



FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA E AS AÇÕES AFIRMATIVAS NO DIREITO BRASILEIRO

MARIA DA GLÓRIA NAVARRO

Orientador: Prof. Dr. EDUARDO AUGUSTO S. CAMBI

JACAREZINHO (PR) – 2006



FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA E AS AÇÕES AFIRMATIVAS NO DIREITO BRASILEIRO

MARIA DA GLÓRIA NAVARRO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. EDUARDO AUGUSTO S. CAMBI

JACAREZINHO (PR) – 2006

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

N332o Navarro, Maria da Glória

O princípio da igualdade jurídica e as ações afirmativas no direito brasileiro /
Maria da Glória Navarro. Jacarezinho (PR), 2006.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Estadual de Direito do Norte
Pioneiro. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, 2006.

Bibliografia:

1. Direito Constitucional. 2. Direito – Brasil. I. Título.

CDU – 342(81)

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Dr. **Eduardo Augusto Salomão Cambi**

Membro: Dr. **Zulmar Fachin**

Membro: **Dr. Reinéro Antônio Lérias**

JACAREZINHO, 10 de novembro de 2006.

DEDICATÓRIA

A meus pais, *Ramon, Mercedes e Odília*,
pelo amor incondicional.

À memória de minhas avós, *Emília e Vitória*,
pelo valor do aprender.

A todos os meus alunos,
por todas as lições a mim proporcionadas.

AGRADECIMENTOS

A Deus Pai,
por TUDO.

Aos meus familiares,
minha vida inteira de gratidão
pelo carinho e confiança.

A todos os meus professores,
em especial *Dr. Nassif Miguel*,
por ser exemplo de empenho e apoio.

Ao meu orientador,
Dr. Eduardo Cambi,
pelos aprendizados e,
sobretudo, pela compreensão.

Ao *Dr. Luiz Eduardo Gunther* e
minha irmã *Cristina*,
pelos direcionamentos.

A todos os amigos e amigas,
em especial *Natalina, Fernando Brito*,
Elídia, Romualdo Flávio,
Marcelo Conrado e Mateus,
mãos sempre estendidas.

O objetivo da cláusula da proteção igual não é purificar pensamentos ruins, mas garantir uma boa medida de dignidade humana para todos. Além dessa proposta, a adoção de regras que deixam a minoria em desvantagem, pode também ser injusta, quando o governo é “indiferente a seu sofrimento” ou “meramente” insensível, à forma pela qual a discriminação oficial contribui para isto ou como isto ocorre.

LAURENCE TRIBE

SUMÁRIO

RESUMO.....	07
ABSTRACT.....	08
INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1.....	12
1 A NOVA RETÓRICA DO DIREITO NO PÓS-MODERNISMO.....	12
1.1 Da ética à filosofia política crítica.....	12
1.2 O poder entre o direito e a norma.....	25
1.3 Teoria política, democracia e direitos.....	34
CAPÍTULO 2.....	47
2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	47
2.1 A igualdade na história.....	47
2.2 Conceitos e espécies de igualdade.....	58
2.2.1 Conceito nominalista de igualdade.....	59
2.2.2 Conceito idealista.....	60
2.2.3 Conceito realista.....	61
2.2.4 Espécies de igualdade.....	64
2.3 A igualdade na Constituição de 1988.....	70
CAPÍTULO 3.....	78
3 AS AÇÕES AFIRMATIVAS E O DIREITO BRASILEIRO.....	78
3.1 A igualdade e as ações afirmativas. Origens históricas.....	78
3.2 Aspectos jurídicos das ações afirmativas.....	87
3.3 A ótica constitucional das ações afirmativas.....	98
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	109
REFERÊNCIAS	111
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.....	116

RESUMO

Os múltiplos preconceitos encravados na cultura dominante em nossa sociedade, as constantes marginalizações, discriminações e formas de opressão para com determinados grupos sociais – as minorias – forçam a identificação de caminhos que levem à construção de uma sociedade ética – que faça avançar a visão do cidadão, de um depositário de normas e direitos, para alguém que participa, responsável pela estipulação destas normas e direitos – centrada numa racionalidade que envolva a reciprocidade entre sujeitos por meio de um diálogo não-radical – engenho na construção de normas e valores comuns – que conduza à organização solidária da humanidade. Busca-se, no presente trabalho, analisar dois temas igualmente caros à democracia: a necessidade de implementar a igualdade entre os seres humanos através de ações afirmativas – desigualar para igualar – e a aplicabilidade da Constituição de 1988. Após uma análise da evolução do conteúdo democrático do princípio da igualdade: de uma simples declaração de direito ao estabelecimento de garantias que possibilitem sua real eficácia, torna-se assente a possibilidade jurídico-constitucional de definir e aplicar tais medidas especiais com o perfil de uma discriminação positiva – as ações afirmativas – como instrumento de inclusão social de sujeitos concretamente situados, com respeito à diferença e à diversidade, com o claro objetivo de uma transformação social.

Palavras-chave: Discriminação. Nova Retórica. Igualdade. Ação Afirmativa. Inclusão.

ABSTRACT

The multiples prejudices imbeded in the dominant culture in our society, the constants marginalizations, discriminations and opression forms to certain social groups - the minorities - they force the identification of ways that they take to the construction of an ethical society - that it makes to advance the citizen's vision, of a receiver of norms and rights, for somebody that participates, responsible for the stipulation of these norms and rights - centered in a rationality that involves the reciprocity among subjects through a dialogue no-radical - engineer in the construction of norms and common values - that leads to the humanity's solidary organization. It searches for, in the present work, to analyze two themes equally expensive to the democracy: the necessity to implement the equality among the human beings through affirmative actions - to mismatch to equal - and the applicability of the Constitution of 1988. After an analysis of the evolution of the democratic content of the principle of the equality: of a simple right declaration to the establishment of warranties that they make possible your real efficacy, it becomes concurring the juridical-constitucional possibility to define and to apply such special measures with the profile of a positive discrimination - the affirmative actions - as instrument of social inclusion of subjects concretely placed, with regard to the difference and to the diversity, with the clearing objective of a social transformation.

Key-words: Discrimination. New Rhetoric. Equality. Affirmative Actions. Inclusion.

INTRODUÇÃO

Justiça e exclusão social são temas que têm sido objeto de discussão nas últimas décadas. Diferentes modos de vida que se organizam no meio urbano e rural, entre as quais se ressaltam as pessoas com necessidades especiais, diferenças etárias, de gênero, de orientação religiosa, os homossexuais, os quilombolas, entre outras diferenças e diferentes, muitas vezes são postos à margem do processo social expropriados dos direitos garantidos por lei a todos os cidadãos.

Muitos talentos ocultados, impossibilitados de transformarem-se em ato, pela falta de oportunidade e principalmente porque na sociedade paira uma espécie de recusa em assistir aqueles que estão marcados pela pobreza, pela cor, pelo sexo, pela idade e por outros atributos diferentes daqueles que são tidos como superiores. Até que ponto a justiça pode levar à superação da exclusão social? É possível conciliar a antinomia entre o direito universal à igualdade e o respeito às diversidades numa sociedade em que as tentativas de objetivar o princípio da igualdade universal esbarram em políticas iguais para grupos que vivem em desigualdade social?

Tendo em vista a atualidade da discussão acerca dos direitos atribuídos às minorias sociais necessita-se colocar em pauta uma reflexão sobre o que é inclusão, a quem se destina e onde ela deve ocorrer, para que possamos volver um olhar atento sobre o assunto: eliminação de privilégios impede o atendimento às especificidades? Demanda que não possamos adotar políticas diferenciadas? É juridicamente possível e socialmente aceitável a discriminação positiva?

O tema proposto é objeto de análises e críticas no Brasil e no mundo. Diversos países vêm adotando nos últimos anos, políticas públicas com o objetivo de diminuir as desigualdades. O debate é atual e envolve direito humano fundamental que é o que decorre do princípio da igualdade.

O argumento para a existência das ações afirmativas alude à necessidade de uma oportunidade igual a todos numa sociedade em que há tantos preconceitos e discriminações. As ações afirmativas serviriam, neste contexto, para conceder um remédio necessário.

Para seus adversários, no entanto, trata-se de um fator que gera tensões dentro da sociedade ao criar problemas maiores que suas soluções. Eles afirmam que a preferência por minorias põe por terra uma paulatina e substancial conquista da humanidade: a utilização de critérios universalistas nos quais os indivíduos devem ser abstraídos de seus pertencimentos a características humanas contingentes (gênero, credo, etnia...) e serem tratados unicamente como seres formalmente iguais. Eles defendem, ainda, que nem apelando para as melhores intenções podemos abandonar tais critérios.

Esses pensadores indagam a legitimidade do Estado em legislar para "sujeitos específicos" e não para indivíduos abstratos e universais. Acreditam que a utilização de critérios materiais separatistas que enfatizam a diferença é um erro e um retrocesso histórico.

Este trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade constitucional de se implantar medidas de ação afirmativa no Brasil (desigualar para igualar). Pretendemos percorrer um plano de investigação que tentará superar uma simples crítica à concepção da racionalização da moral, através de um plano de investigação que tratará da análise das vinculações sócio-históricas da ação afirmativa, perquirindo sua concepção de justiça.

Em sua organização, esta pesquisa teórica está disposta da seguinte forma. No primeiro capítulo, analisaremos a ação afirmativa sob a ótica da justiça. A questão principal desse capítulo é o exame da função política do direito e sua interpretação. Também faz parte desse capítulo a análise de uma forma de sociedade aceitável sob uma perspectiva ética que tenha no diálogo seu valor central.

No segundo capítulo, abordaremos o paradigma constitucional do conceito de igualdade, sua evolução histórica e seu

conteúdo democrático, de vedação de qualquer forma de discriminação entre as pessoas e da promoção de igualdade substancial.

E, finalmente, no terceiro capítulo, apontaremos as origens históricas e os objetivos das políticas de ação afirmativa e o dilema de sua compatibilidade ou não com nosso sistema constitucional contemporâneo.

1 A NOVA RETÓRICA DO DIREITO NO PÓS-MODERNISMO

1.1 *Da ética à filosofia política crítica*

Boaventura de Sousa SANTOS esclarece que o modelo de racionalidade que norteia a ciência moderna constituiu-se a partir da revolução científica do século XVI e foi desenvolvido nos séculos seguintes basicamente no domínio das ciências naturais. Ainda que com alguns prognósticos no século XVIII, foi somente no século seguinte que este modelo de racionalidade se estendeu às ciências sociais emergentes, admitindo uma variedade interna, mas ainda na defensiva com relação às formas de conhecimento não científico: o senso comum e os estudos humanísticos. (2000, p. 60-61)

Para ele, mesmo esta nova racionalidade científica ainda é um modelo totalitário, na medida em que nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que não se regulem pelos seus pressupostos epistemológicos e pelas suas regras metodológicas. Na ciência moderna ainda prevalece a desconfiança das evidências de nossa experiência imediata, consideradas como base do conhecimento vulgar e, portanto, ilusórias. É dado um lugar central às idéias que presidem à observação e à experimentação, tidas como claras e simples, a partir das quais se pode chegar a um conhecimento mais profundo e rigoroso da natureza. (*ibidem*, p. 62)

Ele menciona que a revolução científica dos séculos XVI e XVII marcou o início de um longo período de disputa pela supremacia no conhecimento erudito entre a demonstração científica por meio da prova irrefutável e da lógica apodíctica e a retórica (enquanto arte de persuasão pela argumentação) e apresenta:

A marginalização da retórica pode ser precisamente localizada no *Discurso do Método*, quando Descartes afirma, como uma das regras fundamentais do novo método, que tudo aquilo que apenas for provável deve ser considerado falso. Desde as "ideias claras e

distintas” de Descartes e do “raciocínio pela experimentação” de Bacon até os diferentes tipos de positivismo do início do século XX, a retórica foi sendo firmemente expulsa do novo território da racionalidade científica. (SANTOS, 2000, p. 97)

São as idéias matemáticas, fornecedoras do instrumento privilegiado de análise, bem como, da lógica da investigação, e, ainda, do modelo de representação da própria estrutura da matéria, que levam às duas conseqüências principais: primeira, que *conhecer significa quantificar*; e, segunda, *o método científico assenta na redução da complexidade*¹.

No entanto, este modelo de racionalidade científica que trata de um conhecimento que aspira à formulação de leis e tem como pressuposto a idéia de ordem e de estabilidade do mundo – um mundo que o racionalismo cartesiano torna cognoscível por sua decomposição nos elementos que o constituem – vem atravessando uma profunda crise², que tem propiciado uma rica e diversificada reflexão que caracteriza exemplarmente a situação intelectual do tempo presente.

Segundo a análise do sociólogo português, esta reflexão apresenta duas facetas sociológicas importantes. Primeira, a reflexão é levada a cabo predominantemente pelos cientistas que adquiriram uma

¹ Boaventura de Sousa SANTOS esclarece que na primeira conseqüência, o rigor científico é aferido pelo rigor das medições e as qualidades intrínsecas do objeto são “desqualificadas” e em seu lugar passam a imperar as quantidades em que eventualmente se podem traduzir, ou seja, o que não é quantificável é cientificamente irrelevante. Com relação à redução da complexidade, o entendimento era de que o mundo é complicado e a mente humana é incapaz de compreendê-lo completamente e que, conhecer significa dividir e classificar para depois poder determinar relações sistemáticas entre o que se separou. (2000, p. 63)

² SANTOS defende que essa crise, que se iniciou com Einstein e a mecânica quântica e não se sabe ainda quando acabará, além de profunda é também irreversível. Além disso, ele apresenta que os sinais nos permitem tão-só especular acerca do paradigma que emergirá deste período revolucionário, mas que, desde já, pode afirmar-se com segurança que colapsarão as distinções básicas em que se assenta o paradigma dominante por ele referido. Para quem objetiva lançar um olhar mais atento sobre esta temática, sugerimos a leitura do primeiro volume de sua obra *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência, p. 68 e ss.

competência e um interesse filosóficos para problematizar a sua prática científica. São suas palavras:

Não é arriscado dizer que nunca houve tantos cientistas-filósofos como actualmente, e isso não se deve a uma evolução arbitrária do interesse intelectual. Depois da euforia cientista do século XIX e da conseqüente aversão à reflexão filosófica, bem simbolizada pelo positivismo, chegamos a finais do século XX possuídos pelo desejo quase desesperado de complementarmos o conhecimento das coisas com o conhecimento do nosso conhecimento das coisas, isto é, com o conhecimento de nós próprios. (SANTOS, 2000, p. 71)

A segunda faceta desta reflexão abrange questões que antes eram deixadas a cabo dos sociólogos – a análise das condições sociais, dos contextos culturais, dos modelos organizacionais da investigação científica – e passou a ocupar papel de relevo na reflexão epistemológica³.

Contudo, como alerta o estudioso, “a crise do paradigma da ciência moderna não constitui um pântano cinzento de cepticismo ou de irracionalismo”. Antes disso, é a busca de uma racionalidade mais plural, que leve o conhecimento de volta “a ser uma aventura encantada”. (*ibidem*, p. 74)

É a tese sustentada também por Luís Roberto BARROSO – os processos políticos, sociais e psíquicos movem-se por caminhos muitas vezes ocultos e imperceptíveis racionalmente, mas nem por isso a razão se torna menos importante. É preciso operar uma mudança profunda na compreensão do mundo, admitindo-se que a razão divida o palco da existência humana pelo menos com esses dois outros fatores: a *ideologia* e o *inconsciente*, pois no domínio das ciências humanas e, em especial, no campo do Direito, é impossível a realização plena de qualquer dos dois

³ Conforme ressaltado pelo próprio autor do conteúdo desta reflexão há a apresentação, a título ilustrativo, de alguns dos seus temas principais na sequência das páginas 71 – 73.

conceitos que integram o imaginário do conhecimento científico: a neutralidade e a objetividade. E explica:

A neutralidade, entendida como um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influências sociais. Isto é: sem história, sem memória, sem desejos. Uma ficção. O que é possível e desejável é produzir um intérprete consciente de suas circunstâncias: que tenha percepção da sua postura ideológica (auto-crítica) e, na medida do possível, de suas neuroses e frustrações (auto-conhecimento). E, assim, sua atuação não consistirá na manutenção inconsciente da distribuição de poder e riquezas na sociedade nem na projeção narcísica de seus desejos ocultos, complexos e culpas. (BARROSO, 2002a, p. 03)

Quanto à *objetividade*, BARROSO apresenta que o conhecimento não é uma foto, um flagrante incontestável da realidade, mas que todos os objetos estão sujeitos à interpretação. E avisa:

Isto é especialmente válido para o Direito, cuja matéria prima é feita de normas, palavras, significantes e significados. A moderna dogmática jurídica já superou a idéia de que as leis possam ter, sempre e sempre, sentido unívoco, produzindo uma única solução adequada para cada caso. A objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece. (*ibidem*, p. 03-04)

Assim é que SANTOS apresenta o surgimento de novos interesses pelas retóricas⁴ grega e medieval, advindos de estudos de

⁴ A retórica é a ciência teórica e aplicada do exercício público da fala, proferida diante de um auditório dubitativo, na presença de um contraditor. Por meio de seu discurso, o orador se esforça para impor suas representações, suas formulações e para orientar uma ação. Dentre várias definições clássicas, destacamos a apresentada por Aristóteles: "Admitamos, portanto, que a retórica é a faculdade de descobrir, especulativamente, aquilo que, em cada caso, é apropriado para persuadir". (CHARAUDEAU & MAINGUENEAU, 2004, p. 434-435)

fontes intelectuais diferentes⁵, e destaca a obra de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado da argumentação: a nova retórica*, como o guia mais importante para uma análise da retórica da ciência e também da retórica do direito⁶.

Em CHARAUDEAU & MAINGUENEAU, encontramos referência aos termos do título da obra de Perelman e Olbrechts-Tyteca – *argumentação e retórica* – apresentando-os como uma contribuição decisiva para sua assimilação, visto que ambos conheceram um certo descrédito devido à ascensão de certas formas de cientificismo, mesmo a argumentação estando no centro da concepção antiga da retórica. (2004, p. 52)

O estudo da argumentação tem, assim, um terreno de pesquisas de incomparável riqueza. Portador do objetivo de provocar uma salutar reação para com a visão da razão como apenas uma faculdade calculadora e ainda, que sua simples existência pudesse, de alguma forma, impedir que todas as técnicas da prova fossem reduzidas à lógica formal, sua função essencial é a de revitalizar os valores da comunidade.

Conforme trazido no prefácio da obra, por Michel Meyer,

A Nova Retórica é, então, como o “discurso do método” de uma racionalidade que já não pode evitar os debates e deve, portanto, tratá-los e analisar os argumentos que governam as decisões. Já não se

⁵ Boaventura de Sousa SANTOS esclarece que a natureza do conhecimento científico moderno advém também das seguintes fontes intelectuais: da crítica efetuada desde Nietzsche e Heidegger a Gadamer, Foucault, Feyerabend, Morin e Rorty (a crítica da epistemologia modernista e fundacionalista) e da influência do pragmatismo de James e de Dewey em alguns destes autores e também em Habermas. (2000, p. 98)

⁶ Ainda segundo SANTOS, a trajetória histórica da retórica ilustra claramente a colonização da racionalidade moral-prática do direito pela racionalidade hegemônica da ciência. Para ele, o direito sempre foi um dos campos favoritos da retórica (na Idade Média, os estudantes exercitavam a sua perícia argumentando a favor das partes litigantes em disputas legais simuladas), mas, as amplas tendências culturais desencadeadas pela racionalidade cartesiana foram gradualmente tomando lugar na cultura e na prática jurídicas. Ainda contribuíram fortemente para o abandono total da retórica jurídica e sua substituição pela ciência jurídica, o movimento codificador do século XIX e o positivismo jurídico que o acompanhou. Durante esse tempo, o conhecimento provável, resultante da argumentação razoável, foi suplantado pelo conhecimento exato resultante da prova científica. (2000, p. 97)

trata de privilegiar a univocidade da linguagem, a unicidade *a priori* da tese válida, mas sim de aceitar o pluralismo, tanto nos valores morais como nas opiniões. A abertura para o múltiplo e o não-coercivo torna-se, então, a palavra-mestra da racionalidade. (PERELMAN & OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. XX)

Abandonando esta concepção estreita da prova e da lógica, que não revela a ampla visão da capacidade de raciocinar, os autores nos apresentam o exame das diversas espécies de discurso, a variação delas em função dos auditórios e, ainda, a maneira pela qual as noções se modificam e se organizam. São expostas considerações que extrapolam, por sua generalidade, uma teoria da argumentação, e fornecem um contexto que ressalta seu interesse filosófico. (*ibidem*, p. 576)

Como apresenta BARROSO, “a aplicação do Direito não é apenas um ato de conhecimento – revelação do sentido de uma norma pré-existente -, mas também um ato de vontade – escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam”. (2002a, p. 04)

Assim também já havia concluído Hans KELSEN, em sua celebrada obra *Teoria pura do direito* – uma das obras de maior significação do século passado. Escreveu ele:

A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única* solução correta (ajustada) e que a “justeza” (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. (...) A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como na Constituição, através da interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas. (...) Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar

combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. (KELSEN, 2000, p. 391-394).

Num amplo combate às oposições filosóficas, taxativas e irredutíveis que são apresentadas pelos absolutismos de todo tipo: dualismo da razão e da imaginação, da ciência e da opinião, da objetividade universalmente aceita e da subjetividade incomunicável, da realidade que se impõe a todos e dos valores puramente individuais, PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA nos apresentam:

Não cremos em revelações definitivas e imutáveis, seja qual for, aliás, sua natureza ou origem: os dados imediatos e absolutos, sejam eles chamados sensações, evidências racionais ou intuições místicas, serão arredados de nosso arsenal filosófico. Essa concepção não implica, nem é preciso dizer, que arredamos o efeito, sobre nossas opiniões, da experiência ou do raciocínio, mas não faremos nossa pretensão exorbitante de erigir em dados definitivamente claros, inabaláveis, certos elementos de conhecimento, idênticos em todas as mentes normalmente constituídas, independentes das contingências sociais e históricas, fundamento das verdades necessárias e eternas. (2005, p. 576-577)

Não podemos dissociar certos elementos irrefutáveis do conjunto de nossas opiniões, sob pena de conceber todo o progresso do conhecimento unicamente como uma extensão do campo aberto por esses elementos claros e distintos. Ao eliminarmos do conhecimento tudo o que não se conforme com o ideal de clareza e distinção, estamos nos afastando do estudo da argumentação. É o alerta que os autores nos fazem:

Nossa posição será bem diferente. Em vez de fundamentarmos nossa filosofia em verdades definitivas e indiscutíveis, partiremos do fato de que homens e grupos de homens aderem a toda espécie de opiniões com uma intensidade variável, que só é conhecida quando posta à prova. As crenças em

questão nem sempre são evidentes, e seu objeto consiste raramente em idéias claras e distintas. As crenças mais comumente admitidas ficam muito tempo implícitas e não-formuladas, pois, o mais das vezes, é somente por ocasião de um desacordo relativo às conseqüências delas resultantes que surge o problema da formulação ou da determinação mais precisa delas. (PERELMAN & OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 577)

E continuam:

O senso comum opõe regularmente os fatos às teorias, as verdades às opiniões, o que é objetivo ao que não o é, apontando assim quais opiniões devem ser preferidas a outras, seja essa preferência fundamentada ou não em critérios geralmente aceitos. (...) Todos estão dispostos a reconhecer aos fatos e às verdades um papel normativo com relação às opiniões, mas quem contesta um fato ou duvida de uma verdade hesitará em lhe reconhecer esse estatuto vantajoso e qualificará de modo totalmente diferente a afirmação que ele recusa aceitar; assim também, a maioria dos homens está normalmente disposta a agir conformemente ao que lhe parece lógico ou racional, mas recusa esse adjetivo às soluções cuja legitimidade não reconhece. (*ibidem*, p. 577-578)

Se problemas essenciais, em se tratando de questões morais, sociais ou políticas, filosóficas ou religiosas, escapam, por sua natureza, aos métodos das ciências matemáticas e naturais, destes não podemos afastar com desprezo as técnicas de raciocínio que são próprias da deliberação, da discussão, ou seja, da argumentação. Se considerarmos como raciocínio enganador toda argumentação não conforme às exigências das provas "lógico-experimentais" e a insuficiência destas, em todas as áreas essenciais da vida humana, deixaremos o campo inteiramente livre à sugestão e à violência. (PERELMAN & OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 578)

Se entendermos que o que não é objetiva e indiscutivelmente válido se prende ao subjetivo e ao arbitrário, cavaremos um fosso intransponível entre o *conhecimento teórico*, o único racional, e a *ação*, cujas motivações seriam inteiramente irracionais. Assim também, a prática já não pode ser racional, pois nela a argumentação crítica se torna inteiramente incompreensível e não podemos levar a sério a própria reflexão filosófica. Isso porque apenas podem pretender certa racionalidade as áreas de onde não haja qualquer controvérsia. Havendo controvérsia e os métodos “lógico-experimentais” não podendo restabelecer o acordo das mentes, encontramos-nos no campo do irracional, que é o da deliberação, da discussão, da *argumentação*⁷. (PERELMAN & OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 579)

Para Perelman, o problema está na concepção estreita que temos da *razão*⁸, pois, ao vermos nesta apenas a faculdade do raciocínio

⁷ Em sua primeira obra, *Da justiça*, em 1945, Perelman inseria o processo de aplicação do direito no campo do irracional, negando a existência de uma lógica dos julgamentos de valor. Ele procurou explorar e fundamentar uma noção de justiça formal, de inspiração assumidamente positivista, segundo a qual o justo se traduz em dispensar tratamento igual a situações que se revelam, no essencial, semelhantes. Nos escritos da fase inicial do pensamento perelmaniano encontramos os julgamentos de valor como inteiramente arbitrários e insuscetíveis de tratamento racional. Já nas obras da maturidade, Perelman percebe que considerar irracional a aplicação do direito importa renunciar a qualquer filosofia prática e abandonar a disciplina da conduta humana ao sabor de emoções e interesses, ou seja, confiá-la à violência. Frente à insatisfação com a afirmação da irracionalidade da aplicação do direito, Perelman elege como projeto teórico a pesquisa de uma “lógica dos julgamentos de valor”, fazendo nascer a *nova retórica*. (Cf. Michel Meyer no prefácio à edição brasileira da obra de Perelman & Olbrechts-Tyteca, 2005, p. XV)

⁸ Durante muito tempo, o raciocínio que trata os valores como objetos de intuição, ou por outro lado, como conclusão de raciocínio analítico, falseou completamente o ideal de racionalidade e impediu uma análise séria da argumentação. Esta foi considerada uma forma de raciocínio indigno do filósofo, o que tornou impossível ou ilusória a solução do problema da razão prática, essencial em filosofia. Edgar MORIN enfatiza que “(...) a racionalidade e a cientificidade precisam ser redefinidas e complexificadas. Isso não diz respeito somente aos intelectuais. Envolve toda a nossa civilização; tudo o que foi realizado em nome da racionalização e que levou à alienação do trabalho, às cidades-dormitório, ao sacolejar-trabalhar-nanar, ao lazer em série, à poluição industrial, à degradação da biosfera, à onipotência dos Estados-nação dotados de armas de aniquilação, tudo isso é realmente racional? Não seria urgente questionar uma razão que produziu o seu pior inimigo, a racionalização? (...) Devemos fazer oposição à inteligência cega que tomou quase por toda parte o comando; devemos reaprender a pensar, tarefa de salvação pública que cada um deve começar por si mesmo.” (2005, p. 154)

formalmente correto, deixamos de lado o fato indubitável de que raciocinar não é somente deduzir e calcular, mas é também deliberar e argumentar. Temos uma visão de que raciocinar é nada mais que se inclinar diante das evidências e que quando o raciocínio não nos conduz a conclusões necessárias ou coercivas, ou de uma probabilidade calculável, movemo-nos inteiramente na arbitrariedade. (PERELMAN, 2000, p. 99)

Ele também adverte sobre os perigos da paixão pelo saber objetivo e pela verdade universalmente válida e o gosto do rigor e da precisão, vez que, neste sentido, a razão permite somente ficar de acordo sobre as conclusões de uma dedução correta, a partir de premissas aceitas, ela se reduz à faculdade de raciocinar logicamente, ou seja, em conformidade com regras previamente aceitas da lógica formal, como convinha aos positivistas.⁹ (*ibidem*, p. 98)

Desta forma, a contribuição fundamental por ele apresentada – o resgate da teoria da argumentação – foi o tratamento dado aos dois aspectos da razão: o *racional* e o *razoável*. Enquanto aquele se refere ao que há de coercivo, de demonstrativo na razão, este se apresenta como o que há de argumentativo e de não coercivo. Vale dizer, quando tratamos dos valores, ou seja, quando se trata de deliberar antes de agir, o raciocínio assume a forma de argumentação e, os argumentos não serão coercivos. Permitirão a tomada de uma decisão com fundamento na razão, descartando-se a violência, ou seja, fundamentarão a formação do juízo, a um só tempo, nas demonstrações racionais e nas argumentações razoáveis. (PERELMAN, 2000, p. 109)

A filosofia do século XX, numa tentativa de reconhecer um estatuto particular e eminente à investigação científica, com o objetivo de salvar as normas de nossa ação do arbitrário e do irracional, tentou entender os meandros pelos quais os valores se introduzem no processo

⁹ Edgar MORIN adverte: “Isoladas, a racionalidade, a objetividade e a quantificação ignoram a compreensão subjetiva e eliminam dos seus conhecimentos a humanidade do humano. O conhecimento econômico pelo cálculo e o conhecimento estatístico pela amostragem tendem a ignorar tudo aquilo que diz respeito às aspirações, sentimentos e preocupações, propagando uma incompreensão específica do vivido”. (2005, p. 120)

de subsunção de fatos a normas gerais, isolando nitidamente duas faces da atividade humana - os juízos de realidade e os juízos de valor. Essa também foi a preocupação de Perelman¹⁰.

Seu trabalho trouxe possibilidades inéditas para a teoria do conhecimento jurídico, uma vez que estabeleceu a ligação entre a aplicação de normas e o raciocínio dialético, em sua formulação aristotélica. Tal liame é a negação da existência de interpretações jurídicas “verdadeiras”, deixando claro que o conhecimento jurídico não se ocupa de qual seria a decisão verdadeiramente derivada de uma norma geral, com exclusão de todas as outras, tidas como falsas, mas sim, dos meios de sustentar determinada decisão como sendo mais justa, razoável e oportuna ou conforme o direito do que outras tantas decisões igualmente cabíveis¹¹.

Frente ao esgotamento do modelo cientificista do conhecimento do direito, a trajetória a ser seguida pelo estudioso do direito deve ser o conhecimento da adequação das muitas interpretações possíveis de uma norma jurídica para o alcance de fins dados externamente a seu saber, o que não se revela por demonstração lógico-dedutiva, mas por argumentação retórica.

Como salienta BARROSO,

A interpretação dos fenômenos políticos e jurídicos não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais. Toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e o imaginário de cada

¹⁰ Inegavelmente, os caminhos desbravados pelo pensador belga contribuíram não só para as questões jurídicas, mas também para a própria Filosofia. Assim também esclareceu Norberto Bobbio: “A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente *objetivo* da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre *subjetivos* (ou pessoais) e conseqüentemente contrários à exigência da objetividade”. (*apud* Barroso, 2002a, p. 23)

¹¹ As premissas da argumentação resultam de um acordo entre quem argumenta e seu auditório e o saber nelas fundado poderá ser verossímil, ou não, mas nunca será verdadeiro ou falso, segundo o autor ao concluir sua obra.

um. A identificação do cenário, dos atores, das forças materiais atuantes e da posição do sujeito da interpretação constitui o que se denomina de *pré-compreensão*. (BARROSO, 2002a, p. 01)

Destarte, não podemos mais considerar um fenômeno ou um conceito como isolado do contexto em que aparece. Com a ruptura anticientificista, todos os operadores do direito são articuladores de argumentos convincentes, fazendo com que haja uma **integração** entre a produção doutrinário-acadêmica e o cotidiano profissional do direito¹².

Nesse momento, a razão tem a tarefa de organizar e efetuar, de maneira estratégica e instrumental, a transformação das estruturas injustas vigentes e a afirmação ou construção de novos sistemas ou subsistemas na ordem política, pela práxis concreta sobredeterminada pelos princípios da razão política crítico material e crítico formal. São necessárias, desta forma, ações concretas que destruam os efeitos negativos não intencionais já produzidos pelas ações políticas vigentes. Ação política que transforme os aspectos do sistema que não permite que a vítima viva e construa novos sistemas que permitam e sejam condições de vida.

Na concepção trazida por Celso Luiz LUDWIG, trata-se da razão política transformando-se em razão política de libertação, na medida em que o cidadão passa a ser sujeito da transformação e um lutador nos diversos e diferentes movimentos das comunidades das vítimas. (2004, p. 323)

¹² Luís Roberto BARROSO, em sua obra *Interpretação e aplicação da Constituição*, sistematizou três parâmetros elementares de controle da argumentação que são especialmente úteis quando a técnica da ponderação esteja sendo utilizada, sobretudo pelo magistrado ao proferir uma decisão judicial, frente, ao dever constitucional de *motivar* suas decisões: primeiro, a argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar elementos da ordem jurídica (mesmo que implícitos) que a apoiem e lhe dêem sustentação (não se trata apenas de uma argumentação lógica ou moral); segundo, a possibilidade de universalização dos critérios adotados para a solução de um determinado caso concreto possam ser transformados em regra geral para situações semelhantes; terceiro, composto por princípios instrumentais e materiais que trazem em si a carga ideológica, axiológica e finalística da ordem constitucional, ou seja, diante várias soluções igualmente plausíveis, deverá ele percorrer o caminho ditado pelos princípios instrumentais e realizar, tão intensamente quanto possível, à luz dos outros elementos em questão, o estado ideal pretendido pelos princípios materiais. Em suma, no caso de interpretação, a argumentação assume um papel decisivo e a demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida. (2004, p. 363-369)

Ele ainda acentua que:

A Ética filosófica, em geral, é vista como tendo por objeto de sua reflexão os atos bons e maus. Na concepção da **Ética de Libertação** o objeto não é precisamente a reflexão acerca dos atos bons e maus. (...). A reflexão da Ética da Libertação ocupa-se das **condições universais** da norma, do ato, da micro e macro estrutura social, da instituição e do sistema de eticidade, considerados na perspectiva de sua **bondade**. Nesse sentido, a Ética estuda as condições universais da constituição de toda ação contingente, vista na perspectiva da **pretensão de bondade**. Dessa forma, as **condições universais** servem de fundamentação dos atos concretos com pretensão de bondade. (LUDWIG, 2004, p. 323)

Assim, na concepção proposta, os princípios éticos são o solo fundante orientador da pretensão de eticidade nas esferas concretas da vida. Há uma relação de subsunção entre o ético e o político. Os princípios éticos são subsumidos no político na condição de princípios orientadores da ação política com pretensão da construção de estruturas políticas justas, com o objetivo de transformar a injusta ordem estabelecida. Com Aristóteles e Platão a ética via-se atrelada à política a tal modo, que o primeiro chega a insinuar que as duas tinham o mesmo método e objetivo precípua, com apenas uma diferença quanto ao objeto, enquanto a ética cuidaria da conduta particular, a política cuida da conduta coletiva.

Finalizando seus conceitos, o filósofo ainda esclarece que a política ocupa-se das condições ou princípios universais da *produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana* na comunidade política, sempre com interesse nos mais diversos níveis da vida humana na comunidade¹³, enfatizando que a pretensão política de justiça só estará

¹³ E ele salienta: "Interessa a vida humana no nível dos *conteúdos* da razão política (nível econômico e ecológico); também interessa a vida humana no nível das *formas/procedimentos* normativos legítimos (nível do Princípio Democrático); interessa, ainda, a vida humana no nível da *efetividade* dos meios e fins das ações concretas (razão estratégico-instrumental no exercício do Poder político). Há, além disso, o nível das *mediações sistêmicas*, desde as condições sistêmicas materiais (ecológico-econômicas), às condições sistêmicas formais procedimentais do exercício legítimo da ação – esfera do direito –, até o sistema do Estado instituído, o macro poder. E por fim, o nível da *ação política concreta* que se ocupa da teoria e lógica da ação política na luta específica pela hegemonia e pelo exercício legítimo do poder". (LUDWIG, 2004, p. 324)

cumprida se, e quando, as condições universais (os princípios) estiverem na base da orientação do ato político. (LUDWIG, 2004, p. 324-325)

Neste contexto, temos que a pretensão de bondade ética é subsumida na pretensão política de justiça e que o ético é subsumido no político, servindo de orientador crítico de conteúdos, de formas e da factibilidade da ação política, numa *subsunção libertadora*.

1.2 O poder entre o direito e a norma

Segundo o racionalismo iluminista, a lei é a expressão da vontade do soberano. Como bem explica Barroso, o jusnaturalismo racionalista e as idéias iluministas deram origem ao movimento de codificação do Direito, no século XVIII, cuja maior realização foi o Código Civil francês – o Código de Napoleão – que entrou em vigor em 1804.¹⁴ A técnica de codificação promoveu a identificação entre direito e lei e a Escola da Exegese, por sua vez, impôs o apego ao texto e à interpretação gramatical e histórica, cerceando a atuação criativa do juiz em nome de uma interpretação pretensamente objetiva e neutra. (BARROSO, 2002a, p. 08)

Toda autoridade que não seja legal, que não provenha do aparato do poder político-jurídico não é legítima, e, não o sendo, não deve ser obedecida. O predomínio era a idéia de um direito altivo, potente e portador da capacidade de abarcar tudo o que ocorria na sociedade. A lei – instrumento que parte do poder político soberano – era dotada de um conteúdo intrínseco de racionalidade e era vista como fonte de autoridade única, indiscutível e exclusiva. (FONSECA, 2004, p. 259)

No entanto, com a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação chegou-se ao

¹⁴ Com o objetivo de clareza, unidade e simplificação, deu-se a elaboração de códigos (documentos que agrupam e organizam sistematicamente as normas).

apogeu do direito natural e, paradoxalmente, representou também a sua superação histórica¹⁵.

Como nos apresenta Ana Paula BARCELLOS, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos:

Em fins do século XVIII e início do século XIX, com a instalação do Estado Liberal e todo o seu aparato jurídico (constituição escrita, igualdade formal, princípio da legalidade etc.), o *direito natural* conheceria seu momento áureo na história moderna do direito. As idéias desenvolvidas no âmbito da filosofia ocidental haviam se incorporado de uma forma sem precedentes à realidade jurídica. Talvez por isso mesmo, tendo absorvido os elementos propostos pela reflexão filosófica, o direito haja presumido demais de si mesmo, considerando que podia agora prescindir dela. De fato, curiosamente, a seqüência histórica reservaria para o pensamento jusfilosófico não apenas um novo nome – filosofia do direito – como também mais de um século de ostracismo. (*apud* BARROSO, 2002a, p. 23)

Assim, segundo BARROSO, o direito natural não mais trazia a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anti-científico, foi empurrado para a margem da história pela onipotência do século XIX. Ele esclarece:

O positivismo jurídico foi a importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o

¹⁵ Cf. Bobbio, Matteuci e Pasquino, Dicionário de política, 1986, p. 659: "Com a promulgação dos códigos, principalmente do napoleônico, o Jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava o seu triunfo. Transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo". (*apud* BARROSO, 2002a, p. 23)

Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos *de fato*, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos *de valor*, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça. (BARROSO, 2002a, p. 09)

Dentre as características essenciais do positivismo jurídico, encontra-se o formalismo¹⁶ (a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação independentemente do conteúdo) e sua herança: o dogma da subsunção. A aplicação do Direito consistiria em um processo lógico-dedutivo de submissão à lei (premissa maior) da relação de fato (premissa menor), produzindo uma conclusão natural e óbvia, meramente declarada pelo intérprete, que não desempenharia qualquer papel criativo.

O Direito reduziu-se assim ao conjunto de normas em vigor, considerava-se um sistema perfeito e, como todo dogma, não precisava de qualquer justificação além da própria existência. (*ibidem*, p. 09)

Pretendemos, neste tópico, trazer à tona a reflexão tratada por Ricardo Marcelo FONSECA, a respeito de temas como poder, Estado e direito, numa crítica à racionalidade político-jurídica constituída progressivamente na modernidade, que demonstrou a possibilidade de vislumbrar nova forma de poder¹⁷.

¹⁶ De forma simplificada, o autor apresenta as demais características: a) a aproximação quase plena entre Direito e norma; b) a afirmação da estabilidade do Direito: a ordem jurídica é uma e emana do Estado; c) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas.

¹⁷ O autor articula, em seu artigo, as idéias de dois filósofos franceses contemporâneos, Michel Foucault e Gilles Deleuze acerca dos modelos de poder que constituem nossa sociedade.

Primeiramente, o autor apresenta o modelo de poder estudado por Foucault, que é por ele denominado de “poder disciplinar” e que é a marca da “sociedade disciplinar” em que se transformou nossa sociedade. Trata-se de um complexo aparato institucional no qual os indivíduos são colocados no centro de um sistema de controle, de acordo com critérios discursivos que erigem uma média baseada num critério geral¹⁸, cuja inobservância fará com que os indivíduos sejam “disciplinados”. Vale dizer, os indivíduos sofrem uma incidência de poderes permanentes, constantes e constrictivos que moldam suas ações e suas subjetividades na direção de uma norma, de uma regra ou de um padrão.

Eis a síntese da descrição do indivíduo pertencente a esta sociedade que Foucault descreveu como sendo derivada de um poder que opera através da vigilância hierárquica, da sanção normalizadora e do exame:

O indivíduo, então, poderá ser descrito, analisado e julgado de acordo com suas especificidades (que serão, é claro, confrontadas com a norma, a medida geral). É ele que deverá eventualmente ser classificado ou reclassificado, treinado ou retreinado, promovido ou excluído. O poder disciplinar, aqui, atribui a cada indivíduo um “status” de sua própria individualidade, que, por sua vez, estará ligada pela norma aos traços, padrões e medidas que perceberão a adequação ou o desvio. (FONSECA, 2004, p. 265)

Para FOUCAULT, no entanto, além desse poder disciplinar, existe uma outra forma de normalização, que age sobre as populações, chamado de biopoder ou biopolítica. Ou seja, são dois mecanismos de

“normalização”, cada qual atuando em âmbitos diversos.

Eis seu esclarecimento:

¹⁸ São os chamados critérios normalizadores (uma medida, um parâmetro, que será tido como o critério “normal”, ou, simplesmente, a NORMA) que, ao incidirem nas instituições e no ponto que com elas se articulam, formam um binômio discursivo/institucional (ou discursivo/prático, ou binômio saber/poder) que, de uma maneira indissociável produzirá efeitos (efeitos de verdade e também efeitos políticos) sobre os sujeitos tomados como indivíduos, moldando-os de acordo com o “critério geral”, com a *norma*. (FONSECA, 2004, p. 265)

Temos portanto, desde o século XVIII (ou em todo caso desde o fim do século XVIII), duas tecnologias de poder que são introduzidas com certa defasagem cronológica e que são sobrepostas. Uma técnica que é, pois, disciplinar: é centrada no corpo, produz efeitos individualizantes, manipula o corpo como foco de forças que é preciso tornar úteis e dóceis ao mesmo tempo. E, de outro lado, temos uma tecnologia que, por sua vez, é centrada não no corpo, mas na vida; uma tecnologia que agrupa os efeitos de massas próprios de uma população, que procura controlar a série de eventos fortuitos que podem ocorrer numa massa viva; uma tecnologia que procura controlar (eventualmente modificar) a probabilidade desses eventos, em todo caso em compensar seus efeitos. É uma tecnologia que visa portanto não o treinamento individual, mas, pelo equilíbrio global, algo como uma homeostase: a segurança do conjunto em relação aos seus perigos internos". (FOUCAULT, 1999, p. 297)

Como se vê, há uma advertência importante com relação a esses poderes: embora exista uma diferenciação entre eles, esta não faz com que eles se tornem excludentes e incompatíveis entre si. São mecanismos que se "sobrepõem" e, portanto, que se complementam e operam conjuntamente, em torno de um elemento que se aplica a um e a outro, que é precisamente a norma.

Segundo FOUCAULT, esse deslocamento histórico foi muito importante no modo como se passou a tratar o poder: as populações passam também a ser objeto de controle, uma vez que os indivíduos estão cada vez mais diversos, diferentes e independentes e há, assim, cada vez mais categorias de pessoas que não estão submetidas à disciplina. Para exemplificar, ele traz o problema da velhice (daquele indivíduo que está fora do mercado de trabalho e, assim, fora das instituições, não sendo de um modo geral passivo de sofrer a disciplina), que será objeto da biopolítica, que introduzirá inúmeros mecanismos sutis de assistência. (*ibidem*, p. 292)

Como sintetiza FONSECA:

A biopolítica vai se ocupar com estes fenômenos de série, com este corpo múltiplo, com a população. Seu objeto não é nem o corpo individual e nem o indivíduo (sujeito de direito) ou a sociedade, nos moldes formulados pela teoria do direito no final do século XIX. Será portanto algo diverso, que escapa tanto do poder disciplinar quanto do poder “jurídico”. Será algo voltado à população enquanto questão política, biológica e científica. Os mecanismos a serem implementados pela biopolítica não serão a vigilância, a sanção ou o exame (próprios do poder disciplinar); serão as previsões, as estimativas estatísticas, as medições globais, de molde a intervir não no nível individual da existência das pessoas, mas atuar nos fenômenos gerais (baixar a mortalidade, estimular a natalidade, encurtar a expectativa de vida, etc.). (FONSECA, 2004, p. 268)

Nas duas formas de normalização, tanto na biopolítica como também no poder disciplinar, os sujeitos aparecem como *objetos* de uma estratégia de atuação, como pacientes de uma dada conformação subjetiva. De modo que o sujeito não é o produtor do poder, mas, apenas em certa medida¹⁹, é o seu *produto*.

Enquanto Foucault deixou algumas pistas desta outra forma de pensar a normalização para além da disciplina, Gilles Deleuze anunciou de modo um tanto mais articulado a nova realidade normalizadora com a qual crescentemente nos temos defrontado: a *sociedade do controle*.²⁰

¹⁹ O autor esclarece a importância da ressalva apresentada (apenas em certa medida), para que não se recaia no entendimento equivocado de que as teorizações de Michel Foucault acerca das vicissitudes da subjetividade implicariam numa visão puramente negativa do sujeito. Ao contrário, toda sua produção, inclusive a final, traz a dimensão do sujeito enquanto capaz de constituir-se, de moldar a sua própria subjetividade, considerados, porém, como sempre deve ser feito, todos os mecanismos discursivos e políticos que também agem sobre o sujeito que, afinal, está imerso na história e não pode ser compreendido de modo desprendido das vicissitudes da sua vida concreta. (FONSECA, 2004, p. 269)

²⁰ Cf. esclarecimentos do autor, Deleuze não elaborou uma grande articulação teórica sobre o conceito de “sociedade do controle”, na verdade, apenas o esquematizou em um texto – intitulado “*Post-scriptum sobre as sociedades de controle*”. No entanto, apesar da fragmentação e da desarticulação de suas notas, como destacado por Hardt, sua leitura é iluminante naquilo que nos interessa clarear: as profundas transformações por

No momento histórico em que as instituições produtoras de subjetividade na “sociedade disciplinar” entram em crise, Deleuze vem demonstrar a centralidade do uso das estratégias biopolíticas na “sociedade de controle”. Assim também, HARDT e NEGRI²¹, que aduzem:

Devemos entender a sociedade de controle, em contraste, como aquela (que se desenvolve nos limites da modernidade e se abre para a pós-modernidade) na qual mecanismos de comando se tornam cada vez mais “democráticos”, cada vez mais imanentes ao campo social, distribuídos por corpos e cérebros dos cidadãos. (...) O poder agora é exercido mediante máquinas que organizam diretamente o cérebro (em sistemas de comunicação, redes de informação, etc.) no objetivo de um estado de alienação independente do sentido da vida e do desejo de criatividade. A sociedade de controle pode, dessa forma, ser caracterizada por uma intensificação e uma síntese dos aparelhos de normalização de disciplinariedade que animam internamente nossas práticas diárias e comuns, mas, em contraste com a disciplina, esse controle estende bem para fora os locais estruturados de instituições sociais mediante redes flexíveis e flutuantes”. (apud FONSECA, 2004, p. 273)

Desta forma, enquanto a chamada “sociedade disciplinar” tinha como base de funcionamento a disciplina e suas estratégias de vigilância hierárquica, sanção normalizadora e exame, a “sociedade de controle”, por outro lado, tem como motor básico as estratégias biopolíticas. Partindo do modelo de poder apresentado por Thomas Hobbes, ou seja, aquele que sempre esteve preso a uma visão de um

que passa a sociedade contemporânea, sobretudo no que diz respeito às novas e revolucionárias formas de normalização. (FONSECA, 2004, p. 270)

²¹ Na obra *Império*, eles chamam a atenção, dentre outros, para o fato de que só a sociedade de controle está apta a adotar o contexto biopolítico como terreno exclusivo de referência, de modo que no novo paradigma da sociedade de controle as novas tecnologias de poder são realizadas como o reino do biopoder. (*ibidem*, p. 270)

poder central, que tem um sujeito criador originário, um lugar exclusivo e privilegiado e um sentido (sempre descendente, do soberano para o súdito), Foucault e Deleuze se baseiam, ao contrário, na recusa à existência de uma subjetividade primordial e meta-histórica que seja afastada das vicissitudes da história dos homens no mundo²² e, portanto, buscam vislumbrar outro modo de experimentar o poder, no qual ele se mostre como uma **relação**; onde haja sua **circulação** e em **vários sentidos**, inclusive o ascendente.

Numa primeira leitura da obra de Michel Foucault poderíamos ter a impressão de que ele estabelece um fosso de separação entre o direito (o poder do Estado) e as normas (disciplinas e biopoder), passando ao largo das inter-relações entre estas formas de poder.

Mas, como salienta FONSECA, esta não parece ser a melhor leitura do pensamento foucaultiano. E explica:

O filósofo francês nunca aduziu haver exatamente uma incompatibilidade entre estas formas de poder, mas somente uma diferença. E esta distinção sempre foi acentuada e enfatizada por uma razão distinguível: o privilégio (para não dizer a exclusividade) da usual abordagem do problema do poder somente em termos jurídicos no âmbito do pensamento jurídico e político, desde Hobbes. (2004, 275-276)

Ao contrário, seu trabalho visava trazer a lume aquela forma específica de poder, relegada pelo pensamento político moderno, com a possibilidade de uma atuação conjunta, uma relação de reciprocidade entre ela e o poder do direito. Seu entendimento era o da compatibilidade da existência do normativo com o direito, numa relação até mesmo de *implicação*, pois a “sociedade de normalização” funciona

²² Cf. BARROSO, “O Direito, ao contrário de outros domínios, não tem nem pode ter uma postura puramente descritiva da realidade, voltada para relatar o que existe. Cabe-lhe prescrever um *dever-ser* e fazê-lo valer nas situações concretas. O Direito tem a pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a e transformando-a. Ele não é um *dado*, mas uma *criação*. A relação entre o sujeito do conhecimento e seu objeto de estudo – isto é, entre o intérprete, a norma e a realidade – é tensa e intensa. O ideal positivista de objetividade e neutralidade é insuscetível de realizar-se.” (2002a, p. 09)

não só pelas disciplinas e pelo biopoder, mas também pelo direito que é invadido por elas e se torna seu veículo. (*ibidem*, p. 276-277)

Como se pode notar, o direito não pode ser visto pura e simplesmente como instrumento racional e neutro de comando, pois ele não é a única forma de poder que incide permanentemente sobre os indivíduos, uma vez que estes estão, de forma intermitente, sujeitados às estratégias disciplinares de outras realidades sociais.

E, em consequência da aceitação desta profunda análise empreendida pelo filósofo, surgem questões interessantes para o operador do direito no que diz respeito ao seu modo de olhar o poder, pois ele se defronta com a abertura de um campo de possibilidades sobre as relações de poder que, de forma alguma, poderá ser por ele descuidado. Como se observa da afirmação de FONSECA,

(...) o que se vê é que além do campo das "liberdades", da "autonomia da vontade", da "autodeterminação" e da "igualdade" – que é o espaço de circulação do "sujeito de direito" – há também o espaço da normalização, da atuação de mecanismos da disciplina, do controle e do biopoder. Este espaço da normalização, em vista de seu campo de atuação e de suas profundas consequências nas relações humanas, não pode ser descurado pelo discurso jurídico. O modo como o direito (o "poder jurídico") pode se aproximar das formas de "normalização" deve ser, por isso, objeto de profunda atenção e preocupação. (2004, p. 278)

Trata-se, desta forma, de empreender uma interseção entre as formas de intervenções estatais sufragadas pelo sistema jurídico do Estado e as formas de controle que se operam à margem do direito e ao mesmo tempo por meio dele. Os operadores do direito não podem ficar inertes diante do abismo existente entre, de um lado, o "sujeito de direito" formal, teorizado pelo nosso legado iluminista e, do outro lado, o "sujeito real" que vivencia na prática relações jurídicas privadas e

públicas no mundo material e que sofre inúmeras formas de controle e sujeição através da “norma”. (*ibidem*, p. 280)

A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondem (não podem corresponder) ao estágio atual de processo civilizatório que ambiciona o patrocínio da causa da humanidade. Não se trata do retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva, mas sim a promoção de uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Não se trata de um ímpeto da desconstrução, e sim, uma separação do conhecimento convencional. O início dessa trajetória se dá com deferência relativa ao ordenamento positivo, nele re-introduzindo as idéias de justiça e legitimidade.

Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Da superação histórica do jusnaturalismo e do fracasso político do positivismo abriu-se caminho para um conjunto amplo mas ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação.

1. 3 Teoria política, democracia e direitos

Tomando por base o entendimento de Chantal Mouffe, as críticas que são feitas ao projeto epistemológico da modernidade não se intensificam no seu projeto político²³. Segundo ela, vislumbramos uma recusa dos ideais de universalidade e de uma específica forma de racionalidade, características de processo epistemológico moderno, sem que esta renúncia tenha que resultar no abandono de seu projeto político, significado por uma maneira de entender a ação política a partir do

²³ Em síntese: o projeto epistemológico traz a idéia de autofundação, enquanto o projeto político, a idéia de auto-afirmação.

homem, bem como a organização da sociedade política como sendo de sua responsabilidade.

Com a diferenciação desses dois projetos, a autora concebe que é possível defender o projeto político da modernidade sem que isto implique a vinculação a uma forma específica de racionalidade, fazendo-o através da democracia radical²⁴. Seus estudos estão centrados nesta possibilidade de conceber a revolução democrática como um traço característico da modernidade²⁵, verificável em aspectos culturais e políticos da sociedade, permitindo, assim, um repensar da relação entre a modernidade e a pós-modernidade. Ela então afirma ser distintivo da pós-modernidade, na filosofia política, o reconhecimento da impossibilidade de se obter uma fundação suprema ou legitimação final, a qual é caracterizadora da modernidade.

Conforme destacado por Katya KOZICKI em seu trabalho cujo eixo de análise é a perspectiva de Chantal Mouffe acerca da democracia radical:

A democracia liberal não necessitaria ser descartada, como algo a ser repudiado, mas, ao contrário, necessita de uma crítica capaz de apontar as suas deficiências, bem como buscar novos caminhos para superá-la. Implícita nesta afirmação está a idéia de que não é possível encontrar princípios mais radicais de organização de qualquer sociedade do que aqueles

²⁴ Um novo modelo de democracia que propõe a tarefa de uma articulação das noções de cidadania presentes nas teorias liberal e comunitarista. Trata-se do resgate dos elementos positivos de ambas as tradições e da superação de seus limites. Busca reconciliar a liberdade negativa com a participação ativa no desenvolvimento de normas e valores comuns. Trata-se de uma noção que parte do pressuposto de que a obrigação política, compreendida na idéia de participação na administração da comunidade política, não é incompatível com a liberdade individual e com o reconhecimento de que o indivíduo deve ser livre para perseguir os fins que estipula a si mesmo.

²⁵ Cf. Cláudia Lima Marques, "(Pós-modernidade) é uma tentativa de descrever o grande ceticismo, o fim do racionalismo, o vazio teórico, a insegurança jurídica que se observam efetivamente na sociedade, no modelo de Estado, nas formas de economia, na ciência, nos princípios e nos valores de nossos povos nos dias atuais. Os pensadores europeus estão a denominar este momento de rompimento (*Umbruch*), de fim de uma era e de início de algo novo, ainda não identificado". (*apud* BARROSO, 2002a, p. 17)

consubstanciados nos princípios liberais de igualdade e liberdade, ou seja, a afirmação de que todos os indivíduos são livres e iguais. (2004, p. 329)

O que é observado na modernidade, a partir da chamada revolução democrática é a mudança da concepção de que o poder se fundava no rei ou no soberano e que tal fato tinha como consequência lógica, uma unidade social. Com o advento da democracia o que justamente se transforma é esta simbologia de que o rei ou soberano encarnava em seu corpo o ideal de uma sociedade unida. A democracia, pondo fim a essa visão simbólica, até então dominante na sociedade²⁶, “acontece com a despersonificação do poder, com a historicização dos fins da sociedade e a concepção de que o povo é soberano”. (KOZICKI, 2004, p. 330)

Verifica-se, assim, uma total mudança no tocante às bases de coesão social e, com a ruptura ocorrida, a incerteza se generaliza, pois a democracia passa a ser significada através da ausência de uma ordem divina ou natural totalizadora, fazendo com que os aspectos da sociedade se tornem questionáveis em si mesmos.

Claude LEFORT também observou:

Não existe lei que possa ser fixada, cujos artigos não possam ser contestados, cujas fundações não possam ser suscetíveis de serem trazidas ao questionamento. Não existe representação de um centro e dos contornos da sociedade: a unidade não pode agora apagar a divisão social. A democracia inaugura a experiência do que não pode ser apreendido, uma incontrolável sociedade na qual a vontade do povo será chamada de soberana, é claro, mas cuja identidade estará constantemente aberta ao questionamento, cuja identidade permanecerá sempre latente. (*apud* KOZICKI, 2004, p. 330)

²⁶ Para Chantal Mouffe, as tentativas de substituir Deus, ou a Natureza, como fundações, pelo Homem e sua Razão – característica da democracia moderna – estavam fadadas a falhar desde o início do projeto.

Nesta perspectiva, a autora explica, que graças a esta abertura de sentido, aliada à noção de que a vontade do povo é algo que não poderá se desvencilhar do momento histórico concreto, constituído através de relações de poder e significado por um determinado modo de concepção da cidadania, está compreendida a noção de que os direitos dos indivíduos não podem jamais ser tomados como dados ou pré-estabelecidos. Ou seja, os direitos individuais só podem ser analisados a partir da inscrição do indivíduo na sociedade, e do inter-relacionamento entre os diversos indivíduos²⁷.

E, neste caminho, a indeterminação de sentido torna-se característica da democracia e implica que a mesma questione a si mesma o tempo todo. Sua constante rediscussão, dentro do espaço público, acaba por conferir-lhe sentidos determinados. Não há uma resposta absoluta, uma vez que o que vem a ser legítimo está sempre aberto ao debate, ao questionamento. Como nos lembra a professora:

No reino da política não prevalece a verdade e historicamente sempre existiu um conflito entre esta, entendida no sentido de verdade racional, e a política. Cada esfera (filosofia/política) possui critérios diferentes de validação e legitimação, e o nível do político não permite o estabelecimento de verdades universais. O contrário da verdade seria a opinião e é esta um dos requisitos do poder. (KOSICKI, 2004, p. 331)

Hannah ARENDT também entendia que o campo da política é o campo da opinião, e não o campo da verdade²⁸. E ponderou:

²⁷ A professora ainda menciona que: "Neste sentido, as pessoas não teriam em comum uma vontade geral, capaz de ser identificada com a somatória das vontades individuais, a partir de uma única noção de bem comum. O que é característico da soberania popular, da vontade popular, nesta perspectiva, é um conjunto de direitos sempre sujeitos à transformação, o espaço público onde se realiza o debate acerca da legitimidade ou ilegitimidade das instituições sociais, e o compromisso com o debate de que se exercita nesta esfera". (KOSICKI, 2004, p. 331)

²⁸ Em sua obra, *Entre o passado e o futuro* (1997), no capítulo VII, páginas 282-325, intitulado *Verdade e política*, há uma profunda análise sobre a impossibilidade da verdade na esfera política, marcada pela opinião.

Ao mesmo tempo, toda pretensão, na esfera dos assuntos humanos, a uma verdade absoluta, cuja validade não requeira apoio do lado da opinião, atinge na mesma raiz toda política e todos os governos. Esse antagonismo entre a verdade e opinião foi elaborado por Platão (especialmente no Górgias) como o antagonismo entre a comunicação em forma de "diálogo", que é o discurso adequado à verdade filosófica, e em forma de retórica, através do qual o demagogo, como hoje diríamos, persuade a multidão. (ARENDT, 1997, p. 289)

Conhecemos bem a história dessa tentativa racionalista que desenvolveu a paixão pela verdade *universalmente válida*, como também já temos consciência de que o caminho oposto a ser percorrido é o da *argumentação*, pois esta, por sua própria natureza, não apresenta um caráter coercivo das demonstrações, mas, ao contrário, requer que se possa aderir às suas conclusões ou descartá-las. (PERELMAN, 2000, p. 94)

Nessa linha de pensamento, Katya KOSICKI reforça a constatação que os direitos sempre estão sujeitos a uma intrínseca abertura de sentido e não há jamais um supremo juiz que lhes possa outorgar um sentido definitivo. São suas palavras:

Nesta constatação está compreendida a percepção de que o conflito é inevitável, de que todas as decisões políticas são contestáveis, e de que o desacordo, ou dissenso, é interminável, posto que não há sinalizadores de caminho que conduzam a respostas finais e definitivas. As respostas serão sempre provisórias, e em menor número do que as questões que estas suscitam. (2004, p. 332)

À mesma idéia filia-se Alan Joyce KEENAN: "A democracia mantém a si mesma somente através de uma coletiva resistência ao seu próprio desejo de um fechamento final e perfeito". (*apud* KOSICKI, 2004, p. 332)

Como se constata, o político, na perspectiva democrática, é condicional à idéia de contingência, pluralismo e caráter indeterminável.

Não se pode erradicar das sociedades democráticas o seu elemento fundamental – a noção de conflito – pois, ele proporciona a negociação e o compromisso do confronto com os novos desafios. Devemos estar abertos a uma nova compreensão da democracia, pensando os direitos de uma nova maneira, com o abandono da perspectiva racionalista, de modo a fornecer uma resposta ao novo conjunto de demandas ligadas ao multiculturalismo.

E, uma vez refutada a idéia da adesão à noção de um bem comum substantivo, deixando espaço à liberdade individual e à diferença, o elo comum é o interesse público, definido e constituído a partir de um inter-relacionamento dentro de um determinado momento histórico. A comunidade política é sempre expressão de relações de poder, fruto de uma determinada hegemonia.

O conflito, administrado politicamente, implica a aceitação do outro – este entendido como aquele que não compartilha os mesmos valores, ou os mesmos ideais, mas compartilha o reconhecimento mútuo do direito de que todos tenham as mais diferentes expressões e posições. É a aceitação da diferença. Se o conflito não puder ser gerenciado na esfera das ações políticas, ele pode vir a significar a necessidade de conceber o outro como alguém a ser destruído, para que a própria identidade da comunidade não o seja. Não se trata de uma luta entre inimigos, e sim uma luta entre adversários, uma vez que todos os participantes reconhecem a legitimidade da posição dos outros participantes. (MOUFFE, 2004, p. 390)

Para a democracia radical, o cidadão não é um mero recipiente de direitos individuais, concebidos em abstrato, mas é aquele que se identifica com o interesse público²⁹. Ele será um elemento

²⁹ Michael Oakeshott propõe, em seu livro *On Human Conduct*, de 1975, a seguinte explicação para os estudos de Mouffe quanto à noção de cidadania. Ele faz uma diferenciação entre *universitas* e *societas* para explicar a comunidade política, na perspectiva da democracia radical, como *societas*. Enquanto a *universitas*, da maneira como era concebida no final da Idade Média, significava o engajamento em um empreendimento comum, definido por uma comunhão de interesses e propósitos, com os indivíduos formando um núcleo ao redor de uma determinada noção substantiva de

articulador entre as diferentes posições de sujeito que os agentes sociais ocupam na sociedade com o objetivo de construir uma identidade comum aliada ao respeito à liberdade individual. A cidadania implica, nesta perspectiva, que haja uma identificação com diversos movimentos sociais que pretendem aprofundar a realização destes dois princípios - liberdade e igualdade.

Porém, é necessário salientar, uma vez mais que, o reconhecimento deste espaço de conflito e antagonismo vai significar sempre que os princípios políticos constitutivos da sociedade recebam diferentes interpretações que vão gerar acordos sempre parciais e provisórios, de forma que os mesmos deverão ser sempre definidos e redefinidos, num processo de reconstrução contínua. Como conclui a filósofa:

Uma concepção “democrático-radical” de cidadania constitui, sem dúvida, um considerável avanço em relação ao posicionamento liberal quanto ao cidadão, marco referencial dessa noção nas sociedades modernas. Ao ressaltar a importância de se resgatar os ideais de participação política, virtude cívica, empenho na construção de normas e valores comuns (contribuições do comunitarismo), bem como ao reconhecer a impossibilidade de uma reconciliação final entre os deveres do cidadão e a liberdade do indivíduo, essa concepção faz avançar a visão do cidadão, de um depositário de normas e direitos para alguém que participa, responsável pela estipulação destas normas e direitos. Isso vai ser de fundamental importância no sentido de se pensar uma nova forma de articulação entre o jurídico e o político, a partir do reconhecimento do caráter político de algumas decisões requeridas pela sociedade. (KOSICKI, 2004, p. 344-345)

bem e ideais compartilhados; a *societas* significava um engajamento formal, não substantivo, em termos de regras ético-políticas que deveriam ser observadas para a consecução de determinados objetivos. Na ótica da democracia radical, a comunidade política pode ser identificada com a *societas*. Ou seja, os indivíduos se tornam cidadãos de uma determinada comunidade política a partir do momento em que reconhecem o caráter normativo de uma certa prática de civilidade, uma gramática das regras sociais, que definem esta mesma sociedade. Nessa perspectiva, esses princípios básicos significam o reconhecimento dos indivíduos como seres livres e iguais, agentes que, por opção ou devido às circunstâncias, estão relacionados uns com os outros de forma a constituírem uma associação identificável de qualquer tipo. O laço que os une, e em razão do qual um se reconhece a si mesmo como *socius*, não é o envolvimento num empreendimento a fim de realizarem um objetivo substantivo comum, mas sim a lealdade mútua. (KOSICKI, 2004, p. 335)

Na questão da própria natureza da teoria política, encontramos uma abordagem denominada contextualista, que sofre influência de Wittgeinstein, pensador que critica a convenção amplamente difundida do pensamento político, a tese que considera como sendo objetivo da teoria política o de estabelecer verdades universais, válidas para todos e que não são dependentes do contexto, ou seja, o tipo de racionalização liberal que estipula como espaço de argumentação um diálogo neutro ou racional.

Alguns seguidores desta perspectiva, Michel WALZER e Richard RORTY, por exemplo, negam a existência de um ponto de vista que possa estar situado fora das práticas sociais e instituições de uma cultura particular e a partir de onde juízos universais e contextualmente independentes possam ser produzidos. O primeiro deles, inclusive, posiciona-se contra a idéia de que o teórico político deva tentar adotar uma posição desvinculada de quaisquer formas particulares de alianças, para viabilizar julgamentos imparciais e objetivos. Ao contrário, deve assumir completamente seu *status* de membro de uma comunidade particular e interpretar para seus concidadãos os significados que eles compartilham. (*apud* MOUFFE, 2004, 381-382)

De acordo com este aporte contextualista e o pensamento de Wittgeinstein, fica demonstrada a inadequação de quaisquer tentativas de fornecer uma fundação racional para os princípios democráticos, através do argumento de que estes seriam os princípios escolhidos por indivíduos racionais em condições ideais como as apresentadas por Rawls e Habermas³⁰.

RORTY acrescenta a consideração de que conceber a democracia como se ela estivesse definitivamente aliada a um incremento

³⁰ John Rawls apresenta o "véu da ignorância" e Habermas a "situação do diálogo ideal". Este acredita que o processo de universalização acontecerá através de uma argumentação racional e que isso necessita de argumentos válidos em diferentes culturas e que justificariam a superioridade do liberalismo ocidental. Aquele, tenta reconciliar a necessidade do consenso com o fato dos desacordos morais. Ele concebe o pluralismo como pluralidade de concepções sobre o bem e que as diferenças e os problemas que daí surgem dizem respeito a um choque de valores e crenças individuais, ligadas à idéia de liberdade.

em racionalidade não pode nos ajudar em nada. Para ele, nós deveríamos parar de tentar apresentar as instituições liberais do Ocidente como solução que outros povos adotariam quando eles deixassem de ser “irracionais” e se tornassem “modernos”. Acompanhando Wittgenstein, ele acredita que o que se coloca em questão não é a racionalidade, e sim o problema de crenças e valores compartilhados. (*apud* MOUFFE, 2004, p. 283)

Desta forma, ou seja, com essa rejeição de uma fixação de um sentido final para o caráter político, maior deverá ser o número de sujeitos a se inserir na discussão da agenda política. Porém, para que isso seja viável, há a necessidade de formular uma nova concepção de sujeito, de forma a conceber um agente social, vale dizer, aquele que promove a articulação de um conjunto de posições de sujeito, construída dentro de discursos específicos.

A falha do modelo liberal dominante é ser incapaz de reconhecer que a concepção democrática de justiça e as instituições liberais requerem um *ethos* democrático para funcionar corretamente e manterem a si mesmas. Isto é exatamente o que a teoria habermasiana da democracia deliberativa é incapaz de compreender, devido à precisa distinção pretendida por ele entre discursos morais práticos e discursos ético-práticos. Não é suficiente afirmar, como faz Habermas ao criticar Apel, que uma teoria discursiva sobre a democracia não pode se basear somente em condições pragmático-formais de comunicação, uma vez que também é necessário levar em consideração a argumentação pragmática moral e ética. O que ainda falta em sua abordagem é reconhecer a crucial importância de uma “moralidade” democrática. (MOUFFE, 2004, p. 386)

Numa visão prática da racionalidade que descortinou um modo mais promissor de pensar questões políticas do que aquela oferecida por uma abordagem racionalista e universalista, contemplamos a abordagem wittgensteiniana que pode desempenhar um papel central no fortalecimento dos valores democráticos, porque nos permite captar as condições em que surge o consenso democrático. Para Wittgenstein os

argumentos não são estabelecidos em significados, mas em formas de vida. Isto é, uma fusão de vozes tornada possível por formas comuns de vida, e não somente produto da razão.

A aceitação de algumas considerações de Wittgenstein nos permite reconhecer e valorizar a diversidade de formas nas quais o “jogo democrático” pode ser experimentado, ao invés de tentar reduzir esta multiplicidade de formas a um único modelo de cidadania. Isso significaria fortalecer uma pluralidade de formas de cidadania democrática e criar instituições que tornariam possível seguir as regras democráticas de diferentes formas. O que Wittgenstein nos ensina é que não pode haver um único e melhor caminho – “racional” – de obedecer as regras e que é precisamente este reconhecimento – da multiplicidade de sentidos possíveis – que é constitutivo da democracia pluralista.

Chantal MOUFFE expõe que as perspectivas wittgensteinianas servem não apenas para iluminar as deficiências do paradigma racionalista, mas também para superá-las. Elas indicam um novo caminho para teorizar o político. Destaca, ainda, a necessidade, urgente, de uma profunda mudança no modo pelo qual trabalhamos as questões políticas e que, nesse sentido, a ênfase na investigação do sujeito comunicante feita pelo pensador, é particularmente útil para pensar a democracia. E complementa:

Abordar a ação democrática a partir de Wittgenstein pode, assim, nos ajudar a entender o compromisso com a democracia de uma nova forma. De fato, nós devemos reconhecer que a democracia não exige uma teoria da verdade ou noções de incondicionalidade ou universalidade. O que se exige para a democracia é um conjunto de práticas e movimentos pragmáticos que objetivem convencer as pessoas a ampliar seu grau de comprometimento com os outros e

construir uma sociedade mais inclusiva. Esta mudança de perspectiva revela que, colocando ênfase exclusivamente em argumentos destinados a assegurar a legitimidade das instituições democráticas, a teoria política e a teoria moral vêm indagando a questão errada. O verdadeiro problema não é encontrar argumentos que justifiquem a racionalidade ou universalidade da democracia liberal e que pudessem ser aceitos por qualquer pessoa racional ou razoável. Os princípios da democracia liberal somente podem ser defendidos se encarada esta como algo que faz parte da nossa forma de vida e não devemos embasar nossa vinculação a estes princípios em algo supostamente seguro. (MOUFFE, 2004, p. 383-384)

É necessário que haja espaço para as diferentes práticas nas quais a obediência às regras democráticas possam ser compreendidas. E isso deve ser visto como uma característica constitutiva das sociedades democráticas. A cidadania democrática pode assumir diferentes formas, e esta diversidade representa sua própria condição de existência. Esta nova concepção de democracia, centrada nesta idéia de pluralismo, é impensável dentro de uma perspectiva racionalista a qual, necessariamente, tende a eliminar toda forma de diversidade. (*ibidem*, p. 390)

Embora as sociedades ocidentais tenham se tornado cada vez mais multiétnicas e multiculturais, a idéia de uma comunidade política culturalmente homogênea, formada por indivíduos racionais autônomos, ainda domina uma grande parte do pensamento democrático. É preciso conceber o problema dos direitos em uma nova forma, sem deixar de lado uma série de questões concernentes a grupos e movimentos sociais e como as diferenças entre eles podem ser reconhecidas no espaço

público. É necessário uma concepção diferente do pluralismo, não aquele reduzido a um simples choque entre valores e escolhas individuais, mas um pluralismo de grupos sociais, de membros de identidades coletivas. Estas questões dizem respeito mais à igualdade do que à liberdade. Referem-se à inclusão, ao reconhecimento do outro e à não-discriminação do diferente.

Não podemos conceber os direitos individuais como a única concepção legítima, uma vez que sua formulação é típica de uma cultura individualista. Em oposição ao individualismo excludente, os direitos coletivos devem ser vistos como formas legítimas de direitos e devem ocupar um espaço próprio em sociedades pluralistas que irradiem uma fraternidade universal. Não podemos rejeitá-los simplesmente pelo fato de que eles não podem ser expressos dentro de um panorama racionalista e individualista.

Boaventura de Sousa SANTOS expõe, com percuciência, tratar-se a uma ética que parte de um princípio novo, envolto em participação e solidariedade, ligado à idéia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social e, apresenta:

O novo princípio da responsabilidade reside na *Sorge*, na preocupação ou cuidado que nos coloca no centro de tudo o que acontece e nos torna responsáveis pelo outro, seja ele um ser humano, um grupo social, a natureza, etc.; esse outro inscreve-se simultaneamente na nossa contemporaneidade e no futuro cuja possibilidade de existência temos de garantir no presente. A nova ética não é antropocêntrica, nem individualista, nem busca apenas a responsabilidade pelas conseqüências imediatas. É uma responsabilidade pelo futuro. (2002, p. 112)

A idéia dos direitos humanos precisa ser vista como uma construção discursiva, marcada pelo contexto de sua enunciação e pelas condições específicas que condicionam o seu surgimento. Podem existir

diferentes formulações em outros contextos e tais direitos podem melhor representar valores transculturais do que valores universais.

Mas, por outro lado, isso não quer significar que seja possível uma proliferação infinita do conflito, pois algum tipo de fechamento se faz necessário. Não desaparece a exigência da produção de um consenso quanto às regras que devem prevalecer na sociedade, e esse espaço teórico deve ser ocupado por uma teoria que reconheça a relação necessária entre o jurídico e o político e que não tenha a pretensão de fornecer respostas jurídicas a questões que devem ser respondidas no cenário da ação política. (KOSICKI, 2004, p. 334)

Tampouco se trata de uma posição relativista, uma vez que sempre existirão condições determinadas e que deverão ser preenchidas para que uma forma de sociedade política possa ser considerada adequada, vale dizer, sempre deverá existir um conteúdo mínimo de moralidade. E, o que se deve colocar em questão no tocante ao problema dos direitos humanos é a idéia da dignidade da pessoa humana, que pode ser expresso de formas diferentes, mas equivalentes, em diferentes culturas.

2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

2.1 A igualdade na história

A idéia da igualdade apresenta-se tão antiga quanto a própria sociedade e o tema vem atraindo a atenção dos homens, desde os primórdios da civilização. Dois dos maiores filósofos da Antigüidade, Platão e Aristóteles, apresentaram suas teorias para o problema.

Platão, o mais famoso protegido de Sócrates, em seu trabalho intitulado *A República*, apresentou sua filosofia política totalmente contrária à democracia e defendeu um conceito “absoluto” da igualdade. Ele defendia a existência de um Estado cujo objetivo seria o de conceder “maior felicidade ao todo e não a qualquer classe em separado”, onde os cidadãos seriam células dentro de um corpo político, e que os trabalhos e responsabilidades designados a cada indivíduo deveriam ser determinados pelo Estado. Não somente acreditava na propriedade comunitária, mas também acreditava no comunal compartilhamento de esposas e filhos. (MANNION, 2004, p. 35-39)

Aristóteles, embora tenha sido um pupilo de Platão, discordava de seu mestre neste e em outros pontos. Ele defendia o conceito de igualdade proporcional ou de natureza, condenando, de modo frontal, as posições igualitárias de seu mentor. Ele afirmava que “na maioria dos Estados, os cidadãos dirigem e são dirigidos em virtude do ideal de que um Estado democrático implica na assertiva de que os cidadãos são iguais em natureza.” (ibidem, p. 39-42)

Segundo salientado por Anacleto de Oliveira FARIA, embora os romanos tenham-se posicionado de forma análoga à de Aristóteles, antes do advento do Cristianismo, a idéia de igualdade era apenas teórica, pois não apresentava qualquer sentido de efetividade³¹, dada a

³¹ Terry EAGLETON alerta que embora Aristóteles tenha apresentado, no início de sua obra *Ética a Nicômaco*, a política como uma ciência que estuda o bem supremo para o homem e que ninguém pode crescer quando está faminto, miserável ou oprimido, suas

admissão da existência de duas categorias de seres humanos: *livres e escravos*³². São suas palavras:

não obstante apresentar-se como tema fundamental do homem, desde o início da civilização, durante séculos a igualdade nada mais foi que mera palavra, sem qualquer conotação de ordem prática. De fato, durante toda a Antigüidade não se pôde sequer cogitar da efetivação do princípio em tela. Vimos, outrossim, ter sido o Cristianismo, ao salientar a "unidade do gênero humano em sua origem em Deus, em sua natureza composta de um corpo e de uma alma, em seu fim, imediato e em sua missão no mundo, em seu fim sobrenatural. Deus mesmo, nos meios para atingir esse fim e em seu resgate operado para todos pelo Cristo", que provocou o fenômeno da tentativa de se transformar a igualdade de simples aspiração de alguns nobres pensadores em algo de concreto." (FARIA, 1973, p. 47)

Ele comparou os princípios cristãos sobre a igualdade como um fermento atuando sobre a sociedade que, aos poucos, foi levedando toda a massa³³. Proclamou, também, o engano de muitos autores que

afirmações não impediram que ele próprio endossasse a escravidão e a subordinação das mulheres. (2005, p. 177)

³² FARIA evidencia sua afirmativa com a passagem de Henri Bergson, que tachou de "falsas as antigas democracias, porque edificadas sobre a escravidão, que as inquinava de vício fundamental". E, ainda, outras manifestações de vários estudiosos, dentre elas a tese de J. Fred Bell: "Os ensinamentos da Igreja e do Cristianismo eram revolucionários. Jesus ensinou a dignidade do homem; condenou a escravatura; frisou a irmandade dos homens. Esses ensinamentos estavam em flagrante contraste com o dos filósofos gregos, os quais favoreciam a escravatura e não admitiam a dignidade do trabalho e das ocupações." (1973, p. 6-7)

³³ Releva observar, no entanto, a exposição feita por Fábio Konder COMPARATO de que, muito embora os Evangelhos demonstrassem o inconformismo de Jesus com uma concepção nacionalista de religião e São Paulo – o verdadeiro fundador da religião cristã enquanto corpo doutrinário – tenha levado o universo evangélico às últimas conseqüências ao afirmar que não 'já não há nem judeu nem grego, nem escravo nem livre, nem homem nem mulher' diante da comum filiação divina, "essa igualdade universal dos filhos de Deus só valia, efetivamente, no plano sobrenatural, pois o cristianismo continuou admitindo, durante muitos séculos, a legitimidade da escravidão, a inferioridade natural da mulher em relação ao homem, bem como a dos povos americanos, africanos e asiáticos colonizados, em relação aos colonizadores europeus. Ao se iniciar a colonização moderna com a descoberta da América, grande número de teólogos sustentou que os indígenas não podiam ser considerados iguais em dignidade ao homem branco." (2004, p. 17-18)

colocam o princípio da igualdade como tendo sido criação de Rousseau, com o Contrato Social e, defendeu que já à época do Renascimento, foram formuladas concepções igualitárias, dentre as quais destacou a de Thomas More³⁴, em *Utopia* e a de Campanella, em *A Cidade do Sol*, que defendia as idéias de Platão, chegando a conceber um comunismo completo.

Neste sentido, argumentou que Rousseau, melhor que seus contemporâneos, soube expressar os conceitos e idéias dominantes em seu tempo, assumindo papel de guia da humanidade e de o responsável, em grande parte, pelos movimentos sociais e políticos que culminaram com a Revolução Francesa e com os sucessos que lhe seguiram. (FARIA, 1973, p. 11)

Para ele, ainda, Rousseau acentuava em sua doutrina que o objetivo primacial de todo o sistema de legislação deveria ser a **igualdade** (juntamente com a liberdade) e, neste posicionamento, destacava uma desigualdade de ordem natural ou física (consistente na diferença de saúde, de inteligência, de idade etc.), de pouca intensidade, mas que foi sendo aumentada em virtude de uma outra espécie, denominada por ele como sendo de ordem moral ou política, imposta pela sociedade.³⁵

Jean-Jacques ROUSSEAU mesmo refutou as críticas apresentadas às suas concepções igualitárias, tidas como mero “sonho”,

³⁴ Thomas Morus (1478-1535) é conhecido por sua decisão de estar disposto a morrer por um princípio. Sua mais famosa obra, *Utopia*, descreve a vida em uma ilha imaginária onde ocorre a sociedade ideal, em que não haveria riqueza supérflua, com a divisão equânime dos bens. Ele contrastava as iniquidades de sua própria sociedade na época com o que seria um estado comunista ideal. (MANNION, 2004, p. 73). No entanto, como destaca FARIA, na ilha ideal de Thomas More, era admitida “a existência de escravos (que deveriam ser tratados com bondade e recrutados dentre os trabalhadores pobres de outros países ou que se oferecessem para servir espontaneamente em *Utopia*) e de alguns privilégios, como, por exemplo, a precedência na distribuição dos melhores alimentos em favor dos doentes, e, a seguir, do ‘Chefe, do Pontífice, dos Traníboros e dos embaixadores estrangeiros’” (FARIA, 1973, p. 10)

³⁵ Segundo FARIA, Rousseau destacava a importância desta igualdade moral ou política como o *meio* de impedir abusos no tratamento entre os homens e de compensação das desigualdades naturais. (1973, p. 12-13)

já que a desigualdade moral ou política era manifesta e o abuso estava presente em toda parte, expondo claramente:

Se o abuso é porém inevitável, segue-se não ser necessário ao menos regulá-lo? É precisamente porque a força das coisas tende sempre a destruir a igualdade, que a força da legislação deve sempre tender a conservá-la. (ROUSSEAU, 2002, p. 59)

Em verdade, as teses defendidas por Rousseau não representaram o desenho de um mundo utópico, mas, ao revés disso, segundo Michel DEBRUN, constituíram a tomada de consciência adequada ao mundo que estava se esboçando e que encontraria sua nítida formulação na Revolução Francesa. (*apud* FARIA, 1973, p. 13)

É neste ambiente que FARIA assinala, ainda, que a lição do mestre Rousseau gerou duas tendências opostas a propósito da conceituação de igualdade: a *democracia* e o *socialismo*. E, para diferenciá-las, tomou de empréstimo as palavras de Alexis de TOCQUEVILLE, autor de *A Democracia na América*:

A democracia aumenta a esfera da liberdade individual; o socialismo restringe-a. A democracia dá todo valor possível a cada homem; o socialismo faz de cada homem um mero agente, um simples número. Democracia e socialismo só têm em comum uma palavra: igualdade. Mas atente-se na diferença: enquanto a democracia procura a igualdade na liberdade, o socialismo procura a igualdade no constrangimento e na servidão. (*apud* FARIA, 1973, p. 14)³⁶

³⁶ Cumpre ressaltar, porém, que as observações e investigações de Tocqueville com relação às medidas que visavam criar condições para erigir uma sociedade realmente igualitária na América - a soberania e a democracia absoluta do povo - deram ao autor uma visão do maior dos males das sociedades democráticas: *a tirania da maioria*. Ele temia que os hábitos e os costumes de uma maioria destruíssem as vontades de minorias ou indivíduos isolados e chamou a atenção para o poder irresistível do maior número. (QUIRINO, 1999, p. 155)

FARIA, referindo-se aos princípios vitoriosos com a Revolução Francesa³⁷, assinala que estes não representaram uma concretização do ideal cristão, mas sim, “surgiram como uma contrafação do mesmo”, pois seu fim precípua fora a abolição dos privilégios, das isenções pessoais, das regalias de classe existentes à época e não tinham por escopo a adoção de quaisquer medidas tendentes a diminuir as diversidades sociais e econômicas entre os homens, limitando-se a acentuar a regra da plena nivelção de todos perante a lei. (FARIA, 1973, p. 48)

Ainda destaca o autor, que a aplicação do conceito absoluto e negativo de igualdade ao instituto do contrato, instituto que se desenvolveu de modo extraordinário sob os influxos do individualismo, produziu resultado contrário ao desejado, pois este se constituiu no instrumento por meio do qual se desenvolveram as desigualdades econômicas³⁸.

Pontes de MIRANDA, percorrendo a história, inferiu que o grande inimigo da igualdade sempre foi o latifúndio, o valor econômico. Este sempre hierarquizou e separou. Seu estudo explorou os caminhos da igualdade desde os homens mais primitivos até o momento atual³⁹. Para

³⁷ Ele apresentou que os princípios da primeira corrente (democracia) é que foram prevalentes, embora jamais a segunda (socialismo) tenha deixado de possuir adeptos ardentes desde a época da conflagração de 1789 e ao longo do século XIX, dentre os quais ele mencionou Babeuf, Fourier, Saint-Simon, Owen, Cabet etc. (FARIA, 1973, p. 14)

³⁸ São suas palavras: “Ora o contrato (que representava, segundo o individualismo dominante, a encarnação mesma da tese da igualdade formal) constituiu o instrumento por meio do qual se desenvolveram as grandes potências financeiras e se assistiu à ditadura dos trustes e ao esmagamento das pequenas empresas; se pôde dar largas à volúpia do lucro máximo e nunca satisfatório; e, em especial, se impôs as piores condições de trabalho e de vida aos trabalhadores, transformados em proletários.” (*ibidem*, p. 51)

³⁹ Assim também se depreende dos apontamentos feitos por Edgard MORIN: uma das forças que impulsiona o desenvolvimento atual do planeta é o *lucro*. O autor alerta tratar-se de um “motor” descontrolado que, devido à falta de uma ética da compreensão e da solidariedade planetária, tem invadido todos os campos, inclusive os seres humanos e os seus genes e, por isso mesmo, tem levado a “nave espacial Terra” ao abismo. (2005, p. 165)

ele, o surgimento da escravidão e da servidão, ou o que ele designou de “desigualdade por mutilação”, não teve suas causas principais nas guerras e nas invasões. Ele destacou em seu estudo que os povos primitivos tinham como regra entre eles, o sacrifício do prisioneiro ou a antropofagia, e com o estado social correspondente ao pastorício e à agricultura é que se formou a escravidão, pois passou a existir a prática de se guardar o cativo, temporariamente, prestando serviços mais duros ou mais perigosos, até ser sacrificado.⁴⁰

Ao passar da evolução da escravidão à servidão da gleba e, em continuidade, da servidão da gleba ao colonato livre – primeira ponte entre a condição de escravo e a de homem livre – com a espacialização da liberdade física, MIRANDA também vislumbrou a influência do ideal econômico.⁴¹

Em oposição à concepção do capital, até então personificado e elevado à dignidade de sujeito de direito, surge o primeiro documento característico da conceituação da igualdade no sentido formal – a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 4 de julho de 1776 – que rezava: “Nós temos por evidentes em si mesmas as verdades seguintes: todos os homens foram criados iguais e dotados pelo Criador

⁴⁰ Cf. apresenta José Murilo de CARVALHO, foi tão grande a força da escravidão que os próprios libertos, uma vez livres, adquiriam escravos. A escravidão penetrou em todas as classes, em todos os lugares, em todos os desvãos da sociedade e *significou o fator mais negativo para a cidadania*. Outrossim, cabe o destaque de que, em sua obra, o autor apresenta o termo *cidadania* em sua concepção plena, ou seja, como aquela que combine liberdade, participação e igualdade para todos. (2004, p. 20)

⁴¹ No que concerne a este tema, salientou o mesmo autor: “A servidão da gleba gravou em si-mesma a marca territorial – o sinal da importância de se fixar o homem na terra. Diferenciou-se da escravidão em haver entre os servos da gleba e os senhores duas faixas de igualdades, que entre escravos e senhores não existiam: família e propriedade. Menor, portanto, a desigualdade. Os servos aderiram, colocaram-se à terra, pela conveniência de serem divididos os latifúndios sem perda para os donos. O fato foi semelhante, porém não igual, ao que ocorrera com a escravidão romana. Economicamente, substituiu-se pelo sistema da parte dos lucros para o senhor (incentivando-se, nos trabalhadores, o interesse pela renda) o velho sistema do trabalho sem paga, que era o da escravidão. Juridicamente, teve-se de recorrer ao artifício das propriedades superpostas. Socialmente, as classes ficaram tão discriminadas que o homem livre, casando-se com algum servo, caía em servidão.” (MIRANDA, 1979, p. 430)

de certos direitos inalienáveis, entre os quais se encontram a vida, a liberdade e a busca da felicidade.” (FARIA, 1973, p. 15)

Dessa forma originaram-se as declarações. Difundiu-se, então, a prática de registro de direitos em documentos escritos. O objetivo, nesse caso, era o de estabelecer, por escrito, uma relação de direitos superior ao próprio poder que os concedeu ou que os reconheceu, resguardando a possibilidade de oposição a esse mesmo poder. Tão importante se revelou o movimento pela igualdade, e tão essencial ao direito que, por bem dizer, esta foi a cada momento sendo posta em causa, em pauta. Seu desabrochar, no entanto, deu-se através do aspecto formal.

Tanto que, como bem ilustra Luís Roberto BARROSO, a Constituição norte-americana (1787), primeira Carta escrita e solenemente ratificada, não apenas aceitou a escravidão, como deu aos Estados do Sul um bônus por isto, com a previsão de que o cálculo do número de membros do órgão de representação popular seria feito com base no número de pessoas livres somado a três quintos da população restante. O autor destaca, igualmente, que o tempo e a aceitação popular legitimaram, sem margem a contestação, o texto então aprovado⁴² e que somente em 1865 foi posto fim ao regime servil e, ainda, foi necessária a passagem de 134 anos, até que, pela 19ª Emenda (1920), as mulheres adquirissem o direito de voto. (2002b, p. 59-60)

Não obstante seja a Declaração da Virgínia a primogênita das declarações de direitos, é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, a mais famosa delas, por ter sido tanto modelo por excelência para as declarações, como aquele a ser seguido pelo constitucionalismo liberal, durante o período seguinte.⁴³

⁴² Embora pare na abertura do documento a proclamação de uma *origem popular*, esta não é a verdade dos fatos, vez que o texto foi elaborado a portas fechadas, sem se ouvir uma palavra do cidadão comum, além de seus autores serem abastados comerciantes e proprietários, heróis militares e advogados de renome.

⁴³ Como explica BARROSO, mencionando as palavras de Hannah Arendt ao comentar o fato intrigante de que foi a Revolução Francesa e não a Inglesa ou a Americana, que

Preocupação constante para os estudiosos de questões filosófico-políticas, a igualdade passou, no mundo moderno, a ser considerada como um dos direitos fundamentais do homem, contemplada em inúmeras constituições, sendo, outrossim, incorporada como tal em documentos de natureza internacional. Vale ressaltar, que a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, apregoada em Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1947, no art. 1º, proclamou solenemente: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem proceder uns para com outros com espírito de fraternidade.” (FARIA, 1973, p. 22)

Ter chegado vitoriosa às declarações e às constituições, a idéia reconfortante e apaziguadora da igualdade, não implicou, no entanto, na asserção de que houvesse unidade de visão da matéria, nem mesmo que o conceito tenha tido efetiva aplicação. A desigualdade entre pessoas e países salta entre os continentes; tem marcado separações e discriminações por motivos de intolerância política, racial, tribal, religiosa que povoam ambos os hemisférios⁴⁴.

Pontes de MIRANDA destaca que uma vez riscadas no terreno jurídico as distinções criadas pelos privilégios perante a lei (princípio de igualdade formal), a cissura de ordem econômica não só persistiu como também se tornou mais acentuada, impôs seus valores

correu mundo e simbolizou a divisão da história da humanidade em antes e depois: “A ‘Revolução Gloriosa’, evento pelo qual o termo (revolução), paradoxalmente, encontrou seu lugar definitivo na linguagem política e histórica da humanidade, não foi vista como uma revolução, mas como uma restauração do poder monárquico aos seus direitos pretéritos e à sua glória (...) Foi a Revolução Francesa e não a Americana que colocou fogo no mundo. (...) A triste verdade na matéria é que a Revolução Francesa, que terminou em desastre, entrou para a história do mundo, enquanto a Revolução Americana, com seu triunfante sucesso, permaneceu como um evento de importância pouco mais que local” (2002a, p. 22)

⁴⁴ Nesse sentido, não podemos deixar de apresentar a passagem de Márcio Túlio VIANA: “Isonomia é hoje uma palavra mágica. Não, certamente, porque o mundo tenha se tornado mais igual: pelo contrário. Nos novos tempos liberais, cresce a distância entre negros e brancos, homens e mulheres, empregados e precários, proprietários e *sem tudo*. (...). É verdade que nem sempre as constituições são sinceras. Aliás, estão cheias de discursos vazios, tiradas poéticas e frases de efeito. Com frequência fantasiam a realidade, escondendo a verdadeira ordem jurídica”. (2000, p. 354)

quando era de se esperar que houvesse uma consciência progressiva de igualdade. E apresenta os fatos que justificam seu posicionamento:

Convém que volvamos a tempos atrás, a fim de melhor colhermos o que se passou. Os problemas de hoje são problemas que tomaram aspectos mais frisantes e mais graves. A desigualdade econômica, a despeito de "maior desigualdade" noutros setores, não era tão grande na Idade Média quanto é hoje. A mão, o cérebro atuavam de modo direto na matéria-prima. Por mais que acentuassem as suas diferenças de sangue e de posição, os possuidores de então dependiam mais dos artesões do que os de hoje dependem dos operários, dada a substituição da máquina aos homens. Era o fator trabalho que vinha à primeira plana. Ainda mais: o valor crescia e aumentava na razão da importância, da qualidade, do trabalho humano. A grande miséria ou resultava de crises temporárias, ou de epidemias. Como nos tempos da escravidão, a morte ou a doença do homem prejudicava o possuidor.

Com a produção em massa, graças à máquina, o capitalismo chamou a si esse multiplicador do esforço humano, e pôde prescindir de muitos, de milhões de homens. De modo que, antes das invenções, antes da geração de JAMES WATT e de STEPHENSON, produzia-se pouco e havia mercado para esse pouco. Depois produziu-se cada vez mais, estendeu-se mais o mercado, porém não como seria preciso. Tem-se procurado explicar as revoluções do século XVIII como se tivessem sido ligadas a esse novo estado econômico – o da máquina a vapor. Ocorre que a máquina a vapor, construída em 1765, somente foi utilizada em 1790. A Inglaterra só exportou o seu ferro em 1797. Alguma coisa se passava que presidia a esse novo período, às revoluções. [...] Quando chega a 1919, as indústrias tiveram de pensar no homem comum, na vida de cada um, no comprador. Ora comprador ou se faz ou se toma. Tomar significa "fazer guerra". Em 1931 já havia mais de vinte milhões de homens sem trabalho nos países superindustrializados; se pensarmos em que pelo menos duas pessoas dependem de uma, sessenta milhões! Fez-se, então, a Segunda Guerra, para não se fazer maior igualdade. (MIRANDA, 1979, p. 443-444)

Ana Paula BARCELLOS faz ver que com o fim da Segunda Guerra Mundial, e especialmente após a criação da Organização das Nações Unidas, declarações e pactos foram firmados, bem como organizações e cortes foram criadas⁴⁵ para proteger os direitos humanos e fundamentais, contudo foram incapazes de erradicar sua violação comissiva ou omissiva em seus mais diversos aspectos. E expressa:

Infelizmente, numerosos exemplos podem ser arrolados neste ponto: Biafra, na Nigéria dos anos 60, o Khmer Vermelho no Camboja, os conflitos étnicos em Ruanda, Uganda, Bósnia e Kosovo, as ditaduras na China e no Tibet, em Cuba e na América Latina, a fome e a miséria endêmica na Etiópia e diversos outros países africanos, a pobreza crônica, o analfabetismo e os regimes de semi-escravidão e exploração do trabalho infantil na América Latina e Ásia etc. (BARCELLOS, 2002, p. 112)

Jorge Pinheiro CASTELO também adverte que é impossível continuar-se o progresso industrial sem a efetivação da igualdade. Ela é a ponte e o único caminho que se abre à nossa era para a solução dos problemas. E então recomenda:

Não adianta, como pretende a ideologia neoliberal, colocar a culpa do fracasso ou da exclusão social nos pobres, nos imigrantes ou noutro grupo a ser hostilizado. Tampouco adianta reduzir os programas de Bem-Estar Social para que se preservem as condições de vida dos mais ricos. Nada disso resolve os problemas básicos. Tratar mal o trabalhador, o imigrante, o pobre, o desempregado, o sem-terra ou o sem-teto é mais ou menos como dar um tiro no pé. (2003, p. 91)

⁴⁵ E menciona: (1950) criação da Comissão Europeia de Direitos Humanos e da Corte Europeia de Direitos Humanos; (1966) Assembléia Geral da ONU aprova o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; (1969) criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. (BARCELLOS, 2002, p. 11)

Bem assim é a lição de BARROSO:

A desigualdade ofusca as conquistas da civilização e é potencializada por uma ordem mundial fundada no desequilíbrio das relações de poder político e econômico e no controle absoluto, pelos países ricos, dos órgãos multilaterais de finanças e comércio. (BARROSO, 2002a, p. 01)

Não havendo poder aquisitivo das massas, a evolução social está comprometida, pois a exclusão é cruel e a visão do futuro é assustadora, como nunca foi. O capitalismo neoliberal avassala o Estado e o submete aos interesses particulares que promovem exclusão social e não o bem comum. Não existem projeções convincentes de aumento geral da igualdade⁴⁶.

É ilusório achar que igualdade e democracia são luxo de povos ricos. Ao contrário: foram igualdade e democracia que auxiliaram esses povos a se tornarem ricos. É a tese sustentada por Pontes de MIRANDA:

Sempre que o homem está a aumentar a liberdade, a democracia ou a igualdade, sem cancelar as outras, ele vê iluminarem-se as estradas. [...]. Quando, seja qual for o motivo, alguma das três, duas, ou as três decrescem, as estradas se lhes obscurecem. A Grécia, Roma, toda a Idade Média, os absolutismos modernos conheceram essas penumbras. (1979, p. 551)

⁴⁶ Nessa mesma ótica, Umberto ECO nos traz: "O Apocalipse pode ser lido como uma promessa, mas também como o anúncio de um fim, e assim tem sido reescrito a cada passo, à espera do ano Dois Mil, até mesmo por aqueles que não o leram: não mais as sete trombetas, e as tempestades de pedra e fogo, e o mar que se transforma em sangue, e a queda das estrelas, e os gafanhotos que surgem em meio à fumaça do poço dos abismos e os exércitos de Gog e Magog, e a Besta que surge no mar; mas o multiplicar-se de depósitos nucleares hoje descontrolados e incontroláveis, e as chuvas ácidas, e a Amazônia que desaparece, e o buraco de ozônio, e a migração de hordas deserdadas que saem a bater, às vezes com violência, às portas do bem-estar, e a fome de continentes inteiros, e novas incuráveis pestilências, e a destruição interesseira do solo, e os climas que se modificam, e as geleiras que derreterão, e a engenharia genética que construirá nossos *replicantes*, e, para o ecologismo místico, o suicídio necessário da própria humanidade, que deverá perecer para salvar as espécies que quase destruiu, a mãe Gaia que desnaturou e sufocou.". (2004, p. 14-15)

Ele ainda aconselha:

Essas três válvulas estão abertas, foram abertas através de milênios. As obturações arrebatam aqui e ali, irremissivelmente, pois que a civilização ocidental vai continuar. Só essas três válvulas conciliam o homem, o animal que há nele, e o ser físico que ele é. Só essas três válvulas podem aquietá-lo, atenuar-lhe e vencer-lhe instintos, expandi-lo, poupar-lhe amarguras. [...]. Desigualdade artificial é desordem. Violência também é desordem. Liberdade, e responsabilidade dos governos; igualdade, e justiça distributiva; democracia, e respeito às leis: esse é o sentido da evolução humana. (MIRANDA, 1979, p. 552)

A reflexão filosófica contemporânea salienta que a essência da pessoa humana é *evolutiva*, porque o ser próprio de cada indivíduo é sempre uma realidade em contínua *transformação*. A ciência confirmou essa visão filosófica ao revelar que cada um de nós carrega uma herança genética⁴⁷, conjugada, como fator de diferenciação, à influência de uma fonte externa – a cultura, as crenças, as normas de uma comunidade. São fontes interligadas – biológica, individual e social – que podem ser distinguidas, mas não isoladas umas das outras. (MORIN, 2005, p. 19)

E, como evidencia Fábio Konder COMPARATO, as conseqüências da elaboração deste conceito são da maior importância para a teoria jurídica em geral e para os sistemas de direitos humanos em particular, pois, o caráter único e insubstituível de cada ser humano, portador de um valor próprio, veio demonstrar que a dignidade da pessoa existe singularmente em todo indivíduo, em vital dependência em relação ao meio. (2004, p. 28-31)

2.2 Conceitos e espécies de igualdade

⁴⁷ A definição da estrutura do DNA (ácido desoxirribonucléico) pelos bioquímicos James Dervy Watson e Francis Harry Compton Crick, em 1953, revelou que cada um de nós carrega um patrimônio genético próprio, e salvo no caso dos gêmeos homozigóticos, um patrimônio genético único.

Nosso objetivo, com o presente estudo, é a análise do problema da igualdade sob o prisma de sua aplicação concreta, suas distorções mais graves e remédios contra estas últimas. Para tanto, impõe-se situar teoricamente o tema em apreço, apresentando as posições fundamentais dos pensadores, a propósito de sua conceituação. Uma vez mais, procuraremos fazê-lo à luz dos princípios filosóficos, pois, como salientado por FARIA,

De fato, o homem, ainda quando nega a existência mesma da filosofia – ou a minimiza – expressa uma fórmula, cujo fundamento está contido num princípio de filosofia prática. Ainda quando vegeta, abdicando de todas as qualidades especificamente humanas, o homem segue um postulado filosófico. (...), a recusa de filosofar é um modo de filosofar. (1973, p. 35-36)

O conceito de igualdade tem dividido os pensadores através dos séculos vez que examinado sob o prisma de um dos problemas centrais da filosofia - o problema do conhecimento⁴⁸. Vale lembrar que, não obstante as variações quanto a pormenores, três têm sido as posições fundamentais dos filósofos quanto ao tema: a de que só se podem conhecer as coisas sensíveis; a de que não se conhece senão as idéias; a que reconhece, num meio-termo entre esses dois extremos, a realidade do mundo exterior, ou seja, a existência de um universo realmente distinto do sujeito que conhece.

Conforme as referências feitas e as posições em apreço, percebemos a existência de três correntes básicas relativas ao conhecimento, sendo, respectivamente, o nominalismo (ou sensualismo e, ainda, empirismo), o idealismo e o realismo. Cabe também destacar,

⁴⁸ Pedimos vênia, neste passo, para lembrar que, no concernente ao referido problema, chegamos a falar no primeiro capítulo deste trabalho.

de imediato, que grandes temas clássicos foram designados de acordo com tais correntes e que o problema constituiu centro de controvérsia famosa na Idade Média, controvérsia denominada a “querela dos universais”.

2.2.1 Conceito nominalista de igualdade

Segundo os nominalistas, “nada pode ser concebido além daquilo que se apalpa e se vê”. Como consequência dessa posição em relação à conceituação de igualdade, o entendimento é o de que, se não existe a unidade da espécie humana, a igualdade não passa de simples termo, sem qualquer adequação com a realidade, uma vez que, em verdade, o que efetivamente se encontra no universo é a desigualdade: diferenças naturais e sociais, oriundas da diversidade de ordem física (brancos ou pretos, fortes ou fracos, sãos ou doentes, lúcidos ou deficientes mentais e outras) ou de ordem social (ricos e pobres, governantes e governados).

Exemplo sedimentador é a passagem do nominalista Alexis CARREL:

A igualdade dos direitos (dos indivíduos) é uma ilusão. O idiota e o homem de gênio não podem ser iguais perante a lei, é absurdo dar-lhe (ao idiota) o mesmo poder eleitoral que ao indivíduo completamente desenvolvido... Em vez de nivelar as desigualdades orgânicas e mentais, deveremos exagerá-las; construiremos assim grandes homens. É preciso abandonar a idéia perigosa de abater os fortes, enaltecer os fracos e, desta maneira, fazer pulular os medíocres. (*apud* FARIA, 1973, p. 38)

O efeito prático de tal posição torna, se não defensáveis, ao menos justificáveis, a aceitação de privilégios e a pretensão de superioridades biológicas ou sociais. Presenciamos na história da humanidade, em decorrência do nominalismo aplicado à noção de

igualdade, teses racistas como a proclamada pelo nazismo e a plena justificação do domínio dos estados mais fortes sobre os mais fracos.

2.2.2 Conceito idealista

O idealismo postula que deve reinar entre os homens um igualitarismo absoluto, defende uma igualdade pura e simples, homogênea. As desigualdades verificadas no universo são formalmente condenadas, não deveriam existir. DOSTOIEVSKI, em *Os Possessos*, apresenta a descrição exata dessa concepção idealista (completamente corrompida) de igualdade:

Todos são escravos e iguais na escravidão ... De início, abaixar o nível da cultura, das ciências e dos talentos. Um nível científico elevado não é acessível senão às inteligências superiores ... Os homens dotados de altas faculdade têm sempre feito mais mal do que bem; deverão, por isso, ser expulsos e votados ao suplício: cortar a língua de Cícero, furar os olhos de Copérnico, lapidar Shakespeare, eis o ideal ... Os escravos devem ser iguais ... Num rebanho deve reinar a igualdade ... A sede de saber é uma sede aristocrática. Com a família e o amor aparece o desejo de propriedade. Nós mataremos esse desejo; nós asfixiaremos os gênios nos próprios berços. Redução de tudo ao mesmo denominador: igualdade completa. (*apud* FARIA, 1973, p. 39)

Segundo nos apresenta FARIA, o erro que essa posição encerra é mais perverso e de maiores ressonâncias que o oriundo da tese nominalista. Seu grande mal está na confusão que esse igualitarismo apresenta⁴⁹, bem assim no apelo demagógico que faz aos “humilhados e ofendidos”. (1973, p. 40)

⁴⁹ Nessa mesma ordem de idéias, Rui BARBOSA chegou a atribuir como causa dessa visão absoluta de igualdade, “os desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura”. (1966, p. 74)

2.2.3 Conceito realista de igualdade

Para os partidários do realismo, existem homens singularmente considerados e, também, existe a humanidade. Essa terceira posição acha-se a meio-termo dos dois extremos, nominalismo e idealismo, pois a igualdade entre os homens não é simples palavra, nem a existência lógica de uma espécie abstrata. Contra o nominalismo, acentua o realismo a existência da humanidade; contra o idealismo, ressalta a existência de diversidades no mundo.

Segundo MARITAIN,

as desigualdades que diversificam a vida humana e nela intensificam com a abundância das trocas não lesam, em nenhuma das dignidades que comporta e dos direitos que funda, a unidade do gênero humano (...) Todo o homem é homem por sua essência, mas nenhum homem é homem por essência. (apud FARIA, 1973, p. 44)

FARIA menciona tratar-se da posição que se afigura mais verdadeira e destaca a conclusão apresentada por Afonso Arinos: “A idéia de igualdade deve ser fundada não no conceito da igualdade natural entre os homens, mas no reconhecimento da universalidade do homem.” (1973, p. 44)

Ademais, vislumbramos nesta corrente um equilíbrio no conceito de igualdade, que se apresenta como sendo proporcional⁵⁰, e não absoluto (como queriam os idealistas). De modo lapidar, Rui BARBOSA, na *Oração aos Moços*, colocou a questão:

A regra de igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei

⁵⁰ Proporcional porque varia de acordo com as exigências precípua do ser humano. No que tange aos direitos fundamentais da pessoa e à dignidade comum do ser humano, deve ser feita absoluta a igualdade; entretanto, à medida que descemos na hierarquia desses direitos, surgem, normais, as desigualdades, quer naturais, quer sociais. (FARIA, 1973, p. 45)

da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não, igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos equivalessem. (1966, p. 74)

No mesmo diapasão, Carlos MAXIMILIANO: "A igualdade consiste em tratar igualmente as coisas iguais e desigualmente as desiguais; pois a igualdade absoluta, matemática, é de fato o paradoxo da igualdade". (*apud* FARIA, 1973, p. 46)

Houve quem exagerasse a idéia de igualdade, desatendendo aos fatos. A desigualdade existe entre os homens, como existe a igualdade. O que é preciso é que uma não devore, não invada o domínio da outra. Um dos grandes erros dos críticos é o de atribuírem à técnica constitucional da igualdade nivelar e fazer homogênea, sem sabor, a vida em comum.

As regras de igualdade cortam diferenças e dão ensejo a desigualdades personalíssimas. Desde que sejam dadas a todos as mesmas possibilidades, avivam-se, em vez de se apagarem, as desigualdades reais. Vale dizer: os melhores talentos, que seriam irrevelados no sistema de possibilidades reduzido, revelar-se-ão, pois a política da igualdade é eminentemente prática. Atende às semelhanças, à identidade humana, sem desatender às diferenças. Os homens conseguem os mesmos direitos, o que não significa conseguirem as mesmas faculdades e, em consequência, os mesmos méritos. A uniformidade jurídica serve e prepara, se não engendra, a proporcionalidade. (MIRANDA, 1979, p. 548)

A igualdade do comer, da roupa, da casa, essa, certo, é realizável, e dizem-no os economistas, inclusive alguns clássicos. Assim,

há-se de querer a realização da maior igualdade, sem se tentar apagar (ou ignorar) as diversidades individuais, psicológicas e físicas⁵¹.

Nesse sentido, Edgar MORIN apresenta uma lição digna de ser meditada:

O ser humano percebe o outro como um eu simultaneamente diferente e igual a ele. O outro partilha assim uma identidade comigo embora conservando a sua diferença. Quando aparece como semelhante, carrega um potencial de fraternidade. Quando aparece como diferente, carrega um potencial de hostilidade. (...) Quando a alteridade se impõe sobre a similitude, o outro aparece como estranho, estrangeiro à nossa identidade individual, até mesmo à nossa identidade étnica ou nacional. Pode parecer, às vezes, afetado de uma "inquietante estranheza" que dissipa em nós o sentimento de identidade comum." (MORIN, 2005, p. 103)

Por certo, toda simetria traz, tanto em psicologia como em arte: certa tranqüilidade, certa calma. A partir do momento em que se desgasta, ou se decompõe e se aprofundam as assimetrias, torna-se necessário, em vez de se indagar das igualdades existentes, pesquisar-se a extensão, o valor e o uso dessas diferenças. Não se há de querer fazer igual o que é diferente. O que importa é eliminar-se o erro de tratar desigualmente as pessoas, onde e quando são iguais.

2.2.4 Espécies de igualdade

A história da conquista do princípio "todos são iguais", mostra um desprezo pela "exceção". É uma história que contempla mais erros, dificuldades e crueldades do que qualquer outra. Se atualmente nos espantamos com a escravidão; com os pensadores discordantes da

⁵¹ E, como bem apresenta Álvaro Ricardo de Souza CRUZ: "O respeito à diferença só pode ser fruto de um esforço contínuo, uma vez que a maioria, não reconhecendo como cidadão integrante de outro grupo, geralmente rejeita-o. É uma tendência etnocêntrica, que se registra pelos antropólogos em todos os grupamentos humanos." (2003, p. 36)

política dominante que foram queimados, atirados aos peixes ou às feras; com os fuzilados, a xenofobia, a arrogância dos povos ditos superiores, em compensação, muitas vezes nos deparamos com sorrisos ao “sangue azul” dos nobres, ao prestígio dos grandes milionários. Por que a persistência de preconceitos e de hostilidades à igualdade humana? Por que o intuito de discriminar sempre busca apoio?

Na evolução humana, partindo do sacrifício de loucos e doentes para os hospitais gratuitos, temos a trajetória do pensamento que nos indica a igualdade primeira como sendo o *ser humano*. A série de assimetrias, que o tempo foi reduzindo, traça exemplos da evolução social que, no entanto, ainda não é completa, ideal.

A igualdade social compreende não só a redução de distinções e segregações de classe, de cor, de sexo, ou qualquer outra, quer para a entrada em algum lugar, quer para o trato da vida. Não basta combater, com o aparato legal, as desigualdades sedimentadas. É preciso combater também as conseqüências estruturais acumuladas com a discriminação.

Todos os indivíduos devem reclamar igual tratamento moral, nas leis e por meio delas, mesmo sendo esta igualdade tão mais próxima ao campo social do que ao campo do Estado. Não se pode prescindir da igualdade jurídica, política e, sobretudo, da igualdade econômica e a de fato. É essencial à evolução social de hoje que o direito, em parte contribuinte da feitura de tantas desigualdades, busque aparar e extinguir as desigualdades econômicas que produziu.

Se a noção de desigualdade foi cercada de erros por tanto tempo, não o foi menos a de igualdade perfeita. Precisamos da clara convicção de que democracia efetiva e eficaz exige atenção estrita às desigualdades entre os homens, de modo que habilidades especiais possam ser utilizadas com o objetivo do bem comum.

Para os que propugnam uma maior igualdade entre os homens, não resta outra alternativa que não o podar as desigualdades

gritantes, principalmente a econômica. Não há outra saída para uma sociedade que tem frente a seus olhos o milionário, o homem de classe média, o operário que tem de sustentar a família com o salário mínimo e aquele que não tem sequer o mínimo para a sua sobrevivência.

Precisamos pôr à frente de nossos olhos a abrangência da igualdade econômica: o alcance do que é necessário ao homem como animal; o que é necessário ao homem como homem; o que é acima desse quanto necessário – por abreviação, dito o supérfluo. Por que não pôr neste caminho que o supérfluo atenda às diferenças individuais? (MIRANDA, 1979, p. 463-464)

Como? Que direção tomar? Precisamos entender que o princípio de igualdade dirige-se de modo geral e indistinto ao Poder Público e o transcende para atingir diretamente também os particulares, pois além de ser um princípio informador de todo o sistema jurídico, reveste-se também da condição de um autêntico direito subjetivo⁵². (BASTOS, 1996, p. 13)

CASTELO chama a atenção para o fato de que soluções meramente econômicas ou técnicas não irão resolver o problema central de uma crescente divisão entre os valores pautados na igualdade da democracia e a crescente geração, pelo mercado, de grandes desigualdades de poder econômico. A resposta certa é, em vez de forçar os cidadãos a permanecer dependentes e pobres, transformá-los em cidadãos produtivos, capazes de se sustentar. Para tanto, a partir das lições de Thurow Lester, ele provoca:

A solução precisa ser encontrada em um conjunto de metas estimulantes o suficiente para que as pessoas queiram fazer sacrifícios e esqueçam seus interesses próprios para reconstruir a economia de forma que ela produza resultados diferentes. (2003, p. 91)

⁵² Possui, portanto, o cidadão o direito de não ser diferenciado por outros particulares nas mesmas situações em que a lei também não poderia diferenciar.

Francisco CAMPOS acentuava que o princípio da igualdade, em primeiro lugar, e de modo especial, deve dirigir-se ao Legislativo, pois se assim não for, o aludido princípio será supérfluo ou destituído de qualquer significação. Ele afirmava:

Nos sistemas constitucionais do tipo do nosso não cabe qualquer dúvida quanto ao principal destinatário do princípio constitucional de igualdade perante a lei. O mandamento da Constituição dirige-se particularmente ao legislador, e efetivamente, somente ele poderá ser o destinatário útil de tal mandamento. (*apud* FARIA , 1973, p. 86).

Obviamente, está o Poder Legislativo sujeito à observância das normas constitucionais no mesmo grau e da mesma maneira que os demais poderes. Caso o legislador se afaste desses pressupostos, a norma que venha a editar estará inquinada de vício irremediável, pois contrária ao princípio geral da igualdade. E, mister se faz que a malsinada lei seja fulminada de inconstitucionalidade.

Contudo, se é ao Poder Legislativo que em primeiro lugar e de modo especial se dirige o princípio da igualdade, historicamente, a aludida regra teve como alvo direto, em particular, o Poder Executivo. Quando a igualdade passou a ser traduzida em termos de preceito jurídico, em fins do século XVIII e começo do XIX, significou uma resposta contestatória contra os excessos do absolutismo e tinha por objetivo extinguir privilégios e prerrogativas.

A aplicação do princípio da igualdade ao Poder Executivo consiste na obrigatoriedade deste para com o rigoroso cumprimento da regra. Em seu campo de atividades não pode haver a prática de ato algum contrário ao preceito em análise. Entretanto, ao lado desta ação negativa, impõe-se também a ação social e positiva. O Executivo deixa de ser o simples policial para adotar medidas tendentes a fomentar o bem comum.

Lembremos das palavras de Chaïm PERELMAN:

Uma doutrina dos direitos humanos que ultrapasse o estágio moral ou religioso é, pois, correlativa de um Estado de direito.

(...)

Assim também o Estado, incumbido de proteger esses direitos e de fazer que se respeitem as obrigações correlativas, não só é por sua vez obrigado a abster-se de ofender esses direitos, mas tem também a obrigação positiva da manutenção da ordem. Ele tem também a obrigação de criar as condições favoráveis ao respeito à pessoa por parte de todos os que dependem de sua soberania. (2000, p. 401 - grifamos)

Urge a evolução do direito, no sentido de se passar da lírica declaração dos direitos do homem à efetiva proteção dos mesmos. Imprescindível que se caminhe da simples e vazia afirmação dos direitos ao estabelecimento mesmo de garantias que lhes possibilite a real eficácia.

A aplicação do princípio de igualdade quanto ao Poder Judiciário implica na igualdade perante a Justiça, com a extinção de todo e qualquer foro privilegiado ou de exceção, bem assim com a instituição do preceito chamado “autoridade competente”. Entre nós, tal princípio consta do rol da declaração dos direitos e deveres individuais e coletivos, traduzindo-se no disposto nos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da atual Constituição.⁵³

No que diz respeito às relações particulares, não podemos negar que a detecção de situações de desequiparação incondicional é muito difícil. No entanto, há situações em que o ato ganha ressonância social, como o exemplo de haver o

⁵³ DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

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:

(...)

XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção;

(...)

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

alijamento de categorias humanas segundo critérios odiosos que ofendam a dignidade humana na formação de clubes sociais. É certo que as pessoas queiram se reunir em função de certo traço que as unifique e só poderão fazê-lo, adotando critérios que encerrem valores prezados pela sociedade.

Obviamente que com maior razão se submetem ao princípio isonômico os que, embora na condição de particulares, prestam uma atividade voltada ao público em geral. Resultaria plenamente lesado o princípio isonômico se o proprietário de algum estabelecimento negasse o serviço a determinadas pessoas por critérios totalmente subjetivos e desarrazoados. (BASTOS, 1996, p. 14)

É sabido que o princípio é imperativo para os legisladores e para os executores administrativos ou judiciais, bem como para as relações particulares. Mas, como destaca Celso Ribeiro BASTOS, é forçoso considerar que, a despeito do destaque dado à proibição desses discrímens, não é, na verdade, neles que repousa o exato conteúdo do princípio da isonomia, pois o que este realmente protege são suas finalidades. Na verdade esta não é uma particularidade do princípio de igualdade em si, mas de todo o direito, que há de ser sempre examinado à luz da teleologia que o informa. E ele exemplifica:

Assim é que o discrímen "sexo" torna-se inegavelmente inaceitável sempre que o mesmo seja eleito com o propósito de desnivelar materialmente o homem da mulher. Será suficiente, contudo, evidenciar que o discrímen "sexo" foi escolhido precisamente com a finalidade de atenuar os desníveis entre eles, para torná-lo válido. Em síntese, só se tem por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de

uma finalidade acolhida pelo direito. (BASTOS, 1996, p. 7)

Na história da humanidade tivemos a sagacidade dos interessados introduzindo nos textos legais provimentos desiguais, exceções ou privilégios, muitos deles sob o pretexto de interesse público. O enunciado geral e uniforme teve sua missão igualizante – transitória – pois foi aos poucos desbastando desigualdades artificiais.

O princípio da isonomia, dirigido principalmente aos legisladores, prestou serviços enormes mesmo com a argumentação de seus inimigos de que embora incluído nas constituições, trata-se de princípio abstrato, semelhante a outros preceitos de direito natural ou racional, e não de princípio de direito positivo⁵⁴.

Pontes de MIRANDA adverte que

Não há por onde se possa considerar abstrato preceito que morde tão fundo a realidade, que tão bem decepa, aqui e ali, injustiças concebidas, mediante exceção favorável ou desfavorável. Com a incidência dele, derrubaram-se privilégios, direitos atribuídos a certos grupos, ou classes ou indivíduos, e funções hereditárias. (MIRANDA, 1979, p. 486)

No entanto, devemos ter presente que o princípio geral não trouxe com ele a criação de igualdade nova; nem proporcionou a destruição das desigualdades que estavam na educação e nos meios de produção. Razão pela qual falamos em igualdade formal, um assunto que

⁵⁴ Porém, tais críticas não correspondem ao sentido a ser tomado. Uma vez não existindo a regra da igualdade perante a lei, poderiam ser estabelecidos preceitos de lei como "Os membros do partido governante não estão sujeitos à censura", ou, da mesma forma, "Nos concursos devem ser preferidos os naturais de tal região".

merece toda a atenção e deve ser analisado com o devido rigor científico.⁵⁵

O enunciado do princípio da isonomia não obstou a que as desigualdades provenientes de fortunas desiguais se agravassem e se transmitissem⁵⁶, mas funcionou como uma peneira: serviu para evitar a criação de novas desigualdades e deixou passar as causas já existentes⁵⁷. Seja como for, verificamos que a isonomia exerceu (e exerce) função insubstituível.

2.3 A igualdade na Constituição de 1988

Em nosso país, a inserção do princípio da isonomia nos textos constitucionais foi objeto de constante preocupação, verificando-se a sua presença desde a primeira Constituição brasileira⁵⁸.

⁵⁵ Cf. Celso Ribeiro BASTOS, a igualdade material (ou substancial) postula o tratamento uniforme de todos os homens, não somente perante o direito, mas uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida. A essência deste modelo de igualdade remonta à noção aristotélica de igualdade proporcional: "tratar as pessoas desigualmente na medida de suas desigualdades". Já a igualdade formal, acepção clássica da igualdade, é uma concepção típica do Estado Liberal de Direito, que visivelmente fez uma opção filosófica e ideológica pela preponderância do direito à liberdade em detrimento da igualdade e da fraternidade. A proclamação fática deste princípio data da época da Revolução Francesa, quando o objetivo era abolir a sociedade estamental então vigente. (1996, p. 5-6)

⁵⁶ Tanto assim que as constituições tiveram de insistir em preceitos diretos que abolissem desigualdades anteriores, prevendo estarem "extintos" ou "proibidos" os títulos nobiliárquicos, e o de serem vedados os tribunais de exceção.

⁵⁷ Paulo BONAVIDES, destacando o entendimento do jurista alemão Robert Alexy – segundo o qual a teoria da igualdade fática, formulada com base na ideologia do Estado social, demanda um esquema ou programa de repartição dos bens partilháveis numa determinada sociedade – explica: "O Estado social é enfim Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia". E complementa: "(...) a isonomia fática é o grau mais alto e talvez mais justo e refinado a que pode subir o princípio da igualdade numa estrutura normativa de direito positivo". (2004, p. 378)

⁵⁸ A Carta Imperial de 1824, em seu art. 179 apresentava a série de direitos "civis e políticos", solenemente garantidos; e dentre esses, no item 13, aparecia o chamado "princípio da isonomia", assim firmado: "A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um." (FARIA, 1973, p. 64)

Paradoxalmente, como destaca Cármen Lúcia Antunes ROCHA, também “o preconceito é sempre da prática brasileira” e comprova: “A escravidão então vigente, nem considerava todo indivíduo gente, que dirá igual...” (1996, p. 288)

Embora sempre tenha sido celebrada a igualdade jurídica como objetivo fundamental do Estado brasileiro, nem sempre tem sido realizada como seria de se desejar. Não foi sem razão, pois, que o constituinte pátrio de 1987/1988 fez emergir no sistema constitucional, o princípio da igualdade com peculiar força jurídica: não apenas o reiterou como também refez o seu paradigma.

Celso Ribeiro BASTOS explica que o atual artigo isonômico deixou de ser um direito individual tratado tecnicamente como os demais e passou a encabeçar a lista destes direitos⁵⁹, que foram transformados em parágrafos do artigo igualizador, ou seja, sua função passou a ser a de um verdadeiro princípio a informar e a condicionar todo o restante do direito. (1996, p. 13)

Sem dúvida, uma transformação repleta de significação. Reconheceu-se à igualdade o papel que ela cumpre na ordem jurídica: garantir o indivíduo contra toda má utilização que possa ser feita da ordem jurídica. Como ressalta o constitucionalista Celso Ribeiro BASTOS, “A igualdade é, portanto, o mais vasto dos princípios constitucionais, não

⁵⁹ Cf. ROCHA: “Alterando a formulação que tradicionalmente se fizera nas Constituições brasileiras, nas quais o princípio da igualdade jurídica vinha sempre entre os incisos (ou parágrafos, segundo a técnica empregada pelo constituinte) do artigo que cuidava, em cada uma, dos direitos fundamentais reconhecidos e assegurados (art. 179, incisos 13, 14, 16, dentre outros, da Carta de Lei Imperial, de 25 de março de 1824; art. 72, § 2º, da Constituição da República, de 24 de fevereiro de 1891; art. 113, inciso I, da Constituição da República, de 16 de julho de 1934; art. 122, inciso 1º da Carta de 10 de novembro de 1937; art. 141, § 1º, da Constituição da República, de 18 de setembro de 1946; art. 150, § 1º, da Carta de 24 de janeiro de 1967; art. 153, § 1º, da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969), a Constituição da República de 5 de outubro de 1988 inicia o articulado sobre direitos e garantias fundamentais exatamente com referência expressa ao princípio da igualdade jurídica, que é repetida no texto do mesmo dispositivo logo em seguida”. E destaca, ainda, “o seu conteúdo se renovou e se tingiu de novas cores, tomou novas formas, construiu-se constitucionalmente, de modo inédito”. (1996, p. 288-290)

se vendo recanto onde ela não seja impositiva. Se ela já exercia função insuprível, mais ainda com essa evolução.” (1996, p. 13)

A regra básica a propósito da igualdade no direito anterior – art. 153, § 1º, da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 – apresentava-se de forma analítica: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.” (FARIA, 1973, p. 78-79)

Por certo que a referência aos critérios expressamente vedados tinha uma função praticamente nula, vez que nem a doutrina nem a jurisprudência jamais consideraram aqueles discrímens como taxativos. Era evidente que discriminações com outros fundamentos também poderiam ser inconstitucionais, assim como, de outra parte, mesmo aqueles elementos, em determinadas circunstâncias, poderiam ser tolerados. (BASTOS, 1996, p. 12)

Desta forma, a atual redação, ao não especificar quais os critérios vedados, deixa certo que o caráter inconstitucional da discriminação não repousa tão-somente no critério escolhido, mas na falta de correlação lógica entre aquele critério e uma finalidade ou valor encampado no ordenamento jurídico. Leiamos o art. 5º:

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 dos direitos à vida, à liberdade, **à igualdade**, à segurança e à propriedade (...) *(grifamos)*

Como bem sinala BASTOS:

A expressão atual “sem distinção de qualquer natureza” é meramente reforçativa da parte inicial do artigo. Não é que a lei não possa comportar distinções. O papel da lei na verdade não é outro senão o de implantar diferenciações. (...). Nisto, portanto, reside a essência do princípio igualizador. É o impedir que critérios o mais das vezes subalternos,

portadores de preconceitos ou mesmo voltados à estatuição de benefícios e privilégios, possam vir a interferir em uma discriminação justa e razoável feita pela lei. (BASTOS, 1996, p. 12-13)

Não por acaso, ROCHA afirma que

O princípio da igualdade resplandece sobre quase todos os outros acolhidos como pilastras do edifício normativo fundamental alicerçado. É guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da **dignidade da pessoa humana** (art. 1º, III, da Constituição da República)⁶⁰. (1996, p. 289 - *grifamos*)

Segundo Luís Roberto BARROSO,

A novidade das últimas décadas não está, propriamente, na existência de princípios e no seu eventual reconhecimento pela ordem jurídica. Os princípios, vindos dos textos religiosos, filosóficos ou jusnaturalistas, de longa data permeiam a realidade e o imaginário do Direito, de forma direta ou indireta. (2002a, p. 10)

Imprescindível, assim, buscar o entendimento de “o que são princípios”, em especial os constitucionais, para que possamos melhor compreender sua dimensão⁶¹. Em obra conjunta de Luiz Alberto

⁶⁰ Traçando estudo sobre o *valor fonte* do nosso sistema constitucional, Fladimir Jerônimo Belinati MARTINS menciona que a Constituição de 1988 representa um marco de ruptura e superação dos padrões até então vigentes no que se refere à defesa e, sobretudo, à promoção da *dignidade da pessoa humana*. Para ele, o constituinte não se preocupou apenas com a positivação deste valor do pensamento ocidental, mas, acima de tudo, buscou estruturar a dignidade da pessoa humana de forma a lhe atribuir plena normatividade, projetando-a por todo sistema político, jurídico e social instituído, atribuindo ao princípio a função de base, alicerce, fundamento mesmo da República e do Estado Democrático de Direito. E destaca: “A idéia de valor fonte nos conduz, portanto, não a um valor do qual se extrai todos os demais valores, mas sim, de um valor dotado de proeminência axiológica sobre os demais valores acolhidos pela Constituição. Um valor que sem afastar outros valores essenciais adotados, como a da liberdade, da justiça social etc, fundamenta, orienta e limita criticamente a interpretação de toda a Constituição, inclusive, dos demais valores acolhidos”. (2005, p. 51-62)

⁶¹ Konrad HESSE, com base em lição de Walter Burckhardt anotou a importância do respeito aos princípios constitucionais: “... aquilo que é identificado como vontade da Constituição deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra

David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, encontramos exposta a idéia de Celso BASTOS acerca de princípios constitucionais:

Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico. Alcançam os princípios esta meta à proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecadora de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espalhar-se por cima de um sem-número de outras normas. (*apud* ARAÚJO & NUNES JÚNIOR, 2005, p. 67)

Eduardo CAMBI defende a mesma idéia e apresenta que

os princípios podem ser vistos como *standards* juridicamente vinculantes baseados na “idéia de direito” ou nas exigências de “justiça”. Portanto, os princípios jurídicos condensam os valores mais relevantes para se dizer o que o Direito é e para que se destina. (2003, p. 108)

E o que seriam, então, os valores?

Os valores são elementos transcendentais ao ordenamento jurídico-positivo do Estado. Bem assim, são o fundamento dos princípios, aqueles bens gerais que uma determinada sociedade escolheu proteger, tutelar. São os bens de caráter subjetivo que todas as sociedades possuem e buscam salvaguardar e respeitar.

disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado democrático. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado”. (*apud* Luiz Antônio Rizzatto NUNES, 2002, p. 38-39)

Eduardo CAMBI manifestando-se acerca da distinção que deve ser observada entre princípios e valores, assim expressa:

(...) os princípios não se confundem com os valores, pois: i) o princípio tem um *grau de concretização* maior que os valores, possuindo um início de previsão e de conseqüências jurídicas; ii) os princípios estão dotados de *sentido deontológico* (a deontologia é a parte da filosofia em que se estudam os fundamentos e os sistemas de moral), enquanto que os valores estão dotados de *sentido teleológico* (a teleologia é o conjunto de especulações aplicadas à noção de finalidade, de causa final); iii) os princípios obrigam os seus destinatários igualmente, sem exceção, a cumprirem as expectativas generalizadas de comportamento, enquanto que os valores devem ser compreendidos como sendo *preferências intersubjetivamente compartilhadas*; expressam o *caráter preferencial* de bens pelos quais se considera, em coletividades específicas, que vale a pena lutar e que são adquiridos ou realizados por ações distintas a objetivos ou finalidades. Por esta razão, os valores são *bens atrativos* e os princípios, *normas em potencial*. (2003, p.108-109)

O entendimento do publicista Celso Antônio Bandeira de MELLO para o sentido expresso pelo termo princípio em nossa Constituição é o de um “mandamento nuclear de um sistema”, exprimindo verdades jurídicas universais para um dado ordenamento jurídico⁶².

Os princípios existem para serem interpretados de modo que esta interpretação deva servir sempre para resguardar os seus valores embasadores. Podemos, então, afirmar que os princípios são regras-alicerce de um determinado sistema positivo, dando-lhe um sentido lógico, racional, possibilitando a sua compreensibilidade.

⁶² Cf. também explicado por José Afonso da SILVA, a palavra “princípio” pode ter sentidos diversos como, por exemplo, começo ou início. Na nossa Constituição Federal, não é este o sentido que se aplica, mas sim o de agregar os bens (valores) que um determinado grupo social sente a necessidade de salvaguardar, revestindo-os de validade jurídica por meio de uma constituição. (1999, p. 95)

Nessa esteira é o pensamento de Jorge MIRANDA:

A acção mediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão a coerência geral do sistema. E, assim, o sentido exacto dos preceitos constitucionais tem de ser encontrado na conjugação com os princípios e a integração há-de ser feita de tal sorte que se tornem explícitas ou explicitáveis as normas que o legislador constituinte não quis ou não pôde exprimir cabalmente.

Servem, depois, os princípios de elementos de construção e qualificação: os conceitos básicos de estruturação do sistema constitucional aparecem estreitamente conexos com os princípios ou através da prescrição de princípios. (*apud* ARAÚJO & NUNES JÚNIOR, 2005, p. 68)

Em razão desse carácter de fundamentalidade desempenhado pelos princípios enquanto fontes primeiras do Direito ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico é que Celso Antônio Bandeira de MELLO apresenta a noção genérica de princípio jurídico:

a disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a **tônica que lhe dá sentido harmônico**. (*apud* BESTER, 2005, p.265 - *grifamos*)

No mesmo diapasão, Geraldo ATALIBA leciona:

(...) princípios são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos).

Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas

não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas consequências. (ATALIBA, 1985, p. 6-7)

Do que foi ora exposto, podemos afirmar que os princípios são a causa primeira para o operador do Direito chegar às respostas para as questões que necessita elucidar⁶³. Tornou-se necessária a transformação da ciência do direito em relação ao apego cego à norma positivada, com a observância dos valores inseridos no direito positivo. Vale lembrar uma vez mais, que foi justamente o apego exacerbado às normas que fundamentou todas as atrocidades cometidas pelos regimes totalitários de outrora.⁶⁴

⁶³ Aqui cabe anotar a contribuição de Paulo BONAVIDES quanto à evolução histórica dos princípios. Ele frisa que sua juridicidade passou por três fases distintas: a *jusnaturalista*, a *positivista* e a *pós-positivista*. Na primeira, os princípios habitam uma esfera abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa dos postulados de justiça. Na segunda teorização, a positivista, os princípios entram nos Códigos como fonte normativa subsidiária, não como algo que se sobreponha à lei, ou lhe seja anterior, mas unicamente como “válvula de segurança” que “garante o reinado absoluto da lei” – segundo Gordillo Cañas. Por fim, o constitucionalista apresenta a terceira fase, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX em que as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais. (2004, p. 259-265)

⁶⁴ BARROSO traz: “O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A idéia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem”. E explica que “os movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido”. (2002a, p. 09-10)

3 AS AÇÕES AFIRMATIVAS E O DIREITO BRASILEIRO

3.1 A igualdade e as ações afirmativas. Origens históricas

É sabido que em nossa sociedade a igualdade é respeitada de modo eficiente e democrático apenas e tão-somente no sistema constitucional pela adoção de seu conteúdo como princípio informador e por sua formalização no rol dos direitos fundamentais, pois são freqüentes as condutas que manifestam preconceitos e discriminações.

O sistema positivado não tem sido suficiente para assegurar materialmente a igualdade e para estabelecer o dever de ser punida a discriminação. Como afirma Cármen Lúcia Antunes ROCHA,

Em nenhum Estado Democrático até a década de 60 e em quase nenhum até esta última década do século XX se cuidou de promover a igualdade e vencerem-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares obrigatórios pelos quais se superassem todas as formas de desigualação injusta. Os negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por opção religiosa, por condições econômicas inferiores, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade, etc. continuam em estado de desalento jurídico em grande parte do mundo. Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana para todos, da liberdade igual para todos, não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida, deixados que são à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política. Do salário à Internet, o mundo ocidental continua sendo o espaço do homem médio branco. Das prisões às favela, o mundo ocidental continua marginalizando os que são fisicamente desiguais do modelo letrado e chamado civilizado e civilizatório pelos que assim o criaram. Sem oportunidades sociais, econômicas e políticas iguais, a competição – pedra de toque da sociedade industrial capitalista – e, principalmente, a convivência são sempre realizadas em bases e com resultados desiguais. (1996, p. 284)

Por essa constatação histórica irrefutável é que se torna necessária uma conscientização de transformação comportamental de todo o mundo democrático de forma a conceberem e aplicarem os direitos, especialmente aqueles listados entre os fundamentais. Não bastam mais as letras formalizadoras das garantias prometidas: as fórmulas abstratas da lei já não trazem todas as respostas⁶⁵.

Chega-se à conclusão, então, que proibir a discriminação não é bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica. Torna-se imprescindível a instrumentalização das promessas garantidas por uma atuação exigível do Estado e da sociedade⁶⁶. Indispensável, pois, que se promova constitucionalmente, por uma remodelação da concepção adotada pelo sistema normativo democrático, a igualdade jurídica efetiva. Como salienta Flávia PIOVESAN,

Torna-se assim necessário repensar o valor da igualdade, a fim de que as especificidades e as diferenças sejam observadas e respeitadas. Somente mediante essa nova perspectiva é possível transitar-se da igualdade formal para a igualdade material ou substantiva. (2003, p. 193)

Historicamente, a importância desse tema foi assimilada pelo jovem senador John F. Kennedy em sua trajetória para a Casa Branca, durante a campanha de 1960. Assuntos como o descaso e a

⁶⁵ Como foi acentuado por Norberto BOBBIO, a generalização e abstração foram possíveis somente com relação aos direitos civis, pois “essa universalização (ou indistinção, ou não-discriminação) na atribuição e no eventual gozo dos direitos de liberdade não vale para os direitos sociais e nem mesmo para os direitos políticos, diante dos quais os indivíduos são iguais só genericamente, mas não especificamente. Com relação aos direitos políticos e aos direitos sociais, existem diferenças de indivíduo para indivíduo, ou melhor, de grupos de indivíduos para grupos de indivíduos, diferenças que são até agora (e o são intrinsecamente) relevantes.” (1992, p. 71)

⁶⁶ Assim acena o Ministro Marco AURÉLIO: “É preciso buscar-se a ação afirmativa. A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso; é necessário fomentar-se o acesso à educação; urge contar-se com programa voltado aos menos favorecidos, a abranger horário integral, de modo a tirar-se meninos e meninas da rua, dando-se-lhes condições que os levem a ombrear com as demais crianças”. (2001, p. 08)

negligência a que estavam submetidas as classes minoritárias e as menos afortunadas, em setores como educação, saúde, emprego e previdência social, foram apresentados como prioridades em seu discurso eleitoral e, já no início de seu governo, foram implementadas algumas inovações nos limites do próprio Poder Executivo.⁶⁷

Com uma visão de estabelecer igualdade de oportunidades e erradicar a discriminação e o preconceito nas relações mantidas entre o governo federal e os seus contratantes, ele expediu, apenas dois meses após assumir a presidência, a *Executive Order* n. 10.295 (Ordem Executiva) que, afora criar um órgão para fiscalizar e reprimir a discriminação existente no mercado de trabalho⁶⁸, vedava, no âmbito federal, qualquer discriminação na contratação de funcionários públicos com base em raça, credo, cor ou origem nacional.

Como ainda nos traz MENEZES, com o repentino assassinato do Presidente Kennedy, em 22 de novembro de 1963, o Vice-Presidente Lyndon B. Johnson assumiu o cargo e procurou, com grande habilidade política e aproveitando-se do momento de pesar e perplexidade que recaiu sobre a sociedade norte-americana, dar continuidade aos importantes projetos de seu antecessor. (2001, p. 90)

A edição da *Executive Order* n. 11.246 reveste-se de um grande significado histórico, pois é a partir de seu surgimento que programas voltados para o combate das desigualdades sociais com base em condutas positivas ganham maior amplitude e passam a ser avaliados

⁶⁷ Paulo Lucena de MENEZES ressalta que tal fato decorreu da consciência da dificuldade que o presidente encontraria na implementação de seus projetos legislativos, posto que muitos congressistas, incluindo parte de seus correligionários, tinham uma grande resistência aos programas sociais por ele defendidos, que chegaram a ser denominados de "socialismo nascente". (2001, p. 87-88)

⁶⁸ Referido órgão fora denominado *President's Committee on Equal Employment Opportunity*, ou seja, Comitê do Presidente na Igual Oportunidade de Emprego.

sob a ótica de *políticas governamentais*, o que viria a sedimentar o conceito que se tornou conhecido por *ação afirmativa*⁶⁹. (*ibidem*, p. 92)

Joaquim Benedito Barbosa GOMES argumenta que foi com base na premissa de utilização do poder de barganha de que a Administração Pública dispõe em decorrência da sua capacidade de despender enormes somas de recursos públicos, que nasceu “a mais antiga – e talvez a mais eficaz – modalidade de ação afirmativa”. E explica:

Por esse sistema, a Administração, que em princípio não teria meios legais de compelir o empregador privado a cumprir as metas de integração de minorias em seus quadros de empregados, chega por vias oblíquas a esse resultado, na medida em que a celebração de qualquer contrato com a Administração fica condicionada ao comprometimento, por parte do contratante, não só de contratar em percentuais razoáveis certas minorias, mas igualmente de oferecer-lhes efetivas condições de progressão na carreira. (2001, p. 54)

ROCHA ilustra que coube ao Presidente Lyndon B. Johnson inflamar o movimento que ficou conhecido como *affirmative action*, que comprometeu organizações públicas e privadas numa nova prática do princípio constitucional da igualdade no Direito. Em 4 de junho de 1965, num discurso de formatura na Universidade de Howard, ele enfatizou não ser bastante a existência de leis antidiscriminatórias e caracterizou a

⁶⁹ A expressão *ação afirmativa* foi utilizada pela primeira vez nesta ordem executiva federal norte-americana e, como apresenta Cármen Lúcia Antunes ROCHA, “passou a significar, desde então, a exigência de *favorecimento* de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desigualizadas, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais. (1996, p. 285) Cabe, aqui, no entanto, apresentar dado distinto, exposto por Maria Aparecida GUGEL: “O termo ‘ação afirmativa’ foi usado pela primeira vez por um oficial afro-americano na administração KENNEDY, HOBART TAYLOR, para descrever a Comissão de Práticas de Emprego Justas (*Fair Employment Practices Commission*), que possibilitava a uma pessoa discriminada em razão de sua raça, reclamar junto à Comissão”. (1999, p. 71)

intenção do seu governo de ampliar oportunidades institucionais para que as relações de raça e poder se tornassem mais igualitárias. E, então, conclamou as pessoas a refletirem se todos ali eram livres para competir com os demais membros da mesma sociedade em igualdade de condições⁷⁰. (1996, p. 285-286)

Segundo autora, ainda, a mutação produzida no conteúdo do princípio da igualdade, determinou a implantação de planos e programas governamentais e particulares que possibilitaram oportunidades às denominadas minorias sociais, sendo estas não somente pessoas físicas, mas inclusive pessoas jurídicas, discriminadas de maneira geral ou especial. E destaca que, embora não tenha erradicado o preconceito e dado fim a todas as formas de discriminação nestas décadas de prática, conseguiu a reversão do conceito jurídico da igualdade no Direito em benefício dos discriminados. São suas palavras:

De um conceito jurídico passivo mudou-se para um conceito jurídico ativo, quer-se dizer, de um conceito negativo de condutas discriminatórias vedadas passou-se a um conceito positivo de condutas promotoras da igualação jurídica. (ROCHA, 1996, p. 285-286)

Nesse plano, cumpre destacar o relevante papel desempenhado pelo Poder Judiciário, especialmente nos ordenamentos jurídicos que se filiam ao sistema da *Common Law*, uma vez que possuem competência não só para decidir acerca da legalidade das políticas de ação afirmativa, mas também para definir e aplicar, por intermédio de suas decisões, medidas com este perfil. Segundo Nathan GLAZER, inclusive,

⁷⁰ Nesse contexto, é importante transcrever as palavras do presidente: "Você não pega uma pessoa que durante anos foi tolhida por correntes e a liberta, a põe na linha de partida de uma corrida e então diz – 'você está livre para competir com os outros' – e ainda acredita que está sendo totalmente imparcial. Não é justo o bastante, nesse caso, abrir portas, ou oportunidades. Todos os cidadãos devem estar dispostos a trabalhar para que essas portas funcionem... Nós buscamos a completa igualdade não como um direito e uma teoria, mas como um fato e como um resultado." (CESAR, 2003, p. 27-28)

(...) a intenção do Congresso ao adotar o *Civil Rights Act* não era no sentido de que as Ações Afirmativas tomassem esse caráter restaurativo-reparador que elas vieram a ter subsequente, mas simplesmente a de estancar a discriminação. Em realidade, a amplitude das Ações Afirmativas que hoje conhecemos se deve à ação do Poder Judiciário. (*apud* GOMES, 2001, p. 57)

Enquanto até a década de 30 o Poder Legislativo era o principal responsável pelo alargamento dos direitos fundamentais e cabia ao Poder Executivo o papel de garantidor do respeito a eles, a partir da Segunda Guerra Mundial, o Poder Judiciário nos Estados Unidos, por meio da Suprema Corte, basicamente sob a presidência de Earl Warren, e as Cortes Constitucionais nos Estados europeus passaram a ser os principais pólos institucionais ativadores do reconhecimento de novos direitos tidos como fundamentais a partir de então. (ROCHA, 1996, p. 286-287)

Os grupos minoritários passaram a vislumbrar o processo judicial constitucional como um processo político de reconhecimento de direitos conquistados, mas ainda não-formalizados, expressamente, nos documentos normativos. Iniciou-se, então, o movimento denominado de *realismo legal*, pelo qual se reconheceu interpretação da norma segundo a experiência sócio-histórica a qual ela é aplicada. É o que explica ROCHA:

Na esteira desse pensamento, pois, é que a ação afirmativa emergiu como face construtiva e construtora do novo conteúdo a ser buscado no princípio da igualdade jurídica. O Direito Constitucional, posto em aberto, mutante e mutável para se fazer permanentemente adequado às demandas sociais, não podia persistir no conceito estático de um direito de igualdade pronto, realizado segundo parâmetros históricos eventualmente ultrapassados. Daí a necessidade de se pensar a igualdade jurídica como a igualação jurídica que se faz, constitucionalmente, no compasso da história, do instante presente e da perspectiva vislumbrada em dada sociedade: a igualdade posta em movimento, em

processo de realização permanente; a igualdade provocada pelo Direito segundo um sentido próprio a ela atribuído pela sociedade. (1996, p. 287)

A primeira análise de mérito pela Suprema Corte Americana se deu no célebre caso *University of California Regents v. Bakke* (1978)⁷¹. Bakke, engenheiro, branco, após ter ficado próximo de ser aprovado pela Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia, tomando conhecimento de que a instituição mantinha um programa especial de admissão para membros de grupos minoritários e que suas notas haviam sido superiores à média obtida pelos candidatos que foram aprovados no aludido programa, decidiu processar a Universidade, alegando discriminação em razão de sua raça, o que atentava contra o Título VI do *Civil Rights Act* de 1964⁷², contra a Constituição da Califórnia e contra a Décima Quarta Emenda Constitucional. (MENEZES, 2001, p. 99)

Espelhando as divergências existentes no Tribunal, os Ministros apresentaram diferentes posições acerca do tópico, sem que se obtivesse a maioria em qualquer uma delas. Nesse contexto, o processo terminou apresentando duas decisões distintas, sendo que ambas foram definidas por cinco votos a quatro: 1) Bakke deveria ser admitido na Faculdade de Medicina por ter sido desrespeitado o Título VI do *Civil Rights Act*; 2) não existiriam impedimentos para que, observadas determinadas condições, a raça ou a etnia fosse adotada como critério seletivo em programas elaborados para beneficiar determinados grupos

⁷¹ Cf. MENEZES, o primeiro processo dessa natureza a alcançar a Suprema Corte foi o proposto por Marco DeFunis contra um programa de admissão preferencial instituído pela Faculdade de Direito da Universidade de Washington. No entanto, como o caso apenas chegou à Corte quando o autor da ação estava prestes a se formar (ele havia sido autorizado a frequentar o curso enquanto a questão estivesse pendente), cinco Ministros extinguiram o processo sem o julgamento do mérito. Somente um Ministro manifestou-se sobre a matéria de fundo (Min. Douglas), sendo que, no tocante ao aspecto constitucional suscitado, mostrou-se contrário ao uso de critérios raciais, mesmo com propósitos benignos, insistindo que a Décima Quarta Emenda Constitucional exigia “a reflexão de cada caso de maneira racialmente neutra”. (2001, p. 98)

⁷² O Título VI do Ato das Direitas Civas proíbe a discriminação na base da raça, da cor, e da origem nacional nos programas e nas atividades que recebem o auxílio financeiro federal.

sociais. Referidas decisões, no entanto, não foram facilmente alcançadas. (*ibidem*, p. 100)

No caso sob análise, Lucena de MENEZES apresenta a justificativa do Ministro William Brennan para o uso do critério racial como remédio para os efeitos da discriminação racial passada e, destaca o pronunciamento do Juiz Blackmun que, embora tenha sido extremamente sucinto na exposição de suas idéias, foi quem criticou, com maior objetividade, a exigência de ser sempre observada uma neutralidade racial. Na opinião do Ministro:

Para irmos além do racismo, precisamos primeiro reconhecer o racismo. Não existe outra maneira. E para tratar algumas pessoas com igualdade, precisamos tratá-las diferentemente. Não podemos – não ousamos – permitir que a *equal protection clause* perpetue [a supremacia racial]. (*apud* MENEZES, 2001, p. 105)

É curial apresentar que, embora o processo tenha sido julgado em favor de Bakke e tenha deixado muitas questões relacionadas ao tema sem respostas,⁷³ o caso deu margem para o fortalecimento de políticas de ação afirmativa na área educacional e nos campos cobertos pelo Título VI.

Em síntese e como bem destaca GOMES, as ações afirmativas foram surgindo inicialmente como um mero “encorajamento” por parte do Estado para que as pessoas com poder decisório nas áreas pública e privada levassem em consideração, nas suas decisões relativas a temas sensíveis como o acesso à educação e ao mercado de trabalho, fatores até então tidos como formalmente irrelevantes pela grande

⁷³ A Suprema Corte não avaliou conclusivamente a matéria com fulcro na constitucionalidade da ação afirmativa, adotando um padrão intermediário. Da mesma forma, não estabeleceu o padrão judicial que deveria ser adotado no julgamento de casos relacionados à classificação racial benigna.

maioria dos responsáveis políticos e empresariais, quais sejam, a raça, a cor, o sexo e a origem nacional das pessoas⁷⁴.

Posteriormente, talvez em decorrência da constatação de ineficácia dos procedimentos clássicos de combate à discriminação, deu-se início a um processo de alteração conceitual do instituto, que passou a ser associado à idéia mais ousada, de realização da igualdade de oportunidades através da imposição de cotas rígidas⁷⁵ de acesso de representantes das minorias a determinados setores do mercado do trabalho e a instituições de ensino.

Atualmente, como explica o GOMES, as ações afirmativas podem ser definidas como:

um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Como se vê, diferentemente das políticas

⁷⁴ Dentre as metas desse "encorajamento" estava a concretização do ideal de que tanto as escolas quanto as empresas refletissem em sua composição a representação de cada grupo na sociedade ou no respectivo mercado de trabalho. (GOMES, 1996, p. 39)

⁷⁵ Não há que se confundir ação afirmativa com sistema de cotas, visto que este constitui apenas *um* dos modos de implementação de políticas de ação afirmativa. A jurisprudência americana, por exemplo, apresenta sérias restrições a este sistema por entendê-lo como instituído aleatoriamente ("cotas cegas"), sem o propósito de corrigir uma injustiça precisa, que é a própria razão de existência das políticas de ação afirmativa. No entanto, não temos dúvida de nossa obrigação de aqui expor os argumentos de Ronald DWORKIN quanto ao conflito do direito à igual proteção de um indivíduo com uma política social desejável. Ele indaga: "Que direitos à igualdade têm os cidadãos enquanto indivíduos que podem sobrepor-se a programas voltados para importantes políticas econômicas e sociais, inclusive a política social que consiste em melhorar a igualdade em termos gerais?" - propondo a seguinte exemplificação: "Se tenho dois filhos, e um deles está morrendo de uma doença que está causando desconforto ao outro, não demonstrarei igual atenção se jogar cara ou coroa para decidir qual deles deve receber a última dose de um medicamento" - para então concluir: "o direito ao igual tratamento é derivado. Em algumas circunstâncias, o direito ao tratamento como igual implicará um direito a igual tratamento, mas certamente não em todas as circunstâncias. (...) O direito de um indivíduo de ser tratado como um igual significa que sua perda potencial deve ser tratada como uma questão que merece consideração. Mas essa perda pode, não obstante isso, ser compensada pelo ganho da comunidade como um todo." (2002, p. 349-351)

governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. (GOMES, 2001, p. 40)

Sobreleva notar, de forma bem sintética, que são mecanismos de **inclusão**, concebidos por entidades públicas ou privadas, com o objetivo de concretização de direito constitucional e universalmente reconhecido – o da **efetiva igualdade** de oportunidades – a que todos os seres humanos têm direito, através da conscientização das pessoas acerca da irrelevância das diferenças frente à dignidade da pessoa humana.

3.2 Aspectos jurídicos das ações afirmativas

No que concerne ao enquadramento jurídico-doutrinário das ações afirmativas, a professora Cármen Lúcia Antunes ROCHA, classificando-as como a mais avançada tentativa de concretização do princípio jurídico da igualdade, afirma com propriedade que:

(...) a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante na sociedade, por esta *desigualação positiva* promove-se a *igualação jurídica* efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica **no** e **segundo** o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático.

A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias. (1996, p. 286 - *grifamos*)

Paulo Lucena de MENEZES também define a ação afirmativa:

(...) é um termo de amplo alcance que designa o conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade em razão, na maior parte das vezes, da prática de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas. Colocando-se de outra forma, pode-se asseverar que são medidas especiais que buscam eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que eles sejam neutralizados, o que se realiza por meio de providências efetivas em favor das categorias que se encontram em posições desvantajosas. (MENEZES, 2001, p. 27)

A partir desses conceitos devemos proceder ao estudo do público alvo dessas ações. Não podemos deixar de salientar, em primeiro lugar, o equívoco que muitos incorrem com relação ao termo “minorias”. Como explica ROCHA, não se toma a expressão minoria no sentido quantitativo, mas no sentido de uma qualificação jurídica dos grupos contemplados com uma força menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros, que detém o poder.⁷⁶

Álvaro Ricardo de Souza CRUZ também tratou da questão: “para que uma minoria possa receber tratamento diferenciado é necessário que seja considerada uma ‘classe suspeita’, ou seja, carecedora de força dentro do processo político” e, tomando emprestadas as palavras de Ronald DWORKIN, apresentou os

⁷⁶ Ela continua: “Na verdade, minoria, no Direito democraticamente concebido e praticado, teria que representar o número menor de pessoas, vez que a maioria é a base de cidadãos que compreenda o maior número tomado da totalidade dos membros da sociedade política. Todavia, a maioria é determinada por aquele que detém o poder político, econômico e inclusive social em determinada base de pesquisa. Ora, ao contrário do que se apura, por exemplo, no regime da representação democrática nas instituições governamentais, em que o número é que determina a maioria (cada cidadão faz-se representar por um voto, que é o seu, e da soma dos votos é que se *contam* os representados e os representantes para se conhecer a maioria), em termos de direitos efetivamente havidos e respeitados numa sociedade, a minoria, na prática dos direitos, nem sempre significa o menor número de pessoas. Antes, nesse caso, uma *minoría* pode bem compreender um contingente que supera em número (mas não na prática, no respeito etc.) o que é tido por maioria. Assim o caso dos negros e mulheres no Brasil, que são tidos como *minorias*, mas que representam maior número de pessoas da globalidade dos que compõem a sociedade brasileira”. (ROCHA, 1996, p. 285)

dois mecanismos para a identificação de minorias merecedoras de uma atuação especial:

Primeiro, a minoria deve ser marginalizada economicamente, socialmente e politicamente, de modo a lhe faltar meios para atrair a atuação dos políticos e de outros eleitores para seus interesses, (...). Segundo, a minoria pode ser vítima de preconceitos, ódio, estereótipos tão sérios que a maioria quer vê-la limitada ou punida em razão do seu traço de diferenciação, mesmo quando tal limitação/punição não atende a nenhum outro interesse, mais respeitável ou legítimo, dos outros grupos. (apud CRUZ, 2003, p. 16-17)

Outro ponto a merecer destaque é o apresentado por Flávia PIOVESAN, pertinente à evolução da sociedade. Ela entende que ao lado do sistema geral de proteção, em que o endereçado é toda e qualquer pessoa, genericamente concebida, tendo em vista que o sujeito de direito é visto em sua abstração e generalidade, organiza-se um **sistema especial de proteção**, que adota como sujeito de direito o indivíduo historicamente situado, isto é, o sujeito de direito “concreto”, na peculiaridade e particularidade de suas relações sociais (consolidação do valor da igualdade com o respeito à diferença e à diversidade). E apresenta como possíveis, as pessoas, ou grupos de pessoas particularmente vulneráveis, que mereçam proteção especial. (2003, p. 191-203)

No que concerne ao outro pólo da relação, ROCHA vai além e ressalta que a ação afirmativa é a expressão democrática mais atualizada da igualdade jurídica promovida **na** e **pela** sociedade, segundo um comportamento positivo normativo e administrativamente imposto ou permitido, mencionando que não há como não existir esforços dos dois lados, defendendo inclusive: que cabe aos iguais superiormente em nossa história pelas mãos calejadas dos discriminados, não somente a conscientização da exclusão que ainda impera em nossa sociedade, em todos os âmbitos, mas, sobretudo, a tarefa de abolir as desigualdades sociais, numa opção clara pela convivência mais igual, menos preconceituosa e mais democrática... É preciso incutir em cada cidadão (ator social)

a utilidade e a necessidade de se observar os princípios do pluralismo e da diversidade em todas as esferas do convívio humano⁷⁷. (ROCHA, 1996, p. 295)

Nesta mesma linha, acrescenta GOMES que dentre os objetivos almejados com as políticas afirmativas também figura o de induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a idéia de supremacia e subordinação de uns em relação aos outros e tornar rotineira a observância dos princípios da diversidade e do pluralismo, de tal sorte que venha a operar-se uma transformação no comportamento e na mentalidade dos membros da sociedade. E complementa:

O elemento propulsor destas transformações seria, assim, o caráter de exemplaridade de que se revestem certas modalidades de ação afirmativa, cuja eficácia como agente de transformação social poucos até hoje ousaram negar. Ou seja, de um lado essas políticas simbolizam o reconhecimento oficial da persistência e da perenidade das práticas discriminatórias e da necessidade de sua eliminação. De outro, elas têm também como meta atingir objetivos de natureza cultural, eis que delas inevitavelmente resultam a trivialização, a banalização, na polis, da necessidade e da utilidade de políticas públicas voltadas à implantação do pluralismo e da diversidade. (2001, p. 44)

Com a implantação de uma maior representatividade dos grupos minoritários nos mais diversos domínios das atividades pública e privada são acarretados inegáveis benefícios também para a sociedade, acentuando o seu caráter multicultural e, ainda, proporcionando uma maior mobilidade social ascendente, pois os representantes de minorias que, por terem alcançado posições de prestígio e poder, serviriam de incentivo e exemplo às gerações mais jovens. (GOMES, 2001, p. 49)

Convém destacar, ainda, que justamente por ser um poderoso instrumento de inclusão social de sujeitos concretamente situados, as ações afirmativas constituem medidas especiais e

⁷⁷ A idéia de exclusão/negação foi trabalhada por ROSENFELD como elemento indispensável ao discurso constitucional que procure se sustentar numa sociedade pluralista. E destaca: "o pluralismo constitucional requer que um grupo se constitua em um 'eu' (self) coletivo, reconheça grupos similarmente posicionados com outros (selves), e/ou que cada eu individual (individual self) trate os demais indivíduos como outros 'eu', como outras pessoas (selves)". (*apud* CRUZ, 2003, p. 31)

*temporárias*⁷⁸ que buscam remediar uma situação, que objetivam um processo de igualdade substantiva a grupos vulneráveis.

Como se infere da conceituação apresentada por Lucena de MENEZES, vista anteriormente, as ações afirmativas ora assumem um caráter manifestamente redistributivo, ora se revestem de natureza “reparadora” ou “restauradora”, sendo ainda possível que essas duas características se entrecruzem. São diversos os postulados filosóficos que disputam a primazia da fundamentação das ações afirmativas e dois dentre eles se destacam. De um lado, o postulado da *justiça compensatória* e, de outro, o da *justiça distributiva*.

Ações afirmativas com fundamento na justiça compensatória seriam aplicadas em sociedades que por longo tempo adotaram políticas de subjugação de um ou de vários grupos ou categorias de pessoas por outras, com o objetivo central de corrigir os efeitos perversos da discriminação passada. Como explica GOMES:

(...) ao adotarem os programas de preferência em prol de certos grupos sociais historicamente marginalizados, essas sociedades estariam promovendo, no presente, uma “reparação” ou “compensação” pela injustiça cometida no passado aos antepassados das pessoas pertencentes a esses grupos sociais. Tal reparação se justificaria na medida em que o processo de marginalização social tem uma inegável inclinação perenizante. O preconceito e a discriminação oficial ou “social” de que foram vítimas as gerações passadas tendem inexoravelmente a se transmitir às gerações futuras, constituindo-se em um insuportável e injusto ônus social, econômico e cultural a ser carregado, no presente, por essas novas gerações. (GOMES, 2001, p. 62)

Podemos apresentar aqui, sem receio de equívoco, a realidade brasileira em relação aos negros: além de ter sido o último país

⁷⁸ Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO salienta que as medidas devem obedecer à *regra da temporariedade*, vez que “não visam a criar um *status* jurídico permanente mas excepcional em favor de um grupo, e sim propiciar a este grupo a igualdade em relação a outros”. (2003, p. 76)

organizado do mundo a abolir a escravidão, perpetuou a dominação racial e a segregação no período pós-abolição, deixando-os numa total orfandade de condições. A discriminação continuou evidente tanto na política oficial como em práticas e resultados informais⁷⁹.

Incongruências exacerbadas de um raciocínio jurídico tradicional findam por enfraquecer essa tese compensatória, pois tendentes a uma operação rígida, vinculada ao presente, com categorias como a ilicitude, dano e remédio compensatório de uns aos outros em relação de causa e efeito⁸⁰.

Tratando-se da noção de justiça distributiva, as ações afirmativas encontram uma justificativa tida como “mais convincente” no meio jurídico, por ser vista como uma outorga a grupos marginalizados, de maneira eqüitativa e proporcional, daquilo que eles normalmente obteriam caso seus direitos e pretensões não tivessem esbarrado no obstáculo intransponível da discriminação. GOMES apresenta o pensamento daqueles que esposam tal teoria:

(...) não é justo que determinados grupos sociais, tais como negros e mulheres, sejam fadados, ao longo de suas vidas, a sempre ocuparem as posições inferiores e subalternas na hierarquia social, por razões que

⁷⁹ Enquanto a imigração européia branca era encorajada, os imigrantes africanos foram impedidos de entrar no Brasil. Em 1890, o Brasil baniu a imigração de negros e, com essa proibição, debateu e reforçou, nas décadas de 1920 e 1930, o ideal de “negros não mais”. Até 1945, a legislação brasileira estipulava a preferência por imigração de população com características de ancestrais europeus. De forma complementar, a miscigenação foi incentivada para o “embranquecimento” da população, o que denota uma atitude profundamente racista, mascarada pela imagem de uma “democracia racial”.

⁸⁰ MENEZES esclarece que os opositores das políticas de ação afirmativa fundadas sob o prisma da justiça compensatória alegam que a concessão de benefícios tende a ampliar a animosidade e a discriminação existente contra o grupo social favorecido por tais políticas e que os tratamentos preferenciais podem estigmatizar tanto as pessoas favorecidas como aquelas que deixam de recebê-los. Outra argumentação apresentada é a de que somente poderiam sujeitar-se às medidas de ação afirmativa (em casos extremos, nos quais o caráter compensatório é evidente e necessário), as vítimas reais e os respectivos responsáveis pela discriminação e, ainda assim, proporcionalmente aos prejuízos e danos identificados. (2003, p. 42)

repousam ***unicamente na cor da sua pele ou no seu sexo. (2001, p. 66)***

Ronald Dworkin, um dos defensores das ações afirmativas, leva sua análise um pouco mais adiante dos argumentos utilitaristas e sustenta que seu objetivo imediato é o de aumentar o número de membros de certas raças em certas posições e profissões, mas, acrescenta que o fim último dessas medidas seria a redução do grau de consciência racial da sociedade. GOMES expõe a síntese do pensamento do filósofo:

(...) enquanto certas posições de mando, poder e prestígio continuarem sendo privilégio de pessoas da raça branca, continuará a existir a fratura racial na sociedade. Porém, à medida que negros, mulheres e outras minorias forem ocupando também essas posições, conseqüentemente reduzir-se-ão na mesma proporção os sentimentos de frustração, de injustiça e sobretudo a forte consciência racial dos negros tenderá também a desaparecer, na medida em que passarão a acreditar que podem obter sucesso na vida unicamente em razão de suas capacidades individuais. (ibidem, p. 69)

A eficácia das ações afirmativas depende em grande medida da definição de certos comportamentos violadores da regra da igualdade. É importante, pois, apresentar algumas caracterizações de comportamentos discriminatórios. Para tanto, fazemos uso das definições apresentadas no Direito Internacional dos Direitos Humanos de algumas formas específicas de discriminação. A Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, em seu art. 1º, define a discriminação racial como:

qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou

exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais.

No mesmo sentido, a discriminação de gênero é definida na Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher como sendo:

toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo, exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua magistral obra *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, menciona que é necessário saber “que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação”. **Seu entendimento parte do reconhecimento de certos critérios de identificação de diferenciações que podem ser feitas sem a quebra da isonomia.** Fundamentando-se em Hans KELSEN, transcreve as considerações:

A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres” (apud MELLO, 2004, p. 11)

E, argumentando com propriedade, propõe que além de ser investigado o **critério adotado como discriminatório**, de outro lado, cumpre verificar se há **uma justificativa racional**, isto é, um fundamento lógico para atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Por fim, numa conjugação, impende analisar se a correlação ou fundamento racional

abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os **valores prestigiados no sistema normativo constitucional**, bem assim, se guarda ou não harmonia com eles. (MELLO, 2004, p. 21-22)

Sob o primeiro segmento, isonomia e fator de discriminação, o autor coloca em pauta dois requisitos: primeiro, a lei não pode erigir em critério diferencial um traço tão específico que singularize *no presente e definitivamente*, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar; segundo, o traço diferencial adotado há de residir, necessariamente, na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada, pois elemento algum que não exista *nelas mesmas* poderá servir de base para sujeitá-las a regimes diferentes.⁸¹

Aqui temos de lembrar que a igualdade é um princípio que visa a duplo objetivo: de um lado propiciar garantia individual contra perseguições e, de outro, tolher favoritismos. Ora, uma lei que singularizasse o destinatário estaria, *ipso facto*, incorrendo em uma dentre as duas hipóteses acauteladas pelo mandamento da isonomia e corresponderia ou à imposição de um gravame incidente sobre um só indivíduo ou à atribuição de um benefício a uma única pessoa, sem ampliar sujeição ou oportunidade aos demais.

Assim, sem agravos à isonomia, a lei pode atingir uma categoria de pessoas ou então voltar-se para um só indivíduo, se, em tal caso, visar a um sujeito indeterminado e indeterminável no presente⁸², evitando perseguições ou favoritismo como no seguinte exemplo: “será

⁸¹ Neste ponto o autor deixa patente que somente nas pessoas, fatos ou situações poderão residir diferenças e conclui que a lei não pode tomar *tempo* ou *data* como fator de discriminação entre pessoas a fim de lhes dar tratamento díspares, sem com isso infringir o princípio da igualdade. O que pode tomar como elemento discriminador é o fato, é o acontecimento, transcorrido em certo tempo por ele delimitado. E destaca, ainda, “são os fatos e acontecimentos que estão alojados no tempo e não o inverso.” (MELLO, 2004, p. 23-35)

⁸² MELLO explica que não basta formular uma lei em termos aparentemente gerais e abstratos, de sorte que sua dicção em teor não individualizado nem concreto servir-lhe-ia como garante de lisura jurídica, conquanto colhesse agora e sempre um único destinatário. Ele adverte que “uma norma ou um princípio jurídico podem ser afrontados tanto à força aberta como à capucha. No primeiro caso expõe-se ousadamente à repulsa; no segundo, por ser mais sutil, não é menos censurável”. (2004, p. 24)

concedido o benefício *tal* ao primeiro que inventar um motor cujo combustível seja a água”.

Passando para o segundo segmento, o autor apresenta o ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico: existência ou não de correlação lógica entre fator erigido em critério de *discrímen* e a desequiparação procedida em função dele. Tem-se que investigar se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada. Com o intuito de aclarar a assertiva, MELLO apresenta o seguinte exemplo:

(...) suponha-se hipotética lei que permitisse aos funcionários gordos afastamento remunerado para assistir a congresso religioso e o vedasse a magros. No caricatural exemplo aventado, a gordura ou esbeltez é o elemento tomado como critério distintivo. Em exame *perfunctório* parecerá que o vício de tal lei, perante a igualdade constitucional, reside no elemento fático (*compleição corporal*) adotado como critério. Contudo, este não é, em si mesmo, fator insuscetível de ser tomado como fator deflagrador de efeitos jurídicos específicos. O que tornaria inadmissível a hipotética lei seria a ausência de correlação entre o elemento de *discrímen* e os efeitos jurídicos atribuídos a ela. Não faz sentido algum facultar aos obesos faltarem ao serviço para congresso religioso porque entre uma coisa e outra não há qualquer nexo plausível. Todavia, em outra relação, seria tolerável considerar a tipologia física como elemento discriminatório. Assim, os que excedem certo peso em relação à altura não podem exercer, no serviço militar, funções que reclamem presença imponente. (2004, p. 38)

E conclui que deve haver, em abstrato, uma relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto, pois a discriminação não pode ser gratuita, fortuita ou injustificada.

Lembra, ainda, que a pertinência lógica não pode ser aferida de modo absoluto, pois sofre ingerências do espírito de cada

época histórica. Há que se considerar que num determinado momento histórico, uma mesma lei, ora surgirá como ofensiva da isonomia, ora compatível com o princípio da igualdade.

No que concerne ao último elemento, o *vínculo de correlação discriminatório seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos*, cumpre destacar que não é qualquer diferença, conquanto real e logicamente explicável, que possui suficiência para discriminações legais. Não basta, pois, poder-se estabelecer racionalmente um nexo entre a diferença e um conseqüente tratamento diferenciado. Requer-se que o vínculo demonstrável seja constitucionalmente pertinente. Ele proclama:

É dizer: as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva hão de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional. (MELLO, 2004, p. 42)

E complementa:

Deveras, a lei não pode atribuir efeitos valorativos, ou depreciativos, a critério especificador, em desconformidade ou contradição com os valores transfundidos no sistema constitucional ou nos padrões ético-sociais acolhidos neste ordenamento. Neste sentido se há de entender a precitada lição de Pimenta Bueno segundo a qual “qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público, será uma injustiça e poderá ser uma tirania”. (*ibidem*, p. 42)

Assim sendo, fica sublinhado que não basta a exigência de pressupostos fáticos diversos para que a lei distinga situações sem ofensa ao princípio isonômico. Também não é suficiente poder argüir fundamento racional, pois não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparar, mas tão-somente aquele que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima. Afora disso,

ressalta, ocorrerá incompatibilidade com o preceito igualitário. (MELLO, 2004, p. 43)

Em síntese, como as leis nada mais fazem senão discriminar situações para submetê-las à regência de tais ou quais regras⁸³, é preciso indagar quais discriminações são juridicamente toleráveis e, para tanto, colocar em pauta todas essas questões que precisarão ser observadas **conjugadamente** e com especial cautela do exegeta.

O aplicador da lei, atualizado e atento, deve estar consciente que há que prevalecer uma ética reconstrutiva, uma dogmática renovada e uma interpretação protetiva e útil para o novo sujeito de direitos, de modo a tornar concreto o direito à igualdade.

3.3 A ótica constitucional das ações afirmativas

A concepção dinâmica do princípio isonômico é patenteada em toda a estrutura normativa do sistema constitucional brasileiro fundado em 1988. A ação afirmativa está, bem assim, inserida no princípio da igualdade jurídica concebido pela Carta Magna pátria conforme se comprova desde o exame de seu preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a **igualdade** e a justiça como **valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com

⁸³ Nesse sentido, reforça José Afonso da Silva: "(...) o princípio não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual – esclarece Petzold – não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àqueles que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os 'iguais' podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador. (...) vale dizer que as pessoas ou situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos". (1999, p. 219)

a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (*grifamos*)

Embora se discuta a respeito de o preâmbulo constitucional ter ou não força de norma, certo é que tem a função de elucidar o rumo, a direção da preocupação do constituinte. Como explica Pedro CALMON,

O preâmbulo costuma dar a altura ideológica, numa fórmula imperativa, à Constituição, assim *prèviamente (sic)* classificada. Está longe de ser uma frase inócua. Não é simplesmente um conceito doutrinário à margem, ou fora do texto: serve para o esclarecer como um solene e antecipado compromisso. Diz incisivamente o que pretende. É uma afirmação na diretiva marcada; uma síntese inseparável da interpretação sistemática do resto; uma proclamação introdutória. (1951, p. 19)

No mesmo sentido aponta Alexandre de MORAES:

(...) o preâmbulo não é juridicamente irrelevante, uma vez que deve ser observado como *elemento de interpretação e integração* dos diversos artigos que lhe seguem. (...) O preâmbulo constitui, portanto, um breve prólogo da Constituição e apresenta dois objetivos básicos: *explicitar o fundamento da legitimidade da nova ordem constitucional*; e *explicitar as grandes finalidades da nova Constituição*. (2005, p. 45)

Como destacado pela professora Cármen ROCHA, no preâmbulo de nossa Lei Maior encontramos a declaração de um momento novo em nosso constitucionalismo: a idéia de que não se tem a democracia social, a justiça social, mas que o Direito foi ali elaborado para que se chegue a tê-los e comprova com o pronunciamento feito sobre a Constituição pelo Presidente do Congresso Constituinte, Dep. Ulysses Guimarães: “a Constituição nasce do parto de profunda crise que abala as instituições e convulsiona a sociedade”. E detalha que essa

crise/convulsão se trata da desigualdade social, econômica e regional que tem enredado o tecido político brasileiro⁸⁴. (ROCHA, 1996, p. 288)

Já se vê, de plano, a possibilidade da adoção de ações afirmativas pela ordem constitucional de 1988 que tratou da reestruturação do Estado Brasileiro e da reorganização da República Federativa. Não apenas pretendeu proibir o que se tem assentado em termos de desigualdades de toda ordem havidas na sociedade, mas objetivou instituir, criar ou recriar as instituições de acordo com o modelo democrático, para assegurar o valor supremo definidor da essência do sistema estabelecido. (*ibidem*, p. 288-289)

Cumpre ressaltar, ainda, que essa transformação essencial também se mostra de maneira clara e indubitável nos objetivos expressos no art. 3º, I, III, IV de nossa Lei Fundamental. E, oportuna se torna a sua transcrição:

Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
(...)

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os objetivos fundamentais de nossa Nação são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional. Todos eles

⁸⁴ Luís Roberto BARROSO, dissertando sobre os fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro, assim também vislumbrava nossa realidade, mesmo depois de decorridos mais de dez anos da promulgação de nossa Lei Fundamental. Ele apresentava: "O discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neo-liberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto -, mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa". (2002a, p. 02)

designam um comportamento ativo que traduz exatamente uma mudança para se chegar ao valor supremo: a **igualdade**. Construir, erradicar, reduzir, promover, são todos verbos que se traduzem em **ação**.

Alexandre de MORAES defende, inclusive, que o rol dos objetivos do art. 3º não é taxativo, tratando-se tão-somente de uma previsão de algumas finalidades a serem perseguidas pela República Federativa do Brasil e que a partir da definição dos objetivos, os diversos capítulos da Carta Magna passam a estabelecer regras que possibilitem seu fiel cumprimento. E ressalta que, em respeito a **um** dos objetivos fundamentais da República – **a construção de uma sociedade justa** – os poderes públicos devem buscar os **meios** e os **instrumentos** para promover condições de **igualdade real e efetiva**, e não somente contentar-se com a igualdade formal. (2005, p. 65)

Continuando sua reflexão acerca do referido dispositivo constitucional, ROCHA menciona que ele traz, ainda, em seus dizeres, uma **declaração**, uma **afirmação** e uma **determinação**. Declara, implicitamente, que a República Federativa do Brasil não é livre, nem justa e tampouco é solidária⁸⁵. Afirmar que o Direito organizou um modelo de Estado que se põe exatamente para a realização de uma República Democrática e, que entre seus objetivos fundamentais, determina que se construa uma nova sociedade brasileira segundo a direção e os mandamentos expressos pela própria norma fundamental.

Assim, segundo seu entendimento, nosso constituinte não se predece a declarar e afirmar nossos problemas. Mais que isso, esclareceu como deveria ser feito o movimento de mudança: em direção determinada pela norma fundamental da República que traz,

⁸⁵ Sobre o que é solidariedade, cumpre apresentar o exposto por Cláudia Lima MARQUES: "(...) é a consciência de pertencer ao mesmo fim, à mesma causa, ao mesmo interesse, ao mesmo grupo, apesar da independência de cada um de seus participantes (*Zusammengehörigkeitsgefühl*). Solidariedade possui também sentido moral, é relação de responsabilidade, é relação de apoio, é adesão a um objetivo, plano ou interesse compartilhado. No meio caminho entre o interesse centrado em si (*egoísmo*) e o interesse centrado no outro (*altruismo*) está a solidariedade, com seu interesse voltado para o grupo. (2003, p. 186)

expressamente, o mandamento de se *erradicar a pobreza* (uma das fontes de maior discriminação e preconceitos no Brasil)⁸⁶ e a *marginalização*, e, ainda, *reduzir as desigualdades sociais e regionais*. Ou seja, as projeções adotadas terão sentido válido somente quando se voltarem à direção da erradicação da pobreza e da marginalização.

Além disso, neste mesmo inciso, fica claro que não é suficiente, nos termos postos expressamente na Constituição, que não se tolerem desigualdades; antes, como apresenta a professora: “cuida a Lei Fundamental de expressar a exigência de que se adotem procedimentos para reduzir aquelas que são havidas na sociedade brasileira”. (ROCHA, 1996, p. 290)

E, assim apresenta o Min. Marco AURÉLIO,

É preciso ter sempre presentes essas palavras. A correção das desigualdades é possível. Por isso, façamos o que está ao nosso alcance, o que está previsto na Constituição Federal, porque, na vida, não há espaço para arrependimento, para acomodação, para o misoneísmo, que é a aversão, sem se querer perceber a origem, a tudo que é novo. Mãos à obra, a partir da confiança na índole dos brasileiros e nas instituições pátrias. (2001, p. 12)

Ainda mais clara e afinada se mostra a adequação da ação afirmativa ao nosso ordenamento jurídico com o verbo do inciso IV do mesmo art. 3º: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, pois o próprio texto determina uma **ação afirmativa**: aquela que promova o bem de *todos*. Houve uma grande alteração da essência e da aplicação do princípio da igualdade jurídica, com relevo dado à sua imprescindibilidade

⁸⁶ Mais que a erradicação da pobreza, bem pior é a situação predominante em bolsões enormes de nossa sociedade – a miséria – que reduz à total impraticabilidade o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Como bem ressaltado pela professora, “a pobreza extrema, qualificada pela miséria, destitui da pessoa a sua própria humanidade”. (ROCHA, 1996, p. 290)

para a transformação da sociedade, com a adoção de condutas ativas⁸⁷, a fim de se chegar a um novo figurino sócio-político mais livre, justo e solidário.

Como visto alhures, mais explícito se vislumbra o vínculo de correlação da ação afirmativa em função dos interesses constitucionalmente garantidos, se levarmos em consideração o disposto no *caput* do art. 5º, da Carta Magna. A alteração na disposição das palavras demonstra o especial cuidado com o tratamento da igualdade na estruturação de nosso sistema fundamental e, ainda expõe a extensão de sua obrigatoriedade ao legislador infraconstitucional, deixando flagrante seu avanço no texto, mais que apenas no seu contexto⁸⁸.

Destarte, resta superada aquela mera igualdade estática, negativa, anteriormente vislumbrada e assegurada. O grande avanço jurídico do princípio constitucional da igualdade é que esse passou de um momento em que por ele apenas se proibia a desigualação a uma fase em que por ele se propicia a promoção da igualação jurídica. Nas palavras de Cármen ROCHA, "O princípio constitucional da igualdade deixou de ser um dever social negativo para tornar-se uma obrigação política positiva". (1996, p. 294-295)

Tanto é assim que o art. 37, VIII, da Constituição da República estabelece a obrigatoriedade de reserva percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência⁸⁹. Sem

⁸⁷ Como verifica CESAR: "agir afirmativamente significa sair da situação de imparcialidade, neutralidade e letargia, em que se encontrava o Estado liberal clássico, para realizar algo de positivo quanto à desigualdade dos grupos discriminados". E exemplifica: "Isso pode ocorrer de várias maneiras, e entre as mais comuns estão os benefícios fiscais, os programas de inclusão, as metas e as cotas." (2003, p. 28)

⁸⁸ O direito-base da igualdade é reafirmado em normas gerais contidas no art. 5º, incisos XLI e XLII: há expressa determinação para o legislador infraconstitucional, segundo os quais, "a lei punirá qualquer discriminação atentória dos direitos e liberdades fundamentais" e "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".

⁸⁹ Referido preceito foi disciplinado pela Lei 8.112/90, tendo o Supremo Tribunal Federal já se pronunciado a respeito: "Administrativo. Concurso público. Reserva de vagas para portadores de deficiência. Art. 37, VIII, da CF. A exigência constitucional de reserva de vagas para portadores de deficiência em concurso público se impõe ainda que o

qualquer contestação, trata-se da expressão da concepção dinâmica e positiva do princípio da igualdade jurídica: uma categoria desigualada historicamente por preconceito ou discriminação injusta, que se pretende superar, desigualando, agora, positiva e afirmativamente⁹⁰.

Os portadores de deficiência vinham se ressentindo, desde a Antigüidade remota, das mais variadas formas de preconceitos. Como ilustra Ricardo Tadeu Marques da FONSECA:

(...) pelo exemplo dos Sirionos (tribo seminômade que habita a selva amazônica boliviana, próximo à fronteira com o Brasil) que costumam abandonar as pessoas com deficiência, idosas, ou com doenças que impeçam ou dificultem a movimentação da tribo. Os balineses (nativos da Indonésia), por sua vez, são impedidos de manter contato amoroso com pessoas que fujam do padrão estético ou comportamental em vigor. Sabe-se, ademais, que os astecas, de acordo com determinação expressa de Montezuma, confinavam as pessoas com deficiência em campos semelhantes a zoológicos para exposição e para escárnio público. Os hebreus proibiam as pessoas com deficiência de atuarem em atividades religiosas, por considerá-los pecadores atávicos punidos por Deus. A Lei das XII Tábuas previa, expressamente, autorização para que os *pater familias* eliminassem os filhos com deficiência, o mesmo ocorrendo em Esparta, onde as crianças portadoras de alguma deficiência eram projetadas, em cerimônia religiosa, do alto do Taigeto

percentual legalmente previsto seja inferior a um, hipótese em que a fração deve ser arredondada. Entendimento que garante a eficácia do art. 37, VIII, da CF, que, caso contrário, restaria violado. Recurso extraordinário conhecido e provido" (RE-227299-MG, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 06.10.2000, p. 98). É importante apresentar, também, que em nossa Carta Magna, um dos objetivos da assistência social é a "habilitação e a reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária" (art. 203, IV).

⁹⁰ Partindo da concepção de que o direito ao trabalho é fundamental para transformar pessoas em cidadãos plenos, temos a positivação da Lei n. 8.213/91 que obriga a todas as empresas privadas com cem ou mais funcionários a lotarem de dois a cinco por cento de seu quadro com pessoas deficientes. É que com o advento da Constituição Federal de 1988, as demandas por ações afirmativas começaram a sair do anonimato, atuando o texto constitucional como máxima expressão e diretriz de concretização da chamada discriminação inversa.

(abismo de mais de 2.400 metros de profundidade, próximo de Esparta). (FONSECA, 2006, p. 71-72)

Outra previsão que claramente apresenta o perfil de uma política de *ação afirmativa*, como aquela concebida no plano internacional – excepcionar o princípio da igualdade para conferir tratamento especial a certas pessoas ou a determinadas situações – encontra-se no art. 68, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que assegura a propriedade definitiva das terras ocupadas pelas comunidades remanescentes dos quilombos⁹¹.

Com fulcro nessa mesma linha, está a regra contida num dos princípios gerais da ordem econômica: no mesmo passo em que assegura a liberdade de iniciativa, prescreve uma definição voltada a uma *ação privilegiadora* para as empresas nela nomeadas, num reflexo ou desdobramento aplicado do princípio da igualdade jurídica tal como concebido no constitucionalismo contemporâneo. O aludido preceito dispõe:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IX – **tratamento favorecido** para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.
(*grifamos*)

Como aduz Cármen ROCHA,

É certo que a desigualação favorecedora, aqui, não tem a mesma natureza daquelas outras introduzidas

⁹¹ Cf. Manual *Direitos humanos no cotidiano*, os remanescentes de quilombos são comunidades negras rurais que reúnem descendentes de escravos, os quilombolas, com direitos específicos, enquanto grupos étnicos afro-brasileiros. Os fatores de definição da identidade de comunidades quilombolas são a experiência vivida e os valores compartilhados em sua trajetória comum. O uso da terra pelos quilombolas é coletivo, assentado em laços de parentesco e vizinhança. (2001, p. 81-93)

em passagens diversas do texto constitucional, quer-se dizer, não tem a mesma natureza de condição pessoal, étnica, racial, ou algo no gênero.

Mas **tem-se, com certeza, uma ação afirmativa determinada constitucionalmente** no sentido do favorecimento de um grupo que dispõe de condição social e econômica de tal forma especial que se considera necessário ser tratado diferentemente para ter as mesmas oportunidades de permanência e crescimento, no caso, na atividade econômica. (1996, p. 292 - *grifamos*)

Por fim, não há como não vislumbrarmos a acolhida formal da *ação afirmativa* no âmbito de nosso sistema jurídico, por força do disposto no § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, *verbis*:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (MORAES, 2005, p. 301)

Importa-nos, bem assim, mencionar o exemplo do amparo jurídico diferenciado em favor da minoria racial, assegurado no § 4º do art. 1º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial que o Brasil ratificou, sem reservas. Referido preceito prevê a possibilidade de “discriminação positiva” ao dispor:

§ 4º Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais e étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos. (MENEZES, 2003, p. 57)

Nesse mesmo sentido, cumpre também apresentar o disposto no inciso I do art. 4º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher:

A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados". (MENEZES, 2003, p. 57)

Assim sendo, não há como negar o cenário favorável ao amplo desenvolvimento das políticas de ação afirmativa em nosso sistema jurídico, posto que constituem o conteúdo próprio e essencial do princípio da igualdade dinâmico e positivo⁹². Nas palavras de Cármen ROCHA,

(...) não apenas a Constituição, mas o sistema jurídico nacional em sua inteireza curva-se, condiciona-se, efetiva-se pela apreensão do princípio figurado com aquela concepção consagradora da obrigação de adoção de comportamentos que afirmam diferenças injustas, historicamente ou mesmo no presente, para que se superem as discriminações e se tenha a prática eficaz da igualdade no Direito. (1996, p. 293)

O sucesso da implementação de medidas especiais que acelerem o processo de construção da igualdade depende da compreensão de que o direito à igualdade pressupõe o direito à diferença⁹³ e do reconhecimento da tarefa que temos diante de nós: a

⁹² Como apresentado por Dalmo de Abreu DALLARI: (...) a igualdade é reconhecida e proclamada como direito de todos os seres humanos. Para que esse direito seja efetivado não basta afirmar que todos são iguais perante a lei; é indispensável que sejam assegurados a todos, na prática, um mínimo de dignidade e igualdade de oportunidades. (DALLARI, 2004, p. 46)

⁹³ A mais contemporânea noção de igualdade é aquela que contempla no princípio isonômico a idéia de *diferença* como o anverso da própria igualdade. É o complemento

identificação do novo sujeito de direitos, do grupo de *não-iguais*, rompendo com o silêncio que sempre devotou com as práticas discriminativas.

Mister se faz, olhar ao nosso redor, reconhecer os problemas de nosso tempo – do absurdo contraste que condena grandes massas humanas à condição de *minoría*, por não deterem o poder – e, pôr em cena os mecanismos de aceleração positiva do processo de resgate da cidadania, como pressuposto para o convívio e o diálogo.

igualdade-diferença, embora conflituoso, que transmite o real conteúdo do princípio da igualdade, pois o direito à igualdade pressupõe a diferença, na exata medida em que a igualdade só existe com a diferença. Maria Celina Bodin de MORAES apresenta a seguinte reflexão: "Se não fossem iguais, os homens não seriam capazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, nem de prever as necessidades das gerações futuras. Se não fossem diferentes, os homens dispensariam o discurso ou a ação para se fazerem entender, pois com simples sinais e sons poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas. A pluralidade humana, afirma Hannah Arendt, tem este duplo aspecto: o da igualdade e o da diferença." (2003, p. 109)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao iniciar este trabalho, indagávamos sobre a justiça, a constitucionalidade e a adequabilidade social da ação afirmativa. Levantávamos a questão da exclusão de determinados grupos sociais e da necessidade de reconhecer meios efetivos para a realização de uma igualdade na realidade do direito e não apenas na letra da lei.

Buscamos respostas a tais perguntas axiológicas apoiados no direito como o sistema que deve dar conta tanto de demandas de justiça, quanto de eficiência política prática. Frente a toda essa crise de desconstrução, vislumbramos a possibilidade de manter o direito como ciência válida que busca construir algo, juntos, com tolerância e pluralismo, com um diálogo não-radical, mais reflexivo e menos excludente, sem disputas vazias de formas e linhas de pensamento.

Apresentamos, então, a compatibilidade das políticas de ação afirmativa com nosso sistema jurídico-constitucional. Tais políticas procuram, em seu escopo, reduzir o preconceito e a desigualdade, objetivos agasalhados por nossa Constituição. Aquele preconceito de tal forma arraigado na história das sociedades que nem mesmo figuras respeitadas, admiradas e reconhecidas pela defesa dos direitos iguais de todos, às vezes o reconhece. O preconceito que desigual sem causa humana digna.

Vimos que não se trata de uma política de privilégios, mas sim, da busca de realização da igualdade material, a partir de uma reinterpretação do conceito de igualdade formal. Sendo as minorias formalmente iguais e *materialmente* diferentes, a ação afirmativa é a transformação presente (oferecendo certas preferências) que marca um novo sinal de perspectivas futuras, firmadas sobre uma concepção nova, engajada e eficaz do princípio da igualdade jurídica. E então sim, o “todos são iguais perante a lei” poderia voltar a ter uma interpretação formalmente ortodoxa, porque materialmente já se haveria tornado mais próximo da realidade.

A justiça das medidas de ação afirmativa está que estas podem servir a fins eticamente aceitáveis de construir um mundo menos assimétrico no acesso ao poder e às possibilidades de vida. Traduz o verdadeiro primado do interesse histórico e integral da sociedade sobre o interesse momentâneo e singular do indivíduo.

Dizer que a ação afirmativa é tão-somente o inverso da discriminação, é esquecer que enquanto as práticas discriminatórias tradicionais têm por objetivo a perpetuação da desigualdade, as políticas de ação afirmativa têm por finalidade sua redução. Não há como fazer vista grossa dessa diferença de objetivo.

Não há retrocesso histórico. Há sim, um avanço jurídico do princípio isonômico, de um conceito constitucional, estático e negativo para um conceito democrático, dinâmico e positivo. É a tentativa de dar uma solução a um problema que é efetivo, concreto e limitador das possibilidades de vida de parte de nossa população.

Não podemos permitir que a exclusão social seja a triste regra anunciada para este início de milênio. A justiça pode levar à superação da exclusão social. A ação afirmativa reconstrói o tecido social, introduz propostas novas à convivência política, nas quais se descobrem novos caminhos. É preciso acolher as diversidades nas práticas sociais.

Trata-se de uma caminhada cujos atalhos deverão ser construídos enquanto se caminha. A configuração desses atalhos depende da sensibilidade dos envolvidos. A heterogeneidade emerge na medida em que se processam comparações, e, conforme os critérios que são utilizados, ora são ressaltadas as diferenças, ora as semelhanças.

Nessa direção se pode reafirmar que as práticas sociais devem estar fundamentadas na alteridade (olhar o outro no seu mundo de cultura), devem trabalhar com as diferenças de modo a reconhecê-las e valorizá-las, através do respeito a um direito social e justo para toda a sociedade e não só para uns poucos privilegiados.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1997.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

AURÉLIO, Min. Marco. *Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas*. Direito e sociedade. Curitiba, p. 1-14, v. 2, nº 2, jul/dez 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 59, out. 2002a. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>. Acesso em: 25 mar. 2005.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002b.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro, Estrela de Ouro, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988-1989. 2º. vol. arts. 5º a 17.

BESTER, Gisela Maria. *Direito constitucional*. v. 1. São Paulo: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. *Direitos humanos no cotidiano: manual*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, 2001

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CALMON, Pedro. *Curso de direito constitucional brasileiro – Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo, Freitas Bastos, 1951.

CAMBI, Eduardo. *Jurisdição no processo civil: uma visão crítica*. Curitiba: Juruá, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *O direito material e processual do trabalho e a pós-modernidade: a CLT, o CDC e as repercussões do novo Código Civil*. São Paulo: LTr, 2003.

CESAR, Raquel Coelho Lenz. *Ações afirmativas no Brasil: e agora doutor?* Revista Ciência Hoje. Rio de Janeiro, p. 26-32, v. 33, n. 195, jul/2003.

CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. *Dicionário de análise do discurso*. Coord. de tradução Fabiana Komesu. São Paulo: Contexto, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EAGLETON, Terry. *Depois da teoria: um olhar sobre os Estudos Culturais e o pós-modernismo*. Tradução de Maria Lúcia Oliveira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

ECO, Umberto; MARTINI, Carlo Maria. *Em que crêem os que não crêem*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 2004.

FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: RT e USP, 1973.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos jurídicos das ações afirmativas*. Rev. TST. Brasília, p. 72-79, v. 69, n. 02, jul/dez 2003.

FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa*. São Paulo: LTr, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUGEL, Maria Aparecida. *Discriminação nas relações de trabalho*. Curitiba: Genesis, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOZICKI, Katya. *Democracia radical e cidadania*. Reflexões sobre a Igualdade e a Diferença no Pensamento de Chantal Mouffe. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

LUDWIG, Celso Luiz. *Da ética à filosofia política crítica na transmodernidade: reflexões desde a filosofia de Enrique Dussel*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MANNION, James. *O livro completo da filosofia: entenda os conceitos básicos dos grandes pensadores – de Sócrates a Sartre*. Tradução de Fernanda Monteiro dos Santos. São Paulo: Madras, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. *Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de "ações afirmativas" em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (Affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Ação afirmativa: os modelos jurídicos internacionais e a experiência brasileira*. RT. Brasília, p. 39-61, v. 816, out 2003.

MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. Tradução Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2005.

MOUFFE, Chantal. *Teoria política, direitos e democracia*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS – TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

QUIRINO, Célia Galvão. *Tocqueville: sobre a igualdade e a liberdade*. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 1999.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. Revista de Informação Legislativa. Brasília. a. 33. n. 131. jul/set 1996. p. 283-295.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. v. 1. São Paulo: Cortez, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIANA, Márcio Túlio. *A proteção trabalhista contra atos discriminatórios (análise da Lei n. 9.029/95)*. In VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). *Discriminação: estudos*. São Paulo: LTr, 2000.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos na pós-modernidade*. São Paulo: Perspectiva, 2005.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

BENTO, Maria Aparecida Silva (Org.). *Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.

CARLOS, Vera Lúcia; MELO, Orlando de. *A discriminação no direito moderno*. Revista de direito do trabalho. Revista dos Tribunais. Ano 27. Janeiro-março de 2001. nº 101. p. 135-150.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *Efetividade e segurança jurídica – na evolução do pensamento ocidental*. Revista de direito do trabalho. Revista dos Tribunais. Ano 27. Abril-junho de 2001. nº. 102. p. 31-50.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

GIORDANI, Francisco A. da Mota Peixoto. *O princípio da igualdade e a atuação do Ministério Público enquanto parte*. Revista LTr. Vol. 67, nº 09, setembro de 2003. p. 1072-1080.

GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação da mulher no emprego: relações de gênero no direito do trabalho*. Curitiba: Genesis, 2003.

GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. *O direito da personalidade do Novo Código Civil e o Direito do Trabalho*. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo (Coords.). *O impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

LIGOCKI, Malô Simões Lopes; LIBARDONI, Marlene (Coord.). *Discriminação positiva – ações afirmativas: em busca da igualdade*. 2. ed. São Paulo: CFEMEA/ELAS, 1996.

MARQUES, Claudia Lima. *A crise científica do Direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa*. Revista Cidadania e Justiça da AMB. Ano 3 nº 6, 1º semestre de 1999. p. 237-248.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A pessoa portadora de deficiência e o mercado de trabalho*. Revista de direito do trabalho. Revista dos Tribunais. Ano 27. Janeiro-março de 2001. nº 101. p. 203-205.

MELO, Raimundo Simão de. *Discriminação, lista negra e direito de ação*. Revista de direito do trabalho. Revista dos Tribunais. Ano 29. Janeiro-março de 2003. nº 109. p. 179-182.

OLTRAMARI, Fernanda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. *A igualdade e a dignidade da pessoa humana e a discriminação dos homossexuais nos contratos de trabalho*. Revista de direito do trabalho. Revista dos Tribunais. Ano 29. Janeiro-março de 2003. nº 109. p. 21-39.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROBERT, Cinthia (Org.). *O direito do deficiente*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SÉGUIN, Elida. *Minorias*. In: SÉGUIN, Elida. (Coord.). *Direito das minorias*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

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

SISS, Ahyas. *Afro-brasileiros, cotas e ação afirmativa: razões históricas*. Rio de Janeiro: Quartet; Niterói: PENESB, 2003.

SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília, UnB, 2001.

SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: estudo empírico*. Tradução de Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2004.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993.

_____. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: RT, 1998.

TELLES, Gil Trotta. *Anotações jurisprudenciais à Constituição Federal de 1988*. Curitiba: Juruá, 2001.