

O MULTICULTURALISMO E A DEFESA DE MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS NA PERSPECTIVA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Adinan Rodrigues da Silveira¹
Andréia Fernandes de Almeida²

Resumo: O pluralismo é uma das características das sociedades contemporâneas. O presente artigo almeja responder uma questão: em face da realidade da sociedade latino-americana, marcada pela pluralidade cultural, como garantir a aplicação dos direitos fundamentais sem desrespeitar a particularidade das minorias e grupos vulneráveis? Nesta tentativa de resposta, no primeiro item se apresentará o multiculturalismo a luz da filosofia política, discorrendo sobre a teoria de autores como Charles Taylor, Will Kymlicka e Iris Young. Em um segundo item pretende-se verificar como o sistema interamericano de proteção de direitos humanos atua na defesa destas minorias e grupos vulneráveis. E na parte final deste trabalho, a tentativa é analisar como o sistema jurídico brasileiro, notadamente o sistema constitucional, reconhece os direitos fundamentais destes grupos.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais – Direitos Humanos – Multiculturalismo – América Latina

Abstract: Pluralism is one of the characteristics of contemporary societies. This article aims to answer a question: in the face of the reality of Latin American society marked by cultural diversity and to ensure the implementation of fundamental rights without breaching the particularity of minorities and vulnerable groups? In this attempt to answer, the first item will perform multiculturalism light of political philosophy, discussing the theory of authors such as Charles Taylor, Will Kymlicka, and Iris Young. In a second item if it is to see how the American system of protection of human rights acts in defense of minorities and vulnerable groups. And in the final part of this paper, the attempt is to analyze how the Brazilian legal system, notably the constitutional system, recognizes the fundamental rights of these groups.

¹ Mestrando do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá – UNESA/RJ, na linha de pesquisa: Direitos Fundamentais e Novos Direitos - Especialista em História do Direito e Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estácio de Sá – UNESA/RJ – Professor de Sociologia Jurídica e Judiciária e História do Direito Brasileiro na UNESA/RJ.

² Doutoranda no Programa de Pós Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestre no Programa de Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós Graduada em Direito Privada da Universidade Federal Fluminense (UFF). Coordenadora do Curso de Direito na Universidade Estácio de Sá, Campus Menezes Côrtes. Professora de Direito Civil.

Keywords: Fundamental Rights - Human Rights - Multiculturalism - Latin America

Introdução

Após a segunda grande guerra o direito constitucional se mostra de outra forma, apresentando características que o difere do período anterior. Possui como marco histórico a Lei Fundamental de Bonn de 1949, com a posterior criação do Tribunal Constitucional; como marco filosófico o pós-positivismo que buscava ir além de uma legalidade estrita, procurando empreender uma leitura moral do direito, superando, assim, a máxima positivista antecedente; e por fim, no plano teórico três transformações referentes à aplicação do direito constitucional, a saber: reconhecimento de força normativa à constituição, desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional e a expansão da jurisdição constitucional³. Esta doutrina passa a ser chamada de Neoconstitucionalismo, que de uma maneira geral, foi assimilada pelas constituições posteriores.

No desenvolvimento desta doutrina irão surgir novas experiências constitucionais, como por exemplo, o de transformação na África do Sul, o denominado de transição nos países do Leste Europeu e, ainda, o constitucionalismo Latino-americano, modelos com características próprias que se diferenciam dos demais.

Em artigo publicado, Valle apresentou uma síntese dos elementos apontados como identificadores do que seja o constitucionalismo latino-americano, a saber: 1) forma de estruturação do poder; 2) ênfase nos direitos sociais e na promoção da inclusão; e 3) incorporação mais radical do multiculturalismo como componente em si do sistema jurídico.⁴

Importante, ainda, ter-se em perspectiva que o Brasil possui trajetória e realidade semelhantes aos seus vizinhos. Exemplo disso é que o seu Texto Fundamental de 1988 foi confeccionado após um período de ditadura e sua teoria constitucional terá que se desenvolver em uma sociedade plural com povos de várias etnias, crenças e costumes diversos.

Não se pode esquecer que a formação do povo brasileiro está baseada em uma matriz indígena com suas várias etnias, na matriz africana que também é composta de tribos diversificadas e, por fim, na matriz europeia constituída em razão da colonização portuguesa

³BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>>. Acesso em: 10 dez. de 2012.

⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Constitucionalismo latinoamericano: sobre como o reconhecimento da singularidade pode trabalhar contra a efetividade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, 2012. Belo Horizonte: Forum, 2012

de nosso território. Ressalte-se, ainda, o fomento as imigrações dos séculos XIX e XX que trouxeram uma gama de trabalhadores europeus e asiáticos para nossa economia como alemães, italianos, espanhóis e japoneses.

Assim, em face da realidade brasileira, como garantir a aplicação dos direitos fundamentais em uma sociedade plural sem desprezar a particularidade das minorias e dos grupos vulneráveis? A resposta deste questionamento pode estar no caminho da efetivação da doutrina do multiculturalismo.

Na América Latina, países como Bolívia, Equador e México possuem em seus textos constitucionais normas que protegem a cultura indígena destacando, principalmente, a questão do reconhecimento da jurisdição destes povos como meio solução de conflitos de interesses.

Sobre a luz destas reflexões é que na primeira parte do presente artigo, pretende-se apresentar algumas teorias que fundamentam a tese multiculturalista. Após, apresentar-se-ão as ideias de alguns autores desta doutrina, como Charles Taylor, Will Kymlicka e Iris Young.

Na segunda parte do trabalho, abordaremos o desenvolvimento da tese apresentada no contexto latino-americano. Para isso, observaremos o funcionamento do sistema interamericano de proteção aos Direitos Humanos, trazendo a baila alguns casos de proteção às minorias em decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

E ao final, a proposta é identificar a tese multiculturalista no plano normativo constitucional brasileiro, ou seja, verificar a existência de normas constitucionais que favoreçam uma interpretação multiculturalista; e em alguns itens, apresentar-se-á jurisprudências de casos envolvendo a temática de proteção das minorias e grupos vulneráveis.

O multiculturalismo como filosofia política

Inicialmente se faz necessário definir o que se entende por multiculturalismo. Para Moreira se refere às práticas políticas – que podem ser ações afirmativas - às isenções de natureza jurídica – isenções relacionadas folgas ou feriados nacionais - que pretendem promover o respeito pela diversidade étnica, garantir a igualdade de tratamento e de oportunidades entre as maiorias dominantes e as minorias históricas e culturais.⁵

⁵ MOREIRA, Conceição. Multiculturalidade e multiculturalismo. In: ROSAS, João Cardoso (org.). *Manual de filosofia política*. Coimbra: Almedina, 2008, p.221.

Seguindo uma classificação abordada por Barroso⁶, pode-se afirmar que o marco histórico do multiculturalismo surgiu na Constituição do Canadá em 1982 quando se incluiu a temática, reconhecendo que o respeito pelas diferenças culturais é compatível com a igualdade dos cidadãos.⁷ Como marco teórico teve origem no debate entre liberais, tendo como expoentes principais John Rawls, Ronald Dworkin, entre outros, e comunitaristas liderados por Charles Taylor. A discussão tem início no fim da década de 1970 em razão da publicação da obra de Rawls denominada *Uma Teoria da Justiça*⁸, onde autor defende que somente o indivíduo é possuidor de direitos e o que o Estado deve ser neutro em relação aos vários conceitos de bem dos cidadãos e às várias concepções de vida boa das comunidades que o constituem. De modo inverso, os comunitaristas pregam que a comunidade é importante fonte de identidade pessoal e o Estado deve reconhecer os direitos específicos daquela própria coletividade para garantir a sua existência.⁹

Para compreender melhor o tema ora pesquisado, é imperioso conhecer, mesmo que, superficialmente, os pensamentos de alguns filósofos do multiculturalismo, a começar por Charles Taylor, que critica o modelo universalista de Estado-Nação, propondo um estado democrático e multicultural criado a partir de um diálogo infinito com as comunidades culturais e grupos étnicos, ressaltando que estes grupos possuem direitos fundamentais, base de uma sociedade multicultural. Taylor apresenta também o homem como um “ser moral” e um “sujeito social” que procura sua felicidade na pertença à sua comunidade cultural.¹⁰

Para Taylor, o lugar deste diálogo entre Estado e as culturas seria o espaço público onde dever-se-ia discutir qualquer tema que fosse vital para sobrevivência individual e coletiva. Ele situa a fundação do sujeito na interação com o outro, relacionando seu debate com a dignidade da pessoa humana, ou seja, deve-se respeitar o outro, seja quem for, nacional ou imigrante, local ou estrangeiro, branco ou negro. Face a todo exposto, defende as políticas relacionadas à dignidade e o reconhecimento público dos direitos dos diversos grupos.¹¹

⁶ Luís Roberto Barroso apresenta o Neoconstitucionalismo na perspectiva de um marco histórico, filosófico e teórico. Ver BARROSO, Luiz Roberto, op. cit.

⁷ Art. 27 -*This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.* CANADÁ. Constitution Act. (1982). Disponível em <http://www.solon.org/Constitutions/Canada/English/ca_1982.html> Acesso em 10 dez. 2012.

⁸ No original *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

⁹ Para um melhor entendimento das teses de liberais e comunitaristas ver CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça social: Elementos da filosofia contemporânea*. 4ª.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.75-203.

¹⁰ TAYLOR, Charles. Multiculturalismo. In: KROHLING, Aloísio. Os direitos humanos na perspectiva da antropologia cultural. *Revista de direitos e garantias fundamentais*, Vitória, n°3, jul./dez., 2008, p.155-182.

¹¹ KROHLING, Aloísio. Os direitos humanos na perspectiva da antropologia cultural. *Revista de direitos e garantias fundamentais*, Vitória, n°3, jul./dez., 2008, p.155-182.

Outro defensor importante da temática multiculturalista é Will Kymlicka, filósofo canadense, que procurou pesquisar o reconhecimento dos direitos de cidadania e o papel desempenhado pela sociedade civil na construção de políticas de identidade e diversos modelos de multiculturalismo. Kymlicka pertence uma corrente liberal – por mais contraditória que a expressão possa ser – pois defende a realização de um programa liberal, democrático moderno, sob um enfoque da realização dos direitos das minorias e dos grupos, ou seja, reconstruiu uma tese liberal para dar soluções que a posição original não encontrava, como por exemplo, garantir a igualdade real entre indivíduos e grupos em sociedades marcadas pela diversidade social e cultural¹².

Kymlicka percebeu que nas sociedades liberais modernas, muitas minorias sofrem injustiças relativas ao bem de pertença cultural, cuja correção requer a justificação e o reconhecimento de direitos específicos, pois os direitos da minoria – ao contrário da perspectiva liberal clássica – não são privilégios injustos ou formas detestáveis de discriminação, mas compensações por vantagens injustas. Por isso, pode-se considerá-los consistentes com a justiça e exigidas por ela.¹³

Estas minorias podem ser entendidas de duas formas: a primeira, denominada minorias nacionais, são os povos que habitavam os territórios dos atuais Estados e que perderam a luta pela independência ou que foram colonizados. Nestes casos, Kymlicka defende a ideia de um auto-governo, uma autonomia territorial, uma proteção à propriedade da terra e à língua materna. A segunda, classificada como minorias étnicas, são grupos formados por imigrantes e por pequenas seitas etnoreligiosas. Aqui, entende que o Estado deve facilitar a integração, a obtenção de direitos de cidadania e igualdade de acesso à cultura. Estas medidas isentam os seus beneficiários do cumprimento de algumas leis e regras do grupo majoritário, permitindo práticas culturais e religiosas específicas.¹⁴

As obras dos pensadores anteriores são consideradas importantes, contudo, não esgotam a temática multiculturalista. Nesta abordagem é obrigatório se referir a teoria de Iris Young que estende o critério de grupos que mereçam o reconhecimento do Estado, entendendo que, além das minorias nacionais e culturais, como índios, hispânicos e asiático, existem também grupos transversais como as mulheres, trabalhadores, deficientes e ligados a uma opção sexual. Nas sociedades modernas estes grupos sofrem algum tipo de opressão que é gerada pelo universalismo abstrato que trata os indivíduos da mesma forma, mas dentro de

¹² *Ibidem*.

¹³ ROSAS, *op. cit.*, p.229.

¹⁴ *Ibidem*. p.232-235.

uma mentalidade do grupo dominante. Só é igual ou normal aquilo que é praticado pelo grupo dominante, qualquer comportamento que se difere da maioria deverá ser inferiorizado. Assim, além da redistribuição e do reconhecimento, a opressão atinge também os processos sociais como a cultura. Para Young este quadro só pode ser superado através das políticas de diferença, construídas especificamente para aqueles grupos e com o objetivo de alcançar a igualdade real. Para combater a indiferença, propõe-se a representação política destes grupos para que suas necessidades façam parte do processo deliberativo e de tomada de decisão.¹⁵

Como se pode notar, a reflexão filosófica sobre as teses apresentadas é deveras importante, pois, a partir delas, é que se identifica a adequação do sistema jurídico brasileiro ao contexto Latino-americano na perspectiva do multiculturalismo.

O reconhecimento do multiculturalismo e a defesa de minorias no contexto interamericano

Nos ensinamentos de Séguin entende-se por minorias como um contingente numericamente inferior, como grupos de indivíduos, destacados por uma característica que os distingue dos outros habitantes do país, estando em menor quantidade em relação à população deste, ocupando uma posição de não-dominância.¹⁶ Neste contexto vamos encontrar as minorias religiosas, étnicas e linguísticas. Os grupos vulneráveis não possuem a característica numérica inferior, ou seja, podem constituir um percentual considerável da sociedade. Neste grupo temos as mulheres, idosos, crianças, pessoas portadoras de necessidades especiais, entre outros. Ressalta Séguin que estes grupos vulneráveis, com certa frequência, não possuem noção que estão sendo vítimas de discriminação ou que seus direitos estão sendo desrespeitados. Vale lembrar que em qualquer grupo, minorias ou vulneráveis, temos os elementos da descriminalização, intolerância e fragilidade.¹⁷

A pluralidade é uma característica da maioria dos Estados contemporâneos. Desta forma, uma das metas a serem atingidas neste século, tendo como base na dignidade humana, é a inclusão de todos que integram a comunidade política, tentando colocar todos em sua situação de igualdade material. Para que isso ocorra é necessário a existência de vários mecanismos legais que assegure e efetive os chamados direitos fundamentais.

Neste sentido, no âmbito regional, temos todo um sistema de proteção de Direitos Humanos que auxilia na defesa destas minorias e grupos vulneráveis dos países que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos.

¹⁵ *Ibidem.*, p.238-239.

¹⁶ SÉGUIN, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 9.

¹⁷ *Ibidem.*, p. 12.

O sistema interamericano de proteção aos Direitos Humanos

Em uma análise histórica vamos perceber que existem semelhanças entre os países que compõem a América Latina. Para Piovesan trata-se de uma região marcada por elevado grau de exclusão e desigualdade social ao qual se somam democracias em fase de consolidação e a convivência de resquícios de regimes ditatoriais, com cultura de violência, impunidade e ausência de respeito aos direitos humanos.¹⁸ Nascimento também encontra algumas peculiaridades quanto sustenta que os povos da América do Sul, de cultura hispânica ou portuguesa, compartilham uma herança semelhante de colonização europeia ibérica, de formação étnica plural, de instabilidade política e de dependência econômica.¹⁹

É neste cenário que devemos compreender o sistema interamericano de proteção de direitos humanos.

Em 1969 foi aprovada a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que entrou em vigor em 1978 e foi ratificada pelo Brasil em 1992, contando em 2013 com 35 Estados membros.²⁰ Para Piovesan, a Convenção serve tanto para promover e encorajar avanços no plano interno dos Estados, como para prevenir recuos e retrocessos no regime de proteção de direitos.²¹

Dentro da proposta de reconhecimento dos direitos das minorias e grupos vulneráveis, é importante ressaltar que os direitos sociais e culturais não foram especificados na Convenção de 1969, assim, no ano de 1988, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos criou um protocolo adicional à Convenção, que introduz a temática dos direitos sociais, econômicos e culturais, conhecido como Protocolo de San Salvador, que entrou em vigor em 1999, contando em 2013 com 20 países signatários.²² Neste documento vamos encontrar alguns direitos enunciados que corroboram com a tese multiculturalista como por exemplo: o direito de não discriminação (art.3º), direito do idoso (art. 9º e 17), direito das

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos: impacto, desafios e perspectivas à Luz da Experiência Latino-Americana*. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI; Mariela Morales. *Direitos Humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.336.

¹⁹ NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. *Jurisdição Constitucional na América do Sul: Apontamentos de Direito Constitucional Comparado*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=896> Acesso em 05.12.2013.

²⁰ De acordo com o sítio da OEA disponível em: < [http://www.oas.org/pt/estados_membros/default .asp](http://www.oas.org/pt/estados_membros/default.asp)> Acesso em 05.12.2013.

²¹ BOGDANDY, *op. cit.*, p.340.

²² De acordo com o sítio da OEA disponível em: < <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html>> Acesso em 05.12.2013.

pessoas portadoras de deficiência (art. 9º e 18), direitos das crianças (art.16) e os direitos culturais (art.14).²³

É importante lembrar que as Constituições latino-americanas preveem uma hierarquia especial e privilegiada aos dos tratados internacionais que tratam direitos humanos, é o caso da Constituição Brasileira de 1988 que nos §§ 2º e 3º do artigo 5º que incorpora estes tratados no universo de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos. Assim, aceito o tratado internacional, o Estado passa aceitar o monitoramento internacional no que se refere ao modo pelo qual os direitos fundamentais são respeitados em seu território.²⁴

A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Estas formas de monitoramento que os Estados estão sujeitos podem ser feitas pelos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) ou pela atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

De acordo com os artigos 44 a 51 do Pacto de San José da Costa Rica, a Comissão possui a função de atuar diante de petições e comunicações que lhe forem apresentadas. Qualquer pessoa, grupo de pessoas, entidade não governamental reconhecida em um dos Estados membros da OEA, pode apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos petições denúncias ou queixas de atos que violem direitos humanos estabelecidos no Pacto. Reconhecida a situação que viole o texto da Convenção, a Comissão solicitará informações ao Governo do Estado a que pertença a autoridade acusada de responsável pela violação. Após receber as informações ou decorrido o prazo para a resposta, a Comissão analisará se existem ou não os motivos geradores da petição, podendo arquivá-la ou declará-la improcedente. Contudo, se existirem indícios de violações aos direitos humanos, a Comissão realizará os exames dos fatos, com o conhecimento das partes. Ressalte-se que a tentativa é sempre achar uma solução amistosa e consensual, na falta desta solução, a Comissão formulará um relatório apresentando a exposição dos fatos e suas conclusões, podendo ainda, fazer recomendações e proposições que jogar adequadas. Se em três meses a questão não tiver sido resolvida ou

²³ O Pacto de San Salvador está disponível em português em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/sansalvador.asp>>. Acesso em 05.12.2013.

²⁴ BOGDANDY, *op. cit.*, p.340.

encaminhada a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Comissão poderá emitir sua opinião e conclusões finais sobre a questão submetida à sua análise. Nestas conclusões, poderá fazer recomendações que julgar pertinentes e estabelecer prazos para que o Estado realize medidas concretas para a resolução do caso motivo do peticionamento. Após este prazo, a Comissão decidirá se o Estado tomou ou não as medidas adequadas e se publica ou não o seu informe.²⁵

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), somente pode ser convocada pelos Estados partes e pela própria Comissão Interamericana. Acrescente-se, ainda, que a CIDH só poderá conhecer de qualquer caso depois de esgotadas a fase preliminar de admissibilidade, a instrução do caso e a tentativa de solução amistosa perante a Comissão, com a emissão do seu respectivo relatório.²⁶

A CIDH atua como órgão jurisdicional do sistema interamericano e é composta por sete juízes nacionais dos Estados-membros da OEA e eleitos por estes Estados.

Segundo Fix-Zamudio a Corte apresenta uma atribuição consultiva, sobre as interpretações das disposições da Convenção Americana, bem como de outros tratados de proteção aos direitos humanos nos Estados Americanos; e uma outra atribuição de caráter jurisdicional, para resolver as controvérsias que se *planteen* respeito a interpretação e aplicação da própria Convenção.²⁷

Na perspectiva consultiva, a CIDH, além do parecer acerca dos tratos de proteção ao direitos humanos, pode opinar sobre a compatibilidade de preceitos da legislação doméstica em face dos instrumentos internacionais, denominado por Mitidiero como controle de convencionalidade.²⁸ Nesta ótica, Piovesan destaca que até março de 2010 a Corte havia emitido 20 opiniões consultivas.²⁹ destacando ainda, o parecer emitido acerca da impossibilidade da adoção da pena de morte no Estado da Guatemala, afirmando que a Convenção Americana impõe uma proibição absoluta quanto a extensão da pena de morte a crimes adicionais.³⁰

²⁵SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.1191.

²⁶ *Ibidem.*, p.1191.

²⁷ FIX-ZAMUDIO, Hector. *Protección jurídica de los Derechos Humanos*. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.42-43.

²⁸ SARLET, *op. cit.*, p.1187 à 1199.

²⁹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.98

³⁰ GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.44-45.

Na perspectiva contenciosa é importante lembrar que nos termos do artigo 61 da Convenção somente a Comissão e os Estados-membros podem propor demandas junto a Corte. No caso de condenação do Estado-parte violador dos direitos humanos, a Corte poderá adotar medidas que se façam necessárias à restauração do direito violado, ou ainda, estabelecer o pagamento de uma justa compensação à vítima que valerá como título executivo.³¹

Neste longo tempo de funcionamento a CIDH já proferiu inúmeras decisões, no próximo item verificaremos algumas que se enquadram dentro da temática proposta neste trabalho.

Decisões da CIDH ligadas as minorias e grupos vulneráveis

Em relação as crianças e adolescentes, importante mencionar o caso Villagrán Morales contra a Guatemala que foi condenada a pagar uma indenização pecuniária aos familiares de cinco menores de ruas mortos de forma brutal por policiais daquele país. Além da indenização, foi determinado que o Estado promovesse uma reforma em seu ordenamento jurídico no intuito de possibilitar uma proteção maior à crianças e adolescentes e que também construísse uma escola em memória dos mortos deste episódio. Apesar de não ser uma decisão, acrescente-se ainda, a proteção deste grupo vulnerável, o parecer referente a condição jurídica e os direitos humanos das crianças, solicitado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no ano de 2002. (OC 17).³²

No tocante as mulheres, há que se registrar o caso de Gonzales e outras contra o Estado Mexicano, onde a CIDH condenou o México, em novembro de 2009, pelo desaparecimento e morte de várias mulheres na *Ciudad Juarez*, sob o argumento que a omissão do Estado estaria contribuindo para a cultura da violência e da discriminação contra a mulher. Na sentença ficou determinado que o Estado deveria investigar os crimes sob a perspectiva de gênero e adotar medidas preventiva como forma de combater esta discriminação.³³

Encontraremos, também, um julgado acerca da temática contemporânea da orientação sexual, em fevereiro de 2012, a CIDH responsabilizou internacionalmente o Chile em razão do tratamento discriminatório feito contra Karen Atala. O poder judiciário chileno determinou que a custódia das crianças ficasse com o pai em razão da Sra. Atala conviver com uma

³¹ BOGDANDY, *op. cit.*, p.344.

³² *Ibidem.*, p.348

³³ *Ibidem.*, p.105

pessoa do mesmo sexo, logo após o divórcio. No entendimento da CIDH o Estado chileno afrontou o princípio da igualdade e de não discriminação estipulados na Convenção Americana.³⁴

Por fim, acerca das minorias étnicas destacamos três julgamentos proferidos pela respectiva corte. O primeiro, ocorrido no de 2001 entre a comunidade indígena Mayagna Awas Tingni contra o Estado na Nicarágua, onde a CIDH reconheceu o direito sobre terras numa perspectiva coletiva do direito de propriedade, com base na tradição comunitária, destacando, ainda, o direito à cultura, à vida espiritual, à integridade e a sobrevivência econômica. O segundo, envolvendo a comunidade indígena Yakye Axa e o Paraguai no ano de 2005, em que garantiu o acesso ao serviço de saúde dentro de uma ótica cultural, respeitando sempre às práticas curativas específicas e a medicina tradicional³⁵. E o terceiro e último caso, envolvem a comunidade indígena Xákmok Kásek e o Estado do Paraguai, sentença que foi proferida em agosto de 2010, a Corte condenou o Estado-membro pelo desrespeito ao direito à vida, à propriedade comunitária e a proteção judicial, em face da não garantia do direito de propriedade ancestral. Na decisão, informou que os conceitos tradicionais da propriedade privado não se aplicariam no caso, pois o significado da terra para o indígena é entendido de forma coletiva, o que está previsto no artigo 21 da Convenção. Acrescente-se a esta fundamentação, a observação feita pela Corte de que o Estado deve promover a proteção destas comunidades, levando em conta suas especificidades, suas características econômicas e sociais, e ainda, dentro suas especiais vulnerabilidades de forma a assegurar-lhes o direito à vida digna.³⁶

A dimensão multiculturalista no direito Brasileiro

Mesmo sem declarar expressamente o multiculturalismo³⁷, acredita-se que não existem grandes divergências acerca da adoção desta teoria na Constituição Federal de 1988, pois, em diversos dispositivos, podemos encontrar pistas que levam a esta afirmação.

A primeira indicação que comprova um viés multiculturalista vamos encontrar no preâmbulo da Carta Magna que assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores

³⁴ *Ibidem.*, p.104

³⁵ BOGDANDY, *op. cit.*, p.347

³⁶ PIOVESAN, *op. cit.*, p.104

³⁷ As Constituições Canadense e Boliviana declaram expressamente este caráter.

supremos, bem como reconhece uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. O pluralismo ligado ao contexto da cultura.

No título I, que versa sobre os princípios fundamentais, encontra-se no inciso III do artigo 1º, a dignidade da pessoa humana, regra matriz dos direitos fundamentais e núcleo essencial do constitucionalismo moderno.

Posteriormente, no artigo 3º da CF/1988 vamos encontrar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil que são objetivos traçados pelos constituintes que servirão para orientar as políticas governamentais. Nos incisos I, III e IV, a nação buscará a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, o que reforça o reconhecimento de uma sociedade plural.

As minorias religiosas

Em todo mundo, uma das minorias que mais sofrem com a intolerância são as religiosas. Para que um texto constitucional promova a igualdade cultural é necessária uma proteção efetiva.

Desde o século XVIII encontramos documentos de declarações de direitos que buscam proteger a liberdade religiosa. O artigo 16 da Declaração de Direitos da Virgínia de 1776³⁸ e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 10³⁹, já versavam sobre o tema. Na história constitucional brasileira, a liberdade se faz presente desde a primeira Carta Magna de 1824, que apesar de declarar um Estado confessional, determinava no inciso V do artigo 179 que “ninguém pôde ser perseguido por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a moral pública”. As outras constituições irão seguir esta lógica ampliando a proteção no tocante a liberdade de consciência.⁴⁰

O inciso VI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 contempla a liberdade religiosa, que faz parte da chamada liberdade de consciência, que, por sua vez, engloba tanto a liberdade de formação da consciência, como também a liberdade de atuação da

³⁸ Disponível em: < http://www.archives.gov/exhibits/charters/virginia_declaration_of_rights.html > Acesso em: 11.11.13

³⁹ Disponível em: < http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mla_MA_19926.pdf > Acesso em: 11.11.13

⁴⁰ Na Constituição republicana de 1891 no artigo 72, § 3º ao 7º e § 28 e 29; na Constituição de 1934 no artigo 113, § 4º e 6º; No Estado Novo de Getúlio Vargas, a Constituição “polaca” de 1937 previa tal proteção no artigo 122, § 4º; que voltou a ser prevista na Carta da redemocratização de 1946 em seu artigo 141, § 7º; e até na Constituição da ditadura militar de 1967, o direito fundamental foi mantido no artigo 150, § 5º.

consciência.⁴¹ Tem-se em seu núcleo essencial, a liberdade de ter, de não ter ou deixar de ter uma religião. Na condição de direito subjetivo, geram-se direitos à proteção contra perturbações ou qualquer tipo de coação oriunda do Estado ou particulares.⁴²

Ressalte-se que dentro do conceito de liberdade religiosa, tem-se, também, a liberdade de culto, que poderia ser definido como o modo pelo qual as religiões exteriorizam suas crenças e que, dentro dos limites estabelecidos pela lei ou apresentados pela doutrina⁴³, devem ser respeitados em sua totalidade, ou seja, protegidas e reconhecidas todas as práticas que envolvessem qualquer opção religiosa do indivíduo.

Para Tavares, na concepção de liberdade religiosa, enquanto direito fundamental, há que se incluir a liberdade:

I) de opções em valores transcendentais (ou não); II) de cresça nesse sistema de valores; de seguir dogmas baseados na fé e não na racionalidade estrita; IV) da liturgia (cerimonial), o que pressupõe a dimensão coletiva da liberdade; V) o culto propriamente dito, o que inclui um aspecto individual, VI) dos locais das práticas dos cultos; VII) de não ser o indivíduo inquirido pelo Estado sobre suas convicções; VIII) de não ser o indivíduo prejudicado nas suas relações com o Estado, em virtude de sua crença declarada.⁴⁴

Especialista na doutrina nacional, Weingartner Neto separa os conceitos de liberdade religiosa e liberdade, par o autor a liberdade de consciência pode ser definida como a faculdade individual de autodeterminação no que diz com os padrões éticos e existenciais das condutas próprias e alheias e a total percepção em nível racional ou mítico-simbólico, por outro lado, a liberdade religiosa engloba no seu núcleo essencial tanto a liberdade de ter, quanto a de não ter ou deixar de ter uma religião, desdobrando-se em diversas outras posições fundamentais.⁴⁵

Outra norma constitucional que assegura a liberdade religiosa está definida no artigo 5º, VIII da CF/1988, que cuida da não privação de direitos por motivos de crença ou convicção filosófica, também conhecida como escusa de consciência, que nas palavras de Celso Ribeiro Bastos, seria o direito reconhecido ao objetor de não ser compelido a abandonar

⁴¹ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. 20 ed. In: SARLET, op. cit, p.463.

⁴² *Ibidem.*, p.163.

⁴³ Para um melhor entendimento sobre limites e restrições a liberdade religiosa, v., SARLET, op. cit, p.467-470.

⁴⁴ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.636.

⁴⁵ WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na jurisprudência do STF*. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.p. 481-482

suas crenças religiosas por imposição estatal.⁴⁶ A referida norma impõe uma limitação no exercício desta liberdade que deverá estar contida em lei infraconstitucional. Contudo, na ausência desta lei reguladora, não é possível a aceitação da restrição, pois trata-se de uma norma constitucional de eficácia contida⁴⁷, a escusa de consciência será plenamente aceitável, não acarretando qualquer punição para o indivíduo, enquanto não for criada a lei reguladora que ofereça uma alternativa.

Mesmo entendimento tem Silva comentando sobre o inciso VIII do artigo 5º da CF/1988, quando afirma que se lei não houver, que fixe prestação alternativa a ser cumprida, mesmo ocorrendo a escusa, qualquer restrição ou sanção será inconstitucional.⁴⁸

Ressalte-se, ainda, a possibilidade de algumas pessoas se eximirem de prestar serviços essencialmente militares em razão de suas concepções filosóficas, políticas ou religiosas, além da isenção de prestar o serviço militar, em tempos de paz, para mulheres e eclesiásticos. É o que se depreende nos §§ 1º e 2º do artigo 143 da CF/1988. No primeiro caso, as Forças Armadas atribuirão um serviço alternativo que pode ser uma atividade de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, em substituição às atividades de caráter essencialmente militar.⁴⁹

Registre-se que apesar da liberdade religiosa ser considerada um direito fundamental de primeira geração, onde, em tese, o Estado deveria ser abster de interferir na esfera do cidadão. Parte da doutrina entende que existe uma dimensão positiva na liberdade religiosa, pois o Estado deve assegurar a permanência de um espaço para o desenvolvimento adequado de todas as confissões religiosas.⁵⁰ Sarlet corrobora este entendimento ao afirmar que como direito subjetivo a liberdade religiosa opera tanto como direito de defesa como, portanto de cunho negativo, quanto como direito a prestações fáticas e jurídicas.⁵¹ Exemplo disso encontramos no artigo 5º, VII, da CF/1988 que assegura a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva.

⁴⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. Parecer: Direito de recusa de pacientes, de seus familiares, ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas. *Revista Igualdade*, São Paulo, XXXV. Disponível em: <<http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=634>>. Acesso em 24 nov. 2012

⁴⁷ Nas palavras de José Afonso da Silva, as normas de eficácia contida possuem as seguintes características: I- São normas que solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo remissão a uma legislação futura; II- Enquanto o legislador ordinário não expedir a normação restritiva sua eficácia será plena, ou seja, uma aplicabilidade concreta e positiva. Em SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 104.

⁴⁸ *Ibidem.*, p. 105.

⁴⁹ Art. 3º, § 2º, da 8.239/91

⁵⁰ TAVARES, *op. cit.*, p.637.

⁵¹ SARLET, *op. cit.*, p.466.

É de se notar que a religião está inserida, também, dentro do conceito de cultura e a Constituição brasileira de 1988, como veremos mais adiante, confere uma proteção especial ao patrimônio cultural que é formado pelos bens, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos que forma a sociedade brasileira, no caso das manifestações religiosas não é apenas a católica que é formadora de uma cultura nacional. Desse modo, o Estado deverá agir para proteger estas manifestações em suas diversas dimensões.⁵²

Para ilustrar esta afirmação, faz-se necessário apresentar um caso judicial ligado a religiões de matriz africana.

Algumas destas religiões possuem o culto de sacrificar animais em suas cerimônias religiosas. Este dogma tem por finalidade retirar energias negativas dos adeptos da religião ou o animal ser oferecido em sacrifício a alguma divindade. Ressalte-se que atualmente estes animais são domésticos ou criados em cativeiro para este fim.

Importante informar que na sociedade brasileira existem legislações que vedam as práticas que submetam animais a tratamentos cruéis,⁵³ além de uma crescente doutrina que defende os “Direitos dos Animais” baseados no princípio da dignidade.⁵⁴

Sobre o tema, existe um Recurso Extraordinário no STF de número RE 494601 do ano de 2006 que até o fechamento deste artigo encontrava-se pendente de julgamento.⁵⁵ Assim, é imperioso analisar a decisão que foi proferida no tribunal *a quo*.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul analisou a Representação de Inconstitucionalidade nº 70010129690⁵⁶, onde se pretendia declarar inconstitucional o

⁵² TAVARES, *op. cit.*, p.644-645.

⁵³ Ver Constituição Federal artigo 22 5 § 1º, VII; a lei Federal 9.605/1998 em seu artigo 32 e o decreto-lei 3.688/1941.

⁵⁴ Para um aprofundamento no tema ver OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza Oliveira; LOURENÇO, Daniel Braga. Em Prol dos Direitos dos Animais: inventário, titularidade e categorias. *Juris Poiesis*, Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Universidade Estácio de Sá, ano12, nº12, 2009; LOURENÇO, Daniel Braga. *Direito dos Animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, SINGER, Peter. *Libertação Animal*. Tradução Marly Winckler, Marcelo Brandão Cippola; revisão técnica Rita Paixão. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 494601 – RS. Rel. ministro Marco Aurélio, pedente de julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2419108>> Acesso em: 13 dez. 2012.

⁵⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Não é inconstitucional a Lei 12.131/04-RS, que introduziu parágrafo único ao art. 2.º da Lei 11.915/03-RS, explicitando que não infringe ao "Código Estadual de Proteção aos Animais" o sacrifício ritual em cultos e liturgias das religiões de matriz africana, desde que sem excessos ou crueldade. Na verdade, não há norma que proíba a morte de animais, e, de toda sorte, no caso a liberdade de culto permitiria a prática. 2. ação julgada improcedente. ADI nº70010129690. Relator Des. Araken de Assis. DJ. 29/08/2005. DJE. 17/08/2005. Disponível em:<<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70010129690&tb=jurisnova&pesq=juris&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3>>

parágrafo único do artigo 2º do código de proteção ambiental gaúcho, incluído pela lei 12.131 de 22 de julho 2004⁵⁷, que excluía, do rol de vedações, a prática do sacrifício de animais não humanos em rituais religiosos.

Registre-se que tanto a aprovação do código de proteção ambiental – Lei 11.915/2003 – quanto a aprovação da lei 12.131/2004 foi cercada de pressões por todos os lados – representantes das religiões de matriz africana e ambientalistas -, inclusive com manifestações que eram divulgadas pela imprensa gaúcha.⁵⁸

O voto do relator Desembargador Araken de Assis foi o vencedor, optando pela improcedência da ação e afirmando a constitucionalidade do dispositivo inquinado. Nas razões de seu voto, observou-se a necessidade de ponderar os interesses envolvidos, segundo ele, a restrição à liberdade de culto apenas poderia ser formulada pela lei penal ou em proteção aos demais direitos fundamentais. Fazendo uma interpretação da legislação federal acerca do tema, entendeu-se que o ato de matar um animal não-humano não é, por si só, uma crueldade. Assim sendo, somente quando o sacrifício ritual estivesse ligado à crueldade haveria incidência das leis penais. Apontou-se, ainda, a inexistência de qualquer lei, no direito brasileiro, que proíba alguém de matar animais não-humanos próprios ou sem dono. Lembrou-se também o fato de inúmeros animais não-humanos serem mortos para o consumo humano e não haver maiores divergências sobre este assunto.

Em comentários sobre este julgamento, Weingarter Neto entendeu que existe um conflito aparente de normas entre a liberdade religiosa e a tutela do meio ambiente (fauna). Dessa forma, é imprescindível perceber se o núcleo essencial da liberdade religiosa das confissões afro-brasileiras não restaria atingido, ou seja, se a proibição dos sacrifícios de animais não-humanos destruiria o conteúdo essencial da religião professada. Se a resposta for positiva, deve-se optar pela proteção da liberdade religiosa.⁵⁹

%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requ
iredfields=Relator%3AAraken%2520de%2520Assis&as_q=>. Acesso em: 09 dez.2012.

⁵⁷ RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa. Lei nº12.131/04, de 22 de julho de 2004. Acrescenta parágrafo único ao artigo 2º da lei nº 11.915, de 21 de maio de 2003, que institui o código estadual de proteção aos animais, no âmbito do estado do rio grande do sul. Disponível em:<http://www3.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100018.asp?Hid_IdNorma=47823&Texto=&Origem=1> Acesso em 13 dez. 2012.

⁵⁸ MARTEL. Leticia Campos Velho. “Laico, mas nem tanto”: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. *Revista Jurídica*, Brasília. v. 9, n. 86, p.11-57, ago./set.,2007. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_86/Artigos/PDF/Leticia_Campos_rev86.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2012.

⁵⁹ SARMENTO, *op.cit.*, p. 483-485.

Crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência física

Neste item trabalharemos na perspectiva dos grupos transversais de Yang⁶⁰ e ainda, na ideia de grupos vulneráveis de Séguin⁶¹. Na atualidade, a condição de vida e dignidade das crianças e adolescentes está em pauta permanente na sociedade e no sistema de justiça. No Brasil, a assistência à criança e ao adolescente como direito fundamental só aparece nos debates constituintes de 1988. Com a promulgação da Constituição no dia 05 de outubro de 1988, verifica-se que houve uma profunda modificação da situação jurídica deste grupo vulnerável, atendendo as diretrizes internacionais sobre direitos humanos, como por exemplo, a doutrina da proteção integral à criança.⁶²

Segundo Costa, esta doutrina:

nada mais é do que a base valorativa que fundamenta os direitos da infância e da juventude. Parte do reconhecimento normativo de uma condição especial, ou peculiar, das pessoas deste grupo etário (zero à 18 anos), que devem ser respeitadas enquanto sujeito de direitos. Assim, crianças e adolescentes, ainda que no texto normativo, são reconhecidos em sua dignidade, pessoas em desenvolvimento, que necessitam de especial proteção e garantia dos seus direitos, por parte dos adultos: Estado família e sociedade.⁶³

No mesmo sentido Piovesan e Pirota argumentam que este novo paradigma consagra uma lógica e uma principiologia próprias voltadas a assegurar a prevalência e primazia do interesse superior da criança e do adolescente, ou seja, uma proteção especial.⁶⁴

Antes da Carta Magna atual, a proteção a este grupo era disciplinada pela legislação ordinária conhecida como código de menores. Esta norma trazia a ideia da doutrina da situação irregular, isto é, o código de menores só se aplicava na situação de menores em situação irregular. Criava-se, assim, duas categorias de menores, a primeira de crianças e adolescentes em situação regular junto de suas famílias e a segunda de formada por aqueles que se encontravam fora dos padrões determinados pela lei, doutrina ou jurisprudência.

Na Constituição Federal de 1988, iremos encontrar esta proteção integral no artigo 227, com redação alterada pela Emenda Constitucional nº 65 de 13 de julho de 2010,

⁶⁰ ROSAS, *op. cit.*, p.238-239.

⁶¹ SÉGUIN, *op. cit.*, p. 12.

⁶² No plano internacional é importante observar a Convenção sobre os Direitos da criança, adotada pela ONU em 1989.

⁶³ COSTA, Ana Paula Motta. A perspectiva constitucional brasileira da proteção integral de crianças e adolescentes e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, *op. cit.*, p. 813.

⁶⁴ PIOVESAN, *op.cit.*, p.410.

determinou que, além da família e da sociedade, o Estado tem a obrigatoriedade de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁶⁵

Outro grupo vulnerável que recebe proteção no atual texto constitucional são os idosos. De acordo com o IBGE a população idosa no Brasil saltou de 2,7% em 1960 para 7,4% em 2010. Na mesma pesquisa verificou-se que a expectativa de vida do brasileiro subiu de 48 anos para 73,4 anos neste mesmo período.⁶⁶ Existe uma previsão que até 2030, uma em cada três pessoas terá mais 60 anos.⁶⁷ Desta forma, não há como ignorar a discussão acerca do envelhecimento populacional e incluí-la na temática dos direitos fundamentais.

Em relação à terminologia, popularmente adota-se o termo “melhor idade” para se referir às pessoas idosas, pois, teoricamente, não teriam mais preocupações da vida adulta e, a partir de então, poderiam simplesmente aproveitar a vida.⁶⁸

O Estado garante o amparo às pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida (art. 230 da CF/1988). A execução dos programas de amparo a este grupo social deverão ser executados de preferência em seus lares, de acordo com o preceito do § 1º do artigo 230 da CF/1988. Também é importante anotar que a velhice encontra abrigo constitucional na previdência social quando determina a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada ou quando estabelece, nos objetivos da assistência social, a proteção à velhice e a garantia de um salário mínimo aos idosos que comprovarem não possuir meios de prover a própria manutenção. É o que podemos extrair dos conteúdos dos artigos 201, I e 203, I e V da CF/1988. Aponta-se, ainda, a regra do § 2º, do artigo 230 da CF/1988 que assegura os maiores de sessenta e cinco anos a gratuidade nos transportes coletivos e urbanos. Neste contexto de proteção constitucional, não podemos deixar de citar a possibilidade do Ministério Público propor ação civil pública da defesa dos direitos dos longevos (artigo 129, III da CF/1988).

⁶⁵ No plano infraconstitucional destaca-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, criado pela lei 8.069/1990 que complementa a proteção dada pela Constituição Federal.

⁶⁶ Disponível em <http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&idnoticia=217_0&busca=1&t=censo-2010-numero-catolicos-cai-aumenta-evangelicos-espiritas-sem-religiao> acesso em 24.11.2013.

⁶⁷ SÉGUIN, *op. cit.*, p. 146.

⁶⁸ O termo melhor idade é desenvolvido no trabalho de DIAS, Jefferson Aparecido. Os direitos das pessoas idosas: da riqueza econômica para riqueza humana. In: SARMENTO, *op. cit.*, p. 889-895.

Vale ressaltar que além dos preceitos acima citados, é mediante uma rede de políticas públicas que a proteção dos idosos se concretiza no plano da vida, ou seja, é pro meio de um conjunto de ações legislativas e administrativas é que veremos a efetivação destes direitos.⁶⁹

Em conclusão deste item, há que se falar dos portadores de deficiência física. No Brasil, 23,908% da população possui algum tipo de deficiência. Segundo dados do censo demográfico do IBGE de 2010, 45,6 milhões de brasileiros possuem algum tipo de deficiência relacionada a dificuldade auditiva, visual e motora⁷⁰. Este grande números de cidadãos vem sendo excluídos da vida social, e apenas recentemente recebeu proteção constitucional.

Na história constitucional brasileira, os portadores de deficiência física só irão ganhar proteção fundamental com o advento da Emenda Constitucional nº 12 de 17 de outubro de 1978.⁷¹ Para Piovesan, Silva e Campoli a referida emenda

Representou um marco na defesa deste grupo. Seu conteúdo pode ser considerado abrangente, uma vez compreendia s principais direitos de pessoas com deficiência (educação, assistência e reabilitação, proibição de discriminação e acessibilidade). No entanto, a eficácia desta norma ficou comprometida pelo regime ditatorial, que limitou significativamente os direitos e garantias individuais.⁷²

A Carta Magna de 1988, além de manter os direitos previstos na Emenda Constitucional 12/78, conferiu maior detalhamento e especificidade. Os artigos 227, § 2º, e 244 são normas programáticas que orientam a lei infraconstitucional no sentido da construção e adaptação dos logradouros e dos edifícios de uso público e, ainda, da fabricação e adaptação de veículos de transporte coletivo a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.⁷³

Há que se destacar, também, a proteção contra discriminação em relação ao salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência e a garantia da reserva de

⁶⁹ É neste particular que gostaríamos de registrar a edição da lei ordinária nº 8.842, de 04 de janeiro de 1994 que dispõe sobre a política nacional do idoso e cria o Conselho Nacional do Idoso; e a lei 10.741, de 1º de outubro de 2003 que cria o Estatuto do Idoso que amplia os direitos deste grupo social.

⁷⁰ Censo do IBGE de 2010, disponível em: < ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_Deficiencia/tab1_3.pdf>, acesso em 24.11.2013.

⁷¹ Emenda Constitucional nº 12 de 1978 disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc12-78.htm> acesso em 24.11.2013.

⁷² PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, p.428.

⁷³ No tocante a legislação infraconstitucional ver a lei 7.853/89 que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, além de instituir a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplinando a atuação do Ministério Público; e a lei 10.098/2000 que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência, contidos nos artigos 7º, XXI e 37, VIII da CF/88, respectivamente. Neste contexto de direitos sociais, nos objetivos da assistência social, verifica-se a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária, além da garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, é o que se observa nos incisos IV e V do artigo 203 da CF/1988.

Deve-se lembrar, ainda, da competência comum entre os entes federativos do Estado em cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência, disposto no artigo 23, II da CF/1988.

Por fim, o não menos importante, o dispositivo do artigo 208, III da CF/1988 que determina um atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

Com as normas apresentadas, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 promoveu diversos avanços na defesa dos interesses dos portadores de necessidades especiais, ou seja, no aspecto formal o Texto Constitucional de 1988 não deixa nada a desejar as Constituições de outros países. Todavia a concretização destes direitos está sendo o maior desafio da atualidade. Segundo Piovesan, Silva e Campoli, nem o Poder Público nem a sociedade em geral possuem sensibilidade suficiente para lidar com a realização dos direitos das pessoas com deficiência.⁷⁴

Os povos indígenas

Observando a história constitucional brasileira, percebe-se que a primeira Carta Magna a tratar da proteção dos indígenas é a Constituição de 1934⁷⁵, denominados neste texto constitucional de silvícolas. Todas as outras constituições posteriores irão seguir este mandamento até chegar a Constituição “cidadã” de 1988, onde verifica-se uma ampla proteção a este grupo minoritário. Além do capítulo VIII do título VIII, em diversos dispositivos espalhados encontraremos normas asseguradoras de direitos⁷⁶.

⁷⁴ PIOVESAN, *op. cit.*, p.428.

⁷⁵ Artigo 129 da Constituição Federal de 1934. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm.> Acessado em: 10.11.2013.

⁷⁶ Em relação as leis ordinárias federais que disciplinam esta matéria destaca-se a lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973 que cria o Estatuto do Índio.

Inicialmente é importante apresentar o artigo 231 da CF/ 1988 que cuida exclusivamente dos interesses indígenas, reconhecendo suas tradições, crenças, costumes e o direito de propriedade sobre as terras que habitam. Valendo ressaltar que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios pertencem a União Federal (art. 20, XI da CF/1988), mas são destinadas à posse permanente dos mesmos, além de serem inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis, é o se depreende do §§ 3º e 4º, do artigo 231 da Constituição federal de 1988.

São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, nos termos do artigo 231, §1º da CF/ 1988, aquelas que apresentam as seguintes características: sejam habitadas em caráter permanente; sejam utilizadas para atividades produtivas dos índios; imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem estar, e; necessárias à reprodução física e cultural dos índios, segundo seus usos, costumes e tradições.

Desta forma, serão considerados nulos os atos que tenham como objeto a ocupação, o domínio e a posse destas terras ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. A única exceção seria quando existir interesse público da União, conseqüentemente, a nulidade e extinção dos atos não geram direitos a indenização ou ações contra a União, salvo em ocupação de boa-fé. (§ 6º, do artigo 231 da CF/1988).

No tocante ao usufruto exclusivo dos índios e mineração em terras indígenas, de acordo com o § 3º do artigo 231 da CF/1988, o que se verifica é uma proteção extrema em relação a esta exploração. Somente o Congresso Nacional pode autorizar esta exploração, mediante decreto legislativo, depois de ouvidas as comunidades afetadas, garantido, ainda, participação na lavra. Ressalte-se que é de competência exclusiva do Congresso Nacional, nos termos do artigo 49, XVI, da CF/1988, autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais. A blindagem é tão grande que nem mesmos as atividades garimpeiras serão admitidas em terras indígenas, com exceção, é claro, das atividades desenvolvidas pelos próprios silvícolas, é o que se pode concluir do § 7º, do artigo 231 da CF/1988.

A educação nas comunidades indígenas terá um disciplinamento todo especial. Registe-se os mandamentos do § 2º do artigo 210 e o § 1º do artigo 215 todos da CF/1988, que, respectivamente, garantem a possibilidade do ensino nas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem. Assim, não se pode estabelecer processos desta natureza apenas

em língua portuguesa, deve-se assegurar uma educação escolar diferenciada, intercultural e bilíngue.⁷⁷

E finalizando a análise da Carta Magna, no ato das disposições constitucionais transitórias, em seu artigo 68, verifica-se que o estado reconhece a propriedade definitiva aos remanescentes dos quilombos.

Face aos argumentos expostos, podemos afirmar que é possível identificar elementos da tese multiculturalista, pelo menos em seu aspecto formal, mesmo que não declare expressamente como pode se observar em outras constituições latinoamericanas, como as constituições mexicanas, colombianas e peruanas.⁷⁸

Não há como negar a vertente pluralista do Estado brasileiro, uma vez que possui diferenças em todas as áreas. Assim sendo, o poder público deve procurar promover o bem de todos sem qualquer distinção, observando, desta forma, aquilo que determina o inciso IV do artigo 3º da CF/1988. Este princípio fundamental deve ser visto como uma meta de inclusão de minorias historicamente excluídas e que contribuem para o desenvolvimento do País, constituindo como maior exemplo os afrodescendentes.⁷⁹

Conclusão

Não há como negar que vivemos em um continente marcado pela pluralidade cultural. Assim, para uma reflexão profunda de proteção dos direitos humanos em nossa sociedade, notadamente os direitos das minorias e grupos vulneráveis, há que se debruçar na doutrina multiculturalista de Charles Taylor e sua defesa de um diálogo intercultural dentro de uma política de reconhecimento igualitário para a sociedade como um todo. Will Kymlicka também contribui para o debate quando propõe uma justificação liberal de reconhecimentos de direitos especiais das minorias nacionais e étnicas, assim como Iris Young, que discute as políticas da diferença, defendendo uma compensação aos grupos que historicamente são marginalizados.

⁷⁷ O artigo 78 da lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e base da educação, determina que o sistema de ensino da União, com a colaboração das agências federais de fomento à cultura e de assistência aos índios, desenvolva programas integrados de ensino e pesquisa para oferta de educação escolar bilíngue e intercultural aos povos indígenas.

⁷⁸ ALMEIDA, Marina Corrêa de. A cultura legal emergente latino-americana: o pluralismo jurídico rompendo os laços imperialistas no direito. In: VALLE, *op. cit.*

⁷⁹ BASTOS, Marcelo dos Santos. Da inclusão das minorias e dos grupos vulneráveis: Uma vertente eficaz e necessária para a continuidade da ordem jurídica constitucional. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC* n. 18 – jul./dez. 2011. Disponível em: < [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-039-Artigo_Marcelo_dos_Santos_Bastos_\(Da_Inclusao_das_Minorias_e_dos_Grupos_Vulneraveis\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-039-Artigo_Marcelo_dos_Santos_Bastos_(Da_Inclusao_das_Minorias_e_dos_Grupos_Vulneraveis).pdf)> acesso em : 12.11.2013.

O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos possui papel relevante na fiscalização e aplicação desta categoria de direitos em razão de sua legislação, organização e estrutura. Dentre os principais aspectos legais sobre a referida matéria, destaca-se a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica e o Protocolo de San Salvador de 1999 que introduziu os direitos sociais na esfera de proteção do sistema interamericano, garantindo, no plano formal, o fundamento para uma futura concretização destes direitos. No tocante a organização e estrutura, constata-se que duas instituições possuem relevância no sistema interamericano. Primeiro, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que busca a solução de litígios de forma consensual. E a segunda, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão jurisdicional do sistema que nos últimos anos prolatou diversas decisões em defesa das minorias e grupos vulneráveis.

No Brasil, mesmo não estando expresso no texto constitucional, verifica-se que a doutrina multiculturalista está presente em várias passagens, não havendo dúvidas que a Carta Magna de 1988 está inserida no contexto latino-americano que incorpora o multiculturalismo como elemento integrante do sistema jurídico. Observou-se que em diversos dispositivos constitucionais e nas legislações infraconstitucionais citadas nas notas de rodapé que existe uma tendência em adotar a tese multiculturalista na sociedade brasileira, principalmente ao que se refere as minorias e aos grupos vulneráveis.

Percebe-se que o melhor caminho para a efetivação dos Direitos Humanos em nosso continente, marcado pela diversidade cultural, é a adoção destas práticas orientadas pela doutrina multiculturalista. É neste sentido que devemos caminhar para uma sociedade harmoniosa e fraterna, onde a maioria não esmaga e destrói a cultura, a religião, os direitos de uma minoria.

Ressalte-se que, em razão das características do trabalho, não foram abordadas problemáticas no tocante a outras minorias como afrodescendentes, mas que será realizada numa próxima pesquisa.

Referências

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>>. Acesso em: 10 dez. de 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. Parecer: Direito de recusa de pacientes, de seus familiares, ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas. *Revista Igualdade*, São Paulo, XXXV. Disponível em: < <http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=634>>. Acesso em 24 nov. 2012.

BASTOS, Marcelo dos Santos. Da inclusão da minorias e dos grupos vulneráveis: Uma vertente eficaz e necessária para a continuidade da ordem jurídica constitucional. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC n. 18 – jul./dez. 2011. Disponível em: < [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-039-Artigo_Marcelo_dos_Santos_Bastos\(Da_Inclusao_das_Minorias_e_dos_Grupos_Vulneraveis\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-039-Artigo_Marcelo_dos_Santos_Bastos(Da_Inclusao_das_Minorias_e_dos_Grupos_Vulneraveis).pdf)> acesso em : 12.11.2013.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI; Mariela Morales. *Direitos Humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 494601 – RS. Rel. ministro Marco Aurélio, pedente de julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2419108>> Acesso em: 13 dez. 2012.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça social: Elementos da filosofia contemporânea*. 4ª.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KROHLING, Aloísio. Os direitos humanos na perspectiva da antropologia cultural. *Revista de direitos e garantias fundamentais*, Vitória, n°3, jul./dez., 2008, p.155-182.

MARTEL. Leticia Campos Velho. “Laico, mas nem tanto”: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. *Revista Jurídica*, Brasília. v. 9, n. 86, p.11-57, ago./set.,2007.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Jurisdição Constitucional na América do Sul: Apontamentos de Direito Constitucional Comparado. *Mundo Jurídico*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=896> Acesso em 05.12.2013.

LOURENÇO, Daniel Braga. *Direito dos Animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza Oliveira; LOURENÇO, Daniel Braga. Em Prol dos Direitos dos Animais: inventário, titularidade e categorias. *Juris Poiesis*, Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Universidade Estácio de Sá, ano12, n°12, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Não é inconstitucional a Lei 12.131/04-RS, que introduziu parágrafo único ao art. 2.º da Lei 11.915/03-RS, explicitando que não infringe ao "Código Estadual de Proteção aos Animais" o sacrifício ritual em cultos e liturgias das religiões de matriz africana, desde que sem excessos ou crueldade. Na verdade, não há norma que proíba a morte de animais, e, de toda sorte, no caso a liberdade de culto permitiria a prática. 2. ação julgada improcedente. ADI nº70010129690. Relator Des. Araken de Assis. DJ. 29/08/2005. DJE. 17/08/2005. Disponível em:<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70010129690&tb= jurisnova&pesq= juris&partialfields =tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=Relator%3AAraken%2520de%2520Assis&as_q=>>. Acesso em: 09 dez.2012.

RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa. Lei nº12.131/04, de 22 de julho de 2004. Acrescenta parágrafo único ao artigo 2º da lei nº 11.915, de 21 de maio de 2003, que institui o código estadual de proteção aos animais, no âmbito do estado do rio grande do sul. Disponível em:<http://www3.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100018.asp?Hid_IdNorma=47823&Texto=&Origem=1> Acesso em 13 dez. 2012.

ROSAS, João Cardoso (org.). *Manual de filosofia política*. Coimbra: Almedina, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SÉGUIN, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SINGER, Peter. *Libertação Animal*. Tradução Marly Winckler, Marcelo Brandão Cippola; revisão técnica Rita Paixão. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Constitucionalismo latinoamericano: sobre como o reconhecimento da singularidade pode trabalhar contra a efetividade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, 2012. Belo Horizonte: Forum, 2012.