

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ – UENP
CAMPUS DE JACAREZINHO - CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

FERNANDO DE BRITO ALVES

**PARA UMA FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS DE MINORIAS EM
TEMPOS DE TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA**

**JACAREZINHO
2009**

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ – UENP
CAMPUS DE JACAREZINHO - CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

FERNANDO DE BRITO ALVES

**PARA UMA FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS DE MINORIAS EM
TEMPOS DE TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Gilberto Giacoia

**JACAREZINHO
2009**

FERNANDO DE BRITO ALVES

**PARA UMA FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS DE MINORIAS EM TEMPOS DE
TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA**

Essa dissertação foi julgada adequada para obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada na sua forma final pela Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, na área: Justiça e Exclusão; linha de pesquisa: Função Política do Direito.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Prof. Dr. Gilberto Giacoia

Membro: .

Membro: .

Coordenador: Prof. Dr. Vladimir Brega Filho

Jacarezinho, _____ de 2009.

*Dedico este trabalho a Dom Fernando José Penteado,
Pastor, pai e amigo.*

Agradecimentos

À CAPES.

Preferia não ter que fazê-los, para não correr o risco de omitir algum agradecimento necessário. Mas como não agradecer seria igualmente injusto, rendo minhas homenagens especiais ao prof. Gilberto Giacóia, que me orientou na elaboração dessa dissertação. À profa. Sâmia Saad Gallotti Bonavides e ao prof. Reinéro Antônio Lérias que me iniciaram na pesquisa da temática das minorias. Ao Pe. Rafael Octávio Garcia e a Dom Fernando José Penteado pela amizade e apoio. Ao prof. Vladimir Brega Filho pela confiança que depositou em mim. Aos amigos de mestrado, Andréa Bulgakov Klock, Leila Diogo Medina, Luiz Fernando Kazmierczak e Roberto Lima Santos. Àqueles que foram meu porto seguro nos dias em pensei em desistir de tudo: Neto Périco, Renata Ramos e Dra. Áurea Chagas. Ao Lauro Suzuki, por tudo. A Natalina Costa por sempre fazer mais que o possível. Aos amigos de escritório que toleraram minhas ausências: Dr. Pedro Pavoni, Dra. Márcia Altvater e Suzana Caetano. Aos colegas de docência da Universidade Estadual do Norte do Paraná, especialmente a profa. Soraya Saad Lopes, parceira de projetos; da Fanorpi, especialmente a Dra. Claudia de Vico, Graça Zurlo e Ester Hinterlang; e do Seminário Diocesano Rainha da Paz, especialmente ao Pe. Antonio Carlos de Souza. Aos meus alunos, entre os quais destaco: Luis Otávio Vincenzi Agostinho e Thiago Hansen.

*"Tolerar a existência do outro e permitir
que ele seja diferente ainda é muito pouco.
Quando se tolera, apenas se concede,
e essa não é uma relação de igualdade,
mas de superioridade de um sobre o outro."
José Saramago*

A aprovação do presente trabalho não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora, ou da Universidade Estadual do Norte do Paraná à ideologia que o fundamenta ou que nele é exposta.

ALVES, Fernando de Brito. *Para uma fundamentação do direito de minoria em tempos de transição paradigmática*. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP: Jacarezinho, 2009.

RESUMO

Esta dissertação tem por objetivo estabelecer uma proposta de fundamentação dos direitos das minorias adequada a países de modernidade tardia, e em tempos de transição paradigmática. Propondo um diálogo da filosofia da diferença com a idéia transmodernidade, o texto sugere que para a efetiva inclusão das minorias é necessário um giro moderno e a reproposição da igualdade como valor absoluto. Isso porque o conceito de minorias é dado de forma qualitativa, a minoria encarna a diferença, sem reduzi-la à mera representação. Segue analisando os fundamentos constitucionais do direito das minorias, e apenas exemplificativamente, aborda o direito constitucional à inclusão social, que decorre tanto do Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 quanto dos objetivos fundamentais da República consignados no seu artigo 3º., e o princípio constitucional da igualdade que contém um comando de não discriminação que possui um viés negativo, e outro afirmativo, e desse segundo decorre outro fundamento constitucional dos direitos das minorias. Por fim, o texto encerra discutindo o fetichismo do discurso ou cabalismo político, e o problema do engajamento para que haja uma suplantação da retórica pela pragmática, no tocante a cidadania. Apenas exemplificativamente, são elencadas algumas conquistas de negros, mulheres e homossexuais, no longo percurso da construção da cidadania desses grupos minoritários.

Palavras-Chave: Direitos da Minoria; Fundamentação; Filosofia da Diferença.

ALVES, Fernando de Brito. *Reasons for the minorities rights in times of paradigmatic transitions*. Dissertation submitted to the Masters Degree Program in Law of UENP: Jacarezinho, 2009.

ABSTRACT

This thesis intends to establish one grounding purpose of minorities rights in late modernity countries. Proposing one dialogue of difference philosophy with the “trans-modernity” idea, the text suggests that, for a effective inclusion of the minorities, it’s necessary to have a “modern spin” and repurpose the equality as a absolute value. The reason is because the concept of minorities is given as a qualitative form, the minorities represents the difference, without minimizing it to mere representation. To further analyze the constitutional fundamentals of minorities rights, and as examples, address the constitutional right of social inclusion, which comes from the Preamble of the Federal Constitution of 1988, and from the fundamental objectives of the Republic, found in the third clause, and in the constitutional equality principle, which contains a no-discrimination command with a negative and affirmative bias, the last one comes from another constitutional plea of the minorities rights. At least, the text finishes discussing the discourse fetishism or the political cabalism, and the engagement problem for the true existence of shift of the rhetoric for the pragmatic, in the citizenship subject. Just for example, the text lists some conquests of the afro descendents, women and homosexuals, along the construction of the citizenship of those minorities groups.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. BREVES NOTAS DE FILOSOFIA DA DIFERENÇA E O PROBLEMA DA IGUALDADE	13
1.1 O estatuto ontológico das minorias.....	26
1.2 Diálogos transmodernos: o direito à diferença (direito das minorias) em tempos de transição paradigmática.....	31
2. O DIREITO CONSTITUCIONAL E AS MINORIAS	41
2.1 O direito constitucional à inclusão social.....	43
2.2 O princípio constitucional da igualdade.....	47
3. O PROBLEMA DO ENGAJAMENTO.....	64
3.1 O fetichismo no discurso.....	66
3.2 Da retórica à pragmática: democracia e direitos de minorias.....	69
4. OS DIREITOS DE MINORIAS NO CASO CONCRETO (ALGUNS APONTAMENTOS).....	75
4.1 Os negros.....	75
4.2 As mulheres	84
4.3 Os homossexuais.....	97
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	113
REFERÊNCIAS.....	117

INTRODUÇÃO

O presente trabalho cuida da fundamentação do direito de minorias na modernidade tardia e no contexto da transição paradigmática pela qual passa a contemporaneidade. Por modernidade tardia se entende o processo de profusão dos ideais modernos para a periferia do sistema capitalista na contemporaneidade, a despeito do colapso desses mesmos ideais no centro do sistema, aí também reside a mencionada transição paradigmática, que relaciona as idéias como fractais.

As promessas não-cumpridas da modernidade não são suficientes para fundamentar pretensões de inclusão pelas minorias, para tanto é necessário uma proposta que seja transmoderna, ou seja, que dialogue com os referenciais pós-modernos da filosofia contemporânea da diferença, sem deixar de afirmar a igualdade.

A dissertação inicia-se pela demarcação filosófica da idéia de minorias no marco teórico da filosofia da diferença, a partir de uma análise da crise do paradigma moderno. Fixa ainda como referencial para discussão dos direitos de minoria, a transmodernidade, que considera o mundo da vida, e a vida negada, àqueles que estão na periferia do sistema capitalista, e ainda assim, perseguem a realização da igualdade, a partir da inclusão e da emancipação das minorias e dos pobres.

A análise da vida negada constitui-se em verdadeira sociologia da ausência, para a superação dos modelos antitéticos de regulação/desregulação, típicos da modernidade, e para a construção de um modelo que de forma *antropofágica* sintetize os ideais de igualdade e liberdade.

Por outro viés, a afirmação da igualdade pode ser tomada como uma filosofia da negação, como afirmação do não-ser, da concretude, uma ontologia da imanência que transcende o solipsismo da substância em direção ao outro.

O segundo capítulo trata do direito constitucional à inclusão social e do princípio constitucional da igualdade. O primeiro decorre quer dos objetivos da República, consignados no artigo 3º. do texto constitucional, quer da sistemática principiológica por ele adotada. O segundo tem singular importância, sobretudo, quando utilizado para resguardar a igualdade material, ou quando enquadrado como limite objetivo a atuação do legislador que sempre deve ter por pressuposto de sua atividade

a promoção da igualdade e a inclusão.

A abordagem se inicia por uma história da ausência, de como a cidadania é construída às avessas e como o direito constitucional, especialmente, a contemporânea hermenêutica constitucional se esforça para introduzir no direito uma práxis inclusiva e totalizante, sem ser totalizadora.

O direito a inclusão social nasce da leitura sistêmica do texto constitucional, e embora não esteja explicitamente previsto no texto da norma, é expressão genuína da intenção do constituinte, que o deixou de forma indiciária, pulverizado por todo texto.

A igualdade é reproposta, para que, em uma espécie de giro moderno, sendo afirmada como “valor absoluto”, mas já desvinculada das utopias igualitaristas do século XX, é povoada pela diferença, e pela alteridade como valor. Igualdade que não tem como parâmetro a afirmação do mesmo e a redução do outro, mas a afirmação do outro como um singular.

No último capítulo são inventariadas algumas práticas estatais, da administração e judiciárias, tendo em vista a inclusão das minorias, e a tutela de seus direitos específicos. Mesmo que algumas sejam ainda denotadamente paternalistas, a maioria delas decorre de um processo histórico de luta pela afirmação das especificidades de cada grupo minoritário.

Apenas exemplificativamente, são abordados temas de direitos de minorias relacionados com os negros, as mulheres e os homossexuais.

Por certo que não existe pretensão de esgotamento no inventário das práticas dos grupos, do governo ou da sociedade civil, mas tão somente, o apontamento de alguns indícios de que as minorias, na medida em que se afirmam como sujeitos de direito, facilitam a afirmação de outros novos sujeitos de direito.

Discute-se, também, em que medida a afirmação dos direitos de diferença ocorre de forma concomitante à degeneração da identidade dos grupos que as reivindicam, numa espécie de aproximação que mascara o distanciamento e dissimula práticas que de forma sub-reptícia permanecem excludentes.

Tem-se, por fim, que a afirmação dos direitos das minorias na modernidade tardia, deve partir da afirmação assimétrica do outro, pela dialética da

diferença/igualdade. O interlocutor deste texto deve ter em sempre viva à memória a lembrança de que se trata de um trabalho de fundamentação crítica dos direitos de minorias, muito mais próximo da teoria ou filosofia do direito que propriamente da dogmática. Conquanto o autor não encare zetética e dogmática jurídica como instâncias antitéticas, a presente advertência se faz necessária.

Nesse sentido uma fundamentação genuína dos direitos de minorias passa pela ética da alteridade, pela transcendência do “eu-substância”, e por uma estética do múltiplo.

1. BREVES NOTAS DE FILOSOFIA DA DIFERENÇA E O PROBLEMA DA IGUALDADE

O conceito de minoria pode ser obtido de duas formas, pela afirmação do que as minorias são, ou pela afirmação do que as minorias não são que na epistemologia poderia ser designado por definição afirmativa ou negativa. Considerando que tudo foi negado as minorias, construir-se-á o seu conceito a partir daquilo que a distingue da maioria, ou das massas (Ortega y Gasset, 1987), ou seja, a diferença (conceito que deve ser tomando em sua acepção filosófica).

Diferença e minoria¹ podem ser tomadas como sinônimo a partir de então.

Normalmente se reconhece quatro pilares do *modus vivendi* ocidental: a filosofia grega, o direito romano, a religião cristã e a economia capitalista. Para se compreender o problema da igualdade² e por fim estabelecer o verdadeiro alcance do direito à diferença seria necessário reconstituir a problemática da igualdade/diferença nos quatro pilares acima referidos, o que oneraria em muito esta pesquisa.

Parte-se então da filosofia grega, como mote para reflexão, sem ignorar, no entanto, a existência de outras hipóteses e outros planos para discussão do tema proposto.

Tem-se por princípio que existem duas grandes tradições filosóficas

¹ “Não se toma a expressão *minoria* no sentido quantitativo, senão que no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros, que detêm o poder. 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” (ROCHA, 1996, p. 87). O conceito de minorias aqui é utilizado como sinônimo de “marginalizados”, para significar aqueles que estão à margem, fora do centro e distantes materialmente daqueles que tomam as decisões macropolíticas.

² Quando são relacionados igualdade, diferença e direitos de minorias é preciso recuperar a advertência de NANDY, quando comenta a posição contra-hegemônica de Gandhi na sua profunda crítica a civilização ocidental: “[...] a perspectiva de Gandhi desafia a tentação de igualar o opressor em violência e recuperar a auto-estima competindo dentro do mesmo sistema. A perspectiva assenta numa identificação com o oprimido que exclui a fantasia da superioridade do estilo de vida do opressor, tão profundamente estranha nas consciências dos que afirmam falar em nome das vítimas da história” (apud SANTOS, 2001, p. 374). Isso porque ao defender o reconhecimento dos direitos de diferença com estratégia de promoção da inclusão e da igualdade, não tem por pressuposto a superioridade do estilo de vida do opressor, mas se pretende garantir um *topoi* de emancipação que devolva às vítimas a vida negada.

que pensam a problemática da igualdade. Pensar a igualdade é, ao mesmo tempo, estabelecer sua principiologia, criar critérios de hermenêutica filosófica e aplicar dogmaticamente nas estruturas sociais esse conceito.

Saliente-se ainda, que Marx, na obra “*A ideologia alemã*”, afirma, polemizando com o idealismo hegeliano, que a superestrutura se forma a partir da infra-estrutura. Na infra-estrutura estão compreendidas relações materiais de ordem econômica e social, e na superestrutura relações imateriais, da ordem da religião, da cultura, do direito e da filosofia, por exemplo³.

Pensar o mundo como fato, sem pensar seus pressupostos, é para Marx o mais importante feito da ideologia (Cf. MILOVIC, 2004, p. 24). As abordagens metafísicas, ou estáticas, ignoram o problema dos pressupostos. Não pensar o outro, e não pensar o novo, como diria Hannah Arendt, é a condição do mal.

Emmanuel Levinas no *Diálogo sobre pensar-no-outro* afirmaria que:

[...] É possível perguntar-se se a materialidade da matéria em seus últimos “confinamentos”, sob a solidez do átomo de que falam os físicos, não seria o analogon da interioridade do ser puro antes da ética ou sem ela, absorvida em seu conatus essendi a guisa de eu-substância, analogon da solidez do sólido, da dureza do duro, já metáfora da crueldade do cruel na luta pela vida e o egoísmo das guerras. Tentação permanente de uma metafísica materialista! A ética, o cuidado reservado ao ser do outro-que-si-mesmo, a não-indiferença para com a morte de outrem e, conseqüentemente, a possibilidade de morrer por outrem, chance de santidade, seria o abrandamento desta contração ontológica que o verbo ser diz, o dê-inter-essamento rompendo a obstinação em ser, abrindo a ordem do humano [...] (2005, p. 268-269)

A filosofia da diferença se aproxima como projeto, da ética da alteridade de Levinas, já que procura descaracterizar o “eu-substância” como forma de superação do desinteresse pelo outro.

Fazer história da filosofia é um exercício delicado, porque não consiste apenas em repetir o que disse determinado filósofo ou determinada tradição filosófica,

³ “As idéias (*Gedanken*) da classe dominante são, em cada época, as idéias dominantes; isto é, a classe que é a força material dominante da sociedade é, ao mesmo tempo, sua força espiritual dominante. [...] As idéias dominantes nada mais são do que a expressão ideal das relações dominantes concebidas como idéias; portanto, a expressão das relações que tornam uma classe a classe dominante; portanto, as idéias de sua dominação” (Marx, K. Engels, F., 1986, p. 72)

mas fazer falar o que está subentendido em sua obra, o que está implícito, o “não-dito” (Cf. SHÖPKE, 2004, p. 13.). Cada interpretação consiste em fazer com que os filósofos digam mais do que efetivamente disseram, mas sem colocar palavras em suas bocas. Eis a dificuldade da tarefa que ora se inicia.

Miroslav Milovic, filósofo bósnio, atualmente professor da Universidade de Brasília, tendo vivido o problema contemporâneo da imposição de igualdades modelares e da ignorância deliberada das diferenças, afirmou que

[...] parece que toda a história da filosofia comete uma injustiça profunda, tematizando várias formas do Mesmo e esquecendo o Outro. Como tematizar o *Outro*? Podemos imaginar a relação de simetria entre Mesmo e Outro, mas neste caso a dúvida é saber se assim se afirma a posição autêntica dos *outros*. Outra alternativa seria a posição assimétrica em favor do Mesmo, o que a filosofia representa até hoje. A terceira alternativa seria a assimetria em favor do Outro. (2004, p. 117)

A principal noção filosófica do Mesmo é o conceito de representação, que prefigura os vários sistemas que afirmaram a simetria entre o Mesmo e o Outro, mas por conta das elaborações metafísicas, que é um tipo de pensamento estático, não criaram condições ao florescimento da multiplicidade dos outros; o conceito de representação também serviu para firmar a posição assimétrica em favor do Mesmo, como se verá a seguir. Apenas a filosofia da diferença foi capaz de alcançar o Outro e os outros, não apenas como representações, mas como imanência e subjetividade.

A filosofia clássica de um modo geral não consegue pensar a diferença em si mesma, sempre a submete à noção de representação. A noção de representação é antiga e remonta à filosofia pré-socrática.

Ela parte do pressuposto epistemológico de que existe identidade entre a idéia e o objeto pensado, entre o conceito e o ser, em última instância entre o ideal e o real. Não é à toa que o idealismo platônico é realista, ou melhor, a realidade para Platão, um dos grandes representantes da tradição clássica, é a idéia.

A transposição do dilema filosófico que envolve a identidade e a alteridade é facilmente incidente na cultura e no direito, como observou Marilena Chauí, referindo-se ao contexto da fundação do Brasil, ao afirmar que

As diferenças e assimetrias são sempre transformadas em desigualdades que reforçam a relação mando-obediência. O outro jamais é reconhecido como sujeito nem como sujeito de direito, jamais é reconhecido como subjetividade nem como alteridade. As relações entre os que se julgam iguais são de parentesco, isto é, de cumplicidade ou de compadrio, e entre os que são vistos como desiguais o relacionamento assume a forma de favor de clientela, de tutela e de cooptação (2000, p. 89)

Do ponto de vista epistemológico, é impossível pensar a teoria do conhecimento sem assinalar o surgimento da concepção moderna de representação e toda a discussão acerca deste tema no século XVII.

O Renascimento é marcado pela identidade idéia/objeto, ou seja, pela noção de representação⁴, ainda legatária da tradição da antiguidade mais difundida, e diferente da postulada pela filosofia moderna, já que com o nascimento do sujeito as idéias passam a corresponder de forma mais ou menos problemática à realidade exterior (Cf. FOUCAULT, 2000, p. 47-58). O cosmos (no Renascimento) é dotado de uma racionalidade que é possível conhecer, o ser é inteligível e o esforço que o homem faz para conhecer é apenas uma leitura das palavras que já estão inscritas nas próprias coisas.

A semelhança - similitude - ocupa o papel central nas relações de conhecimento. Este seria dado pela exegese, pela leitura dos signos/símbolos inscritos nas coisas. A representação se dá pela repetição do Mesmo⁵, do Idêntico lido nos objetos. O homem representa no intelecto a assinatura de Deus nas coisas.

Não há semelhança sem marcas, e são as próprias marcas que

⁴ Representação vem do termo latino *repraesentare*, a filosofia moderna enfatiza o prefixo *re-* que significa atividade do intelecto e sua interferência direta na manifestação-aparição do objeto, representar é atividade – especificamente depois do iluminismo e ainda hoje. Para os antigos a noção de representação é mais marcada, não pelo *re-* -atividade-, mas pelo *praesentare* que é o mesmo que apresentar, expor à vista – não “existe atividade” por parte do sujeito do conhecimento, já que cabe a ele apenas olhar o signo que se torna presente-. Isso não exclui os problemas de interpretação e não reduz a verdade e a falsidade a mesma coisa, já que são possíveis erros de leitura/interpretação.

⁵ O Mesmo tem o máximo de potência de repetição, ele insiste, porque se repete sempre idêntico, o signo objeto se repete no signo sujeito, pela leitura, por isso a realidade da representação/palavra corresponde imediatamente à realidade exterior (coisa). Uma crítica, interessante, do Mesmo pode ser encontrada no “Assim falou Zaratrusta” de Nietzsche na III parte: *Da visão e do enigma* e *O convaléscente* (2000, p. 118-122; 165-171) e em “Diferença e Repetição” na Conclusão: *Os três sentidos do Mesmo: a ontologia, a ilusão e o erro* (1988).

tornam as coisas visíveis. O homem é um leitor e, pela erudição (*eruditio*) resgata o frescor da palavra e conhece a própria essência da coisa. O universo é um grande livro a ser interpretado, portanto, a verdade de todas as marcas deixadas pelo criador é em toda parte a mesma, é a marca divina na natureza, por isso a interpretação dos signos leva à verdade.

Interpretar é entreglossar os signos deixados nas coisas. O discurso é um segundo em relação ao discurso que está escrito/inscrito nelas. O conhecimento é hermenêutico e será mais ou menos veraz na medida em que se aproxima ou não do discurso divino imanente aos objetos do conhecimento.

Problemas com a noção de representação surgem de inquietações sobre em que medida o signo estaria ligado ao que ele designa. Como garantir a identidade da re-presentação em relação ao objeto, já que ela é um segundo em relação a ele?

A verdade, a partir de Descartes, que promove o deslocamento da erudição para a comparação, encontraria sua manifestação e seu signo na percepção evidente e distinta. Compete às palavras traduzir o signo se o podem, não terão mais direito de ser sua marca, a linguagem se retira do meio dos seres para entrar na sua era de transparência e de neutralidade. Agora não se tem mais a certeza evidente da identidade do sujeito e do objeto, existe uma dúvida/problema que caracterizará a diferença.

Michel Foucault afirmaria que, com o surgimento da modernidade,

... a escrita cessou de ser a prosa do mundo; as semelhanças e os signos romperam sua antiga aliança; as similitudes decepcionam, conduzem à visão e ao delírio; as coisas permanecem obstinadamente na sua identidade irônica: não são mais do que o que são; as palavras erram ao acaso, sem conteúdo, sem semelhança para preenchê-las, não marcam mais as coisas; dormem entre as folhas dos livros, no meio da poeira. (1999, p. 65)

Evidentemente, tal tradição filosófica não poderia pensar a diferença em seu sentido próprio, porque inevitavelmente estabeleceria identidade – no seio da diferença – entre o seu conceito e a realidade. Há aí, uma espécie de *contraditio in adjecto*, como diriam os lógicos.

A diferença não é representável. Pensar a diferença é descaracterizá-la. Temos aqui um evidente limite epistemológico para pesquisa. Como afirmar a existência de um eventual direito à diferença, se a diferença não pode ser traduzida, sem que se desnature?

Ainda nesse mesmo sentido, partindo do paradigma positivista de direito, inegavelmente ainda hoje predominante, que identifica direito e lei, como pensar um direito (lei) que não seja universal, no sentido de atingir de forma *igualitária* e *idêntica* a todos os homens?

É nesse sentido que Regina Schöpke afirma que:

[...] a representação clássica não pode dar conta da *diferença* sem com isso modificar a sua natureza rebelde. Isso que dizer que a diferença só pode ser objeto de uma representação, seja ela “orgânica ou orgiástica”, se for mutilada em “sua essência” mais profunda. A *diferença*, de fato, torna-se pensável, mas somente e tão-somente enquanto encontra-se submissa aos liames mediadores da representação, ou seja, à quádrupla sujeição da representação: a *identidade* no conceito, a *oposição* no predicado, a *analogia* no juízo e a *semelhança* na percepção. (2004, p. 22)

Pensar a diferença sem a mediação da representação é reduzi-la ao não-ser. A diferença quando representada fica apenas na generalidade, na abstração; como *descontinuidade* a diferença sequer pode ser representada, sem que se torne inimiga do próprio pensamento.

Tem-se evidenciada, porquanto, uma dupla dificuldade. Primeiro em pensar a diferença e segundo em pensar um direito que considere a diferença.⁶

A consideração da representação de homem como sujeito de direitos é sem dúvida um dos grandes limites para a discussão jurídica da diferença. Não é sem propósito que a noção de *homem médio*, herdada da ética aristotélica, é tão cara ao direito, mormente ao direito civil.

⁶ É importante ressaltar que vários doutrinadores do direito se preocuparam com a temática da igualdade – principalmente e de um modo geral os teóricos da justiça -, e de sua relação com o direito e a justiça. As questões mais propriamente jurídicas serão esboçadas no segundo capítulo. O objetivo dessa grande lente é estabelecer um esboço interessante sobre o problema filosófico da igualdade e da diferença, e na medida do possível relacioná-lo com o Direito. Direito e filosofia como dados da superestrutura revelam as posturas sociais correntes em determinados contextos históricos. Entender o porque da noção de diferença não conseguir ser pensada de forma adequada pelo pensamento corrente, é lançar luzes sobre a problemática da exclusão. O que se exclui não é o idêntico a si, mas o diferente.

Miguel de Unamuno, literato espanhol, lança alguma luz sobre a polêmica, quando esclarece qual homem realmente existe:

Por que há outra coisa, a que também chamam homem e que é o sujeito de não poucas divagações mais ou menos científicas. É o *bípede implume*, (...) da lenda de Aristóteles, o *contratante social* de Rousseau, o *homo economicus* dos manchesterianos, o *homo sapiens* de Lineu, ou, se preferirem o mamífero vertical. Um homem que não é daqui ou dali, desta ou de outra época, que não tem sexo nem pátria - uma idéia enfim. Isto é, um não-homem. O nosso é outro, o de carne e osso: eu, você, (...) aquele outro de mais além, todos os que pisamos sobre a terra. (1996, p.93)

Só é possível pensar o direito à diferença se for possível pensar o homem concretamente. Isso significa que é necessário retirar da filosofia seu falso ar de inocência, e reconhecer que posturas filosóficas esboçam posicionamentos pragmáticos incontestavelmente diferentes e às vezes perigosos.

Regina Schöpke afirma que:

Inegavelmente, essa lamentável orientação da filosofia [*a que nos referíamos alhures*] levou a uma confusão dos ideais do pensamento com aqueles defendidos pelo Estado, pela religião e pela moral vigente. “Sem derrubar os sentimentos estabelecidos”, a filosofia fez do pensamento um puro ato cognitivo – uma faculdade “reconhecadora” do mundo e dos valores. Impedindo o exercício de sua natureza criativa e absolutamente insubordinada, a filosofia fez do pensamento um “bom moço”, sempre complacente com as tolices do mundo. Mas como diz Deleuze, eis que surgem os gritos apaixonados... Ah! Esses sujeitos de má vontade... Por que querem mudar aquilo que todos aceitam de bom grado e sem qualquer reflexão? Quem lhes dá o direito de levantaram a voz para dizer que não sabem aquilo que “todo mundo sabe”?

O pensamento como afirmação da *diferença*, como afirmação de nossa própria diferença. É isso que defendem os “filósofos da diferença”, os “pensadores nômades” – aqueles que não se enquadram em modelos prévios. Fazer do pensamento um “modo de existência”, uma “máquina de guerra nômade” cujo maior desafio é permanecer livre dos modelos da representação, livre da Moral que tornou o pensamento um beato companheiro dos poderes vigentes. Este é o maior objetivo de Deleuze (e também era o de Nietzsche); lutar sobretudo contra as idéias de *transcendência* e de *verdade absoluta*. (2004, p. 29)

A tradição filosófica antagônica a que se chamou de clássica⁷ é denominada filosofia da diferença ou de pensamento nômade. Sua principal característica é, em oposição ao pensamento de sobre-vôo, a consideração da diferença em si mesma.

Tal forma de abordagem tem início na filosofia pré-socrática, com Heráclito e seus esforços em pensar o devir.

Para os filósofos da diferença, ao contrário do que ocorreria com os metafísicos antigos, por exemplo, a relação fundamental que se estabelece entre os seres, e entre os entes e a idéia é do diferente com o diferente, e não do semelhante com o semelhante. Isso porque não existe identidade no plano ideal e tampouco no real.

A questão da diferença não despreza de todo a metafísica, ou a problemática ontológica.

[...] o aprofundamento do conceito de *diferença pura* nos leva inevitavelmente ao conceito de ser, mesmo que de uma forma totalmente nova. Vejamos a questão mais de perto: para Deleuze, o ser é *unívoco*, mas isso não quer dizer que ele seja uno (ou seja, que exista um único e mesmo ser para todas as coisas, tal como em Espinosa). Para ele, não existe um ser, mas múltiplos seres. Assim, *unívoco* quer dizer, especificamente, uma “só voz” para toda uma multiplicidade de seres. Em outras palavras, todos “dizem” da mesma maneira, isto é, em sua própria *diferença*. (SHÖPKE, 2004, p. 15)

A tradição filosófica da metafísica clássica, que aqui bem poderia ser chamada de filosofia estática, quando desloca sua reflexão para o problema do homem, produz um tipo de filosofia totalitária que pensa existir apenas um homem que só analogamente recebe o estatuto de ser. A filosofia da diferença, ao contrário, tende a reconhecer a multiplicidade e a fragmentação da realidade, criando agora condições de se estabelecer uma filosofia epistemologicamente totalizante, não mais

⁷ Note-se que a tradição filosófica clássica para a maioria dos historiadores da filosofia é aquela da antiguidade clássica. Neste trabalho monográfico, o denominado pensamento, ou filosofia clássica é aquela que pensa a diferença a partir da noção de representação e identidade, que tem suas origens na antiguidade clássica, mas que tem representantes inclusive na contemporaneidade. A filosofia da diferença chamará a tradição clássica de pensamento de sobre-vôo. A tradição clássica é marcada por suas preocupações metafísicas, que a fazem permanecer distantes da realidade – em sobre-vôo.

totalitária, com relação à compreensão do homem, outorgando assim estatuto ontológico de homem e ser, também às crianças, mulheres, negros, homossexuais, etc.

Considerar a diferença em si mesma, sua gênese/genealogia, e sua ontologia é um importante passo na construção da Ética e do Direito da Alteridade, tão preconizada na contemporaneidade por Hannah Arendt e outros.

O antropólogo C. R. Brandão, ainda que tenha posição um pouco diferente da aqui adotada – embora convergente –, explica como o problema da igualdade e da diferença se articulam nas práticas de dominação e de exclusão.

A história dos povos repete seguidamente a lição nunca aprendida de que os grupos humanos não hostilizam e não dominam o “outro povo” porque ele é diferente. Na verdade, tornam-no diferente para fazê-lo inimigo. Para vencê-lo e subjugar-lo em nome da razão de ele ser perversamente diferente e precisar ser tornado igual: “civilizado”. Para dominá-lo e obter dele os proveitos materiais do domínio e, sobre a matriz dos princípios que consagram a desigualdade que justifica o domínio, buscar fazer do outro: o índio, o negro, o cigano, o asiático, um outro eu: o índio cristianizado, o negro educado, o cigano sedentarizado, o asiático civilizado. Todos os que são a *minoría* dos diferentes ou a *maioría* dos dominados, revestidos do verniz civilizatório daquilo que às vezes se simplifica enunciando que equivale a penetrar na *cultura ocidental*, o lugar social adequado à identidade mais legítima.

O artifício do domínio – aquilo que é real sob os disfarces dos “encontros de povos e culturas diferentes” – é o trabalho de tornar o outro mais igual a mim para colocá-lo melhor a meu serviço. Ao escravo trazido nas caravelas se batizava no porto de chegada. A consciência ingênua acreditava com isso salvá-lo. Mas o senhor que atribuía ao negro servo um nome de branco, cristão, em troca do nome tribal do lugar de origem, sabia que a água do batismo era apenas uma porta líquida de entrada na redução necessária das diferenças que tornam eficazes os usos da desigualdade. É importante que o escravo fale a língua do senhor para compreendê-lo e saber obedecer. É preciso que possua a mesma fé, para que no mesmo templo faça e refaça as mesmas promessas de obediência e submissão aos poderes ocultos da ordem social consagrada. Promessas que o senhor paga com a festa e o servo com o trabalho.

Assim, aos filhos dos índios abriam escolas e sobre os seus corpos punham roupas de algodão. E se louvava deixarem de comer carne humana, enquanto as cifras geométricas do morticínio dos índios eram civilizadamente escondidas dos assuntos da “vida nacional”. Aos índios se “reduzia”, se “aldeava”, se “civilizava”. Não para serem iguais aos brancos, sendo índios, mas para serem desiguais sem tantas diferenças e assim servirem melhor, mortos ou subjogados, aos

interesses dos negócios dos brancos. [...] (BRANDÃO, 1986, p. 7-9)

Evidentemente, Brandão tem por pressuposto que a diferença é mera ficção e que os homens seriam iguais por natureza. O que se pretende questionar é a existência mesmo dessa tal *igualdade por natureza* que os homens teriam.

Os homens não são iguais por natureza. Cada homem é profundamente diferente, e só o reconhecimento dessa diferença natural possibilita a implementação de práticas equalizantes.

Pondera Miroslav Milovic (2004, p. 50-60) que os Outros aparecem na história da filosofia como possibilidade de superação do solipsismo produzido pela noção de representação, principalmente da filosofia moderna, que inaugurada por Descartes com o *Cogito*, permanecera centrada na subjetividade e no problema do subjetivo-objetivo, sem fazer referência à “outras subjetividades”. O problema do Outro, e subseqüentemente o problema da diferença, não nasce como referência social, mas como desdobramento da fenomenologia, o que significa que ele existe apenas quando aparece à minha consciência. Não se constituiu uma forma de pensar o outro sem referência ou analogia a consciência, o que fez com que o problema do Outro permaneça no âmbito subjetivo/objetivo.

Os frankfurtianos perceberam a que nos levaria a racionalidade moderna, o que faz com que Theodor Adorno teça fortes críticas do projeto da modernidade tanto na *Dialética do esclarecimento* (1997) quanto na *Dialética negativa* (1982). A saída aparente da crítica ou dialética – razão que pensa contra si mesma – é a reafirmação da natureza, do não idêntico, da diferença, em oposição às formas de identidade modernas. A dialética negativa de Adorno poderia ser considerada o primeiro projeto de afirmação da diferença.

Wittgenstein, Gadamer, Rorty, e Habermas (Cf. MILOVIC, 2004, p. 52-66 passim) teceram não poucas críticas a Escola de Frankfurt, mas continuaram o projeto de pensamento do Outro, ainda que alguns tenham assimetricamente pendido para o Mesmo.

Habermas, que entre os filósofos acima referidos parece que mais se aproximou da filosofia da diferença de Levinas e Deleuze, substituiu a subjetividade

pela intersubjetividade como fundamento da racionalidade e da sociedade racional, numa tentativa de transpor o monólogo do sujeito. A saída comunicativa de Habermas, para o solipsismo da modernidade, por conta do seu marxismo imanente, se constitui também como projeto de libertação, ainda que em alguns momentos pareça que o diálogo habermasiano soe como apenas formal.

Na verdade, a representação e a igualdade se constituem como instâncias seletivas de valor, a serviço dos ideais morais (Cf. SHÖPKE, 2004, p. 23), como já denunciara Nietzsche na *Genealogia da Moral*, desprezando tudo o que não se enquadra em modelos específicos ou paradigmáticos. Quando Platão despreza os simulacros – nossa realidade fenomênica – em última instância, de acordo com Deleuze, ele estaria condenando toda forma de manifestação da diferença livre, tudo o que recusa a modelos impostos. O simulacro, nesse sentido, contestaria a existência tanto da cópia quanto do original, e por compreender em si a diferença, seria tão indesejável ao espírito.

O filósofo bósnio citado no início deste capítulo, dialogando com a filósofa judia Hannah Arendt pondera que ela,

[...] acredita que a separação platônica do ser e a aparência marca um passo histórico não só para a vida dos gregos, mas para todo o caminho posterior da civilização. A desvalorização da aparência e a afirmação do ser são os aspectos da reviravolta na vida dos gregos e do Ocidente europeu. Com isso, tem início uma tirania própria à razão e dos padrões na nossa vida. Isso é o que Nietzsche diagnostica como o começo do niilismo na Europa. A estrutura já determinada, estática, entre o ser e a aparência, tem conseqüências catastróficas para o próprio pensamento. Ele se torna mera subsunção das aparências às formas superiores do ser. Nesse mundo tão ordenado, quase não temos que pensar mais. O pensamento não altera a estrutura dominante do ser. Essa inabilidade do pensamento termina nas catástrofes políticas do nosso século. Tantos crimes, mas quase sem culpados. O indivíduo que não pensa se torna cúmplice dos crimes: essa é a banalidade do mal diagnosticada por Hannah Arendt como a conseqüência dessa tradição filosófica que quase mumificou a estrutura do ser e nos marginalizou. (MILOVIC, 2004, p. 92-93)

Pensar a diferença por si é pressuposto fundamental para se discutir as grandes questões da justiça e da igualdade. Considerar que o conceito de diferença, como todos os outros conceitos e todas as idéias, não passa de

virtualidade, de ficção, é imperioso para concluir que o Homem não existe, muito menos a Humanidade como essência metafísica; o que existem são homens *in concreto*, são seres diferentes do ponto de vista biológico, social, econômico, antropológico etc. que convivem e partilham de um mesmo macro-espço. Reconhecer a alteridade é pressuposto ético para a construção/reconhecimento do direito à diferença.

É necessário, ainda alguma reflexão sobre o que Antônio Flávio Pierucci denominou de *ciladas da diferença* em um artigo publicado na Revista de Sociologia da Universidade de São Paulo em 1990 (p. 7-34), depois republicado em obra que teve por título a expressão acima destacada. De acordo com o referido autor o discurso da diferença vem da direita,

Dito de outro modo: o pavilhão da defesa das diferenças, hoje empulhado à esquerda com ares de recém-chegada inocência pelos “novos” movimentos sociais (o das mulheres, o dos negros, o dos índios, o dos homossexuais, os das minorias étnicas ou lingüísticas ou regionais, etc.) foi na origem – e permanece fundamentalmente – o grande signo/desígnio das direitas, velhas ou novas, extremas ou moderadas. Pois, funcionando no registro da evidência, as diferenças explicam as desigualdades de fato e reclamam a desigualdade (legítima) de direito. *Différence oblige, chacun à sa place.*(1999, p. 19)

De acordo com o referido autor, o discurso da diferença foi amplamente utilizado pela ultradireita da França pós-revolucionária⁸, para fazer frente aos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade jacobinos.

Sustenta Pierucci, não sem razão, que a *rejeição da diferença vem depois de sua afirmação enfática* (op. cit., p. 27). E que o discurso não palatável para a direita de um modo geral, é o discurso dos Direitos Humanos, “o discurso revolucionário da igualdade, seja a igualdade diante da lei, seja a igualdade de condições econômicas (a conquistar como direito), seja a igualdade primeira de pertencermos à mesma condição ao nascer” (op. cit., p. 29).

O que Pierucci pretende é alertar para o uso do discurso da diferença como lugar comum da luta dos movimentos sociais que reivindicam o direito à diferença, e esse lugar comum é absolutamente impróprio na medida em que é a

⁸ O conservadorismo político-social é, de acordo com Mannheim, verdadeira contra-utopia (1968, p. 253)

incorporação de um discurso reacionário que se encaminha justamente para o que pretende combater.

Não haveria crítica filosófica, ou análise do discurso da diferença, principalmente do discurso esquerdista de diferença, e essa falta de questionamento dos pressupostos levaria a ciladas, por ignorar, por exemplo, “*que não se pode afirmar uma diferença sem afirmar ao mesmo tempo uma diferença de valor*” (Cf. TAGUIEFF, 1987, p. 329-330.); outro problema seria a utilização política do discurso da diferença de forma prejudicial às minorias como o fora no paradigmático caso Sears⁹.

A argumentação de Pierucci é bastante sedutora, no entanto, é preciso fazer algumas ressalvas. O discurso da igualdade como preconizado por Pierucci pode ser utilizado de forma tirânica, se for posto a serviço de grupos hegemônicos descomprometidos com um projeto de efetiva equalização das diferenças sem a sua supressão. Em outros termos, o argumento que ele se utiliza para atacar o discurso da diferença serve também contra os seus propósitos.

A filosofia da diferença ao contrário do que afirmaria o autor acima citado não hierarquiza quando diferencia. A filosofia da diferença reconhece a *diferença* dos múltiplos existentes que estão alocados no mesmo plano de imanência (ontológico e deontológico), não existe, portanto, a hegemonia massacrante de um único ser doador por analogia do *ser dos outros seres*. Na verdade a hierarquização como subproduto da diferenciação só acontece na metafísica, clássica ou moderna.

Hannah Arendt afirmaria que

⁹ A prof.^a Barbara Weistein, do Departamento de História da Universidade de Nova Iorque, analisando o caso afirmou que a “*tensão entre "igualdade e diferença" levou a certas implicações imprevistas. O melhor exemplo disso é o caso "Sears." Um grupo de mulheres que trabalhavam para Sears processou a empresa por ter excluído mulheres dos cargos mais lucrativos nas lojas. A Sears se defendeu usando o livro de uma historiadora feminista (que publicamente se posicionou em favor das mulheres que processavam a Sears), mostrando que a mesma historiadora, Alice Kessler-Harris, reconheceu no seu próprio livro que as mulheres tradicionalmente trocavam salário por horas mais flexíveis ou por condições de trabalho mais relaxadas, porque as suas prioridades eram diferentes dos homens. Ela insistiu no livro que a trabalhadora era diferente do trabalhador (não apenas no sentido da "construção" mas no sentido "real"), e usava seus próprios instrumentos de resistência e negociação. Qual foi o resultado deste discurso sobre a diferença? A Sears ganhou. Então, de certa forma, os trabalhos da nova história cultural, e os novos conceitos de identidade, podem ser vistos como uma tentativa de encontrar uma saída da seguinte dicotomia: ou você se assimila ao "mainstream," aos valores normativos da cidadania norte-americana, ou você rejeita a assimilação e privilegia seu estado "marginal," sua alteridade." In: A pesquisa sobre a identidade e a cidadania nos EUA: da nova história social à nova história cultural. Revista Brasileira de História, São Paulo, 1988. vol 18, n.º 35., disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-01881998000100011&script=sci_arttext#not37 acesso em 28 de agosto de 2006.*

O conceito de direitos humanos baseados na suposta existência de um ser humano em si, desmoronou no instante em que aqueles que diziam acreditar nele se confrontaram pela primeira vez com pessoas que realmente haviam perdido todas as outras *qualidades e relações específicas* – exceto que ainda eram humanos. O mundo não viu nada de sagrado na *abstrata nudez* de ser unicamente humano (1978, p. 385)

O que Hannah Arendt pretende é afirmar que a metafísica moderna dos iluministas não é capaz de fundamentar os Direitos do Homem, porque *existe nada de sagrado na abstrata nudez de ser unicamente humano*. É preciso construir não apenas uma ética da alteridade, mas também uma estética da alteridade. Slavoj Žižek propõe a substituição da visão locamana, pela visão em paralax, afirmando que:

A definição padrão de paralaxe é: o deslocamento de um objeto (mudança de sua posição em relação ao fundo) causado pela mudança do ponto de observação que permite nova linha de visão. [...]
O real paralático, portanto, opõe-se à noção padrão (locamana) do Real como aquilo que “sempre” volta ao seu lugar, como aquilo que permanece o mesmo em todos os universos (simbólicos) possíveis: o Real paralático é, antes, aquele que explica a própria multiplicidade de aparências do mesmo real subjacente – não é o núcleo duro que persiste o mesmo, mas o osso duro do conflito que pulveriza a mesmice numa miríade de aparências. (2008, p.32-44 *passim*)

Só a consideração das diferenças específicas, das particularidades concretas, das inferioridades provocadas, das fragilidades deliberadamente mantidas, das exclusões de toda sorte, é que poderão justificar uma postura jurídica universalista e libertadora. E esse universalismo não é retorno a razão nua, mas a construção de um mosaico que no fim das contas aglomera diferenças e as articula de forma criativa e produtora de sentido de inclusão e justiça.

1.1 O estatuto ontológico das minorias

O grande desafio da teoria do direito ao tentar incorporar os temas relacionados com a diferença, e dentre eles, o direito das minorias, é que a idéia de

diferença é inimiga do pensamento e do próprio direito, inimiga do pensamento como representação e do direito como mantenedor de relações de poder.

Diferença e minorias acabam por traduzir um mesmo rizoma¹⁰. Isso porque como afirmou Paul Valéry em “A política do espírito” (apud NOVAES, 2004, p. 11):

O mundo moderno em toda a sua potência, de posse de um capital técnico prodigioso, inteiramente penetrado de métodos positivos, não soube, entretanto, estabelecer uma política, uma moral, um ideal, nem leis civis ou penais que estivessem em harmonia com os modos de vida que criou e mesmo com os modos de pensamento que a difusão universal e o desenvolvimento de certo espírito científico impõem pouco a pouco a todos os homens

Na obra “As Palavras de Freud”, Paulo Cezar de Souza atribui a Freud a seguinte afirmação:

Quem na sua própria juventude provou as misérias da pobreza, experimentou a insensibilidade e o orgulho dos ricos, encontra-se certamente ao abrigo da suspeita de incompreensão e de falta de boa vontade ante os esforços tentados para combater a desigualdade das riquezas e tudo quanto dela decorre. Na verdade, se esta luta invocar o princípio abstrato, e baseado na justiça, da igualdade de todos os homens entre si, será demasiado fácil objetar que a natureza foi à primeira, através da soberana desigualdade das capacidades físicas e mentais repartidas pelos seres humanos, a cometer injustiças contra as quais não há remédio. (1999, p. 57)

Freud apresenta o clássico discurso de manutenção da desigualdade como algo de irremediável, de inevitável, ou de natural. Tal noção é antiga na história

¹⁰ Rizoma é um conceito filosófico bastante específico e serve para designar um modelo descritivo ou epistemológico na filosofia de Deleuze e Guatarri. É necessário esclarecer que o conceito é polissêmico podendo tomar contornos distintos relacionados com o uso pretendido. Na obra *Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia* (1995) os autores sugerem que rizomas são hastes subterrâneas que se distinguem das raízes e das radículas. Bulbos, tubérculos seriam rizomas. Até animais o seriam na forma de matilha. O rizoma é nesse sentido ao mesmo tempo habitat, deslocamento, evasão e ruptura. Rizoma é um sistema a-centrado, não possui hierarquia, não é estruturado, não é significante, não possui uma memória organizacional. A afirmação de que minorias e diferenças traduzem um mesmo rizoma, implica em que direitos de diferença sejam direitos de minorias e o contrário. Isso significa também que os direitos da maioria, em sentido próprio talvez não pudessem ser invocados como direitos legitimamente atribuídos às majorias, em um recorte epistemológico ou modelo descritivo que pensa o direito em seu caráter contrafático, garantista e inclusivo.

do pensamento ocidental e pode ser encontrada nas páginas dos mais eloqüentes iluministas¹¹, notadamente conhecidos pelo combate das desigualdades; luta, inclusive, consagrada pelo primeiro artigo da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, ou mais antigamente, remontando a tradição que tem origens no pensamento de Aristóteles.

Ainda que a igualdade ali proclamada fosse meramente formal, já que o referido artigo em seguida, na sua parte final, justificasse a manutenção de

¹¹ É o caso de Hobbes, ainda que alguns o prefiram no contexto da filosofia moderna, do ponto de vista da filosofia política, ele é negavelmente iluminista, tendo em vista o teor de sua proposta. Ele afirmara que os pressupostos que fundamentam a construção do Estado são dois: 1 – embora todos os bens sejam relativos, há entre eles um bem primeiro e originário, que é a vida e sua conservação (e sobretudo um mal primeiro, que é a morte). 2 – ele nega que existam justiça e injustiças naturais, já que não existem valores absolutos. Para ele, os valores são frutos de convenções estabelecidas por nós mesmos. Hobbes criticava profundamente a noção aristotélica de que os homens são animais políticos por natureza. Para ele cada homem é profundamente diferente dos outros homens e, portanto, deles separado – é um átomo egoísta. Assim, cada homem não é de modo algum ligado aos outros homens por consenso espontâneo como os animais. Existem entre os homens motivo de contenda, inveja, ódios, sedições. No caso do homem o bem privado difere do bem público, isso não ocorre com os animais. Os homens percebem os defeitos em sua sociedade. Os homens não têm palavra, os homens se censuram, ainda nos homens o consenso não é natural. As diferenças dos homens são, em outros termos, naturais, e só podem ser superadas pela construção de um Estado Totalitário, em cujo, Soberano, acima do pacto fundante, é o garantidor de sua estabilidade, e em última instância da justiça para os súditos.

Rousseau caminha em outro sentido. No "Discurso sobre as ciências e as artes" (1750), articulou o tema fundamental da sua filosofia social: o conflito entre as sociedades modernas e a natureza humana e ressalta o paradoxo da superioridade do estado selvagem, proclamando a "volta à natureza". Ao mesmo tempo denuncia as artes e as ciências como corruptoras do homem.

Foi característico do Iluminismo, o pensamento de que a sociedade havia pervertido o homem natural, o "selvagem nobre" que havia vivido harmoniosamente com a natureza, livre de egoísmo, cobiça, possessividade e ciúme. Este pensamento já está nos Ensaio de Montaigne. Em seu *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (1755), ele dá uma descrição hipotética do estado natural do homem, propondo que, apesar de desigualmente dotado pela natureza, os homens em uma dada época eram de fato iguais: eles viviam isolados um do outros e não estavam subordinados a ninguém; eles evitavam uns aos outros como fazem os animais selvagens. De acordo ainda com Rousseau, cataclismos geológicos reuniram os homens para a "idade de ouro" descrita em vários mitos, uma idade de vida comunal primitiva na qual o homem aprendia o bem junto com o mal nos prazeres do amor, amizade, canções, e danças e no sofrimento da inveja, ódio e guerra. A descoberta do ferro e do trigo iniciou o terceiro estágio da evolução humana por criar a necessidade da propriedade privada. Rousseau não pretendia que o homem retornasse à primitiva igualdade, ao estado natural, mas, em um artigo encomendado por Diderot para a "Enciclopédia" e publicado separadamente em 1755 como *Le Citoyen: Ou Discours sur l'économie politique*, ele busca meios de minimizar as injustiças que resultam da desigualdade social. Ele recomendou três caminhos: primeiro, igualdade de direitos e deveres políticos, ou o respeito por uma "vontade geral" de acordo com o qual a vontade particular dos ricos não desrespeita a liberdade ou a vida de ninguém; segundo, educação pública para todas as crianças baseada na devoção pela pátria e em austeridade moral de acordo com o modelo da antiga Esparta; terceiro, um sistema econômico e financeiro combinando os recursos da propriedade pública com taxas sobre as heranças e o fausto. (Cf. Rousseau. Disponível em <http://www.culturabrasil.org/rousseau.htm>, acesso 06 de setembro de 2006)

desigualdades utilitárias, ela pode ser tomada como marco¹², pelo menos no Ocidente, de luta pela promoção de certa igualdade. Ademais, não se tem justificado uma leitura acrítica do que representou a Declaração de Direitos da Revolução Francesa, isso porque já no título, topograficamente, materializava uma distinção entre homens e cidadãos, o que ficaria mais evidente nas disputas ocorridas no parlamento francês no período pós-revolucionário, e na conformação burguesa dada ao Estado.

Ora, a despeito desse movimento da história¹³ no sentido da tentativa promoção da igualdade, a questão permanece: a natureza foi a primeira a distribuir de forma desigualitária as capacidades, e contra isso não há remédio natural.

A igualdade é por isso um artifício, algo intencional, produzido em determinado contexto histórico, de acordo com nuances absolutamente particulares. Contar uma história da igualdade é construir uma arqueologia dos direitos contra-majoritários.

Esse projeto, fundamentalmente, se afirmou teoricamente de várias formas, tendo encontrado dois tipos distintos de proposta, sendo que a primeira expressa uma preocupação fenomenológica, meramente descritiva e a segunda, uma preocupação crítica¹⁴.

Do ponto de vista fenomenológico é possível observar com Ortega y Gasset (1987, p. 37-41 *passim*) que a sociedade é sempre a unidade dinâmica de dois fatores: “minorias e massas”. Massa é todo aquele grupo que não atribui a si mesmo um valor por razões especiais, mas que se sente “como todo mundo”, não se angustia

¹² Cfr nota 31, p. 53.

¹³ Não se assume aqui a filosofia da história hegeliana nem tampouco a noção positivista de progresso. Esse movimento no sentido da promoção da igualdade nasce dentro do projeto de afirmação da classe burguesa, e, progressivamente se transfere a todos os sujeitos sócio-históricos que tem a vida negada, o que se constitui uma espécie de dialética material ou lógica sistêmica autoreferente de produção e reprodução de subjetividade.

¹⁴ Preocupação crítica, e crítica de um modo geral, no contexto desse trabalho, não se refere à teoria crítica moderna que não é autoreflexiva. “Ao identificar e denunciar as opacidades, falsidades, manipulações do que critica, a teoria crítica moderna assume acriticamente a transparência, a verdade e genuinidade do que diz respeito de si própria. Não se questiona no acto de questionar nem aplica a si própria o grau de exigência com que critica. Em suma, a teoria moderna não se vê ao espelho da crítica com que critica. Ao contrário, a teoria crítica [proposta é diferente da moderna e] parte do pressuposto de que o que dizemos acerca do que dizemos é sempre mais do que o que sabemos acerca do que dizemos. Neste excesso resite o limite da crítica. Quanto menos se reconhece este limite, maior ele se torna. A dificuldade deste reconhecimento reside em que algumas linhas que separam a crítica do objecto da crítica são também as que a unem a ele. Não é fácil aceitar que na crítica há sempre algo de autocrítica”. (SANTOS, 2000, p. 17)

com isso, e sente-se bem por ser idêntico aos demais. Minoria é todo aquele (grupo) que se distingue pela atribuição (auto-referente ou extrínseca) de um valor. O problema contemporâneo da relação minoria/massa é o que Ortega y Gasset denominou de hiperdemocracia, na qual a massa atua diretamente sem lei, por meio de pressões materiais, impondo gostos e aspirações.

O autor em comento afirma:

A característica do momento é que a alma vulgar, sabendo que é vulgar, tem a coragem de afirmar o direito da vulgaridade e o impõe em toda parte. Como se diz nos Estados Unidos: ser diferente é indecente. A massa faz sucumbir tudo o que é diferente, egrégio, individual, qualificado e especial. Quem não for como todo mundo, quem não pensar como todo mundo, correrá o risco de ser eliminado. E é claro que esse “todo mundo” não é “todo mundo”. “Todo mundo” era, normalmente, a unidade complexa de massa e minorias discrepantes, especiais. Agora, todo mundo é apenas a massa. (Op. cit., p. 41 – grifo no original)

Na fronteira da abordagem fenomenológica e do enfrentamento crítico da questão, é possível se deparar com a ocorrência de um fenômeno comum da hodiernidade: *“a estatização da vida, o intervencionismo do Estado, a absorção de toda espontaneidade social pelo Estado; isto é, a anulação da espontaneidade histórica [...]”* (Op. cit., p. 131). A estatização da vida é uma espécie de subproduto da “politização das massas”¹⁵, que freqüentemente implica no estabelecimento de estratégias de bloqueio do reconhecimento dos espaços de convivência das minorias, ou na criação de guetos como espaços segregados (CALDEIRA, 2000).

Do ponto de vista crítico a questão das minorias se desenvolve por vários vieses, desde os projetos de afirmação histórica e produção de subjetividade às estratégias de bloqueio alhures mencionadas.

¹⁵ A idéia da “politização das massas” precisa ser esclarecida. Significa simplesmente que *“quando a massa se sente insatisfeita, ou simplesmente tem algum forte desejo, é para ela uma grande tentação essa possibilidade permanente e segura de conseguir tudo – sem esforço, luta, dúvida ou risco -, sem precisar fazer nada além de apertar a mola e ligar a portentosa máquina. A massa diz para si mesma: “O Estado sou eu”, o que é um erro completo. O Estado só é a massa no sentido que se pode dizer que dois homens são idênticos porque nenhum deles se chama João. O Estado contemporâneo e a massa só coincidem em ser anônimos. Mas acontece que o homem-massa pensa, de fato, que ele é o Estado, e tenderá cada vez mais a fazê-lo funcionar a qualquer pretexto, a esmagar com ele qualquer minoria criadora que o perturbe – o que perturbe em qualquer campo: na política, nas idéias, na indústria.”* (Ortega y Gasset, 1987, p. 132)

Cumpra salientar que projetos históricos de afirmação de subjetividade e reconhecimento de espaços de convivência são diferentes de projetos de emancipação e dos meta-relatos da autonomia como foram propostos pelo burguês-iluminista.

1.2 Diálogos transmodernos: o direito à diferença (direito das minorias) em tempos de transição paradigmática

A proposta da filosofia da diferença, pelo que já foi exposto, é pertinente ao tema dos direitos de minoria, ou dos direitos de diferença. Todavia as categorias da filosofia da diferença podem soar demasiado européias para serem aplicadas na análise de realidades sociais periféricas.

Quando se fala em direitos de diferença não se esquece a advertência de Boaventura de Sousa Santos no segundo volume da obra *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática* (2000). O autor afirma que “a emancipação não assenta nem no reconhecimento da diferença nem no reconhecimento da igualdade e antes no reconhecimento de ambas” (SANTOS, 2000, p. 19). Embora seja pertinente a advertência é preciso duas ressalvas: primeiro que a categoria “emancipação” permanece vinculada aos meta-relatos metafísicos da modernidade, as promessas incumpridas e a crença no progresso da moral da humanidade; segundo que a afirmação simultânea da igualdade e da diferença pressupõe que nenhum dos termos tenha sido negado. A afirmação histórica do mesmo, da identidade, da igualdade assentou-se na negação da diferença. Por isso, pensar a diferença é construir uma filosofia da ausência, do sonegado, do não-dito. É a discussão própria da periferia.

Boaventura de Sousa Santos, ao se referir à idéia de filosofia da ausência (mais propriamente epistemologia da ausência como pressuposto de uma sociologia da ausência), afirma que

[...] Para identificar o que falta e porque razão falta, temos de recorrer a uma forma de conhecimento que não reduz a realidade àquilo que existe. Quero eu dizer, uma forma de conhecimento que aspire a uma concepção alargada de realismo, que incluía realidades suprimidas, silenciadas, ou marginalizadas, bem como realidades emergentes ou imaginadas. De novo nos pode ocorrer perguntar, num gesto auto-reflexivo, se o conhecimento que identifica as ausências não é afinal o mesmo que antes legitimara as condições que levaram à supressão da possibilidade de realidades alternativas, agora identificadas como ausências. A minha resposta é dupla. Em primeiro lugar, não o saberemos enquanto as conseqüências deste conhecimento não forem avaliadas de acordo com o capital de solidariedade que consigam criar. Em segundo lugar, haverá sempre ausências que não serão notadas. São estas que constituem o vazio que, em vez de ser estigmatizado pelo nosso *horror vacui*, deveria ser encarado com a nossa inteira benevolência. (2001, p. 247)

A filosofia da ausência é decorrente de uma demanda específica das “*subjetividades desestabilizadoras, [...] que se rebelam contra práticas sociais conformitas, rotinizadas e repetitivas, e se deixam estimular por experiências de limiar, ou seja, por formas de sociabilidade excêntricas ou marginais*” (SANTOS, 2001, p. 249). Nesse contexto, a reflexão sobre o direito das minorias, ou direitos de diferença, por sua referencialidade à ausência, acaba se produzindo nas margens do direito, na fronteira, onde as subjetividades que reivindicam esses direitos acontecem.

A questão da transição paradigmática foi amplamente discutida por Boaventura de Sousa Santos, na obra *A crítica da razão indolente: contra o desperdício de experiência* (2000). Esta seção tem por objetivo demonstrar que o direito à diferença como direito das minorias é um fenômeno típico da hodiernidade que é caracterizada pela crise da *Weltanschauung* moderna.

Boaventura, ao identificar o projeto da modernidade com o desenvolvimento do capitalismo e como ele se transformar em unidade privilegiada de análise (2000, p. 169-170), afirma que

[...] a crise final da modernidade é mais visível como crise epistemológica (uma crise da ciência moderna) do que como crise societal (uma crise do mundo capitalista). A ligação historicamente contingente entre modernidade e capitalismo subjaz às quatro grandes interpretações da transformação social do nosso tempo. De acordo com a primeira, o capitalismo e o liberalismo triunfaram e esse triunfo constitui a maior realização possível da modernidade (o fim da história à

Fukuyama; a democracia social centrista. De acordo com a segunda interpretação, a modernidade é, ainda hoje, um projeto inacabado, com capacidade intelectual e política para conceber e pôr em prática um futuro não-capitalista (Habermas, eventualmente Jameson, o marxismo convencional do Ocidente, uma democracia social de esquerda). De acordo com a terceira interpretação, a modernidade soçobrou aos pés do capitalismo, cuja expansão e reprodução sócio-cultural irá, daqui para a frente assumir uma forma pós-moderna (pós-modernismo conservador, Daniel Bell, Lyotard, Baudillard, Vattimo, Lipovetsky). Finalmente, de acordo com a quarta interpretação, a modernidade entrou em colapso como projeto epistemológico e cultural, o que vem abri um vasto leque de possibilidades futuras para a sociedade, sendo uma delas um futuro não-capitalista e eco-socialista (o pós-moderno de oposição). (op. cit., p. 166-167)

A transição paradigmática é diferente dos tempos de crise do paradigma (KUHN, 1987) por várias razões, mas a principal é que nos momentos de crise existe pouca flutuação sistêmica, enquanto nos momentos de transição paradigmática, como são os períodos de bifurcação de Prigogine¹⁶, pequenas alterações podem causar grandes flutuações sistêmicas.

Como é demanda específica da transição paradigmática a construção de uma *sociedade mais justa*, na expressão de Prigogine, as lutas pelo reconhecimento de direitos das minorias podem ser melhor compreendidas no seu contexto histórico de produção, sem, contudo, olvidar que a própria questão da transição paradigmática é controversa¹⁷.

¹⁶ "O grande historiador francês Fernand Braudel escreveu: "Eventos são poeira". Isso é verdade? O que é um evento? Uma analogia com "bifurcações", estudadas na física do não equilíbrio, surge imediatamente. Essas bifurcações aparecem em pontos especiais nos quais a trajetória seguida por um sistema se subdivide em ramos". Todos os ramos são possíveis, mas só um deles será seguido. No geral não se vê apenas uma bifurcação. Elas tendem a surgir em sucessão. Isso significa que até mesmo nas ciências fundamentais há um elemento temporal, narrativo, e isso constitui o "fim da certeza", [...] As ciências da complexidade, assim, conduzem a uma metáfora que pode ser aplicada à sociedade: um evento é a aparição de uma nova estrutura social depois de uma bifurcação; flutuações são o resultado de ações individuais. [...] Desse ponto de vista, a história é uma sucessão de bifurcações. Um exemplo fascinante de como isso transcorre é a transição da era paleolítica para a neolítica, que aconteceu praticamente no mesmo período em todo o mundo (esse fato é ainda mais surpreendente dada a longa duração da era paleolítica). A transição parece ter sido uma bifurcação ligada a uma exploração mais sistemática dos recursos minerais e vegetais. Muitos ramos emergiram dessa bifurcação: o período neolítico chinês, com sua visão cósmica, por exemplo, o neolítico egípcio, com sua confiança nos deuses, ou o ansioso período neolítico do mundo pré-colombiano. [...] No geral, bifurcações são a um só tempo um sinal de instabilidade e um sinal de vitalidade em uma dada sociedade. Elas expressam também o desejo por uma sociedade mais justa." Carta às futuras gerações, Caderno Mais!, da Folha de São Paulo, de 30/01/2000

¹⁷ "O tempo de transição paradigmática é um tempo muito contestado, sobretudo por englobar múltiplas temporalidades. Dado que os conflitos paradigmáticos (as contradições internas) coexistem com os

A modernidade enquanto paradigma é bastante complexa e se constrói sobre dois pilares: o da emancipação e o da regulação (SANTOS, 2000, p. 50). O pilar da regulação pode ser identificado a três princípios: o do Estado, o do mercado e o da comunidade, respectivamente desenvolvidos por Hobbes, Locke/Adam Smith e Rousseau. O pilar da emancipação é constituído por três racionalidades: a estética, a instrumental e a prática.

Para compreender-se o pilar da regulação, faz-se necessária breve análise do pensamento político moderno que torna claras a complexidade dos projetos regulatórios e emancipatórios da modernidade. Embora os pensadores acima relacionados tenham simetrias abrangentes como, por exemplo: estado de natureza/ sociedade civil, soberano/ cidadãos, liberdade/ igualdade, direito natural/ direito civil, consentimento/ coerção, as teorias propostas por eles encerram inúmeras contradições e discrepâncias quando comparadas¹⁸.

Sem dúvida as grandes teorias do Estado se iniciam a partir das proposições de Thomas Hobbes. Ele propõe uma teoria do Estado no *Leviatã*, todavia, antes de pensar o Estado, o autor elabora uma teoria da sociedade civil na obra *De Cive*. Isso é um indício de que para Hobbes é impossível pensar o Estado sem antes pensar a Sociedade Civil. O Estado, portanto, tem uma configuração atomística. Embora o pacto que o constitua não possa ser revisto, e o soberano, como guardião do pacto, não se submeta a ele, o Estado que nasce dele é a soma positiva de todos os cidadãos, de todos os pactuantes.

O *Leviatã* não é imagem do Estado, mas do Soberano. O Estado é um mosaico, que tem uma tendência intrínseca a se desagregar, e retornar ao estado de natureza. A solução hobbesiana para que o retorno a desregulação não ocorra é

conflitos subparadigmáticos (os excessos e os défices), a própria transição é, em si mesma, um fenómeno intrinsecamente contestado" (SANTOS, 2000, p. 168)

¹⁸ "Esta diversidade, que evidencia a riqueza e a complexidade das energias emancipatórias da modernidade, mostra também a tensão entre objectivos eventualmente conflitantes. Por exemplo, Hobbes procura positividade e o carácter incontroverso de um conhecimento superior, Rousseau delicia-se a dramatizar a indignação moral perante a injustiça e a estupidez, advertindo que uma excessiva confiança no conhecimento científico pode redundar numa perda de sabedoria. Locke, por seu lado, procura reconstruir a sabedoria a partir do senso comum, combinando positividade com convencionalidade e acessibilidade. Enquanto Hobbes e, até certo ponto Locke distinguem entre política e moral, Rousseau recusa aceitar tal distinção. Enquanto para Rousseau a comunidade é indispensável para assegurar a via moral do indivíduo. Estas tensões só podem ser plenamente entendidas enquanto lutas entre diferentes dimensões de uma mesma constelação intelectual." (SANTOS, 2000, p. 137-138)

sacrificar a liberdade, para que haja alguma igualdade.

Locke e Adam Smith embora se distanciem de Hobbes quanto ao papel do Soberano, não abandonam a idéia de que alguma regulação é necessária, apenas deslocando a regulação para o trabalho. Vale dizer, que para esses autores, não existe problema na desregulação da sociedade, se houver uma racionalização na distribuição e na divisão social do trabalho.

O estado de natureza tem uma inegável potência de repetição no mercado, espaço em que a irracionalidade do sistema se manifesta, tendo em vista que qualquer regulação não produziria efeitos positivos.

Na proposta de Locke e Adam Smith sacrifica-se a igualdade por uma maior liberdade, dentro do paradoxo da regulação/desregulação do trabalho e do mercado.

Rousseau, dentro desse mesmo contexto, introduz uma inovação que consiste na noção de comunidade. É como se houvesse uma inversão da perspectiva hobbesiana, atribuindo papel preponderante a comunidade, e submetendo o interesse individual ao interesse coletivo, que o autor denomina vontade geral. A vontade geral é expressão da vontade soberana do Estado, embora muitas vezes possa ser diferente da vontade de todos ou da vontade da maioria. Isso porque a vontade geral é uma vontade juridicamente qualificada capaz de vincular as outras vontades, de acordo com as regras do contrato social.

Pondera Olivier Nay que

Por sua vez, os liberais lembram que a confiança no sufrágio popular conduziu muitas vezes a injustiças flagrantes. Ela pôde levar à tirania da maioria, lá onde os direitos das minorias não eram suficientemente defendidos. Segundo os liberais, de fato, a propensão do republicanismo igualitário a definir “o interesse geral” de maneira abstrata e a impor uma concepção unanimista do povo constitui uma ameaça para a diversidade social e o pluralismo de opiniões. Na sua versão moderna, o modelo republicano, caracterizado pela ascensão do Estado-providência, conduziu à construção de um Estado “paternalista”, que aniquilou a responsabilidade humana em nome da solidariedade. Enfim, os liberais não cessam de lembrar que, contrariamente ao mito russoísta, a vontade geral pode “fazer mal”. Pôde conduzir a decisões autoritárias e, em certos contextos de crise, ao fim da democracia. O mito da soberania popular levou até, na versão do marxismo-leninismo, ao Estado totalitário. (2007, p. 488)

Nessa perspectiva não existe espaço para discussão de direitos de minoria. As minorias devem ser submetidas ao controle da comunidade¹⁹.

Invariavelmente, as Revoluções Burguesas do século XVIII estavam imbuídas de um ideal eudemonista. A felicidade geral estava em jogo e impulsionava os ideais revolucionários, isso é, além de bastante evidente nos textos filosóficos do período, é referência explícita tanto na Declaração de Independência dos Estados Unidos, quanto na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa. A felicidade geral, nessa perspectiva comunitarista, seria obtida por meio de um cálculo utilitário, que equacionasse o maior índice das felicidades particulares.

A felicidade geral é também funcionalista, na medida em que para que haja a maior felicidade possível cada um em particular deve estar desempenhando sua função social de forma adequada. Essa postura tem um caráter dúplice de justificação e legitimação da desigualdade: pela função e pela utilidade. Dai a necessidade da regulação cada vez maior regulação da vida privada, e das relações sociais, do âmbito político da vida, e a desatenção cada vez maior a economia, que seria auto-regulamentadora.

Conceitualmente a modernidade poderia ser reduzida a idéia de emancipação, e a três conceitos distintos de racionalidade: racionalidade ética, racionalidade instrumental e racionalidade pragmática.

As principais razões da crise da modernidade estão ligadas ao fato de que ela não consegue cumprir as promessas que faz, promessas relacionadas à redução conceitual acima, principalmente nos países de modernidade tardia. Apenas para exemplificar, a prometida emancipação é incompleta, do ponto de vista econômico, a maior parcela da humanidade ainda sofre uma espécie de *capitis diminutio*.

¹⁹ De acordo com Ernest Cassirer: “ [...] O contrato social anuncia e glorifica um absolutismo totalmente livre da vontade estatal. Toda vontade individual e particular se quebra diante do poder da renúncia a todos os desejos particulares. Não nos entregamos inteiramente ao Estado e à sociedade sem nos entregarmos inteiramente a ambos. Só se pode falar de uma verdadeira unidade do Estado se os indivíduos se integram nessa unidade e desaparecem nela. Neste caso não há ressalva possível: *l'aliénation se faisant sans réserve, l'union est aussi parfaite qu'elle pert l'être, et nul associe n'a plus rien à réclamer*. E essa onipotência do Estado de modo algum se detém diante das ações dos homens; ela reivindica para si também as convicções deles revestindo-as com a coação mais implacável [...]” (1999, p. 53)

Atualmente vive-se em tempos de transição paradigmática. Embora o paradigma moderno em colapso tenha uma potência de repetição difícil de calcular. Com ele, atualmente convivem novas propostas, que são chamadas de hiper-modernidade, trans-modernidade ou pós-modernidade²⁰.

Como essa pesquisa sobre a fundamentação dos direitos de minorias em tempos de transição paradigmática, parte de um referencial teórico catalogado como pós-moderno, algumas linhas sobre o que vem a ser pós-modernidade são necessárias, antes da apresentação da proposta perfilada.

O projeto moderno ganhou força inigualável com os avanços da ciência e no projeto comum de luta contra o dogmatismo religioso e o antigo regime, todavia quando na medida em que as realizações práticas foram substituindo as promessas, o prestígio do projeto moderno começou a erodir. Alguns autores, ainda no século XIX (dentre os quais os fundadores da sociologia), eram bastantes críticos com relação ao projeto moderno, chegando Weber a afirmar que o resultado final do projeto moderno seria uma “jaula de ferro” capaz de conduzir a uma sociedade inflexível, onde não haveria espaço para o sonho humano (cf. VILLA, 2000).

No contexto de evidente crise da modernidade²¹ surgem posturas

²⁰ Jean-François Lyotard, Boaventura de Sousa Santos e David Harvey, entendem que o paradigma moderno foi *superado*, ou que a transição paradigmática nos leva por esse caminho. (LYOTARD, 1998; SANTOS, 2000.; HARVEY, 2004) a isso denomina-se *pós-modernidade*. A idéia de transmodernidade é conceito de Enrique Dussel que Ana Letícia Medeiros explica da seguinte forma: “Proposta por Enrique Dussel, a transmodernidade, metodologicamente também é conhecida como paradigma “da vida concreta de cada sujeito”, apresenta-se como uma alternativa à crise paradigmática acima narrada, como uma quarta referência teórica, para além da pré-modernidade, da modernidade e da pósmodernidade. Contudo, enfatiza-se que não há aqui uma ruptura epistemológica radical, mas sim uma subsunção dialética dos paradigmas anteriores.” (MEDEIROS, 2007, p. 43. DUSSEL, 2002). Já a hipermodernidade é conceito cunhado por Gilles Lepovetsky para afirmar que vive-se em um tempo em que os valores da modernidade são exacerbados, são elevados a sua enésima potência (LIPOVETSKY, 2006).

²¹ Segundo Rouanet: “O projeto civilizatório da modernidade tem como ingredientes principais os conceitos de universalidade, individualidade e autonomia. A universalidade significa que ele visa todos os seres humanos, independentemente de barreiras nacionais, étnicas ou culturais. A individualidade significa que esses seres humanos são considerados como pessoas concretas e não como integrantes de uma coletividade e que se atribui valor ético positivo à sua crescente individualização. A autonomia significa que esses seres humanos individualizados são aptos a pensarem por si mesmos, sem a tutela da religião ou da ideologia, a agirem no espaço público e adquirirem pelo seu trabalho os bens e serviços necessários à sobrevivência material.” (ROUANET, 1993, p. 9). A interpretação de Rouanet tem forte inspiração no posicionamento Iluminista. Ainda sobre a questão expõe Medeiros: “Na modernidade (a partir de meados do século XVIII), a subjetividade passa a ser tematizada na ordem da fundamentação. O sujeito (razão transcendental/ consciência) se torna a condição de factibilidade do restante. As características marcantes desse paradigma são: individualidade (o indivíduo, visto de forma ético-positiva, é a referência central, o que caracterizou a ideologia liberal do *laissez-faire*); autonomia (há a

teóricas contrastantes. Alguns autores como Habermas chegam a afirmar que o projeto da modernidade é inacabado, mas com futuro, ainda que seja necessário determinar seus rumos, ele deve sobreviver.

Outros mais pessimistas como Michel Leiris chegam a proclamar a derrocada definitiva da modernidade como proposta e a sua substituição por outra, que seria a pós- modernidade.

É certo, contudo, que a racionalidade trinomial da modernidade vem sofrendo transformações profundas, por exemplo, ante a impossibilidade de construção de uma “história universal”, a racionalidade ética, vem sendo substituída por uma racionalidade estética. Vattimo afirmará, por exemplo, que a filosofia não pode nem deve ensinar para onde nos dirigimos, e sim a viver na condição de quem não se dirige a parte alguma (1986). A racionalidade instrumental e pragmática perde lugar para o retorno da mística como alternativa de forma de explicação da vida e organização da sociedade, de sorte que os movimentos religiosos, segundo Gilles Kepel, tanto no discurso quanto na prática, são produtos de uma desordem na razão que as nossas categorias tradicionais não podem explicar, e ocupam um papel tão importante quando o movimento operário de outrora (cf. VILLA, 2000).

Embora seja possível discordar de Habermas, da idéia de que a modernidade é um “projeto inacabado”, mas com futuro, verifica-se que ela, tanto como projeto quanto como ideologia, tem se instalado na periferia do sistema capitalista, de forma que as espacialidades outrora insignificantes têm assumido (tardiamente) o projeto moderno na esperança da emancipação, que ela já provou não ser capaz de garantir.

Todavia, a proposta apresentada, nessa dissertação, traduz de forma genuína o conceito de transmodernidade em pelo menos um aspecto: sem abandonar a tradição cultural pós-moderna, em grande medida já assimilada pelo direito, principalmente no reconhecimento de que direitos são acordos político-culturais; quer-se na construção de uma teoria geral dos direitos das minorias propor um giro

emancipação do intelecto do indivíduo, que não mais necessita da tutela do Estado e da Igreja, o que leva a um rompimento com a tradição e a autoridade) e universalidade (pretende a inclusão de todos sob um ponto de vista idealista, isto é, o projeto de emancipação encontra o universal do humano, que se configura como base da episteme iluminista). Este projeto teve início com Descartes, passando por Kant, Hegel, entre tantos outros.” (MEDEIROS, 2007, p. 36-37).

moderno²² para a afirmação da igualdade como princípio de caráter absoluto, sem, contudo, abandonar as reflexões da ontologia críticas propostas pela filosofia da diferença.

De sorte que o diálogo entre os referenciais é necessário para a construção de um espaço de discussão e proposição de alternativas que considerem as novas subjetividades (minorias) como sujeitos de direitos, quer pelo reconhecimento de novos direitos, ou pela ampliação de direitos antigos atualmente a elas negados, com fundamento no princípio da igualdade que tem um conteúdo metajurídico capaz de traduzir, sobretudo na busca da igualdade material, as diferenças específicas e

²² O objetivo não é a transposição das idéias modernas associadas à igualdade de forma acrítica e descontextualizada. Em *As idéias fora do lugar* (1977), Schwartz cuida da noção de Sérgio Buarque de que somos os brasileiros “desterrados em nossa terra”, porque transplantamos nossas formas de vida e nossa cosmovisão de países distantes. A incompatibilidade oriunda do confronto de dois planos de imanência diversos (o que deu origem às idéias dominantes e o que efetivamente se impunha) poderia ser percebida tanto no plano das convicções quanto no plano prático. A escravidão para Schwartz indicaria, por sua mera presença, a impropriedade das idéias liberais, de tal sorte que o favor se constituía a mediação quase universal, ou o termo aglutinador da própria brasilidade. E conclui que, ao longo de sua reprodução social, o Brasil põe e repõe sempre, em sentido impróprio, as idéias européias. Nesse sentido, a própria discussão sobre cidadania, e sobre direitos fundamentais, se os argumentos de Schwartz forem levados às últimas consequências, é infundada, justamente por ser ela uma construção européia, tipicamente burguesa e oitocentista. A questão da cidadania e dos direitos fundamentais é nos países de modernidade tardia problema absolutamente típico. Enquanto, hoje, na Europa, a questão dos direitos de minorias se polariza em torno da migração, na periferia do sistema, as questões predominantes estão associadas ao pleno exercício dos direitos civis e sociais, por isso a necessidade de uma nova fundamentação, construída a partir do mundo da vida daqueles que são os destinatários principais desses direitos na contemporaneidade.

É de se registrar, as observações do prof. Reinéro Antonio Lérias, que consigna: “[...] Renato Ortiz enfatiza que a cópia das idéias estrangeiras se processa de uma forma semelhante à do sincretismo religioso (p. 32), ou seja, adaptando-se à nova realidade à qual se destina. Luiz Werneck Vianna é incisivo: ‘Assim neste país que desconhece a revolução, e que provavelmente jamais a conhecerá, ela não é uma idéia fora do lugar como não foi o liberalismo que inspirou a criação de seu Estado-nação’ (op. cit, p. 12). Claro está que esta asserção é tão problemática quanto àquela que lhe deu origem, isto é, as idéias fora do lugar. Mas não é este o intuito a ser aqui debatido. Antonio Risério, conquanto não seja taxativo, também observa a problemática das idéias de maneira sutilmente crítica: [...] De minha parte, aviso desde já, de combater ‘as idéias fora do lugar’, (...) referindo-se ao racismo nos EUA e no Brasil, (...) para lembrar a expressão de Roberto Schwarz, cunhada numa tese que parece pressupor a existência de algum páramo perfeito, onde princípios jurídicos e práticas sociais tivessem sido feitos um para o outro, coincidindo tintim por tintim (também nos EUA), liberalismo e escravidão convivem por muito tempo, quase noventa anos a Declaração de Independência é de 1776 e a Thirteenth Amendment, extinguindo o regime escravista, veio somente em 1985) (...) (Op. cit, p. 21)” (in CAMBI, KLOCK, ALVES, 2008, p. 195-196).

Conquanto, a tese das idéias fora do lugar deva ser tomada mais como um processo de *antropofagia*, de assimilação e reproposição das idéias de igualdade e de liberdade, de direitos fundamentais e de emancipação, de forma a refletir as tensões sociais existentes no complexo arranjo político brasileiro.

Isso, todavia, não invalida a necessidade da construção de um referencial próprio para a fundamentação dos direitos de minorias, ainda que seja inevitável, em aspectos específicos, o recurso a referenciais europeus ou norte-americanos.

multifacetárias que caracterizam as conformações sociais complexas da contemporaneidade.

No próximo capítulo, como que por uma lente média, a questão dos direitos de minorias será abordada a partir do direito constitucional, especificamente no contexto do direito à inclusão e do princípio constitucional da igualdade.

2. O DIREITO CONSTITUCIONAL E AS MINORIAS

Canotilho afirma que as modernas sociedades perderam um de seus traços mais característicos que era a identidade comunitária baseada em uma forte homogeneidade social (2003, p. 387). E prossegue:

[...] No seio das sociedades inclusivas vivem minorias nacionais, étnicas, religiosas e lingüísticas. [...] A noção de minorias e de direito de minorias levanta muitos problemas. **Minoria** será, fundamentalmente, um grupo de cidadãos de um Estado, em minoria numérica ou em posição de não dominante nesse Estado, dotado de características étnicas, religiosas ou lingüísticas que diferem das da maioria da população, solidários uns com os outros e animados de uma vontade de sobrevivência e de afirmação da igualdade de facto e de direitos com a maioria. (op. cit., loc. cit.)

Os direitos de minorias, no campo dos direitos fundamentais, podem ser de dois grupos diferentes: direitos de indivíduos pertencentes às minorias ou direitos de minorias propriamente ditas.

Ainda tendo como referência o pensamento de Canotilho (op. cit., loc. cit.), as relações entre o binômio indivíduo e grupo e grupo/indivíduo aparecem estreitamente relacionadas, de forma que, como indivíduos os membros dos grupos minoritários não podem reivindicar outra coisa senão o tratamento igualitário no que se refere aos direitos fundamentais, e enquanto grupo reivindica direitos coletivos especiais em razão de sua identidade e sentimento de pertença e partilha a um grupo marginalizado.

Os direitos das minorias são assegurados pelo ordenamento constitucional pátrio quer em razão de seus comandos positivados, quer da sistemática por ele adotada, da qual decorrem supra princípios, princípios, direitos explícitos e implícitos.

Ainda que não houvesse comando específico, a proteção constitucional dos direitos de minorias decorre das funções dos direitos fundamentais. Funções que passam da defesa da pessoa humana e de sua dignidade perante o Estado até a de não discriminação, que cada vez mais vem sendo acentuada pela

doutrina americana.

O professor da Yale Law School, Kenji Yoshino, comentando a obra *Estigma* do sociólogo Erving Goffman afirmou:

Then I found my Word, in sociologist Erving Goffman's book *Stigma*. Published in 1963, the book describes how various groups – including the disabled, the elderly, and the obese – manage their “spoiled” identities. After discussing passing, Goffman observes that “persons who are ready to admit possession of a stigma... may nonetheless make a great effort to keep the stigma from looming large”.²³ (2007, p. 18)

Pondera o autor, ainda, que direitos fundamentais são reconhecidos a grupos minoritários na medida em que eles abandonam padrões de comportamentos tidos como estigmatizados, é o último grande assalto aos direitos fundamentais, a espoliação da identidade como condição, muitas vezes *sine qua non*, para o exercício dos direitos atribuídos e garantidos as maiorias.

Os direitos fundamentais em sua função de não discriminação constituem-se em limites objetivos e intransponíveis ao Legislador, especialmente, para que no reconhecimento dos direitos de minorias não espolie as notas individuantes de suas subjetividades estigmatizadas.

Quando se observa o ordenamento jurídico pátrio é possível constatar que a fundamentação dos direitos de minorias pode ser encontrada em vários princípios, incluindo o da dignidade da pessoa humana, o da plena eficácia dos direitos fundamentais, entre outros.

É importante delimitar a fundamentação do direito das minorias entre os direitos fundamentais por conta de eles possuírem um conteúdo mínimo que não pode ser alterado. Pondera Otto y Pardo que:

[...] la garantía del contenido esencial es límite de los límites porque

²³ “Então, eu encontrei o meu conceito, no livro do sociólogo Erving Goffman, intitulado *Estigma*. Publicado em 1963, o livro descreve a forma como vários grupos - incluindo os deficientes, os idosos, e os obesos - gerem as suas identidades degeneradas. Após discutir passagem, Goffman observa que ‘as pessoas que estão dispostas a admitir a posse de um estigma ... podem, no entanto, fazer um grande esforço para manter o estigma de grande ameaça.’” (tradução nossa)

limita la posibilidad de limitar, porque señala um límite más alla del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y de las libertades públicas²⁴ (apud SARMENTO, 2001, p. 60)

A guisa de exemplo serão abordadas duas questões de relevância constitucional associadas à fundamentação dos direitos de minorias no ordenamento jurídico pátrio: o direito constitucional à inclusão social e o princípio da igualdade.

2.1 O Direito constitucional à inclusão social

Um direito das minorias deve ser pensado como decorrente de comandos constitucionais que implícita e explicitamente asseguram o direito a inclusão social.

O fenômeno da exclusão social é complexo e particularmente enraizado em países de modernidade tardia. Não se trata apenas de exclusão econômico-financeira, mas de exclusão sócio-política, cultural, e jurídica, inclusive com a negação da proteção devida aos direitos humanos (cf. PIOVESAN, 2002), que se vêem violados de forma diuturna e sistemática quando o sujeito desses direitos é um grupo minoritário.

É possível, em um exercício teórico metódico e complicado, explicar a exclusão social a partir da natureza da sociedade brasileira, ou pelo menos a partir de sua estrutura constituinte. Do ponto de vista filosófico, discussões sobre a natureza das coisas sempre são absolutamente complexas e não é incomum que os discursos que proponham esse tipo de abordagem caiam em delírios metafísicos que pouco ou nada explicam as realidades que se pretendiam ver estudadas. Nesse sentido, este trabalho se limita a apresentar de forma geral uma das principais discussões sobre a natureza da formação social brasileira, na forma em que foi recentemente explorada por Richard Morse (1999) na obra *O espelho de Próspero: cultura e idéias nas Américas*.

Nessa obra, são distinguidas duas formas possíveis de associação: a

²⁴ “A garantia de conteúdo essencial é limite dos limites porque limita a possibilidade de limitar, porque assinala um limite além do qual não é possível a atividade limitadora dos direitos fundamentais e das libertades públicas” (tradução nossa)

societas e a *universitas*, que seriam orientadas respectivamente pelo holismo e pelo contratualismo²⁵. Para Morse, o mundo ibérico transplantado para as Américas portuguesa e espanhola teria sido incapaz de incorporar os fundamentos da razão moderna, das revoluções científicas e das rupturas religiosas; de forma diversa, no entanto, teria acontecido na Grã-Bretanha e, conseqüentemente, nos Estados Unidos da América, o que de alguma forma justificaria o descompasso existente entre os dois mundos.

Segundo Morse (1987), no mundo ibérico, fé e razão

os dois termos não eram opostos nem coincidentes: complementavam-se um ao outro. [...] a razão humana era um instrumento adequado para a busca da verdade no mundo acessível fora a ela, da mesma forma que a consciência era uma fonte adequada de decisões morais; mas assim como a razão era ilimitada, também a consciência era falível. Por isso, o tomismo ofereceria pouco incentivo a reformulações novas do pensamento filosófico que pudessem tomar como única base a razão humana, a consciência privada, a demonstração experimental ou, uma aventura posterior, o pragmatismo da tentativa-e-erro. (p. 42-43)

A versão política desse holismo estrutural seria a concepção de uma sociedade rigidamente hierarquizada, que tinha como oposição velada, segundo José Murilo de Carvalho (2000, p. 149), a visão do Estado como puro poder ao modo do maquiavelismo, não existiria aqui espaço para a discussão da liberdade. Na anglo-américa, a tensão se dava entre liberdade e ordem, que permanecem convivendo de maneira tensa na versal liberal da democracia.

Ainda na esteira de José Murilo de Carvalho,

Curiosamente, vários pensadores brasileiros da época [segunda metade do século XIX e primeira do XX] já tinham abordado o tema das diferenças entre cultura anglo-saxônica e a cultura ibérica em termos que muito se aproximam das abordagens modernas, inclusive a de Morse. Alberto Sales dizia, por exemplo, que o brasileiro era muito

²⁵ O holismo acredita que a ordem coletiva se sobrepõe aos interesses individuais, desvalorando, porquanto, a competição e o conflito de interesses; o contratualismo, principalmente em sua versão rousseauiana, que influenciou de forma geral as democracias modernas, operaria de forma inversa, cada indivíduo particular, legitimaria a ordem social, a ordem coletiva não se sobrepõe aos interesses individuais, mas é o resultado de sua soma; o contrato social sobre o qual se funda o social pode ser quebrado se o governo for notoriamente contra os interesses da coletividade que o legitima, o que não ocorre no holismo.

sociável, mas pouco solidário. Sua sociabilidade e extroversão davam-se nas relações pessoais e nos pequenos grupos. Faltava-lhe o individualismo dos anglo-saxões, responsável pela capacidade de associação desses povos. Para ele, a consciência da individualidade, dos interesses individuais, que constituía a base da capacidade associativa. Pouco depois, Sílvio Romero usaria um autor francês, Edmond Demolins, para retomar o tema em linha semelhante. Empregando expressão de Demolins, ele diria que o povo brasileiro era de formação comunária, em oposição aos povos anglo-saxões, que eram de formação individualista. No Brasil (e nas culturas ibéricas em geral), predominava a família, o clã, o grupo de trabalho, ou mesmo o Estado. Em termos coletivos, o resultado era a falta de organização, de solidariedade mais ampla, de consciência coletiva. No domínio específico da política, a consequência era a orientação que *alimentaria* para o emprego público, hoje chamada de fisiologismo. Em contraste, o individualismo levava à iniciativa privada, ao espírito associativo, à atividade produtiva, à política de participação. (p. 149-150)

A cidadania – e entende-se cidadania como sendo o reverso da exclusão social – é uma condição complexa, deve ser considerada como um antecedente lógico da democracia. É a aptidão-direito do homem a ter direitos, que deriva da própria condição humana, a qual lhe é ínsita. O fato de não se poder separar cidadania de condição humana, não lhe imprime um caráter de naturalidade. Ela é um construto histórico. Não obstante, chega-se, hoje, a uma aporia, sem resposta aparente: negar a condição de cidadania a alguém é negar-lhe a própria humanidade. Há como que uma retomada da concepção aristotélica de homem: ele é um animal político, incapaz de viver sem conexões com a cidade, leia-se que o homem só adquire humanidade quando lhe é reconhecido um direito fundamental de existência, o direito a ter direitos.

É nesse contexto que o direito à diferença se firma como um direito fundamental de cidadania. Deixar de reconhecer as diferenças e as especificidades fundantes dos diversos grupos sociais, é não só lhes negar os direitos de cidadania, mas negar-lhes a própria condição humana. Essa talvez seja uma decorrência implícita da definição de cidadania de Hannah Arendt que alhures se defende.

No Brasil, têm-se uma espécie de cidadania maior da qual participam apenas as elites econômicas e políticas, legatárias, em sua maioria, dos grandes oligarcas, que remontam a um passado imemorial. E uma cidadania menor, na verdade, é privação de cidadania, da qual participa quase toda população, que pode ser

considerada massa de manobra. Essa parcela-maioria na expressão de Rubem Alves é o povo, e o povo não tem consciência.

A questão da cidadania está inserida nesta dinâmica. De um lado, o grupo dominante investe em estratégias de obstaculização, seja pela sonegação da educação, pela manutenção de currais eleitorais, pela organização partidária com base na influência econômica, no cultivo de “dinastias políticas”, seja pela persistência da pobreza material, que é apenas o outro lado da mesma medalha. De outro, a dita sociedade civil tem diante de si o desafio de se reconhecer como sujeito indispensável de seu projeto de emancipação e de construir, nas gerações, as condições de uma democracia competente. O pobre que ainda não sabe que é pobre e que é injustamente pobre não tem condição mínima de conceber e efetivar qualquer saída. (DEMO, 1992, p. 18)

Nesse contexto, plenamente consciente das dinâmicas perversas de exclusão instaladas estruturalmente, o Constituinte já no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 afirmaria que o objetivo daquela Assembléia, seria:

[...] 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 [...]

A despeito das discussões sobre a força normativa do preâmbulo constitucional²⁶, é inegável a intenção do Constituinte de, quer como norma, quer como princípio, assinalar que o Estado Brasileiro deve perseguir a inclusão social como

²⁶ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. 1, arts. 1º/4º. São Paulo : Saraiva, 1988, p. 405-10. JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro : Forense, 1957. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo : Saraiva, 1994. CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira*. Vol. 1, arts. 1º/5º, incisos I a LXVII. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. Diga-se que embora a questão seja polêmica no direito pátrio, outras tradições constitucionais tratam a questão de forma pacífica, como por exemplo a francesa, a propósito: “A Constituição francesa, de 27.10.1946, fiel à tradição de 1789, incluiu a declaração de direitos no Preâmbulo, do que resultou dúvida quanto à validade normativa do seu conteúdo, entendendo G. BURDEAU que ‘é preciso distinguir o que é regra de direito positivo e o que é programa ou diretiva para uso dos governantes’ (*Traité de science politique*, vol. III, p. 128). A regra terá, evidentemente, valor normativo, mas o programa ou diretiva, mero valor informativo. Isso, entretanto, no caso especial da Constituição francesa de 1946, em que o Preâmbulo, não é uma simples introdução do estatuto, porém, uma declaração de direitos formal e solene, que, em outras Constituições, inclusive nas nossas, constitui capítulo especial do estatuto com plena força normativa” (JACQUES, Paulino. Op. cit., p. 137). Diga-se ainda que o Conselho Constitucional Francês em mais de uma centena de vezes invocou o preâmbulo como fundamento para o exercício do controle de constitucionalidade. São exemplos as Decisões nº.s 86-225-DC, 92-308-DC e 98-408-DC.

objetivo primordial, pela garantia dos direitos sociais e individuais, da liberdade, do bem estar, da igualdade e da justiça.

Ademais, a Constituição nos incisos III e IV do artigo 3º. explicitamente institui como objetivos fundamentais da República, respectivamente, a erradicação da pobreza e da marginalização, e a promoção do “[...] *bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação*”.

Poder-se-ia, ainda, decorrer o direito fundamental à inclusão social do caput do artigo 6º., com redação dada pela Emenda Constitucional nº 26 de 2000, da Constituição de 1988 que assim estabelece:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Diga-se, por fim, que esse direito é reconhecido no contexto da luta dos movimentos sociais pela ampliação da democracia substancial, como se verá no capítulo 3º. deste trabalho, especificamente nos itens 3.1 e 3.2, mesmo que dotados, ainda, de alguma carga de paternalismo.

2.2 O princípio constitucional da igualdade

A questão da igualdade/diferença tem sido bastante discutida no direito, tanto nas teorias da justiça elaboradas por jus-filósofos de todos os tempos, quando nas doutrinas constitucionais, e na ciência jurídica como um todo. O tema da igualdade interessa ao direito por razões de várias ordens, mas principalmente porque está relacionado com a problemática da justiça e da inclusão.

De acordo com Jorge Miranda, atualmente

Há três pontos firmes, acolhidos quase unanimemente pela doutrina e pela jurisprudência: que igualdade não é identidade e que igualdade jurídica não é igualdade natural ou naturalística; que igualdade não significa intenção de racionalidade e, em último termo, de justiça; e que igualdade não é uma “ilha”, encontra-se conexas com outros princípios,

tem de ser entendida – também ela – no plano global dos valores, critérios e opções da Constituição material (2003, p. 290)

A idéia de igualdade teve tratamentos diversos ao longo da história do direito. No constitucionalismo clássico a igualdade era concebida como meramente formal e abstrata. O paradigma liberal reconheceu direitos individuais, mas ainda permaneceu atrelado a noção formalista do constitucionalismo clássico. Com a inauguração do paradigma social, houve um amplo movimento que procurou sustentar a igualdade em direitos econômicos e sociais, principalmente trabalhistas e previdenciários. Atualmente, a igualdade é concebida como reconhecimento de igual direito de participação em todas as esferas do Estado Democrático, pelo menos no modelo habermasiano.

As noções meramente formais de igualdade se iniciam com o movimento constitucionalista francês, com o Abade de Seyès e depois se projetam na filosofia iluminista e na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa de 1798. Igualdade formal significa igualdade perante a lei, a lei deve dispensar igual tratamento a todos sem distinção.

Ainda que a igualdade formal não seja igualdade em sentido próprio, foi um grande avanço no contexto histórico do Antigo Regime em que não eram poucos os privilégios de nascimento. A Declaração de Direitos da França revolucionária consagrou o princípio jurídico da igualdade na primeira parte de seu artigo 1º. que estabelece: “*Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. [...]*” (FERREIRA FILHO, 1978, p. 357)

A igualdade do iluminismo permanece profundamente atrelada à liberdade, concebida como capacidade de autodeterminação. Liberdade que se realiza no sujeito, como diria Kant. Não é possível pensar homens iguais que não sejam livres tanto do obscurantismo religioso do fundamentalismo protestante e católico (atualmente muçulmano ou judeu) e dos desmandos políticos do *Ancien Régime* que suprimia toda liberdade, da econômica a de expressão.

Essa noção prefigurou em todas as Constituições ou Cartas de Direitos do Ocidente no início da contemporaneidade, inclusive naquelas que não tinham passado pela experiência do antigo regime. O fato da primeira experiência, do

constitucionalismo e da contemporaneidade, da igualdade jurídica ter sido com a igualdade meramente formal é emblemático na medida em que essa noção ainda é recorrente, não apenas no direito.

O direito acabou por cancelar a resistência cultural do ocidente à igualdade material. Observa-se a profusão do discurso igualitário, mas efetivamente são ainda muito tímidas as práticas de igualdade e esse fenômeno pode ser denominado de fetichismo do discurso, ou de cabalismo político (Cf. ALVES, 2005, p. 82.), noção que será retomada no próximo capítulo.

Tal fato decorre em alguma medida do uso geral que se fez da segunda parte do já referido artigo 1.º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, qual seja: “[...] *As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum*”.

Ao passo que foram rechaçadas as distinções de nascimento, foram mantidas as distinções sociais, com fundamento numa espécie de utilitarismo latente.

Evidente conservadorismo burguês²⁷. A manutenção das distinções de ordem social era imprescindível para a Revolução Industrial, a segunda grande revolução burguesa da contemporaneidade.

Mirabeau já havia constatado o caráter não abrangente da Declaração ao definir os direitos civis dos cidadãos.

A cada passo que a Assembléia dá na exposição dos direitos do homem vemos os abusos que ela encerra e que o cidadão pode praticar; muitas vezes, a prudência os exagera. Daí as restrições multiplicadas, as precauções minuciosas, as condições laboriosamente aplicadas a todos os artigos – restrições, precauções, condições que substituem, quase por toda parte, os deveres aos direitos; entaves à liberdade que, ultrapassando, em mais de um caso, os detalhes mais penosos da legislação apresentam o homem atado pelo estado servil, e não o homem livre por natureza. (MIRABEAU *apud* ODALIA in PINSKY, 2003, p. 166-167)

Para entender como se processou a substituição do modelo liberal-burguês pelo paradigma social, é interessante a análise do caso inglês.

²⁷ Várias foram as críticas que se impuseram com relação à Declaração de Direitos da Revolução Francesa, “[...] *foi acusada de excessiva abstratividade pelos reacionários e conservadores em geral; e de excessiva ligação com os interesses de uma classe particular, por Marx e pela esquerda em geral*” (BOBBIO, 1992, p. 97)

Uma das principais obras sobre o tema da cidadania é de autoria de T. H. Marshall intitulada: “*Cidadania, classe social e status*”. Na presente obra, é abordada a história da cidadania na Inglaterra (a experiência inglesa é bastante semelhante à francesa e em alguma medida à americana). Ele divide a cidadania em três partes:

Chamarei estas três partes, ou elementos, de civil, política e social. O elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça. Este último difere dos outros porque é o direito de defender e afirmar todos os direitos em termos de igualdade com os outros e pelo devido encaminhamento processual. Isso nos mostra que as instituições mais intimamente associadas com os direitos civis são os tribunais de justiça. Por elemento político, deve-se entender o direito de participar no exercício do poder político como membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. As instituições correspondentes são o parlamento e conselhos do Governo local. O elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. As instituições mais intimamente ligadas com ele são o sistema educacional e o de serviços. (MARSHALL, 1967, p. 63-64)

A evolução da cidadania inglesa respeita essa mesma seqüência dos direitos civis aos sociais. Esse processo foi duplo: de fusão geográfica, na medida em que a história da cidadania inglesa é uma história nacional; e separação funcional, quando as instituições das quais dependiam os direitos de cidadania se desligaram e deixaram de funcionar de forma íntima a determinados grupos para ter conotação geral. Essa separação foi tão evidente que Marshall chegou a atribuir os períodos de formação de cada modalidade de direitos a um século diferente: os direitos civis no século XVIII, os políticos no XIX e os sociais no XX. Por óbvio que essa periodização não é deveras rígida, por exemplo, para se compreender os direitos civis é necessário que o século XVIII seja estendido ao passado para abranger o *Habeas Corpus*, o *Toleration Act*, a abolição da censura à imprensa e estendê-lo ao futuro para abarcar ainda a Emancipação Católica e a revogação dos *Combination Acts*, por exemplo.

Liberdade e cidadania podem ser considerados termos correlatos já

que “quando a liberdade se tornou universal, a cidadania se transformou de uma instituição local numa nacional” (MARSHALL, 1967, p. 69). Quando, no XIX, a cidadania civil já era universal, os direitos políticos constituíam ainda privilégio aristocrático, os direitos políticos para a sociedade capitalista daquela época eram considerados produtos secundários dos direitos civis.

Muito embora, os diferentes elementos da cidadania tenham se desenvolvido, predominantemente, em momentos bastante distintos da história, é possível afirmar um entrelaçamento, sobretudo entre os dois últimos: os direitos políticos e os sociais. Os direitos políticos podem ser considerados constitutivos dos direitos sociais. Com relação aos direitos sociais, faz-se mister apontar as observações que Marshall faz com relação a *Poor Law*. Originalmente, ela tentara ajustar a renda real às necessidades sociais e ao *status* de cidadão, no entanto, tratava das reivindicações dos pobres não como cidadãos, aqueles que a ela recorriam – os indigentes – na prática, renunciavam ao direito civil de liberdade social, uma vez que deveriam ser internados em casas de trabalho e renunciar a quaisquer direitos políticos que possuísem.

É importante observar que

[...] seria absurdo afirmar que os direitos civis em vigor nos séculos XVIII e XIX estavam livres de falhas ou que fossem tão equitativos na prática quanto o professavam ser em princípio. A igualdade perante a lei não existia. O direito lá estava, mas o remédio jurídico estava, muitas vezes, fora do alcance do indivíduo. As barreiras entre os direitos e remédios eram de duas espécies: a primeira se originava nos preconceitos de classes e parcialidade; a segunda, nos efeitos automáticos de distribuição desigual de renda que operava através do sistema de preços. Os preconceitos de classe que, indubitavelmente, caracterizavam a distribuição da justiça no século XVIII, não podem ser abolidos por leis, mas somente pela educação social e a edificação de uma tradição de imparcialidade. (MARSHALL, 1967, p. 80)

O novo constitucionalismo organizado a partir da difusão do pensamento político de Habermas inaugurou a igualdade como direito de participar de decisões políticas, de cunho legislativo, administrativo ou judicial. Essa tem sido a

noção de igualdade apregoada pelo Estado Democrático de Direito²⁸.

Marciano Seabra de Godoi afirma que:

É muito mais apropriado definir a igualdade como “tratar os indivíduos como iguais” do que tratar os indivíduos igualmente. A diferença é que Habermas radica a igualdade não no conteúdo da norma (que pode ou não tratar indivíduos e situações igualmente), mas nos pressupostos que devem ser verificados no discurso que produz a norma. Ou seja, os cidadãos não devem necessariamente ser iguais na forma em que são tratados pelas normas, mas devem ser iguais nos direitos e na forma efetiva em que participam do processo de elaboração da norma. (1999, p. 106).

Não obstante os imensos avanços trazidos pelo paradigma comunicacional, a solução dialógica na maior parte das vezes não chega, e quando chega não se efetiva. Quando o direito ignora a diferença ou quando trabalha de forma inadequada com a *igualdade*, o diálogo se torna meramente formal. E ocorre a substituição do monólogo do sujeito moderno pelo monólogo dos indivíduos pós-modernos²⁹.

É salutar ressaltar que tanto o paradigma social, quanto o paradigma do constitucionalismo contemporâneo – de modelo habermasiano – introduzem na discussão noções de igualdade substancial, também denominada de igualdade material. Isso significa entre outras coisas que o princípio da igualdade impõe não

²⁸ Joaquim B. Barbosa Gomes afirma que: “Figura também como meta das ações afirmativas a implantação de uma certa “diversidade” e de uma maior “representatividade” dos grupos minoritários nos mais diversos domínios de atividade pública e privada. Partindo da premissa de que tais grupos normalmente não são representados em certas áreas ou são sub-representados seja em posições de mando e prestígio no mercado de trabalho e nas atividades estatais, seja nas instituições de formação que abrem as portas ao sucesso e às realizações individuais, as políticas afirmativas cumprem o importante papel de cobrir essas lacunas, fazendo com que a ocupação das posições do Estado e do mercado de trabalho se faça, na medida do possível em harmonia com o caráter plúrimo da sociedade. Nesse sentido, o efeito mais visível dessas políticas, além do estabelecimento da diversidade e representatividade propriamente ditas, é o de eliminar as “barreiras artificiais e invisíveis” que empurram o avanço de negros e mulheres, independentemente da existência ou não de política oficial tendente a subalternizá-los”. (2002, p. 11)

²⁹ Miroslav Milovic (op. cit. p. 79) afirmaria que: “Parece então que a transformação da filosofia moderna proclamada no projeto de Apel e de Habermas não é tão radical como pretende ser. O que indica que neste instante o monólogo do sujeito moderno é apenas transformado no contexto de um diálogo abstrato [...] Isso talvez mostre que a filosofia perdeu a sensibilidade para a realidade [...],” Mesmo depois das tentativas kantianas de vinculação da filosofia a um projeto de práxis universal, na sua ética, não foi possível a realização de idéias práticas de validade universal. E aí o filósofo bósnio supra citado arremata: “Assim, o monólogo do sujeito moderno se transforma no monólogo do indivíduo pós-moderno [...]” (p. 81).

apenas igualdade *perante* a lei, mas, sobretudo impõe uma obrigação de igualdade na própria lei, ou seja, a igualdade limita a lei (Cf. KELSEN, 2006, p. 190).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, na obra *Direitos humanos fundamentais*³⁰ (2002), reconstrói a história das Declarações de direitos e na seção das liberdades públicas pondera que a isonomia é o cerne da *Declaração de direitos do homem e do cidadão*, de acordo com o referido autor o principal marco na história da afirmação dos direitos humanos³¹.

O princípio da igualdade encontra-se expressamente consagrado pela Constituição Federal de 1988 já no seu preâmbulo, juntamente com o pluralismo, e reaparece no *caput* do artigo 5.º, devendo ser interpretado em harmonia com outros princípios que estão implicados no adequado tratamento jurídico da igualdade ou que estão mais aptos a atender ao que se convencionou chamar de ações afirmativas³², ou práticas de inclusão³³ como o inciso III do artigo 1.º ou o inciso IV do artigo 3.º da

³⁰ *Data maxima venia* o título da obra em comento parece encerrar imprecisão, ou inconsistência conceitual, tendo em vista o conteúdo jurídico das expressões *direitos fundamentais* e *direitos humanos*, quer porque a primeira refere-se aos direitos garantidos institucionalmente por um Estado e delimitados em contexto espaço-temporal, e a segunda de caráter universal; quer pela doutrina frequentemente tê-las por sinônimo. Cf. Vladimir Brega Filho, “*Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*”, 2002.

³¹ Parece mais acertado ter como marco na história da afirmação do princípio da igualdade como direito fundamental a *Declaração do Bem Povo da Virgínia* cuja autoria é atribuída a George Naron que no primeiro e no quarto artigo contém importante conteúdo jurídico de afirmação da igualdade, tendo inclusive influenciado Declarações posteriores, como a de Independência dos EUA e a Declaração Francesa a que faz referência o autor em comento. (http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Povo_Virginia.html, com acesso em 1 de abril de 2009)

³² “O termo *ação afirmativa* chega ao Brasil carregado de uma diversidade de sentidos, o que em grande parte reflete os debates e experiências históricas dos países em que foram desenvolvidas. A expressão tem origem nos Estados Unidos, local que ainda hoje se constitui como importante referência no assunto. Nos anos 60, os norte-americanos viviam um momento de reivindicações democráticas internas, expressas principalmente no movimento pelos direitos civis, cuja bandeira central era a extensão da igualdade de oportunidades a todos. No período, começam a ser eliminadas as leis segregacionistas vigentes no país, e o movimento negro surge como uma das principais forças atuantes, com lideranças de projeção nacional, apoiado por liberais e progressistas brancos, unidos numa ampla defesa de direitos. ... nesse contexto que se desenvolve a idéia de uma ação afirmativa, exigindo que o Estado, para além de garantir leis anti-segregacionistas, viesse também a assumir uma postura ativa para a melhoria das condições da população negra. Os Estados Unidos completam quase quarenta anos de experiências, o que oferece boa oportunidade para uma análise de longo prazo do desenvolvimento e impacto dessa política”. (MOEHLECKE, 2002, p. 198.)

³³ “É importante salientar que não se querem ver produzidas novas discriminações com a ação afirmativa [vide nota 13], agora em desfavor das maiorias, que, sem serem marginalizadas historicamente, perdem espaços que antes detinham face aos membros dos grupos afirmados pelo princípio igualador no Direito. Para se evitar o extremo oposto sobreviesse é que os planos e programas de ação afirmativa adotados nos Estados Unidos e em outros Estados, primaram sempre pela fixação de percentuais mínimos garantidores da presença das minorias que por eles se buscavam igualar, com o objetivo de se

referida Carta de Direitos.

Na Constituição Francesa o princípio da igualdade aparece igualmente no preâmbulo³⁴; na Constituição Alemã o princípio da igualdade aparece consagrado no artigo 3.º³⁵; na Constituição Espanhola prefigura o item 1 do artigo 1.º³⁶; na Constituição Chilena a igualdade é uma das bases da institucionalidade³⁷; na Constituição Grega a cidadania e a igualdade vêm reguladas pelo artigo 4.º; na Constituição da Áustria no artigo 7.º; na Constituição Argentina no artigo 16, etc. Enfim todas as constituições modernas do Ocidente têm por pressuposto a herança das revoluções Francesa e Americana e consagraram o princípio da igualdade³⁸.

Sobre o princípio da igualdade pondera o constitucionalista português Jorge Miranda:

O princípio da igualdade é um princípio estruturante ou conformador das ordens jurídicas desde o constitucionalismo moderno (e, de uma maneira ou outra, de todos os ordenamentos ao longo dos tempos,

romperem os preconceitos contra elas ou pelo menos propiciarem-se condições para a sua superação em face da convivência juridicamente obrigada. Por ela, a maioria teria que se acostumar a trabalhar, a estudar, a se divertir etc. com os negros, as mulheres, os judeus, os orientais, os velhos etc., habituando-se a vê-los produzir, viver, sem inferioridade genética determinada pelas suas características pessoais resultados do grupo a que pertencessem. Os planos e programas das entidades públicas e particulares de ação afirmativa deixam sempre à disputa livre da maioria a maior parcela de vagas em escolas, em empregos, em locais de lazer etc., como forma de garantia democrática do exercício da liberdade pessoal e da realização do princípio da não discriminação (contido no princípio constitucional da igualdade jurídica) pela própria sociedade” (ROCHA, 1996, p. 88)

³⁴ Preâmbulo da Constituição Francesa: “*En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d’outre-mer qui manifestent la volonté d’y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l’idéal commun de liberté, d’égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique.*”

³⁵ O princípio constitucional da igualdade, deve ser conjugado com o artigo 1.º da Lei Fundamental que é auto explicativo: “*Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana; obrigatoriedade do respeito aos direitos fundamentais pelo Poder Público] 1. A dignidade da pessoa humana é inviolável. Toda autoridade pública terá o dever de respeitá-la e protegê-la. 2. Com isso, o Povo Alemão declara invioláveis e inalienáveis os direitos da pessoa humana, como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. 3. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário estarão obrigados a considerar como diretamente aplicáveis os direitos fundamentais a seguir enunciados.*”

³⁶ “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.*”

³⁷ “*Art. 1. Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos.*”

³⁸ O surgimento da igualdade como direito está relacionada com a história da cidadania, e neste contexto é importante que se pontuem três grandes acontecimentos que marcaram a consolidação da passagem da Era dos Deveres para a Era dos Direitos: a *Revolução Inglesa*, a *Revolução Francesa* e a *Revolução Americana*. Como bem pondera Norberto Bobbio, os direitos do homem são sempre históricos, ou seja, nascem de determinadas circunstâncias mais ou menos precisas marcadas pelas *lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes*, ou seja, os direitos não surgem *ex nihilo*, são graduais e históricos. (cf. BOBBIO, 1992, p. 7)

dentro dos seus quadros próprios).

Todavia, a experiência histórica mostra:

- a) Que são coisas diferentes a proclamação do princípio da igualdade e a sua aceitação e aplicação prática; ou a consagração constitucional e a realização legislativa – até porque o princípio comporta manifestações diversas consoante os sectores e os interesses em presença e sofre as refrações decorrentes do ambiente de cada país e de cada época;
- b) Que, a par da construção jurídica a fazer e refazer constantemente, importa indagar da cultura cívica dominante na comunidade, das idéias preconcebidas e dos valores aí assentes, da “Constituição viva”, da realidade constitucional;
- c) Que a conquista da igualdade não se tem conseguido tanto em abstracto quanto em concreto, por meio da eliminação ou da redução de sucessivas desigualdades; e que tem sido fruto quer da difusão das idéias quer das lutas pela igualdade travadas por aqueles que se encontravam em situações de marginalização, opressão e exploração;
- d) Que, embora a supressão destas ou daquelas desigualdades nunca seja definitiva e, por vezes, até venha acompanhada do aparecimento de novas desigualdades, o ideal de uma sociedade alicerçada na igualdade (ou na justiça) é um dos ideais permanentes da vida humana e um elemento crítico de transformação não só dos sistemas jurídicos, mas também das estruturas sociais e políticas. (2003, p. 289-290)

Bem pondera Celso Antonio Bandeira de Mello quando afirma que as normas jurídicas não fazem outra coisa senão discriminar situações (Cf. BANDEIRA DE MELLO, 2002, p. 12-13), deferindo direitos a certa categoria de pessoas e negando a outras, criando regimes jurídicos diferenciados para não reproduzir injustiças. A lei sempre elege algo como elemento diferencial, nas diversas situações qualificadas, a fim de discriminar situações para atribuir-lhes o efeito correspondente.

O referido doutrinador pondera ainda que qualquer elemento presente nas coisas, pessoas ou situações pode ser eleito pela lei como fator discriminatório (op. cit., p. 17), de tal fato é possível extrair a regra de que não é no traço de diferenciação que normalmente residem às ofensas ao princípio da igualdade. A única exigência é que exista correlação entre a peculiaridade diferencial e a desigualdade de tratamento por ela pretendida, além de não haver afronta aos princípios constitucionais.

De tal argumento decorre de imediato a possibilidade constitucional das ações afirmativas que criam discriminações lícitas ou positivas para atender ao interesse público da promoção da dignidade humana e da justiça.

Pimenta Bueno, jurista do Brasil imperial, afirmava que *“a lei deve ser uma e a mesma para todos; 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” (Cf. PIMENTA BUENO *apud* BANDEIRA DE MELLO, 2002, p. 18.). O princípio da igualdade limita aquelas discriminações injustificadas ou arbitrárias, fundadas em especificações fortuitas ou absolutamente singulares.

Celso Antonio Bandeira de Mello propõe três questões para se perquirir sobre a quebra do princípio da isonomia: 1) a primeira diz respeito ao fato de desigualação; 2) a segunda refere-se à correlação lógica abstrata que deve existir entre o fator utilizado como critério para o *discrímen* e a disparidade estabelecida pelo tratamento juridicamente diversificado; e finalmente, 3) a terceira que atina a consonância desta correlação lógica com o sistema constitucional e o ordenamento jurídico (Cf. *op. cit.*, p. 21).

Feitas essas considerações iniciais, passemos à análise da igualdade sob o prisma da teoria da norma jurídica. Norberto Bobbio, na obra intitulada *Teoria da Norma Jurídica* estabelece alguns patamares interessantes, para o início dessa discussão:

Ogni proposizione precrittiva, e quindi anche le norme giuridiche, è formata di due elementi costitutivi e quindi immancabili: il *soggetto*, a cui la norma si rivolge, ovvero il *destinatario*, e l'oggetto della prescrizione, ovvero l'azione prescritta. (p. 228) [...] Orbene tanto il destinatario-soggetto quanto l'azione-oggetto possono presentarsi, in una norma giuridica, in forma universalis e in forma singolare. (...) In questo modo si ottengono non due ma quattro tipi di proposizioni giuridiche, ovvero *prescrizione con destinatario universale*, *prescrizione con destinatario singolare*, *prescrizione con azione universale*, *prescrizione con azione singolare* (p.229) [...] Invece di usare promiscuamente i termini di “generale” e “astratto”, riteniamo opportuno chiamare “generalis” le norme che sono universalis rispetto al destinatario, e “astratte” quelle che sono universalis rispetto all'azione. Così consigliamo di parlare di *norme generali* quando si troviamo di fronte a norme che si rivolgono a una classe di persone; e di *norme astratte* quando si troviamo di fronte a norme che regolano un'azione-tipo (o una classe di azioni). Alle norme generali si contrappongono quelle che hanno per destinatario un individuo singolo, suggeriamo di chiamare *norme individuali*; alle norme astratte si contrappongono quelle che regolano un'azione singola, e suggeriamo di chiamare *norme*

concrete (p. 231)³⁹ (BOBBIO *apud* BANDEIRA DE MELLO, 2002, p. 26)

Da análise da norma no plano estritamente formal tem-se que a norma jurídica pode ser, de acordo com Bobbio, *prescrição com destinatário universal*, *prescrição com destinatário singular*, *prescrição com ação universal*, *prescrição com ação singular* ao que ele denominou respectivamente de norma geral, norma individual, norma abstrata e norma concreta.

Apesar de Celso Antonio Bandeira de Mello tecer severas críticas a distinção que Bobbio estabelece entre norma geral e norma abstrata (op.cit., p. 28, nota 9), sobretudo no sentido de que a distinção é desnecessária já que toda norma abstrata é também geral, *data venia*, parece que as proposições de Bobbio resistem tranqüilamente a essa crítica pelo fato de serem mais precisas e ressaltarem a diferença específica da norma geral e da norma abstrata. Ainda que fosse suprimida tal distinção seria necessário restabelecê-la no seio da norma geral, para admitir posteriormente a existência de normas gerais atinentes a sujeitos universais e normas gerais dirigidas a ações tipo.

Quais prescrições jurídicas, via de regra, não atentam ao princípio constitucional da igualdade? Quais regras de direito são eficazes para o reconhecimento da diferença, sem criar distinções injustas e tirânicas? Quais normas jurídicas são adequadas a estabelecer o micro-sistema das ações afirmativas, e reconhecer os direitos das minorias? A essas e outras questões se pretende responder.

Celso Antonio Bandeira de Mello pondera que a lei não pode eleger como critério diferencial algo que seja tão específico a ponto de singularizar no

³⁹ “Toda proposição prescritiva, e também toda norma jurídica, é formada de dois elementos constitutivos e portanto necessários: o *sujeito* a quem a norma se refere, denominado destinatário, e o *objeto* da prescrição, denominado de ação prescrita (p. 228) [...] Ora tanto o destinatário-sujeito, quanto a ação-objeto podem apresentar-se, em uma norma jurídica, na forma universal e na forma singular. (...) De modo a obter-se não duas mas quatro tipos de proposição jurídica, isto é, *prescrição com destinatário universal*, *prescrição com destinatário singular*, *prescrição com ação universal*, *prescrição com ação singular* (p. 229) [...] Ao invés de se usar promiscuamente o termo “geral” e “abstrato”, entendemos oportuno chamar de “gerais” as normas que são universais com respeito ao destinatário e “abstratas” aquelas que são universais com relação a ação. Assim conseguimos falar de *normas gerais* quando nos deparamos com as normas que se referem a uma classe de pessoas; e de *normas abstratas* quando nos deparamos com normas que regulam uma ação tipo (ou uma classe de ações). Toda norma geral, se por oposição, tiver por destinatário um indivíduo singular, sugerimos denominá-la de *norma individual*; toda norma abstrata, se por oposição, regular uma ação singular, sugerimos denominá-la de *norma concreta*.” (tradução nossa)

presente e definitivamente um sujeito, e criar-lhe um regime diferencial (2002, p. 23). Afirma ainda que o traço diferencial adotado deverá estar localizado na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada, e não outros.

Conjugando tal assertiva com a teoria da norma jurídica de Norberto Bobbio alhures esboçada, conclui-se que as normas jurídicas simplesmente gerais jamais ofenderão a isonomia pelo aspecto da individualização abstrata do destinatário, as normas jurídicas abstratas, em situações ideais, também não correrão esse risco, porque não individualizam de modo absoluto nenhum sujeito de direitos, mas sempre uma categoria de indivíduos – ainda que maliciosamente possam ser utilizadas para beneficiar determinada pessoa. Por seus turnos, a regra individual e a regra concreta poderão com muito mais pesar incompatibilizar-se com o princípio da isonomia, no primeiro caso quando não se dirigir a sujeito indeterminado e indeterminável, e no segundo caso o será quando além de concreta for individual.

Disso tem-se que a despeito de serem as normas jurídicas gerais e abstratas mais aptas a regular o direito de diferença e as ações afirmativas, quaisquer normas jurídicas podem fazê-lo, desde que as discriminações positivas não se constituam em privilégios aos seus beneficiários. Todo privilégio produzido pela norma jurídica é odioso no Estado Democrático de Direito, porque no privilégio legislativo ocorre o uso da soberania estatal no interesse privado, ou melhor, a sujeição de um dos Poderes da República ao interesse particular, já que privilégio é *privus-lex* ou *privilegium* (lei para um particular).

O ministro do STF Joaquim B. Barbosa Gomes, fazendo referência a Joaquim de Arruda Falcão, afirma que:

[...] a legislação infraconstitucional deve respeitar três critérios concomitantes para que atenda ao princípio da igualdade material: a diferenciação deve (a) decorrer de um comando-dever constitucional, no sentido de que deve obediência a uma norma programática que determina a redução das desigualdades sociais; (b) ser específica, estabelecendo claramente aquelas situações ou indivíduos que serão “beneficiados” com a diferenciação; e (c) ser eficiente, ou seja, é necessária a existência de um nexos causal entre a prioridade concedida e a igualdade socioeconômica pretendida. (2002, p. 24)

De qualquer forma, o mais importante para que o reconhecimento da

diferença e o tratamento jurídico especial de situações que o justifiquem não se desnatura em tirania é que essa diferenciação esteja em consonância com os outros interesses protegidos pela Constituição (Cf. BANDEIRA DE MELLO, 2002, p. 41-43.).

Reportando-se novamente ao constitucionalista português, Jorge Miranda, é de se consignar que o mais importante do princípio constitucional da igualdade não é a proibição do privilégio ou de discriminações, mas o seu sentido ativo, de acordo com o doutrinador,

[...] O cerne do princípio reside no seguinte:

- a) Tratamento igual de situações iguais (ou tratamento semelhante de situações semelhantes);
- b) Tratamento desigual de situações desiguais, mas substancial e objectivamente desiguais, e não criadas ou mantidas artificialmente pelo legislador;
- c) Tratamento desigual que, consoante os casos, se converte para o legislador ora em mera faculdade, ora em obrigação;
- d) Tratamento igual ou semelhante, em moldes de proporcionalidade, das situações desiguais relativamente iguais ou semelhantes;
- e) Tratamento das situações não apenas como existem, mas também como devem existir, de harmonia com os padrões da Constituição material (acrescentando-se, assim, uma componente activa ao princípio e fazendo da igualdade perante lei uma verdadeira igualdade através da lei);
- f) Se necessário, admissibilidade de discriminações positivas (ou situações de vantagem fundadas, desigualdades de direito em consequência de desigualdades dos factos e tendentes à superação destas). (2003, p. 290)

A posição adotada por Jorge Miranda é bem mais interessante que a de Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁰, que afirma ser o *discrimen* aceito pela Constituição em virtude dos valores que ela adota, é preciso ter cautela no levantamento dos valores e interesses constitucionalmente protegidos, na medida em que a Constituição não é inocente, e muitas vezes traduz o conservadorismo das elites, ou a hipocrisia heterofóbica de grupos dominantes.

Ainda que uma norma jurídica discriminante colidisse diretamente com valor ético-social acolhido pelo sistema constitucional ela teria sua validade

⁴⁰ O referido autor entende que uma norma transgride o princípio constitucional da isonomia toda vez que o critério especificador está em “*desconformidade ou contradição com os valores transfundidos no sistema constitucional ou nos padrões ético-sociais acolhidos neste ordenamento*” (op. cit., p. 42)

preservada se encontrasse guarida nos direitos fundamentais. Exemplo clássico disso é a justificativa falaciosa da impossibilidade jurídica da união civil de pessoas do mesmo sexo com esteio no artigo 226, §3.º e 4.º, da CF. Há nesse caso o mister de por meio do princípio hermenêutico da precedência condicionada se afastar a incidência desse artigo para aplicar, não obstante, os direitos fundamentais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. (art. 1.º, III; art. 3, IV e caput do art. 5º da CF).

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior afirmam que é tarefa do legislador infraconstitucional a reprodução da igualdade aplicada pelo Constituinte ao estabelecer discrimens com relação a “[...] *posse indígena* (art. 231, §2º.), *o trabalho da mulher* (art. 7º., XX), *a reserva de mercado de cargos públicos para pessoas portadoras de deficiência* (art. 37, VIII) e *outras tantas regras*” (2005, p. 122).

É importante ressaltar que de acordo com José Afonso da Silva (2008, p. 216-217), reportando-se a Francisco Campos, o principal destinatário do princípio da igualdade é o legislador, para que ele não possa criar normas que distingam pessoas, coisas e fatos, de forma diversa da autorizada pela Constituição Federal.

Atualmente encontram-se tramitando no Congresso Nacional leis que pretendem criar regimes jurídicos diferenciados principalmente para negros, para mulheres, para estudantes de escolas públicas, para deficientes, enfim. Para todos aqueles que necessitam de algum olhar especial do Estado tendo em vista seu estado de maior risco.

Algumas outras atuações jurídicas no sentido da promoção da diferença pela aplicação do princípio constitucional da isonomia são no sentido garantir direitos mínimos a homossexuais, e essas práticas ainda que não em sentido próprio, podem ser encaradas como exemplares de ação afirmativa.

A título de ilustração, sem as pretensões de rigores da pesquisa estatística, em levantamento realizado em 30 de agosto de 2006 no repositório de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal disponível para pesquisa pela internet, pôde-se constatar que, em se pesquisando pelo parâmetro “*princípio constitucional da igualdade*” aparecem apenas 12 registros que na sua maioria estão relacionados com

a aplicação do princípio no processo, ou para garantir igualdade em planos de cargos e salários de entes públicos e suas autarquias.

Se a pesquisa tiver por verbete o termo “*isonomia*” o resultado é surpreendente maior, são cerca de 1246 registros, observando-se de perto metade dos registros, foi possível a seguinte constatação: um terço das jurisprudências da Corte Constitucional diziam respeito a aumento de vencimentos para garantia da *isonomia salarial*, outros um quinto da jurisprudência se referiam à matéria tributária; menos de um décimo à matéria bancária. Tem-se com isso que aproximadamente metade das decisões analisadas, envolvendo o princípio constitucional da igualdade, são de índole patrimonial⁴¹.

As decisões de grande relevância social, que poderiam, em alguma medida, ser consideradas ações de afirmação das diferenças de grupos minoritários diziam respeito a constitucionalidade dos critérios diferenciados para promoção de militares dos sexos masculinos e femininos⁴², sempre desfavoráveis às mulheres (uma espécie de ação afirmativa inversa).

Outra decisão interessante foi atinente ao deferimento do pedido de uma mulher, que teve parto 8 dias antes da prova física do concurso, para designação de nova data para realização da prova⁴³, nesse caso exemplo de discriminação positiva.

Cármem Lúcia Antunes Rocha, afirma que os objetivos fundamentais da República definidos pelo artigo 3º. e incisos da Constituição Federal de 1988, são na verdade obrigações transformadoras do quadro social e arremata

⁴¹ Luís Roberto Barroso (2006, p. 158) endossa essa constatação afirmando que: “A importação do princípio da razoabilidade-proporcionalidade no direito brasileiro projetaram novas luzes sobre o tratamento doutrinário do princípio da isonomia. Historicamente subaproveitado e mais rotineiramente utilizado na busca de equiparações salariais ou remuneratórias, o grande mandamento da igualdade é tradicionalmente tratado como tema de menor relevância, assim pela doutrina como pela jurisprudência”.

⁴² AI-ED 531561 – DF, Re-AgR 406166 – BA, Re-AgR 336866 - RJ

⁴³ Re-AgR 376607 – DF “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREQUESTIONAMENTO. EXISTÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. PROVA DE APTIDÃO FÍSICA. CANDIDATA SUBMETIDA A PARTO OITO DIAS ANTES. NOVA DATA. DESIGNAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. A oposição de embargos declaratórios visando à manifestação do Tribunal a quo sobre matéria anteriormente suscitada atende ao requisito do prequestionamento, ainda que persista a omissão. 2. Permitir que a agravada realize o teste físico em data posterior não afronta o princípio da isonomia nem consubstancia qualquer espécie de privilégio. A própria situação peculiar na qual a agravada se encontrava requeria, por si só, tratamento diferenciado. Nego provimento ao agravo regimental”.

O artigo 3º. traz uma declaração, uma afirmação e uma determinação em seus dizeres. Declara-se, ali, implícita, mas claramente, que a República Federativa do Brasil não é livre, porque não se organiza segundo a universalidade desse pressuposto fundamental para o exercício dos direitos, pelo que, não dispendo todos de condições para o exercício de sua liberdade, não pode ser justa. Não é justa porque plena de desigualdades antijurídicas e deploráveis para abrigar o mínimo de condições dignas para todos. E não é solidária porque fundada em preconceitos de toda sorte. (1996, p. 92)

Todos os verbos do artigo 3º. da CF/88 estão conjugados de modo a sugerir a ação positiva do Estado, no sentido da minimização das diferenças. O inciso IV, do referido artigo, ainda é mais objetivo quanto às intenções do Constituinte quando coloca entre os objetivos fundamentais do Estado a *promoção do bem de todos*.

A pretexto de considerações finais é preciso pontuar que houve um avanço hermenêutico na interpretação da principiologia constitucional de um modo geral – e conseqüentemente do princípio jurídico da igualdade – principalmente a partir da superação doutrinária da teoria das normas programáticas, e das teorias da igualdade formal. De acordo com a primeira teoria, entendia-se *contra legem*⁴⁴ que o princípio constitucional da igualdade não era auto-aplicável, mas que era uma norma diretiva – em sentido amplíssimo – da atuação do Estado, que deveria tender à implementação da igualdade. Tem havido profunda maturidade jurisprudencial⁴⁵, se

⁴⁴ O § 1º. do artigo 5º. da Constituição Federal determina que os direitos – garantias fundamentais – ali consignados têm aplicação imediata.

⁴⁵ Trago a colação para ilustrar o avanço na exegese do princípio jurídico da igualdade, decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em parte reproduzido pela Ministra Denise Arruda no julgamento do Agravo de Instrumento 624737 "AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEFERIMENTO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. SISTEMA DE COTA MÍNIMA PARA POPULAÇÃO NEGRA E FARDA E PARA ESTUDANTES ORIUNDOS DA REDE PÚBLICA ESTADUAL DE ENSINO. LEIS ESTADUAIS 3524/00 e 3708/01. EXEGESE DO TEXTO CONSTITUCIONAL. A ação afirmativa é um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é na letra da lei fundamental assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais. Cidadania não combina com desigualdades. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação. Nesse cenário sócio-político e econômico, não seria verdadeiramente democrática a leitura superficial e preconceituosa da Constituição, nem seria verdadeiramente cidadão o leitor que não lhe buscasse a alma, apregoando o discurso fácil dos igualados superiormente em nossa história pelas mãos calejadas dos discriminados. É preciso ter sempre presentes essas palavras. A correção das desigualdades é possível. Por isso façamos o que está a nosso alcance, o que está previsto na Constituição Federal, porque, na vida, não há espaço

bem que ainda existem órgãos jurisdicionais resistentes, no reconhecimento da igualdade substancial; tem-se entendido que a igualdade não é apenas perante a lei, mas na lei, ou melhor, a lei deve igualar posições e eliminar eventuais desvantagens desde que haja relevante fundamento social.

No próximo capítulo serão discutidas as estratégias de superação do fetichismo do discurso e do cabalismo político, bem como a tutela dos direitos de minorias, quer pelo Estado-administração, quer pelo Estado-judiciário, exemplificando-se as reflexões esboçadas a partir da aplicação do princípio da igualdade e do reconhecimento ao direito à inclusão social de negros, mulheres e homossexuais.

para o arrependimento, para a acomodação, para o misoneísmo, que é a aversão, sem se querer perceber a origem, a tudo que é novo. Mas mãos à obra, a partir da confiança na índole dos brasileiros e nas instituições pátrias. O preceito constante do art. 5º, da CR/88, não difere dos contidos nos incisos 1, III e IV, do art.206, da mesma Carta. Pensar-se o inverso é prender-se a uma exegese cega, meramente formal, ou seja, a uma exegese de igualização dita estática, negativa, na contramão com a eficaz dinâmica, apontada pelo Constituinte de 1988, ao traçar os objetivos fundamentais da República Brasileira. E bom que se diga que se 45% dos 170 milhões da população brasileira é composta de negros (5% de pretos e 40% de pardos); que se 22 milhões de habitantes do Brasil vivem abaixo da linha apontada como de pobreza e desses 70% são negros, a conclusão que decorre é de que, na realidade, o legislador estadual levou em conta, quando da fixação de cotas, o número de negros e pardos excluídos das universidades e a condição social da parcela da sociedade que vive na pobreza, como posto pela Procuradoria do Estado, em sua manifestação.

O único modo de deter e começar a reverter o processo crônico de desvantagem dos negros no Brasil é privilegiá-la conscientemente, sobretudo naqueles espaços em que essa ação compensatória tenha maior poder de multiplicação. Eis porque a implementação de um sistema de cotas se torna inevitável. Na medida em que não poderemos reverter inteiramente esta questão a curto prazo, podemos pelos menos dar o primeiro passo, qual seja, incluir negros na reduzida elite pensante do país.

O descortinamento de tal quadro de responsabilidade social, de postura afirmativa de caráter nitidamente emergencial, na busca de uma igualdade escolar entre brancos e negros, esses parcela significativa de elementos abaixo da linha considerada como de pobreza, não permite que se vislumbre qualquer eiva de inconstitucionalidade nas leis 3.524/00 e 3.708/01, inclusive no campo do princípio da proporcionalidade, já que traduzem tão-somente o cumprimento de objetivos fundamentais da República.”

3. O PROBLEMA DO ENGAJAMENTO

Pretende-se neste capítulo demonstrar como ocorreu a afirmação dos direitos de algumas minorias.

Pondera José Murilo de Carvalho no texto *Cidadania, Estadania e Apatia* (Publicado no *Jornal do Brasil*, 24/06/2001, p. 8):

[...] Nosso Estado, apesar de incluir em sua ideologia elementos incorporadores da tradição ibérica, não se cola à nação ou a qualquer tradição de vida civil ativa. Não é um poder público garantidor dos direitos de todos, mas uma presa de grupos econômicos e cidadãos que com ele tecem uma complexa rede clientelista de distribuição particularista de bens públicos. A isso chamo de estadania.

Esse percurso teve conseqüências para nossa política e nossa cultura. Uma delas é a excessiva valorização do poder Executivo. Os direitos sociais foram implantados em períodos ditatoriais, em que o Legislativo ou estava fechado ou era apenas decorativo, criando-se a imagem, para o grosso da população, da eficácia do Executivo. A orientação para o Executivo dá continuidade à longa tradição portuguesa, ou ibérica, de patrimonialismo. O Executivo é visto como todo-poderoso, como o grande dispensador paternalista de empregos e favores. A ação política nessa visão é, sobretudo, orientada para a negociação direta com o governo, sem passar pela mediação da representação.

Além da cultura política governista, nossa tradição favoreceu também uma visão corporativista dos interesses coletivos. Não se pode dizer que a culpa foi toda do Estado Novo. O êxito da política social e trabalhista de Vargas se deve ao fato de ter ela tocado num ponto sensível da cultura nacional. A distribuição dos benefícios sociais por cooptação sucessiva de categorias de trabalhadores para dentro do sindicalismo corporativo achou terreno fértil em que se enraizar. A força do corporativismo manifestou-se mesmo durante a Constituinte de 1988. [...]

É inegável que o engajamento é um problema de países cuja cultura tenha se construído a partir de matrizes holísticas tendentes a valorizar o Estado em detrimento da ação individual. A estadania é na verdade um simulacro de cidadania, manipulada pelo Estado por meio de suas estruturas, dos seus mecanismos de controle e estratégias de garantia do monopólio do poder.

Contudo, a despeito das constatações de José Murilo de Carvalho, é de se afirmar que na medida em que as minorias tomam consciência de si, passam a

exercer pressão sobre as estruturas institucionalizadas de encarnação do Estado, para ver reconhecidos os direitos de diferença de que são titulares.

Isso é indício de que a sociedade civil pode prescindir do Estado e até ir contra ele, como já havia afirmado Pierre Clastres em *A sociedade contra o Estado* (2003).

É de se considerar ainda, que foi nos Estados Unidos, há cerca de 30 anos, que a reflexão sobre os valores da democracia se renovaram, a partir da adoção de uma postura moderada e pragmática. Pondera Nay (2007, p. 494) que “[...] *ela não contesta os fundamentos da sociedade liberal. Quer simplesmente organizá-la, a fim de moderar os seus efeitos mais negativos [...]*”. E desses efeitos, destacadamente pode ser apontada a desigualdade social.

Nesse sentido não haveria oposição entre igualdade e liberdade, mas a necessidade da conciliação desses valores aparentemente contraditórios, de forma a propiciar a organização de uma sociedade pluralista com forma de mosaico, na expressão de Amitai Etzioni.

[...] Nesta sociedade, o reconhecimento das diferenças não impediria a integração social em torno de valores fundamentais. A metáfora fala por si mesma. O mosaico é constituído por uma multidão de fragmentos que têm, cada um, sua cor própria, mas que permanecem juntos por força de um cimento comum. Ele é inteligível e equilibrado à medida que o cimento é bastante forte para manter todos os pedaços juntos. Se tirarmos o cimento, o mosaico se desagrega e cada fragmento perde o seu significado. Assim, a sociedade mosaico só tem sentido que as liga se suas comunidades estiverem harmoniosamente integradas entre si. O cimento que as liga é o “núcleo de valores partilhados” sem o qual nenhum grupo vê o sentido de viver juntos. Nessa perspectiva, a sociedade ideal é, para Etzioni, uma “comunidade de comunidades” na qual o laço entre os diversos componentes é pelo menos tão forte como o que une os membros no interior de cada um deles (NAY, 2007, p. 513)

Will Kymlicka (apud NAY, 2007, P. 526) nesse sentido distingue as minorias “etnoculturais” e as “minorias nacionais”. As primeiras são visíveis e resultam de processos de imigração, distinguindo-se por suas tradições e valores. As segundas são aquelas preexistentes aos “grupos fundadores”, o conceito está associado aos povos autóctenes. A essa abordagem, evidentemente culturalista, poderia ser

acrescentada um terceiro grupo de minorias, as “minorias sociais”. Embora talvez haja imprecisão terminológica tendo em vista que as outras duas passam por processos que as tornam minorias sociais, essas últimas seriam as minorias tradicionais: negros, mulheres, homossexuais, deficientes físicos, só para explicitar com alguns exemplos, independentemente de sua origem nacional, ou grupo cultural a que pertença.

Quando a diferença não é considerada valor-cimento, as hostilidades entre as minorias pode levar da perseguição sistemática, pelos detentores do poder, ao aniquilamento.

A militância e a superação do discurso de inclusão, por uma práxis que efetivamente promova a aproximação dos essencialmente diferentes devem conduzir a concretização da justiça social.

3.1 O fetichismo no discurso

O maior desafio ao se abordar a temática da cidadania no Brasil é evitar o maniqueísmo, “*segundo o qual o Estado é apresentado como vilão e a sociedade como vítima indefesa*” (CARVALHO, 2000, p. 10), como se o Estado fosse um mal necessário, ou o único responsável pelo fomento da cidadania, ou ainda, se esta, fosse constituída de liberdades negativas, ou simplesmente passivas. Tal concepção “[...] *acaba por revelar uma atitude paternalista em relação ao povo, ao considerá-lo vítima impotente diante das maquinações do poder do Estado ou de grupos dominantes. Acaba por bestializar o povo.*” (*ibidem*, p. 11).

Outro grande problema do caso brasileiro é a inversão da pirâmide de Marshall. No caso inglês, vieram, primeiro, os direitos civis, cada vez mais garantidos por um judiciário imparcial, com base nesses direitos cada vez mais consolidados aumentou-se a participação da sociedade civil no Parlamento e nos partidos políticos, e, finalmente pela ação e implementação dos direitos políticos, foram discutidos e votados os direitos sociais, numa *lógica que reforçava a convicção democrática* (Carvalho, 2002, p. 220);

[...] aqui, primeiro, vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular. Depois, vieram os direitos políticos, de maneira também bizarra. A maior expansão do direito de voto deu-se em outro período ditatorial, em que órgãos de representação política foram transformados em peça decorativa do regime. Finalmente, ainda hoje muitos direitos civis, a base da seqüência de Marshall, continuam inacessíveis a maioria da população. A pirâmide dos direitos foi colocada de cabeça para baixo. (*ibidem*, p. 219-220)

Uma das principais conseqüências dessa inversão é o fetichismo em torno do Poder Executivo, a supervalorização do governo em detrimento dos outros dois poderes provoca um desequilíbrio insanável nos sistema de freios e contrapesos que garante a isonomia (pelo menos do ponto de vista da zetética jurídica) do Poderes da República.

Havia esperança de que uma guinada do governo à esquerda pudesse resolver essas distorções que no Brasil provocam exclusão. Todavia, embora a experiência da esquerda brasileira com o poder seja bastante recente, tem-se denotado o contrário.

O conservadorismo que foi a tônica da esquerda brasileira *ab initio* se encrudeceu durante a década de sessenta fazendo com que surgissem férteis críticas à sua postura que pretendia, mormente, alterar o *status quo* amansado pelo costume e pela história.

Na Itália, um debate recente entre Norberto Bobbio, o filósofo Gianni Vattimo e Giancarlo Bosetti tratou de investigar as raízes do conservadorismo da esquerda. Vattimo, que vem dando contribuições importantes para o tema da pós-modernidade, provocado por Bosetti, que suscitou a questão do conservadorismo da esquerda, respondeu: "Nos tempos em que a direita se apresenta como revolucionária, parece inevitável que a esquerda defenda o status quo". Bobbio completou: "A Constituição não contém apenas normas relativas à organização do Estado, mas também as que dizem respeito aos direitos à liberdade e aos direitos sociais. É evidente que a estas não queremos renunciar. É preciso ficar atento aos perigos que rondam estes direitos".⁴⁶

⁴⁶ Luiz Gonzaga de Mello BELLUZZO, *Sobre a Esquerda Burra: Reformismo da direita neoliberal é, na verdade, uma (de)construção*, Publicado pela Folha de São Paulo em 16/07/95.

O conservadorismo da esquerda europeia tem um sentido profundamente diferente do atribuído à esquerda brasileira. Note-se que a esquerda europeia é conservadora das garantias conquistadas pelo Estado Social amplamente difundido depois do pós-guerra, o que vem sendo objeto das reformas debatidas pela direita, o reformismo da direita se afigura a desconstrução, visa à demolição das garantias conquistadas pelo Estado liberal.

Como já afirmara BELLUZZO,

O reformismo desvairado é a manifestação do desconforto do capitalismo com as formas de controle e disciplina que a sociedade tentou lhe impor, aterrorizada com as tragédias dos anos 20 e 30. Essas tragédias, não custa repetir, foram representadas no palco de suas guerras mundiais, uma depressão e alguns episódios hiperinflacionários. Aqui [no Brasil], como se sabe, não temos senão uma pretensão de Estado Social cristalizado na Constituição de 1988. Quanto ao controle e disciplina do capitalismo, isso não merece o esforço de uma gargalhada. Desta forma, teremos a oportunidade de (des)construir o inexistente, o que é mais uma vez uma façanha. Pioneirismo e originalidade que não cansamos de exibir e que contrastam com a doentia desconfiança de Vattimo quanto aos propósitos do reformismo contemporâneo. Ele, em sua tibieza incurável, pergunta: até que ponto é ilícito adotar as autênticas mitologias de direita só porque, se não o fizermos, estaremos condenados à minoria (e à oposição). Com a palavra a social-democracia (à brasileira).

No Brasil, ocorreu um fenômeno bastante curioso nas últimas décadas: se por um lado, no início do referido período, instalava-se um governo neo-liberal sob o manto da social-democracia, por outro, a esquerda, ao assumir o poder, revelou-se estritamente conservadora de suas conquistas. Resumo da ópera: nunca se instalou no Brasil o Estado Social e nunca se teve esquerda no poder.

Fernando Henrique Cardoso, em março de 1983, na conferência *Democratizing Brazil* na Yale University, exemplificando como alguns partidos no afã de conquistarem poder fizeram alianças com a sociedade, afirmou:

[o] PT (que neste aspecto é mais como os partidos de antigamente) é inegável que lançou pontes em setores sociais definidos: operários do ABCD, classe média intelectualizada, seguimentos do povão influídos pelo circuito Igreja da Libertação. Não capturou, é certo, todo o movimento sindical; não se articulou nacionalmente; está penetrado por

setores de “esquerda organizada”. Nada disso, no meu entender, diminui o feito: se não vier a ser o grande partido de massas sob a hegemonia dos trabalhadores, será, contudo, o partido dos setores de trabalhadores e de setores intelectuais capazes de propor uma sociedade alternativa (in STEPAN, 1988, p. 474)

Em alguma medida, o citado sociólogo tinha razão: o Partido dos Trabalhadores, depois das últimas eleições (2004), transformou-se em um dos maiores partidos de massa. O que não se verificou, contudo, foi a hegemonia dos trabalhadores e a implementação de uma sociedade alternativa, houve o contrário, inflação da burocracia e manutenção do *establishment*.

A direita considera a desigualdade social algo tão natural quanto o dia e a noite. A esquerda, por seu turno, muito embora não o afirme de forma aberta e peremptória, assumiu o discurso da direita na sua práxis política. Veja-se o exemplo claro da postura econômica do governo de esquerda brasileiro.

No jogo político brasileiro, o embate direita X esquerda é falacioso. Os discursos políticos tanto de direita quanto de esquerda são carecedores de ideologias, são vazios. Fato que é causa do fetichismo da palavra, do cabalismo político. Não importa o discurso, qual seja e de quem se origine, a práxis é a mesma.

É de se notar que o fato de um partido de esquerda ter assumido o governo pelo voto popular é algo significativo da insatisfação e da esperança na mudança. Não obstante a manutenção do *establishment*, revela o caráter conservador da esquerda, e conservador em um sentido original: das conquistas do estado liberal.

3.2 Da retórica à pragmática: democracia e direitos de minorias

É inegável que a superação do fetichismo do discurso passa pelo aprimoramento da democracia e de suas instituições, com a discussão profunda do sentido de uma teoria da democracia mais próxima da realidade e desvinculada de projetos ideológicos descomprometidos com a inclusão social, como a proposta schumpeteriana, como se verá a seguir.

Discutir o problema da democracia não é questão meramente

semântica (UGARTE, 2004). Afirmou Anna Pintore (2003, p. 8), no mesmo sentido, que: “*Na ausência de tal núcleo mínimo de significado, seria totalmente ilusório representar as disputas ético-políticas como disputas de conceitos em conflito*”.

A filosofia política, sobretudo a partir da década de 80 do século passado, tem desenvolvido uma sensibilidade especial às minorias como forma de reação ao pensamento individualista e racional (NAY, 2007, p. 482)

Ao tentar propor uma teoria da democracia que pudesse delimitar os sistemas democráticos e separá-los de outras formas autocráticas de governo, Pedro Salazar Ugarte (op. cit) cataloga três tipos de teorias da democracia: a teoria do *public choice* de matriz schumpeteriana, as teorias deliberativas da democracia e as teorias constitucionais ou substantivas.

A teoria do *public choice* tem por pressuposto teórico concepções economicistas e elitistas de democracia. Foi formulada por Schumpeter e esta encerrada no contexto de uma teoria da liderança competitiva. O que conta na sua teoria é a eleição do líder: “[...] o método democrático é um sistema institucional, para a tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleitor”⁴⁷ (1961, p. 321). A política para Schumpeter, como observa Ugarte (op. cit., p. 98), é uma atividade difícil, e nem todos podem, querem ou devem efetivamente participar. O que vai definitivamente importar é que a maioria dos que participam tenham condições de determinar a partir de seus interesses egoístas e poderes reais (inclusive econômicos) quem deve decidir por todos.

Não se deve negar que a proposta schumpeteriana é de extremo

⁴⁷ “O leitor deve recordar que nossas principais dificuldades no estudo da teoria clássica centralizavam-se na afirmação de que o povo tem uma opinião definida e racional a respeito de todas as questões e que manifesta essa opinião — numa democracia — pela escolha de *representantes* que se encarregam de sua execução. Por conseguinte, a seleção dos representantes é secundária ao principal objetivo do sistema democrático, que consiste em atribuir ao eleitorado o poder de decidir sobre assuntos políticos. Suponhamos agora que invertemos os papéis desses dois elementos e tornamos a decisão de questões pelo eleitorado secundária à eleição de representantes, que tomarão, neste caso, as decisões. Ou, em outras palavras, diremos agora que o papel do povo é formar um governo, ou corpo intermediário, que, por seu turno, formará o executivo nacional, * ou governo. (* *A equívoca palavra executivo, na realidade, significa coisa diferente. Mas deixa de significar se a usamos no sentido em que falamos dos administradores de sociedades anônimas, que, na verdade, fazem muito mais do que simplesmente executar a vontade dos acionistas.*) Nossa definição passa então a ter o seguinte fraseado: o método democrático é um sistema institucional, para a tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleitor.” (1961, p. 321)

realismo. Todavia, ela tem um pessimismo e um ceticismo com relação à capacidade de emancipação do projeto democrático, que pode conduzir a apatia por um lado, ou por outro, a confusão absoluta entre democracia e autocracia.

As teorias deliberativas da democracia encontram-se no extremo oposto da proposta do *public choice*. Embora existam diversas modalidades de teorias deliberativas, todas têm pelo menos dois pontos comuns: o primeiro consiste na idéia de que as decisões coletivas devem ser tomadas pelos seus potenciais destinatários ou por seus representantes e, a segunda é de que a tomada de decisões deve decorrer de um intercâmbio de idéias entre os participantes do jogo democrático. O principal representante contemporâneo dessa vertente é Jürgen Habermas, proposta que o autor apresenta em conjunto com a sua teoria da ação comunicativa e com a ética do discurso. Habermas (1969, p. 163) afirma textualmente que “*Das was uns aus Natur heraushebt, ist nämlich der einzige Sachverhalt, den wir seiner Natur nach kennen können: die Sprache*”⁴⁸.

A idéia de que qualquer modelo de democracia deliberativa seria possível nos países de modernidade tardia é demasiado romântica. Isso porque ela parte de uma pressuposição de que todos os que participam do diálogo democrático encontram-se em posição de igualdade⁴⁹ o que é evidentemente surreal em países pobres, e mesmo em países desiguais, ainda que no centro do sistema capitalista.

Não se tem dúvida de que a participação é fonte de legitimação moral e de legitimidade da democracia, Ugarte (2004, p. 99) afirmará que:

Muito se escreveu sobre os pontos frágeis da teoria deliberativa: sobre seu caráter idealista, sobre sua ambigüidade que abarca seus elementos-chave como a imparcialidade e a razoabilidade; inclusive alguns teóricos sustentaram que, ao se fundar na tese do respeito absoluto a qualquer idéia, a teoria deliberativa tem uma natureza

⁴⁸ “A natureza de nossa univocidade, é o único facto que sabemos a sua natureza: a linguagem” (tradução nossa).

⁴⁹ “Ideal nenne ich eine Sprechsituation, in der Kommunikationen nicht nur nicht durch äußere kontingente Zwänge, sondern auch nicht durch Zwänge behindert werden, die sich aus der Struktur der Kommunikation selbst ergeben. Die ideale Sprechsituation schließt systematische Verzerrungen der Kommunikation aus” (HABERMAS, 1984, p. 177) Tradução nossa: “O ideal seria o que eu chamo de discurso-situação em que as comunicações sejam não só por constrangimentos externos, a participação também pode ser dificultada por obstáculos que surgem a partir da estrutura da própria comunicação. O ideal discurso-situação inclui distorção sistemática da comunicação”

paternalista; enquanto outros, não sem bons argumentos, afirmam que o consenso constitui um ideal pré-moderno que exclui o dissenso democrático e, por isso mesmo, ameaça a própria democracia. Não é este o espaço para analisar estas críticas, mas me parece que se o perigo do *public choice* residia em reduzir a teoria à realidade, a debilidade da teoria deliberativa está em apostar tudo em uma ‘opinião pública livre, culta, responsável, informada e disposta a participar, capaz de exercer uma função propositiva inteligente e de controle do poder político’ que, além de inexistente, parece utópica.

Para encerrar, é necessário apresentar a terceira modalidade de teorias da democracia, que podem ser catalogadas como substantivas ou constitucionais e que tem origem no pós-guerra, em particular na Europa Ocidental. Nessa perspectiva os direitos fundamentais teriam caráter contra-majoritário, isso implica em que, a comunidade política não pode tomar decisões que afetem, no sentido de restringi-los, os direitos de liberdade ou os direitos sociais.

Luigi Ferrajoli (2001, p. 25), um dos adeptos desse modelo de teoria da democracia, afirmaria que:

[...] los derechos fundamentales, al corresponder a intereses y expectativas de todos, forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello de la que llamaré dimensión ‘substantial’ de la democracia, previa a la dimensión política o ‘formal’ de ésta, fundada en cambio sobre los poderes de la mayoría. Esta dimensión no es otra cosa que el conjunto de las garantías aseguradas por el paradigma del Estado de derecho, que, modelado en orígenes del Estado moderno sobre la exclusiva tutela de los derechos de libertad y propiedad, puede muy bien ser ampliado - luego del reconocimiento constitucional como ‘derechos’ de expectativas vitales como la salud, la educación y la subsistencia – también al ‘Estado social’, que se ha desarrollado de hecho en este siglo sin las formas y sin las garantías del Estado de derecho y solo en las de mediación política, y hoy, también por esto, en crisis.⁵⁰

Pondera o referido autor que os direitos fundamentais constituem a

⁵⁰ “Os direitos fundamentais, ao corresponder a interesses e expectativas de todos, formam o fundamento e o parâmetro da igualdade jurídica e por isso se chamam dimensão substancial da democracia, anterior a dimensão política ou formal desta, fundada no controle sobre os poderes da maioria. Esta dimensão não é outra coisa que o conjunto das garantias asseguradas pelo paradigma do Estado de Direito que, moldado nas origens do Estado moderno sobre a exclusiva tutela dos direitos de liberdade e propriedade, pode muito bem ser ampliado – logo o reconhecimento constitucional como ‘direitos’ as expectativas vitais como a saúde, a educação e a subsistência – também o Estado Social, que se desenvolve de fato neste século sem as formas e sem as garantias do estado de direito e apenas nas de mediação política, e hoje, também por isso, em crise” (tradução nossa)

dimensão substancial da democracia em contraposição aos direitos políticos, dimensão meramente formal, porque incorporam valores mais importantes, e pressupostos da democracia política. E isso decorre da natureza dos bens jurídicos protegidos por eles, que são dotados das características da: universalidade, igualdade, indisponibilidade, atribuídos pelas normas constitucionais, e que, inclusive, se sobrepõem aos poderes constituídos (op. cit., p. 35).

Os direitos fundamentais são uma espécie de “espaço vedado”, de núcleo duro da democracia, e estão imunes aos acordos, compromissos, e negociações políticas que devem apenas, portanto, alcançar aspectos secundários da vida das pessoas.

As teorias constitucionais da democracia estão mais próximas a legitimar e garantir o direito das minorias do que os outros dois modelos, isso por ser o primeiro modelo evidentemente elitista, e o segundo por ser demasiado utópico.

Os direitos fundamentais são reconhecidos na medida em que os seus destinatários principais se organizam e reivindicam o reconhecimento desses direitos, que podem ser novos, em sentido estrito, ou decorrer da ampliação de concepções restritivas de direitos antigos. Ainda que sejam distintas as expectativas e as dinâmicas concretas das forças sociais e atores presentes em diferentes contextos institucionais, em um contexto de conquista de direitos e de amadurecimento da cidadania, a força dessas novas subjetividades se manifesta de maneira singular ao mundo do direito.

Afirmam Adrián Gruza Lavalle, Peter P. Houtzager e Arnab Acharya (2004, p.345) que:

[...] literaturas que conferem peso significativo às virtualidades da participação do cidadão – notadamente aquelas agrupadas sob as rubricas “sociedade civil”, “democracia deliberativa” (habermasiana e outras) e *empowered participation* – não raro supõem que, para atores individuais ou coletivos, é relativamente fácil alcançar e utilizar os arranjos institucionais de participação do cidadão. Com maior precisão tais arranjos costumam ser pensados a partir da idéia de esfera pública (Ottmman, 2004) [...]

Os espaços institucionais podem sê-lo em sentido oficial ou oficioso. São espaços institucionais oficiais todos os espaços criados ou reconhecidos pelo

Estado como canal legítimo de participação da sociedade civil como um todo, exemplos dessa modalidade de espaço institucional pode ser encontrado nos conselhos de direitos, no orçamento participativo etc.; ao seu turno, os espaços oficiosos são todos aqueles que os grupos sociais, de forma sistemática ou não, se utilizam para exercer pressão sobre o poder público, para o reconhecimento de direitos, ou a criação de mecanismos de tutela e proteção daqueles já conquistados ao longo do processo histórico de formação e luta dos movimentos sociais como um todo.

4. OS DIREITOS DAS MINORIAS NO CASO CONCRETO (ALGUNS APONTAMENTOS)

Apenas a título de exemplificação, nesta seção serão abordadas três subjetividades minoritárias e os principais processos históricos relacionados com a conquista de direitos fundamentais e de cidadania pelas mesmas.

O rol das minorias por certo é mais extenso, são normalmente relacionados entre as minorias e não serão explorados no texto: os indígenas e outras minorias étnicas distintas dos afro-descendentes, os portadores de necessidades especiais, as minorias lingüísticas, as minorias religiosas, as minorias culturais, os povos de rua, as populações marginalizadas, os pobres, entre outros.

A escolha por trazer algumas notas sobre os negros, as mulheres e os homossexuais não foi de todo arbitrária, deveu-se a pesquisas anteriormente realizadas sobre a história da cidadania no Brasil, e a três ensaios escritos sobre os direitos dessas minorias.

4.1 OS NEGROS

A história da colonização é bastante conhecida. A historiografia do século XIX e da primeira metade do século passado, de um modo geral, cria que uma análise consistente da sociedade brasileira passaria necessariamente por uma avaliação do processo português de colonização, ou melhor, que o processo de colonização português era o principal responsável pelos contornos sociais do Brasil. Todavia, apenas alguns poucos pontos são relevantes para a compreensão da construção da cidadania brasileira, muito embora esse processo seja complexo. O primeiro ponto é com relação à natureza da colonização, nas palavras de José Murilo de Carvalho “*o futuro país nasceu da conquista de povos seminômades*” (2002, p. 18), o segundo, refere-se à conotação comercial atribuída a conquista. Os efeitos imediatos do primeiro ponto são a dominação e o extermínio, e do segundo foi a confusão do público com o privado, já que a colonização foi uma empresa do governo

colonial associado a particulares.

Nessa dinâmica perversa do sistema colonial, a escravidão foi, sem dúvida, o fator mais negativo, junto com a grande propriedade privada, para o desenvolvimento da cidadania. Uma análise pormenorizada da escravidão é de suma importância para a compreensão da precariedade da cidadania hodierna, já que a mentalidade escravista foi um *modus operandi* bastante difundido, os libertos, uma vez livres, possuíam escravos, e mesmo os quilombolas os possuíam, cerca de 80% dos libertos da Bahia possuíam escravos.

A escravidão era um privilégio privado,

Nos confins da língua latina e do direito romano, a palavra *privus* (particular) deu origem a duas variantes, *privatus* (privado) e *privus-lex* ou *privilegium* (lei para um particular, privilégio). Essas variantes fundem-se de novo num só significado no contexto do escravismo moderno, no qual o direito – o privilégio – de possuir escravos incide diretamente sobre a concepção da vida privada. Como na Colônia, a vida privada brasileira confunde-se, no Império, com a vida familiar. Resta que, no decorrer do processo de organização política e jurídica nacional, a vida privada escravista desdobra-se numa *ordem privada* prenhe de contradições com a ordem pública. Manifesta-se a dualidade que atravessa todo o Império: o escravo é um tipo de propriedade particular cuja posse e gestão demanda, reiteradamente, o aval da autoridade pública (ALENCASTRO, in NOVAIS, 2001, vol II, p. 16)

A escravidão tinha contornos econômicos e foi, por muitos anos, um regime lucrativo, o qual tinha outra dimensão, a da intolerância e da incompreensão da diferença.

Os escravos eram considerados *instrumentum vocali*, não eram humanos, eram instrumentos, não poderiam ser considerados pessoas e, conseqüentemente, sujeitos de direitos. Dessa forma não tinham direitos de integridade física, à liberdade ou qualquer outro direito civil básico, em contraponto não se pode dizer que os senhores de escravos eram cidadãos, já que lhes faltava a noção de isonomia jurídica (tanto no sentido real, quanto no eqüitativo), eles absorviam parte das funções do Estado, principalmente as judiciárias, de tal sorte que o poder do Estado terminava nas porteiras das grandes propriedades de terra.

Mary Del Priore no capítulo *Ritos da Vida Privada* da obra *História da*

Vida Privada no Brasil traz um excerto de uma correspondência de um senhor de terras e seu pai discutindo as melhoras de estratégias de relação com poder judiciário da capitania, notadamente corrupto e moroso,

Falo em ministros para que V. M. não se descuide de me mandar alguma coisa com que os presentear e mimar para os ter propina. Pois quem não dá, não vence demandas; e não é mau negócio despender com ministros anualmente 100 mil-reis [...] em questões de justiça e poder, o público e o privado também se imbricavam, pois, salvo nas cidades onde a administração judiciária ficava concentrada, o mandonismo local e as várias formas de justiça privada imperavam. (DEL PRIORI, in NOVAIS, vol I, 2001, p. 288)

As mulheres também não possuíam direitos de cidadania e ficavam sob a tutela de seus pais, maridos ou parentes próximos do sexo masculino, reproduzindo com algumas poucas imperfeições, o *status familiae* do direito romano antigo. “A consequência de tudo isso, era que não existia de verdade um poder que pudesse ser chamado de público, isto é, que pudesse ser garantia de todos de igualdade perante a lei, que pudesse ser garantia dos direitos civis”. (CARVALHO, 2002, p. 22).

Esses fatores fizeram com que a escravidão não fosse questionada de forma ampla até o fim da Guerra do Paraguai, a abolição final só começou a ser discutida no Parlamento em 1884. Apesar de leis internacionais de proibição do tráfico já existirem desde 1831, o Brasil foi o último país ocidental de tradição cristã a erradicar a escravidão e o fez somente quando não era tão significativo o número de escravos, na época da independência eram 30% da população, quando da abolição da escravatura não chegavam a 15%.

Segundo José Murilo de Carvalho (2002, p. 46) cerca de 4 milhões de escravos entraram em território nacional até 1850, distribuídos por toda parte, concentrando-se nos séculos XVI e XVII no Nordeste, no XVIII, na região das Minas Gerais e, no XIX, nas regiões produtoras de café, o que fez com que a escravidão fosse mais difundida no Brasil do que nos Estados Unidos.

Estima-se que o Rio de Janeiro foi a cidade que mais possuiu escravos depois de Roma. A escravidão era uma instituição social sólida e, por isso, não existiam

tentativas de aboli-la, quando um escravo ou um grupo de escravos se amotinavam, lutavam pela sua própria manumissão e não pela extinção da escravidão enquanto instituição.

No entanto:

A generalização do tráfico interno, a troca de experiências de cativeiro, especialmente nas fazendas novas, onde tudo ainda estava para ser estabelecido, tendiam assim a levar os escravos a propor, de forma até então inusitada, um código geral de direitos dos cativos. Desde logo, esfacelava-se a própria essência da dominação escravista, que residia na capacidade de transformar em privilégio toda e qualquer concessão à ausência de prerrogativas inerente a um estatuto de escravo. (MATTOS DE CASTRO, in NOVAIS, vol II, 2001, 360)

Ao do que ocorreu nas colônias francesas e nos próprios Estados Unidos, no Brasil, não vingaram os argumentos de que a liberdade individual constituísse um valor fundamental garantido pelo direito natural.

(...) o principal argumento que se apresentava no Brasil em favor da abolição era o que podíamos chamar de razão nacional, em oposição a razão individual do caso europeu e norte-americano. A razão nacional, foi usada por José Bonifácio, que dizia ser a escravidão obstáculo à formação de uma verdadeira nação, pois mantinha parcela da população subjugada a outra parcela, como inimigas entre si. Para ele, a escravidão impedia a integração social e política do país e a formação de forças armadas poderosas. Dizia, como o fez também Joaquim Nabuco, que a escravidão bloqueava o desenvolvimento das classes sociais e do mercado de trabalho, causava o crescimento exagerado do Estado e do número de funcionários públicos, falseava o governo representativo. (CARVALHO, 2002, p. 50-51)

Quando a escravidão foi definitivamente abolida enquanto instituição jurídica, os libertos não receberam nenhuma assistência, nem foram desenvolvidos programas de integração e de re-inserção social, o que fez com que muitos ex-escravos voltassem a suas antigas fazendas ou a fazendas circunvizinhas, passadas a euforia da abolição, para retomar os trabalhos por salários baixos e péssimas condições de emprego. As conseqüências disso foram duradouras para as populações negras e ainda hoje se refletem nos índices sociais de qualidade de vida que denotam o hiato social existente entre eles e os brancos. Os senhores de terra a seu turno

consideravam-se acima da lei, não possibilitando a implementação da igualdade efetiva até a atualidade.

Uma poesia satírica publicada em *O Monitor Campista*, em 1888 (*apud* Hebe M. Mattos de Castro, in NOVAIS, vol II, 2001, p. 372) reflete a mudança de mentalidade ocorrida:

Fui ver pretos na cidade
 Que quisessem se alugar.
 Falei com esta humildade:
 _ Negros, querem trabalhar?
 Olharam de soslaio,
 E um deles, feio, cambaio,
 Respondeu-me arfando o peito:
 _ Negro, não há mais, não:
 Nós tudo hoje é cidadão
 O branco que vá pro eito.

Embora o negro do poema tivesse categoricamente afirmado “*nós tudo hoje é cidadão*” a cidadania era algo desconhecido dos negros manumitidos pela Lei Áurea e dos libertos de um modo geral. Um exemplo claro disso era a obrigatoriedade do contrato de trabalho, somente com relação ao nascido livre, esse sim “cidadão brasileiro”.

A liberdade conquistada pelos negros era uma farsa, mesmo os tradicionais direitos públicos subjetivos, já presentes nas legislações francesas pós-revolucionárias, não chegaram a ser efetivamente implementados com relação aos libertos.

Afirma Hebe M. Mattos de Castro

Uma peculiaridade dos inquéritos policiais da fase republicana é a utilização sistemática do termo cidadão como designativo de status social. Nesses inquéritos, são chamados a depor “homens”, “mulheres” e “cidadãos” (que, em geral são proprietários e residentes numa fazenda do distrito). (In NOVAIS, 2001, vol II, p. 375-376).

Nos Estados Unidos da América, depois da Guerra de Secessão, (CARVALHO, 2002, p. 52) congregações religiosas e o governo fizeram um esforço no sentido de educar os ex-escravos. Em 1870, havia 4324 escolas para libertos e 1

universidade, foram-lhes distribuídas terras e incentivado o seu alistamento eleitoral. Muitas dessas conquistas foram perdidas depois da intervenção militar no sul, e a luta pelos direitos de cidadania dos negros teve de ser retomada na segunda metade do século passado. No Brasil não houve qualquer tipo de compensação.

Diante de tal quadro, resta caracterizada de forma evidente e urgente a necessidade de reconhecimento de direitos de diferença, indispensável para a correção dos erros históricos relacionados com a escravidão.

É inegável a existência de uma espécie de responsabilidade, no sentido jurídico, coletiva e universal, consistente no dever de reparar as injustiças hediondas cometidas em nome do processo civilizatório e do discurso econômico, embora esse não seja o único, muito menos o melhor argumento em favor das ações afirmativas voltadas aos negros.

Atualmente, a população negra e parda equivale a aproximadamente 45% da população brasileira. Comparados aos resultados do Censo de 1991, os resultados do Censo 2000 registraram a redução da parcela da população que se declarou parda e um pequeno aumento da população que se declarou branca ou negra⁵¹.

É importante ressaltar que a metodologia do censo considera a auto-declaração da cor, de modo atribuir grande importância a noção de “pertencimento” ou a idéia de “identidade”. A idéia de “identidade” não foi naturalmente produzida pela experiência humana, não é um fato da vida, muito menos é auto-evidente (Cf. BAUMAN, 2005, p. 26).

Essa idéia foi *forçada* a entrar na *Lebenswelt* de homens e mulheres modernos – e chegou como *ficção*. Ela se solidificou num “fato”, num “dado”, precisamente porque tinha sido uma *ficção*, e graças à brecha dolorosamente sentida que se estendeu entre aquilo que essa idéia sugeria, insinuava ou impelia, e ao *status quo ante* (o estado de coisas que precede a invenção humana, portanto inocente em relação a esta). *A idéia de identidade nasceu da crise do pertencimento* e do esforço que esta desencadeou no sentido de transpor a brecha entre o “deve” e o “é” e erguer a realidade ao nível dos padrões estabelecidos pela idéia – recriar a realidade à semelhança da idéia. (BAUMAN, 2005, p. 26)

⁵¹ Disponível em <http://www.ibge.gov.br> acesso em 08 de setembro de 2006.

A diminuição da autodenominação “pardo” no Censo 2000 é emblemática e retrata de forma interessante a crise de pertencimento dos que se autodenominaram “pardos”, em decorrência principalmente de que o pardo não é branco e não é negro, não tem, portanto a *identidade* de raça ou de cor.

Ao mesmo tempo em que se tem denotada a crise de pertencimento, percebe-se o reforço de identidades tradicionais e o aprofundamento do fosso das diferenças.

Considerando-se que se 45% dos 170 milhões da população brasileira é composta de *negros* (5% de pretos e 40% de pardos); que se 22 milhões de habitantes do Brasil vivem abaixo da linha apontada como de pobreza e desses 70% são *negros* (Cf. Agravo de Instrumento 624737 do STJ), conclui-se pela necessidade do reconhecimento do direito a diferença para resgatar e incluir os negros, tendo em vista que o resgate da população negra está intimamente ligado com o combate à pobreza de um modo geral, com a distribuição de renda, e com a temática da inclusão, que são, evidentemente, princípios da República Federativa do Brasil.

Em termos econômicos a média salarial dos negros na década de 1990 correspondeu à metade da dos brancos (Cf. Indicadores de desenvolvimento sustentável, 2000, p. 28). Os negros recebiam R\$ 321,50 (trezentos e vinte e um reais e cinquenta centavos) enquanto os brancos recebiam em média R\$ 670,00 (seiscentos e setenta reais).

Em termos educacionais, a pesquisa do IBGE foi bastante elucidativa. Enquanto na população branca a incidência de analfabetismo funcional em pessoas maiores de 15 anos era de 1 em 3 em 1992, passando para 1 em 4 em 1999; na população negra a média é de 1 em 2 tanto em 1992, quanto em 1999. A redução do analfabetismo funcional foi de fato maior entre pretos e pardos, mas não o suficiente para alterar substantivamente a vida dos negros. (Cf. op. cit., p. 58)

A maior parte da discussão sobre ações afirmativas gira em torno das cotas nas universidades, o que parece equivocado, já que o analfabetismo funcional é decorrente das péssimas condições do ensino fundamental, universalizado na década de 1990, no contexto neoliberal de escolarização, e não de efetiva alfabetização.

A despeito disso, insiste-se nas cotas em universidades por seu

suposto potencial de repetição. Criando-se condições de acesso ao ensino superior, aumentar-se-iam as condições de acesso a bons postos no mercado de trabalho, e em médio ou longo prazo, reduzir-se-ia o fosso social que, por suposto, existe entre negros e brancos.

Fazendo-se uma análise da jurisprudência nacional e estrangeira, na temática racial, encontra-se curiosa decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Dred Scott v. Sandford* (Cf. *Scott v. Sandford*, 60 U.S. [19 How.] 393, 404–06, 417–18, 419–20 [1857]). Postulou-se na Suprema Corte a inconstitucionalidade de uma lei federal que determinando a emancipação de escravos violaria o direito de propriedade constitucionalmente protegido do dono de escravos. A decisão foi pela inconstitucionalidade da referida lei, e fundamentou-se na negação da pertinência da qualidade de raça humana aos afrodescendentes americanos. A decisão referida foi tão odiosa, que acabou por motivar a elaboração da 14^a. Emenda à Constituição Americana⁵².

De acordo com Álvaro Ricardo de Souza Cruz (Op. Cit., 124.), curiosamente, em caso semelhante, foi prolatada decisão diametralmente oposta a da Suprema Corte norte-americana, pelos Tribunais da Relação da Província Rio Grandense e pelo Supremo Tribunal de Justiça, em 1875. Nesse caso, dois escravos que haviam sido incorporados a uma comitiva que levou víveres ao exército nacional em território paraguaio, requereram o reconhecimento de sua manumissão com base no artigo 1^o. da Lei de 7 de novembro de 1831, que reputava livre os escravos que estiveram em territórios em que não se admite a escravidão.

Do ponto de vista sociológico, no Brasil, se construiu o mito da

⁵² Cf. a seguinte anotação à Emenda 14a. da Constituição Americana. “In the *Dred Scott Case*, Chief Justice Taney for the Court ruled that United States citizenship was enjoyed by two classes of individuals: (1) white persons born in the United States as descendants of “persons, who were at the time of the adoption of the Constitution recognized as citizens in the several States and [who] became also citizens of this new political body,” the United States of America, and (2) those who, having been “born outside the dominions of the United States,” had migrated thereto and been naturalized therein. The States were competent, he continued, to confer state citizenship upon anyone in their midst, but they could not make the recipient of such status a citizen of the United States. The “Negro,” or “African race,” according to the Chief Justice, was ineligible to attain United States citizenship, either from a State or by virtue of birth in the United States, even as a free man descended from a Negro residing as a free man in one of the States at the date of ratification of the Constitution. Congress, first in Sec. 1 of the Civil Rights Act of 1866 and then in the first sentence of Sec. 1 of the Fourteenth Amendment, set aside the *Dred Scott* holding in a sentence ‘declaratory of existing rights, and affirmative of existing law. . . .’” Disponível em http://supct.law.cornell.edu/anncon/html/amdt14a_user.html#fnb5ref, acesso em 08 de setembro de 2006.

democracia racial principalmente depois da publicação de *Casa grande e senzala* de Gilberto Freyre (2003). De acordo com Florestan Fernandes (1965) o ideal de miscigenação fora difundido como mecanismo de absorção do mestiço não para a ascensão social do negro, mas para a hegemonia da classe dominante.

O mito da democracia racial assentou-se sobre dois fundamentos: 1) o mito do bom senhor; 2) o mito do escravo submisso. A crença no bom senhor exalta a *vulgaridade das elites modernas*, como diria Contardo Calligaris, e juntamente com uma espécie de pseudo-cordialidade seriam responsáveis pela manutenção e o aprofundamento das diferenças sociais. O mito do escravo submisso fez com que a sociedade de um modo geral não encarasse de frente a violência da escravidão, fez com que os ouvidos se ensurdescessem aos clamores do movimento negro, por direitos e por justiça.

Deveras a realidade desconstruiu o mito, não se admite mais a existência da democracia racial no Brasil, que é absolutamente excludente com o diferente. O negro é diferente da maioria branca. Do mesmo modo que ocorreu nos Estados Unidos, talvez seja necessária a construção de um Estatuto de Direitos Civis para os negros, que fosse instrumento de efetivação de políticas públicas inclusivas, que afirmassem positivamente a diferença.

Nas palavras de um famoso discurso proferido pelo presidente Lindon Johnson na Universidade Howard:

You do not take a person who, for years, has been hobbled by chains and liberate him bring him, up to the starting line of race and then say: 'You are free to compete with all others', and still justly believe that you have bee completely fair. Thus it is not enough just to open the gates to opportunity. All our citizens must have the ability to walk through those gates. This is the next and the more profound stage of the battle for civil rights. We seek not just legal equity but human ability, not just equality as a right and a theory but equality as a fact and equality as a result.⁵³

⁵³ Lindon Johnson *apud* Álvaro Ricardo de Souza Cruz, *op. cit.*, p. 131. em tradução livre: "Você não pode pegar uma pessoa que foi mantida anos na prisão e libertá-la, trazendo-a para a linha de partida de uma competição e dizer: 'você está livre para competir com todos os outros', e ainda acreditar que foi plenamente justo. Isto não é o bastante para superar as barreiras da inclusão social. Todos os cidadãos deveriam ter a habilidade para atravessar essas barreiras. Esse é o próximo e mais profundo estágio na batalha em favor dos direitos civis. Nós não procuramos apenas por liberdade, mas também por oportunidades reais de inclusão. Nós não procuramos apenas por equidade mas pela capacitação do

Dentre os projetos de lei que tem por objetivo a implementação de ações afirmativas tramitando no Congresso Nacional destaca-se o Projeto de Lei n.º 354 de 2006 que garante 50% das vagas para Deputados Federal às populações negra e parda. O Projeto de Lei n.º 6. 418 de 2005 que define o crime de discriminação no mercado de trabalho, injúria resultante de preconceito, apologia ao racismo, atentado contra a identidade étnica, religiosa ou regional e associação criminosa, tornando-os crimes inafiançáveis e imprescritíveis, revogando a Lei nº 7.716, de 1989.

O ministro do STF Joaquim B. Barbosa Gomes afirma que

As proposições legislativas a que nos referimos [projetos de lei que representam tendências ideológicas] vão desde o Projeto de Lei apresentado pelo Senador José Sarney, que reserva aos negros um percentual fixo de cargos da Administração pública, aos de vários parlamentares do Partido dos Trabalhadores e de outros partidos de esquerda, que instituem cotas para negros nas universidades públicas e nos meios de comunicação. Todos esses projetos, que têm sido duramente criticados pelo “establishment” branco receoso de perder nacos dos privilégios multisseculares de que desfrutam, evidentemente têm reduzidas chances de aprovação, a não ser que os negros brasileiros se organizem de forma mais coerente e passem a constituir uma força política expressiva no jogo político nacional. (2002, p. 1, nota 2)

Boas iniciativas existem, é necessário apenas que sejam coroadas de efetividade, para que haja o deslocamento do discurso de igualdade, ou da igualdade meramente formal, para a igualdade substantiva.

4.2 AS MULHERES

A principal teórica do direito feminista é Tove Stang Dahl, jurista norueguesa, professora da Universidade de Oslo e pioneira no estudo, investigação e ensino do Direito das Mulheres. Nas primeiras páginas de sua obra editada em

homem, não apenas por igualdade como direito e uma teoria, mas igualdade como um fato e igualdade como um resultado”.

português (1993, p. 4-5), ela apresenta uma justificativa do nascimento do direito das mulheres como disciplina jurídica em um contexto de eliminação das discriminações em função do sexo, pelo menos na legislação norueguesa. De acordo com a autora, leis sobre igualdade de tratamento não produzem por si só tratamentos igualitários do ponto de vista fático. Analisando-se as conseqüências do direito, na sua tormentosa relação com o mundo dos fatos é possível encontrar situações em que a discriminação positiva, ou inclusiva, quer pelo reforço da igualdade, quer pela acentuação das diferenças se fazem necessárias.

A perspectiva feminista do direito “*por meio de um corte transversal sistemático, através das normas legais existentes, visando aperceber-se de conexões significativas para todos os indivíduos, mas em especial e diretamente para as mulheres*” (Dahl, 1993, p. 25). Além do que a perspectiva pluralista do direito enfatiza o pluralismo das fontes, em oposição ao positivismo legalista. O Direito das Mulheres teria nessa perspectiva “*poucos indicadores formais na lei*” (idem, p. 29).

Ainda de acordo com Dahl, “*a igualdade técnica pode ter a discriminação de fato como resultado, tal como a discriminação pode promover a igualdade de fato*” (1993, p. 58) isso significa que é preciso para a finalidade precípua da inclusão observar não o direito formal, mas como acontece o direito concretamente.

Na cultura ocidental de um modo geral a mulher sempre foi marginalizada, quer por conta da tradição judaico-cristã que é machista, quer pela divisão sexual do trabalho e a construção de um ideal de mulher restrita à esfera doméstica, limitada ao cuidado do lar etc.

Apesar do caráter machista do iluminismo e da revolução francesa, é lá que muitas mulheres encontram fundamentação teórica para o feminismo, principalmente com base nas convicções de que existem direitos inalienáveis, que fazem parte da natureza humana e no princípio da igualdade formal.⁵⁴

⁵⁴ Houve quem durante ao iluminismo defendesse o feminismo. Montesquieu em seu romance filosófico intitulado *Cartas Persas* faz referência ao filósofo Poullain de la Barre, seu contemporâneo, na Carta de n.º 38: “[...] Não – dizia-me outro dia um filósofo galantíssimo com as mulheres –, a natureza jamais ditou uma lei nesses termos. O império que detemos sobre elas é uma autêntica tirania; elas só nos deixaram adquiri-lo porque são mais doces do que nós, e portanto também mais humanas e racionais. Se fôssemos razoáveis, essas vantagens certamente lhe valeriam ser consideradas superiores a nós, mas como não o somos, fizeram que sejam tidas por nossas inferiores. Ora, se é certo que sobre as mulheres só detemos um poder tirânico, não é menos certo que elas exercem sobre nós um império natural – o da

Quando das discussões preliminares à proclamação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, inclusive, chegou haver discussão da inclusão na declaração de direitos da mulher e da cidadã, o que foi rejeitado sob a perspectiva que o masculino se refere ao gênero e que por isso pressuporia o feminino. A tônica machista da declaração serviu depois para privar a mulher dos supostos direitos que havia adquirido.

Apesar disso,

Foi inspirada pelo Iluminismo e pela Revolução Francesa que a professora e escritora radical inglesa Mary Wollstonecraft publicou *A Vindication of the rights of woman* em 1792. Defendia o direito natural dos indivíduos à autodeterminação, em oposição às leis arbitrárias e hereditárias, e acreditava na capacidade dos seres humanos (incluindo as mulheres) de melhorar a sociedade criando novas relações entre as pessoas com base no princípio da igualdade. Para ela, mulheres e homens, têm o mesmo potencial para desenvolver talentos e habilidades e, portanto, deveriam receber as mesmas oportunidades em termos de educação e participação social. (PINSKY, PEDRO in PINSKY, 2003, p. 266)

Os filósofos, escritores, burgueses, jornalistas e revolucionários de todo tipo, no combate ao Antigo Regime, ridicularizavam o papel desempenhado pelas mulheres na política, nas Cortes, e fora delas (Cf. PINSKY, PEDRO in PINSKY, 2003, p. 267), o que favoreceu a construção do lugar ideal da mulher na sociedade. A Rousseau foi atribuída a frase *“uma mulher virtuosa é pouco menos que um anjo”*, pouco depois tornada lugar comum, denotava a polarização de papéis de homens e mulheres, e justificava uma natural superioridade e autoridade masculinas.

De acordo com Carla Bussanezi Pinsky e Joana Maria Pedro (2003, p. 269) a maior parte dos homens que apoiavam a Revolução Francesa, independentemente de suas convicções políticas ou filosóficas, não achavam que a liberdade, a fraternidade e a igualdade estendiam-se às mulheres, e que, apesar de sua importância considerável para a consolidação da Revolução, deveriam voltar para a

beleza, ao qual nada resiste. O domínio masculino não existe em todos os países, mas o da beleza é universal. Porque, então, teríamos algum privilégio? Seria por sermos mais fortes? Mas trata-se de uma verdadeira injustiça. Utilizamos todos os meios para abater-lhes a coragem; se recebessem a mesma educação suas forças se igualariam às nossas. Bastará exercitá-las nos talentos que sua educação não tenha debilitado, e veremos se somos tão fortes assim” (MONTESQUIEU, 2005, p. 60)

vida doméstica, onde desfrutariam dos benefícios da Revolução sem subverter a ordem natural das coisas.

Como o papel das mulheres fora relegado ao lar, suas primeiras lutas estavam relacionadas com os seus interesses de donas de casas, reivindicando o controle dos preços e que o Estado tivesse postura mais protetiva com os menos favorecidos. Suas reivindicações não foram atendidas.

As transformações econômicas do século XIX criaram duas situações absolutamente antagônicas. Nasce a possibilidade pelas mulheres de classe média, esposas de burgueses ou de altos funcionários das indústrias, de se livrarem do serviço doméstico, que passou a ser desempenhado por uma empregada doméstica. O seu par antagônico foi a situação das mulheres proletárias que eram submetidas a jornadas duplas de trabalho em situações absolutamente desfavoráveis, ficando vulneráveis nas fábricas a todo tipo de sevícias, sendo muitas vezes desrespeitadas em sua liberdade sexual, e remuneradas muito inferiormente aos homens.

As sociedades sexistas organizaram o ordenamento jurídico de modo a garantir o *establishment*. As mulheres sofreram uma espécie de *capitis diminutio*, sendo que passaram a ser consideradas à margem do direito, da mesma forma que os presos, e aqueles que têm desenvolvimento mental incompleto, quer sejam crianças, quer sejam deficientes mentais. Mesmo as leis mais democráticas mantiveram as mulheres nesse patamar. Nesse contexto a situação da mulher casada é pior que da mulher solteira que poderia administrar seus bens e é considerada capaz do ponto de vista jurídico.

Os códigos de lei nacionais negam às mulheres casadas (consideradas legalmente menores, sob a guarda do esposo a quem devem obediência) o controle de suas propriedades e ganhos e dão autoridade primária da família apenas ao marido. A superioridade do homem, que deve proteger a mulher, decorre da idéia da fragilidade do sexo feminino. O marido tem o dever de prover a mulher e seus filhos [...] e autoridade para dirigi-los; como chefe legal da casa, pode decidir sozinho sobre questões familiares relativas a educação, profissão, emprego, punições, alianças matrimoniais e a guarda dos filhos em casos de separação. Ao marido é permitido forçar a mulher a ter relações "sexuais normais" (sem sevícias graves) e a infidelidade feminina é punida mais severamente que a masculina. (PINSKY, PEDRO in PINSKY, 2003, p. 272)

Nos países latinos e de tradição católica o matrimônio era concebido como sacramento e portanto era indissolúvel, não apenas do ponto de vista religioso, mas inclusive sob os aspectos jurídicos. Ainda que na prática o casal pudesse viver separado, havia necessidade da manutenção dos deveres conjugais, como o de fidelidade por exemplo. Na Inglaterra, a partir de 1857, o divórcio é facilitado, antes disso só era possível se separar por meio de processo caro e que dependia de aprovação específica do Parlamento.

A sociedade como um todo preparou mecanismos de garantia da exclusão das mulheres, e o principal foi a educação. Houve de fato um considerável aumento da importância da educação formal para as mulheres ao longo do século XIX, todavia, apesar das mulheres conseguirem a duras penas concluírem o ensino secundário, dificilmente conseguiam ingressar no ensino superior. Nesse quesito, os Estados Unidos, principalmente nos estados mais a oeste, desde a metade do século XIX já admitia a presença de mulheres no ensino superior, enquanto a Europa só franqueou o acesso a Universidade, às mulheres, a partir de 1860.

A partir do final do século XIX começou a delinear-se um cenário aterrador. As atividades laborais destinadas às mulheres estavam vinculadas ao serviço doméstico – como dona-de-casa, governanta, ou dama-de-companhia –; ao magistério – que normalmente rendiam melhores salários –; ao serviço fabril ou à prostituição.

As mulheres eram submetidas a piores condições de emprego porque eram menos mobilizadas que os homens, e isso não era voluntário. Até os sindicatos masculinos colocavam-se contrários a sindicalização das mulheres e ao trabalho delas nas fábricas, que não era ambiente moralmente adequado para mulheres, além delas serem menos qualificadas que os homens.

As mulheres negras (abolida a escravidão) eram forçadas a empregarem-se nas piores condições, reservadas às escalas inferiores da hierarquia social: agricultoras nas fazendas, operárias na infame indústria do tabaco, empregadas no serviço doméstico (que embora fosse uma alternativa melhor que as outras, evocava os maus tratos e a falta de liberdade do tempo da escravidão) (PINSKY & PEDRO in PINSKY, 2003, p. 282)

Com o advento da legislação trabalhista, a despeito do princípio da não interferência do Estado nas relações econômicas, os Estados começaram a ceder as pressões que vinham de todos os lados, desde a opinião pública aos sindicatos, e criar leis que melhorassem a condição de mulheres e crianças, que não eram consideradas cidadãos plenos, e porquanto, vulneráveis. O trabalho no campo e o trabalho doméstico permaneceram sem qualquer regulamentação e, por isso, as mulheres ficaram submetidas a maior exploração do trabalho.

O movimento feminista nasce inspirado nas idéias do humanismo renascentista, principalmente relacionadas com a melhoria educacional, pois pretendiam que tal programa fosse aplicado às mulheres. No início do século XIX a luta já havia sido ampliada para a cidadania, os direitos políticos e os direitos sociais.

Bebendo nas fontes iluministas, inspiradas pelas idéias individualistas do protestantismo, ou apoiadas na valorização das especificidades femininas desenvolvidas com a crescente hegemonia da ideologia burguesa e a filantropia, as feministas no século XIX construíram suas concepções teóricas e ergueram suas bandeiras. Duas linhas distintas nortearam suas posições: a *igualitarista* (baseada no reconhecimento da igualdade entre os seres humanos, homens e mulheres) e a *dualista* (que ressalta e valoriza a diferença e as contribuições culturais feministas); assim, em muitos assuntos, divergiam se queriam ou não que as mulheres recebessem um tratamento diferente do reservado aos homens. Em termos de enfoque, as feministas também distinguiram-se, privilegiando as lutas políticas e legais ou sociais e culturais e, por vezes, ligando-se a outros movimentos (de independência, liberais, revolucionários, abolicionistas, pacifistas, socialistas, anarquistas) – a experiência decepcionante com determinados aliados e revoluções fez crescer entre elas a consciência de gênero. (PINSKY, PEDRO in PINSKY, 2003, p. 287.)

Já foi dito que os direitos de diferença dos negros se fundamentam justamente na diferença, diferença historicamente construída, que precisa ser da mesma forma, historicamente desconstruída. Também foi dito que os direitos de diferença dos homossexuais, são propriamente direito de respeito à diferença, e se fundamentam na igualdade. As mulheres devem ter tratamento diverso dos negros e homossexuais quando se trata de direitos à diferença, porque existem circunstâncias em que injustiça é tratá-las de forma diferente da dos homens, e existem circunstâncias em que injustiça é, justamente, tratá-las de forma igual.

O discurso da igualdade seduziu de um modo geral os movimentos pelos direitos iguais, que se desenvolveram e se tornaram populares, principalmente na Inglaterra a partir da década de 1830, o que trouxe alguns ganhos, como por exemplo o direito de frequentar cursos universitários e o de casadas poderem controlar seus ganhos (1878) e administrar suas propriedades (1882). Na França e na Alemanha o feminismo crescia bastante durante as revoluções e logo depois recuava para dar lugar a uma onda de conservadorismo.

Nos Estados Unidos, o movimento pelos direitos iguais conseguiu organizar a Primeira Convenção pelos Direitos das Mulheres em Seneca Falls (Nova York) em 1848, as mulheres começaram a se organizar em associações e a promover encontros, sendo que a partir desse ano (muito antes do que ocorrera na Europa) conseguiram o direito de administrar seus bens e em 1869, o estado de Wyoming concedeu a elas o direito de voto.

Outra frente de batalha do Direito das Mulheres foi o socialismo feminista que acreditava na revolução socialista como meio de libertação da mulher.

A opinião pública acabou por associar ao socialismo a falsa crença de que eles defendiam a promiscuidade sexual e o “amor livre”, o que teria ficado implícito nas críticas que Marx dirige aos burgueses no *Manifesto do Partido Comunista*⁵⁵ e que Engels já havia feito na obra *Família, Propriedade Privada e Estado* (1984). O que importa é que o capitalismo passou a ser identificado como a principal causa de opressão. As socialistas alemãs defendiam o direito de voto desde 1895, e foram apoiadas pela Internacional Socialista das Mulheres em 1910, que além disso defendia a isonomia salarial, o seguro maternidade, e proclamou o dia 8 de março como Dia Internacional da Mulher.

⁵⁵ Os que atacavam as feministas socialistas com fundamento na suposta promiscuidade aventada pelo comunismo, justificavam sua argumentação na seguinte passagem do Manifesto: “*Abolição da Família! Até os mais radicais ficam indignados diante desse desígnio infame dos comunistas. Sobre que fundamento repousa a família atual, a família burguesa? No capital, ganho individual. A família na sua plenitude, só existe para a burguesia, mas encontra seu complemento na supressa forçada da família para o proletário e na prostituição pública. A família burguesa desvanece-se naturalmente com o desvanecer de seu complemento e uma e outra desaparecerão com o desaparecimento do capital. Acusai-nos de querer abolir a exploração das crianças por seus próprios pais? Confessamos este crime. Dizeis também que destruímos os vínculos mais íntimos substituindo a educação doméstica, pela educação social.*” (MARX, K., ENGELS, F. 2000, p. 35)

Houve quem defendesse a diferença⁵⁶. Todavia o discurso da diferença sofreu sérios reveses principalmente depois do famoso “Caso Sears” (SCOTT, 2000, p. 203-222).

Interessante apontar que atualmente o discurso do Direito das Mulheres oscila entre a igualdade e a diferença, e apesar de em algumas circunstâncias parecer paradoxal, tal proceder é mais pertinente às nuances do caso concreto.

A conquista dos direitos para as mulheres se deu de forma lenta ao longo de todo o século XX. Dos direitos políticos, aos sociais, e finalmente os reprodutivos. Em 1913, por exemplo, as americanas (EUA) podiam ser eleitas e votar em nove estados, condição estendida a todas as mulheres, maiorias de 21 anos, em 1919 pela 19ª. Emenda à Constituição Americana. No norte da Europa isso ocorreu de forma prematura, antes mesmo dos Estados Unidos, esse movimento se intensificou, com mais ou menos restrições, pelo resto da Europa, principalmente depois da década de 1930. A Espanha republicana teve intensa modernização legislativa e cultural, vindo inclusive a reconhecer as uniões livres, o divórcio e o aborto, sendo que sua legislação sofre revés conservador com o advento ao governo do general Franco. Na Itália o antifeminismo é bastante explorado pelo fascismo o que vai retardar as conquistas de direitos para a mulher, até o final da Segunda Guerra. Na França os direitos políticos das mulheres datam de 1944, na Suíça de 1971 e Portugal de 1976.

No Brasil o direito de voto às mulheres já havia sido defendido por

⁵⁶ “É o caso do movimento feminista de “segunda onda”, nos termos do autor, cuja ênfase na não adequação dos “direitos humanos” à condição da mulher resulta por exigir o “direito à diferença”. Afirmando que os sujeitos são sexualmente engendrados, essa vertente do movimento feminista aponta a inexistência do sujeito abstrato dos direitos humanos e a necessidade de se incluir a “diferença” das mulheres nesse contexto. É nesse ponto que se produz a grande “cilada da diferença” proposta por Pierucci, instalando-se um dilema entre abstrato/universal e concreto/particular. Esse discurso, ao se desvincular do compromisso com a abstração das particularidades, assume a demanda pelo reconhecimento e pela valorização de novas diferenças que atravessam seu caminho. No exemplo de Pierucci, tão logo se observou a diferença das mulheres, emergiram as “diferenças de dentro”: as mulheres não-brancas passaram exigir que se contemplasse sua diferença, não mais de gênero, mas de etnia. O argumento permanece o mesmo: a noção de “mulher universal” é criticada como mera abstração, válida apenas para as mulheres brancas. É próprio da diferença, portanto, abrir demandas pelo aparecimento de outras diferenças, sempre pautadas no que é no fundo um dado natural e visível. O aspecto irônico de todo esse processo, para o autor, traduz-se no fato de que são esses mesmos discursos os primeiros a se contraporem a todo tipo de essencialismo” NUERNBERG, 2001, p.299-300.

alguns deputados constituintes da Primeira Constituição da República⁵⁷; no ano de 1905, três mulheres mineiras se alistaram e votaram, no entanto foi caso isolado. Apenas com a Revolução/Golpe de 1930, que algumas mulheres, entre elas Nathércia da Cunha Silveira e Elvira Komel, formaram uma comissão, que contou com o apoio do então ministro do Trabalho Lindolfo Collor, do Cardeal D. Sebastião Leme, e do governador de Minas Gerais, Antônio Carlos Ribeiro de Andrada. Getúlio Vargas, através do Decreto nº. 21.076, de 1932, institui o Código Eleitoral Brasileiro, no qual o artigo 2º. disciplinava que era eleitor o cidadão *maior de 21 anos, sem distinção de sexo*, alistado na forma do código. É de ressaltar que as disposições transitórias, no artigo 121, dispunham que os homens com mais de 60 anos e *as mulheres em qualquer idade podiam isentar-se de qualquer obrigação ou serviço de natureza eleitoral*. O voto feminino não era obrigatório, mas foi grande o número de mulheres alistadas, em 1933 uma mulher é eleita para a Assembléia Nacional Constituinte e em 1936 é eleita a primeira deputada federal, respectivamente Carlota Pereira de Quiróz e Bertha Lutz.

As profissões mais ocupadas por mulheres eram aquelas tradicionalmente consideradas extensões das atividades domésticas, como a de professora, pedagoga, enfermeira, etc. Algumas mulheres, já no início do século XX conseguiram se empregar na pesquisa e na medicina. Durante a recessão dos anos 30 o mercado de trabalho recuou, e as mulheres foram acusadas de ocuparem os postos de trabalho dos homens, o que em alguma medida acabou por se reverter na segunda metade do século passado.

Com relação aos direitos sociais, as principais reivindicações se centravam na isonomia salarial, e na possibilidade de escolha da profissão. Com relação à escolha profissional, não há dúvidas que atualmente as mulheres têm condições, com raras exceções, de se autodeterminarem, não obstante, a questão salarial ainda continuar problemática. Mulheres tendem a ganhar, ainda hoje, salários menores que os dos homens nas mesmas funções.

Outra grande conquista das mulheres foi a dos direitos sexuais e

⁵⁷ RIBEIRO, Antonio Sérgio. *A mulher e o voto*. Artigo Disponível no site da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. http://www.al.sp.gov.br/web/eleicao/mulher_voto.htm Acesso em 12 de setembro de 2006

reprodutivos, resultado de uma série de fatores. A intensificação dos processos de urbanização, o desenvolvimento de métodos contraceptivos, e o aumento das lutas feministas e a legalização do aborto em alguns países. A possibilidade de controle do próprio corpo representou um avanço significativo de autonomia para a mulher.

Apresentado esse quadro, não é possível concluir com otimismo que a situação da mulher é a ideal. A maioria dos 1200 milhões de pobres do planeta é do sexo feminino. Mulheres trabalham mais do que 50% de todas as horas trabalhadas no mundo. Porém, só 30% do trabalho feminino auferem remuneração, enquanto esta percentagem para o trabalho masculino se situa nos 75%. Mulheres ainda ganham acentuadamente menos que homens e ascendem muito mais raramente a cargos elevados. Mulheres, em especial as jovens, estão mais frequentemente expostas ao desemprego que homens. Uma em três mulheres é chefe de família, tendo que assumir sozinha o sustento e, ao mesmo tempo, a educação dos filhos. A maioria dos analfabetos é mulheres. Ainda hoje há menos meninas do que meninos no ensino básico. Em alguns países industrializados já há mais mulheres do que homens nas universidades. Em 2002, as mulheres representavam 50,4% dos estudantes que iniciaram um curso universitário na Alemanha, ao passo que na Tanzânia elas só correspondem a 22% dos estudantes⁵⁸.

No Brasil é fácil de perceber as novas estratégias de exclusão e a reinvenção das fronteiras sexuais, bem como a manutenção de antigas posições, mediante análise dos dados dos Indicadores de Desenvolvimento Sustentável.

A renda média de homens continua ainda bastante superior a das mulheres (Indicadores..., 2002, p. 25), apesar das mulheres estudarem mais que os homens. Durante toda a década de 90, os homens ganharam em média o dobro das mulheres. O estado que registrou menores índices de desigualdade em 1999 foi o Amapá⁵⁹.

⁵⁸ Dados da ONG da Igreja Católica alemã Misereor, disponíveis no site <http://www.misereor.org/index.php?id=8099&L=3>, acesso em 14 de setembro de 2006.

⁵⁹ O fato de o Amapá ter figurado com o Estado que tem os menores índices de desigualdade não significa que lá existe promoção da igualdade efetiva. Acontece que as variáveis utilizadas são a população de 10 anos e mais de idade, economicamente ativa (PEA) na semana de referência, discriminada por sexo e o respectivo rendimento médio mensal. A fonte das variáveis é o IBGE, através da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD). O IBGE considera apenas os rendimentos de emprego formal na elaboração da pesquisa.

Na União Europeia houve várias iniciativas de promoção da igualdade de gênero, em relatório datado⁶⁰ de 11 de maio de 2006, referente ao ano anterior, apontaram-se as principais iniciativas da Comunidade Europeia a respeito do tema, entre elas destaca-se: a adoção de um plano de ação de metas para promoção da igualdade de gênero, que definirá os problemas e estabelecerá metas até o ano de 2010; a modificação e simplificação da legislação europeia atinente à questão trabalhista; a criação de organismos de proteção da igualdade; a proposta de criação de um Instituto Europeu de Igualdade de Gênero; a adoção de medidas sociais, que vão desde a promoção da tomada de decisões pela mulher até a luta pela equiparação salarial; a adoção de medidas de integração para mulheres migrantes, tendo em vistas o combate da exploração sexual e doméstica; a adoção pela Comissão, o Conselho e o Parlamento Europeu de uma declaração conjunta sobre o desenvolvimento, que assinala a igualdade de gênero como um dos seus pilares; a integração dos gêneros nas novas estratégias da Europa com relação à África, entre outras. Além das atuações do Fundo das Nações Unidas para o Desenvolvimento da Mulher (UNIFEM) em todo o mundo.

No Brasil, atualmente, não existe na Câmara dos Deputados projeto específico referente à igualdade de gêneros, tramitando na Comissão Permanente de Direitos Humanos, os que lá se encontram e tratam de forma incidente do tema são o projeto de lei n.º 5.451 de 2001 tendente a abolir discriminação de ordem sexual – entre outras – no provimento de cargos por seleção; o projeto de lei n.º 1.026 de 1995 que

⁶⁰ Relatório disponível em francês no site <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/cha/c10153.htm> “*De nouvelles avancées ont été réalisées en 2005 en matière d'égalité entre hommes et femmes : l'annonce par la Commission d'une communication " feuille de route pour l'égalité entre les femmes et les hommes" en 2006 qui définira les problèmes à résoudre et les actions à mener jusqu'en 2010; l'adoption d'une proposition modifiée de directive visant à la simplification et la modernisation de la législation communautaire existante sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi ; la création d'organismes de promotion de l'égalité ; la proposition de création d'un Institut européen pour l'égalité entre les hommes et les femmes ; l'adoption par les partenaires sociaux, dans le contexte du dialogue social européen, d'un cadre d'actions pour l'égalité des sexes (quatre priorités : se pencher sur les rôles masculins et féminins, promouvoir l'accession des femmes aux postes de décision, favoriser l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée, réduire l'écart de rémunération entre les sexes); l'adoption d'un programme commun pour l'intégration des ressortissants de pays tiers (égalité des sexes dans l'immigration, traite des êtres humains, exploitation sexuelle, exploitation liée au travail domestique) ; l'adoption par la Commission, le Conseil et le Parlement européen d'une déclaration conjointe intitulée « Le consensus européen en matière de politique de développement » dans laquelle l'égalité des sexes est définie comme étant l'un des cinq grands principes de la politique de développement ; l'intégration de l'égalité des sexes comme priorité de la nouvelle stratégie de l'UE pour l'Afrique.*” (acesso em 14 de setembro de 2006)

tipifica como crime as condutas discriminatórias – entre elas as de ordem sexual.

No âmbito do Poder Judiciário, a jurisprudência tem reconhecido em algumas hipóteses o direito das mulheres, mas em outras o conservadorismo é saliente; no Supremo Tribunal Federal, está consolidado o entendimento nas duas turmas, que não existe inconstitucionalidade na adoção de critérios diferenciados para homens e mulheres para a promoção de cabos na aeronáutica⁶¹. No entanto, tal exegese, *data venia* a Corte Constitucional entender que não ofende ao princípio da igualdade, tem sido utilizada para permitir a promoção de oficiais do sexo masculino em postos do quadro feminino, sem admitir a possibilidade inversa, sendo que tal distinção é legitimada pela natureza das atribuições de cada um dos quadros de oficiais da corporação (Cf. RE 375896/RJ - Rio de Janeiro, publicado no DJ 17/02/2005, p. 46).

Em outro caso, no entanto, o Supremo entendeu que a previsão no edital de concurso para Polícia Federal, da prova de subida em corda, com marca mínima diferente para homens e mulheres (sendo cerca de 1 metro menor para as mulheres), não afronta o princípio da isonomia (art. 7º, XXX, C.F.), uma vez que respeita a desigualdade física entre homens e mulheres, sendo ainda certo que o referido exame de aptidão física foi utilizado, indistintamente, para todos os candidatos (Cf. RE 354148/ DF - Distrito Federal, publicado no DJ 29/09/2004, p. 74).

O Superior Tribunal de Justiça entende que não existe ofensa ao princípio da igualdade a fixação de número de vagas inferior, ou da abertura de concurso público de ingresso nos Corpos de Bombeiros, e Polícia Militar exclusivamente para homem⁶².

Em outro acórdão, os Ministros do STJ decidiram que atenta contra princípio da isonomia às distinções das condições de trabalho entre homens e

⁶¹ EMENTA do RE-AgR 406166 / BA - BAHIA: "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROMOÇÃO DOS CABOS INTEGRANTES DO CORPO FEMININO E DO CORPO MASCULINO DA AERONÁUTICA. CRITÉRIOS DISTINTOS. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. NÃO-VIOLAÇÃO. Ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal já afirmaram que a adoção de critérios distintos para a promoção dos cabos integrantes do corpo feminino da Aeronáutica, na forma da Portaria ministerial nº 120/GM3/84, não ofende o princípio da isonomia entre homens e mulheres. Precedentes: AI 511.131-AgR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence; AI 439.414-AgR, Relator Ministro Marco Aurélio; RE 316.882-AgR, Relator Ministro Carlos Velloso; RE 380.200-AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes; e RE 336.866-AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie. Agravo regimental desprovido." Publicação: DJ 23-06-2006 pp-48 Ementa Vol-02238-03 pp-525.

⁶² Confira os RMS 19464/SC, DJ 06.03.2006 p. 417; RMS 10182/RN, DJ 05.03.2001 p. 184; REsp 173312/MS, DJ 22.03.1999 p. 262.

mulheres⁶³, apesar disso, ainda refletindo certo sexismo, afirmaram que as distinções que se justificam são as decorrentes da natureza. De fato não se pode negar a existência de diferenças biológicas entre homens e mulheres, mas essas diferenças não são suficientes para afirmar a maior ou menor aptidão de homens ou mulheres para determinados tipos de atuação profissional.

Talvez a mais interessante construção jurídica protetiva com relação à mulher, presente no nosso ordenamento, esteja esboçada nos critérios diferenciados de aposentadoria, que considera suas maiores dificuldades de entrada no mercado de trabalho, mas sobretudo sua dupla jornada.

A Presidência da República tem uma Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, responsável por implementar ações de promoção dos direitos das mulheres por meio do Plano Nacional de Política para as Mulheres.

Destaque-se ainda a iniciativa da Articulação das Mulheres do Brasil que redigiram uma Carta Política, no contexto geral das eleições 2006, que faz algumas constatações lastimáveis:

Permanecem, no Brasil, a produção e reprodução da desigualdade, da injustiça social e da pobreza. No mercado de trabalho, a situação das mulheres, em termos substantivos, não foi alterada: o sexismo, o racismo e o trabalho precário persistem, distanciando muitas mulheres de conquistas históricas do conjunto da classe trabalhadora.

A divisão sexual do trabalho e dupla jornada, continuam sendo barreiras à autonomia econômica das mulheres. Persiste a dominação patriarcal, o racismo, a xenofobia, o sexismo, a homofobia, agrava-se a exploração econômica no capitalismo e fortalece-se no mundo a doutrina do livre mercado.

Aprofunda-se a expropriação mercantil do corpo e da sexualidade das mulheres e cresce a banalização da exploração da sexualidade para fins de lucro. Além disto, o não reconhecimento da liberdade e dos direitos sexuais das mulheres é especialmente nefasto para as mulheres negras e lésbicas, sobre as quais pesam, ademais, as discriminações de cunho racista e homofóbica.

A mercantilização nos serviços de saúde, a precariedade do SUS e o conservadorismo moral são bloqueios importantes ao pleno exercício dos direitos reprodutivos para as mulheres, que são desrespeitados

⁶³ "MANDADO DE SEGURANÇA - TRABALHO DA MULHER. O PRINCIPIO DA IGUALDADE VEDA DISTINÇÃO ENTRE HOMEM E MULHER. SO SE JUSTIFICAM AS DIFERENÇAS RESULTANTES DA NATUREZA. NÃO É O CASO DE CONDIÇÕES DO TRABALHO. DISTINGUIR A ESSE FUNDAMENTO RESULTA PREJUÍZO NA DISPUTA DO MERCADO DE TRABALHO, O QUE AFETA A ISONOMIA." DJ 25.09.1989 p. 14951 RSTJ vol. 7 p. 260.

tanto quando as mulheres desejam a maternidade; quando decidem interromper a gravidez realizando um aborto ou quando desejam evitar filhos. Faltam métodos contraceptivos e seguem morrendo mulheres por complicações na gestação, no parto e no aborto. Crescem as investidas dos setores religiosos fundamentalistas na política, ameaçando as liberdades democráticas e o princípio constitucional da laicidade do Estado brasileiro. Cresce a violência nas relações sociais no campo e nas cidades e contra as mulheres. Criminaliza-se os movimentos sociais e todas/os as/os defensoras/es de direitos.⁶⁴

A Carta finaliza defendendo a igualdade de gêneros, o fim da homofobia, o combate ao racismo e ao machismo sexista predominante na nossa sociedade, bem como a destinação de finanças públicas a serviço da justiça distributiva.

À guisa de conclusão é preciso ressaltar que o objetivo deste tópico não foi inventariar todas as formas de exclusão da mulher no direito, mas de denunciar alguns aspectos perversos dessa dinâmica, que se camufla de várias formas. O direito posto é machista e se ocupa prioritariamente dos problemas dos homens.

Ora pelo reconhecimento das diferenças – discriminação positiva e lícita -, ora pela promoção da igualdade é que se construirá uma sociedade, cultural, social e juridicamente menos sexista e excludente.

4.3 OS HOMOSSEXUAIS

A homossexualidade nem sempre foi considerada tabu. Na verdade, os conceitos de homo, hetero, ou transsexualidade foram construídos ao longo da história para atender às demandas de controle, amplamente desenvolvidas pelas instituições de seqüestro, como a fábrica, a escola etc., mas principalmente por conta do controle da sexualidade exercido pelo cristianismo de um modo geral⁶⁵.

⁶⁴ Disponível no site <http://www.articulacaodemulheres.org.br> acesso em 16 de setembro de 2006

⁶⁵ “O problema é o seguinte: como se explica que, em uma sociedade como a nossa, a sexualidade não seja simplesmente aquilo que permita a reprodução da espécie, da família, dos indivíduos? Não seja simplesmente alguma coisa que dê prazer e gozo? Como é possível que ela tenha sido considerada como o lugar privilegiado em que nossa ‘verdade’ profunda é lida, é dita? Pois o essencial é que, a partir

Entre os gregos, na antiguidade clássica, não havia na prática da sexualidade distinções como entre os modernos. Inclusive, o amor na cultura grega era virtude que se concebia entre iguais, são inúmeras narrativas que remetem a essa leitura, por exemplo o famigerado diálogo *O Banquete* de Platão, entre outros.

Até grandes construções teóricas sobre a sexualidade surgirem a partir da segunda metade do século XIX não existem as referidas distinções e toda manifestação da sexualidade que não tivesse finalidade procriativa era considerada desvio, inclusive a relação sexual hereterossexual; é por volta de 1870 que os psiquiatras começaram a constituir a homossexualidade como objeto de análise (FOUCAULT, 1986, p. 233).

Importante é nessa discussão, a distinção entre sociedade disciplinar e sociedade de controle, amplamente utilizada por Deleuze para caracterizar o momento histórico atual. Segundo sua abordagem, a sociedade disciplinar estaria em crise, e Foucault é quem a anuncia.

Em alguma medida, a contemporaneidade vive a passagem da sociedade disciplinar para a sociedade de controle, justamente, porque consegue completar, de forma mais eficiente, processos de subjetivação, escapando dos “arquivos do saber”, que são, na verdade, os mecanismos de disciplina do poder⁶⁶.

As sociedades disciplinares são caracterizadas por práticas de saber, denominadas por Foucault de “técnicas disciplinares do corpo”, postas a disposição do poder. Essas práticas disciplinares só funcionariam em espaços fechados, uma vez que suas funções são definidas: vigiar, ensinar, curar etc. A sexualidade, neste contexto, será utilizada como mecanismo especial de disciplina dos processos de subjetivação.

O déficit da sociedade disciplinar e o motivo de sua crise estão contidos nesse jogo infinito que se estabelece entre práticas de poder e processos de subjetivação, pois estes sempre estão dispostos a uma nova corrida, a um novo fôlego. O dispositivo de poder, não sem um

do cristianismo, o Ocidente não parou de dizer: 'Para saber quem és, conheças teu sexo'. O sexo sempre foi o núcleo onde se aloja, juntamente com o devir da nossa espécie, nossa 'verdade' do sujeito humano. A confissão, o exame de consciência, toda uma insistência sobre os segredos e a importância da carne não foram somente um meio de proibir o sexo ou de afastá-lo o mais possível da consciência; foi uma salvação do domínio de seus movimentos obscuros. O sexo foi aquilo que, nas sociedades cristãs, era preciso examinar, vigiar, confessar, transformar em discurso.” (FOUCAULT, 1986, P. 229-230)

⁶⁶ Colóquio Foucault Deleuze: Foucault e Deleuze em co-participação no plano conceitual.

certo ressentimento, descobre a produtividade da sexualidade, de modo que as tecnologias disciplinares são, sem cessar, suplantadas por uma produtividade intensiva dos corpos. Em outros termos, essa produtividade intensiva dos corpos e os processos de subjetivação que eles abrigam, somente, são disciplinados às custas de um enorme dispêndio de energias por parte do poder disciplinar.

A disciplina não consegue atribuir um molde definitivo à sexualidade. A esse respeito, Foucault mostra que, no final do século XIX, há um furor classificatório sobre as práticas sexuais que se coaduna com uma explosão de novos prazeres que inauguram sexualidades inauditas e não classificadas.

Em função dessa difusão dos processos de subjetivação através da sexualidade, a sociedade disciplinar entra em crise, pois seus espaços disciplinares, suas instituições, tornam-se ineficientes: a família já não forma moralmente, aprendemos na escola, o que não deve, a prisão já não recupera, etc. (CARDOSO JR *in* RAGO:2002,194)

O controle ao contrário da disciplina prescinde do espaço delimitado, atua diretamente sobre os processos de subjetivação sem o intermédio da instituição.

A relação entre o corpo e o poder, numa sociedade de controle, não passa, como numa sociedade disciplinar, pela moldagem que as estratégias de poder aplicam sobre os processos de subjetivação. Sendo assim, pode-se afirmar que a subjetivação de controle dispensa a centralidade de um dispositivo de sexualidade.

Ou melhor, pode-se dizer que a sexualidade é um dado, entre outros, para o controle da subjetivação não seu centro. A sexualidade é tomada pelo controle como um fluxo que atravessa determinado campo de subjetivação, um fluxo que, como outros, constitui processos. Mas há muitos outros fluxos que passam pela subjetivação, por exemplo, fluxos de consumo, de arte, científicos, de rede de computadores, de opinião etc.

Os fluxos tecnológicos, convém destacar, tornam-se cada vez mais importantes para o controle, porque são meios de extensão, isto é, de virtualização do corpo humano. Eles não se contentam em fornecer ao corpo grandes braços virtuais (uma ferramenta, uma máquina) ou um cérebro ampliado (computadores), pois os fluxos que eles produzem, os fluxos que eles são, penetram nosso corpo, modificando-o, já que extrapolam nossas relações psicomotoras naturais.

Em outras palavras, os meios técnicos produzem fluxos que percorrem o espaço de subjetivação de maneira cada vez mais intensa. O problema das sociedades de controle, no entanto, não é exatamente que os processos de subjetivação se apoiem sobre fluxos tecnológicos, o problema é como esses e outros fluxos são enfeixados pelo controle. (CARDOSO JR *in* RAGO:2002,194)

Ou melhor, a grande diferença entre a sociedade disciplinar e a

sociedade de controle é que, na primeira, o Estado concentra todas as “relações microfísicas do poder disciplinar”, o Estado é preponderante, é o espaço do exercício do poder; na segunda, o Estado passa a ser apenas mais um dado, ainda relevante, mas deixa de ser o espaço preponderante da execução dos processos de subjetivação.

Essa mudança de percepção é um processo lento, porém perceptível de um ponto de vista macro-histórico. O Estado não é mais vivido como o era no século XIX.

Na medida em que surgem novos cenários de exercício de poder, e a cidadania reivindicada pelas minorias de um modo geral, e as minorias sexuais, é exemplo típico dessa modalidade de atividade, surgem novas formas de controle, mais sutis e difusas, que servem para manutenção do *status quo* das elites.

Na melhor hermenêutica de Deleuze, a fuga do controle reside numa luta infinitesimal contra os fluxos que as potências depositaram nos processos de subjetivação. E a partir dessa noção, há de se reconhecer que o surgimento de movimentos, na verdade, seriam contra-movimentos da sociedade civil organizada, visto que são utilizados como novas formas de controle dos processos de subjetivação.

Assim a crise de paradigmas a que se referiu, mais se afigura a uma *aporía da razão pós-moderna*: como emancipar o homem, sem que ele se insira nos mecanismos de controle? Como empreender uma fuga eficaz sem produzir novos mecanismos de controle? E ainda: como é possível a construção de uma cidadania ativa, prescindindo do Estado, se é ele, ainda, o dado relevante do jogo político?

Em palestra proferida na mesa-redonda “Cidadania e alteridade”, no IV Encontro Regional de Psicologia Social, em maio de 1992, na cidade de São Paulo, a professora Suely Rolnik colocou essa mesma problemática em outros termos: como responder à exigência ética de repensar a democracia para que a cidadania viabilize a alteridade? Como assegurar os direitos de cidadania a todos, já que isso é condição de sua própria sobrevivência?

Não existem respostas prontas para esses questionamentos, e como diria Weber, a cátedra não se presta à profecia. Não obstante é possível desenhar um quadro com algumas das conquistas do projeto de implantação de uma cidadania das minorias sexuais a partir deste contexto.

Os homossexuais como os negros, as mulheres, os portadores de deficiência, e as minorias são signos da diferença. Diferença deliberadamente utilizada em prol da exclusão.

O sociólogo Zygmunt Bauman afirma que

[...] a identificação é também um fator poderoso de estratificação, uma das dimensões mais divisivas e fortemente diferenciadoras. Num dos pólos da hierarquia global emergente estão aqueles que constituem e desarticulam as suas identidades mais ou menos à própria vontade, escolhendo-as no leque de ofertas extraordinariamente amplo, de abrangência planetária. No outro pólo se abarrotam aqueles que tiveram negado o acesso à escolha da identidade, que não tem direito de manifestar as suas próprias preferências e que no final se vêem oprimidos por identidades aplicadas e impostas *por outros* – identidades de que eles próprios ressentem, mas não têm permissão de abandonar nem das quais conseguem se livrar. Identidades que estereotipam, humilham, desumanizam, estigmatizam... (2005, p. 44)

As identidades individuais e coletivas estão em verdadeira guerra que, de acordo com o autor acima citado, e se desenrolariam em duas frentes de batalha (Cf. *op. cit.*, p. 45): 1) numa das frentes, a identidade escolhida é contraposta a identidades antigas e abominadas, escolhidas ou impostas no passado; 2) na outra, as pressões de outras identidades, as impostas, são enfrentadas e, em caso de vitória repelidas.

O sociólogo continua:

[...] Há um espaço ainda mais abjeto – um espaço abaixo do fundo. Nele caem (ou melhor, são empurradas) as pessoas que têm negado o direito de *reivindicar* uma identidade distinta da classificação atribuída e imposta. Pessoas cuja súplica não será aceita e cujos protestos não serão ouvidos, ainda que pleiteiem a anulação do veredicto. São as pessoas recentemente denominadas de “subclasse”: exiladas nas profundezas além dos limites da sociedade - fora daquele conjunto no interior do qual as identidades (e assim também o direito a um lugar legítimo na totalidade) podem ser reivindicadas e, uma vez reivindicadas, supostamente respeitadas. [...] O significado da “identidade de subclasse” é a *ausência de identidade*, a abolição ou negação da individualidade, do “rosto” – esse objeto do dever ético e da preocupação moral. Você é excluído do espaço social em que as identidades são buscadas, escolhidas, construídas, avaliadas, confirmadas ou refutadas. (*Op. cit.*, p. 45-46)

A “identidade da homossexualidade” enfrenta a batalha das identidades individuais e coletivas nos seus dois *frontes*, com vitórias e derrotas todos os dias. A organização de grupos e ONGs, ao modo como se dá a construção da consciência negra, origina e organiza uma espécie de consciência de grupo entre os homossexuais.

Apesar disso, a homossexualidade (bem como as “formas não-convencionais” de orientar a sexualidade) ainda é enquadrada como subclasse, e seus reclamos são deliberadamente ensurdecidos, por apego a tradição multissecular de exclusão dos que não se enquadraram nos modelos do que se convencionou normalidade.

Não existe vedação constitucional explícita da discriminação por orientação sexual no nosso ordenamento, ela debruça seus fundamentos em outros princípios da sistemática constitucional, apenas a Constituição da África do Sul e a do Equador que contemplam tal situação (Cf. RIOS, 2002, p. 138) de modo explícito. Roger Raupp Rios (cf. 2002, p. 133) afirma que a discriminação por orientação sexual é, na verdade, uma modalidade de discriminação fundada no sexo, essa sim expressamente vedada (inc. IV, art. 3º. da Constituição Federal). Ainda que não fosse possível tal exegese, tal discriminação seria incompatível com a principiologia constitucional de um modo geral, principalmente com o princípio da dignidade humana, que é fundamento da República (inc. III, art. 1º. da Constituição Federal), e do princípio da igualdade.

O princípio constitucional da igualdade (art. 5º., *caput*) assegura tanto a igualdade formal⁶⁷ quanto a igualdade material de homossexuais e outras pessoas em condição análoga com os heterossexuais, enquanto sujeitos de direitos.

Roger Raupp Rios (cf. 2002, p. 129-131) pondera que apesar da vedação à discriminação e da necessidade de tratamento igualitário, a postulação de “direitos homossexuais” ou do dito “direito à diferença” não se coadunaria com o princípio de igualdade formal.

⁶⁷ “Na esfera da sexualidade, âmbito onde a homossexualidade se insere, isto significa, em princípio, a extensão do mesmo tratamento jurídico a todas pessoas, sem distinção de orientação homossexual ou heterossexual. Essa é a consequência necessária que decorre do aspecto formal do princípio da igualdade, proibitiva das discriminações por motivo de orientação sexual. A igualdade formal estabelece uma interdição para a diferenciação de tratamento: as desigualdades só podem ser toleradas se fundadas em motivos racionais, em indagação que, por ser pertinente à dimensão material do princípio da igualdade, ultrapassa o âmbito da igualdade formal.” (RIOS, 2002, p. 129)

Ao referido autor assiste razão desde que se considere que o fundamento dos direitos de não-discriminação de homossexuais tem origem diferente do de negros, por exemplo. Os homossexuais não necessitam de ações afirmativas em sentido próprio, mas de tratamento igualitário. Esse é um caso de “direito à indiferença”.

A partir do universalismo do princípio da igualdade formal também se pode analisar a defesa do “direito à diferença”. Nesta concepção, a igualdade decorre do respeito à diferença, que protege a identidade do indivíduo homossexual.

Esses termos, todavia, divorciam-se da dimensão formal do princípio da igualdade. Ao formular o juízo de equiparação entre heterossexuais e homossexuais, a proposição do direito à diferença considera o primeiro termo da relação (a identidade heterossexual) como parâmetro de normalidade, admitindo aos dissonantes da heterossexualidade a extensão de igual tratamento; vale dizer, confere a homossexuais (“os diferentes”) a disciplina jurídica destinada a heterossexuais (“os iguais”). Uma abordagem coerente do princípio da igualdade formal conduziria, aqui à garantia do direito às *diferenças*, não simplesmente do direito à *diferença*. De fato, quando se postula a *diferença*, problematiza-se a posição de um “outro”, concebido como aquele que se diferencia e é diferenciado do grupo ou do resto da sociedade por determinada característica, tida como desviante. (RIOS, 2002, p. 130)

De fato, poucas ações afirmativas poderiam ser implementadas para proteção de homossexuais, e a principal seria o agravamento da condição daqueles que cometem crimes de ódio, exclusivamente motivados pela orientação sexual não-convencional.

Do ponto de vista da igualdade material é possível destacar algumas ações interessantes no âmbito legislativo principalmente da União Européia e da França (Cf. RIOS, 2002, p. 136-138.). Com relação a União Européia destaca-se a Resolução do Conselho da Europa de 1º. de outubro de 1981 que exortou os países membros à descriminalização da homossexualidade e da promoção da igualdade de direitos; a Resolução do Parlamento Europeu de 13 de março de 1984, que além das promoções anteriores, estabelecia outras medidas como: igualdade na idade de consentimento entre homossexuais e heterossexuais; a realização de campanhas contra a discriminação por orientação sexual e a adoção de um regime geral na legislação civil, militar, trabalhista, administrativa, civil, e comercial com relação aos

homossexuais.

De acordo com o Relatório anual 2005 *Igualdade e não-discriminação*, na Finlândia houve anulação de uma decisão da Igreja Luterana que proibia pessoas que viviam em relação homossexual de se tornarem capelães⁶⁸; no Reino Unido houve decisões judiciais com relação a igualdade de emprego⁶⁹, e na Hungria com relação a titularidade jurídica de ONG's para ingressar em juízo com *actio popularis* nos termos da lei húngara para garantir igualdade de tratamento⁷⁰.

O direito francês aproximadamente até 1981 previa uma série de discriminações aos indivíduos homossexuais. Para exemplificar, a maioridade sexual para heterossexuais ocorria aos 15 anos, enquanto para os homossexuais ocorria apenas aos 18 anos. Não eram poucas às recorrências da lei aos “bons costumes” ou

⁶⁸ “O tribunal administrativo de Vaasa anulou recentemente uma decisão da Igreja Evangélica Luterana que proclamava que uma candidata não podia ser nomeada capelã, porque vivia publicamente uma relação homossexual e havia anunciado que pretendia oficializar a mesma. Determinou-se que tal infringia a lei de não discriminação, que proíbe a discriminação, inter alia, com base na orientação sexual ou «outros motivos associados a uma pessoa», e o facto de fazer parte de uma relação com uma pessoa do mesmo sexo foi considerado estar incluído nestes outros motivos. Na lei finlandesa para as igrejas, por exemplo, o acórdão da Igreja ou a lei da igreja, não existem excepções na implementação da excepção de «sistema religioso» do artigo 4(2) da directiva sobre a igualdade no emprego” (p.19).

⁶⁹ “Em Janeiro de 2005, foi pronunciada pela primeira vez uma infracção às normas sobre a igualdade no emprego (orientação sexual) de 2003. O Tribunal do Trabalho de Stratford, em Londres, chegou à conclusão que a parte queixosa, um gestor de empresa, havia sido vítima de abuso prolongado durante um período de tempo por parte de membros mais antigos dos quadros da sua empresa, a Cleanaway, o que o forçou a abandonar o seu cargo e um salário anual de 54 000 libras esterlinas (cerca de 78 400 euros). Foi-lhe atribuída uma indemnização de 35 345 libras esterlinas (cerca de 51 300 euros) por despedimento implicitamente injusto, assédio e discriminação. O tribunal determinou que a entidade patronal havia falhado com as suas obrigações de aceitação ou resolução do problema, apesar de queixas anteriores por outro funcionário homossexual. O departamento de recursos humanos da Cleanaway não havia conseguido passar a mensagem aos gestores seniores de que referências à orientação sexual não eram aceitáveis.” (p. 20)

⁷⁰ “Uma ONG de gays e lésbicas intentou uma acção contra a Universidade Gáspár Károli da Igreja Reformada, alegando que a universidade havia discriminado estudantes gays de teologia. Depois de expulsar um estudante de teologia que havia confessado a sua homossexualidade a um dos seus professores, o Conselho da Faculdade de Teologia publicou uma declaração geral a 10 de Outubro de 2003, afirmando que «a igreja não pode aprovar [...] a instrução, recrutamento e emprego de pastores e professores de religião que tenham ou incentivem uma forma de vida homossexual.» Os tribunais de primeira e segunda instâncias decidiram que a universidade havia exercido o seu direito de liberdade de expressão dentro dos limites constitucionais e que não havia discriminado as pessoas homossexuais. A ONG planeia requerer uma revisão por parte do Supremo Tribunal. Este processo teve implicações importantes para as ONG que trazem a público processos sobre a orientação sexual de interesse geral (*actio popularis*): o tribunal estabeleceu que a homossexualidade é uma característica inerente da personalidade de uma pessoa, o que constitui um pré-requisito para uma queixa «*actio popularis*» nos termos da lei húngara relativa à igualdade de tratamento. Além disso, as ONG não precisam de aguardar até que ocorra efectivamente um acto de discriminação — basta que haja uma infracção dos direitos que possa ocorrer no futuro devido a uma lei, uma prática discriminatória, etc., que pretendam contestar.” (p. 19)

aos “bons pais-de-família”, o que evidenciava uma postura claramente excludente. Com a eleição de François Mitterrand, iniciou-se um movimento de reforma legislativa que culminou com a igualação da maioria sexual, e o fim das discriminações legais relacionadas com a sexualidade.

O maior passo do direito francês, no entanto, foi a edição do *Pacto Civil de Solidariedade*, uma legislação que alterava o Código Civil francês em uma série de dispositivos, e de acordo com seu próprio texto legal consistia em um “*contrato entre duas pessoas físicas maiores, de sexo diferente ou do mesmo sexo, para organizar a vida comum*”⁷¹. Outra importante modificação introduzida pela referida lei, está no seu artigo 3º. que passou a definir o concubinato como “*união de fato, caracterizada pela vida comum com características de estabilidade e continuidade, entre duas pessoas de sexo diferente ou do mesmo sexo que vivem como casa*”⁷²

Recentemente, o estado de Vermont nos Estados Unidos resolveu conferir direitos a casais homossexuais de forma peculiar, semelhante ao pacto francês. Vários países da Europa, principalmente, seguiram essa tendência de reconhecer as uniões de pessoas do mesmo sexo: Reino Unido, Holanda, Canadá, Bélgica, Suíça, Espanha, Suécia, Dinamarca, Islândia e África do Sul, sendo que alguns deles inclusive admitem a possibilidade de adoção.

Não há dúvida que a maior problemática relacionada com a discriminação por orientação sexual está relacionada com a possibilidade de união civil. Embora a tendência acima esboçada tenha se acentuado, não é possível afirmar que ela se universalizou, existe muita resistência principalmente nos países de mentalidade mais conservadora em se reconhecer a possibilidade de união civil de pessoas do mesmo sexo, e nesse sentido o Vaticano, não tem medido esforços em travar verdadeira cruzada contra os direitos humanos dessa classe de pessoas.

Em 02 de junho de 2006, o filósofo Gianni Vattimo em artigo publicado no Caderno Mais! da Folha de São Paulo afirmou que “*as críticas do papa ao*

⁷¹ “*Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune.*” Art. 515-1 inserido pela Lei nº 99-944 de 15 novembro de 1999. Publicada no Jornal Oficial da França de 16 novembro de 1999.

⁷² “*Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple.*” Art. 515-8 inserido pela Lei nº 99-944 de 15 novembro de 1999. Publicada no Jornal Oficial da França de 16 novembro de 1999.

*homossexualismo caem na simplificação teórica de quem se sente ameaçado em sua base filosófica*⁷³; não obstante, sua posição retrógrada tem servido para munir a quem ainda prefere manter essa diferença imoral.

Roger Raupp Rios apresenta algumas decisões jurisprudenciais paradigmáticas:

[...] três decisões receberam recente destaque internacional, por proibirem discriminações por orientação no direito de família e na legislação militar. No primeiro, a Suprema Corte do Hawaii (*Baehr v. Lewin*, 1996) declarou a inconstitucionalidade da legislação estadual que discriminava o direito de contrair casamento entre pessoas do mesmo sexo, vislumbrando na discriminação por orientação sexual uma hipótese de discriminação por motivo de sexo [...]

No segundo, a Corte Européia de Direitos Humanos, nos casos *Lustig-Prean and Beckett v. The United Kingdom* e *Smith and Gray v. The United Kingdom* (ambos julgados em 27.09.1999), declarou ofensiva ao direito à privacidade a política britânica de proibição de homossexuais nas Forças Armadas, rechaçando os argumentos de ordem hierárquica, disciplinar e psicológica invocados pelo governo britânico. No terceiro, a Câmara dos Lordes, no caso *Fitzpatrick v. Sterling Housing Association Ltd.* (28.10.1999) decidiu que o conceito de família utilizado pela lei de locação inglesa abrange o companheiro do mesmo sexo que vive em longa e estável relação afetiva com o falecido titular da relação contratual, reconhecendo-lhe o direito à continuidade do contrato. (op. cit., p. 137)

No caso brasileiro, considerando-se o campo legislativo federal, deve-se mencionar a Proposta de Emenda Constitucional n. 67, de 1999, de autoria do Deputado Federal Marcos Rolim que visava incluir a liberdade sexual e a liberdade de

⁷³ “Quando parecia que o papa havia se cansado de brandir suas armas contra os “relativistas”, eis que começa a campanha contra o amor “fraco”. Ao que parece, o amor não-reprodutivo é fraco porque não frutifica em termos de novas vidas trazidas ao mundo. Portanto é um amor “inútil”. Padres, freiras, religiosos que fizeram voto de castidade estão obviamente isentos dessa obrigação de ajudar a vida a prosseguir. Para não falar do próprio Jesus, que não só nasceu de uma virgem (aqui está o máximo de “força”: reprodução sem amor, nem sequer o amor forte que o papa privilegia), mas tampouco foi tocado pela idéia de deixar uma descendência (vade retro Dan Brown e “O Código Da Vinci”). Sendo assim, de que páginas das Escrituras, de onde advém essa frenética vontade de superpovoar a pobre Terra, que está em processo de exaustão desde que não sejam encontradas novas fontes de energia e novos “espaços vitais”? Se há um sinal de decadência na Igreja Católica, ele está nesta pregação repetitiva do valor da vida, qualquer que ela seja, contanto que possa vegetar e dar continuidade à reprodução. Como se a criação divina do homem e da mulher fosse principalmente um modo de não deixar inabitada esta parte do universo, uma questão utilitarista. Impossível não pensar em Cesare Pavese [1908-50] e numa página do seu diário: “Encontrou um propósito ideal em seus filhos. E estes? Em seus próprios filhos... Mas de que serve essa trepação geral?”. Salvaremos a civilização cristã assegurando-nos a superioridade numérica sobre os pérfidos muçulmanos e os abomináveis ateus? Quer dizer que também para a igreja o número é potência?”

crença religiosa dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de modo a promover o bem de todos sem preconceito, sendo que a despeito do juízo de admissibilidade favorável, ela foi arquivada em 31 de janeiro de 2003.

Ainda mencione-se os tratados internacionais de direitos humanos que de acordo com as regras do direito internacional público podem integrar nosso ordenamento jurídico como normas constitucionais⁷⁴. Por exemplo, a Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, da qual o Brasil é signatário, de acordo com o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, que considera indevida a criminalização de atos sexuais homossexuais (Cf. RIOS, 2002, p. 139.).

A Lei n.º 9.612 de 1998 proíbe expressamente no § 4º. do artigo 4º. a discriminação por preferência sexual, todavia a matéria regulada pela lei é bastante restrita, já que cuida da radiodifusão comunitária. A exceção normalmente lembrada, quando se trata da criminalização de atos sexuais homossexuais é a do artigo 235 do Código Penal Militar, cujo tipo penal é denominado de *pederastia ou outro ato de libidinagem*, que não foi recepcionado pela Constituição de 1988.

Na esfera estadual o poder constituinte derivado foi mais generoso na promoção da igualdade que o constituinte originário, nos Estados de Mato Grosso⁷⁵,

⁷⁴ “A Constituição de 1988 no § 2 do artigo 5.º constitucionalizou as normas de direitos humanos consagradas nos tratados. Significando isto que as referidas normas são normas constitucionais, com diz Flávia Piovesan [...] Contudo sou ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada. A nossa posição é a que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional. A tese de Flávia Piovesan tem grande vantagem de evitar que o Supremo Tribunal Federal venha a julgar a constitucionalidade dos tratados internacionais” (MELLO, Celso Albuquerque *apud* GOMES, 2002, p. 22-23)

⁷⁵ “Art. 10 - O Estado de Mato Grosso e seus Municípios assegura, pela lei e pelos atos dos agentes de seus Poderes, a imediata e plena efetividade de todos os direitos e garantias individuais e coletivas, além dos correspondentes deveres, mencionados na Constituição Federal, assim como qualquer outro decorrente do regime e dos princípios que ela adota, bem como daqueles constantes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, nos termos seguintes:

I - a garantia da aplicação da justiça e da efetividade dos direitos subjetivos públicos do indivíduo e dos interesses gerais, coletivos ou difusos;

II - a apuração de responsabilidade, com aplicação de sanção de natureza administrativa, econômica e financeira, independente das sanções criminais previstas em lei, em qualquer tipo de discriminação;

III - a implantação de meios assecuratórios de que ninguém ser prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, raça, cor, sexo, estado civil, natureza de seu trabalho, idade, religião, orientação o sexual, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental e qualquer particularidade ou condição;[...].” Disponível em http://www.mt.gov.br/redirect.php?url=http://www.mt.gov.br/constituicao_%20estadual_mt.pdf, com acesso em 10 de setembro de 2006

Sergipe⁷⁶, Santa Catarina⁷⁷, há proibições expressas à discriminação por orientação sexual. O Distrito Federal em sua Lei Orgânica seguiu os mesmos influxos⁷⁸.

No âmbito municipal, Roger Raupp Rios apresenta extensa relação de proibições legais explícitas à discriminação por orientação sexual (*op. cit*, p. 141).

No plano jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal se manifestou em decisões monocráticas por três vezes a respeito do tema, na ADI 3300 MC/DF, na Petição 1984/RS e na ADI 3299/DF.

Na ADI 3299/DF, a Associação de Incentivo à Educação e à Saúde de São Paulo impetrou Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o artigo 235 do Código Penal Militar⁷⁹, para obter a inconstitucionalidade do referido artigo tendo em vista seu alto teor preconceituoso.

Nesse caso, o relator ministro Carlos Velloso, assim decidiu:

⁷⁶ “Art. 3º O Estado assegura por suas leis e pelos atos dos seus agentes, além dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal e decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ainda os seguintes:

I - ninguém será prejudicado no exercício de direito, nem privado de serviço essencial à saúde, à higiene e à educação, por não dispor de recursos financeiros;

II - proteção contra discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idade, classe social, orientação sexual, deficiência física, mental ou sensorial, convicção político-ideológica, crença em manifestação religiosa, sendo os infratores passíveis de punição por lei;[...].” Disponível em http://www.mp.se.gov.br/Legislacao/Constituicao_Estado_Sergipe.doc acesso em 10 de agosto de 2006

⁷⁷ EC/23 “Artigo único. O inciso IV do art. 4º da Constituição do Estado de Santa Catarina passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.4º (in omissis).IV - a lei cominará sanções de natureza administrativa, econômica e financeira a entidades que incorrerem em discriminação por motivo de origem, raça, cor, sexo, idade, estado civil, crença religiosa, orientação sexual ou de convicção política ou filosófica, e de outras quaisquer formas, independentemente das medidas judiciais previstas em lei;” Disponível em <http://200.192.66.13/alesc/docs/especial/constituicao.doc>, acesso em 10 de setembro de 2006

⁷⁸ “Art. 2º O Distrito Federal integra a união indissolúvel da República Federativa do Brasil e tem como valores fundamentais:

I - a preservação de sua autonomia como unidade federativa;

II - a plena cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Ninguém será discriminado ou prejudicado em razão de nascimento, idade, etnia, cor, sexo, estado civil, trabalho rural ou urbano, religião, convicções políticas ou filosóficas, orientação sexual, deficiência física, imunológica, sensorial ou mental, por ter cumprido pena, nem por qualquer particularidade ou condição, observada a Constituição Federal.” Disponível em <http://www.cl.df.gov.br/Legislacao/LegisOriginais/LeiOrganicaDF/LODF-1993-00000.html> acesso em 10 de setembro de 2006.

⁷⁹ Decreto-lei 1.001 (Código Penal Militar), de 21.10.1969. “(...) Pederastia ou outro ato de libidinagem Art. 235. Praticar, ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar: Pena - detenção, de seis meses a um ano (...).”

Autos conclusos em 14.9.2004. Decido. Na ADI 344/DF, por mim relatada, decidiu o Supremo Tribunal Federal: "EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. LEI ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. I. - Lei anterior à Constituição e com esta incompatível: o caso é de revogação da lei e não de inconstitucionalidade superveniente. Em caso assim, não cabe ação direta de inconstitucionalidade. II. - Precedente do Tribunal: ADIn nº 2-DF. III. - Ação direta não conhecida." ("DJ" de 07.12.95) No caso, a norma objeto da causa é do Código Penal Militar, DL 1001, de 1969, anterior, portanto, à Constituição vigente. Do exposto, nego seguimento à inicial e determino o arquivamento dos autos. (Decisão Monocrática publicada no DJ 29/09/2004 P – 00016)

A Petição 1984 do Rio Grande do Sul foi decidida pelo, seu então Presidente, Ministro Marco Aurélio de Mello, o INSS requeria a suspensão de medida liminar que conferia a condição de dependente ao companheiro homossexual. O ministro indeferiu a suspensão. A decisão foi publicada no DJ 20/02/2003 p – 00024.

Por fim na ADI 3300 MC/DF, a Associação da Parada do Orgulho de Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e a Associação de Incentivo a Educação e a Saúde de São Paulo interpuseram Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do artigo 1º. da Lei n.º 9.278 de 1996 que regulamentou o § 3º. do artigo 226 da Constituição Federal, reconhecendo como *entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família*. Eles pretendiam a ampliação do conceito de entidade familiar para alcançar as uniões homoafetivas e o reconhecimento do caráter fundamental do direito personalíssimo à orientação sexual. Pretendiam também o controle de constitucionalidade do próprio § 3º. do artigo 226 da Constituição, tendo em vista que estaria em confronto com princípios de caráter fundamental, como a dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade etc.

O ministro Celso de Mello que relatou o processo, não conheceu da ação tendo em vista que o artigo 1723 do Código Civil (Lei n.º 10.406 de 2002) revogou o artigo 1º. da Lei n.º 9.278 de 1996; de outro lado entendeu também não ser possível proceder ao controle normativo abstrato de disposições constitucionais, já que o Poder Judiciário não pode ser crivo do Poder Constituinte Originário, e deve velar pela Constituição como um todo, podendo apenas fazer o controle de propostas de emenda que afrontem os preceitos fundamentais.

Apesar da ADI 3300 MC/DF não ter sido apreciada no mérito, o Ministro Celso de Mello reconheceu a relevância jurídico-constitucional e social do tema, acenando positivamente ao reconhecimento das uniões homoafetivas.

Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria - cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. (ADI 3300 MC / DF, publicada no DJ 09/02/2006 PP-00006 RDDP n. 37, 2006, p. 174-176)

O ministro segue exemplificando com inúmeros benefícios de ordem previdenciária e patrimonial decorrentes do reconhecimento dessa espécie de união, acenando para a necessidade de ampliação do conceito de entidade familiar independentemente das noções da tradição moral e religiosa.

No Superior Tribunal de Justiça (STJ) são várias as decisões que tem a homossexualidade por tema, ainda que incidente. No Recurso Especial Nº 758.905 - SC (2005/0097643-7), o ministro Gilson Dipp, afirma que:

Entender que os homossexuais estariam excluídos da "união estável", vez que esta se verificaria somente entre um homem e uma mulher, significaria a exclusão do reconhecimento da convivência entre homossexuais em ótica evidentemente divorciada da realidade e em dissonância com os preceitos constitucionais.

Em outra decisão monocrática do STJ, o ministro Paulo Galloti entendeu que

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PENSÃO POR MORTE. SERVIDOR PÚBLICO. COMPANHEIRA HOMOSSEXUAL. LEI Nº 8.112/90. INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS-DC Nº 25.

1 - Não há ausência do interesse de agir quando a ré, na resposta, nega o direito vindicado.

2 - A alegação de impossibilidade jurídica do pedido confunde-se com o mérito da lide. Inexistência de vedação legal expressa à pretensão autoral, de sorte a exigir a extinção do processo sem exame do mérito.

3 - A sociedade de fato existente entre homossexuais merece tratamento isonômico ao dispensado às uniões heterossexuais em respeito aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação.

4 - A inexistência de regra que contemple a possibilidade da percepção do benefício da pensão por morte, por companheiro (a) homossexual de servidor público falecido, não pode ser considerada como obstáculo para o reconhecimento da existência de um fato notório, para o qual a proteção jurídica é reclamada. (RECURSO ESPECIAL Nº 717.525 - RN (2005/0006760-7) Publicado no DJ em 07/04/2005)

O STJ apesar de estar se mostrando liberal quanto ao reconhecimento de uniões homoafetivas, inclusive garantindo o direito à meação⁸⁰; nos processos em que há interposição de Recurso Extraordinário é cauteloso e determina o sobrestamento do feito até decisão da Corte Constitucional.

Essa tendência, já firmada, mas ainda não majoritária, vem sendo seguida pelos Tribunais Regionais Federais, e pelos Tribunais de Justiça, de quase todo o país.

O Tribunal Federal da 4^a. Região por exemplo "*decidiu que a proibição de discriminação em virtude de orientação sexual decorre do princípio da igualdade formal e da proibição expressa de discriminação por motivo de sexo*" (RIOS, *op. cit.*, p. 144). O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul declarou competente para julgar a dissolução de sociedade de fato de homossexuais as Varas de Família⁸¹.

Diga-se ainda do direito à preservação da intimidade nas doações de

⁸⁰ "*Inclusive aos homossexuais que formam uma sociedade de fato encontra-se garantida a meação*" (Resp 148.897-MG, Min. Ruy Rosado de Aguiar, in 'RSTJ', 110/313).

⁸¹ "*RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO EM SOCIEDADE DE FATO. A competência para julgamento de separação de sociedade de fato de casais formados por pessoas do mesmo sexo, é das Varas de Família, conforme precedentes desta Câmara, por não ser possível qualquer discriminação por se tratar de união entre homossexuais, pois é certo que a Constituição Federal, consagrando princípios democráticos de direito, proíbe discriminação de qualquer espécie, principalmente quanto à opção sexual, sendo incabível, assim, quanto à sociedade de fato homossexual.*" (RS 2003/0037127-6)

sangue, que por meio de medida liminar, não devem mais distinguir apenas pela orientação sexual dos doadores. A justificativa falaciosa da inquirição sobre orientação sexual pelos órgãos responsáveis pela captação de sangue, era que o comportamento homossexual seria de risco. Apesar de a Saúde Pública ter mudado esse entendimento, no sentido de que não mais existem grupos de risco, mas comportamentos de risco, esse questionamento se mantinha e submetia doadores homossexuais a constrangimentos, e discriminação no caso de resposta afirmativa.

Como encerramento deste tópico é importante tecer breve consideração sobre o Relatório de Assassinatos de Homossexuais no Brasil (2005), elaborado pelo antropólogo Luis Mott e publicado pela ONG GGB⁸². De acordo com ele entre 1980-2005, foram assassinados no Brasil 2.511 homossexuais, em sua maior parte, vítimas de crimes homofóbicos, onde o ódio da homossexualidade se manifesta através da crueldade características de tais homicídios.

Dentre as vítimas, 72% gays, 25% travestis, 3% lésbicas. Para uma população estimada em 20 mil indivíduos, as transgêneros (travestis e transexuais) são proporcionalmente mais agredidas que as lésbicas e gays, que somam mais de 18 milhões de brasileiros, 10% da população. No Brasil registra-se um crime de ódio anti-homossexual a cada 3 dias. Uma média de 100 homicídios anuais, sendo que vem aumentando para atingir em 2004 a casa dos 158 homicídios.

Comparando-se o Brasil, com outras 25 nações que tem dados sobre essa temática disponíveis, nosso país encabeça a lista com o maior número de crimes de ódio, seguido do México com 35 mortes anuais e dos Estados Unidos, com 25. Outra polêmica preocupante é que o Brasil não dispõe de um sistema eficiente de coleta de dados de crimes de ódio, estima-se que esse número pode ser pelo menos o triplo.

Apesar de o costume judiciário reconhecer que os homossexuais são iguais aos heterossexuais em direitos; é preciso afirmar que o direito à diferença dessa classe de pessoas, se transveste muito mais em um *direito à indiferença* ou de direito a tratamento igualitário, e ainda se está longe de se construir uma sociedade acolhedora, para todos os que têm orientação sexual diferenciada.

⁸² Disponível no site <http://www.ggb.org.br/assassinatos2005c.html> acesso em 16 de setembro 2006.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A guisa de considerações finais é de se ressaltar que uma fundamentação dos direitos de minorias, quer em tempos de transição paradigmática, quer na modernidade tardia, deve partir do referencial teórico consolidado a partir da crise da modernidade para estabelecer uma proposta teórico-pragmática que seja assimétrica em favor do *Outro* e dos *outros*.

Abandonar a vulgaridade das massas, como diria Ortega y Gasset, é algo tão necessário no projeto de afirmação das minorias, quanto abandonar o paradigma moderno, que só reflete a solidariedade como justificação moral da ditadura das maiorias, para mascarar posturas opressoras e totalitárias.

Nesse sentido a proposta de fundamentação dos direitos de minorias, no contexto deste trabalho, é construída sobre três pilares: o filosófico, o dogmático-crítico e o pragmático.

Do ponto de vista filosófico, considera as diferenças específicas e se afasta das ficções metafísicas e das pretensões de verdade absoluta típicas da modernidade (com exceção da igualdade como valor preponderante) para possibilitar o surgimento de espaços reais de diálogo (material) com as novas subjetividades, para que elas possam reivindicar e ver efetivados direitos que lhe são peculiares, ou para ver reconhecidos novos usos de direitos atribuídos às maiorias sem que tenham para o exercício dos mesmos, que se descaracterizarem, ou abandonarem sua identidade.

Na verdade, em última medida, a ética da alteridade preconizada pela filosofia da diferença pode ser encarada como ampliação da máxima moral que impõe como valor totalizante o “amor ao próximo”, para propor, como segunda etapa, o desafio do “amor ao distante”, como suplantação de modelos éticos identitários, por outros que encaram a realidade de forma não invertida, aberta e comprometida com a construção de comunidades multiculturais, em sentido lato.

A tradição clássica foi denominada pensamento de sobrevôo porque não é desencarnado da realidade, e por ser demasiado abstrato, antiteticamente perde sua capacidade de transcender o “eu-substância” para ir ao encontro do outro, de forma

a respeitá-lo em sua ipseidade, e não com projetos de reduzi-lo, por processos de representação, a formas e pré-concepções cristalizadas no eu.

A fundamentação dogmática dos direitos de minorias, segundo momento do texto, se encontra fundamentada no direito constitucional e decorre de uma série de direitos e princípios implícitos e explícitos, dentre os quais o direito à inclusão social e do princípio da igualdade.

O direito à inclusão social é informado pelos princípios consignados no preâmbulo constitucional e é consequência dos objetivos fundamentais da república consignados no artigo 3º. da CF. Quando se afirma a necessidade profunda da ampliação da tutela e do reconhecimento do direito à inclusão social por parte do Estado, sobretudo, não se quer o retorno a modelos paternalistas ou populistas de Estado, que deram, em alguma medida, origem a nossa cidadania menor.

Essa cidadania menor, ou estadania, conduz a modelos de organização social pouco participativos e culturalmente fechados em torno dos ideais dos que controlam o aparelho de estado, as estruturas burocráticas, ou as formas de produção do macro-poder.

Quando o constituinte reconhece o direito à inclusão social e o pulveriza, de forma indiciária, por toda a constituição, acaba por fazer duas coisas: afirma a inclusão como direito, e nega a sua existência na realidade social. O caráter contra-fático do direito, principalmente no que diz respeito aos direitos sociais, é signo de que as desigualdades sociais não são desejáveis, ainda que a sociedade deva permanecer preservando as diferenças e a multiculturalidade, como na metáfora do mosaico, apresentada no texto.

O princípio da igualdade, sobretudo quando interpretado à luz de uma hermenêutica constitucional comprometida com o espírito do Constituinte, implica em que seja promovida a igualdade material pelo Estado. Igualdade e liberdade, em uma instância, e igualdade e diferença em outra, não são antitéticas, mas são instâncias seletivas de valor que podem ser conciliadas tendo em vista a promoção da justiça social e a redução da discriminação e da marginalização de grupos sociais inteiros.

Tanto o direito a inclusão social, quanto o princípio da igualdade, ambos consagrados pela Constituição Federal, constituem-se em importantes

instrumentos de promoção da inclusão das minorias, por meio de uma postura autocrítica do operador do direito, que pode favorecer posições assimétricas em favor da alteridade.

No terceiro e último momento do texto, consignado pelos capítulos terceiro e quarto, pretende-se fundamentar o direito de minorias de forma pragmática. A princípio considerando a militância *pró-minorias* de organizações não governamentais, de movimentos sociais, ou de grupos de pressão não classificáveis sob qualquer bandeira diferente daquela que luta para a construção de uma sociedade mais fraterna e mais justa.

A pressão dos diversos atores sociais, quer por meio dos espaços de participação de índole habermasiana, como conselhos, órgãos colegiados, etc, quer por meio de ações diretas sobre o Estado ou sobre os detentores do poder são verdadeiros mecanismos de produção de uma cidadania genuína e emancipatória.

Finaliza-se o trabalho com um breve inventário, apenas ilustrativo, dos direitos de minorias específicas. Tratou-se dos negros, das mulheres e dos homossexuais, que poderiam ser consideradas exemplos de minorias sociais, ao lado dos deficientes físicos.

As escolhas sobre que minorias seriam brevemente estudadas não foi de todo arbitrária, mas partiu de pesquisas anteriormente realizadas, tendo sido ampliadas para alcançar avanços atuais, e trazer informações mais precisas, na sua maioria fornecida por grupos associados às próprias minorias, que se pretendia estudar.

Os exemplos trazidos no presente trabalho apenas ilustram os processos de tomada de consciência das subjetividades minoritárias, e das formas de sua auto-afirmação histórico-jurídica.

Em síntese a afirmação dos direitos de minorias não é um processo pacífico e consensual que ocorra sem tensões ou pressões sobre os grupos majoritários.

As minorias, anteriormente às margens do direito, apenas possuíam direitos reconhecidos quando degeneravam suas identidades para atender a modelos culturais herméticos e egoístas. Atualmente, como nota visível da transição paradigmática enfrentada pelo direito, cada vez mais vêm reconhecidas suas

ipseidades, e num esforço de auto-afirmação aparecem para um mundo com uma proposta de sociedade como uma multidão de fragmentos, cada um com sua própria cor, mas ligados por um cimento (a igualdade como respeito às diferenças), quando observados de perto parecem sem organização, às vezes até em conflito, mas quando observados de longe, descortinam desenhos e estruturas complexas, mas organizadas de forma absolutamente harmônica.

REFERÊNCIAS

ADORNO, T. W.; HORKHEIMER, M., *Dialética do Esclarecimento: Fragmentos filosóficos*. Trad. Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

ADORNO, Theodor. *Negative Dialektik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982.

ALVES, F. de B. *Cidadania às avessas: um breve relato sobre a história da cidadania no Brasil*. Monografia. Curso de pós-graduação lato sensu em História, historiografia: sociedade e cultura. Faculdade Estadual de Filosofia Ciências e Letras de Jacarezinho. Jacarezinho-PR, 2005.

ALVES, Rubem. *Conversas sobre política*. Campinas-SP: Verus, 2002.

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

ARENDT, Hannah. *O sistema totalitário*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1978.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Tomo I.

BASTOS, Celso Ribeiro. SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. 1, arts. 1º/4º. São Paulo : Saraiva, 1988.

BAUMAN, Zygmunt. *Identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005

BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. *Sobre a Esquerda Burra: Reformismo da direita neoliberal é, na verdade, uma (des)construção*. Publicado pela *Folha de São Paulo* em 16/07/95.

BOBBIO, Norberto. *Teoria della Norma Giuridica*. Torino: Giapichelli Editori, 1958.

_____. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

_____. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. *O futuro da democracia*. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *Identidade e Etnia*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1986

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

BUENO, Pimenta. *Direito Público e a Análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro, 1857.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de Muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Editora 43/Edusp, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, JOSÉ MURILO. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

_____. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a república que não foi*. 3ª. ed. 8ª. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. *Cidadania, Estadania e Apatia*. Rio de Janeiro: *Jornal do Brasil*, 24/06/2001.

CASSIRER, Ernest. *A questão Jean-Jacques Rousseau*. São Paulo: Editora Unesp, 1999.

CHAUÍ, Marilena. *Brasil: mito fundador e sociedade autoritária*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.

CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*. São Paulo: Cosac Naify, 2003.

COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN. Rapport sur l'égalité entre les femmes et les hommes, 2005 - Journal officiel C 67 du 18.03.2006]. Disponível em: <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/cha/c10153.htm> Acesso em 20 de setembro de 2006.

CORNELL LAW SCHOOL. Banco de Dados de Jurisprudência de Tribunais e da Suprema Corte Estadunidense e comentários à Constituição entre outros. Disponível em: http://supct.law.cornell.edu/anncon/html/amdt14a_user.html#f5ref. Acesso em 20 de setembro de 2006

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira*. Vol. 1, arts. 1º/5º, incisos I a LXVII. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DAHL, Stang Tove. *O direito das mulheres: uma introdução à teoria do direito feminista*. Lisboa: Fundação Caloust Gulbenkian, 1993.

DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier. *Democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

DELEUZE, Gilles. *Nietzsche e a filosofia*. Porto/Portugal: Res, [198-?].

_____. *Diferença e repetição*. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

_____. *Conversações*. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil Platôs: Capitalismo e Esquizofrenia*. Rio de Janeiro: Editora 34. 1995-1997

DEMO, Pedro. *Cidadania menor: algumas indicações quantitativas de nossa pobreza política*. Petrópolis: Vozes, 1992.

DISTRITO FEDERAL. Lei Orgânica do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.cl.df.gov.br/Legislacao/LegisOriginais/LeiOrganicaDF/LODF-1993000000.html> Acesso em 14 de setembro de 2006

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação*. Na idade da globalização e da exclusão. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família da propriedade privada e do Estado*. São Paulo, Editora Global, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trota, 2001

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes*. São Paulo: Dominus/Edusp, 1965.

FINLEY, M. I. *Escravidão antiga e ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1991.

FREIRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*. São Paulo: Global, 2003.

FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. Tradução por Salma Tannus Micchail. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____, *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1986.

FRANÇA. Lei nº 99-944 de 15 novembro de 1999. Publicada no Jornal Oficial de 16 novembro de 1999. Dispõe sobre o Pacto Civil de Solidariedade e dá outras providências. Disponível em: [http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/FicheTheSarde?cod=15363&cat=0&lib=PACTE%20CIVIL%20DE%20SOLIDARITE%20%20\(PACS\)](http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/FicheTheSarde?cod=15363&cat=0&lib=PACTE%20CIVIL%20DE%20SOLIDARITE%20%20(PACS)). Acesso em 06 de setembro de 2006.

FREIRE, Gilberto. *Casa Grande e Senzala*. São Paulo: Global, 2003.

GGB. Coordenação de Luis Mott. Desenvolvido pelo Grupo Gay da Bahia. Apresenta textos sobre discriminação com relação a homossexuais e divulga relatórios entre outros. Disponível em <http://www.ggb.org.br>. Acesso em 24 de setembro de 2006

GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *O debate constitucional sobre as ações afirmativas*. Rio de Janeiro, 2002. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>, acesso em 24 de outubro de 2006.

HABERMAS, J. *Technik und Wissenschaft als Ideologie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1969

_____. *The Theory of Communicative Action: reason and the rationalization of society*. Boston, MA: Beacon Press, 1984. Volume 1.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. 13. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HADDAD, Fernando (org.). *Desorganizando o consenso: nove entrevistas com intelectuais à esquerda*. Petrópolis: Vozes, 1998.

Igualdade e não discriminação – Relatório anual 2005. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2005.

Indicadores de desenvolvimento sustentável : Brasil 2002 / IBGE, Diretoria de Geociências. Rio de Janeiro : IBGE, 2000. n. 2, p.

JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998

KLOSSOWSKI, Pierre. *Nietzsche, o politeísmo e a paródia*. In: _____ *Un si funeste désir*, Paris: N.R.F., 1963.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendet*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LAVALLE, Ardrián Gurza; HOUTAZAGER, Peter P.; ACHARYA, Arnab. *Lugares e atores da democracia: arranjos institucionais participativos e sociedade civil em São Paulo*. In: COELHO, V. S. P.; NOBRE, M. (orgs). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004.

LÉRIAS, Reinéro Antonio. *As constituições brasileiras: direitos fundamentais e cidadania*. In: CAMBI, Eduardo Augusto Salomão, KLOCK, Andrea Bulgakov, ALVES, Fernando de Brito *Direitos fundamentais revisitados*. Curitiba: Juruá, 2008.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 5. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

LIPOVETSKY, Gilles. *A inquietude do futuro: o tempo hipermoderno*. (DVD) Curador: Jorge Forbes: Long On/ Cultura Marcas, 2006.

MANNHEIM, Karl. *Ideologia e utopia*. Rio de Janeiro: Zahar Ed. 1968.

MATO GROSSO. *Constituição do Estado do Mato Grosso*. Disponível em: http://www.mt.gov.br/redirect.php?url=http://www.mt.gov.br/constituicao_%20estadual_mt.pdf. Acesso em 14 de setembro de 2006

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *O manifesto do Partido Comunista*. São Paulo: Martin Claret, 2000.

_____. *A ideologia alemã*. I – Feuerbach. 5^a. ed. São Paulo: Hucitec, 1986.

MEDEIROS, Ana Letícia B. D. *Direito internacional dos direitos humanos na América latina: uma reflexão filosófica da negação da alteridade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

MERLEAU-PONTY, Maurice. *Merleau-Ponty na Sorbonne: resumo de cursos: 1949-1952: filosofia da linguagem*. Campinas, SP: Papirus, 1990.

MEZZAROBA, Orides, MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MILOVIC, Miroslav. *Comunidade da Diferença*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará; Ijuí, RS: Unijuí, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Constituição e Cidadania*. Coimbra (Portugal): Coimbra editora,

2003.

MISEREOR. Ong da Igreja Católica Alemã, apresenta informações sobre a questão da cidadania pelo mundo. Disponível em: <http://www.misereor.org/index.php?id=8099&L=3>
Acesso em 14 de setembro de 2006

MOEHLECKE, Sabrina. *Ação afirmativa: história e debates no Brasil*. São Paulo: USP/ Cadernos de Pesquisa, n. 117, novembro/ 2002.

MONTESQUIEU. *Cartas Persas*. São Paulo: Nova Alexandria, 2005.

MORSE, Richard. *O espelho de Próspero*. São Paulo: Cia. das Letras, 1987.

NAY, Olivier. *História das idéias políticas*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich. *Obras incompletas*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Coleção Os Pensadores).

_____, *Assim falava Zarathustra*. Curitiba: Hemus, 2000.

_____. *Genealogia da moral: uma Polêmica*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

NOVAIS, Fernando A. (coord.). *História da Vida Privada no Brasil*. 6ª. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. 4 volumes.

NUERNBERG, Adriano Henrique. *Uma análise crítica do direito à diferença*. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis: 2001, vol.9, no.1.

ORTEGA Y GASSET, José. *A rebelião das massas*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

PIERUCCI, Antônio Flávio. *Ciladas da diferença*. São Paulo: Curso de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade de São Paulo, Editora 34, 1999.

_____. *Ciladas da diferença*. São Paulo: Tempo Social (Revista de Sociologia da USP), 1990. Vol. 2, 2.Sem.

PINSKY, Jaime (org.). *Práticas de Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2004.

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003.

PINTORE, Anna I. *I diritti della democrazia*. Roma-Bari: Laterza, 2003.

PIOVESAN, Fátima (org.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PRIGOGINE, Ilya. *Carta as futuras gerações*. Caderno Mais!, da Folha de São Paulo, de 30/01/2000

RAGO, Margareth; et al (orgs.). *Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

RIBEIRO, Antonio Sérgio. *A mulher e o voto*. Artigo Disponível no site da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. http://www.al.sp.gov.br/web/eleicao/mulher_voto.htm

ROCHA, João Cezar de Castro Rocha. *Brasil nenhum existe*. Folha de São Paulo, São Paulo. Caderno MAIS! 9 de janeiro de 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. In: Revista Trimestral de Direito Público – n.º 15, Belo Horizonte, 1996.

RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no Direito Brasileiro e Norte-Americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na modernidade: ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

ROUSSEAU, J.J. *Do contrato social*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. Vol I.

SANTA CATARINA. Constituição do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <http://200.192.66.13/alesc/docs/especial/constituicao.doc>. Acesso em 06 de setembro de 2006

SANTOS, Wanderley Guilherme. *Cidadania e justiça: a política social na ordem brasileira*. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

SANTOS, Boaventura Souza. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2001.

SÃO PAULO. Constituição do Estado de São Paulo. Disponível em: http://www.al.sp.gov.br/web/eleicao/mulher_voto.htm Acesso em 14 de setembro de 2006.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

SCHWARZ, Roberto. *As Idéias Fora do Lugar*. In: Ao Vencedor as Batatas. São Paulo, Livraria Duas Cidades, 1981, p. 13-28.

SCOTT, Joan. W. "*Igualdade versus diferença: os usos da teoria pós-estruturalista.*" *Debate Feminista (Cidadania e Feminismo)*, nº especial, 2000.

SERGIPE. Constituição do Estado do Sergipe. Disponível em: http://www.mp.se.gov.br/Legislacao/Constituicao_Estado_Sergipe.doc. Acesso em 14 de setembro de 2006

SEVERINO, Antonio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 21ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SHÖPKE, R. *Por uma filosofia da diferença: Gilles Deleuze, o pensador nômade*. Rio de Janeiro: Contraponto; São Paulo: Edusp, 2004.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SLAVOJ, Zizek. *A visão em paralaxe*. São Paulo: Boitempo, 2008.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. Livro IV, capítulo 2.

SOUZA, Paulo Cezar de. *As palavras de Freud*. São Paulo, Ática, 1999.

SOROMENHO-MARQUES, Viriato. *A era da cidadania*. Portugal: Publicações Europa-América, 1996.

STEPAN, Alfred (org). *Democratizando o Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Banco de dados. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 15 de setembro de 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Banco de dados. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Último acesso em 27 de outubro de 2006.

TAGUIEFF, Pierre-André. *La force du préjugé: essai sur le racisme et ses doubles*. Paris: Gallimard, 1987.

TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

UGARTE, Pedro Salazar. *Que participação para qual democracia?* In: COELHO, V. S. P.; NOBRE, M. (orgs). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004.

UNAMUNO, Miguel de. *Do sentimento trágico da vida*. Tradução por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

VATTIMO, G. *El fin de la modernidad*. Gedisa: Barcelona, 1986

VILLA, Mariano Moreno (org). *Dicionário de pensamento contemporâneo*. São Paulo: Paulus, 2000.

WEINSTEIN, Barbara. *A pesquisa sobre a identidade e a cidadania nos EUA: da nova história social à nova história cultural*. Revista Brasileira de História, São Paulo, 1988. vol 18, n.º 35., disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-01881998000100011&script=sci_arttext#_not37

YOSHINO, Kenji. *Covering: the hidden assault on our civil rights*. New York: Random House Trad Paperback Edition, 2007.