Superior Tribunal de Justiça: CC 102.454/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 25/03/2009, DJe 15/04/2009 (“[...]mensagens de cunho racista e discriminatório contra diversas minorias (negros, homossexuais e judeus) [...]”); REsp 1046475/ES, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em

O direito das minorias representa, portanto, direitos fundamentais de parcelas da sociedade eleitas como minorias a partir de parâmetros de marginalização histórica¹⁸. A marginalização desses grupos deu-se por meio de discriminação social, representação política deficiente ou inexistente, subvalorização cultural, omissão – ou mesmo violência – das instituições estatais, para citar as principais causas de desprestígio em relação às minorias. O termo, ressalte-se, não está associado a uma minoria quantitativa necessariamente: os grupos minoritários podem ser compostos de parcelas consideráveis da sociedade¹⁹.

O tratamento a ser dado ao direito das minorias encontra-se em princípios acolhidos pelo Estado Democrático de Direito, tanto para negar como para justificar as demandas de grupos minoritários, uma vez

12/08/2008, DJe 08/09/2008 (“implementação de ação afirmativa de inclusão da minoria”). Tribunal Regional Federal 1ª Região: AC 1999.38.00.036330-8/MG, Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, publicado em DJ de 19/04/2007, p.47 (“[...] Mediante ações específicas, opera-se o favorecimento de certas minorias sociais de forma que se logre a isonomia de oportunidades”). Tribunal Regional Federal 2ª Região: REOMS 200202010337860, Desembargador Federal Ricardo Regueira, Primeira Turma, publicado em DJU de 09/01/2004, pp.24/25 (“[...] teríamos, ainda, a violação do princípio da isonomia, tendo em vista que estaríamos também diminuindo, em razão do encarecimento pelo ônus tributário, o espectro de alcance de minorias à informação, à educação e à cultura”). Tribunal Regional Federal 3ª Região: AI 200603000291729, Juiz Johonsom Di Salvo, Primeira Turma, publicado em DJF3 de 14/10/2009, p. 65 ([...] “reconhecer e implementar os direitos das chamadas ‘minorias’”). Tribunal Regional Federal 4ª Região: APELREEX 200871000022370, Desembargadora Maria Lúcia Luz Leiria, Terceira Turma, publicado em D.E. de 11/02/2009 (“DISCRÍMEN RAÇA. Possibilidade admitida quando agir ‘não para humilhar ou insultar um grupo racial, mas para compensar desvantagens impostas contra minorias’”). Tribunal Regional Federal 5ª Região: AC 200880000031529, Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho, publicado em DJ de 18/06/2009 (“A adoção de medidas discriminatórias em favor das minorias [...] não representa violação ao princípio da isonomia”).

¹⁸ “For the most part the prevalence of minority groups within most of the nations of the world is a residue of history. Historic population movements have resulted in the current distribution of smaller groups within the larger society. The movements are still taking place on a scale as great as any known to history, giving rise to new minority issues, especially in the wake of moribund Western colonialism”. (SIGLER, 1983. p. 15).

¹⁹ Uma minoria, considerada pela jurisprudência como tal, quantitativamente superior no Brasil é a dos negros ou afrodescendentes.

que o conflito é a característica inerente à noção de minoria²⁰. A análise da argumentação das decisões nos casos que envolvem minorias pode revelar, assim, como os princípios constitucionais são empregados para a interpretação das normas, no Estado Democrático de Direito. A interpretação determinará a materialização ou não do princípio democrático, na seara judicial, diante das lides em que, necessariamente, outros princípios constitucionais serão o cerne das discussões.

Barroso (2009) traz parâmetros que assegurariam a legitimidade e racionalidade da interpretação nesses casos: (i) vincular seu argumento a uma lei ou a uma norma constitucional, que assegura o fundamento majoritário legitimador da decisão; (ii) utilizar fundamentos universalizáveis, para afastar o casuísmo; e (iii) considerar as consequências práticas de sua decisão. Além de tais critérios, também se pode observar argumentos históricos e morais que reconhecem o direito das minorias.

O vínculo a uma lei pode ser exemplificado pelo Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/1973) e pela Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada pelo Decreto n. 5.051/2004, aplicado a uma minoria constitucionalmente reconhecida²¹, como nos seguintes casos:

[1] O Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73), por sua vez, consigna que “serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum” (art. 6º). 3. Ainda, em seu art. 57, dispõe que “será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte” (Tribunal Regional Federal 1ª Região. AC

²⁰ “Minorities are conflict groups. They are sources of unrest and social dissatisfaction, unless suppressed or discouraged, they help precipitate social change”. (SIGLER, 1983, p. 8).

²¹ Artigos 231 e 232 da Constituição Federal. A aplicação desse critério, já demonstrada acima, pode ser conferida na Pet. n. 3.388 Rel. Min. Carlos Britto. Publicado no DJE de 25/9/2009.

2000.01.00.067444-1/GO. Des. Selene Maria de Almeida. Publicado no e-DJF1 em 04/09/2009, p.1.688).

[2] 3. Regime de semiliberdade previsto no parágrafo único do artigo 56 da Lei n. 6.001/73. Direito conferido pela simples condição de se tratar de indígena.) Supremo Tribunal Federal. HC 85198 / MA. Rel. Min. Eros Grau. Publicado no DJ em 09/12/2005).

[3] A legislação, no caso, é a Lei nº 6.001/73, também conhecida como Estatuto do Índio, a qual não se encontra em contrariedade com a Constituição, mas em consonância com ela, buscando proteger o indígena para que, então, em uma segunda etapa, ele possa ser integrado. Destarte, o direito conferido pela Carta Magna não pode ser utilizado de forma a prejudicar os índios, contrariando seus próprios interesses ou dificultando suas ações e defesas. Sendo assim, na hipótese em tela, reconhecer a ilegitimidade da FUNAI seria na verdade agir de maneira contrária aos interesses dos índios garantidos constitucionalmente, até porque, não obstante as afirmações acima, muitos deles ainda não se encontram totalmente inseridos em nossa cultura, sendo inegável sua origem diversa e peculiar, havendo necessidade da tutela do Poder Público em determinados casos Tribunal Regional Federal 4ª Região. AC N. 2005.04.01.000728-1/PR. Des. Nicolau Konkel Junior. Publicada no DE n. 295 em 24/12/2007).

Outro caso de legislação especial voltada para a proteção de uma minoria é a Lei Maria da Penha, assim considerada nos seguintes precedentes:

[1] 1 – O tratamento diferenciado conferido a mulher pela lei Maria da Penha (lei n. 11.340/06) tem fundamento constitucional no artigo 226, § 8º da CF e em âmbito internacional na Convenção de Belém do Pará de 1994 (sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher), partindo do pressuposto de que o gênero feminino precisa de proteção, assim como as minorias que exigem cotas nas universidades, idosos, crianças, deficientes físicos e homossexuais (Tribunal de Justiça de Goiás. AI 65528-5/180. Des. Kisleu Dias Maciel Filho. Publicado em DJ 223 de 25/11/2008).

[2] I – A ação afirmativa do Estado que busque a igualdade substantiva, após a identificação dos desníveis sócio-culturais que gere

a distinção entre iguais/desiguais, não se pode tomar como inconstitucional já que não lesa o princípio da isonomia, pelo contrário: busca torná-lo concreto, efetivo. II – As ações políticas destinadas ao enfrentamento da violência de gênero – deságüem ou não em Leis – buscam a efetivação da igualdade substantiva entre homem e mulher enquanto sujeitos passivos da violência doméstica. III – O tratamento diferenciado que existe – e isto é fato – na Lei 11.340/06 entre homens e mulheres não é revelador de uma faceta discriminatória de determinada política pública, mas pelo contrário: revela conhecimento de que a violência tem diversidade de manifestações e, em algumas de suas formas, é subproduto de uma concepção cultural em que a submissão da mulher ao homem é um valor histórico, moral ou religioso – a origem é múltipla (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO 1.0000.07.466156-2/000(1). Des. Alexandre Victor de Carvalho. Publicado no DJ em 31/05/2008).

[3] Por força dessa tradição secular, cimentada ao longo de uma Idade Média de barbárie, quando o avantajado porte físico conferia uma superioridade de fato ao sexo masculino, ante à qual não havia alternativa à mulher, senão a submissão para obter a segurança e a estabilidade necessárias para a permanência da família, ainda hoje se podem encontrar vestígios do sexismo na organização política das sociedades, no seio da família ou no contexto da organização do trabalho.

E esses traços de “atavismo cultural” não se restringem aos extratos sociais de baixa escolaridade ou às comunidades habitantes da zona rural: praticam-se ainda formas de discriminação e violência contra a mulher em todos os grupos e camadas sociais e, o que é pior, no recesso dos lares, com a convivência da família, dos vizinhos e mesmo da própria vítima, alarmada com possíveis crises familiares e efeitos sociais eventualmente gerados por uma reação diante da violência.

Não por outra razão, há expressa orientação legal para a interpretação da Lei Maria da Penha, contida em seu art. 4º:

“Art. 4º. Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar”.

As condições peculiares a que se refere a lei consistem, a meu sentir, daquelas posições de desvantagem historicamente estabelecidas, e gradualmente corrigidas ao longo do Século XX, com a conquista de direitos tais como a participação na vida política, o trabalho remunerado em igual medida, a paridade na chefia da família, etc.

À vista de uma tal situação histórica, o estabelecimento de políticas que privilegiem a mulher, garantindo-lhe especiais direitos e construindo mecanismos dirigidos à realização de sua igualdade material ante aos indivíduos do sexo masculino não implica violação do postulado de isonomia constitucional (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AGRAVO DE INSTRUMENTO CRIMINAL 1.0145.09.557201-5/001(1). Publicado em DJ de 16/07/2010).

Havendo lei específica para a minoria em questão, a problemática da interpretação é reduzida. Os dispositivos são dirigidos especificamente para o grupo minoritário, de forma que a margem de possibilidades interpretativas é bastante reduzida. O problema aparece quando tais leis não existem e as minorias devem se valer das normas gerais para tratamento de suas especificidades.

O vínculo a uma norma constitucional é mais recorrente, porque os grupos considerados minoritários que não possuam legislação própria para a proteção dos seus direitos, tal como a minoria indígena ou as mulheres, valem-se da construção argumentativa a partir de princípios constitucionais. Princípio recorrente é do da igualdade. Ele é entendido, quando aplicado ao direito das minorias, no seu sentido material, visto que o seu sentido formal limita a igualação real buscada pelo Direito²².

²² “[...] a igualdade material pressupõe a distribuição desigual de oportunidades para que os desfavorecidos obtenham um nivelamento de oportunidade. O princípio da igualdade material insere-se na Constituição nas normas programáticas que objetivam conceder direitos àqueles que não usufruem dos bens da vida. 22. “Descumprindo o Estado o princípio de igualdade de condições (igualdade material ou substancial) em relação aos desiguais de escola pública, há que se promover uma desigualdade positiva para o efeito de obter a igualação jurídica real”. Tribunal Regional Federal 1ª Região. AC 1999.38.00.036330-8/MG. Des. Selene Maria de Almeida .Publicado no DJ em 19/04/2007, p. 47.

Esse é o fundamento sustentado em grande parte dos julgados para a defesa de ações afirmativas promovidas pelo Estado, embora no que concerne às cotas haja a interpretação contrária. No caso específico dessa espécie de ação afirmativa, há discussão jurisprudencial em duas áreas distintas: a constitucionalidade do sistema de cotas para o ingresso no ensino superior e para concursos públicos.

Em relação às cotas para as universidades, há decisão ao pedido de medida cautelar na ADPF 186 MC, proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, que indeferiu o pedido por ter sido a interposição da arguição após a divulgação do resultado final do vestibular 2/2009, quando já encerrados os trabalhos da comissão avaliadora do sistema de cotas. Entretanto, no seu voto, sustentou que:

A solução para tais problemas não está na importação acrítica de modelos construídos em momentos históricos específicos tendo em vista realidades culturais, sociais e políticas totalmente diversas das quais vivenciamos atualmente no Brasil, mas na interpretação do texto constitucional considerando-se as especificidades históricas e culturais da sociedade brasileira.

Como aponta o Ministro, a interpretação constitucional e, como já mencionado, a construção argumentativa que fundamenta a decisão serão os instrumentos disponíveis para lidar com a problemática das minorias e o contexto democrático em que se coloca. O princípio da igualdade e mesmo a ideia de isonomia devem, pois, comportar uma interpretação consoante aos fundamentos democráticos expressos pela Constituição Federal, que faz sobrepor seu aspecto material no caso concreto.

Outro argumento que recorre à adoção de medidas discriminatórias em favor das minorias é o entendimento de que a autonomia universitária (artigo 207, CF) não representa violação ao princípio da isonomia. Ao contrário, “[...] atende à exigência constitucional de ações positivas do Estado e da sociedade em direção à igualdade efetiva, abandonando-se a ideia de isonomia meramente formal” (Tribunal Regional Federal 5ª Região. AC 20088000031529). Entretanto, em sentido contrário, percebe-se a utilização dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade

além do princípio da igualdade, que dessa vez foi entendido predominantemente em seu aspecto formal.²³

No que tange ao sistema de cotas para concursos públicos, é amplamente aceita a reserva para candidatos portadores de necessidades especiais, contanto que haja compatibilidade da deficiência com o exercício da atividade inerente ao cargo²⁴. Entretanto, quando se trata de negros como cotistas, a fundamentação jurídica é diversa daquela do sistema de cotas das universidades. Alguns precedentes sustentam que não se pode admitir esse sistema de cotas para concursos públicos sob o argumento de ferir a isonomia²⁵, inclusive porque mesmo o sistema de cotas nas universidades, que tem autonomia para tanto, não é tema pacífico:

A questão é saber, portanto, quais das duas noções de igualdade homenageiam o princípio constitucional da isonomia, para, a partir

²³ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 2004.001.04268. Des. Ricardo Rodrigues Cardozo. Julgamento em 21/11/2007 (“Não é razoável privilegiar um grupo de estudantes porque o ensino que o Estado ministra não é de boa qualidade. Ai não estaremos privilegiando, mas, quiçá, criando uma discriminação ao inverso. Ao agir assim, o Estado afrontou princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da igualdade, pois afrontou tanto a Constituição federal, como a Lei Federal 9.394/96”). AC **2004.001.06281**. Des. Marcus Tullius Alves. Julgamento em 15/02/2005 (“A Lei Estadual nº 3.708/02 é inconstitucional na medida em que afronta o princípio da razoabilidade ao criar a reserva de 40% de vagas na Universidade Estadual para pardos e negros e 50% para egressos de Escolas Públicas, restando apenas 10% para brancos oriundos de escolas particulares”). Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC **2008.014214-4**. Des. Vanderlei Romer. Julgamento em 08/01/2009. (“Não se nega o valor das leis que objetivam a proteção das minorias. O que não se pode admitir é a generalização indiscriminada, arbitrária e gritantemente ofensiva ao princípio da igualdade [...] a lei de cotas é inviável, dados os termos em que a Constituição Federal aborda a questão. Se a Carta Magna diz que não pode haver preconceito, é porque assim deve ser. A primeira medida para a validade das cotas é uma emenda à Constituição, não uma lei ordinária estadual. Não se deve malferir a Constituição e o Estado de Direito simplesmente porque querem atingir objetivo nobre”).

²⁴ Tribunal de Justiça de Minas Gerais. MS **1.0000.06.440830-5/000(1)** Des. Armando Freire. Publicação no DJ em 16/03/2007.

²⁵ Ver também: Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC **1.0079.05.183566-2/001(2)**. Des. Albergaria Costa. Publicado no DJ em 14/09/2007 (“Havendo a impetrante comprovado a sua aprovação em concurso público em 5º lugar geral, a nomeação de candidata negra aprovada em 85ª lugar configura lesão ao seu direito líquido e certo de ser a 5ª candidata nomeada”).

desta interpretação, constatar-se a validade ou não da medida afirmativa de reserva de vagas para negros em concursos públicos. À primeira vista, a questão debatida nos autos parece guardar semelhança com a reserva de cotas para negros e pardos em Universidades Públicas. Vale dizer, apenas a título de ressalva, que nem mesmo este “sistema de cotas” que promove o acesso à educação de nível superior de pessoas socialmente excluídas - os negros e pardos - encontrou aceitação social pacífica. Ao que se vê, ainda hoje é tratado com grande polêmica e encontra resistência em grande parte dos Estados brasileiros, mesmo porque a sua adoção prescindiu de um amplo debate público, surpreendendo a sociedade²⁶.

O princípio da igualdade, no julgado parcialmente reproduzido acima, foi considerado ao lado da isenção e da imparcialidade do concurso público, o que seria afrontado caso se admitisse cotas para o preenchimento de vagas da Administração Pública, como adiante dispõe:

O critério da raça é irrelevante para a atividade a ser exercida e não justificaria a sua exigência ou preferência. Aliado a isso, o sistema de reserva de cotas para cargos públicos contraria a promoção da verdadeira igualdade, por todas as razões já tecidas alhures.

Argumentos históricos também são frequentes²⁷, já que se trata em muitos casos de uma interpretação que realiza um ajuste histórico a uma

²⁶ O mesmo voto assim dispõe: “Ultrapassada essa fase, pretender integrar a raça negra diretamente no mercado de trabalho seria medida inadmissível porque, sob a pecha de promover a igualdade, estar-se-ia negando ao negro a chance de concorrer pela vaga disputada somente pelo critério de provas e títulos, fato que inferioriza a raça e, injustificadamente, pretere as outras. [...] Conclui-se, portanto, que do cotejo do interesse público da “integração” da raça negra no mercado de trabalho, por intermédio de ações afirmativas de caráter imediatista e discriminatório, com o interesse público na contratação, pela Administração Pública, dos candidatos que melhor aproveitamento tiverem em concurso público, na ordem de classificação, ou seja, de forma isenta e imparcial, é imperiosa a preponderância deste último, por somente ele alcançar a isonomia buscada pela Constituição Federal”.

²⁷ E ainda: TRF 1ª Região, AC 1999.38.00.036330-8/MG, Des. Selene Maria de Almeida: “As políticas compensatórias não têm por objetivo perdurar indefinidamente no tempo. São necessárias somente enquanto uma falsa estrutura de direitos formais, que

interpretação mais literal ou inflexível às minorias. Tais argumentos estão especialmente ligados às minorias negras e indígenas, em função de como o processo histórico brasileiro se deu em relação a esses grupos:

[...] no Brasil existia o preconceito com base na cor da pele da pessoa (fenótipo). Na década de 70, pesquisadores como Carlos Hasenbalg e Nelson do Valle e Silva afirmaram que o preconceito e a discriminação não estavam apenas fundados nas sequelas da escravidão, mas assumiram novas formas e significados a partir da abolição, estando relacionadas aos “benefícios simbólicos adquiridos pelos brancos no processo de competição e desqualificação dos negros”. Simultaneamente, os movimentos negros passaram a questionar a visão integracionista das lideranças negras brasileiras das décadas de 30, 40, 50 e 60. Foi na década de 90, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, que o tema das ações afirmativas entrou na agenda do governo brasileiro, com a criação do Grupo de Trabalho Interministerial para a Valorização da População Negra em 1995, as propostas do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH) em 1996, e a participação do Brasil na Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerância, em 2001, na África do Sul. O governo de Luiz Inácio Lula da Silva aprofundou esse processo. Criou a Secretaria Especial para a Promoção da Igualdade Racial, modificou o Sistema de Financiamento ao Estudante e criou o Programa Universidade para Todos, prevendo bolsas e vagas específicas para “negros”. Em 2003, o Conselho Nacional de Educação exa-

favorece a apropriação e controle do acesso ao poder e aos benefícios sociais pelo grupo dominante, afasta sujeitos historicamente discriminados desses mesmos benefícios” Tribunal Regional Federal 1ª Região. **AC 1999.38.00.036330-8/MG**. Publicado em DJ, 19/04/2007, p. 47. TRF 4ª Região, REOAC 200870000108705, Des. Alcides Vettorazzi: “Com a discriminação positiva, o legislador vem proporcionar à sociedade uma medida compensatória e proteger determinadas parcelas que historicamente foram e ainda são vítimas de discriminação negativa”. Tribunal Regional Federal 4ª Região **REOAC 200870000108705**. Publicado em DE de 15/04/2009. AC N. 2007.71.00.035263-8/RS, Des. Luiz Carlos de Castro Lugon: “O que está em questão, isto sim, é o dever de não-discriminar e de não promover discriminação e desrespeito por meio de atos, palavras ou omissões, em face de grupos discriminado, especialmente em uma cultura onde indígenas foram historicamente subjugados”. Tribunal Regional Federal 4ª Região **AC N. 2007.71.00.035263-8/RS**. Publicado em DE n.295 de 24/12/2007.

rou as Diretrizes Nacionais Curriculares para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino da História e Cultura Afro-Brasileira. Em 2005, o Senado aprovou o “Estatuto da Igualdade Racial”, projeto do Senador Paulo Paim, ainda não aprovado pela Câmara dos Deputados. O projeto visa a estabelecer direitos para a população brasileira que chama de “afro-brasileiros”, definida no artigo 1º, parágrafo 3º, como aqueles que “se classificam como tais e/ou como negros, pretos, pardos ou definição análoga”. A análise dessas considerações históricas e do que se produziu no âmbito da sociologia e da antropologia no Brasil nos leva até mesmo a questionar se o Estado Brasileiro não estaria passando por um processo de abandono da idéia, muito difundida, de um país miscigenado e, aos poucos, adotando uma nova concepção de nação bicolor” ((Supremo Tribunal Federal. ADPF 186 MC. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, julgado em 31/07/2009, publicado em DJe-148 de 07/08/2009).

[2] 9. A demarcação de terras indígenas como capítulo avançado do constitucionalismo fraternal. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural (Supremo Tribunal Federal. Pet 3.388. Rel. Min. Carlos Britto. Publicado no DJE de 25/9/2009).

Os argumentos de cunho histórico visam compreender o princípio da igualdade em um espectro ampliado, que ultrapassa a contemporaneidade da avaliação da norma, e que persegue uma justiça reparatória, se assim se pode afirmar. O déficit democrático criado pelo processo histórico do Brasil em relação aos negros e aos indígenas – e que, por essa razão, são considerados grupos minoritários pela jurisprudência – é o fundamento das interpretações que recorrem a esse tipo de argumento. A recuperação histórica do tratamento da discriminação face aos negros, reali-

zada pelo voto do Min. Gilmar Mendes, revela a necessidade de mostrar a permanência de uma situação discriminatória pós-escravidão. Da mesma forma, a interpretação do princípio da igualdade pelo Min. Carlos Britto baseado na fraternidade e na solidariedade fundamentaria o aspecto compensatório da escolha interpretativa.

Além de argumentos legais, principiológicos e históricos, há também reforços argumentativos morais, que enaltecem os valores que reconhecem direitos às minorias²⁸. Eles clamam por um horizonte comum partilhado de solidariedade, fraternidade, valorização da alteridade. Esses recursos servirão ao propósito de se concretizar os fins democráticos da Constituição pela construção argumentativa, que é o meio de que dispõe o magistrado para responder à função a que lhe foi atribuída.

Os argumentos utilizados seriam universalizáveis na medida em que comportassem o caráter democrático de se garantir a igualdade material, sem que a presença da minoria ferisse as deliberações majoritárias. Para ilustrar tal alerta, tem-se o pedido de se realizar concurso em dia que não despreze preceitos religiosos²⁹:

²⁸ “Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica”. **Pet 3.388**, supracitado. “No limiar deste século XXI, liberdade e igualdade devem ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade. Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade”. **ADPF 186 MC**, supracitado. “Temos em vigor uma legislação pátria que estabelece discriminação positiva, de modo a proporcionar à sociedade uma “valorização” das minorias por meio das ações afirmativas”. REOAC 200870000108705, supramencionado. “Não-comprovação de que as premissas para instituição de critérios de “inclusão social”- ampliação do acesso para estudos de ensino público e autodeclarados negros, promoção da diversidade étnico-racial no ambiente universitário, educação de relações étnico-raciais - não são critérios adequados, necessários e proporcionais para os fins constitucionais de repúdio ao racismo, redução das desigualdades sociais, pluralismo de ideias, garantia de padrão de qualidade do ensino, defesa e valorização da memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, valorização da diversidade étnica e cultural e promoção do bem de todos, “sem preconceitos de raça e cor e quaisquer outras formas de discriminação””. Tribunal Regional Federal 4ª Região. **APELREEX 200871000022370** Des. Maria Lúcia Luz Leiria, publicado em D.E. de 11/02/2009.

²⁹ Ver ainda: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **AI 2008.002.11732**. Des. Lucia Miguel S. Lima. Julgamento em 24/04/2008 (“Agravado de instrumento. Realização de concurso em horário especial para concursandos adventistas. Impossibilidade. Interesse

[1] Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada. 2. Pedido de restabelecimento dos efeitos da decisão do Tribunal a quo que possibilitaria a participação de estudantes judeus no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) em data alternativa ao Shabat 3. Alegação de inobservância ao direito fundamental de liberdade religiosa e ao direito à educação. 4. Medida acautelatória que configura grave lesão à ordem jurídico-administrativa. 5. Em mero juízo de deliberação, pode-se afirmar que a designação de data alternativa para a realização dos exames não se revela em sintonia com o princípio da isonomia, convolvendo-se em privilégio para um determinado grupo religioso 6. Decisão da Presidência, proferida em sede de contracautela, sob a ótica dos riscos que a tutela antecipada é capaz de acarretar à ordem pública 7. Pendência de julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 391 e nº 3.714, nas quais este Corte poderá analisar o tema com maior profundidade. 8. Agravo Regimental conhecido e não provido (Supremo Tribunal Federal. STA 389 AgR. Rel. Min. Gilmar Mendes. Publicado no DJ-e 086 em 14/05/2010).

[2] Recurso ordinário mandado de segurança. Concurso público. provas discursivas designadas para o dia de sábado. Candidato membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia. Pedido administrativo para alteração da data da prova indeferido. Inexistência de ilegali-

de minoria não pode prevalecer sobre a coletividade. Interesse da administração pública se sobrepõe a interesses particulares. Nosso estado é laico. Aplicação do verbete nº 59 deste egrégio tribunal”). **MS 2006.004.00748**. Des. Carlos Santos de Oliveira. Julgamento em 20/09/2006. (“Mandado de segurança. Concurso público. Candidata membro da igreja adventista do 7º dia. Prova marcada para sábado, dia considerado como de guarda santificado, não se realizando qualquer atividade. Fixação da data de acordo com as possibilidades da administração. Direito individual que não se sobrepõe ao direito coletivo sob pena de inviabilizar a realização da prova diante da diversidade de religiões existentes. Supremacia do interesse público. Ausência de direito líquido e certo. Denegação da ordem”). Tribunal Regional Federal 1ª Região. **AMS 1997.01.00.006643-4/RO**. Juiz João Carlos Mayer Soares (Conv.). Publicado no DJ em 20/03/2003, p.96 **REO 90.01.01978-1/GO**. Juiz Hércules Quasimodo. Publicado no DJ em 17/12/1990, p.30767. Tribunal Regional Federal 2ª Região. **AMS 2005.50.01.012623-0**. Des. Sergio Schwaitzer. Publicado no DJU em 08/10/2007, p.201. **AMS 2001.51.01.021679-2**. Des. Franca Neto. Publicado no DJU em 13/10/2004. Tribunal Regional Federal 4ª Região. **AMS 2007.70.00.031253-5**. Des. Marcelo de Nardi. Publicado no DJ em 04/06/2008.

dade. Não violação do art. 5º, VI e VII, CR/88. Isonomia e vinculação ao edital. Recurso desprovido.

1. O concurso público subordina-se aos princípios da legalidade, da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia, de modo que todo e qualquer tratamento diferenciado entre os candidatos tem que ter expressa autorização em lei ou no edital.

2. O indeferimento do pedido de realização das provas discursivas, fora da data e horário previamente designados, não contraria o disposto nos incisos VI e VIII, do art. 5º, da CR/88, pois a Administração não pode criar, depois de publicado o edital, critérios de avaliação discriminada, seja de favoritismo ou de perseguição, entre os candidatos.

3. Recurso não provido (Superior Tribunal de Justiça. RMS 16107/PA. Rel. Min. Paulo Medina. Publicação no DJ em 1º/08/2005, p. 555).

Desses dois casos, que representam posicionamento pacífico na jurisprudência, enseja considerações relevantes para a universalização possível dos argumentos fundamentadores dos direitos das minorias. É preciso destacar que a jurisprudência não trata os membros que professam tais religiões como necessariamente pertencentes a grupos minoritários³⁰. Entretanto, embora não haja precedentes sobre minorias que ilustrem a universalização do fundamento, a questão religiosa revela como se pode sopesar o direito à diferença (de credo, no caso) em face do direito à igualdade.

Observadas as argumentações, depreende-se que o laicismo do Estado sobrepõe-se às diferenças de credo. O respeito ao dia de guarda é garantido até o limite da esfera pública. A religiosidade, inclusive, guarda essa particularidade: é tratada pelo Direito como preceitos de foro íntimo que, em eventual colisão com preceitos de ordem pública, como é o caso do concurso público ou do exame nacional, não são argumentativamente

³⁰ Mais uma vez, o caráter minoritário é relacional, e seu reconhecimento tem finalidade própria. Não se atrela, portanto, a profissão de uma religião minoritariamente representada como pertencente a uma minoria religiosa. Cabe, entretanto, noticiar o reconhecimento, pela Organização das Nações Unidas, bem como em julgados no Brasil que tratam das minorias, dos judeus como um grupo minoritário.

superiores. O parâmetro a ser observado seria, portanto, a tolerância da esfera pública estatal em relação às diferenças. Esse ponto encontra maior ressonância em outros países, sem se apresentar crises internas no Brasil.

A outra universalização possível seria estender o conteúdo da construção argumentativa para casos que envolvessem potenciais membros de um grupo minoritário. Entretanto, esse parâmetro não se harmoniza com a categoria minoria (relacional), que só poderá determinar em cada caso se trata de um direito de minorias em questão e se há necessidade de utilizar o reforço argumentativo da categoria para assegurar um direito fundamental a um indivíduo.

É importante destacar, sobre esse ponto, que o princípio da igualdade manter-se-á como tal, entendido em seu aspecto formal, até o momento em que a necessidade de diferenciar o supere, na busca da igualdade material. Isso porque se há fundamento bastante para garantir um direito sem se recorrer às características de uma minoria, não há que se categorizar um indivíduo caso ele não invoque argumentos nesse sentido. A artificialidade da construção dos sujeitos na relação jurídica litigiosa deve respeitar os elementos identitários levados a julgamento. A universalização, portanto, vista a partir do conjunto de casos que envolvam potenciais minorias preestabeleceria critérios que categorizam *a priori* um indivíduo, e esse é o limite que o direito das minorias encontra.

Quanto ao último critério proposto, qual seja, medir as consequências práticas da decisão, é preciso distinguir o alcance possível de tal medição. No curto prazo, as lesões contra membros de minorias devem ser evitadas, afastadas ou reparadas. No médio prazo, os efeitos da decisão, se possíveis de serem vislumbrados, deve guardar consonância com o aspecto democrático da construção interpretativa e argumentativa, acima explorado. Entretanto, no longo prazo, não se pode imaginar que as minorias terão, a partir de decisões que as reconheçam em seus direitos, assegurado o espaço democrático que lhes cabe.

É possível que o exercício jurisdicional force legislações específicas a determinados grupos minoritários ou alerte para situações em que o Executivo deve iniciar ou ampliar sua atuação por políticas públicas e de inclusão. A atividade do Poder Judiciário reforça a proteção dos que ca-

recem de representatividade ou reconhecimento público, porque explicita os fundamentos jurídicos que lhes acobertam – o que é imprescindível em um Estado de Direito. Entretanto, a ação estatal deve ser conjunta, seja por meio de leis e de programas sociais, seja pela ampliação do espaço público para debate e discussão. E um dos espaços públicos em que esse debate tem se realizado é na jurisdição.

4 Conclusões

Falar de minorias é falar da multiplicidade de existências possíveis. É permitir que a diferença seja reconhecida e possa ser manifesta no espaço público. É tratar o direito à diferença no princípio da igualdade, em que os membros de um grupo minoritário sejam igualmente respeitados. O direito das minorias, de origem internacional, envolve complexidades inerentes à sociedade plural e multicultural como a brasileira, cuja alteridade encontra guarida nos valores democráticos, presentes na Constituição Federal de 1988. É a partir de tais valores que o intérprete se vincula na análise dos casos em que estejam presentes direitos de minorias. Aqueles são levados para exame do Poder Judiciário têm, forçosamente, suas decisões construídas a partir de princípios, podendo recorrer ainda a argumentos históricos e morais.

Em função do exercício argumentativo do magistrado, e não a mera subsunção da norma ao caso, o controle de eventual casuísmo é feito a partir da utilização dos argumentos na construção das decisões. A interpretação de um mesmo princípio, como mostra os precedentes, pode decidir em favor ou contra um membro de um grupo minoritário, a depender da elaboração e dos recursos argumentativos que fundamentam a decisão do julgador. A vinculação a preceitos democráticos não preestabelece uma orientação jurisprudencial, o que torna sempre presente a discussão a respeito do direito das minorias, de acordo com a dinâmica social e do período histórico em que ela se realiza.

O direito das minorias interpretado revela, pois, o compromisso democrático do Direito. Um compromisso sem um fim, vez que a democracia é um processo inacabado – e demanda constante fiscalização de

suas instituições e agentes. O ato de interpretar direitos que, para serem demonstrados, recorrem a um reforço argumentativo evidencia a necessidade de se proteger os direitos fundamentais a quem quer que seja, além de qualquer preconceito. Não é aceitável permitir a manutenção de marginalizações por aqueles agentes estatais responsáveis por guardar os valores humanísticos firmados pela Constituição. E a postura majoritária dos agentes do Poder Judiciário brasileiro parece acatar essa ideia

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. **Revista de Direito do Estado**. Ano 3. n. 10:25-66. abr./jun. 2008.

_____. Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Coord.). **Vinte anos de Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 121813/SC**. Rel. Min. Felix Fischer. Publicado no DJe em 22/03/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 16107/PA**. Rel. Min. Paulo Medina. Publicação no DJ em 1º/08/2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 186/MC**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, julgado em 31/07/2009, publicado em DJe-148 de 07/08/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 85198/MA**. Rel. Min. Eros Grau. Publicado no DJ em 09/12/2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pet 3.388**. Rel. Min. Carlos Britto. Publicado no DJE de 25/9/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **STA 389 AgR**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Publicado no DJ-e 086 em 14/05/2010.

_____. Tribunal de Justiça de Goiás. **AI 65528-5/180**. Des. Kisleu Dias Maciel Filho. Publicado em DJ 223 de 25/11/2008.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de instrumento criminal 1.0145.09.557201-5/001(1)**. Publicado em DJ de 16/07/2010.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Conflito negativo de jurisdição 1.0000.07.466156-2/000(1)**. Des. Alexandre Victor de Carvalho. Publicado no DJ em 31/05/2008.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **MS 1.0000.06.440830-5/000(1)** Des. Armando Freire. Publicação no DJ em 16/03/2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **AC 2004.001.04268**. Des. Ricardo Rodrigues Cardozo. Julgamento em 21/11/2007.

_____. Tribunal Regional Federal 1ª Região. **AC 1999.38.00.036330-8/MG**. Des. Selene Maria de Almeida .Publicado no DJ em 19/04/2007.

_____. Tribunal Regional Federal 1ª Região. **AC 2000.01.00.067444-1/GO**. Des. Selene Maria de Almeida. Publicado no e-DJF1 em 04/09/2009.

_____. Tribunal Regional Federal 4ª Região. **AC N° 2005.04.01.000728-1/PR**. Des. Nicolau Konkel Junior. Publicada no DE n. 295 em 24/12/2007.

_____. Tribunal Regional Federal 5ª Região. **AC 200880000031529**. Des. Ivan Lira de Carvalho. Publicado no DJ n. 114 em 18/06/2009, p. 243.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro Del Estado de Derecho*. Trad. Pilar Allegue. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Paris: Trotta, 2005.

FOUQUES-DUPARC, Jacques. La protection des minorités de race, de langue et de religion. Tese de Direito. Paris, Dalloz, 1922, n. 1 p. 76. Apud: PIERRÉ-CAPS, Op. cit. p. 178.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PIERRÉ-CAPS, S. O direito das minorias. *In*: ROULAND, Norbert (Org.), PIERRÉ-CAPS, Stéphane; POUMMARÈDE, Jacques. **Direito das minorias e dos povos autóctones**. Tradução: Ane Lize Spaltemberg. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Trad. Edmir Missio. Rev. trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.) **Quinze anos de constituição: história e vicissitudes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SIGLER, Jay A. **Minority rights: a comparative analysis**. Westport, Connecticut. London, England: Greenwood Press, 1983.