

**UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS
MISSÕES – URI – CAMPUS DE SANTO ÂNGELO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO**

**APONTAMENTOS FILOSÓFICO-POLÍTICOS PARA UM DIREITO PENAL
CONTRAMAJORITÁRIO**

JEAN MAURO MENUZZI

**SANTO ÂNGELO
2010**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

JEAN MAURO MENUZZI

**APONTAMENTOS FILOSÓFICO-POLÍTICOS PARA UM DIREITO PENAL
CONTRAMAJORITÁRIO**

Dissertação para a obtenção do título de Mestre em Direito, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus de Santo Ângelo, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu – Mestrado em Direito.

Orientador: Prof. Dr. André Leonardo Copetti Santos

**SANTO ÂNGELO
2010**

JEAN MAURO MENUZZI

**APONTAMENTOS FILOSÓFICO-POLÍTICOS PARA UM DIREITO PENAL
CONTRAMAJORITÁRIO**

Dissertação de Mestrado submetida à Comissão Julgadora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus de Santo Ângelo, como parte dos requisitos necessários à obtenção do Grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direitos Especiais, Linha de Pesquisa: I - Direito e Multiculturalismo.

Comissão Julgadora:

Prof. Dr. André Leonardo Copetti Santos,
Orientador.

Prof. Dr.,
Examinador.

Prof. Dr.,
Examinador.

**SANTO ÂNGELO
2010**

DEDICATÓRIA

Recordo-me de ter lido a seguinte reflexão feita a partir de Cícero (De Amicitia, Capítulo VI):

“Existe coisa tão doce como ter alguém com quem se possa falar de todo tão livremente como se falasse consigo mesmo?”

A ti minha esposa Loreni, dedico este estudo, porque tu és esta doçura em minha vida. És o essencial, minha tranquilidade, meu equilíbrio, compreensão, estímulo e apoio.

Parte desta obra é tua, foste tu, afinal, a criticidade jurídica sempre presente a iluminar meus devaneios jusfilosóficos.

Amo-te, por tudo que és, mas também porque, simplesmente, te amo.

É por ti, que o esforço sempre vale a pena.

AGRADECIMENTOS

A Deus, realidade presente, experiência, obrigado por ter me permitido...

Aos meus amados pais, minha mãe Romilda que é, sempre, exemplo de superação e ânimo, a meu pai Henrique (*in memoriam*) que sempre me acompanha, como pai que cuida os passos do filho. A vocês que, mesmo diante das dificuldades, souberam educar-me para uma vida digna e honrada, a lutar sempre e a desistir só se for sábio fazê-lo, a buscar o auto-conhecimento para melhor superar os percalços e aprender com os tropeços. Obrigado porque realmente deram-me uma família, me fizeram o que sou, me ensinaram o que é ser feliz.

Aos meus irmãos, além dos laços sanguíneos, a amizade nos une. A conquista de cada um é a conquista de todos.

A minha esposa, meu amor, meu estímulo, eterna companheira, pelas constantes horas partilhando vida e saberes. Pela compreensão quando o estudo exigia minha ausência. Mais um passo, mais uma vitória, nossa.

Aos colegas de serviço, na função pública e na docência, obrigado pelo apoio e disponibilidade.

Ao professor orientador deste estudo, Dr. André Leonardo Copetti Santos, agradeço pelo direcionamento, pelo incentivo, pelo tempo desprendido, confiança depositada e, sobretudo, pelo exemplo. Muito obrigado.

A coordenação e demais professores deste programa de mestrado, pela atenção e comprometimento, obrigado.

E aos, mais que colegas de turma, amigos, somos eternamente responsáveis por aquilo que cativamos, obrigado.

RESUMO

Ao desenvolver estudo acerca da Teoria do Estado no contexto ocidental, a presente dissertação versa sobre a importância assumida, e em constante alargamento, da demanda por igualdade, propondo uma leitura pela lente multicultural apta a propiciar a promoção de grupos vulneráveis. A questão central da qual se ocupa é demonstrar que o multiculturalismo, tal como proposto pelo programa de mestrado no qual a presente pesquisa está inserida, possibilita a formação de um Direito Penal contramajoritário apto a promover, almejando a igualdade material entre os indivíduos que compõem o Estado. Parte, portanto, de uma retomada acerca da evolução político-filosófica do princípio jurídico-normativo da igualdade e de como ele se colocou como virtude soberana da comunidade política e fundamento de legitimidade do Estado moderno. Neste sentido, retoma pensadores da antiguidade e contratualistas modernos, em especial Rousseau, pois, a partir de sua compreensão de vontade geral, a igualdade formal é posta como cláusula principal de legitimação do Contrato Social e, portanto, do Estado e constitucionalismo modernos, inclusive o brasileiro. De outra parte, a problematização acerca das alterações espaço-temporais, provocadas pela globalização, destituiu tal sistema teórico fundado na concepção de igualdade diante da lei e exige a implementação de uma nova postura de igualdade pela lei, exigindo um outro marco teórico. A matriz apresentada como baliza, é o multiculturalismo nos moldes propostos por Charles Taylor e Boaventura de Sousa Santos. O primeiro parte da dignidade e joga com as tensões entre diferença e redistribuição, o segundo aponta o multiculturalismo como possibilidade de emancipação. Em ambas as posições, o multiculturalismo é colocado como fomentador da igualdade em sentido material e a legislação torna-se agente de transformação da estrutura social através de ações afirmativas de grupos vulneráveis. Tal postura, característica do constitucionalismo contemporâneo, é o que se chama de contramajoritariedade. Tal aparato contramajoritário, quando incidente sobre o direito penal, cria instrumentos de promoção à equalização pela lei e consolida um aparato normativo de proteção especial, tal como se demonstrou no cotejo entre a legislação penal comum e a legislação voltada a grupos específicos: a mulher, o idoso, o afro-descendente e a criança e o adolescente.

Palavras-chave: Igualdade – multiculturalismo – contramajoritariedade – direito penal

RESUMEN

Al desarrollar el estudio referente a la teoría del estado en la persona occidental del contexto, el actual dissertação gira la importancia asumida, y en ensanchar constante, de la demanda para la igualdad, en vista de una lectura para la lente multicultural conveniente al propitiare la promoción de grupos vulnerables. La cuestión central de la cual si ocupa está demostrar eso el multiculturalismo, según lo considerado para el programa del mestrado de en cuál se inserta la actual investigación, hace posible la formación de un derecho penal del contramajoridad conveniente a promover, deseando la igualdad material entre los individuos que componen el estado. Parte, por lo tanto, de uno vuelto a tomar referente a la evolución político-filosófica del principio legal-normativo de la igualdad y de como fue puesta como virtud soberana de la política de la comunidad y del lecho de la legitimidad del estado moderno. En esta dirección, vuelve a tomar a pensadores modernos de la antigüedad y los contratualistas, en Rousseau especial, por lo tanto, de su comprensión de la voluntad del general, la igualdad formal son ece de pescados como cláusula principal del legitimation del contrato social e, por lo tanto, del estado y del constitutionalism modernos, también el brasilenho. De otro parte, problematiza respecto a espacio-secular alteración, provocado para el globalization, despidió tal sistema teórico establecido en el concepto de la igualdad delante de la ley y exige la puesta en práctica de una nueva posición de la igualdad para la ley, exigiendo una otra señal teórica. La actual matriz como faro es el multiculturalismo en los moldes considerados para Charles Taylor y Boaventura de Sousa Santos. Lo primero parte de la dignidad y de los juegos con las tensiones entre la diferencia y la redistribución, o segundo señala el multiculturalismo como posibilidad de la emancipación . En ambas las posiciones, el multiculturalismo se coloca como fomentador de la igualdad en la dirección material y la legislación se convierte en agente de la transformación de la estructura social con acciones afirmativas de grupos vulnerables. Tal posición, característica del constitutionalismo contemporáneo, es lo que llama del contramajoritariedade. Tal aparato del contramajority, cuando el incidente en el derecho penal, él crea los instrumentos de la promoción al equalização para la ley y consolida un aparato normativo de la protección especial, como si demostrara en cotejo entre la legislación criminal común y la legislación vuelta el específico agrupa: la mujer, envejecida, el afro-descendiente y el niño y el adolescente.

Palabra-llave: Igualdad - multiculturalismo - contramajoritariedad - derecho penal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – APONTAMENTOS FILOSÓFICO-JURÍDICOS ACERCA DA IGUALDADE	13
1.1 A polis grega e a idéia de igualdade	13
1.1.1 Os pensadores clássicos gregos e a idéia da igualdade entre os homens ..	15
1.2 Os pensadores contratualistas e a igualdade entre os homens	19
1.2.1 O Estado em Hobbes	20
<i>1.2.1.1 A sociedade civil e sua formação</i>	23
<i>1.2.1.2 O Soberano na formação do Estado</i>	24
<i>1.2.1.3 A igualdade como condição de existência e superação do estado de natureza em Hobbes</i>	26
1.2.2 A Constituição da Sociedade Política em John Locke	28
<i>1.2.2.1 A razão como fundamento da igualdade</i>	32
1.2.3 A idéia de contrato social e consenso em Jean Jacques Rousseau	35
<i>1.2.3.1 Causas e fundamentos do surgimento da sociedade e da lei</i>	36
<i>1.2.3.2 O pacto associativo: vontade geral</i>	38
<i>1.2.3.3 A igualdade entre os homens</i>	41
<i>1.2.3.4 A lei e a igualdade</i>	45
1.3 A evolução da idéia moderna de igualdade e os textos constitucionais brasileiros	47
1.3.1 Acolhimento da Igualdade Formal nas Constituições Brasileiras	49
CAPÍTULO II - O MULTICULTURALISMO E A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS DE GRUPOS VULNERÁVEIS	53
2.1 O multiculturalismo como processo e estratégia política apto a promover igualdade material	54
2.1.1 O multiculturalismo no viés filosófico de Charles Taylor	56
2.1.2 O multiculturalismo como possibilidade de emancipação a partir da visão sociológica de Boaventura de Sousa Santos.....	64

2.2 A necessidade da evolução da compreensão de igualdade em sentido formal para igualdade em sentido material	70
2.2.1 As Ações Afirmativas como forma de sua implementação da igualdade material	74
2.3 A contramajoritariedade das constituições contemporâneas e a projeção da igualdade multicultural na Constituição brasileira	81
2.3.1 As constituições contemporâneas como remédio contramajoritário	82
2.3.2 Igualdade multicultural na Constituição Federal brasileira de 1988	85
CAPÍTULO III - O DIREITO PENAL E A RECEPÇÃO DO MULTICULTURALISMO	90
3.1 A tutela penal dos grupos vulneráveis pós Constituição de 1988: o direito penal como instrumento contramajoritário	90
3.1.1 As mulheres e a proteção diferenciada fomentada pela Lei nº. 11.340 de 7 de agosto de 2006 (“lei Maria da Penha”)	91
3.1.2 A proteção do idoso na Lei nº. 10.741 de 1º de outubro de 2003 (“Estatuto do Idoso”)	104
3.1.2.1 <i>O Idoso na Atualidade</i>	104
3.1.2.2 <i>O Estatuto do Idoso e a tutela penal</i>	109
3.1.3 A proteção aos vulnerabilizados pela cor na Lei nº. 7.716 de 5 de janeiro de 1989 (“Lei contra o crime de racismo”)	117
3.1.4 A proteção da Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990 (“Estatuto da Criança e do Adolescente”)	125
3.2 A tutela penal contramajoritária como construção da cidadania	138
CONSIDERAÇÕES FINAIS	141
REFERÊNCIAS	145

INTRODUÇÃO

Ao desenvolver estudo acerca da Teoria do Estado no contexto ocidental, percebe-se a importância assumida, e em constante alargamento, da demanda por igualdade. Embora, como aponta Dworkin, dentre os ideais, a igualdade é a espécie ameaçada de extinção, não há como negar-lhe a postura de virtude soberana da comunidade política, pois sem ela o governo carece de legitimidade e nada mais é que pura tirania.¹

No entanto, há que se entender de que modo a igualdade se põe como elemento central de debate, uma vez que a igualdade absoluta e indiscriminada também não pode ser posta como valor. Desde aí já se percebe que a teoria acerca da igualdade é questão que exige debate amplo e difícil.

Dentre as mais amplas possibilidades de colocação da discussão, tal como proposto no debate feito por Norberto Bobbio², partindo da igualdade de características, de tratamento, de oportunidades, de distribuição, critérios aptos à alcançá-la, da igualdade aos iguais, proporcionalidade, por merecimento, a partir das diferenças, distribuição desigual mas justa, como forma de nivelamento, importa a presente pesquisa, a construção teórica que parte da diferenciação entre igualdade formal e material, tal como proposto por Konrad Hesse. A título de colocação do problema, oportunas são as ponderações do jurista alemão, referência do constitucionalismo brasileiro:

A igualdade jurídica formal é igualdade diante da lei [...]. Ela pede a realização sem exceção do direito existente, sem consideração da pessoa: cada um é, em forma igual, obrigado e autorizado pelas normalizações do direito, e, ao contrário, é proibido a todas as autoridades estatais, não aplicar o direito existente a favor ou a custa de algumas pessoas. Neste ponto, o mandamento de igualdade jurídica deixa-se fixar, sem dificuldades, como postulado fundamental do estado de direito. Igualdade jurídica material não consiste em um

¹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**. A teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. IX.

² BOBBIO, Norberto.; MATTEUCCI, Nicola.; PASQUIM, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5. ed. v.1. Brasília:Universidade de Brasília, 1998. p.1909.

tratamento igual sem distinção de todos em todas as relações. Senão só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente.³

Há que se resguardar, no entanto, que a concepção de igualdade evoluiu junto com a sociedade. É, justamente, esta evolução que o estudo pretende resgatar, ainda que em saltos temporais, buscando abstrair como a compreensão de igualdade formal assumiu a posição de legitimadora do Estado na construção teórica dos contratualistas modernos. Mais que isso, problematiza acerca das alterações espaço-temporais provocadas pela globalização e aponta o multiculturalismo como processo e estratégia política, resguardado constitucionalmente, apto a promover a igualdade material através de normativas penais contramajoritárias voltadas a grupos vulneráveis.

Nesta perspectiva, usando do método de abordagem dedutivo e tratando-se de procedimento monográfico que usará a técnica de pesquisa documental e bibliográfica, a investigação se dividirá em três capítulos: um primeiro, voltado a apontamentos filosófico-jurídicos acerca da igualdade, na história e no constitucionalismo brasileiro; um segundo, no direcionamento do programa de mestrado no qual a presente pesquisa está inserida, aponta o multiculturalismo como processo e estratégia política apto a promover igualdade material, tal como projetado no constitucionalismo contramajoritário; e o terceiro, voltado ao direito penal, enquanto instrumento contramajoritário receptor do multiculturalismo, e à tutela de grupos vulneráveis.

Em termos mais elucidativos, conforme será apresentado na primeira parte da pesquisa, todo o pensamento jurídico moderno está assentado sobre a idéia de igualdade entre os indivíduos como condição de legitimidade do Estado. Tal reflexão conduz a teoria de Rousseau. Seu pensamento contratualista parte da premissa de que a vontade humana justifica a existência da sociedade, em outros termos, a sociedade é o produto de um acordo de vontades, um contrato hipotético celebrado entre os homens que dá legitimidade à lei e ao Direito.

O pacto associativo deve, no entanto, conciliar obediência e liberdade, permitindo que todos, em condição de igualdade, permaneçam livres. A igualdade é, portanto, a cláusula principal, condição de legitimidade para a realização do contrato social. Sua efetivação depende da igualdade para todos. O direito parte de todos e a todos é aplicado de igual forma.

³ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luiz Afonso Heck, Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1998. p. 330.

Assim, embora também Platão e Aristóteles, na antiguidade, e Locke e Hobbes, igualmente contratualistas modernos, tenham teorizado acerca do Estado e da idéia de igualdade, merecendo breve retomada circunstancial, foi o posicionamento de Rousseau que exerceu influência direta e imediata sobre a Revolução Francesa e, posteriormente, sobre todos os movimentos tendentes à afirmação e à defesa da isonomia como condição de legitimidade do Estado, fundamentando todo o constitucionalismo contemporâneo, inclusive o brasileiro.

De outra parte, a humanidade vive um complexo processo de transformações que atuam em escala global, mas também local, integrando e conectando as comunidades e as pessoas que as compõem em novas combinações de espaço e tempo, redefinindo as identidades, compreensões e os papéis dos indivíduos. Este conjunto de mudanças pode ser sintetizado como “globalização”.

Na segunda parte da pesquisa, estudar-se-á, justamente, este fenômeno contemporâneo que está associado ao multiculturalismo, entendido como a tensão entre a diferença e a igualdade, ou seja, entre a exigência legal de reconhecimento da diferença e de redistribuição, por parte dos diversos ramos do direito, que permite a realização da igualdade.

No contexto da globalização, lida no viés do multiculturalismo, supera-se a compreensão de igualdade meramente formal substituindo-a por uma igualdade material ou substancial que se torna efetiva ao ser prevista na Constituição Federal de 1988, inserindo o chamado constitucionalismo dirigente⁴ e permitindo ações afirmativas para concretização do princípio da igualdade.

Em correspondência, cabe ao Estado, em todas as suas dimensões normativas, fomentar a igualdade material, através da lei, entre os indivíduos. Uma das dimensões deste esforço de promoção é o Direito Penal que, sendo instrumento de recepção do multiculturalismo, busca a proteção de grupos vulneráveis como a mulher, o idoso, o afro-descendente e a criança e o adolescente, tal como será apresentado no terceiro capítulo.

Nesta linha de organização teórica, em última análise, objetivamos demonstrar que o multiculturalismo possibilita a formação de um direito penal contramajoritário apto a promover, almejando a igualdade material entre os indivíduos que compõem o Estado.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1982.

CAPÍTULO I – APONTAMENTOS FILOSÓFICO-JURÍDICOS ACERCA DA IGUALDADE

A primeira parte do presente estudo terá por intento demonstrar a evolução político-filosófica do princípio jurídico-normativo da igualdade e como ele se colocou como virtude soberana da comunidade política e fundamento de legitimidade do Estado Democrático de Direito, uma vez que dela depende a legitimidade do governo.

Ver-se-á que a concepção de igualdade é uma das mais potentes e recorrentes idéias na evolução da cultura ocidental, uma vez que desde os gregos já se entendia que ser cidadão é ser igual, de modo que na base principiológica da organização jurídico-política daquela sociedade estava a concepção de igualdade perante a lei.

Já para os contratualistas é a vontade humana que, ao celebrar um contrato hipotético, justifica a existência da sociedade. Dentre os contratualistas têm especial importância as obras de Hobbes, Locke e Rousseau, pois correspondem ao cerne da doutrina moderna de Estado, com especial destaque à teoria deste último e de sua compreensão de vontade geral que põe a igualdade como cláusula principal.

Buscar-se-á, por fim, desenvolver a idéia de que a igualdade formal, de todos diante da lei, legitimadora do Contrato Social e, portanto, do Estado, deu as bases ao Estado e constitucionalismo modernos, inclusive o brasileiro, estando presente em todas as constituições, mormente a de 1988.

1.1 A polis grega e a idéia de igualdade

Antes de tratar diretamente dos gregos, importante resguardar que ainda no período que se estendeu do século XIII até o final do século V a.C., num contexto de bases mítico-religiosas, de traço politeísta, pode-se identificar uma concepção de igualdade. Naquele contexto, se, por um lado, havia diversidade e assimetria entre as espécies que compunham a natureza, por outro, identificavam-se como iguais nas relações com o divino, principalmente no que tange mortalidade e, conseqüente, ao

sentimento de finitude. Dito de outra forma, a natureza (*physis*) distingue e iguala todos os elementos.

Desde aquele contexto já percebe-se a igualdade como uma qualidade relativa a um conjunto determinado de indivíduos ou elementos, em virtude de uma característica específica, ou seja, a igualdade sempre se referia a um aspecto, no caso a mortalidade e finitude, o que não implicava em igualdade em todos os demais aspectos. Nesse sentido, pode-se concluir que, já naquela época, o homem ocidental entendia as concepções de identidade e diferença, igualdade e desigualdade e, mais que isso, buscava um elemento comum essencial que fosse capaz de unificar o que, aparentemente, manifestava-se como diferente.

Esse elemento comum a todos os seres que compõe a natureza foi buscado desde os primeiros filósofos do mundo jônico, na própria natureza (fogo, água, terra, ar, éter), na razão humana (apeíron, devir, linguagem), até chegar à conclusão, com Demócrito e Leúcipo, de que todos os seres derivam de um elemento indivisível, o átomo.

Tal período do pensamento filosófico ocidental ficou conhecido como pré-socrático e teve como marco a busca de um elemento comum que permitisse a igualdade, em algum aspecto, a todos os seres e elementos existentes na natureza.

Já no que se refere exclusivamente à formação da cidade-estado grega, desde os primeiros agrupamentos, passando pela autarquia, até a democracia, em meados do século V a.C, sempre teve na idéia de igualdade um dos seus elementos mais importantes.

Naquela conjuntura, a igualdade tinha algumas peculiaridades que a diferenciam do que hoje se conhece por democracia. Se por um lado todos os indivíduos tinham a mesma origem e se destinavam ao mesmo fim, por outro, diferenciavam-se em razão de uma série de condições: origem social, opinião política, riqueza, força física, gênero, inteligência, etnia, estatura, devoção religiosa, língua, e assim por diante. Desta forma, embora a democracia grega considerasse todos os cidadãos iguais entre si, de modo que nas assembléias cada homem valia um voto, também é sabido que nem todos os indivíduos possuíam a condição de “cidadãos”, de modo que, se o almejado era a igualdade, alguns eram mais iguais que os outros.

Em curtos termos, pode-se concluir que, na cultura grega, ser cidadão era ser igual. Centrada no princípio da “isonomia”, entendido como a igualdade perante a lei, estruturou-se a base principiológica da organização jurídico-política daquela sociedade.

Observando-se que era a lei que definia quem eram os iguais, portanto cidadãos, e lhes garantia igual participação nas assembléias.

É dessa identificação e distinção, igualdade e desigualdade, entre os indivíduos que brotará o pensamento clássico, de suma importância ao desenvolvimento do pensamento científico ocidental.

1.1.1 Os pensadores clássicos gregos e a idéia da igualdade entre os homens

Antes de tudo, convém situar os pensadores clássicos como possuidores de raízes teóricas comuns, segundo a qual o homem é um ser social por natureza.

Tome-se, a princípio, Platão, que, embora tenha sido discípulo de Sócrates, foi um severo crítico da democracia, modelo defendido por seu mestre até ser executado, e que fez do idealismo filosófico⁵ seu instrumento de compreensão da realidade e aplicou-o ao plano político de modo a valorar a teoria em detrimento da prática.

Descendente de família vinculada ao poder político grego, participou dele e viveu a derrocada do sistema que a caracterizou. Na verdade, sua principal obra política, “*A República*”, é sua compreensão sistematizada acerca da política ocidental, crítica à democracia e propositura de uma aristocracia fundamentada no mérito como única possibilidade de um Estado ideal⁶.

Este Estado Ideal seria a fonte das virtudes e, como tal, deveria moldar o corpo social para que chegasse ao modelo ideal de organização social almejado. Nesta função os indivíduos deveriam ser classificados de acordo com seu mérito, para desenvolver as diferentes funções necessárias ao equilíbrio, de modo que, no interior das classes, seriam rigorosamente iguais e deveriam receber tratamento isonômico. A igualdade, portanto, é o meio de se alcançar o equilíbrio e a justiça, o fim último.

Esta relação estabelecida por Platão entre a igualdade e justiça, onde a primeira é necessária ao equilíbrio e forma de realização da segunda, influenciou não só os pensadores posteriores, mas todo o pensamento filosófico-jurídico até a atualidade.⁷

⁵ O material entendido como manifestação do imaterial.

⁶ Para aprofundamento do tema, consulte-se a obra: JAEGER, Werner. **Paidéia**: a formação do homem grego. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

⁷ Parece-nos que esta é esta o bebedouro da idéia de dignidade embasada na honra que, conforme será debatido mais adiante na pesquisa, será afrontada por Charles Taylor como se percebe no adiantamento

Na continuidade da busca da compreensão da idéia de igualdade entre os teóricos naturalistas, um dos seus mais fiéis patronos é o pensador grego Aristóteles. Segundo o filósofo, os demais animais se reúnem em agrupamentos instintivamente, diferentemente do homem que possui razão e, portanto, valoração moral. Observem-se os seguintes argumentos:

É evidente, pois, que a cidade faz parte das coisas da natureza, que o homem é naturalmente um animal político, destinado a viver em sociedade, e que aquele que, por instinto, e não porque qualquer circunstância o inibe, deixa de fazer parte de uma cidade, é um ser vil ou superior ao homem. Tal indivíduo merece, como disse Homero, a censura cruel de ser um sem família, sem leis, sem lar. Porque ele é ávido de combates, e, como as aves de rapina, incapaz de se submeter a qualquer obediência.⁸

Para o Estagirita⁹ existe uma ordem do bem que estabelece a natureza política. O fim da cidade é alcançar um bem maior, suprir as necessidades essenciais de sua população. Como o indivíduo só se realiza na vida social, deve também ele buscar a vida da *polis*, pois é ela o local do progresso biológico e da liberdade, o maior dos valores almejado pelo indivíduo. A política é o modo coletivo, racional e normativo de possibilitar a liberdade dos e entre os indivíduos. Se toda a natureza tende a uma finalidade, a do homem é a vida em sociedade.

A primeira causa de agregação de uns homens a outros é menos a sua debilidade do que certo instinto da sociabilidade em todos inato, a espécie humana não nasceu para ao isolamento e para a vida errante, mas com uma disposição que, mesmo na abundância de todos os bens, a leva a procura de apoio comum.¹⁰

Desta agregação entre os indivíduos surge o Estado a quem cabe zelar pela felicidade e o bem estar dos seus cidadãos. A ação política é o instrumento usado para administrar os conflitos de interesse entre os componentes e garantir a auto-preservação.

da seguinte citação: “[...] daí falarmos em ‘dignidade dos seres humanos’ ou ‘dignidade de cidadão’, que ‘baseia-se na premissa que é comum a todas as pessoas’. E naturalmente esse conceito de dignidade é o único que é compatível com a sociedade democrática, sendo inevitável que ele pusesse de lado o velho conceito de honra.” (TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento. *In*: TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**. Trad. Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. p.48).

⁸ ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret. 2004. p. 14.

⁹ **Estagira** é uma antiga cidade da Macedônia, particularmente conhecida por ser o local de nascimento do filósofo Aristóteles, que, por essa razão, é muitas vezes referido como "o Estagirita".

¹⁰ ARISTÓTELES apud Cícero, disponível em <<http://www.scribd.com/doc/3182203/cicero-da-republica>> p.14 de 56, acesso em 09.01.09.

Mas qual seria o parâmetro para a atuação política? Aristóteles acreditava ser a “justiça”, entendida como uma “virtude completa”, pois estando voltada exclusivamente para o bem do próximo, era a única capaz de garantir o bem comum e a felicidade geral e justificar a atuação política. Neste sentido,

Essa forma de justiça é, portanto, uma virtude completa, porém não em absoluto e sim em relação ao nosso próximo. Por isso a justiça é muitas vezes considerada a maior das virtudes, e nem Vésper, nem a estrela d'alva são tão admiráveis; e proverbialmente, na justiça estão compreendidas todas as virtudes. [...] Somente a justiça, entre todas as virtudes, é o ‘bem do outro’, visto que se relaciona com o nosso próximo, fazendo o que é vantajoso a um outro, seja um governante, seja um associado.¹¹

No entanto, para que a justiça consiga legitimar a política, esta deve criar as condições objetivas para o bem comum, ou seja, para o tratamento igualitário, que implica em tratamento idêntico aos iguais ao mesmo tempo em que se confere um tratamento diferenciado aos desiguais na medida de sua desigualdade. Sim, pois os homens possuem “essência” comum, mas criam desigualdades, devido à forma de organização política e convivência social.

Eis, portanto, os pressupostos fundamentais, de fato e de direito, exigidos pela justiça política aristotélica. Para ter legitimidade, o Estado deve aplicar duas formas distintas de justiça, uma distributiva e outra comutativa: deve ele criar os iguais na medida em que iguala os desiguais e definir como o tratamento desigual dado aos desiguais possa ser entendido como justo. A justiça distributiva, operando geometricamente, deve buscar uma justa repartição dos bens com base em um critério de proporcionalidade:

Os matemáticos chamam ‘geométrica’ a esta espécie de proporção, pois só na proporção geométrica o todo está para o todo assim como a parte está para a parte correspondente. [...] E aí, pois, o que é o justo: o proporcional; e o injusto é o que viola a proporção [...] Alguns pensam que a reciprocidade é justa sem qualquer reserva, como diziam os pitagóricos; pois assim definiam eles a justiça. Ora, reciprocidade não se enquadra nem na justiça distributiva, nem na corretiva [...] a reciprocidade deve fazer-se de acordo com uma proporção e não na base de uma retribuição exatamente igual. Porquanto é pela retribuição proporcional que a cidade se mantém unida.¹²

¹¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1991, p. 82.

¹² ARISTÓTELES, 1991, p. 85.

No que tange à justiça comutativa, busca a correção de erros que possam ser cometidos pela justiça distributiva. Seu fundamento principal é o de corrigir erros e delitos cometidos nas relações entre os cidadãos através da aplicação das leis determinadas pela justiça distributiva.

Importa ainda buscar em Aristóteles a relação e divergência entre justiça e equidade. Entende ele que, no caso concreto, a aplicação da lei pode conduzir a uma injustiça ou um “déficit” de justiça, ainda que seja legítima. Nestes casos, imprescindível faz-se a aplicação de um juízo equitativo, conforme o próprio autor esclarece:

O que faz surgir o problema é que o equitativo é justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas a respeito de certas coisas não é possível que seja correta. Nos casos, pois, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei considera o caso mais usual, se bem que não ignore a possibilidade de erro. E nem por isso tal modo de proceder deixa de ser correto, pois o erro não está na lei, nem no legislador, mas na natureza da própria coisa, já que os assuntos práticos são dessa espécie por natureza. Portanto, quando a lei se expressa universalmente e surge um caso que não é abrangido pela declaração universal, é justo, uma vez que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade, corrigir a omissão — em outras palavras, dizer o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse conhecimento do caso.¹³

Embora o debate pudesse se estender alcançando Cícero¹⁴, no século I a.C, considerado por alguns o pai do pensamento jurídico romano, portanto, com grande

¹³ ARISTÓTELES, 1991, p. 96.

¹⁴ Acerca do tema consulte-se a obra: VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Martins Fontes. 2005. Principalmente a terceira parte da obra onde o autor é taxativo ao afirma que Cícero não só não segue a doutrina do Direito natural, como a nega. “[...] é um grande erro histórico [...] afirmar que a doutrina do direito natural teria sua fonte no estoicismo. Sabemos que ela vem de Aristóteles, que ela está toda contida, expressamente, na sua *Ética a Nicômaco*. Quanto ao estoicismo, não só ele não é o pai autêntico do direito natural, como é a sua negação. No mínimo, duas noções básicas seriam indispensáveis para constituir o *direito* natural: primeiro, a de direito; segundo, a de uma *natureza* tal que possa ser fonte do direito. o estoicismo ignora ambas” (p. 458). Para o autor, Cícero confunde Direito e Moral, portanto, distancia-se do direito natural aristotélico: “[...] ainda que tenha produzido fórmulas de origem aristotélicas, não conservou o sentido delas; perdeu o conceito estrito de um objeto específico do direito. O direito não entra nas perspectivas da moral estóica” (p. 465). Para Cícero o que cria e fundamenta o Direito é não a natureza no sentido de Aristóteles, mas a razão do indivíduo, que determina a natureza: “Portanto, o que deu origem a sociedade e ao direito, aquilo que é sua fonte, é essa parcela do *logos*, presente nos homens e que os leva a se associarem. Portanto, é o homem que é construtor de seus próprios agrupamentos sociais. O homem deixou de ser um “animal político” e, por conseguinte, as *pólis* deixaram de ser elas mesmas naturais. O homem, agora, só é “sociável” por natureza, isto é, graças a razão que a natureza pôs nele, apta para *criar* o direito.” (p. 477)

influência no sistema jurídico contemporâneo, ou Tomás de Aquino¹⁵, a voz na “noite de mil anos” da Idade Média, com profunda argumentação acerca da formação da sociedade, o norte já fora dado, podendo a pesquisa avançar, de um salto, alcançando os contratualistas modernos e a construção da ideia de igualdade entre eles.

1.2 Os pensadores contratualistas e a igualdade entre os homens

Ponto em comum entre os contratualistas é a idéia de que a vontade humana justifica a existência da sociedade. Em outros termos, a sociedade é o produto de um acordo de vontades, ou seja, um contrato hipotético celebrado entre os homens, daí o nome da teoria.

O contratualismo encontra respaldo nas obras de uma diversidade de pensadores, cada um com sua concepção acerca do contrato a que os indivíduos aderem, de modo a dividir tal teoria em uma série de opiniões diferentes. No entanto, todos negam o impulso associativo natural e afirmam a vontade humana, constitutiva do pacto associativo, como justificação da sociedade¹⁶.

Dentre os contratualistas, têm especial importância as obras de Hobbes, Locke e Rousseau, pois correspondem ao cerne da doutrina moderna de Estado.

Hobbes parte da idéia de “guerra de todos contra todos”. Afirma que o homem vive, inicialmente, em “estado de natureza”, onde todos são egoístas, luxuriosos, inclinados a agredir os outros e insaciáveis. Devido a tais características, tendem ao estado de guerra. Esta tem como ponto de partida, justamente, a igualdade natural entre todos os homens. A igualdade traz o temor da agressão e esta gera um estado de desconfiança, que leva os homens a agredirem antes de serem agredidos. Este, segundo Hobbes, é o espaço adequado para a interferência da razão humana, que conduz à

¹⁵ Convém indicar a contribuição, na Idade Média, de Tomás de Aquino, o mais expressivo seguidor de Aristóteles naquele período. De modo geral, para ele, a sociedade é “uma reunião de muitos para fazer alguma coisa em comum”. Entende ainda ser ela resultante da relação de um impulso inato para a vida em sociedade e da cooperação da vontade humana, de modo que a vida solitária é uma exceção à regra.

¹⁶ Uma série de pesquisadores atribuem aos sofistas a idéia fundamental do contratualismo. Acerca do tema consulte-se: COPETTI SANTOS, André Leonardo. Elementos de Filosofia Constitucional. Porto Alegre: RT, 2009, página 47 e seguintes. Perceba-se tal posicionamento na argumentação que segue: “É importante destacar que os sofistas podem ser considerados os primeiros pensadores da teoria do contrato social. Apesar de restarem opiniões diversas a respeito de quando a teoria do contrato social, tal como se estendeu nos séculos XVII e XVIII, foi antecipada por esta corrente de pensamento grego, não resta dúvida de que os sofistas imaginaram, muito antes de Hobbes, Locke, Rousseau ou Kant, a necessidade de um acordo de associação entre iguais para a superação de um estado caótico inicial”.

celebração do contrato social. Superando as paixões, o homem usa sua racionalidade e descobre os princípios a serem seguidos para superar o estado de natureza e estabelecer o “estado social”.

Também contratualista, mas marcadamente antiabsolutista, portanto em direta afronta à teoria de Hobbes, está o trabalho de John Locke. Com forte influência religiosa se aproxima de Aristóteles e Tomas de Aquino. Para Locke, o impulso associativo tem origem em Deus. Argumenta ele que Deus fez o homem para que não ficasse só, uma vez que o colocou sob fortes obrigações, necessidade, conveniência e inclinação, de modo a arrastá-lo à sociedade.¹⁷

Rousseau, por seu turno, retomou a linha de apreciação de Hobbes, explicando a existência e a organização da sociedade a partir de um contrato inicial. O contratualismo de Rousseau exerceu influência direta e imediata sobre a Revolução Francesa e, posteriormente, sobre todos os movimentos tendentes à afirmação e à defesa dos direitos naturais da pessoa humana, de modo a ser o que tem maior repercussão prática para a presente pesquisa. Inobstante isto, importa breve retomada circunstancial acerca da formação do Estado e da idéia de igualdade que delas emerge nos três teorizadores modernos.

1.2.1 O Estado em Hobbes

Thomas Hobbes pode ser considerado o pai do pensamento contratualista e, embora tenha sido criticado por todos os demais representantes da filosofia contratualista, fixou os conceitos elementares¹⁸ que pautaram toda esta corrente de pensamento.

O ponto de partida da concepção de Estado para Hobbes é que, antes da formação da sociedade política organizada, existia uma situação de caos e desordem entre os homens, inviabilizando a própria existência. Este ponto de vista o afasta dos teóricos de sua época que até então garantiam que o homem sempre se caracterizou por ser um animal político e sociável por natureza.

¹⁷ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 128.

¹⁸ Estado de natureza, propriedade privada, contrato social, dentre outros.

A justificativa da posição do autor fica clara na obra *Sobre o Cidadão*, ao declarar que “por causa de nossa natureza, não buscamos a sociedade por si mesma; o que queremos é receber dela honras e vantagens; estas em primeiro lugar, aquelas, depois”¹⁹. Nessa ótica, o ponto de partida da ação humana, moral e política, é o esforço ou empenho, e a vida é uma corrida na qual é preciso vencer sempre. O esforço inicial seria o desejo de algo. Na busca de satisfação do desejo, continuamente ser ultrapassado corresponderia à miséria, já ultrapassar quem está adiante, corresponderia à felicidade.

Acredita ele que os seres humanos, quando se reúnem, não estão buscando proteger uns aos outros, mas interesses ideológicos ou de comércio, conforme se abstrai do comentário que segue:

Toda a sociedade é, portanto, ou para o lucro, ou para a glória; isto é: não tanto por amor de nossos próximos quanto pelo amor de nós mesmos. Entretanto, nenhuma associação pode ser grande ou duradoura se tiver início na vã glória, pois, essa glória é como honra: se todos os homens a possuem, nenhum a possui, porque ela consiste na comparação e na precedência; a companhia dos outros homens é insignificante como a causa para que eu possa me glorificar em mim mesmo; pois todo o homem tem seu valor por si, sem o auxílio dos outros.²⁰

Esta concepção de Hobbes está vinculada a um tipo de homem, que pode ser identificado com um burguês de sua época, que está buscando a ascendência social e econômica. “Para todo o homem, outro homem é um concorrente, como ele, ávido de poder sob todas as suas formas [...]. Concorrência, desconfiança recíproca, guerra perpétua de cada um contra cada um, de todos contra todos”²¹. Como se percebe, Hobbes pinta a natureza humana detalhadamente como sendo perniciososa ao próprio homem, e lembra que:

Entre os homens, se for para realizar tarefa comum, nasce uma certa amizade formal que tem em si mais de ciúme do que amor; [...] se alguém relatar um fato notável, os outros relatam também os milagres que fizeram, ou, se não fizeram, os inventam. [...]. Toda sociedade, portanto, é forjada pela força do útil ou pelo estímulo da honra, isto é, por amor a si e não aos sócios e componentes.²²

¹⁹ HOBBS, Thomas. **De Cive**, Elementos Filosóficos a respeito do cidadão. Rio de Janeiro: Vozes, 1993. p. 50.

²⁰ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um Estado. São Paulo: Martin Claret. 2002. p. 31.

²¹ CHEVALEIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. Rio de Janeiro: Agir, 1999. p. 69.

²² HOBBS. 1993, p. 52/53.

Em sua obra “*Leviathã*”, ao aprofundar melhor as conclusões empíricas de seu discurso, sustenta a existência de três causas principais de luta entre os homens: a competição que os homens travam entre si pelo ganho, a desconfiança que os faz lutar pela segurança e a glória que os faz combater pela reputação.

Opina que desta exposição de motivos humanos segue, naturalmente, a descrição do homem fora da sociedade. Entende ele que todo ser humano é movido unicamente por aquilo que afeta a sua segurança e poder e aqueles que podem afetá-los. Assim, fora da sociedade, não existiria justiça, nem injustiça, direito nem ilegalidade e pertenceria a cada um tanto quanto puder tomar e somente o que puder conservar.²³

Apesar do que já foi dito, interessa observar como, para Hobbes, acontece a possibilidade de sociabilidade diante do estado de natureza. A partir deste questionamento, o pensador argumenta que existem dois princípios básicos na natureza humana: o desejo e a razão. O primeiro impulsiona os homens a tomar para si o que os outros homens desejam e, assim, os colocam em linha de colisão; a razão, por sua vez, institui um poder regulador, de previsão, mediante o qual a busca de segurança se faz mais eficaz, sem deixar de seguir a norma da própria conservação.

Esta razão parece chegar ao homem, ou é conquistada por ele, através de regras ou normas hipotéticas, fruto de faculdades de puro raciocínio, mediante o qual, dadas certas premissas, extraem-se certas conclusões. A estas regras, Hobbes chama leis naturais:

Uma lei de natureza (*lex naturalis*) é um preceito ou regra geral, estabelecido pela razão mediante o qual se proíbe a um homem fazer tudo o que possa destruir sua vida ou privá-lo dos meios necessários para preservá-la, ou omitir aquilo que pense poder contribuir melhor para preservá-la.²⁴

O fazer ou deixar de fazer está relacionado, obviamente, às atividades totalmente necessárias à ordem social e política, imprescindíveis à civilização, onde a paz, postulado fundante à conservação da vida, produz uma regra de não transgressão entre

²³ SABINE, George H. **História de la Teoria Política**. México: Fondo de Cultura Económica, 1992. p. 343. “De esta exposición de los motivos humanos se sigue como cosa natural la descripción del estado del hombre fuera de la sociedad. Todo ser humano está movido únicamente por consideraciones que afectan a su e propia seguridad o poder y los demás que afectan a esas consideraciones. Igualmente no hay justicia ni injusticia, derecho ni ilegalidad, ya pertenece a cada uno lo que puede tomar y sólo en tanto que puede conservarlo.”

²⁴ HOBBS, Thomas. **Leviathã**. Coleção Os Pensadores, São Paulo: Nova Cultural, 1998. p. 78.

os indivíduos, colocando o homem em um cotidiano controlado pelas normas morais, em que cada um não faça aos outros o que não gostaria que fizessem a si.

1.2.1.1 A sociedade civil e sua formação

Restando clara a idéia de Hobbes sobre a incompatibilidade de uma sociedade organizada com o homem em estado de natureza, conclui-se por óbvio que se o homem vive em sociedade é porque consegue fazer uma transposição do estado natural para um estado social, constituindo-se a idéia de homem artificial, elemento fundamental para a formação de um Estado Civilizado.

No “*Sobre o Cidadão*”, em seu capítulo segundo, Hobbes esclarece que o direito de todos os homens a todas as coisas, que é uma das leis naturais derivadas da lei fundamental, não deve ser conservado, e sustenta que é preciso transferir ou desistir de certos direitos, pois, se isso não acontecer levaria a situação que uns teriam o direito de ataque e outros de defesa, ou, de maneira geral, a guerra.

A própria capacidade racional do homem, que busca evoluir da situação de homem natural, proporcionar-lhe-á consciência da necessidade de agir conforme os fins a que almeja. Assim, compreenderá que somente desistindo do direito de livre postura e ação, transferindo-o a outrem, permitirá alcançar segurança, prosperidade e, logicamente, a felicidade. Deste modo “[...] enquanto perdurar esse direito natural de cada homem a todas as coisas, ninguém (por mais forte ou sábio que seja) pode ter a segurança de viver o tempo que a natureza atribui ordinariamente à vida do homem.”²⁵

Em curtas palavras, o direito de fazer o que se quer precisa ser rigorosamente modificado, para que os homens possam aspirar à felicidade, ou, como o autor diz, à “prosperidade contínua”. Hobbes sugere, então, como resposta adequada, a formação de um pacto. São seus termos:

A única forma de estabelecer um poder comum, capaz de defendê-los da invasão por estrangeiros e das injúrias que podem fazer uns dos outros, é confiar todo o seu poder e sua força a uma pessoa, ou a uma

²⁵ HOBBS, 1998, p. 67.

assembléia, que reduza suas vontades, expressas numa pluralidade de vozes, a uma só vontade.²⁶

Fica evidente que o pacto pensado por Hobbes é um pacto de submissão, cujos contratantes são o *populus* em seu conjunto, de um lado e, de um outro, o soberano. Os contratantes que se obrigam, comprometendo-se reciprocamente a se submeterem a um terceiro não contratante, portanto, desconhecedor absoluto dos termos deste pacto, apenas investido dos seus efeitos. Em outras palavras, os cidadãos fazem um pacto de submeterem sua vontade a de um imperador, mas não existe contrapartida deste. Conforme se compreende de sua argumentação trazida à colagem, do resultado desse pacto surge a sociedade civil.

A união assim obtida chama-se Cidade, ou sociedade civil, ou ainda pessoa civil. Com efeito, sendo a vontade de todos uma só, esta deve ser considerada uma pessoa; [...]; cuja vontade, resultante do pacto de muitos homens, é aceita como vontade de todos os homens a fim de poder ele utilizar a força e os recursos de cada um para a meta, com o objetivo de paz e da defesa comum.²⁷

Surge assim a figura do soberano como alguém que concentra as vontades e tem capacidade de impor a sua. Conveniente faz-se que o estudo se atenha mais pormenorizadamente a este tema.

1.2.1.2 O Soberano na formação do Estado

No “*Leviathã*”, Hobbes expõe sua posição sobre a figura do soberano na formação do Estado:

Pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no sentido da paz em seu próprio país, e de ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros. É nele que consiste a essência do Estado, a qual pode ser assim definida: Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os

²⁶ HOBBS, 1998, p. 89.

²⁷ HOBBS, 1993, p. 99.

recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum.²⁸

Partindo do pressuposto de que a criação do Estado não se vincula ao pacto social levado a efeito por todos os indivíduos, pois é fruto dele, o pensador cria uma instituição situada acima do interesse de cada um, representando uma síntese daquelas vontades. O Estado que amalha para si o poder/violência que os indivíduos detinham na natureza e, coercitivamente, impõe as regras que irão nortear o campo de mobilidade e sociabilidade do cidadão nos limites da cidade.

Na teoria hobbesiana, o Estado, amparado pelo pacto social, detém o monopólio do aparato legal e, uma vez constituído, não existe outro referencial de regulação e ordenamento social que não as leis civis, as quais, de forma inarredável, servem como critério de justiça para todos os que estão submetidos ao pacto, e, não se pode esquecer, são características do poder supremo exercido pelo Estado, fazer e ab-rogar leis, que inevitavelmente conduzirá à idéia de que “o Estado é a fonte do direito, ele não reconhece direitos preexistentes mas os cria ao promulgá-los. Se tudo é convenção, não há direito efetivo fora daqueles enunciados pelo Estado”.²⁹

Pertinentes são as palavras de J.D. Mabbot, “A segurança, então, é a vantagem de nosso contrato social. O preço é o absolutismo”³⁰. Esta avaliação da obra de Hobbes serve de parâmetro que demonstra a idéia da forma de representação política em sua época, institucionalizando a segurança e a organização social como tarefa de responsabilidade proeminente do Estado.

Hobbes entende que o que permite o pacto social é, por um lado, o medo das condutas que possam levar os indivíduos novamente ao estado de natureza, mas afirma que mesmo que a sociedade se forme nunca existirá consenso, por isso se faz necessário que exista o medo da punição em caso de descumprimento das normas estabelecidas.

A sociedade sobrevive sobre a confiança de que todos cumprirão o pacto e esta confiança só se efetivará quando o medo da punição pelo descumprimento do que foi acordado seja maior que os lucros que possivelmente se possa obter.

Como, pelo pacto, a autoridade de cada indivíduo é cedida ao soberano, cabe a ele o poder de punir. Em nome dele agentes constituídos podem agir para que o pacto seja mantido, pois, como Hobbes propõe no Leviathã, “tudo o que o homem compactuar

²⁸ HOBBS. 1998. p. 106.

²⁹ HOBBS. 1993, p. 111.

³⁰ MABBOT, J.D. **O Estado e o Cidadão: Uma Introdução à Filosofia Política**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968. p. 21.

legitimamente, não pode legitimamente romper”³¹. O pacto social exige a instituição de uma força que dê às pessoas uma presunção razoável de que os demais respeitarão as normas estabelecidas e, assim, coloquem-se na mesma posição.

1.2.1.3 A igualdade como condição de existência e superação do estado de natureza em Hobbes

Como fora dito, Hobbes parte de uma visão pessimista sobre a natureza humana³². Rompe com a idéia de que o homem é naturalmente sociável nos moldes aristotélicos, mas faz referência a um estado de natureza entendido como a inexistência de um Estado soberano organizado onde persiste o instinto humano, onde “o homem é o lobo do próprio homem”.

Em tal condição de natureza, além do egoísmo, dois outros elementos são tratados por Hobbes: a liberdade absoluta e condição de igualdade entre os indivíduos. No tocante à liberdade, não existindo um poder político ordenador da sociedade ou capaz de impor-lhe coercitivamente normas, todos são livres plenamente, pois somente fazem o que sua vontade os ordenar. Por outro lado, tal situação de liberdade plena de todos e de cada um permite uma condição de igualdade tão ampla entre os indivíduos como jamais pensada em outro contexto. Seria, justamente, a condição de igualdade absoluta que levaria os indivíduos a viverem constantemente em situação de guerra civil. Veja sua construção argumentativa:

A natureza fez os homens tão iguais nas faculdades do corpo e da mente que, embora às vezes se encontre um homem manifestamente mais forte, no físico, ou de mente mais ágil do que outro, no final das contas, a diferença entre um homem e outro não é tão considerável a ponto de que possa, a partir disso, reivindicar para si um benefício ao qual o outro não possa pretender tanto quanto ele. De fato, quanto à força corpórea, o mais fraco tem o suficiente para matar o mais forte, seja recorrendo a uma maquinação secreta, seja aliando-se a outros que correm o mesmo perigo.³³

³¹ HOBBS. 1998, p. 83.

³² O homem intrinsecamente egoísta, preocupado apenas com a satisfação pessoal e com a defesa da liberdade individual absoluta, totalmente desimportado com a situação dos demais.

³³ HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 96.

Para Hobbes, a desigualdade que eventualmente surge na sociedade não resulta do consenso contratual, mas da vontade dos homens, mais precisamente devido às leis. Para ser efetivo, o poder político deve reconhecer a igualdade entre os indivíduos e instituí-la de fato como uma necessidade política, caso contrário os conflitos de interesse individuais se perpetuariam.

Fica evidente a distinção da concepção hobesiana e a idéia de justiça de Platão e Aristóteles. Como fica evidente na citação que segue, se por um lado o autor critica a idéia de igualdade como fundamento da justiça, admite-a como necessária à política e imprescindível para a superação do estado de natureza.

A questão de quem são os melhores não se coloca na condição de mera natureza, na qual (conforme mostramos anteriormente) todos os homens são iguais. A atual desigualdade foi introduzida pelas leis civis. Sei que Aristóteles, no primeiro livro da Política, apresenta como fundamento da sua doutrina o princípio segundo o qual alguns homens são, por natureza, mais dignos de comandar (e entendia os mais sábios, entre os quais incluía, ele próprio por sua filosofia), e outros, mais aptos a servir (e entendia aqueles que tinham corpos fortes, mas não eram filósofos como ele). Como se senhor e servo tivessem sido introduzidos não pelo consenso dos homens, mas pela diferença de inteligência, o que não apenas é contra a razão, mas também contra a experiência. [...] Se a natureza fez os homens iguais, essa igualdade deve ser reconhecida; ou então, se os fez desiguais, essa igualdade também deve ser reconhecida, uma vez que os homens, considerando-se iguais, não entrarão num estado de paz a não ser em iguais condições.³⁴

Ao recorrer ao símbolo do contrato, Hobbes busca representar a manifestação livre, consciente e soberana da vontade individual que, em vista de um interesse comum, obriga-se perante os demais. O interesse é a busca da segurança do Estado, resultado da soberania popular que estabelece o contrato. Portanto, a vontade do povo é a única fonte legítima do poder político. O poder soberano, fonte do poder constituinte não é mais a divindade ou a soberania, mas o povo.

Há que se resguardar, no entanto, que tal poder não tem outra função no ideário hobesiano senão a legitimação do soberano. Cabe ao povo, através de um “pacto de submissão”³⁵ concretizar o poder do soberano, abdicando de sua condição de cidadão e tornando-se súdito.

³⁴ HOBBS, 2002, p. 118.

³⁵ Tal pacto de submissão não pode ser quebrado, por ser necessária a garantia do não retorno ao estado de natureza, inclusive quando discute a possibilidade do povo exercer um direito de resistência contra opressão do soberano, Hobbes a rejeita tomando-a como ilegítima: “Quanto ao outro argumento, aquele

Estando todos submetidos ao soberano, cabe-lhe a elaboração da lei a ser imposta a todos para que seja garantida a segurança jurídica almejada. Portanto, se é a livre manifestação da vontade da soberania popular, através do contrato, o elemento constituinte e legitimador do poder político, a lei não é mais do que a expressão da vontade deste poder soberano.

De outra parte, é o princípio da isonomia que fundamenta a justiça hobbesiana. Diferente de doutrina clássica, ele faz derivar a justiça, não da natureza, mas da igualdade diante da lei. Está estabelecida a igualdade formal.

Por fim, deve-se reforçar a idéia basilar de que o pensamento de Hobbes constitui um marco para a filosofia política no ocidente, tendo estabelecido conceitos fundamentais que direcionarão o contratualismo em sua evolução e, mais que isso, estabelecem a igualdade formal como base da teoria normativa da justiça.

1.2.2 A Constituição da Sociedade Política em John Locke

Locke, tal como Hobbes, representou os interesses da classe burguesa, mas em um contexto histórico subsequente³⁶, onde, diferentemente de Hobbes, fixou seus elementos teóricos em oposição ao Estado absolutista. Tendo o absolutismo suplantado definitivamente o feudalismo e centralizando a jurisdição, seu papel estava cumprido, fazia-se necessária uma transição para uma nova juridicidade, que atendesse ainda mais aos interesses da burguesia, pautada na liberdade de comércio, eis o papel do pensamento de Locke.

Também ele parte da idéia de “estado de natureza”, mas entende-o como um “estado de fato”, uma situação real e historicamente determinada, e não como um momento hipotético do homem pré-social e pré-político como teorizara Hobbes.

da obtenção da soberania com a rebelião, é manifesto que essa tentativa é contra a razão, seja porque, mesmo quando [da rebelião] resultar o acontecimento [esperado], este não é o que se pode razoavelmente esperar, mas sim o contrário, seja porque, a partir desse modo de conquistar a soberania, outros aprendem a conquistá-la da mesma maneira. Portanto, a justiça, ou seja, a manutenção dos pactos, é um preceito da [mesma] razão que nos proíbe de fazer qualquer coisa que lese nossa vida e, por conseguinte, é uma lei natural.” (HOBBS, 2002, p. 113-114).

³⁶ As circunstâncias históricas de Locke e Hobbes são bastante diferentes. A sociedade feudal e a fragmentação política já haviam sido superadas pela consolidação do poder econômico da burguesia, a guerra civil de cunho religioso que dividiu a Europa quase diminuiu. Em curtos termos, as forças da burguesia se voltavam à conquista do poder político e à adequação do Estado a seus interesses (direito de propriedade e respeito aos contratos).

Também diferente deste é a compreensão de estado de natureza. Se em Hobbes é entendido como a situação de luta de todos contra todos, lobos em permanente guerra civil, John Locke, analisando as populações indígenas das colônias norte-americanas³⁷, vistas como selvagens, conclui que apresentam menos conflitos e guerras que as sociedades européias, ditas civilizadas. O que diferia, entre uma e outra sociedade, era o estágio de desenvolvimento, mas estava longe de permitir a conclusão de que isso conduziria à destruição mútua.

Para fundamentar tal compreensão, Locke estabelece a diferença entre o estado de natureza e o estado de guerra. O primeiro se caracterizaria pela ausência de uma autoridade com poderes sobre todos os homens, de modo que cada um torna-se juiz de si mesmo. O estado de guerra implicaria em, mesmo havendo um juiz comum, utilizar da força, não amparada pelo direito, sobre a pessoa de alguém, de sua liberdade ou de seus bens. São seus argumentos:

E nisto temos a clara diferença entre o estado de natureza e o estado de guerra, que, muito embora certas pessoas tenham confundido, estão tão distantes um do outro como um estado de paz, de boa vontade, assistência mútua e preservação está de um estado de inimizade, malícia, violência e destruição mútua. Quando os homens vivem juntos, conforme a razão, sem um superior comum na terra que possua autoridade para julgar entre eles, verifica-se propriamente o estado de natureza. Todavia, a força, ou um desígnio declarado de força, contra a pessoa de outrem, quando não existe qualquer superior comum sobre a terra para quem apelar, constitui o estado de guerra, e é a falta de tal apelo que dá ao homem o direito de guerra mesmo contra um agressor, embora esteja em sociedade e seja igualmente súdito. [...] A falta de juiz comum com autoridade coloca todos os homens em um estado de guerra não só quando há como quando não há um juiz comum.³⁸

A partir dos referenciais de comportamento existentes na natureza, mais precisamente, usando-se da análise do tipo de relação que se estabelece entre homem e mulher, John Locke busca apontar os elementos da formação da sociedade política. Diz ele que a finalidade da união entre homem e mulher não é somente a procriação, mas também a propagação da espécie. Deste modo, depois da procriação a união deve ter continuidade o tempo necessário para alimentar e manter os jovens até a

³⁷ Oportuno recordar a forte influência que pesou sobre Locke do pensamento empirista elaborado na Inglaterra por Francis Bacon e outros.

³⁸ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 223.

independência³⁹. Tal regra, entende o autor, é obedecida inclusive pelos animais inferiores, motivo porque tais atitudes são próprias do homem, enquanto ser animal e, mais que isso, racional.

Seguindo sua reflexão, sustenta que, embora exista naturalmente um processo evolutivo envolvendo as espécies vivas, homem e mulher, ainda que tenham aspirações comuns, possuem entendimentos divergentes sobre determinadas coisas, exigindo uma decisão ou opção que defina a relação.

Deste modo, será necessário que a última decisão seja concedida a um dos dois. Para o autor, este poder de decidir em última instância deve recair sobre o homem, por ser ele mais capaz e mais forte.⁴⁰

Não cabe avaliar os argumentos de Locke, no entanto, interessa o modo como trata a relação. Assim, de um lado a força e de outro a capacidade, são os critérios utilizados pelo pensador para definir quem irá governar ou decidir. A força é apontada como sendo atributo encontrado na figura do Estado e seus instrumentos, no entanto, a capacidade exige um outro tipo de avaliação, relacionada aos valores e princípios existentes no universo de quem os determina.

A análise de Locke dá a entender que ele, consciente ou inconscientemente, ao exigir uma determinada capacidade para governar ou decidir, está falando de critérios de uma sociedade de classes que, por uma questão de bom-senso e reta-razão, deverá eleger aqueles que representam o que há de mais próspero na comunidade, para exercer o seu comando político. Essa figura, no contexto do autor, não pode ser outra senão os proprietários.

Se por um lado o que tira o homem do estado de natureza e o coloca em uma civilização é o estabelecimento de um juiz terreno que possui autoridade para deliberar sobre todas as controvérsias e para castigar as injúrias que possam afetar qualquer membro do Estado, por outro, é certo que tal autoridade governante saiba e respeite o campo de sua atuação e a responsabilidade que possui. Para Locke esta responsabilidade está diretamente relacionada à proteção das propriedades.

³⁹ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil**. Madrid: Alianza Editorial, 1990. p. 97. “Pues al ser la finalidad de la unión entre hombre y mujer, no sólo la procreación a secas, sino también la propagación de la especie, esta unión entre varón y hembra debe continuar una vez consumada la procreación, y durante el tiempo que sea necesario para alimentar e mantener a los jóvenes, los cuales deben recibir sostenimiento de quienes los concibieron, hasta que puedan independizarse y valerse por sí mismos”.

⁴⁰ Ibid., p. 99 “[...]será por tanto necesario que la última decisión, es decir, el derecho de gobierno, se le conceda a uno de los dos; y habrá de caer naturalmente del lado del varón, por ser éste el más capaz y el más fuerte.”

Assim, na sua concepção de sociedade, entende que o único modo em que alguém se priva a si mesmo de sua liberdade natural e se submete aos ditames da sociedade civil é mediante um acordo entre os homens, segundo o qual todos se unem formando uma comunidade, com o fim de conviver de maneira confortável, segura e pacífica, cada um desfrutando de sua propriedade, melhor protegida contra os que não fazem parte daquela comunidade⁴¹. Argumenta Locke que,

Se o homem no estado de natureza é tão livre, conforme dissemos, se é senhor absoluto da sua própria pessoa e posses, igual ao maior e a ninguém sujeito, por que abriria ele mão dessa liberdade, por que abandonará o seu império e sujeitar-se-á ao domínio e controle de qualquer outro poder? Ao que é obvio responder que, embora no estado de natureza tenha tal direito, a fruição do mesmo é muito incerta e está constantemente exposta à invasão de terceiros porque, sendo todos reis tanto quanto ele, todos iguais a ele, e na maioria pouco observadores da equidade e da justiça, a fruição da propriedade que possui nesse estado é muito insegura, muito arriscada. Essas circunstâncias obrigam-no a abandonar esta condição que, embora livre, está cheia de temores e perigos constantes; e não é sem razão que procura de boa vontade juntar-se em sociedade com outros que estão já unidos, ou pretendem unir-se, para a mútua conservação da vida, da liberdade, e dos bens a que chamo de “propriedade”. O objetivo grande e principal, portanto, da união dos homens em comunidades, colocando-se eles sob governo, é a preservação da propriedade.⁴²

Estando certa a conclusão de que a origem de uma sociedade política é o consenso sobre os rumos e evolução da sociedade, já determinados pela própria natureza, isso leva à conclusão de que todos aqueles que não se vincularem a isto estarão, inevitavelmente, afastados da civilização ou de seus privilégios.

Entretanto, Locke institui entre governantes e governados um vínculo, de modo que o poder se torna um depósito, confinado em custódia aos governantes pela sociedade civil, resultante do pacto original, na condição, expressa ou tácita, de que eles o exerçam para o bem público. Este vínculo tem por objetivo garantir que todas as ações dos governantes tenham como limite a finalidade de promover o bem dos governados. Por outro lado, os governados terão garantidos os seus bens: vida, liberdade e propriedade.

⁴¹Ibid., p. 110. “El único modo en que alguien se priva a sí mismo de su libertad natural y se submete a las ataduras de la sociedad civil, es mediante un acuerdo con otros hombres, según el cual todos se unen formando una comunidad, a fin de convivir los unos con los otros de una manera comfortable, segura e pacífica, disfrutando sin riesgo de sus propiedades respectivas y mejor protegidos frente a quienes no forman parte de dicha comunidad.”

⁴² LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 264.

Em rasteira análise, Locke segue o mesmo caminho de Hobbes, diferenciando-se, no entanto, por não admitir a autoridade de um soberano, mas aceita que o homem, para sair de seu estado de natureza, deverá estabelecer um juiz terreno a quem será dada autoridade para deliberar sobre todas as controvérsias e para castigar as injúrias que possam afetar qualquer membro do Estado.

[...] a humanidade, para evitar um completo suicídio, decidiu organizar-se em sociedade, oferecendo a uma pessoa, ou a um grupo restrito, a autoridade de legislar em nome de todos e de exercer o governo sobre o grupo social inteiro.⁴³

Resta evidente a distinção substancial entre o contrato de Locke e o de Hobbes. Para este, o contrato social implica em um pacto de submissão à soberania com caráter absoluto e irrevogável, justificado pela necessidade de segurança e de igualdade. Para Locke, a segurança é entendida como segurança jurídica, que implica na limitação do poder do soberano pela lei fixada pelo Parlamento, protegendo os negócios privados contra a intervenção do Estado. É a leitura que Moura faz de Locke:

As leis civis, agora, serão o único texto que devo consultar para saber o que é meu e o teu, o bem e o mal, o útil e o inútil. E, à exceção do direito de defender-me, elas darão a medida de todos os demais direitos, no momento mesmo em que limitam minha liberdade natural.⁴⁴

De posse de elementos mínimos do referencial teórico lockeniano e do debate que seu pensamento interpôs com o de Rousseau, direciona-se o estudo ao aprofundamento mais amíúde no que, por ora, mais interessa do pensamento de Locke, sua compreensão da igualdade entre os indivíduos.

1.2.2.1 A razão como fundamento da igualdade

Da observação empírica dos ditos selvagens do Continente Americano, Locke conclui que eram racionais, portanto, a razão é uma característica que, estando presente

⁴³ MONDIN, B. 1980, p. 160.

⁴⁴ DE MOURA, Carlos Alberto. **Hobbes, Locke e a medida do Direito**. Filosofia Política. V. 6. Porto Alegre: LPM, 1991. p. 114.

em todos, é inata ao homem. Mais que isso, é essa capacidade racional presente em todos que fundamenta o respeito à vida, à liberdade e à propriedade. Em outros termos, se todos são livres, todos são iguais. Decorre disso que a liberdade e a igualdade derivam de um direito natural fundamentado na condição de racionalidade do indivíduo, e não na ausência de um poder limitador da vontade individual, como queria Hobbes. O autor em comento argumenta neste sentido:

O estado de natureza tem uma lei de natureza para governá-lo, que a todos obriga; e a razão, que é essa lei, ensina a todos os homens que tão-só a consultem, sendo todos iguais e independentes, que nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses. [...] e sendo todos providos de faculdades iguais, compartilhando uma comunidade de natureza, não há possibilidade de supor-se qualquer subordinação entre os homens que nos autorize a destruir a outrem, como se fôssemos feitos para uso uns dos outros como as ordens inferiores de criaturas são para nós. Qualquer pessoa, da mesma sorte que está na obrigação de preservar-se, não lhe sendo dado abandonar intencionalmente a sua posição, assim também, por igual razão, quando a própria preservação não está em jogo, tem de preservar, tanto quanto puder o resto da humanidade, não podendo, a menos que seja para castigar um ofensor, tirar ou prejudicar a vida, ou o que tende à preservação da vida, a liberdade, a saúde, os membros ou os bens de outrem.⁴⁵

A razão, portanto, é algo inerente à condição humana, de modo que dela deriva a “igualdade” como um direito natural, assim como a propriedade privada⁴⁶. Acerca desta, Locke entende que se fundamenta no trabalho, pois nada mais seria que o resultado da agregação de valor às coisas através do uso do corpo que todos, naturalmente, possuem⁴⁷.

A fundamentação da idéia de direito à propriedade, e as garantias que dele decorrem, para além de sua implicação prática na circunstância em que foi construída, representa um grande avanço no campo jurídico-normativo, tanto no mundo medieval quanto na sociedade aristocrática dos séculos XVI e XVII. Ao demonstrar a compreensão dessa natureza universalista, formalmente igualitária, Locke estabelece a propriedade como núcleo normativo de um conjunto de direitos que constituirão chamados “direitos fundamentais”⁴⁸.

⁴⁵ LOCKE, 1991, p. 218.

⁴⁶ Também diferente de Hobbes para quem a propriedade somente surgirá com o Estado, pois no estado de natureza não há ninguém que possa garanti-la.

⁴⁷ Acerca do tema consulte-se LOCKE, 1991, p. 227-228.

⁴⁸ Na defesa dos interesses da burguesia e da sociedade liberal-individualista que se consolidava, a lei escrita deveria positivar preceitos que lhes desse garantias, conferindo-lhes supremacia. Surge daí a

Em outro ângulo, a idéia de contrato de Locke, enquanto obrigação política assumida entre indivíduos, rejeita a idéia de consentimento unânime e, satisfazendo-se com a maioria, amplia a concepção de participação igualitária no campo político. Argumenta ele que,

Quando qualquer número de homens consentiu desse modo em constituir uma comunidade ou governo, ficam, de fato, a ela incorporados e formam um corpo político no qual a maioria tem o direito de agir e resolver por todos. [...] E assim todo homem, concordando com outros em formar um corpo político um governo, assume a obrigação para com todos os membros dessa sociedade de se submeter à resolução da maioria conforme esta assentar.⁴⁹

Por outro lado, Locke⁵⁰ propõe uma nova estrutura institucional para o Estado, na qual os poderes estatais ou as competências do poder político devem ser autônomas e independentes entre si, adiantando a idéia de separação dos poderes a ser proposta por Montesquieu.

Outra idéia que deve ser retomada como fundamentadora da compreensão de igualdade em Locke é o direito de resistência. Neste ponto importa resguardar que o *Segundo Tratado sobre o Governo Civil* foi publicado em seguida à Revolução Gloriosa⁵¹ e a instituição do Parlamento como detentor do poder político. Em tal obra, reconhece ele que o povo tem o direito de resistir a todo exercício ilegítimo de poder. Entenda-se tal ilegitimidade como ofensiva à propriedade ou tratamento desigual e injusto entre os cidadãos. O direito de resistência, portanto, encontraria alicerçado no fato de que,

Quem quer que use a força sem direito, como o faz todo aquele que deixa de lado a lei, coloca-se em estado de guerra com aqueles contra os quais assim emprega; e nesse estado cancelam-se todos os vínculos, cessam todos os outros direitos, e qualquer um tem o direito de defender-se e de resistir ao agressor.⁵²

O ideário de Locke, principalmente o direito de todo o cidadão se rebelar, conduziu o liberalismo individualista à sua maturidade de formulação e levou a

necessidade de estabelecê-los em condição hierarquicamente superior as demais normas, numa condição de norma fundamental, derivada da mesma fonte política que marca o surgimento da própria sociedade. O direito de propriedade derivaria, portanto, do próprio contrato social.

⁴⁹ LOCKE, 1991, p. 253.

⁵⁰ Tal como havia sido formulado por Platão e retomado por Aristóteles e mesmo por Hobbes.

⁵¹ Movimento que depôs Jaime II e levou Guilherme de Orange ao trono.

⁵² LOCKE, 1991, p. 307.

Inglaterra à dissociação entre o rei e a burguesia, fato marcado pela Revolução Gloriosa já mencionada. Quase um século depois tal matriz de pensamento conduzirá a outras grandes revoluções burguesas, como a norte-americana e a francesa.

Em termos sintéticos e finais, a importância da construção da teoria de Locke justifica-se, na sua compreensão de contrato social enquanto limite jurídico-político do poder do soberano, na instituição do princípio majoritário para as decisões, na previsão da separação dos poderes e no estabelecimento da tutela da vida, liberdade e propriedade como direitos fundamentais. Elementos que dão as bases do que será o constitucionalismo.

Mais importante ao estudo, no entanto, é o ponto em que a isonomia é posta. Se Hobbes desenvolveu uma idéia de igualdade formal, Locke, ao primar pela propriedade e autonomia, considerou juridicamente iguais os materialmente desiguais. Este posicionamento, embalado pela revolução industrial, contribuiu para maior acumulação de capital, exacerbando ainda mais as desigualdades e criando o ambiente propício a um novo viés reflexivo do contratualismo, que estabelece o princípio da igualdade em detrimento da liberdade. Eis o campo profícuo donde brotou o pensamento de Rousseau.

1.2.3 A idéia de contrato social e consenso em Jean Jacques Rousseau

Rousseau, ainda que siga a linha dos pensadores contemporâneos, possui ponto de vista próprio e bastante diferenciado acerca dos fundamentos de sua teoria do surgimento, organização e manutenção do Estado. Para ele, a legitimidade da lei e do Direito na sociedade civil encontra-se fundamentado no pacto social, mas este pacto deve conciliar obediência e liberdade. Para que seja legítimo o contrato deve permitir que todos, em condição de igualdade, permaneçam livres.

1.2.3.1 Causas e fundamentos do surgimento da sociedade e da lei

Rousseau inicia sua obra *Discurso sobre as Desigualdades entre os Homens*, aparentemente, opondo-se à propriedade privada. Diz ele que “o primeiro que, tendo cercado um terreno, arriscou-se a dizer: isso é meu, e encontrou pessoas bastantes simples para acreditar nele, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil”.⁵³

Fundamentando seu posicionamento, o pensador parte do pressuposto de que a evolução do homem se dá de forma mais aprimorada com as transformações desencadeadas a partir do trabalho coletivo e propriedades grupais e o surgimento paulatino da propriedade privada, que conduzirá a uma degeneração da espécie. Afirma ele:

Tudo começa a se modificar: os homens, até então errando pelos bosques, adquirem maior estabilidade e se aproximam lentamente, reúnem-se em diversos grupos, e formam por fim em cada região uma nação distinta, unida pelos costumes e caracteres, não por regulamentos e leis, mas pelo mesmo tipo de vida e alimentos, e pela influência do clima.⁵⁴

Pois bem, aceitando que não é exclusivamente a natureza a responsável pelas associações humanas, deve-se perquirir acerca de quais as causas principais para isto ocorrer. Para Rousseau, estas causas, sem dúvida, são externas ao homem, visto que, apesar de buscar a perfeição, ele não se transformaria se as circunstâncias não mudassem, no entanto, as circunstâncias são mudadas pelo próprio homem. Assim, supõe ele, a linguagem deve ter desenvolvido-se após grandes inundações ou tremores, ou seguindo a grande revolução da divisão do trabalho e do aparecimento da desigualdade, ou ainda pela circunstância extraordinária de algum vulcão que permitiu a descoberta da metalurgia, e assim por diante.

Tendo surgido a propriedade privada e a desigualdade, os grupos caminharão a um único resultado, o estado de guerra, que se situa no extremo limite do estado de natureza. O homem já está desfigurado e o estado de guerra vai tornar necessária a instituição da sociedade e das leis por um pacto de associação.

⁵³ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Brasília: UNB, 1989. p 84.

⁵⁴ ROUSSEAU, 1989, p. 90.

O pensador transcreve tais idéias para seu contexto, descrevendo a precariedade da vida do homem civilizado, convivendo com a cobiça, com a inveja, o ciúme, a competição e tantos valores e costumes próprios da sociedade pré-industrial que se formava. Desenha ele o conflito de interesses básicos que ocorre entre ricos e pobres. Esta conflituosidade alcança tamanhas proporções que vai gerar um estado de guerra, então, diante da necessidade de proteger suas posses, os ricos concebem um projeto que lhes favoreça:

O projeto mais mediato que jamais ocorrera ao espírito humano: o de empregar em seu favor as próprias forças daqueles que o atacavam, de fazer de seus adversários seus defensores, de lhes inspirar outras máximas, e de lhes dar outras instituições que lhe fossem tão favoráveis quanto lhe era contrário o direito natural.⁵⁵

O modo de implementação deste projeto materializa-se na institucionalização de regulamentos de justiça e de paz, aos quais todos sejam obrigados a conformar-se. Fica claro, no entanto, que os ricos, os mais beneficiados com essa associação de homens, teriam que desencadear um processo de persuasão que permitiria a institucionalização do convívio social pautada por um conjunto de regras ou convenções, previamente estabelecidas. E assim,

[...] foi preciso muito menos do que o equivalente desse discurso para arrastar homens grosseiros, fáceis de seduzir, que aliás tinham muitas questões a resolver entre si para poder dispensar árbitros, e muita avareza e ambição para poder passar muito tempo sem senhores. Todos correram ao encontro de seus grilhões, acreditando assegurar sua liberdade, pois, com suficiente razão para sentir as vantagens de uma instituição política, eles não possuíam a experiência suficiente para prever os perigos que dela adviriam.⁵⁶

Esta é a concepção de Rousseau sobre o surgimento da sociedade e das leis. Diz ele que, inicialmente, a sociedade se pautava por convenções e costumes herdados culturalmente. Os cidadãos aderiam às convenções e passavam a observar os costumes. Entretanto, com o passar do tempo, vai se revelando a insuficiência dos costumes como reguladores de comportamentos e garantidores da paz, surge, então, a necessidade de se outorgar tal função a magistrados, ligados a um corpo político.

⁵⁵ ROUSSEAU, 1989, p. 99.

⁵⁶ ROUSSEAU, 1989, p. 99.

1.2.3.2 O pacto associativo: vontade geral

O problema que perpassa toda a argumentação rousseauiana é o da legitimidade, ou seja, de como conciliar obediência e liberdade. Nos termos do autor, a dificuldade está em “[...] encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, só obedeça, contudo, a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes”.⁵⁷

A resposta seria, portanto, o Contrato Social, onde seria possível encontrar a legitimidade, tanto para a associação como para suas leis, de modo a conseguir que cada indivíduo permaneça livre e obedeça somente a si mesmo. Rousseau desenvolve, para responder a tal problema fundante, a idéia de Vontade Geral⁵⁸, segundo a qual seria possível aderir ao contrato, mas continuar livre, quando “cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, coletivamente, cada membro como parte indivisível do todo”.⁵⁹

Portanto, a resposta ao problema fundamental de Rousseau, conciliar obediência e liberdade, está no pacto social, e a legitimidade desta é encontrada na Vontade Geral.

Assim, rompendo com a dicotomia entre indivíduo e sociedade, Rousseau trabalha a idéia de indivíduo situado na coletividade, pertencente a uma sociedade de iguais. A sociedade é compreendida como um organismo, um conjunto de indivíduos que constituem um corpo e não simples agrupamento. Diferente do Estado Natural onde indivíduo permanece indivíduo, agindo em resposta a seus instintos e guiado para suas necessidades básicas, na sociedade cada membro passa para uma condição de igualdade. Sendo parte do corpo social, da coletividade, o indivíduo não é mais indivíduo, não é um particular. O que constitui tal sociedade civil não é uma força externa, mas a

⁵⁷ ROUSSEAU, J. J. **O Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 20. A título de orientação, foram usadas duas traduções da obra de Rousseau ora citada. Uma supracitada: ROUSSEAU, J. J. **O Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. E outra: ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. Disponível em <www.jahr.org>. Acesso em 23.12.08. A primeira será citada como: ROUSSEAU, 2003, seguido da página da citação. A segunda será citada como: ROUSSEAU, 2008, seguido da página da citação.

⁵⁸ Em termos iniciais gerais considerem-se as seguintes indicações acerca da compreensão de Vontade Geral: suprema direção (ROUSSEAU, 2003, p. 22), antagônica à vontade particular (ROUSSEAU, 2003, p. 24), o que leva o indivíduo a obedecer (ROUSSEAU, 2003, p. 25) e limite da liberdade civil (ROUSSEAU, 2003, p. 26).

⁵⁹ ROUSSEAU, 2003, p. 22.

vontade das partes que constitui o contrato social. Esta Vontade Geral, que constitui e determina o contrato, sendo vontade e não instinto, conduz, necessariamente, a um elemento comum a todo o indivíduo: a razão⁶⁰.

A vontade geral, mais que simples concordância das vontades particulares, traduz o que existe de comum em todas as vontades individuais, em outros termos, o resultado da consciência coletiva que dirige o Estado ao interesse comum. Nos termos do autor, “a vontade geral é invariavelmente reta e tende sempre à utilidade pública”⁶¹, ela “foi instituída visando o bem comum”⁶², pois

[...] se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi a conciliação desses mesmos interesses que a tornou possível. Eis o que há de comum nesses diferentes interesses fornecedores do laço social; e, se não houvesse algum ponto em torno do qual todos os interesses se harmonizam, sociedade nenhuma poderia existir. Ora, é unicamente à base desse interesse comum que a sociedade deve ser governada.⁶³

Acerca da relação entre vontade geral e o exercício do poder, Rousseau entende que se pode transferir o poder, mas não a vontade geral⁶⁴ e, sendo esta uma convenção, qualquer compromisso de submissão do povo implicaria no fim do estado civil. Ainda, argumenta o autor, se o povo silenciar, presume-se que a ordem da autoridade esteja de acordo com a vontade geral.⁶⁵

A Vontade Geral dirige as forças do Estado e está acima dele, assim como da soberania e do Soberano. Tendo o bem comum, objetivo da Vontade Geral, surgido em oposição de interesses particulares, esta não pode se submeter ao Estado nem ao Soberano, pois, como constantemente as vontades particulares buscam sobrepor-se à igualdade, o interesse do Estado ou do Soberano pode também tender a isso. No entanto, o fato de o Soberano estar submisso à Vontade Geral não lhe diminui ou tira o poder, antes o torna livre, tal como ocorre ao Estado, ao Governo e a cada um dos indivíduos.

⁶⁰ A discussão acerca da razão como elemento de conexão entre os indivíduos na formação do contrato será retomada mais adiante ao tratarmos da lei.

⁶¹ ROUSSEAU, 2003, p. 37.

⁶² ROUSSEAU, 2003, p. 33.

⁶³ ROUSSEAU, 2003, p. 36.

⁶⁴ ROUSSEAU, 2003, p. 33.

⁶⁵ Mais sobre o assunto: ROUSSEAU, 2008, p. 36-37.

Rousseau argumenta que “a vontade ou é geral ou não o é”⁶⁶, do que se pode abstrair que a vontade geral não pode conter partes e que a soberania é indivisível, mais que isso, ela é o resultado de todas as partes, do corpo do povo, ainda que não sejam consonantes⁶⁷. Assim, concordando com Locke, “para que uma vontade seja geral, nem sempre é necessário que seja unânime, mas sim que todos os votos sejam contados. Qualquer exclusão formal rompe a generalidade”⁶⁸.

Importa também a argumentação de Rousseau acerca da retitude da Vontade Geral. Para ele, tal caráter não pode vir do povo, pois este, ainda que queira sempre o bem, pode ser enganado e não reconhecê-lo⁶⁹. Além disso, frisa ele, se os indivíduos possuem uma vontade geral, mas também uma vontade particular, podem optar por esta desfrutando dos direitos de ser cidadão sem cumprir seus deveres para com o pacto associativo. Deste modo,

[...] cada indivíduo pode, como homem, ter uma vontade particular contrária ou dessemelhante à vontade geral que possui na qualidade de cidadão. O interesse particular pode faltar-lhe de maneira totalmente diversa da que lhe fala o interesse comum: sua existência absoluta, e naturalmente independente, pode fazê-lo encarar o que deve à causa comum como uma contribuição gratuita, cuja perda será menos prejudicial aos outros que o pagamento oneroso para si; e, olhando a pessoa moral que constitui o Estado como um ser de razão, pois que não se trata de um homem, ele desfrutará dos direitos do cidadão, sem querer preencher os deveres do vassalo: injustiça, cujo progresso causaria a ruína do corpo político.⁷⁰

Portanto, como argumenta o autor, se “a vontade geral é sempre reta, mas o julgamento que a guia nem sempre é esclarecido”⁷¹, abre-se aí o espaço adequado à lei, expressão da Vontade Geral, para direcionar, racionalmente, as vontades: “É preciso

⁶⁶ ROUSSEAU, 2003, p. 34.

⁶⁷ Note-se que há muita diferença entre vontade de todos e a vontade geral; enquanto a primeira se refere ao interesse privado, uma soma das diversas vontades particulares, a segunda diz respeito ao interesse comum. Para mais clareza busque-se na obra em comento: ROUSSEAU, 2003, p. 37.

⁶⁸ ROUSSEAU, 2003, p. 34, nota de rodapé.

⁶⁹ ROUSSEAU, 2003, p. 37, 48 e 49

⁷⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. Trad. Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. Disponível em <www.jahr.org>. Acesso em 23.12.08. p.29. Para argumentar que o indivíduo, diferente do soberano, pode ter inclinações diversas, Rousseau distingue indivíduo e cidadão e, opondo-se aos liberais, busca garantir o Estado em detrimento dos indivíduos que buscam usurpar-lhe o poder em benefício próprio. Percebe-se que em tal fundamentação Rousseau afronta Hobbes, Locke, Montesquieu e outros, pois argumenta que a Vontade Geral não pode ser ditada pelo soberano, ou ser a soma das vontades particulares ou da maioria, numa aproximação de interesses comuns. Ainda, situa a convenção como resultado social e não natural.

⁷¹ ROUSSEAU, 2003, p. 48.

obrigar um a conformar suas vontades à razão e ensinar o outro a conhecer o que deseja”.⁷²

A consciência da Vontade Geral deve, portanto, dominar o comportamento individual. Mas, caso o interesse individual prevaleça, para que seja garantido o pacto, é imprescindível que exista a possibilidade do constrangimento, que, na lógica roussauniana, nada mais significa que forçar o indivíduo a conservar a liberdade convencional. Veja sua argumentação:

A fim de que não constitua, pois, um formulário inútil, o pacto social contém tacitamente esta obrigação, a única a poder dar forças às outras: quem se recusar a obedecer à vontade geral a isto será constrangido pelo corpo em conjunto, o que apenas significa que será forçado a ser livre.⁷³

Desta forma, a Vontade Geral instituída, e que atua pela lei⁷⁴, é legitimada pelo centro de poder máximo, os indivíduos que a constituem e a ela se submetem, garantem a manutenção da convenção necessária à liberdade da sociedade civil. No entanto, “a vontade geral, para ser verdadeiramente geral, deve sê-la tanto em seu objeto quanto em sua essência”⁷⁵. Entendendo-se o seu objeto como o interesse geral e a sua essência, a igualdade.

1.2.3.3 *A igualdade entre os homens*

Como já comentado, Rousseau teoriza o contrato social a partir da idéia de sociedade civil como uma sociedade de iguais. Para ele as diferenças naturais são irrelevantes, não tendo maior importância na organização social. A igualdade é situada no campo social. É a convenção social que produz a igualdade ou a nega. Assim, a igualdade pressupõe a superação das desigualdades.

⁷² ROUSSEAU, 2003, p.49

⁷³ ROUSSEAU, 2008, p.29. Na página 42 e seguintes do *Contrato*, Rousseau argumenta que a soberania consiste, justamente, no poder absoluto sobre o corpo social: “Como a Natureza dá a cada homem um poder absoluto sobre todos os seus membros, dá o pacto social ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus, e é esse mesmo poder que, dirigido pela vontade geral, recebe, como eu disse, o nome de soberania.”

⁷⁴ A lei é a Vontade Geral agindo. Sobre o tema leia-se: ROUSSEAU, 2003, p. 47.

⁷⁵ ROUSSEAU, 2003, p. 40

A igualdade é a cláusula principal, condição primeira, para a realização do contrato social. Sua efetivação depende da igualdade para todos. A alienação total, o “dar-se completamente”, implica em submissão de todos os impulsos naturais do indivíduo aos padrões da coletividade. No entanto, todos devem doar-se da mesma forma, de modo que não há interesse em um sobressair-se aos demais⁷⁶. Mesmo quando o corpo social destaca alguns dos seus para o governo, a dação continua sendo ao corpo e não a estes, de modo que, na vida política, não há diferenças, somente funções, pois,

[...] cada qual, dando-se a todos, não se dá a ninguém, e, como não existe um associado sobre quem não se adquira o mesmo direito que lhe foi cedido, ganha-se o equivalente de tudo o que se perde e maior força para conservar o que se tem.⁷⁷ (destaque apostado pela centralidade no tema em debate)

Portanto, a essência do pacto social está na compreensão de que “Cada um de nós põe em comum sua pessoa e toda a sua autoridade, sob o supremo comando da vontade geral, e recebemos em conjunto cada membro como parte indivisível do todo”⁷⁸. O indivíduo independente não mais é admitido, ele só existe dentro da sociedade, dentro do corpo coletivo, de modo que,

[...] ao invés da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quanto a assembléia de vozes, o qual recebe desse mesmo ato sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. A pessoa pública, formada assim pela união de todas as outras, tomava outrora o nome de cidade [...], e toma hoje o de república ou corpo político, o qual é chamado por seus membros: Estado, quando é passivo; soberano, quando é ativo; autoridade, quando comparado a seus semelhantes. No que concerne aos associados, adquirem coletivamente o nome de povo, e se chamam particularmente cidadãos, na qualidade de participantes na autoridade soberana, e vassalos, quando sujeitos às leis do Estado.⁷⁹

A partir da compreensão de que ao se encontrar “[...] a multidão reunida num corpo, não se pode ofender um dos membros sem atacar o corpo, menos ainda ofender o

⁷⁶ ROUSSEAU, 2003, p. 21: “[...] a condição é igual para todos, e, sendo a condição igual para todos, ninguém tem interesse em torná-la onerosa para os demais”.

⁷⁷ ROUSSEAU, 2008, p.25.

⁷⁸ ROUSSEAU, 2008, p. 25.

⁷⁹ ROUSSEAU, 2008, p.25-26.

corpo sem que os membros disso se ressentam”⁸⁰, é possível entender que para Rousseau, somente a soberania popular é legítima, perfeita e absoluta⁸¹, uma vez que,

[...] sendo formado o soberano tão-só dos particulares que o compõem, não há nem pode haver interesse contrário ao deles; por conseguinte, não necessita a autoridade soberana de fiador para com os vassallos, por ser impossível queira o corpo prejudicar todos os membros, e por, como logo veremos, não lhe ser possível prejudicar nenhum em particular. O soberano, somente pelo que é, é sempre tudo o que deve ser.⁸²

Nesta linha, para que o pacto seja legítimo, Rousseau pressupõe isonomia entre os indivíduos de modo que o direito parte de todos e a todos é aplicado de igual forma. A vontade geral só pode, para ele, ser concebida como fundada numa transformação social do homem que se exprime pelo consenso coletivo. Veja sua argumentação:

Os empenhos que nos ligam ao corpo social só são obrigatórios pelo fato de serem recíprocos, e é tal sua natureza que, desempenhando-os, não se pode trabalhar para outrem sem trabalhar também para si mesmo. Por que é sempre reta a vontade geral, e por que desejam todos, constantemente, a felicidade de cada um, se não pelo fato de não haver quem não se aproprie dos termos cada um e não pense em si mesmo ao votar por todos? Isso prova que a igualdade de direito e a noção de justiça que aquela produz derivam da preferência que cada qual se atribui, e, por conseguinte, da natureza do homem; que a vontade geral, por ser realmente conforme, deve existir no seu objeto, bem como na sua essência; que deve partir de todos, para a todos ser aplicada[...].⁸³

Clara está a idéia de que só existe, verdadeiramente, liberdade convencional quando há perfeita igualdade de direitos e deveres. O que torna a vontade geral, não é o número, mas o interesse em comum que dá às decisões um caráter equitativo. Nesta linha de entendimento,

Por qualquer dos lados que se remonte ao princípio, chega-se sempre à mesma conclusão, a saber que o pacto social estabelece tal igualdade entre os cidadãos, que os coloca **todos sob as mesmas condições e faz com que todos usufruam dos mesmos direitos**. Destarte, pela natureza do pacto, todo ato de soberania, isto é, **todo ato autêntico da**

⁸⁰ ROUSSEAU, 2008, p.28.

⁸¹ Diferente de Hobbes que entende a soberania como uma potência contrária à liberdade individual, Rousseau a trata como resultado da associação de todos os particulares e, nessa condição, incapaz de prejudicar os elementos que a compõem, sem que com isso implique num auto-ataque.

⁸² ROUSSEAU, 2008, p.28.

⁸³ ROUSSEAU, 2008, p. 43-44.

vontade geral, obriga ou favorece todos os cidadãos, de maneira que o soberano apenas conheça o corpo da nação e **não distinga nenhum dos corpos que a compõem**.⁸⁴ (destaque apostro)

Para Rousseau, a legitimidade do direito do soberano está, justamente, em tratar com isonomia a todos os convencionados: “[...] o soberano jamais possui o direito de sobrecarregar um vassalo mais que outro, porque então, tornando-se o negócio particular, deixa o seu poder de ser competente”⁸⁵. Se o soberano é o poder da vontade geral, o governo por ele instituído deve tratar com igualdade cada um dos membros contratantes pois é deles que emana o poder instituidor. Usando os argumentos do autor, uma vez que,

[...] Do soberano recebe o governo as ordens a serem dadas ao povo, e para que o Estado se mantenha em perfeito equilíbrio, se faz mister, tudo compensado, haja igualdade entre o produto ou o poder governamental, tomado em si mesmo, e o produto ou o poder dos cidadãos, que, de um lado, são soberanos, e vassalos de outro.⁸⁶

Por fim, numa exemplificação simples, mas não desprovida de profundidade, o teorizador do contrato demonstra porque cada indivíduo tem parte do poder igual a todos os demais:

Suponhamos seja o Estado composto de dez mil cidadãos. O soberano não deve ser considerado senão coletivamente e em corpo. Cada partícula; porém, na qualidade de vassalo, é considerado como indivíduo. Assim, o soberano está para o vassalo na proporção de dez mil para um, isto é, cada membro do Estado possui a décima milésima parte da autoridade soberana, embora esteja todo inteiro a ela submetido.⁸⁷

Ora, mas há de se perquirir como é possível alcançar tal igualdade entre os indivíduos? Rousseau argumenta que é um objetivo constantemente buscado e, neste processo, está a função da lei.

⁸⁴ ROUSSEAU, 2008, p. 45-46.

⁸⁵ ROUSSEAU, 2008, p. 47.

⁸⁶ ROUSSEAU, 2008, p. 80.

⁸⁷ ROUSSEAU, 2008, p.81.

1.2.3.4 A lei e a igualdade

Ao tratar da lei Rousseau abandona toda a relação necessária com a lei natural, justificando que a fonte da lei deve ser a convenção, pois o corpo social também dela resulta. Na sua discussão trata não de como as leis são, mas de como devem ser.

Se ao desenvolver a teoria do contrato social tratou da sociedade em sua organização e estrutura, ao tratar da lei busca examinar-lhe a dinamicidade. Argumenta que se “Pelo pacto social demos existência ao corpo político; trata-se agora de lhe dar o movimento e a vontade por meio da legislação. Porque o ato primitivo, pelo qual esse corpo se forma e se une, não determina ainda o que ele deve fazer para se conservar.”⁸⁸

Pressupõe ele a justiça e, seja qual for a origem superior que se lhe atribua, entende que ela não basta para as convenções e leis que, necessariamente, devam ser firmadas para reger as relações entre os homens, pois não se pode esperar que da consciência dos indivíduos surja, espontaneamente, a convergência de todos. Faz-se necessário, portanto, que todos sejam iguais em direitos e deveres, condição que somente será alcançada pela sanção coletiva de todos a todos. Veja sua argumentação nesse sentido:

Está fora de dúvida a existência de uma justiça universal, só da razão emanada; tal justiça, porém, para ser admitida entre nós, deve ser recíproca. [...] É necessário, pois, haja convenções e leis para unir os direitos aos deveres e encaminhar a justiça a seu objetivo. [...] no estado civil, onde todos os direitos são fixados pela lei.⁸⁹

Nesta linha de raciocínio, para tratar sobre o que é a lei, parte do princípio, já desenvolvido, de que não há vontade geral que almeje objeto particular, o objeto das leis é sempre geral. Assim, a isonomia entre os indivíduos não está somente em ser parte na regência das leis, mas também em serem, todos, submetidos a ela de igual forma, sem distinção alguma. Neste sentido, fundamenta Rousseau que,

[...] quando todo o povo estatui sobre todo o povo, só a si mesmo considera; e se se forma então uma relação, é do objeto inteiro sob um ponto de vista ao objeto inteiro sob outro ponto de vista, sem nenhuma

⁸⁸ ROUSSEAU, 2008, p.51.

⁸⁹ ROUSSEAU, 2008, p.51- 52.

divisão do todo. Então, a matéria sobre a qual estatuímos passa a ser geral, como a vontade que estatui. A esse ato é que eu chamo uma lei. Quando digo que o objeto das leis é sempre geral, entendo que a lei considera os vassallos em corpo e as ações como sendo abstratas, jamais um homem como indivíduo, nem uma ação particular.⁹⁰

Rousseau defende a República, entendida como o Estado que é regido por leis, como sendo legítimo e a forma mais adequada. As leis, no entanto, devem emanar do povo. Nas suas palavras, “As leis não são propriamente senão as condições de associação civil. O povo, submetido às leis, deve ser o autor das mesmas; compete unicamente aos que se associam regulamentar as condições de sociedade”.⁹¹

Percebe-se que, para o autor, há uma estreita conexão entre a lei e a igualdade entre os membros do contrato, pois dessa isonomia depende a liberdade, bem a que toda sua construção teórica busca defender. Importante, neste sentido, trazer à colagem tais pilares de sua construção:

Se se procura saber em que consiste precisamente o maior dos bens, que deve ser o objetivo de todo sistema de legislação, achar-se-á que se reduz a estes dois objetos principais: **a liberdade e a igualdade**. A liberdade, porque toda independência particular é outra tanta força subtraída ao corpo do Estado; a igualdade, porque a liberdade não pode subsistir sem ela.⁹² (destaque aposto)

É preciso que se tenha claro, para entender a argumentação, os conceitos em pauta. Ao tratar da igualdade Rousseau não a identifica com parâmetros idênticos de poder e riqueza entre os indivíduos, mas que todos estejam de igual forma sujeitos à lei e que quanto àqueles parâmetros haja moderação. Enfatiza ele que,

[...] a respeito da igualdade, não se deve entender por essa palavra que os graus de poder e riqueza sejam absolutamente os mesmos, mas que, quanto ao poder, esteja acima de toda violência e não se exerça jamais senão em virtude da classe e das leis; e, quanto à riqueza, que nenhum cidadão seja assaz opulento para poder comprar um outro, e nem tão pobre para ser constrangido a vender-se(14)⁹³: o que supõe, por parte dos grandes, moderação de bens e de crédito, e, do lado dos pequenos, moderação de avareza e ambição.⁹⁴

⁹⁰ ROUSSEAU, 2008, p. 53.

⁹¹ ROUSSEAU, 2008, p. 54.

⁹² ROUSSEAU, 2008, p. 72.

⁹³ Nota 14: Desejais dar consistência ao Estado? Aproximai os graus extremos tanto quanto possível; não tolereis nem homens opulentos nem mendigos. Esses dois tipos de cidadãos, naturalmente inseparáveis, são por igual funestos ao bem comum; de um se originam os fatores da tirania, e de outro os tiranos. É sempre entre eles que se faz o tráfico da liberdade pública; um a compra, e o outro a vende.

⁹⁴ ROUSSEAU, 2008, p. 72.

Acerca desse ponto, lei e igualdade, brilhantemente Rousseau sintetiza que a segunda é o objetivo constantemente buscado e a primeira é o modo de conservá-la. São seus termos: “Essa igualdade, dizem, é uma quimera especulativa, que não pode existir na prática; [...] precisamente porque a força das coisas tende sempre a destruir a igualdade que a força da legislação deve sempre tender a conservá-la.”⁹⁵

Eis aí evidenciado, a construção teórica que estabeleceu a igualdade formal de todos diante da lei como princípio basilar do qual depende a legitimidade do Contrato Social, portanto, do Estado.

1.3 A evolução da idéia moderna de igualdade e os textos constitucionais brasileiros

Tendo feito esta breve retomada da evolução do Estado ocidental, procurou-se demonstrar que o caminho percorrido na busca por legitimação do poder político-estatal sempre esteve associada à concepção de “igualdade” como elemento fundamental. Partindo das teorias de alguns dos pensadores mais representativos da antiguidade e da filosofia política moderna, chegou-se a Rousseau, cujo pensamento assume destaque absoluto como marco na implementação normativa da igualdade formal.

Neste viés, o Estado nacional-absolutista é apresentado como destruturador do mundo medieval e primeira expressão da forma jurídico-política que deu as bases ao Estado liberal-individualista, que fora seguido pelo Estado liberal-democrático, pelo Estado social e, por fim, pelo Estado democrático social de direito, sempre norteado, no bojo de sua organização jurídico-política, pela idéia de igualdade, agora consubstanciada, devido à constitucionalização, em princípio jurídico normativo.

Tal reconstrução jurídico-filosófica voltada à apropriação dos argumentos constitutivos da idéia de igualdade buscou, portanto, apresentar a “teoria normativa da igualdade” enquanto substrato jurídico-político da legitimidade estatal moderna. O Estado liberal, fundamentado na ideologia liberal individualista, enquanto superação do medievo e dos privilégios institucionalizados, estabeleceu-se sobre o princípio da

⁹⁵ ROUSSEAU, 2008, p. 72-73.

igualdade formal, como isonomia, em outros termos, instituiu “a igualdade perante a lei”.

No campo econômico o desdobramento liberalista levou ao princípio da autonomia privada que pregava a auto-regulação das relações por mecanismos ocultos que deveria suprir necessidades humanas. O Estado deveria ser neutro, pois bastaria a isonomia da lei para dar as condições necessárias ao crescimento homogêneo e uniforme da sociedade.

Joaquim Barbosa Gomes ao tratar sobre constitucionalismo e ações afirmativas assim se pronuncia sobre o tema:

Com efeito, a sociedade liberal-capitalista ocidental tem como uma de suas idéias-chave a noção de neutralidade estatal, que se expressa de diversas maneiras: neutralidade em matéria econômica, no domínio espiritual e na esfera íntima das pessoas. Na maioria das nações pluriétnicas e pluriconfessionais, o abstencionismo estatal se traduz na crença de que a mera introdução, nos respectivos textos constitucionais, de princípios e regras asseguradoras de uma igualdade formal perante a lei, seria suficiente para garantir a existência de sociedades harmônicas, onde seria assegurada a todos, independentemente de raça, credo, gênero ou origem nacional, efetiva igualdade de acesso ao que comumente se tem como conducente ao bem-estar individual e coletivo. Esta era, como já dito, a visão liberal derivada das idéias iluministas que conduziram às revoluções políticas do século XVIII.⁹⁶

A expressão de tal modelo de Estado Liberal resultou na produção constitucional que respaldasse a igualdade enquanto imperativo formal apto a assegurar a isonomia entre seus membros. Tal tendência também exerceu forte influencia no constitucionalismo brasileiro.

⁹⁶ GOMES, Joaquim Barbosa. O Debate Constitucional sobre as Ações Afirmativas. In SANTOS, Renato E; LOBATO, Fátima (orgs.). Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP & A, 2003, p. 04. **CONTINUAÇÃO:** “Mas essa suposta neutralidade estatal tem-se revelado um formidável fracasso, especialmente nas sociedades que durante muitos séculos mantiveram certos grupos ou categorias de pessoas em posição de subjugação legal, de inferioridade legitimada pela lei, em suma, em países com longo passado de escravidão. Nesses países, apesar da existência de inumeráveis disposições normativas constitucionais e legais, muitas delas instituídas com o objetivo explícito de fazer cessar o status de inferioridade em que se encontravam os grupos sociais historicamente discriminados, passaram-se os anos (e séculos) e a situação desses grupos marginalizados pouco ou quase nada mudou.”

1.3.1 Acolhimento da Igualdade Formal nas Constituições Brasileiras

Na lição de Farias Mello,⁹⁷ em síntese apertada, se percebe que o princípio da igualdade, desde os primórdios da história constitucional do Brasil, fez-se presente, de modo que, em maior ou menor escala, sempre se tratou da isonomia.

Na Carta de 1824, época onde, devido à escravidão, pessoas não eram sequer consideradas como gente, o constituinte limitou-se a indicar à legislação inferior a necessidade de equidade. Com a República, a Constituição de 1891, categoricamente determinou que todos são iguais perante a lei, extinguindo-se quaisquer privilégios decorrentes de nascimento, nobreza, ou títulos. A Constituição popular de 1934 ratificou a igualdade de todos perante a lei em detrimento de privilégios ou distinções motivadas por nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas. O constituinte de 1937 simplificou prevendo tão somente que todos seriam iguais perante a lei. Já a Carta progressista de 1946, ratificou o princípio da igualdade, proibindo de maneira direta o preconceito de raça ou classe. Neste mesmo período, em 1948, adveio a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que previu que todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades nela estabelecidas, sem qualquer tipo de distinção. A Constituição 1967 seguiu o mesmo parâmetro e a de 1969 repetiu-lhe o texto.

Em termos gerais, percebe-se que o constitucionalismo brasileiro seguiu a fase eminentemente liberal de estruturação do Estado moderno, nos moldes contratualistas e, apesar de contemplar a igualdade como alicerce, fez prevalecer os direitos de liberdade dando ênfase às pretensões jurídicas fundadas em direitos subjetivos. Nesta linha, suscitou como característica a omissão dos poderes públicos em relação à autonomia individual e preocupou-se em abrigar sob a lei apenas os direitos fundamentais.⁹⁸

Eis o veio histórico que orientou o constituinte de 1988 a prever no texto legal, com destaque, a igualdade entre seus cidadãos. Tal idéia fundamental está

⁹⁷ Imprescindível à boa compreensão do tema a leitura na íntegra do texto: FARIAS MELLO, Marco Aurélio Mendes. Ótica constitucional : a igualdade e as ações afirmativas. In: As vertentes **do direito constitucional contemporâneo**. SILVA MARTINS, Ives Gandra. (org.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 37-39.

⁹⁸ COPETTI SANTOS, André Leonardo. **A Constituição Multicultural**. In: COPETTI SANTOS, André Leonardo & DEL'OLMO, Florisbal de Souza (org.). **Diálogo e Entendimento: Direito e Multiculturalismo & Cidadania e Novas Formas de Solução de Conflitos**. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 80.

consubstanciada tanto no Preâmbulo quanto no caput do artigo 5º, da Constituição dita cidadã, tratando-se, portanto, de norma supraconstitucional, ou seja, princípio, direito e garantia, a que todas as normas devem adequar-se.

Diz o texto legal que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, a segurança e a propriedade, [...]"⁹⁹.

Há que se destacar, no entanto, que a previsão legal da igualdade entre os cidadãos prevista na atual carta e nas anteriores, não é algo inédito, trata-se de uma característica dos ordenamentos jurídicos dos Estados Modernos. A partir das revoluções burguesas, em especial a Revolução Francesa, surgiram as Cartas Constitucionais

[...] que se opõem ao processo de normas difusas e indiscriminadas da sociedade feudal e às normas arbitrárias do regime monárquico ditatorial, anunciando uma relação jurídica centralizada, o chamado Estado de Direito. Este surge para estabelecer direitos iguais a todos os homens, ainda que perante a lei, e acenar com o fim da desigualdade a que os homens sempre foram relegados. Assim, diante da lei, todos os homens passaram a ser considerados iguais, pela primeira vez na história da humanidade. Esse fato foi proclamado principalmente pelas constituições francesa e norte americana, e reorganizado e ratificado, após a II Guerra Mundial, pela Organização das Nações Unidas (ONU), com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948).¹⁰⁰

A Declaração Universal dos Direitos Humanos citada, em seu artigo VII, assim prescreve: "Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação".¹⁰¹

Neste viés, todo o sistema normativo infraconstitucional deve estar adequado àquele direcionamento. No que se refere ao direito penal, à igualdade em sentido formal implica em reconhecimento de que todos, indistintamente, devem estar submetidos às normas incriminadoras de igual forma. Dito em outros termos, a legitimidade do *jus puniendi* estatal estaria, justamente, em submeter a todos de igual forma.

⁹⁹ Caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Tal previsão prescreve "igualdade de todos perante a lei", ou seja, a igualdade formal, pura identidade de direitos e deveres entre os membros da coletividade através da legislação.

¹⁰⁰ COVRE, Maria de Lourdes Manzini. **O que é Cidadania**. São Paulo: Braziliense.1993. p. 17

¹⁰¹ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php> Acesso em 23.12.08.

Na mais pura concepção moderna de cunho russoniana, é a igualdade de todos perante a lei que permite ao ramo penal o caráter de universalidade de suas normas. É porque a todos é prevista igual punição para determinado delito, que é legítimo que se puna o particular por tê-la cometido.

De outra parte, também resta evidente que tal concepção é estreita e exige complementação. Tal evidência se fundamenta na relação entre o princípio da igualdade e a dignidade humana. Ao tratar desta relação, Ingo Wolfgang Sarlet argumenta que o princípio da igualdade

[...] encontra-se diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana, não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivo de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material.¹⁰²

Sarlet introduz aqui um novo conceito que, por razões didáticas, forçosamente fora apartado até então, o da igualdade material. A igualdade entre todos, proclamada na Constituição Federal, deve ser entendida como uma ligação entre o direito e a realidade que lhe é subjacente e, nesta perspectiva, implementada em duas dimensões distintas, como igualdade material e como igualdade formal. Nesta necessária distinção, conveniente é o pronunciamento de João Mangabeira, segundo o qual:

[...] a igualdade perante a lei não basta para resolver as contradições criadas pela produção capitalista. O essencial é igual oportunidade para a consecução dos objetivos da pessoa humana. E para igual oportunidade é preciso igual condição. Igual oportunidade e igual condição entre homens desiguais pela capacidade pessoal de ação e direção. Porque a igualdade social não importa nem pressupõe um nivelamento entre homens naturalmente desiguais. O que a Lei estabelece é a supressão das desigualdades artificiais criadas pelos privilégios da riqueza, numa sociedade em que o trabalho é social, e conseqüentemente social a produção, mas o lucro é individual e pertence exclusivamente a alguns.¹⁰³

¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. p. 89.

¹⁰³ MANGABEIRA, João. Apud. PINTO FERREIRA, Luís. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. São Paulo: Saraiva. 1983. p.771.

Eis a rasgo que destitui o sistema teórico do Estado Moderno fundado na concepção de Rousseau acerca da igualdade diante da lei, e exige a implementação de uma nova concepção de igualdade pela lei. Em tal empreitada, no entanto, há que buscar um outro marco teórico capaz de fundamentar esta necessidade de diferenciação pela lei como fora de igualação ou, nos termos de Mangabeira, igualdade de oportunidades que possibilite nivelamento. A proposta da presente pesquisa é que tal baliza teórica é encontrada no multiculturalismo nos moldes propostos por Charles Taylor e Boaventura de Sousa Santos.

CAPÍTULO II - O MULTICULTURALISMO E A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS DE GRUPOS VULNERÁVEIS

A segunda parte da pesquisa partirá da discussão proposta por Stuart Hall acerca de como o multiculturalismo tornou-se processo e estratégia política apto a fundamentar a concepção de igualdade no sentido material. Posteriormente situará o multiculturalismo a partir da vertente teórica de onde se pretende discutir, qual seja, o pensamento de Charles Taylor e Boaventura de Sousa Santos.

A idéia de multiculturalismo proposta por Charles Taylor parte da discussão acerca da dignidade. Tal aparato filosófico, quando situado na prática social, joga com as tensões entre diferença e redistribuição, que propicia a efetivação da igualdade e implica em luta de movimentos e iniciativas emancipatórias que objetivam a desconstrução de conceitos redutores e a proposição de concepções alternativas, ampliando o reconhecimento da diferença e da igualdade. É neste viés que se torna fundamental ao estudo o posicionamento teórico do sociólogo Boaventura de Sousa Santos, que busca analisar as condições em que o multiculturalismo tem sido posto a prova como possibilidade de emancipação.

Quer pensando em dignidade, quer pensando em emancipação, o multiculturalismo coloca-se, como fomentador da superação da compreensão da igualdade em sentido formal pela compreensão da igualdade em sentido material. Neste sentido, a legislação torna-se agente de transformação da estrutura social através de ações afirmativas de grupos vulneráveis. Tal postura, característica do constitucionalismo contemporâneo, é o que se chama de contramajoritariedade.

2.1 O multiculturalismo como processo e estratégia política apto a promover igualdade material

Embora o termo multiculturalismo seja usado universalmente nos discursos, seu significado torna-se cada vez mais complexo e menos preciso. Faz-se necessário, portanto, situá-lo acerca da vertente teórica de onde se pretende discutir.

Antes, porém, importa breve retomada acerca de como o multiculturalismo, enquanto processo e estratégia política¹⁰⁴, teve condições para emergir do contexto social, alcançando status significativo apto a discutir, a partir de sua lente, a diversidade de questões sociais e filosóficas. Em outros termos, como o multiculturalismo tornou-se adequado para discutir as questões a que a presente pesquisa pretende tratar.

O ponto de partida é o entendimento de que a condição multicultural das sociedades não é algo atual, embora alguns estabeleçam o século quinze como marco das migrações que resultaram na miscigenação étnica e cultural, os deslocamentos dos povos sempre aconteceram pelas razões mais diversas. Todos os grandes impérios, em suas conquistas, produziram sociedades multiculturais, além das condições naturais e outras tantas condições sociais (guerras, escravidão, exploração...).

Não se pode negar, no entanto, que depois da Segunda Guerra essa multiculturalidade das sociedades tem assumido características diferenciadas, como também tem se alargado, tornando-se um lugar central para o debate social e político. Na leitura de Hall, “Isso é resultado de uma série de mudanças decisivas – uma reconfiguração estratégica das forças e relações sociais em todo o globo”¹⁰⁵.

Uma dessas reconfigurações¹⁰⁶ seria resultado das lutas pela descolonização e independência nacional ocorridas no fim do velho sistema imperial. As novas nações perdem o vértice cultural e econômico da antiga metrópole e encontram dificuldades em formar as bases para a própria história. À formação dos novos Estado-nação compostos por tradições religiosas, culturais e étnicas diversas, somam-se as dificuldades econômicas e as profundas desigualdades mundiais. A conjuntura histórica de poder no período pós-colonial continua sendo marcada pela dependência, subdesenvolvimento e

¹⁰⁴ Insta indicar que não nos ateremos às questões divergentes acerca do tema, mas indicamos, para aprofundamento desse ponto, a seguinte obra: HALL, Stuart. *Da Diáspora: Identidade e Mediações Culturais*. Trad. Adelaine La Guardia Resende. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003, principalmente na página 52 e seguintes.

¹⁰⁵ HALL, 2003. p. 55.

¹⁰⁶ Tais reconfigurações serão tomadas, principalmente, a partir dos estudos de Stuart Hall na obra em comento.

marginalização tanto quanto no lapso histórico colonial. As lutas, portanto, passam a ser em duas dimensões: no interior das sociedades e entre elas e o sistema global.

Um segundo fator de influência significativa que merece destaque é o fim da guerra fria. Com o declínio da União Soviética e do comunismo, o pós-1989 foi marcado pela tentativa do Ocidente, fomentado principalmente pelos Estados Unidos, de arrastar os grupos sociais resultantes da desintegração para “o mercado”, uma entidade misteriosa que “[...] é propelida para dentro de culturas e constituições políticas antigas e complexas como se fosse um princípio abstrato e desnudo, sem considerar o envolvimento cultural, político, social e institucional [...]”.¹⁰⁷

Em reação, os traços dos antigos nacionalismos étnicos e religiosos ressurgiram sob a forma multicultural, buscando na idéia de “nação” a propulsão para a modernização e conquista de lugar no novo sistema mundial.

Uma terceira mudança que levou à reformulação e alargamento do multiculturalismo é o que se convencionou chamar de “globalização”¹⁰⁸. Hall discute que o sistema ao mesmo tempo é global e não o é. No primeiro sentido, porque sua esfera de operações é planetária, interdependentes e desestabilizadas a quase todos os locais. Mas não é global porque se afeta a todos igualmente, “continua sendo um

¹⁰⁷ HALL. 2003. p. 57.

¹⁰⁸ Acerca do que Stuart Hall entende como sendo características identificadoras do que ele chama de globalização, importa destacar de seu texto (HALL, 2003. p.58) a seguinte passagem: “ A globalização contemporânea está associada ao surgimento de novos mercados financeiros desregulamentados, ao capital global e ao fluxo de moeda grandes o suficiente para desestabilizar as economias médias, às formas transnacionais de produção e consumo, ao crescimento exponencial de novas indústrias culturais impulsionado pelas tecnologias de informação, bem como ao aparecimento da “economia do conhecimento”. Característica dessa fase é a compreensão do espaço e tempo [...], que tenta – embora de forma incompleta – combinar tempos, espaços, histórias e mercados no centro de um cronoponto espaço-temporal “global” homogêneo. É marcado ainda pelo desarraigamento irregular das relações sociais e por processos de destradicionalização (Giddens, 1999) que não se restringem às sociedades da periferia, as sociedades ocidentais não podem mais evitar esses efeitos.” Segundo Boff e Arruda na obra “Globalização: desafios socioeconômicos, éticos e educativos. Petrópolis: Vozes, 2001: “[...] o desenvolvimento do capitalismo moldou o modo ocidental de ser e estar no mundo, e deu forma à nova ordem global. No início da década de 1970, inicia-se uma escalada de crises regionais, seguida da desestruturação econômica e aprofundamento das desigualdades na distribuição de renda. No curso das décadas de 1980 e 1990, as forças sociais dominantes passaram ao largo do enfrentamento das crises e se concentram na unificação do capitalismo em nível global, sob a égide do pensamento neoliberal”. Este processo de explosão do capitalismo global foi, sobretudo, impulsionado pelo desenvolvimento científico. Em termos mais amplos, a ciência teve papel preponderante na formação da sociedade moderna, no entanto, dela também se constitui um produto. Sobre esta ótica consulte-se MONTIEL, p. 40-41: “Como já foi mencionado, a globalização não somente teve efeito alienante e conseqüências de diminuição da identidade, tal como a fragmentação e a homogeneização de identidades locais. Ela também conduziu para a reafirmação de identidades tradicionais e para a emergência de movimentos contra-hegemônicos, de novas identidades transculturais, as quais, em vez de alienantes são experimentadas como um meio para alcançar a autodeterminação e a liberdade. Estas novas formas de identidades globalizadas freqüentemente utilizam as novas tecnologias da informação pelas possibilidades que oferecem para transmitir suas reivindicações.”

sistema de desigualdades e instabilidades cada vez mais profundas sobre o que nenhuma potência [...] possui o controle absoluto”¹⁰⁹.

Embora, no campo cultural, busque como resultado a homogeneização, a globalização não consegue controlar tudo a que tem acesso, de modo a resultar em efeitos diferenciadores, como formações subalternas e tendências emergentes que resistem à *con-formação*. Eis aí a ampliação do campo de atuação e debate do multiculturalismo.

Tendo indicado, a partir dos escritos de Stuart Hall, como o multiculturalismo tornou-se processo e estratégia política adequado para discutir as questões a que a presente pesquisa pretende tratar, necessário faz-se situá-lo a partir das vertentes teóricas de onde se pretende discutir. Tal referencial será tomado a partir do pensamento de Charles Taylor e Boaventura de Sousa Santos.

2.1.1 O multiculturalismo no viés filosófico de Charles Taylor

A discussão acerca do multiculturalismo será tomada, em seu viés filosófico, a partir da perspectiva do reconhecimento de Charles Taylor. O autor parte do contraponto surgido na modernidade entre a idéia de honra e a de dignidade. A superação da primeira pela segunda, que hoje possui um sentido universalista e igualitário, expandiu-se e mostrou-se adequada à democracia. Nessa linha de idéias, salientam-se as palavras de Taylor, para quem:

[...] falarmos em ‘dignidade dos seres humanos’ ou dignidade de cidadão”, que “baseia-se na premissa que é comum a todas as pessoas”. E naturalmente esse conceito de dignidade é o único que é compatível com a sociedade democrática, sendo inevitável que ele pusesse de lado o velho conceito de honra. [...] A democracia, enfim, introduziu a política do reconhecimento igualitário, que tem assumido várias formas ao longo dos anos, e que regressou agora sob a forma de exigências de um estatuto igual para as diversas culturas e para os sexos.¹¹⁰

¹⁰⁹ HALL, 2003. p. 59.

¹¹⁰ TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento. In: TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**. Trad. Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. p.48

Já no que se refere ao desenvolvimento da noção moderna de identidade, Taylor toma-a enquanto ideal da “autenticidade” e argumenta que

[...] a importância do reconhecimento foi se modificando e aumentando com a nova compreensão da identidade individual que surgiu no final do século XVIII. Podemos falar de uma identidade ‘*individualizada*’, ou seja, aquela que é especificamente minha, aquela que eu descubro em mim. Esta noção surge juntamente com um ideal: o ser verdadeiro para comigo mesmo e para com a minha maneira própria de ser. [...] designarei esse ideal de ideal da autenticidade.¹¹¹

Taylor retoma Rosseau, apontando-o como filósofo que mais contribui para desenvolver a noção de autenticidade, pois frequentemente trata a moralidade como “[...] uma voz da natureza dentro de nós e por nós seguida. [...] A nossa salvação moral está na recuperação do contato moral autêntico conosco mesmos. Rousseau até dá nome a esse tipo de contato íntimo [...]: “le sentiment de l’existence”¹¹². Mas além dessa ideia de identidade como autenticidade, a ser descoberta no interior de cada indivíduo, ela também é descoberta na relação com os outros, como se aufere dos apontamentos de Taylor:

Assim, a descoberta da minha identidade não significa que eu me dedique a ela sozinho, mas, sim, que eu a negocieie, em parte abertamente, em parte, interiormente, com os outros. É por isso que o desenvolvimento de um ideal de identidade gerada interiormente atribui uma nova importância ao reconhecimento. A minha própria identidade depende, decisivamente, das minhas relações dialógicas com os outros.¹¹³

Hodiernamente, a importância do reconhecimento é universalmente admitida e, tanto no plano íntimo como no plano social, é influenciada pela autenticidade. No plano íntimo, a identidade pode ser formada ou deformada nas relação com os outros - importantes, já no plano social, a noção de que a identidade se forma através do diálogo, tem levado a uma política permanente de reconhecimento igualitário. Acerca dessa política, diz Taylor:

O reconhecimento igualitário não é apenas a situação adequada para a sociedade democrática saudável. A sua recusa pode prejudicar as pessoas visadas, segundo uma perspectiva moderna generalizada,

¹¹¹ TAYLOR, 1994, p.48

¹¹² TAYLOR, 1994, p.49-50

¹¹³ TAYLOR, 1994, p. 54

como eu já referi no início. A projeção de uma imagem do outro como ser inferior e desprezível pode, realmente, ter um efeito de distorção e de opressão, ao ponto de essa imagem ser interiorizada. **Não só o feminismo, mas as relações raciais e as discussões sobre o multiculturalismo se fundamentam na premissa de que a recusa de reconhecimento pode ser uma forma de opressão.**¹¹⁴ (destaque apostro)

E é desta forma que o discurso do reconhecimento chega até o presente contexto em dois níveis: primeiro, na esfera íntima, onde a formação da identidade e do ser é entendida como fazendo parte de um diálogo e luta permanentes com os outros importantes; e, na esfera pública, onde a política de reconhecimento igualitário passou a desempenhar um papel cada vez maior. Mas em que consiste essa política de reconhecimento igualitário?

A política de reconhecimento igualitário assumiu dois significados: o nascimento de uma política do universalismo, ou de igual dignidade, e de uma política da diferença. No primeiro sentido, o reconhecimento igualitário surgiu da mudança da honra para a dignidade, e dá ênfase à dignidade igual para todos os cidadãos, a ser aceita universalmente. A ideia do respeito como direito natural de cada ser humano afirma-se no valor de cada pessoa, independente do lugar que ocupa nas hierarquias sociais. Tal valor individual está ontologicamente relacionado com a existência.

Acerca do reconhecimento igualitário¹¹⁵ enquanto política da diferença, Taylor admite-lhe, de igual forma, uma base universalista, mas entende que o reconhecimento assume postura diferenciada quando analisado por este prisma, conforme se abstrai das seguintes ponderações:

Em relação à política de igual dignidade, aquilo que se estabelece visa a igualdade universal, um cabaz idêntico de direitos e imunidades;

¹¹⁴ TAYLOR, 1994, p. 56-57. No mesmo sentido de Taylor, vale indicar o posicionamento de Axel Honneth (HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed.34, 2003), para quem é o reconhecimento intersubjetivo que garantem ao indivíduo a plena realização de suas capacidades e a integridade consigo próprio. Entende ele que os sujeitos só terão êxito na formação de uma auto-relação positiva se entenderem-se reconhecidos pelos demais, logo, os indivíduos são forjados em suas interações. Por fim, apontando a tríade de debate que envolve a noção de reconhecimento, temos a construção teórica de Nancy Fraser que propõe um modelo de reconhecimento calcado na idéia weberiana de *status*, para ela o que requer reconhecimento não é a identidade específica do grupo, mas o *status* de seus membros individuais como parceiros por completo da interação social.

¹¹⁵ Na mesma linha de debate de Taylor, vale destacar a **teoria do reconhecimento** do já citado Axel Honneth que a resume como “[...] as lutas moralmente motivadas de grupos sociais, sua tentativa coletiva de estabelecer institucional e culturalmente formas ampliadas de reconhecimento recíproco, aquilo por meio do qual vem a se realizar a transformação normativamente gerida das sociedades” (HONNETH, 2003, p. 156).

quanto à política da diferença, exige-se o reconhecimento da identidade única deste ou daquele indivíduo ou grupo, do carácter singular de cada um. Quer isto dizer, por outras palavras, que é precisamente esta singularidade que tem sido ignorada, disfarçada, assimilada a uma identidade dominante ou de maioria. E é esta assimilação que constitui o pecado cardeal contra o ideal da autenticidade.¹¹⁶

O que está por trás da exigência de reconhecimento é o princípio de igualdade universal, que coincide com a política de dignidade. No entanto, há dificuldade para que a exigência de igualdade seja assimilada pela política de dignidade, pois significaria reconhecer a importância de algo que não é universalmente comum. Mas, como só é reconhecido aquilo que existe universalmente, na visão de Taylor, a exigência universal estimula um reconhecimento da especificidade.¹¹⁷

Em termos simplificados, enquanto a política de dignidade universal luta por formas de não-discriminação que ignoram consideravelmente as diferenças dos cidadãos, a política de diferença redefine a não-discriminação como uma exigência que leva a fazer dessas distinções a base do tratamento diferencial.

Tal compreensão conduz a tentativas no sentido de se chegar a um meio-termo, que pretende demonstrar como é que algumas das medidas destinadas a melhorar a situação das minorias podem, ao fim e ao cabo, ser justificadas originalmente com base na dignidade. Tratam-se de argumentos que podem vingar até certo ponto.

A título de exemplo, alguns dos casos, aparentemente, mais notórios de “ignorância da diferença” são as ações afirmativas¹¹⁸, também conhecidas como medidas de discriminação positiva, que possibilitam às pessoas oriundas de grupos antes desfavorecidos uma vantagem competitiva nos mais diversos níveis, como vagas de emprego, em universidades, para cargos políticos, ou mesmo proteção diferenciada dispensada pelo sistema normativo, como o caso de normas penais, objeto da presente pesquisa.

Tais práticas justificam-se pelo fato de a discriminação histórica ter criado um padrão, no seio do qual os desfavorecidos estão em desvantagem para lutar. As ações que buscam afirmar estes que se encontram em desvantagem são defendidas como uma medida temporária que irá nivelar o campo de disputa social e

¹¹⁶ TAYLOR, 1994, p.58-9

¹¹⁷ TAYLOR, 1994, p. 59

¹¹⁸ A serem tratadas mais adiante, ainda neste capítulo da pesquisa.

permitir a igualdade material entre os indivíduos. No entanto, conforme observa Taylor, não se justificam as medidas preconizadas com base na consideração da diferença que objetivam criar, manter e consolidar esse espaço de diferença¹¹⁹.

A política de igual dignidade baseia-se na ideia de que todas as pessoas são igualmente dignas de respeito. Em outros termos, ainda que no campo metafísico a compreensão de tal dignidade está ancorada na noção nobre daquilo que leva os seres humanos a sentirem respeito. Neste diapasão, vale sublinhar o pensamento de Taylor, que destaca *in verbis*:

Assim, o que de importante se consegue distinguir aqui é um 'potencial humano universal', uma capacidade comum a todos os seres humanos. Este potencial, mais do que qualquer outra coisa que se tenha entendido sobre o assunto é que garante a cada pessoa o facto de merecer respeito.¹²⁰

A política de diferença, por seu turno, baseia-se na capacidade de formar e definir a identidade de cada pessoa, quer como indivíduo, quer como uma cultura. Esta potencialidade deve ser igualmente respeitada por todas as pessoas. Resulta daí que, no contexto intercultural da atualidade, impõe-se a exigência de reconhecimento igual, estendida para além da capacidade de admitir o valor potencialmente igual de todo o ser humano, para incluir-se aí o valor igual daquilo que pensam, de fato, sobre esse potencial.

Fica evidente o conflito entre a política da diferença e a política da igual dignidade, uma vez que se deve exigir que as pessoas sejam tratadas de uma maneira igualitária, ignorando-se as diferenças. No entanto, há também que se reconhecer, e até mesmo encorajar, a particularidade. Nesse embate, enquanto a política de promoção à diferença é acusada de, no processo, violar o princípio da não-discriminação, a busca de igualação universal dos indivíduos peca por negar a identidade, forçando as pessoas a se ajustarem a um molde que não lhes é verdadeiro. Neste sentido, as minorias ou as culturas subjugadas são forçadas a alienarem-se. Como resultado, a suposta sociedade justa e ignorante das diferenças é, não só inumana, porque subjuga identidades, mas também, ainda que de maneira sutil e inconsciente, extremamente discriminatória.

Para compreensão da política de igual dignidade, Taylor retoma dois modelos que influenciaram a civilização ocidental, associados a dois nomes de referência, por

¹¹⁹ TAYLOR, 1994, p. 60.

¹²⁰ TAYLOR, 1994, p.62.

serem os mais antigos expoentes de tais modelos: Rosseau e Kant.

Pode-se dizer, com Taylor, que a concepção moderna da dignidade da pessoa foi definitivamente sistematizada por Kant, e culminou na sua reflexão de que nunca o ser humano pode ser considerado um meio, mas sempre e imprescindivelmente um fim. Tal posição coloca a noção de dignidade no centro da concepção moderna de identidade e conduz a ética da autenticidade, segundo a qual, só a vida autêntica é uma vida digna e, portanto, respeitar, favorecer e cultivar as diferenças próprias de cada ser humano implica, em última análise, respeitar a dignidade inalienável de cada um.¹²¹

Nesta perspectiva, a política do igual reconhecimento que se realiza na exigência de respeito universal pela dignidade de cada ser humano somente encontra sua plenitude quando possibilita o reconhecimento do que é próprio da identidade de cada um. Em termos mais apurados, a afirmação da igual dignidade universal exige o reconhecimento e promoção da diferença.

Reconhecer o outro, na sua unicidade e diversidade, não implica, portanto, em escolha, cortesia ou ato de piedade, mas é exigência inafastável relacionada à condição de humanos, tanto do reconhecedor como do reconhecido¹²². Tal posicionamento, quando aplicado ao campo da prática social, das culturas e das minorias, acarreta consequências importantes a serem perquiridas no capítulo seguinte da pesquisa.

No que se refere a Rousseau, Taylor o considera um dos pais do discurso do reconhecimento. Analisa o autor que, geralmente, o contratualista faz contraposição entre uma situação de liberdade em igualdade e uma situação caracterizada pela hierarquia e pela dependência dos outros, não só porque estes detêm o poder político, ou porque são necessários à sobrevivência ou ao êxito dos projetos acalentados pelo indivíduo, mas, acima de tudo, porque este anseia pela estima dos outros.

Destaca o filósofo canadense que, para Rousseau, a estima possui papel específico. Exemplifica isso a partir dos jogos gregos, nos quais a glória e o

¹²¹ TAYLOR, 1994, p. 28 e seguintes. Consulte-se acerca desse ponto o comentário de José Alcebíades de Oliveira Junior, no artigo intitulado “Multiculturalismo: ‘O olho do Furacão’ no direito pós-moderno”. Na revista **Direitos Culturais** - Revista do Programa de Pós-graduação em Direito, Campus Santo Ângelo. Santo Ângelo: EDIURI, dez. 2006, p. 167, onde lê-se a seguinte citação: “Na análise do modelo Kant, a idéia de dignidade baseia-se na autonomia, isto é, na possibilidade de autodeterminação dos indivíduos. O que passa a ser fundamental à dignidade de uma pessoa, mais do que a sua possibilidade de viver de acordo com certos objetivos, é a possibilidade de ela própria determinar o seu “may of life”. A isso acompanha o reconhecimento ao indivíduo da possibilidade de definir os seus próprios objetivos dentro de uma comunidade [...]”.

¹²² TAYLOR, 1994, p. 26.

reconhecimento público eram muito importantes. Mas de onde viria tal importância se a honra, em sua acepção moderna, revela-se como uma força negativa? A resposta estaria na igualdade, entendida como reciprocidade equilibrada. Ou seja, naquele contexto republicano as pessoas dependiam umas das outras, de igual forma, de modo que a característica-chave de tais eventos era a total ausência de diferenciação ou distinção entre as diferentes classes de cidadãos. Tal argumento rousseauiano estaria firmado, segundo Taylor, na compreensão de que

[...] uma reciprocidade perfeitamente equilibrada remove o espinho da nossa dependência da opinião dos outros e torna-a compatível com a liberdade. [...] Continuo a ‘obedecer-me’ como um membro deste projeto comum ou ‘vontade geral’, nesse contexto. Assim, dar a importância à estima é compatível com a liberdade e com a unidade social, porque a sociedade é um espaço uno, onde todos os virtuosos serão incentivados de igual modo e pelas mesmas razões (certas). Em contraposição, num sistema de honra hierárquica, estamos em competição uns com os outros: a glória de uns tem de ser o opróbrio de outros, ou, pelo menos, tem de implicar a sua insignificância.¹²³

Desta forma, para o filósofo do multiculturalismo, Rosseau origina um novo discurso acerca da honra e da dignidade. À honra e ao orgulho ele acrescenta uma terceira forma de pensar, completamente diferente, caracterizada pela igualdade, reciprocidade e unidade de propósito. São seus termos:

[...] a solução não consiste em rejeitar a importância da estima, mas sim, em participar de um sistema completamente diferente, caracterizado pela igualdade, reciprocidade e unidade de propósito. É sob a égide da vontade geral que todos os cidadãos virtuosos serão honrados de forma igual. Assim nasce a era da dignidade.¹²⁴

Resgatando a compreensão da unidade que Rousseau estabelece entre liberdade, ausência de papéis diferenciados e um objetivo comum muito coeso, Taylor conclui que todos devem depender da vontade geral para que não surjam formas bilaterais de dependência, logo, a solução apresentada por Rosseau é imperfeita, uma vez que a igualdade de estima e coesão e unidade de objetivos não permitiriam qualquer

¹²³ TAYLOR, 1994, p.68-69.

¹²⁴ TAYLOR, 1994, p.70. Neste sentido Honneth aponta, dentre os seus três princípios integradores (as ligações emotivas fortes, a adjudicação de direitos e a orientação por valores) as relações de direito, embasadas em princípios morais universalistas, como garantidoras de que os sujeitos reconheçam-se reciprocamente como seres humanos dotados de igualdade, gerando o auto-respeito. Nos termos do autor, é a “[...] consciência de poder se respeitar a si próprio, porque ele merece o respeito de todos os outros” (HONNETH, 2003, p. 195).

tipo de diferenciação¹²⁵ e seria uma perspectiva massificante.¹²⁶

Por fim, as duas mudanças centrais no estudo de Taylor, a substituição da noção de honra pela noção de dignidade com um sentido universalista e igualitário, e a substituição da dignidade numa compreensão universalista por uma noção individualizada que incorpora a idéia de autenticidade¹²⁷, direcionam a um ir além da tolerância cultural em direção ao reconhecimento do valor igual. Para ele, a questão está em

[...] saber se a sobrevivência cultural seria admitida como objetivo legítimo ou não, se os objetivos coletivos serão aceitos como considerações legítimas para a revisão jurídica, ou para outros fins de política social de alcance geral. A exigência que se fazia era no sentido de as culturas verem consagrada a oportunidade de se defenderem. Mas, a outra exigência que estamos agora considerando é a de que todos reconheçam o valor igual das diferentes culturas: que deixemos, não só sobreviver, mas também admitamos o seu mérito.¹²⁸

A novidade está, portanto, na exigência de reconhecimento, e o que tem contribuído para a explicitação dessa formulação é a idéia de que ele é essencial para a formação dos indivíduos porque forja a identidade. A lógica que está por detrás desta exigência se encontra na compreensão de que é devido igual respeito a todas as culturas¹²⁹. Esta ordenação é uma hipótese que serve como ponto de partida, não só para a abordagem do estudo de valores universais, mas também culturas específicas e, mais que isso, de qualquer grupo diverso e carente de reconhecimento. Taylor é enfático ao afirmar que

[...] as exigências do multiculturalismo se baseiam em princípios já estabelecidos de igual respeito. Se a não formulação do pressuposto é idêntica a uma negação de igualdade, e se da inexistência de reconhecimento advêm conseqüências importantes para a identidade das pessoas, então pode-se dizer que existem motivos de peso para persistir na universalização do pressuposto como uma extensão lógica da política de dignidade. Da mesma maneira que todos devem possuir os mesmos direitos civis e de voto, independentemente de raça ou cultura, assim devem todos usufruir do pressuposto de que as respectivas culturas tradicionais têm valor.¹³⁰

¹²⁵ TAYLOR, 1994, p.71.

¹²⁶ OLIVEIRA JUNIOR, 2006, p. 167.

¹²⁷ OLIVEIRA JUNIOR, 2006, p. 166.

¹²⁸ TAYLOR, 1994, p.84.

¹²⁹ TAYLOR, 1994, p.86.

¹³⁰ TAYLOR, 1994, p.88-89

Portanto, o que se conclui a partir de Taylor é que existe um pressuposto de igual valor em relação ao outro¹³¹, que implica numa política de igual dignidade, que propicia igual cidadania a todos, mas também, complementando esta numa política da diferença. Ambas são ferramentas da luta pelo reconhecimento que a identidade moderna requer.

Decorre do debate fomentado por Taylor, no que tange à presente pesquisa, que, se por um lado, a completude da identidade dos indivíduos no momento presente exige um reconhecimento de uma igualdade formal por parte do sistema normativo, também é verdade que exige a implementação de medidas aptas a reconhecer as especificidades de cada um em cada circunstância, de modo a propiciar uma igualdade em sentido material. Neste vértice, as ações afirmativas nada mais seriam do que ferramentas aptas a fomentar a política da diferença na promoção de grupos desfavorecidos pela leitura míope da política da igual dignidade.

2.1.2 O multiculturalismo como possibilidade de emancipação a partir da visão sociológica de Boaventura de Sousa Santos

Quando a análise situa-se na prática social, a idéia de multiculturalismo desenvolvida por Taylor joga com as tensões entre diferença e redistribuição que propicia a efetivação da igualdade. No contexto social, multiculturalismo implica em luta de movimentos e iniciativas emancipatórias que objetivam a desconstrução de conceitos redutores, de cunho eurocêntrico, e a proposição de concepções alternativas dos termos fundamentais dos discursos (direitos, cidadania, cultura, justiça), ampliando o reconhecimento da diferença e da igualdade.

É justamente neste viés que se encontra o estudo do sociólogo Boaventura de Sousa Santos, que busca analisar as condições em que o multiculturalismo tem sido posto à prova enquanto concepção de justiça, de direitos e de cidadania diferenciada, enfim, enquanto possibilidade de emancipação.

A priori, é preciso resguardar que, se é certo que a cultura tornou-se no mundo contemporâneo um conceito central e estratégico para a definição de identidade e de

¹³¹ TAYLOR, 1994, p.93.

alteridades e para a afirmação da diferença e exigência de reconhecimento, também é correto que se fez campo profícuo a lutas e controvérsias¹³², tal como ocorre com o conceito de multiculturalismo. Na leitura de Santos, pode ele, em meio às tensões a que é submetido, assumir duas posturas: pode ser tomado como descrição ou como projeto.

Enquanto descrição, o multiculturalismo volta-se à multiplicidade de culturas existentes no mundo, ou mesmo dentro de um mesmo Estado-nação, ou ainda, que situado dentro de um Estado-nação influenciam e deixam-se influenciar por culturas diversas. De qualquer forma, neste viés de análise, o multiculturalismo é instrumento apenas descritivo de realidades, mas nela não atua e nada propõe.

Já o multiculturalismo, enquanto projeto, foco da presente pesquisa, apresenta-se como proposta política de reconhecimento das diferenças e, deixando de lado a diversidade de críticas que tem suscitado, é usado para designar as diferenças culturais em um contexto transnacional e global e proposta apta a assumir um conteúdo e uma direção emancipatórios, baseado, além de no reconhecimento, no direito à diferença, à coexistência e à construção de uma vida em comum.

Enquanto projeto emancipatório, obrigatoriamente, o multiculturalismo deve partir do debate acerca da globalização, mais especificamente, do receituário capitalista e da concepção de direitos humanos e de cidadania que estão em seu bojo. Portanto, o campo de debate, tal como proposto por Santos, posiciona-se nas relações estabelecidas entre o multiculturalismo e as dinâmicas econômicas e políticas da globalização. Importante registrar seus termos *in verbis*:

A explicitação dessa relação passa pelo debate sobre a concepção de direitos humanos, sobre a sua eurocentricidade e sobre a possibilidade de esses direitos poderem ser concebidos em termos multiculturais, sobre novas concepções de cidadania cosmopolita baseada no reconhecimento da diferença e na criação de políticas sociais voltadas para a redução das desigualdades, a redistribuição de recursos e a inclusão. Essa nova cidadania requer a invenção de processos dialógicos e diatópicos de construção de novos modos de intervenção política.¹³³

¹³² Para aprofundamento das controvérsias acerca da concepção de cultura consulte-se: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, principalmente nas p. 26-27.

¹³³ SANTOS, 2003, p. 34. A compreensão da hermenêutica diatópica deve partir da constatação de Santos de que, diferente de Taylor que buscando fundamento em Kant, os direitos humanos não possuem uma matriz universal, tal como pretende o imperialismo cultural fomentado pela globalização hegemônica, que pretende que os valores ocidentais se disfarcem de universais. O autor propõe uma nova universalidade, construída de baixo para cima, a que chama de **cosmopolitismo**. Argumenta que “[...] enquanto forem concebidos como direitos humanos universais, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado e, portanto, como uma forma de globalização hegemônica. Para poderem

Partindo da compreensão de que a globalização implica uma série de fenômenos (econômico, institucional, político, social e cultural) e tem levado a uma reestruturação do capitalismo, a análise desta reestruturação permitirá uma avaliação do impacto da globalização sobre a sociedade e sobre as culturas. Já a princípio, pode-se dizer que o capitalismo, em sua fase atual, apresenta como característica “[...] a ampliação em escala global de formas de acumulação flexíveis e de mercadorização generealizada, com tendência à homogeneização da cultura a partir do centro norte-americano”¹³⁴.

Em outros termos, o fenômeno da globalização tem fomentado conseqüências que afetam diretamente a estrutura e a funcionalidade da compreensão de cultura, reduzindo as alternativas à possibilidade da homogeneização do mercado ou ao descarte. Neste contexto, expressa Santos, a cultura assume força política ao contrapor-se a lógica capitalista que busca usá-la como instrumento de dominação e exploração. Passa ela a ser campo profícuo ao debate do que lhe pertence, mas também da economia e da política. Nesta nova perspectiva, o multiculturalismo apresenta-se como a possibilidade de um pensamento emancipatório em face da globalização hegemônica capitalista.

Decorre deste ponto de vista que a emancipação almejada é entendida como respeito, não puramente ao que é próprio da cultura, mas a todas as desigualdades produzidas pelo sistema. São os próprios processos característicos das dinâmicas diferenciadas e desiguais do capitalismo que geram as contradições e lutas de diferentes tipos. Acerca da luta nos diferentes campos, argumenta Santos:

As lutas das mulheres, dos ambientalistas, dos movimentos anti-racistas, ou pelo reconhecimento de identidades étnicas estão aí para nos recordar que tanto a dominação quanto a resistência se fazem ao longo de diversos eixos, e que estes não estão subordinados, de maneira definitiva, a uma “contradição principal”. Em diferentes situações irão emergir lutas diversas e atores coletivos distintos, joga-se aqui [...] um processo de equivalência entre dinâmicas, lutas e

operar como forma de cosmopolitismo, como globalização contra-hegemônica, os direitos humanos têm de ser reconceitualizados como multiculturais” (SANTOS, 2003, p. 438). O método da hermenêutica diatópica (SANTOS, 2003, p. 443 e seguintes), traça um caminho para superar as dificuldades que surgem do diálogo intercultural, propondo que os discursos culturais (dia-logoi) sejam recolocados em suas respectivas realidades (dia-topoi), de maneira a se tornarem mutuamente inteligíveis. Se cada universo de sentido possui seu próprio *topos*, entendido como “lugares comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura”(SANTOS, 2003, p. 443), é sobre eles que deve recair o diálogo intercultural. Nessa tarefa, de diálogo e mútua compreensão, Santos propõe o método da hermenêutica diatópica como instrumento de acesso aos pontos comuns que possibilitem as aproximações.

¹³⁴SANTOS, 2003, p. 34.

composições de sujeitos, diferentes, a partir das quais se torna possível a articulação de novas configurações contra-hegemônicas.¹³⁵

Cada contexto produz suas configurações históricas próprias de práticas políticas de luta e de resistência, enfim, sua cultura. É preciso, portanto, uma redefinição da política na forma de uma política cultural, entendida como o processo resultante do conflito de conjuntos de atores sociais com diferentes significados e práticas culturais¹³⁶, principalmente, porque as diferenças implicam em formas de poder social que estabelecem definições e significações (como central e periférico, tradicional e moderno...) e a redefinição, enquanto política, implica em reconhecimento dessas diversidades e possibilita a emergência de novos espaços. São os termos de Santos, *in verbis*:

Nesta perspectiva, e por extensão, são concebíveis formas de “**política multicultural**”. Elas abrangem o conjunto das iniciativas e formas de mobilização e de luta que ocupam o espaço “entre a resistência e a mobilização” [...]. É identificável, aqui, [...] com a idéia de uma subpolítica global e **contra-hegemônica** [...].¹³⁷ (grifo nosso)

No entanto, a possibilidade dessa política multicultural pressupõe a resposta adequada aos problemas trazidos pelas transformações do capitalismo global¹³⁸, sobretudo no que tange às múltiplas formas de dominação e opressão e, conseqüentemente, às múltiplas formas de resistência e lutas e a diversidade de atores nelas implicados, cada um com meios e discursos próprios. Deve, ainda, ter a capacidade de propiciar alianças entre estes atores, pois, embora as lutas sejam locais, a política multicultural deve propiciar ferramentas adequadas às alianças translocais e globais.

¹³⁵ SANTOS, 2003, p. 35-36.

¹³⁶ SANTOS, 2003, p. 39.

¹³⁷ SANTOS, 2003, p. 39-4.0

¹³⁸ Sobre o tema sugere-se a leitura da obra: FARIA. José Eduardo: Direito e Conjuntura. São Paulo: Saraiva, 2008, de onde se abstrai, numa leitura geral da obra que, pode-se apontar, previamente, como conseqüência da globalização, além daquelas já debatidas no decurso da pesquisa, a velocidade e intensidade do desenvolvimento científico e, em contrapartida, o aumento dos riscos, dúvidas e incertezas que tendem a não respeitar fronteiras, classes sociais e gerações futuras, colidindo frontalmente com o conceito de cidadania que está limitada a idéia de nação. Diante disso as instituições jurídicas se vêem forçadas e uma reestruturação para garantir a efetividade da jurisdição. Também são conseqüências, a redução da autonomia dos governos locais; a especialização e auto-regulação dos sistemas e subsistemas, independentes do Direito Estatal; a reorganização da indústria, a fragmentação da produção e impossibilidade das legislações locais regerem os conglomerados transnacionais; e, ainda, o enfraquecimento da idéia de nação.

Neste plano, o instrumento apontado por Santos como possibilidade de articulação entre as diversas circunstâncias e atores e, portanto, como resposta às necessidades acima apontadas, é por ele chamada de teoria da tradução. Tal teoria assume central importância porque

[...] mantém intacta a autonomia das lutas em questão como condição para a tradução, dado que só o que é diferente pode ser traduzido. Tornar mutuamente inteligível significa identificar o que une e é comum a entidades que estão separadas pelas suas diferenças recíprocas. A teoria da tradução permite a identificação de um campo em uma luta indígena, uma luta feminista, uma luta ecológica etc., sem desaparecer em nenhuma delas a autonomia e a diferença que as sustenta.¹³⁹

Santos soma à estratégia da teoria da tradução, a sociologia das ausências, entendida como proposta de “[...] construção de historiografias e de discursos emancipatórios ‘alternativos’ ou ‘subalternos’, a partir da identificação de formas e de narrativas ‘nativas’ de resistência e de oposição à dominação colonial ou do capitalismo global.”¹⁴⁰

A teoria da tradução e a sociologia das ausências são apresentadas, portanto, no que tange à produção de conhecimentos, como recursos essenciais à garantia de que os discursos e práticas emancipatórias não retornem àqueles ditados pelo eurocentrismo e, mais que isso, como possibilidade de identificar as compreensões que fundamentam os discursos conferindo, a noções como cultura e multiculturalismo, conteúdo emancipatório, que “[...] articulam as exigências do reconhecimento e da distribuição, de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza desigualdades”¹⁴¹. Neste sentido, prossegue Santos:

A defesa da diferença cultural, da defesa da identidade coletiva, da autonomia ou da autodeterminação podem, assim, assumir a forma de luta pela igualdade de acesso a direitos e recursos, pelo reconhecimento e exercício efetivo de direitos de cidadania ou pela exigência de justiça.¹⁴²

A partir dessa compreensão surge, no espaço estatal, formas normativas alternativas e novas formas de resolução de conflitos, aptas a integrar e promover o

¹³⁹ SANTOS, 2003, p. 40.

¹⁴⁰ SANTOS, 2003, p. 41.

¹⁴¹ SANTOS, 2003, p. 43.

¹⁴² SANTOS, 2003, p. 43.

acesso à justiça. Nestas alternativas, ganha sentido mais preciso, “[...] a idéia de ‘**cidadania multicultural**’ como espaço privilegiado de luta pela articulação e potencialização mútuas do reconhecimento e da redistribuição.”¹⁴³ (grifo nosso)

Eis aí, no exato apontamento de Santos, o ponto de fundamentação adequado à presente pesquisa. A idéia de “cidadania multicultural” é a expressão do espaço adequado para políticas públicas¹⁴⁴ emancipatórias, numa forma contra-hegemônica de globalização, aptas a promover os indivíduos a uma condição de igual dignidade.

Neste ponto conveniente faz-se uma aproximação do aparato filosófico de Charles Taylor e da compreensão sociológica de Boaventura de Sousa Santos. Para Taylor, o reconhecimento do que é particular no outro é que constrói a identidade, portanto, o reconhecimento do outro assume papel de extrema importância na formação de uma identidade multicultural, de modo que a noção de identidade possui uma natureza dialógica e, porque não dizer, diatópica.

Quando transposto para o campo social, o filósofo vincula identidade e reconhecimento pois, como as particularidades é que formam as diferentes identidades culturais, a estas deve ser assegurado o reconhecimento das diferenças. Neste sentido, reconhece Bielefeldt que “Taylor tem razão, ao lembrar que os seres humanos querem ser reconhecidos, não apenas como tais, mas também em suas características culturais, que lhes conferem identidade individual e social”¹⁴⁵.

Tais apontamentos, associados à proposta de Santos no âmbito das identidades culturais, desconsideradas as incongruências, enriquecem-se reciprocamente e, através do binômio identidade-reconhecimento, associados à hermenêutica diatópica, enquanto projeto multicultural, representam um rasgo teórico apto a construir uma postura de análise e atuação política, servindo como ferramenta contra-hegemônica na construção de um projeto emancipatório.

Assim, neste ponto específico da pesquisa, é possível afirmar que o multiculturalismo é bebedouro donde brota o pensamento de Taylor e Santos como aparatos teóricos compatíveis com uma nova leitura e compreensão da igualdade, não somente em seu sentido formal, mas agora em sentido material, como projeto voltado à

¹⁴³ SANTOS, 2003, p. 43.

¹⁴⁴ Santos aponta, nesse passo de seu debate, que a cidadania multicultural é alcançada nas esferas públicas (locais articuladas com o translocal), ora a partir, ora contrapostas ao Estado. Interessa a pesquisa, primordialmente, as circunstâncias onde as políticas públicas tornam-se espaço adequado à promoção desta forma de cidadania.

¹⁴⁵ BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos. 2000. p. 209.

promoção de igual dignidade, a ser implementado através de ações nos mais diversos setores, inclusive, através da normatização. Uma vez que, com Taylor, para além da política da igual dignidade é necessária uma política da diferença e, com Santos, apenas a exigência do reconhecimento e da redistribuição permite à realização da igualdade de modo que as pessoas têm direito a serem iguais sempre que a diferença as tornar inferiores, mas também têm direito a serem diferentes sempre que a igualdade colocar em risco suas identidades.

2.2 A necessidade da evolução da compreensão de igualdade em sentido formal para igualdade em sentido material

Para tratar da necessidade da igualdade material como superação da concepção contratualista, principalmente rousseauiana, de igualdade puramente formal, no contexto atual, convém breve retomada e análise histórica que situe o debate acerca de como a igualdade formal tornou-se aparato incapaz de garantir emancipação de grupos historicamente discriminados.

Na prática social, o Estado não foi tão neutro quando pregou a visão liberal e fez crer a maior parte da população, formada por assalariados e minorias étnicas e nacionais. Na verdade, as desigualdades que os liberais pregaram como malefício medieval e que sustentou seu discurso na fundamentação da igualdade formal, estavam mais presentes ainda na sociedade resultante da revolução industrial. Tal situação, encoberta pelos discursos, acabou tornando-se comum e invisível, mas não perdeu a capacidade de preconceituar e estigmatizar grupos, mantendo-os afastados das benesses do desenvolvimento econômico, tal como aconteceu nas sociedades escravistas, a exemplo da norte-americana e brasileira. Acerca do tema, importante trazer à colagem a posição de Joaquim Barbosa Gomes:

[...] a sociedade liberal-capitalista ocidental tem como uma de suas idéias-chave a noção de neutralidade estatal, que se expressa de diversas maneiras: neutralidade em matéria econômica, no domínio espiritual e na esfera íntima das pessoas. Na maioria das nações pluriétnicas e pluriconfessionais, o abstencionismo estatal se traduz na crença de que a mera introdução, nos respectivos textos constitucionais, de princípios e regras asseguradoras de uma igualdade formal perante a lei, seria suficiente para garantir a existência de

sociedades harmônicas, onde seria assegurada a todos, independentemente de raça, credo, gênero ou origem nacional, efetiva igualdade de acesso ao que comumente se tem como conducente ao bem-estar individual e coletivo. Esta era, como já dito, a visão liberal derivada das idéias iluministas que conduziram às revoluções políticas do século XVIII.¹⁴⁶

Em resposta a estas circunstâncias, como resultado da luta de classes no interior das sociedades do mundo industrial moderno, surgiu o Estado Social. Sindicatos e partidos operários criaram e desenvolveram instituições políticas aptas a pleitear o comprometimento público na redução das desigualdades sociais com investimentos em saúde, educação, controle do mercado de trabalho e da seguridade social. Eis aí o berço do Estado Democrático Social de Direito¹⁴⁷, o “*welfare state*”.

No campo jurídico, o Estado Social de Direito implicou na consolidação de uma nova matriz constitucional. É verdade que foram positivados direitos sociais, econômicos e culturais, de modo que o cidadão tornou-se credor de um campo muito maior de pretensão jurídica, mas o mais importante foi a inversão de posições do Código de Napoleão, embasado na autonomia da Lei Civil, e a Constituição. Se antes a Carta Magna estava relegada à função de garante da separação dos poderes e estabelecimento de limites aos poderes do Estado no plano sócio-econômico, agora assume sua posição como vértice do ordenamento.

Depois da Segunda Guerra, com a crescente expressão da sociedade de consumo de massas, os valores fundamentais que motivaram as novas constituições ocidentais tornaram-se ainda mais complexos abarcando nos direitos fundamentais uma significativa ampliação da tutela não individual, de modo a compreender, além de direitos, também interesses transindividuais e difusos.

Esta nova forma de atuação Constitucional impôs ao Estado, além de direitos a “prestações positivas”, de natureza preponderantemente econômico-social, direitos fundamentais que implicam em “prestações negativas”, característicos da proteção dada à burguesia liberal na transformação social pelo Direito.¹⁴⁸

¹⁴⁶GOMES, Joaquim Barbosa. O Debate Constitucional sobre as Ações Afirmativas. In: SANTOS, Renato E; LOBATO, Fátima (orgs.). **Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais**. Rio de Janeiro: DP & A, 2003, p. 4.

¹⁴⁷ Seus primórdios podem ser situados na Constituição do México e na Constituição alemã de Weimar de 1917 e 1919 respectivamente. Culminou “*New Deal*” de Franklin D. Roosevelt, no entanto, somente consolidou-se no pós-guerra.

¹⁴⁸ COPETTI SANTOS, André Leonardo. **A Constituição Multicultural**. In: COPETTI SANTOS, & DEL’OLMO, 2009, p. 79.

Em evolução a este novo vértice normativo, visando reconhecer diferenças para efetivar a igualdade, nos anos 80 e seguintes, direitos culturais e previsões diretamente direcionadas à proteção de grupos socialmente vulneráveis, foram positivados em Constituições.

Surge, portanto, uma nova divisão, diferente daquela característica da sociedade industrial, que somente diferenciava burgueses e proletários. As demandas agora são de uma coletividade e se relacionam às novas identidades e exigem um novo referencial, pois os grupos minoritários agora são outros, como, por exemplo, negros, mulheres, homossexuais, idosos, crianças e adolescentes, deficientes físicos, e assim por diante.

Nesta perspectiva, nos sistemas normativos das sociedades ocidentais contemporâneas, as diversas modalidades de ações afirmativas, os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, podem ser incluídas no âmbito dos chamados direitos transindividuais ou metaindividuais. Neste sentido, pondera Copetti Santos:

Partiu-se de um quadro normativo institucional em que apenas pretensões de omissão podiam ser interpostas contra o Estado, para outro, muito mais complexo, no qual se positivou possibilidades de exigências de proibições de omissão às instituições estatais, contemplando-se, assim, a perspectiva de tutela não só de direitos subjetivos de indivíduos atomizados, mas também de direitos e interesses de grupos determinados e parcelas difusas da população, constituindo-se, a partir disso, um âmbito não individual de tutela jurídica.¹⁴⁹

Abriu-se, portanto, conforme se refere o debate de Santos, o espaço adequado à ótica multiculturalista que busca a igualdade em seu sentido formal, enquanto “isonomia”, mas procura sua realização incorporar a máxima segundo a qual “a desigualdade se perpetua quando a lei trata igualmente os desiguais”, de forma que a lei deve atuar na igualação dos indivíduos que compõem a sociedade. Usando-se da força normativa da Constituição devem formar-se políticas públicas que viabilizem a passagem da “igualdade formal” à progressiva “igualdade material”¹⁵⁰.

¹⁴⁹ COPETTI SANTOS, André Leonardo. **A Constituição Multicultural**. In: COPETTI SANTOS, & DEL’OLMO, 2009, p. 80.

¹⁵⁰ Ou, na concepção do filósofo Michael Walzer, na obra “As Esferas da Justiça”, de uma igualdade complexa, entendida como uma perspectiva de justiça distributiva, vinculada a uma teoria dos bens. Na construção de sua teoria entende o sistema distributivo a partir das particularidades da história, da cultura e dos grupos. Conforme aponta COPETTI SANTOS na p. 95 e seguintes, Walzer centra sua proposta em seis proposições que contemplam uma igualdade complexa: 1. Todos os bens que a justiça distributiva considera são bens sociais. Os bens no mundo têm significados compartilhados porque a concepção e a criação são processos sociais. Pela mesma razão, os bens têm distintas significações em distintas sociedades; 2. Os indivíduos assumem identidades concretas pela maneira em que concebem e criam – e

Embora evidente, importa indicar que, diferente da igualdade formal onde os direitos eram simplesmente reconhecidos por um Estado que, na leitura Rousseau, resultava da soma de vontades formalmente iguais, provinda do consentimento de sujeitos isonômicos e, portanto, submetidos em igual medida, a igualdade material é uma construção fomentada por políticas sociais reconhecidas normativamente. Rompendo com o pensamento moderno, a igualdade é ideal filosófico-político a ser, constantemente, construído. Neste sentido, é o posicionamento de Carmen Lúcia Antunes Rocha,

[...] em nenhum Estado Democrático, até a década de 60, e em quase nenhum até esta última década do século XX se cuidou de promover a igualação e vencerem-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares obrigatórios pelos quais se superassem todas as formas de desigualação injusta. Os negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por opção religiosa, por condições econômicas inferiores, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade etc. continuam em estado de desalento jurídico em grande parte do mundo. Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, da liberdade igual para todos, não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida, deixados que são à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política.¹⁵¹

Nesta nova composição, as ações afirmativas representam o mais avançado estágio evolutivo do Estado Democrático Social de Direito na busca da transformação da “igualdade formal” em “igualdade material”.

Mas tão importante quanto a fundamentação teórica desta evolução, é o modo como ela se implementa. A igualdade através da lei parte de um novo campo de normatividade instituído pelas Constituições dirigentes, que tem em sua fundamentação um acordo político entre os agentes sociais, que projetam o futuro visando à justiça social, usando-se dos princípios constitucionais como comandos direcionadores dos poderes estatais.

logo possuem e empregam – os bens sociais; 3. Não existe um só conjunto de bens básicos ou primários concebível para todos os mundos morais e materiais; 4. É a significação dos bens que determina seu movimento. Toda distribuição é justa ou injusta em relação com os significados sociais dos bens de que se trate; 5. Os significados sociais possuem caráter histórico, da mesma forma que as distribuições; e, por fim, 6. Quando os significados são distintos, as distribuições devem ser autônomas. Todo bem social ou conjunto de bens sociais constitui, por assim dizer, uma esfera distributiva dentro da qual somente certos critérios e disposições são apropriados.

¹⁵¹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa** - o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 15, p.85-99, 1996. p. 85.

Assim, o legislativo fica vinculado na produção da legislação infraconstitucional, da mesma forma que o Executivo deve implementar políticas públicas aptas a implementar tal base principiológica, ao passo que o judiciário passa a ter parâmetros normativos para o controle e a ratificação, tornando-se agente, não mero espectador, na transformação e busca do equilíbrio social.

Em últimos termos, a legislação não mais é entendida como bastião de uma realidade estanque e garantidora do *status quo*, mas transforma-se em agente de uma nova estrutura social, aberta, dinâmica e potencializada na condução à igualdade. A postura constituinte é, portanto, de igualação, de ação dirigida, de ação afirmativa diante da realidade social.

2.2.1 As Ações Afirmativas como forma de sua implementação da igualdade material

Em termos gerais iniciais, entende-se por ação afirmativa ou, na terminologia do direito europeu, de “discriminação positiva” ou “ação positiva”, as políticas sociais que têm como fim propulsor a concretização da igualdade material.

Essa nova postura do ideário filosófico-político fomentou o apoio e a promoção de determinados grupos socialmente fragilizados através de políticas sociais. A base para esta promoção foi respaldada pela Declaração Universal sobre Diversidade Cultural¹⁵² e, em última análise no respeito aos Direitos Humanos¹⁵³, aparatos normativos na esfera do Direito Internacional que forjaram as legislações constitucionais e infraconstitucionais, nos diversos ordenamentos jurídicos nacionais.

¹⁵² Conveniente indicar, tal como aponta COPETTI SANTOS na obra COPETTI SANTOS, André Leonardo. **A Constituição Multicultural**. In: HANN, Noli Bernadrdo e GROFF, Paulo Vargas. *Direito Multiculturalismo e Cidadania*. (org). Santo Ângelo: Furi, 2009. p. 80, os documentos que precederam tal formulação na proteção Cultural: O Acordo de Florença de 1950; O Protocolo de Nairobi de 1976; A Convenção Internacional sobre Direitos de Autor de 1952; A Declaração dos Princípios de Cooperação Cultural Internacional de 1966; A Convenção sobre medidas que devem adotar-se para a importação, a exportação e a transferência de propriedades ilícitas de bens culturais de 1970; a Convenção para Proteção de Patrimônio Mundial Cultural e Natural de 1972; a Declaração da Unesco sobre Raça e os Prejuízos Raciais de 1978; a Recomendação sobre a Condição de Artista de 1980; a Recomendação sobre Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular de 1989.

¹⁵³ Sobre o tema, consulte-se, a título de exemplificação, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966); a Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965); a Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979); e o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966).

No que tange a Declaração Universal sobre Diversidade Cultural, resultado na Conferência Geral da Unesco de Paris em 2001, vale um breve apontamento, devido a sua centralidade. É ela, conforme aponta Copetti Santos, “[...] o grande documento da humanidade a fundamentar as Constituições, os textos legais infraconstitucionais e as decisões judiciais do mundo todo que abrigam conteúdos reconhecedores das identidades das mais diversas minorias”¹⁵⁴. Ainda no direcionamento de Copetti Santos, tal aparato normativo encontra-se intrinsecamente relacionado à idéia de direito humanos, pondo, em seu artigo quarto a diversidade cultural como imperativo ético inseparável da dignidade da pessoa humana. Nos termos do autor, “[...] os direitos culturais são parte integrante dos direitos humanos, que são universais, indissociáveis e interdependentes”.¹⁵⁵

Neste viés, o indivíduo passa a ser visto sob nova ótica. Agora ele é singular em sua especificidade, tal como apontado por Taylor, como tal, passa a ser alvo para o qual estão direcionadas as novas políticas sociais. Nos termos de Flávia Piovesan

[...] do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades. Daí apontar-se não mais ao indivíduo genérico e abstratamente considerado, mas ao indivíduo “especificado”, considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc.¹⁵⁶

Acerca das circunstâncias históricas, as ações afirmativas surgiram nos Estados Unidos e foram concebidas, inicialmente, como mecanismos direcionados à solução da marginalização social e econômica do afro-descendente naquela sociedade, tendo, posteriormente, sido estendidas às mulheres, aos deficientes físicos e a outras minorias étnicas e nacionais, como os índios.

Acerca do surgimento histórico e significação inicial da expressão, imprescindível apontar os termos de Gomes, que salienta:

A expressão ação afirmativa, utilizada pela primeira vez numa ordem executiva federal norte-americana do mesmo ano de 1965, passou a significar, desde então, a exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, **juridicamente desiguais**, por preconceitos arraigados culturalmente e que

¹⁵⁴ COPETTI SANTOS. In: HANN e GROFF, 2009. p. 80. No mesmo sentido consulte-se MONTIEL. Edgar. A nova Ordem Simbólica: A diversidade cultural na era da globalização. In: SIDEKUN, Antônio (org). **Alteridade e Multiculturalismo**. Ijuí: Editora Unijuí, 2003. p. 17 e seguintes.

¹⁵⁵ COPETTI SANTOS. In: HANN e GROFF, 2009. p.81.

¹⁵⁶ PIOVESAN, Flavia. **Temas de Direitos Humanos**. ed. Max Limonad: São Paulo, 1998, p. 130.

precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais.¹⁵⁷ (grifo nosso)

No que tange à conceituação, conforme já apontado, as ações afirmativas são políticas públicas que se destinam à realização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação, tal como aponta Gomes, para quem:

As ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade.¹⁵⁸

Percebe-se que o Estado assume uma posição de promoção. Ao invés de políticas antidiscriminatórias que visem proibir atitudes e reparar os danos quando praticados, atuando sempre depois da ocorrência do fato, as ações afirmativas agem, formalmente, pela normatização, ou através dos mais diversos mecanismos, difusos e estruturais, que alcancem as práticas culturais e o imaginário coletivo, buscando evitar que a discriminação aconteça. Neste diapasão, vale observar o pensamento Gomes:

Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido - o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.¹⁵⁹

¹⁵⁷ ROCHA, 1996, p. 87. No mesmo sentido, em apertada retomada histórica, Joaquim Barbosa Gomes faz a seguinte ponderação: “Inicialmente, as Ações Afirmativas se definiam como um mero “encorajamento” por parte do Estado a que as pessoas com poder decisório nas áreas pública e privada levassem em consideração, nas suas decisões [...] fatores até então tidos como formalmente irrelevantes pela grande maioria dos responsáveis políticos e empresariais, quais sejam, a raça, a cor, o sexo e a origem nacional das pessoas. Num segundo momento, [...] deu-se início a um processo de alteração conceitual do instituto, que passou a ser associado à idéia, mais ousada, de realização da igualdade de oportunidades [...]. Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. (GOMES, 2003, p. 26-27). Para uma reflexão mais amíúde acerca do viés histórico das ações afirmativas, sugerimos a obra do mesmo autor: GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade**. O Direito como Instrumento de Transformação Social. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

¹⁵⁸ GOMES, Joaquim Barbosa. In: SANTOS, LOBATO (orgs.), 2003, p. 21.

¹⁵⁹ GOMES, Joaquim Barbosa. In: SANTOS, LOBATO (orgs.), 2003, p. 28.

Neste sentido, está direcionado o posicionamento de Flávia Piovesan que entende que as ações afirmativas têm a função de incluir socialmente, “buscando remediar um passado discriminatório, objetivando acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade material por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, as mulheres, os deficientes físicos, dentre outros”¹⁶⁰.

Acerca da relação entre ação afirmativa e igualdade, a ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha classifica-as como a mais avançada tentativa de concretização do princípio jurídico da igualdade, ou, poder-se-ia dizer que trata-se do mais perfeito instrumento político-normativo de realização da igualdade material. Imprescindível, neste ponto, trazer à colagem a precisão com que coaduna os termos quando da conceituação de ação afirmativa:

[...] a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante na sociedade. Por esta **desigualação positiva** promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva **igualação social**, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A **ação afirmativa** é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias.¹⁶¹ (grifo nosso)

No que se refere à postura ativa do Estado, nos seus mais diversos níveis, a ministra do STF entende as ações afirmativas como fomentadoras de uma “mudança

¹⁶⁰ PIOVESAN, 2003, p. 199. Ainda neste sentido, o posicionamento de **Renata Malta Vilas-Bôas**: “Ações afirmativas são medidas temporárias e especiais, tomadas ou determinadas pelo Estado, de forma compulsória ou espontânea, como propósito específico de eliminar as desigualdades que foram acumuladas no decorrer da história da sociedade. Estas medidas têm como principais ‘beneficiários os membros dos grupos que enfrentaram preconceitos’.(VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 29). Igualmente importante o posicionamento de **George Reid Andrews** (Racismo e ação afirmativa no Brasil. In: SOUZA, Jessé (org.) *Multiculturalismo e racismo, uma comparação Brasil-Estados Unidos*. Brasília: Paralelo 15, 1997, p. 138) para quem a ação afirmativa “dignifica mais que o combate a discriminação. A ação afirmativa indica uma intervenção estatal para promover o aumento da presença negra – ou feminina, ou de outras minorias étnicas – na educação no emprego e nas outras esferas da vida pública.[...] o Estado estabelece certas **preferências** para as pessoas negras, mulheres, ou membros de outras minorias étnicas...” (destaque apostro). Também destacável o posicionamento de **Ronald Walters** (Racismo e ação afirmativa no Brasil. In: SOUZA, Jessé (org.) *Multiculturalismo e racismo, uma comparação Brasil-Estados Unidos*. Brasília: Paralelo 15, 1997, p. 131):“ a ação afirmativa é um conceito que indica que, a fim de **compensar** os negros, ou outras minorias em desvantagens e as mulheres pela discriminação sofrida no passado, devem ser distribuídos recursos sociais [...] de forma tal a promover o objetivo social final da igualdade.” (destaque apostro).

¹⁶¹ ROCHA, 1996, p. 85.

comportamental” resultante da conscientização da necessidade de uma “transformação na forma de se conceberem e aplicarem os direitos”. E prossegue ela:

Não bastavam as letras formalizadoras das garantias prometidas; era imprescindível instrumentalizarem-se as promessas garantidas por uma atuação exigível do Estado e da sociedade. Na esteira desse pensamento, pois, é que a ação afirmativa emergiu como a face construtiva e construtora do novo conteúdo a ser buscado no princípio da igualdade jurídica.¹⁶²

Entende Rocha que a abertura do Direito Constitucional, posto como instrumento apto a atender as demandas sociais, em constante possibilidade de mutação e atualização, é incompatível com um conceito de direito de igualdade já determinado, embasado em referenciais históricos desconexos com o contexto atual. As ações afirmativas, acolhidas pela jurisprudência, dão uma nova interpretação à previsão de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desigualam, que estava na essência do princípio da igualdade jurídica.¹⁶³

Segundo essa nova interpretação, a desigualdade que se pretende e se necessita impedir para se realizar a igualdade no Direito não pode ser extraída, ou cogitada, apenas no momento em que se tomam as pessoas postas em dada situação submetida ao Direito, senão que se deve atentar para a igualdade jurídica a partir da consideração de toda a dinâmica histórica da sociedade, para que se focalize e se retrate não apenas um instante da vida social, aprisionada estaticamente e desvinculada da realidade histórica de determinado grupo social. Há que se ampliar o foco da vida política em sua dinâmica, cobrindo espaço histórico que se reflita ainda no presente, provocando agora desigualdades nascentes de preconceitos passados, e não de todo extintos. A discriminação de ontem pode ainda tingir a pele que se vê de cor diversa da que predomina entre os que detêm direitos e poderes hoje.¹⁶⁴

No que se refere aos objetivos das Ações Afirmativas, o argumento mais evidente que justifica sua adoção é a impossibilidade de alçar uma série de objetivos caso tais políticas sociais de enfrentamento à discriminação se restringisse à simples adoção de regras proibitivas de determinados posicionamentos. A proibição de determinadas condutas não é suficiente, necessário faz-se promover a observância dos princípios da diversidade e do pluralismo, de modo a transformar o modo de pensar e

¹⁶² ROCHA, *apud* GOMES, Joaquim Barbosa. In: SANTOS, LOBATO (orgs.), 2003, p. 28.

¹⁶³ ROCHA, *apud* GOMES, Joaquim Barbosa. In: SANTOS, LOBATO (orgs.), 2003, p. 29.

¹⁶⁴ ROCHA, *apud* GOMES, Joaquim Barbosa. In: SANTOS, LOBATO (orgs.), 2003, p. 29.

agir da coletiva, historicamente marcados pela discriminação. Se as políticas afirmativas deixam claro que o Estado reconhece determinadas práticas como discriminatórias e promovem sua eliminação, também propõem a mudança cultural implementando uma nova forma de conduta pródiga no respeito ao pluralismo e à diversidade.

[...] além do ideal de concretização da igualdade de oportunidades, figuraria entre os objetivos almejados com as políticas afirmativas o de induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a idéia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação à outra, do homem em relação à mulher.¹⁶⁵

Presente entre os fins das ações afirmativas também está a supressão da discriminação estrutural, entendida como os efeitos psicológicos, culturais e comportamentais que a história de discriminação modulou e que, se não forem enfrentados, permanecerão fomentando desigualdades sociais.

Por outro lado, as ações afirmativas buscam um maior acesso dos grupos minoritários nas esferas decisórias, espaço que, em regra, lhes é negado, e tem como linha direcionadora a concepção de que a harmonia social somente será alcançada com a diversidade representativa que atenda ao 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 emperram o avanço de negros e mulheres, independentemente da existência ou não de política oficial tendente a subalternizá-los.¹⁶⁶

De outra parte, ainda, não se pode negar o benefício que a implementação do pluralismo fomentado pelas ações afirmativas é extremamente benéfica aos próprios países que, por seus instrumentos políticos e normativos, assumem condição multicultural, pois, em última análise, estão zelando pelo aprimoramento de sua produtividade econômica.

Finalmente, as ações afirmativas atuariam no incentivo à promoção, através de educação e aprimoramento, de jovens provenientes de grupos vitimados pelas mais diversas formas de exclusão jurídico, político, econômico e social, corroborando na

¹⁶⁵ GOMES, Joaquim Barbosa. In: SANTOS, LOBATO (orgs.), 2003. p. 30.

¹⁶⁶ GOMES, Joaquim Barbosa. In: SANTOS, LOBATO (orgs.), 2003, p. 31.

criação das chamadas personalidades emblemáticas, entendidas, nos termos de Gomes, como

[...] mecanismo institucional de criação de exemplos vivos de mobilidade social ascendente. Vale dizer, os representantes de minorias que, por terem alcançado posições de prestígio e poder, serviriam de exemplo às gerações mais jovens, que veriam em suas carreiras e realizações pessoais a sinalização de que não haveria, chegada a sua vez, obstáculos intransponíveis à realização de seus sonhos e à concretização de seus projetos de vida.¹⁶⁷

Nesta mesma linha de posicionamento, importa breve apontamento direcionador do debate acerca das ações afirmativas enquanto instrumento de aplicação do princípio ético da solidariedade. Tal debate produziu o conceito conhecido pela doutrina como solidariedade vertical¹⁶⁸, pois tal solidariedade relaciona-se aos antepassados e projeta-se ao futuro. Neste sentido, compreende-se solidariedade como toda a experiência consciente que resulta em comportamento produtor de unidade, mas também, de diversidade. A solidariedade consiste, exatamente, na reciprocidade para com o adverso, pois reconhece o outro na sua individualidade.

A solidariedade vertical leva a consciência de que, as benesses do presente foram construídas pelos antepassados, mas também, determinados grupos foram vitimados. Neste sentido, as ações afirmativas seriam atos de solidariedade vertical, pois reconhecem os grupos excluídos no passado, como negros e mulheres, para com os quais a sociedade está em débito e deve voltar sua promoção na busca da igualdade, mas esta no sentido material, pois as diversidades devem ser respeitadas, e promovida a integração dos grupos historicamente excluídos.

Portanto, o que se pode ter como claro de concepção tão ampla, é que as ações afirmativas constituem a mais fecunda amostra da moderna idéia de Estado promotor, pois exigem, para implementação, a atuação estatal direta de todos os órgãos, nos mais diversos níveis. Trata-se, em poucos termos, de um mecanismo sócio-jurídico que tem

¹⁶⁷ GOMES, Joaquim Barbosa. In: SANTOS, LOBATO (orgs.), 2003, p. 32.

¹⁶⁸ Importa breve e rasteira distinção entre solidariedade horizontal e solidariedade vertical. A primeira se refere à busca dos indivíduos de soluções para problemas comuns a uma determinada coletividade, como associações e sindicatos, por exemplo. Já a solidariedade vertical está voltada à ação compensadora do Estado no intuito de impedir que as desigualdades, historicamente construídas, se perpetuem. Para aprofundamento do tema, consulte-se debate na Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 10.01.10.

por fim viabilizar a harmonia e a paz social, quando perturbadas pela marginalização de um grupo social expressivo.¹⁶⁹

No que se refere às técnicas de implementação das ações afirmativas, podem ser usados os mais diversos instrumentos normativos que conduzam à dissuasão da discriminação e à promoção de comportamentos públicos e privados voltados à erradicação dos efeitos desta¹⁷⁰.

A Constituição Federal de 1988 foi pródiga na abertura as mais diversas possibilidades de ações afirmativas promotoras de grupos vulneráveis, assumindo assim uma postura protetora das diversas minorias, por vezes, em detrimento das majorias como forma de promoção da igualdade. É neste sentido que se pode dizer que o constitucionalismo brasileiro assumiu uma postura contramajoritária.

2.3 A contramajoritariedade das constituições contemporâneas e a projeção da igualdade multicultural na Constituição brasileira

Numa breve digressão do que fora tratado até aqui, neste segundo capítulo, identificou-se o multiculturalismo como aparato teórico apto a fomentar a exigência de amplificação do alcance da concepção de igualdade, de formal para material, e as ações afirmativas como instrumento de implementação dessa ampliação na realidade fática. Importa, em seguimento, tratar da projeção da perspectiva multicultural de igualdade na realidade brasileira, exigindo a efetividade da Constituição que, para isso, deve assumir uma nova postura, entendida como contramajoritária.

¹⁶⁹ GOMES, Joaquim Barbosa. In: SANTOS, LOBATO (orgs.), 2003, p. 22. Na continuidade desta idéia, o autor trata da importância da conscientização da sociedade e a luta no interior desta entre aqueles a quem interessa a manutenção do *status quo* e aqueles que compreendem que somente o desenvolvimento de todo o grupo social permite a condução de uma nação à condição de potência econômica, tema que, embora não nos importe diretamente, sugerimos a leitura.

¹⁷⁰ Sobre o tema consulte-se: GOMES, 2001, p. 147 e seguintes.

2.3.1 As constituições contemporâneas como remédio contramajoritário

Imprescindível, já no início da exposição sobre o tema, indicar o dilema contramajoritário, expresso no embate entre a vontade geral¹⁷¹ e os instrumentos de controle constitucionais. Nesse ponto, importa adiantar o posicionamento do debatedor acerca de tal problemática, Lenio Luiz Streck. Entende ele que “não há qualquer incompatibilidade entre Constituição e democracia e entre democracia e jurisdição constitucional, que é o meio *stricto sensu* de efetivar a regra contramajoritária.”¹⁷²

A Constituição foi criada com o fim de conter o poder de um soberano absolutista, mas também tem por missão direcionar as vontades das maiorias resultantes da democracia. Nesta última condição, ao utilizar regras como freios, assume uma postura contramajoritária, pois garante a aplicabilidade das regras contramajoritárias.

Percebe-se que a aceitação dessa contradição nas funções da Constituição - surgida para sustentar o Estado democrático, mas com a possibilidade de cercear o exercício da vontade das maiorias, essência do próprio regime democrático – significa o reconhecimento da existência de regras contramajoritárias¹⁷³. Importa à pesquisa, exatamente, a postura constitucional nesta perspectiva, enquanto instrumento de efetivação de regras contramajoritárias, tal como exposto por Streck:

[...] os textos constitucionais – mais do que fundamento de validade (superior) do ordenamento – passam a consubstanciar a própria atividade político-estatal, a partir do estabelecimento dos direitos fundamentais-sociais e dos mecanismos para a sua concretização. [...] Portanto, as possibilidades de efetivação dos direitos previstos nos textos constitucionais passam a depender do processo de compreensão do significado desse novo paradigma jurídico-político. Nesse contexto, as noções de soberania popular, separação de poderes e maiorias parlamentares vão dar lugar à discussão acerca da legitimidade constitucional, instituidora de um constituir da sociedade. Isto é, do modelo de Constituição formal, no interior da qual o direito assumia um papel de ordenação, passa-se a revalorização do Direito, que passa a ter um papel de **transformação da realidade da sociedade**. É para este salto paradigmático que deve estar atento o jurista.¹⁷⁴ (grifo nosso)

¹⁷¹ Retome-se aqui a idéia de Rousseau acerca da Vontade Geral como fundamento do poder do Estado.

¹⁷² STRECK, Lenio Luiz. Direito Constitucional Modulo V: Teoria da Constituição e Jurisdição Constitucional. EMAGIS: 2006. p. 43. disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_prog_cursos/ccp5-lenio.pdf> acesso em 01/12/2009

¹⁷³ STRECK, 2006, p. 44.

¹⁷⁴ STRECK, 2006, p. 44. Streck se afasta do debate entre teorias processuais e teorias materiais da Constituição, mas vincula seu posicionamento a partir da revolução copernicana, teorizada por Jorge

A novidade de tal paradigma está na contestação ao Estado-Liberal, primeiro, porque os textos constitucionais passam a ser dirigentes e impositivos no sentido de exigir a concretização dos direitos fundamentais e sociais; segundo, os tribunais passam a exercer controle, pois além de decidir sobre o procedimento na criação de leis, também ocupam-se em incorporar os valores previstos na Constituição de modo a implementar seu conteúdo material. Eis, justamente aí, a prevalência do constitucional sobre a maioria, que retorna à idéia da Constituição como um remédio contra maiorias.

Nesta perspectiva contramajoritária, Streck entende que o Estado Democrático de Direito requer uma função mais efetiva da jurisdição constitucional, inserida no âmbito das suas relações de poder, de modo a seus valores precederem textos legislativos, ainda que produzidos por maiorias. Forte nesta idéia, a jurisdição constitucional é uma instância de poder contramajoritário, de modo que, princípios e direitos fundamentais por ela garantidos, são condições estruturantes e essenciais à democracia. Ao garantir a democracia, a jurisdição constitucional se torna legítima¹⁷⁵, mas também, na leitura de Streck,

[...] se o Estado Constitucional só existe e se fortalece por intermédio de um processo político dependente do conteúdo formal e material da Constituição, a existência de mecanismos contramajoritários passam a fazer parte da própria concepção de Estado Democrático, uma vez que a Constituição assenta sua condição de possibilidade exatamente nas cláusulas que possam impedir a vontade geral de, a cada dia, rousseauianamente, estabelecer sua nova vontade.¹⁷⁶

Interessante amearhar do apontamento de Streck a oposição entre o constitucionalismo enquanto remédio contramajoritário e a concepção de Estado enquanto resultado da soberania popular teorizada por Rousseau. Percebe-se que este, no bojo de sua construção, põe o povo como único legitimado a criar e mudar, a qualquer tempo, as leis, o que impossibilitaria cláusulas de caráter contramajoritário. Neste sentido, argumenta Streck:

Miranda, que marcou o direito constitucional no segundo pós-guerra e que inaugurou o chamado pós-positivismo que, nos termos de Paulo Bonavides, substituiu o triunfo dos códigos pelo triunfo das Constituições.

¹⁷⁵ STRECK, 2006, p. 45. Na mesma seara, acerca da garantia da democracia como legitimidade da jurisdição constitucional consulte-se BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, principalmente na p. 224.

¹⁷⁶ STRECK, 2006, p. 45.

É razoável afirmar, desse modo, que a força normativa da Constituição – ligada umbilicalmente à concepção material (valores substanciais) que dela se tem parece caminhar em direção oposta às teses de caráter positivista-instanteneísta, que se colocam, em maior ou menor escala, na contramão de uma utilização mais efetiva das regras contramajoritárias e, conseqüentemente, da jurisdição constitucional, mecanismo pelo qual, contemporaneamente, tem-se conferido eficácia aos “remédios contramajoritários”.¹⁷⁷

Tal teorização, acerca da aceitação das constituições contemporâneas como remédio contramajoritário é o espaço adequado à projeção da perspectiva multicultural de igualdade na Constituição brasileira, no entanto, é nesse ponto que a opção por teses procedimentais ou materiais-substanciais, assume especial relevância. É a exata compreensão que se tem da máxima de Werner Kāgi citada por Streck: “Diz-me a tua posição quanto à jurisdição constitucional e eu te direi que conceito tens da Constituição”¹⁷⁸. Em outros termos, a efetivação das previsões constitucionais está sujeita à concepção que se tem acerca do papel da Constituição e do alcance dos ‘frenos anclados en la Constitución’.

Neste contexto, a noção de Constituição dirigente e compromissória, adequada ao multiculturalismo, depende da aceitação, da compatibilidade entre democracia e jurisdição constitucional, e da dimensão material da Constituição ou, nos exatos termos de Streck:

[...] primeiro, a assunção da tese de que não há qualquer incompatibilidade entre democracia e jurisdição constitucional ou entre democracia e Constituição enquanto estabelecimento de mecanismos contramajoritários, o que reforça a Constituição na sua dimensão jurídico-formal; segundo, a assunção da tese da prevalência dos valores substanciais, superando as teorias procedimentais da Constituição, com o que se reforça a Constituição na sua dimensão material.¹⁷⁹

A Constituição brasileira, como já evidenciado, assume o perfil contramajoritário das constituições contemporâneas, exigindo uma compreensão material e não somente em seu viés procedimental. Em decorrência, demanda, também, uma compreensão de igualdade em seu sentido material, e não somente formal, apta a atender a perspectiva multicultural.

¹⁷⁷ STRECK, 2006, p. 46.

¹⁷⁸ STRECK, 2006, p. 43.

¹⁷⁹ STRECK, 2006, p. 48.

2.3.2 Igualdade multicultural na Constituição Federal brasileira de 1988

O pensamento multiculturalista em suas mais diversas áreas de fundamentação, não se restringe a debates infrutíferos. Pelo contrário, nas três décadas que marcam sua formulação, estruturação e constante amadurecimento, articularam transformações profundas na práxis Política e do Direito, alcançando, inclusive, resguardo no mais profundo instrumento de normatização, na concepção dirigente, as Constituições.

No que tange à implementação do multiculturalismo enquanto realização da igualdade na Constituição brasileira, a priori, importa indicar a posição do debatedor sobre o tema, Copetti Santos:

A constituição de um novo projeto de sociedade, Estado e Direito com a positivação, de diferentes núcleos de direitos fundamentais – individuais, coletivos e culturais –, na Carta Magna de 1988, recepcionou, como nunca ocorrera anteriormente na vida constitucional do País, o debate, acontecido num primeiro momento histórico entre individualistas e coletivistas, através da positivação de direitos fundamentais de natureza individual e não individual. A este embate agregou-se a tradição de pesquisa e pensamento culturalista, com a positivação de direitos culturais, voltados para o reconhecimento de diferenças como elemento de realização do princípio da igualdade.¹⁸⁰

Nesta mesma linha de posicionamento, autores como Carlos Ayres Britto, entendem que a Constituição promulgada em outubro de 1988 pode ser vista como um “novo contrato social”, pois parte de novos parâmetros de sociabilidade, ou seja, reconhece o que a nação deseja ser, mas que ainda não é, e toma para si a função de mudar a realidade historicamente marcada por desigualdades e discriminações¹⁸¹, tal como é apontado no preâmbulo constitucional:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a **igualdade** e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, **pluralista e sem**

¹⁸⁰ COPETTI SANTOS, André Leonardo. **A Constituição Multicultural**. In: COPETTI SANTOS, & DEL'OLMO, 2009, p. 79

¹⁸¹ AYRES BRITTO, Carlos. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 71.

preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (grifo nosso)

Fica evidente, no texto constitucional, a igualdade enquanto fim a ser almejado, portanto, enquanto projeto e construção, da mesma forma que afasta qualquer possibilidade de hegemonia cultural, comportamental, étnica, enfim, promotora da igualdade na diferença. Tal compreensão direciona a interpretação de todo o sistema constitucional e infraconstitucional, pois, “Ao constarem tais previsões no Preâmbulo, surgem elas como cânones hermenêuticos a serem adotados em todo e qualquer movimento jurídico que venha a ser feito dentro do sistema jurídico do País.”¹⁸²

Na seqüência, o artigo 1º da Constituição de 1988 estabelece a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, como sendo seus fundamentos. Para mais exata compreensão destes, deve-se tomar o viés da positivação dos novos núcleos de análise de direitos fundamentais, individuais e coletivos, que conduzem a um projeto de sociedade, Estado e direito, diferenciados e fomentadores de uma nova concepção de cidadania e de dignidade da pessoa humana, “[...] onde não mais prevalece uma ideologia liberal ou social, mas fragmentos de todas compõem um quadro democrático caledoscópico, onde todos são iguais perante a lei, inclusive em suas diferenças.”¹⁸³

No artigo terceiro, ao tratar dos princípios fundamentais norteadores da Carta Magna, assim fica estabelecido:

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

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e **reduzir as desigualdades** sociais e regionais;
- IV - **promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.** (destaque apostro)

¹⁸² COPETTI SANTOS, André Leonardo. **A Constituição Multicultural**. In: COPETTI SANTOS, & DEL’OLMO, 2009, p. 92. No mesmo sentido: COPETTI SANTOS, André Leonardo. **A Constituição Multicultural**. In: Hann, Noli Bernadrdo e Groff, Paulo Vargas. *Direito Multiculturalismo e Cidadania*. (org). Santo Ângelo: Furi, 2009. p. 71-94.

¹⁸³ COPETTI SANTOS, André Leonardo. **A Constituição Multicultural**. In: COPETTI SANTOS, & DEL’OLMO, 2009, p. 92.

Primeiramente, importa tomar à análise o inciso IV, visto ser o mais direcionado ao objeto em análise. Perceba-se que este dispositivo, quando lido em consonância com o artigo 5º, incisos XLI, que trata da previsão de punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, e inciso XLII, que preceitua que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei, resguarda, sem qualquer dúvida, a recepção dos fundamentos filosófico-políticos do multiculturalismo e da política da diferença na promoção da igualdade, pela Constituição brasileira.¹⁸⁴

Nesta perspectiva, a previsão do preâmbulo e o art. 3º e incisos, somados à previsão de outras tantas formas de proteção aos mais diversos grupos sociais minoritários e vulneráveis, diferenciam a Constituição de 1988, enquadrando-a na concepção contramajoritária, conforme já tratado, e estabelecem os fundamentos jurídicos para alcançar a multiculturalidade, promotora da igualdade desejada, tal como aponta Britto *in verbis*:

A Constituição Brasileira de 1988 tem, no seu preâmbulo, uma declaração que apresenta uma momento novo no constitucionalismo pátrio: a idéia de que não se tem democracia social, a justiça social, mas que o Direito foi ali elaborado para que se chegue a tê-los. [...] Já então se vê, que, pela positivação da ordem constitucional de 1988, reestruturando o Estado brasileiro e reorganizando a República Federativa, não apenas se pretendeu proibir o que se tem assentado em termos de desigualdades de toda ordem havidos na sociedade, mas que se pretende instituir, vale dizer, criar ou recriar as instituições segundo o modelo democrático, para assegurar, dentre outros, o direito à igualdade, tida não apenas como regra, ou mesmo como princípio, mas como valor supremo definidor da essência do sistema estabelecido. O princípio da igualdade resplandece sobre quase todos os outros acolhidos como pilstras do edifício normativo fundamental alicerçado. E guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da dignidade da pessoa humana (art. 1. IV, da Constituição da República).¹⁸⁵

Percebe-se que os verbos enunciativos dos incisos do art. 3º, construir, erradicar, reduzir, promover, indicam ação, indicando, desta forma, uma posição ativa na busca da igualdade que é o vértice norteador. Disso se afere que a posição multicultural implícita

¹⁸⁴ COPETTI SANTOS, André Leonardo. **A Constituição Multicultural**. In: COPETTI SANTOS, & DEL'OLMO, 2009, p. 92.

¹⁸⁵ AYRES BRITTO, 2003. p. 91.

no texto positivado, exige obrigações a serem perseguidas na transformação social e política. Neste sentido está o entendimento de Britto:

Somente a ação afirmativa, vale dizer, a atuação transformadora, igualadora pelo e segundo o Direito, possibilita a verdade do princípio da igualdade, para se chegar à igualdade que a Constituição Brasileira garante, como direito fundamental de todos. O art. 3º. traz uma declaração, uma afirmação e uma determinação em seus dizeres. Declarara-se, ali, implícita, mas claramente, que a República Federativa do Brasil não é livre [...]. Não é justa porque plena de desigualdades antijurídicas e deploráveis para abrigar o mínimo de condições dignas para todos. Não é solidária porque fundada em preconceitos de toda a sorte. O art. 3º. traz também uma afirmação: a de que, conquanto retratada a inexistência de uma autêntica República Democrática, o Direito organizou um modelo de Estado que se põe exatamente para realizá-la.¹⁸⁶

Percebe-se a ruptura constitucional acerca do significado, conteúdo e abrangência do princípio da igualdade¹⁸⁷. Quer tratando a igualdade como norma, como princípio ou como valor, o que fica evidente é a concepção normativa material, substancial e dinâmica de igualdade, diferente da idéia da concepção dos constituintes precedentes a 1988. Essa igualdade, enquanto construção, exige para sua implementação a promoção dos diferentes ou, a promoção da igualação através de uma postura ativa, que

[...] promova o bem de todos, sem preconceitos (de) quaisquer formas de discriminação. Significa que universaliza-se a igualdade e promove-se a **igualação**: somente com uma conduta ativa, positiva, afirmativa, é que se pode ter a transformação social buscada como objetivo fundamental da República. [...] se buscou a mudança do conceito, do conteúdo, da essência e da aplicação do princípio da igualdade jurídica, com relevo dado à sua imprescindibilidade para a transformação da sociedade, a fim de se chegar a seu modelo livre, justa e solidária. [...] O significado maior do art. 3º. da Lei Fundamental da República é, pois, a demonstração de uma mudança essencial do constitucionalismo brasileiro[...].¹⁸⁸ (destaque apostro)

¹⁸⁶ AYRES BRITTO, 2003. p. 92.

¹⁸⁷ Para aprofundamento do tema consulte-se: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, acerca de sua concepção bi-dimensional da norma jurídica (norma como gênero do qual são espécie o princípio e a regra); e ALEXYY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, que, mais sofisticado que Dworkin, acrescenta às regras e princípios, também os valores.

¹⁸⁸ AYRES BRITTO, 2003. p. 93. Percebe-se no destaque o neologismo do autor que chama a atenção para sua argumentação e passa a ser usado no presente texto no sentido de equalização.

Voltando, mais uma vez, ao texto legal, a proteção estende-se a outros tantos grupos sociais minoritários e vulneráveis, vinculando todo o ordenamento na promoção e estímulo, do que Copetti Santos chama de manifestações culturais de grupos participantes do processo civilizatório nacional, portadores de deficiência, fases hipossuficientes e identidade indígena.¹⁸⁹

Em outros termos, o alargamento da concepção de igualdade, multiplicou os direitos, a titularidade dos sujeitos de direito, e a especificação do sujeito de direito

[...] tendo em vista que, ao lado do sujeito genérico e abstrato, delinea-se o sujeito de direito concreto, visto em sua especificidade e na concreticidade de suas diversas relações. Isto é, do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades. Daí apontar-se não mais ao indivíduo genérico e abstratamente considerado, mas ao indivíduo ‘especificado’, considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça etc.¹⁹⁰

Tais alterações, da relação entre os direitos do cidadão e a lei, que permitiram a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, levaram a uma ampliação da complexidade das relações entre os poderes públicos e da hierarquia entre os diversos níveis do ordenamento jurídico brasileiro¹⁹¹. O que é fato, é que devido a constitucionalização dos direitos fundamentais, o ordenamento alcançou uma receita principiológica ampliada de modo a submeter todo o ordenamento infraconstitucional.

Deste modo, resta evidenciado a necessidade de também o Direito Penal, área a que mais amiúde a presente pesquisa se propõe a tratar, recepcionar o direcionamento do vértice constitucional. A tutela de grupos vulneráveis, neste sentido, seria exatamente a busca da legislação penal em reconhecer e implementar o multiculturalismo enquanto ferramenta contramajoritária de promoção destes à igualdade material.

¹⁸⁹ Mais sobre o tema a ser consultado em COPETTI SANTOS, André Leonardo. **A Constituição Multicultural**. In: COPETTI SANTOS, & DEL’OLMO, 2009, p. 92 e seguintes.

¹⁹⁰ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 185.

¹⁹¹ COPETTI SANTOS, André Leonardo. **A Constituição Multicultural**. In: COPETTI SANTOS, & DEL’OLMO, 2009, p. 79

CAPÍTULO III - O DIREITO PENAL E A RECEPÇÃO DO MULTICULTURALISMO.

Conforme já apontado, as alterações na relação entre os direitos do cidadão e a lei, respaldados na constitucionalização dos direitos fundamentais, exige leitura adequada de todo o ordenamento infraconstitucional, de modo que inclusive o Direito Penal e a legislação esparsa que a ele se refere deve recepcionar o direcionamento do referencial constitucional. Neste sentido, o multiculturalismo apresenta-se como ferramenta contramajoritária adequada à promoção de grupos vulneráveis para a implementação da igualdade material.

3.1 A tutela penal dos grupos vulneráveis pós Constituição de 1988: o direito penal como instrumento contramajoritário.

Impulsionado na compreensão contramajoritária que faz do constitucionalismo e, conseqüentemente, também do direito penal, instrumentos de promoção à igualação pela lei, aos poucos vai consolidando-se um aparato normativo especial de proteção àqueles grupos particularmente vulneráveis que necessitam de proteção especial. Segue o estudo, justamente, buscando demonstrar tais referenciais na Lei nº. 11.340, que trata da violência doméstica, portanto, dá proteção diferenciada à mulher, na Lei nº. 10.741, que se volta à promoção do idoso, na Lei nº. 7.716, que trata dos crimes de racismo, portanto visa à igualação material dos vulnerabilizados pela cor e, por fim, na Lei nº. 8.069 que se volta à Criança e ao Adolescente como grupo carente de afirmação.

3.1.1 As mulheres e a proteção diferenciada fomentada pela Lei nº. 11.340 de 7 de agosto de 2006 (“Lei Maria da Penha”).

A partir do final do século passado tornou-se presente uma transformação rápida tanto nas relações familiares, como no mercado de trabalho, provocada pela grande participação remunerada das mulheres neste campo. Se antes elas exerciam suas atividades no âmbito doméstico, sem remuneração e sem reconhecimento, agora passam a ocupar espaço econômico, social e político na estrutura social.

Quanto às circunstâncias que permitiram esta nova postura da mulher e sua entrada maciça no campo do trabalho remunerado, Manuel Castells, em curtos termos, diz que:

[...] deve-se, de um lado, à informatização em rede e globalização da economia e, de outro, à segurança do mercado de trabalho por gênero, que se aproveita de condições específicas da mulher para aumentar a produtividade, o controle gerencial e, conseqüentemente, os lucros.¹⁹²

Mas se, à primeira vista, esta nova participação social da mulher poderia levar à conclusão de uma equalização entre os gêneros, não foi o que aconteceu. Na verdade a nova circunstância implica em um acirramento das desigualdades, uma vez que delas passa a serem exigidas “qualificações semelhantes em troca de salários menores, com menos segurança no emprego e menores chances de chegar às posições mais elevadas.”¹⁹³

O resumo do relatório sobre características da inserção das mulheres no mercado de trabalho, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre, aponta alguns dados contundentes nesta análise:

[...] em janeiro de 2008 havia aproximadamente 9,4 milhões de mulheres trabalhando nas seis regiões metropolitanas de abrangência da pesquisa. Este número significava 43,1% das mulheres com 10 anos ou mais de idade. Em 2003 esta proporção era de 40,1%.

¹⁹²CASTELLS, 1999, p. 197.

¹⁹³ CASTELLS, 1999, p. 200.

No entanto, mesmo sendo maioria na população total e a despeito do crescimento no seu nível de ocupação, elas ainda eram minoria no mercado de trabalho.

Atualmente, nas seis regiões metropolitanas, elas lideram o ranking da desocupação (1,0 milhão). Entre os desocupados, no total das seis regiões, elas representavam 57,7%, enquanto que entre os homens esse contingente é de 779 mil, 42,3%.¹⁹⁴

Da mesma forma, a situação é disparitária para a mulher no que se refere à forma de inserção no mercado de trabalho. Segundo a pesquisa supra, elas também encontravam-se em situação menos favorável, pois não alcançavam o percentual de 40% de mulheres trabalhando com carteira assinada, já para os homens esta proporção alcançava a marca de quase 50,0%.

O relatório aponta ainda outros números que contribuem na exemplificação da condição de desigualdade entre os gêneros na realidade brasileira e, embora exigissem debate mais aprofundado, por si só já são significativos. São dados do IBGE:

Na contribuição para previdência o quadro também era desigual. Mais de um terço das mulheres (37,0%) não contribuem para previdência, enquanto o percentual de homens não contribuintes não atingia um terço.

A jornada de trabalho delas era de 40 horas semanais em média, e recebiam, habitualmente, R\$ 956,80 por mês. Esse rendimento correspondia a 71,3% do rendimento dos homens.

Quando o contexto é mercado de trabalho, a maioria dos indicadores apresentados mostrou a mulher em condições menos adequadas que a dos homens. Entretanto, estas estatísticas não são explicadas pela escolaridade, visto que, neste cenário, elas ocupam posição de destaque. Aproximadamente 60,0% das mulheres ocupadas tinham, pelo menos, a escolaridade referente ao ensino médio. Todavia, observou-se que as diferenças entre os rendimentos de homens e de mulheres eram maiores entre os mais escolarizados. A remuneração das mulheres com curso superior era, em média, 40% inferior a dos homens.¹⁹⁵

Por óbvio, deve-se recordar também da pior das discriminações, a física, que permite a uma cultura admitir a violência contra um gênero como sendo aceitável. É o que revela Luiz Flávio Gomes em seus estudos acerca do tema, *in verbis*:

¹⁹⁴

Disponível em
<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_mulher/Suplemento_Mulher_2008.pdf>. Acesso em 01 de fevereiro de 2010.

¹⁹⁵

Disponível em
<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_mulher/Suplemento_Mulher_2008.pdf>. Acesso em 01 de fevereiro de 2010.

Pesquisa da ONG Promundo, com homens jovens da Maré, no Rio, mostrou que 35% acham "justificável" bater em mulher quando ela se veste ou se comporta de maneira provocante (O Globo de 30.03.09, p. 10). Mais: 10% acham que é legítimo o uso de violência psicológica contra a mulher e 15% admitiram que bateram em "sua" mulher nos últimos seis meses. Essa crença popular de que o homem pode bater na mulher é que expressa a violência de gênero (que é, repita-se, cultural).¹⁹⁶

Segundo dados do mesmo autor, no mundo a cada dezoito segundos uma mulher é agredida, já no Brasil esse tempo diminui para quinze segundos. É por isso que 56% das mulheres brasileira apontam como sendo sua preocupação número um a violência doméstica.¹⁹⁷

Pois bem, dois pontos restam evidentes para prosseguimento da análise: primeiro o processo de inserção das mulheres, em grande escala, no mercado de trabalho e segundo, inobstante os novos campos de atuação e representação alcançados, a desigualdade permanece como regra. Tais circunstâncias produziram as condições necessárias ao fomento de novas matizes do debate de gêneros.

A emancipação da mulher alterou as formulações familiares, pois as mulheres passam a contribuir com a receita doméstica, por vezes mais que os homens, de modo a desconstituir o autoritarismo patriarcal que se fundava na idéia de que como o homem contribuía mais tinha direito a privilégios na relação familiar. O campo de debate agora é outro¹⁹⁸. Na leitura de Touraine, para além de sua própria libertação, as mulheres são atorras de uma ação mais geral de recomposição de todas as experiências individuais e coletivas¹⁹⁹. E prossegue argumentando que

[...] são elas que criam esta outra maneira de viver, e não os homens, que ficaram prisioneiros de formas antigas de pensar e de viver [...]. E é esta forte impressão de que elas estão na vanguarda e na contracorrente que deve ser explorada. [...] Não se lhes reconhecia a subjetividade; conseqüentemente, elas não tinham nenhuma razão para dizer eu.²⁰⁰

O pensamento e a ação das mulheres possuem agora alcance histórico não somente restrito à formação da personalidade individual, mas suscita uma ação coletiva,

¹⁹⁶ GOMES, Luiz Flávio. Lei Maria da Penha: aplicação em favor do homem. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>> 26 junho. 2009. Acesso em 03.02.2010.

¹⁹⁷ GOMES, 2009.

¹⁹⁸ CASTELLS, 1999, p. 210.

¹⁹⁹ TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Trad. Gentil Avelino Tilton. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 242.

²⁰⁰ TOURAINE, Alain. **O mundo das mulheres**. Petrópolis: Vozes. 2007. p. 110.

pois as transformações ocorridas em suas vidas têm um sentido coletivo, modificar a vida de todas²⁰¹. Na nova luta das mulheres, o debate foge do campo social e passa a ser cultural, conforme observa Touraine:

O movimento feminista ultrapassou seus objetivos de origem, os quais visavam suprimir as discriminações que vitimavam a mulheres e fazê-las, desta forma, alcançar uma igualdade de chances. Ele, para além das relações sociais de dominação questionou o fundamento cultural da dominação, da polarização e do dualismo, que geraram categorias dominadas e seres inferiores, jamais reconhecidos plenamente como seres humanos.²⁰²

As mulheres passam a ser portadoras de uma representação do mundo e da experiência humana, logo, de uma nova política, não individual, mas cultural, que tem como fundamento último a rejeição a todas as oposições binárias. Essa nova cultura, não exclui nem inferioriza, mas pretende a harmonia, uma vez que,

[...] as mulheres não são uma categoria social defendendo seus interesse próprios; elas são acima de tudo as agentes de recomposição de um mundo. [...] o instrumento principal desta recomposição é a sexualidade. [...] A sexualidade é inteiramente desejo, relação com o outro e construção de si. Ela cria uma identidade e principalmente uma vontade de construir a unidade sempre ameaçada entre o erotismo e a fecundidade.²⁰³

Da obra em comento de Touraine, finalmente, o mais importante é seu modo de conceber todos os elementos da análise das condutas no mundo contemporâneo em

²⁰¹ TOURAINE, 2007, p. 111.

²⁰² TOURAINE, 2007, p. 116. Na mesma página encontra-se citação acerca do posicionamento das mulheres que indica, a nosso ver uma síntese da obra em comento: “É aqui que se realiza o encontro com a afirmação subjetiva de si das mulheres, que me pareceu tão central em seus discursos e a transformação cultural que, mesmo tendo um alcance geral, transforma o lugar das mulheres na vida cultural e lhes dá vantagens sobre os homens. Esta afirmação de si – como mulheres que desejam construir-se enquanto mulheres, e particularmente através da sexualidade – é a experiência mais importante que elas vivem, pois ela inaugura uma cultura na qual os homens entrarão, e já estão em vias de entrar, mas sempre depois das mulheres. E é precisamente esta associação da *experiência vivida* e a *mudança cultural histórica* que constitui o argumento central deste livro, e que lhe confere, a meu ver, uma diferença significativa em relação a tantos outros consagrados às questões femininas.

²⁰³ TOURAINE, 2007, p. 129-130. Neste sentido, também o posicionamento do Noli Bernardo Hahn: “[...] o processo de especificação de sujeito de direitos é resultado da afirmação da diferença como identidade, sendo esta, além de uma conquista do movimento feminista, impulsionadora da emergência de um novo paradigma cultural. Possivelmente seja esta constatação que faz com que autores renomados entendam o movimento feminista como um dos movimentos mais revolucionários do último século.” (HAHN, Noli Bernardo. O movimento feminista, a diferença como identidade e o processo de especificação de sujeito de direitos. In: COPETTI SANTOS, & DEL’OLMO, 2009, p. 106).

termos culturais²⁰⁴ e, nesta seara, situar o debate acerca das ações de construção da igualdade material nas relações de gênero.

Na perspectiva do debate a partir da ótica da mulher, a compreensão formal de igualdade que tem como pressuposto o homem abstrato, universal e genérico, por um lado, dá substrato à implementação dos direitos humanos universalmente reconhecidos, mas, por outro, não integra diferenças, especificidades, particularidades, peculiaridades e singularidades. Do que se conclui, conforme aponta Hahn, que a luta das mulheres é por direito a igualdade, mas também a diferença²⁰⁵. E prossegue argumentando:

As mulheres, [...] tiveram que lutar muito, inicialmente, para que a igualdade em nível formal lhes fosse reconhecida, pois na ótica liberal/patriarcal somente o homem branco, heterossexual e proprietário era reconhecido sujeito. Igualar-se com o homem no sentido de ter os mesmos direitos sociais e políticos reconhecidos teve consequências drásticas para a identidade feminina. A busca de uma igualdade entre os sexos, afirmando o primado da diferença sem hierarquia e sem ambiguidade foi decisivo para que se integrasse a perspectiva da igualdade substantiva ou material à ótica formal.²⁰⁶

Neste ponto, direcionando o debate acerca da relação de gênero com toda a discussão fomentada pela presente pesquisa acerca da compreensão da igualdade como elemento fundamental, desnecessário fazem-se ponderações outras que não aquelas feitas pelo citado Hahn que retomando, primeiro, Rosiska Darcy de Oliveira, e depois Flávia Piovesan, assim se posiciona:

O projeto e a esperança de “relações humanas em que a aceitação da diferença sem desigualdade reconcilie homens e mulheres e ponha fim ao desencontro das mulheres consigo mesmas” impõe como imprescindível “repensar o valor da igualdade, a fim de que as especificidades e as diferenças sejam observadas e respeitadas”.²⁰⁷

²⁰⁴ Embora sugira sentido contrário as nossas pesquisas, não poderíamos deixar de apontar que o autor indica certo receio ao multiculturalismo quando tido como comunitarismo e sobreposto aos direitos universais. Acerca do tema ver, principalmente, p. 123, 125, 127, 129, 132 da obra de Alain Touraine: *O mundo das mulheres*. Petrópolis: Vozes. 2007.

²⁰⁵ Neste sentido os apontamentos do citado Teólogo Noli Bernardo Hahn “O movimento feminista, ao defender e afirmar a diferença como identidade, motivando, impulsionando com esta bandeira o processo de especificação de sujeito de direitos, argumenta que a mulher, além do dever e do direito de ser reconhecida formalmente como sujeito, tem direito a direitos específicos pela sua condição específica de ser mulher.” HAHN, Noli Bernardo. *O movimento feminista, a diferença como identidade e o processo de especificação de sujeito de direitos*. In: COPETTI SANTOS, & DEL’OLMO, 2009, p. 106.

²⁰⁶ HAHN, 2009, p. 105.

²⁰⁷ HAHN, 2009, p. 105.

Fica evidente a ruptura com o pensamento de Rousseau, que embasou o mundo jurídico moderno, assentado sobre a idéia de consenso e igualdade no sentido formal, conforme amplamente debatido na primeira parte da pesquisa. Se naquelas condições “[...] a mulher é feita de modo particular para agradar o homem”²⁰⁸, agora o debate é por isonomia em todos os campos.

Nesta luta por espaço e equalização, o campo jurídico, em especial, tem sido frutífero para as mulheres²⁰⁹. A cada ano a legislação, nas mais diversas áreas, é incrementada com dispositivos que garantem uma nova visão de relações de gênero, capaz não somente de adaptar, mas de construir um novo paradigma e uma nova sociedade.

No que se refere ao Direito Internacional, a proteção dos direitos da mulher fomentou duas Convenções, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher²¹⁰.

Quer baseada no sexo²¹¹, quer baseada no gênero²¹², ambas as Convenções estabeleceram diretrizes a serem seguidas pelos Estados Partes na proteção da mulher, no entanto, há que se resguardar que tal proteção visa realidades específicas, sujeitos de direitos específicos e violações de direitos específicos, tal como aponta Flávia Piovesan: “Reitere-se que esse sistema internacional de proteção realça o processo de especificação do sujeito de direito, em que o sujeito é visto em sua especificidade e concreticidade. [...] buscam responder a determinada violação de direito”²¹³.

²⁰⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Emílio ou da educação**. Trad. Sérgio Millet. 2. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1973. p. 415.

²⁰⁹ Par aprofundamento do tema consulte-se: SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 223 e seguintes.

²¹⁰ Também chamada “Convenção de Belém do Pará”.

²¹¹ Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. “Artigo 1º: Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra as mulheres” significa toda distinção, exclusão ou restrição **fundada no sexo** e que tenha por objetivo ou consequência prejudicar ou destruir o reconhecimento, gozo ou exercício pelas mulheres, independentemente do seu estado civil, com base na igualdade dos homens e das mulheres, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/lex121.htm> > acesso em 02.02.1010.

²¹² Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher: Artigo 1º: Para os efeitos desta Convenção deve-se entender por violência contra a mulher qualquer ação ou conduta, **baseada no gênero**, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/lex121.htm>> acesso em 02.02.1010.

²¹³ PIOVESAN, 2009, p. 186.

O Brasil, através do § 3.º, do art. 5.º, da CF²¹⁴, acrescentado pela EC nº. 45/2004, está obrigado a implementar tais previsões em nível de preceitos Constitucionais, direcionando todo seu ordenamento na garantia de seu cumprimento.

Neste sentido, a Constituição brasileira de 1988²¹⁵, em seu Art. 5.º, caput, estabelece o direito à igualdade afirmando que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. E no inciso I define que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”²¹⁶. E, mais especificamente, no art. 226 determina que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, de modo que, conforme § 8.º, “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.²¹⁷

Eis aí a previsão legal que implementa as Convenções Internacionais e ampara a criação de lei infraconstitucional voltada ao tema. Percebe-se, também, que tudo o que fora tratado acerca da implementação da igualdade material²¹⁸ no constitucionalismo vale também para o que tange à relação de gênero.

No que se refere estritamente à mulher, tal aproximação entre isonomia formal e material, fica evidente, por exemplo, na previsão de aposentadoria com menor idade e menos tempo de serviço para as mulheres previstas nos artigos 40, III e 201, § 7.º,

²¹⁴ “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). 40 ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p.13.

²¹⁵ Embora não seja o objeto do debate neste momento, uma vez que já tratado da importância da Constituição Federal de 1988 na implementação da igualdade material, conveniente é indicar que José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 223 e seguintes) aponta a importância da “Constituição cidadã” na luta das mulheres por reconhecimento: “[...] o sexo feminino esteve sempre inferiorizado na ordem jurídica, e só mais recentemente vem ele, a duras penas, conquistando posição partidária, na vida social e jurídica, a do homem”. [...] “Constituição[...] deu largo passo na superação do tratamento desigual fundado no sexo, ao equiparar os direitos e obrigações entre homens e mulheres.”

²¹⁶ Importante a ressalva de Moraes acerca da igualdade aqui estabelecida, segundo ele: “a correta interpretação desse dispositivo torna inaceitável a utilização do *discrimen* sexo, sempre que o mesmo seja eleito com o propósito de desnivelar materialmente o homem da mulher; aceitando-o quando a finalidade pretendida for atenuar os desníveis” MORAES, op. cit., p. 67. É o que estabelece a Convenção Internacional sobre todas as formas de Discriminação contra a Mulher, no art. 4.º, §1º: A adoção, pelos Estados Partes, de medidas especiais de caráter temporário visando acelerar a vigência de uma igualdade de fato entre homens e mulheres não será considerada discriminação, tal como definido nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, na manutenção de normas desiguais ou distintas; essas medidas deverão ser postas de lado quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento tiverem sido atingidos. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/lex121.htm>> acesso em 02.02.1010.

²¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). 40 ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p.159.

²¹⁸ Portanto, as previsões que passam a ser apontadas devem ser acrescidas aos tantos dispositivos já elencados acerca da igualdade, em suas duas modalidades, no decorrer da pesquisa.

incisos I e II, na proteção ao mercado de trabalho da mulher, conforme previsão do art. 7.º, XX, na proibição da diferenciação salarial, de exercício de função e de critérios de admissão ao trabalho motivados no sexo, esculpido no inciso XXX, do mesmo artigo. Segue-se ainda a licença-maternidade do art. 7.º, XVIII e XIX. Já o art. 5.º, inciso L, se volta a assegurar que as presidiárias tenham condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

Também nas leis esparsas pode-se perceber a diferenciação para promoção, por exemplo, nos critérios para admissão de emprego, previstos na Lei nº. 9.029/95 que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, ou na diversidade de resguardos da Lei Eleitoral n. 9.504, que busca retificar as desigualdades no meio político, instituindo, no art. 10, § 3.º, cota mínima de vagas de 30% e máxima de 70% para cada sexo.

No que se refere ao campo restrito do Direito Penal, a Lei nº. 11.340/2006, conhecida como “Maria da Penha”²¹⁹, é o mais representativo mecanismo infraconstitucional contramajoritário de efetivação da igualdade material. Em outra linha de pensamento, representa a resposta da legislação brasileira às exigências das convenções internacionais já citadas, em que é signatário, e mesmo do Direito Penal, na promoção da mulher enquanto grupo específico e carente de igualação pela lei.

Conforme expresso já no artigo 1º da lei em comento, seu objetivo foi criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar, que tem como sujeito passivo a mulher. No entanto, como as diferenças entre homem e mulher ou são naturais ou se referem ao gênero²²⁰, a preocupação do legislador volta-se para este campo, pois é nele que residem às discriminações, uma vez que tais diferenças variam conforme a cultura.

²¹⁹ Fernandes, mulher símbolo da luta por proteção e punição de seu agressor, apesar dos tantos entraves legais que demonstraram a ineficácia do sistema no combate à violência contra a mulher, fomentando a formulação da lei que levou seu nome. Maria da Penha é brasileira, cearense, bioquímica e vive em Fortaleza. Era casada com Marco Antônio Heredia Viveiros, colombiano, naturalizado brasileiro, professor universitário e economista, com quem teve três filhas. Marco por duas vezes tentou matá-la, além de diversas agressões que a deixaram com uma diversidade de seqüelas, apesar disso o agressor conseguiu estender o processo por 19 anos, de 1983 até 2002. Tal situação rendeu dois constrangimentos diplomáticos ao Brasil: em 1997 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, no caso Maria da Penha nº. 12.051, denunciou o Estado brasileiro por negligência e omissão no cumprimento da pena alcançada por Viveiros em dois júris; em 2001, o que era denúncia virou condenação Internacional, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos responsabilizou o Estado brasileiro por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica contra as mulheres, de acordo com o Informe nº. 54 de 2001. diante disso, o Ministério da Justiça, passou a dar atenção ao caso de modo a livrar-se da pecha da impunidade. Em resposta à denúncia foi publicado o relatório 54/2001 que fomentou a criação da Lei n. 11.340, em setembro de 2006. Mais detalhes podem ser obtidos na obra da própria autora Maria da Penha Maia Fernandes que narra o caso no seu livro “Sobrevivi, posso contar”, publicado em 1994.

²²⁰ Sobre o conceito de violência de Gênero assim se pronuncia Luiz Flávio Gomes: “sexualmente falando a diferença entre o homem e a mulher é a seguinte: o homem faz a mulher engravidar; a mulher menstrua,

Os artigos 2º e 3º e 6º determinam que à mulher devem ser garantidos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e às condições, a serem disponibilizadas pelo Estado, na implementação dos direitos de todos. Portanto, voltam-se à proteção da igualdade formal, uma vez que visam garantir para as mulheres os direitos que a todos, indistintamente, devem alcançar.

De outra parte, conforme já apontado, firme no direcionamento contramajoritário e promotor da Constituição Federal, a Lei 11.340 firmou-se como instrumento afirmativo da mulher. Neste sentido, uma diversidade de dispositivos tratam-na de forma diferenciada, em relação ao homem, no intuito de promovê-la.

O art. 5º apresenta-se já como diferencial, pois conceitua como violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que aconteça no âmbito da unidade doméstica, da família, ou em qualquer relação íntima de afeto. Portanto, deixa evidente que a proteção almejada volta-se especificamente ao gênero “mulher” e que busca alcançá-la na amplitude de circunstâncias e lugares²²¹.

Já o art. 7º, define, embora não seja taxativo, as formas de violência (física, psicológica, sexual, patrimonial, moral) doméstica e familiar contra a mulher. Embora as dissonâncias surgidas sejam muitas²²², tal dispositivo permite ao aplicador do direito pleitear, ou decidir, contemplando as mais diversas realidades que causam discriminação a condição de ser mulher.

O Título III trata da assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar e prevê medidas preventivas a serem desenvolvidas pelos órgãos e poderes do Estado, assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar a ser prestada pela Assistência Social, Sistema Único de Saúde e Sistema Único de Segurança Pública (destacam-se programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal, acesso prioritário à remoção quando servidora pública) e atendimento diferenciado a ser implementado pela Autoridade Policial (medida protetiva de urgência deferida, garantia proteção policial, encaminhar à hospital ou posto de saúde e ao

faz a gestação e amamenta. Fisicamente falando essa é a diferença. Fora disso, qualquer outro tipo de distinção é cultural (e é aqui que reside a violência de gênero). Cada sociedade (e cada época) forma (cria) uma identidade para a mulher e para o homem. O modo como a sociedade vê o papel de cada um, com total independência frente ao sexo (ou seja: frente ao nosso substrato biológico), é o que define o gênero. Todas as diferenças não decorrentes da biologia e "impostas pela sociedade" são diferenças de gênero. GOMES, Luiz Flávio. Lei Maria da Penha: aplicação em favor do homem. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>> 26 junho. 2009. Acesso em 03.02.2010.

²²¹ Importante um aparte acerca da crítica à abertura e imprecisão da norma a ser consultado em NUCCI, 2007, p. 1042 e seguintes.

²²² Sobre as críticas ao art. 7º consulte-se: NUCCI, 2007, p. 1045 e seguintes.

Instituto Médico Legal, transporte, acompanhamento para retirada de seus pertences do domicílio e informação acerca de seus direitos).

Além disso, especificamente na seara penal, o art. 16 estabelece que, nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida, a renúncia à representação só será admitida perante o juiz, e o art. 17 proíbe a aplicação de penas pecuniárias como multas e cestas básicas.

Também determina criação de juizados especiais com competência cível e criminal (art. 41), assistidos por equipes multidisciplinares, compostas por profissionais das áreas psicossocial, jurídica e de saúde (art. 29). Até a implementação da previsão do art. 41, o procedimento será encaminhado para a Vara Criminal (art. 33).

No que se refere à mulher vítima de violência doméstica, vários dispositivos tratam-na de forma diferenciada. Por exemplo, conforme determina o art. 21, será ela notificada dos atos processuais, em especial quando do ingresso e da saída da prisão do agressor, e em todos os atos processuais deverá estar acompanhada de advogado ou defensor (art. 27 e 28).

As alterações provocadas pela lei, no Código de Processo Penal, no Código Penal e na Lei de Execuções Penais, dão a dimensão da proteção diferenciada dada à mulher.

A princípio, a lei 11.340 retira dos Juizados Especiais Criminais a competência para julgar os crimes de violência doméstica contra a mulher²²³, deixando claro que os crimes praticados com violência doméstica e familiar não são de menor potencial ofensivo, independente do *quantum* da pena. Decorre daí que a lei permite à Autoridade Policial prender em flagrante o agressor em qualquer das formas de violência doméstica contra mulher, inclusive naqueles mais simples como ameaça, por exemplo, que seguindo a legislação comum seriam levados ao Juizado Especial Criminal.

Ao art. 313 do Código de Processo Penal, por força do previsto no art. 42 da Lei “Maria da Penha”, foi acrescentado o inciso IV, para possibilitar ao juiz a decretação da prisão preventiva quando houver riscos à integridade física ou psicológica da mulher. *In verbis*:

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:
[...]

²²³ Art. 41 da Lei 11.340/2006.

IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.²²⁴

Acerca da abrangência de tal novidade, ao permitir que o magistrado aplique prisão preventiva sempre que ocorrer crime envolvendo violência doméstica ou familiar, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade Policial²²⁵, o legislador colocou nas mãos do julgador ferramenta extremamente apta à proteção diferenciada a ser cedida à mulher. Tanto que soa a excesso, uma vez que, seguindo tal previsão no caso da prática, nas condições previstas, do delito de lesão corporal, que possui pena de três meses de detenção, possivelmente o réu ficará mais tempo preso cautelarmente do que provavelmente vá ser condenado.

Outra previsão, bastante ampla na legislação em comento, são as medidas protetivas a serem garantidas à mulher vitimada. Pode-se tê-las como o cerne da intenção diferenciadora da lei na promoção da mulher. Estas deverão ser encaminhadas pela Autoridade Policial em 48 horas. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, o juiz, no mesmo prazo²²⁶, decidirá sobre o pedido (pode concedê-las sem ouvir as partes), encaminhará a ofendida à assistência judiciária, se for o caso, e comunicará ao Ministério Público.

São medidas protetivas de urgência disponíveis ao requerimento da vítima para serem aplicadas ao agressor, dentre outras, previstas no art. 22 da Lei 11.340/2006:

- I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da;
- II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;
- III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:
 - a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
 - b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
 - c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;
- IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
- V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.²²⁷

²²⁴ NUCCI, 2007, p. 1062.

²²⁵ Art. 20 da Lei 11.340/2006.

²²⁶ Art. 18 da Lei 11.340/2006.

²²⁷ NUCCI, 2007, p. 1056.

Outras Medidas Protetivas de Urgência são aplicadas à ofendida, conforme previsão do art. 23 da Lei 11.340/2006:

- I - encaminhar a ofendida e seus dependentes à programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;
- II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;
- III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;
- IV - determinar a separação de corpos.²²⁸

O juiz poderá, ainda, com fundamento no art. 24, determinar medidas voltadas à proteção patrimonial, tais como restituição de bens, proibição temporária de celebração de atos e contratos envolvendo-os, suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor e prestação de caução provisória.

No que se refere à lei de execuções penais (Lei 7.210/ 84), o art. 45 incluiu o parágrafo único à previsão do art. 152, dando permissão ao juiz para que, exclusivamente nos casos de violência doméstica contra a mulher, determine, como pena, o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.²²⁹

Já no que tange ao código Penal, a Lei 11.340 incluiu a previsão de que o delito praticado com violência contra a mulher, conforme previsão do art. 5º da mesma lei, passou a ser causa agravante da pena.

- Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: [...]
- II - ter o agente cometido o crime: [...]
 - f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

Também no que se refere ao delito de lesão corporal, previsto no art. 129 do Código Penal, a Lei 11.340/2006 a ele incluiu o parágrafo 9º que estabelece como causa de aumento de pena ter sido praticada “[...] contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda,

²²⁸ NUCCI, 2007, p. 1058.

²²⁹ Art. 152. Poderão ser ministrados ao condenado, durante o tempo de permanência, cursos e palestras, ou atribuídas atividades educativas.
Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.

prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade²³⁰ e prevê pena de detenção, de três meses a três anos. E o parágrafo 11, que prevê que tal pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência. Tais dispositivos, embora não se refiram exclusivamente à mulher, ecoam na maior proteção a ela pretendida.

Em termos finais, conveniente e oportuno breve apontamento acerca da constitucionalidade da referida lei. Alguns aplicadores do direito e doutrinadores alegaram sua incompatibilidade com a Carta Magna²³¹, justamente, por ferir o princípio da isonomia. Percebe-se aí a questão fundante de toda a presente pesquisa. Por óbvio que se a Constituição não for entendida como instrumento contramajoritário que busca a implementação de ações afirmativas aos grupos marginalizados, multiculturalmente falando, somente a implementação da igualdade formal bastará e pensar em igualação pela lei significará um atentado, mais que isso, lido pelo viés do homem, uma injustiça²³². Nestes termos, conveniente o apontamento de Luis Flávio Gomes:

[...] a diferença de tratamento (criada pela cultura - sociedade - marcadamente machista), que está na base da violência do homem contra a mulher, justifica de forma irrefutável a constitucionalidade de todas as medidas protetivas previstas na lei Maria da Penha. Note-se que, na parte criminal, o tratamento é igualitário (ou seja: a pena para o delito de homicídio ou de lesão corporal é idêntica, não importa quem foi o autor e a vítima). O que a lei trouxe de novidade foi uma decisiva carga protetiva pró mulher, que é a que mais sofre nesse embate familiar e doméstico. Isso feriria a isonomia? Não. O princípio da igualdade é não somente formal, senão sobretudo material. Cabe à lei tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente. Em matéria de violência de gênero a mulher é desigual em relação ao homem. Logo, deve ser tratada de maneira diferente. Não existe uma discriminação odiosa, não justificada, em favor da mulher. Ao contrário, é com as medidas protetivas da lei que se busca o equilíbrio. A mulher, no contexto cultural em que vivemos, necessita dessa proteção (não, obviamente, por se tratar da machista visão de sexo frágil), porque ela é a que mais sofre.²³³

²³⁰ NUCCI, 2007, p. 1063.

²³¹ Sobre o tema consulte-se: http://www.apmp.com.br/juridico/santin/artigos/art_igualdade.htm

²³² Sobre a aplicação da Lei em comento na proteção de homens, ou seja, aplicação de medidas protetivas em desfavor de mulheres, consulte-se, a título de exemplo, a decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso: TJMT; HC 6313/2008; Segunda Turma Recursal; Rel. Des. Sebastião Barbosa Farias; Julg. 09/06/2009; DJMT 24/06/2009; Pág. 35;

²³³ GOMES, Luiz Flávio. **Lei Maria da Penha**: aplicação em favor do homem. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>> 26 junho. 2009. Acesso em 03.02.2010.

Pois bem, diante de todo o debate fomentado, evidente é que as mulheres, enquanto grupo inferiorizado historicamente, necessitam de proteção diferenciada como forma de promoção.

3.1.2 A proteção do idoso na Lei nº. 10.741 de 1º de outubro de 2003 (“Estatuto do Idoso”)

Na leitura multicultural de respeito e promoção às especificidades, dentre os grupos que são objeto do direito penal na busca de implementação do direcionamento constitucional contramajoritário, volta-se a pesquisa ao idoso, enquanto vulnerável e carente de promoção que, segundo a tese defendida, é fomentada pela Lei nº. 10.741 de 1º de outubro de 2003, o “Estatuto do Idoso”, mais precisamente na previsão dos tipos penalizantes.

3.1.2.1 O Idoso na Atualidade

Em todo o mundo, o número de pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos, popular e legalmente chamadas de idosos²³⁴, tem aumentado com rapidez. Para se ter uma idéia, no final do século passado o número de pessoas nesta faixa etária era de 590 milhões e a projeção é de que cheguem a 1,2 bilhões em 2025 e, em 2050, atinja a marca dos 2 bilhões.

O fato é que a história da humanidade passa por um marco significativo, o número de pessoas idosas está superando o número de crianças com idade entre zero e quatorze anos²³⁵. Se em países desenvolvidos tal fenômeno aconteceu ainda no final do século passado, em termos nacionais, o mesmo fenômeno pode ser percebido contemporaneamente, conforme os dados apresentados a seguir:

²³⁴ Conforme regulamentação em legislação específica, relativamente recente, no Brasil, constituinte na Lei nº. 10.741, o assim chamado “Estatuto do Idoso”.

²³⁵ Correspondendo, respectivamente, a 22,1% e 19,6%, segundo a *World Health Organization* (2002).

Diferente do início do século passado em que a média de vida era de 33 anos, atualmente a expectativa de vida dos que nascem é de 68 anos. Mais que isso, o autor destaca que o número de brasileiros idosos, que em 1950 era de dois milhões, em 1975 saltou para seis milhões, e em 2002, para 15,4 milhões, indicando um assustador aumento de 700%. Seguindo tais proporções, em 2020, o número de idosos brasileiro deverá atingir a marca dos 32 milhões de pessoas.²³⁶

Tal mudança deve-se a uma diversidade de fatores, como controle de muitas doenças infecto-contagiosas que poderiam levar à morte, à diversidade de descobertas de medicamentos antibióticos e imunobiológicos, campanhas de vacinação em massa, taxas de fecundidade diminuídas e queda da mortalidade infantil. De outra parte, “[...] graças à ampliação de redes de abastecimento de água e esgoto e da cobertura da atenção básica à saúde; acelerada urbanização e mudanças nos processos produtivos, de organização do trabalho e da vida”, levaram a uma melhor qualidade que influencia diretamente na expectativa de vida.²³⁷

Toda esta nova realidade traz consigo inúmeras exigências, mormente aquelas relacionadas a propiciar, não só respeito, mas promoção da qualidade de vida deste contingente populacional.

No entanto, se por um lado é nítido o aumento de perspectiva de vida, de outro, o rápido desenvolvimento tecnológico do momento pós-moderno²³⁸ tem levado à diminuição do status social do idoso, pois a exigência de constante adequação de habilidades, conhecimentos e experiências torna sua contribuição social menos relevante.

No novo cenário, trazido pela revolução tecnológica, tudo é provisório, não há mais espaço para as verdades absolutas, a incerteza se torna uma constante. Os ambientes são instáveis, pois as receitas do passado perderam sua validade. Enfim, o tempo é da competitividade, vence o melhor, o mais ágil, o mais criativo. É preciso conseguir articular saber e fazer. Tais exigências, geradas pelo conhecimento técnico-

²³⁶ VERAS, R. *apud* MELO FERNANDES, Maria das Graças e DOS SANTOS, Sérgio Ribeiro. **Políticas Públicas e Direitos do Idoso**: desafios da agenda social do Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.achegas.net/numero/34/idoso_34>. Acesso em 10 jun. 08. p. 49-60, p. 49.

²³⁷ MINAYO *apud* MELO FERNANDES; DOS SANTOS, p. 49.

²³⁸ Pós-modernidade é aqui entendida na concepção de Stuart Hall a ser consultada na obra: HALL, Stuart. *A Identidade Cultural na Pós-Modernidade*, Rio de Janeiro: DP&A, 2000. Destacamos, no entanto, que a intenção aqui é somente situar o debate no tempo, nos distanciando, portanto, de todo o debate acerca da definição ou nomenclatura do momento atual.

científico, são mais facilmente dominadas pelos jovens. Por outro lado, poucos idosos conseguem acompanhar estas novas necessidades.

Neste jogo de relações se, por um lado, o conhecimento científico trouxe uma diversidade de benefícios, por outro, silenciou outras formas de saber, tais como a tradição e a sabedoria dos anciãos, relegada ao campo do senso comum e do preconceito.

As formas de socialização que orientam os saberes e comportamentos sociais mudaram e continuam em constante evolução, exigindo uma nova compreensão de cultura²³⁹, que acontece na tensão entre a diferença e a igualdade²⁴⁰ e exige novas estratégias hábeis a atender a sociodiversidade. Eis aí o espaço adequado ao multiculturalismo enquanto estratégia e políticas usadas para governar ou administrar problemas de diversidade e multiplicidade. No caso em análise, o lugar oportuno para avaliar e propor políticas públicas que atendam à condição especial do idoso na sociedade contemporânea.

O Estado e a sociedade têm o dever de fazer cumprir a lei, garantindo aos idosos, não só uma velhice tranqüila, mas uma vida digna. A dignidade pressupõe a condição do direito à diferença. Com a edição do Estatuto do Idoso, Lei nº: 10.741/03, o Brasil demonstrou estar no caminho desta tendência histórica, recepcionando legalmente o novo contexto que se mostra.

O estatuto está ancorado na previsão Constitucional do art. 230 que assim estabelece que “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”²⁴¹.

O artigo primeiro dá a destinação da lei e define como idoso aquele com idade igual ou superior a 60 anos²⁴². Já aí percebe-se a maior proteção que a lei busca dar ao

²³⁹ A compreensão de cultura deve estar atrelada a este novo modo de vida que se forma no conjunto dos modos de sentir, pensar e agir de uma sociedade ou comunidade; aplica-se a todas as práticas, materiais e simbólicas, do grupo ou sociedade em questão; abrange os modos de ser e fazer, as práticas corporais, as crenças, os saberes, os gostos, os hábitos e estilos, as concepções de mundo, os conceitos de natureza, de sociedade, de humanidade, de sagrado, de proibido, de obrigatório.

²⁴⁰ Sobre as tensões entre diferença e igualdade e exigência de reconhecimento, no marco do multiculturalismo, neste ponto da discussão indicamos a leitura do ensaio de Flávia Piovesan “Igualdade, diferença e Direitos Humanos: Perspectiva global e regional” (In “Igualdade, Diferença e Direitos Humanos, organizado por Daniel Sarmiento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, p. 47-76).

²⁴¹ **BRASIL.** Constituição Federal. In: Código Civil; Comercial; Processo Civil; Constituição Federal (obra coletiva). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.161.

²⁴² Acerca da crítica quanto às contradições referente às diversas posições no que tange à idade do idoso (60, 65 e 70 anos), na legislação penal, bem como no que tange a utilização do termo “igual” no referido

idoso. Ao eleger os 60 anos para caracterizar a pessoa idosa, diferencia-se da Constituição Federal que estabeleceu gratuidade do transporte coletivo urbano ao idoso identificado como aquele que possui 65 anos, e do Código Penal que, no art. 115, I, que previu 65 anos para cálculo da prescrição e para concessão de atenuante ao criminoso²⁴³. A Lei 10.741/03, deixa evidente seu caráter diferenciador e promotor, buscando ampliar a esfera de proteção no máximo possível sobre seu objeto legislativo, o idoso.

Tal proteção diferenciada a ser dada ao idoso fica evidente no art. 2º, que além de todos os direitos fundamentais inerentes a qualquer indivíduo, que caracterizaria igualdade formal, exige oportunidades e facilidades afirmativas, promotoras da igualdade material. Veja-se o dispositivo citado:

O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.²⁴⁴

Na mesma sistemática, o artigo 3º do Estatuto preceitua os principais, mas não únicos, direitos do idoso, e o dever de proteção de toda a sociedade na efetivação, com prioridade, de tais previsões. Assim estabelece o texto legal:

É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar ao idoso, **com absoluta prioridade**, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.²⁴⁵ (grifo nosso)

Inobstante os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana estejam prescritos no artigo 5º da Constituição e, como tal, são direitos que não podem e não

artigo, consulte-se NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 2. ed. São Paulo: RT. 2007. p. 615 e seguintes. Também sobre o tema DE JESUS, Damásio E.. *Novas questões criminais*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 41 e seguintes.

²⁴³ Segundo o STJ (RHC 16856-RJ, 5ª T., rel. Gilson Dipp, 02.05.2005, Dj 20.06.2005, p. 295, v.u) o prazo prescricional para réu com mais de 70 anos, previsto no art. 115 do CP, não foi alterado.

²⁴⁴ BRASIL. Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741 de 1º de Outubro de 2003). In: *Código Civil; Comercial; Processo Civil; Constituição Federal* (obra coletiva). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

²⁴⁵ Idem, *ibidem*.

devem ser violados, no caso das pessoas idosas, sua condição de diferente, devido à vulnerabilidade proporcionada pela idade avançada e pelo respeito que deve suscitar, necessariamente, tais direitos em maior proporção devem ser resguardados. Firme em tal compromisso social, as políticas públicas²⁴⁶ devem estar voltadas à promoção da cidadania do idoso com absoluta prioridade²⁴⁷.

Perceba-se que a designação de “absoluta prioridade” remete ao vértice constitucional de tratamento diferenciado, promotor, igualador materialmente e, em última instância, contramajoritário, já tratado no presente capítulo, e que é fomentado pelo ideário multiculturalista emancipatório que defende, além do reconhecimento, o direito à e na diferença²⁴⁸.

No entanto, no que se refere à eficácia, tal promoção, neste contexto de envelhecimento populacional, depende de inúmeros fatores que se interrelacionam e vão desde debates acerca da quantia de recursos dispostas pelo Estado²⁴⁹, principalmente quando se trata de setores sociais menos privilegiados, passando pela simbologia da aposentadoria que, contrária ao discurso político, revela-se em um rito de exclusão, fomentador de um forte preconceito contra os idosos, chegando às situações limite onde

²⁴⁶ Acerca do debate sobre políticas públicas sugerimos a leitura das obras: CARVALHO, Alysson. (org.). **Políticas Públicas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003. COVRE, Maria de Lourdes Manzini. **O que é Cidadania?** 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1998. (Coleção Primeiros Passos). VERAS, Renato Peixoto e CALDAS, Célia Pereira. Promovendo a saúde e a cidadania do idoso: o movimento das universidades da terceira idade. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v9n2/20396.pdf>>. Acesso em 05 jun.2009. p. 423-432.

²⁴⁷ Tais prioridades estão previstas nos incisos do referido art. 3º:I – atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população; II – preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas; III – destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso; IV – viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações; V – priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência; VI – capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos; VII – estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento; VIII – garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais; IX – prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda. Os artigos 4º, 5º, 6º e 7º tratam da proteção integral do idoso como responsabilidade de todos os órgãos do Estado, mas também de toda a sociedade, sob pena de responsabilidade.

²⁴⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Reconhecer para libertar: os cominhos do cosmopolitismo multicultural**, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 34.

²⁴⁹ Sobre o problema e a necessidade da distinção entre a verdadeira limitação de recursos e meras opções indevidas pela restrição da efetivação dos direitos, vide: INGO WALFGANE, Sarlet. A eficácia dos direitos fundamentais. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. No item sobre “A relevância econômica dos direitos prestacionais e o direito da reserva do possível” (p. 286-290). Já para aprofundamento do acerca da crise da previdência social sugere-se a obra: FORTES, Simone Barbisan e PAULSEN, Leandro. Direito da Seguridade Social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde. 2005. p. 256 e seguintes.

a tutela penal deve garantir a integridade físico-psicológica de maneira diferenciada a tal grupo.

Percebe-se a necessidade de implementação de novo referencial garantidor da igualdade material que busque resgatar a cidadania daqueles que a tiveram restringida, numa conduta de inclusão social, marcada pela solidariedade²⁵⁰, que faça uma releitura deste segmento populacional, como diferente social a ser respeitado e resguardado em sua especificidade, superando a concepção excludente construída historicamente.

Nessa função de proteção a grupos minoritários, numa postura contramajoritária, o estatuto do idoso foi pródigo ao estabelecer remédios na seara do direito penal a situações limite que visam promover, quer pela punição, quer pela reeducação, o respeito ao idoso, de modo a adicionar não só anos à vida, mas vida aos anos.²⁵¹

3.1.2.2. O Estatuto do Idoso e a tutela penal

Para demonstração da promoção diferenciada dada ao idoso pela Lei nº. 10.741 de 1º de outubro de 2003, usaremos como método a comparação entre a legislação comum e os delitos previstos no estatuto, mais especificamente o capítulo II do título VI, que trata dos crimes em espécie.

O art. 95, do Estatuto assim estabelece: “Os crimes definidos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada, não se lhes aplicando os arts. 181 e 182 do Código Penal”²⁵². De modo geral, os referidos artigos referem-se à isenção de pena nos crimes

²⁵⁰ Para uma discussão da questão da solidariedade nesse contexto, interessante a consulta às considerações de HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003, mais especificamente no item “Padrões de reconhecimento subjetivo: amor, direito e solidariedade” p. 155 e seguintes.

²⁵¹ PAIM, J.S.; ALMEIDA FILHO, apud VERAS, 2008, p. 426. Inclusive sobre a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), cabendo lembrar a íntima conexão entre questões de dignidade, igualdade e reconhecimento, que faz com que essa noção de dignidade de todo o humano se sobreponha a qualquer posição circunstancialmente ocupada por ele em sociedade. Nesse sentido se posiciona Bielenfeldt: “A inegociabilidade da dignidade implica em exata igualdade de dignidade humana, mesmo que haja diferenciação social por prestígio ou posição. A moderna busca de igualdade encontra seu fundamento ético na conscientização dessa dignidade humana que sobrepõe a todas as posições”. (BIELLENFELDT, Heiner. Filosofia dos direitos humanos. Fundamentos de um ethos de liberdade universal. Trad. Dankwart BERNSMÜLLER. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000. p. 84.)

²⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 2. ed. São Paulo: RT. 2007. p. 618.

contra o patrimônio quando cometidos em prejuízo de familiares, dentre os quais, os acedentes. Portanto, tal imunidade, quer absoluta (art. 181, CP), quer relativa (art. 182, CP) são excluídas quando a vítima é o idoso.

No que se refere à ação penal, a nova legislação estabelece que qualquer delito praticado contra idoso, de caráter patrimonial ou qualquer outro, com ou sem violência ou grave ameaça, será de ação pública incondicionada. Percebe-se que o legislador, firme na posição promotora constitucional, buscou, justamente, exigir maior presença e proteção do Estado a estes que se encontram, na leitura de Copetti Santos²⁵³, em uma das fases hipossuficientes da cadeia existencial.

O artigo 96 trata da discriminação ao idoso enquanto restrição de sua cidadania. É o texto legal: “Discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade”²⁵⁴. A pena prevista é de reclusão de seis meses a um ano e multa.

Da simples leitura pode-se abstrair que a conduta núcleo do tipo é a discriminação, que pode ser implementada, a título de exemplo, pelo impedimento ou dificuldade de seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte ou ao direito de contratar. O elemento subjetivo seria, portanto, o dolo, na vontade de rebaixar o idoso pela sua condição etária.

Há que se apontar, inclusive, que a preocupação do legislador foi tanta em proteger de forma diferenciada o idoso que no § 1º do referido artigo peca contra o princípio da taxatividade ao determinar que “Na mesma pena incorre quem **desdenhar, humilhar, menosprezar ou discriminar** pessoa idosa, por qualquer motivo” (grifo nosso)²⁵⁵. Da mesma forma do que ocorre no caput ao estabelecer a possibilidade de discriminação “por qualquer outro meio ou instrumento”, percebe-se que os verbos destacados são correlatos e abertos demonstrando inexatidão da descrição da conduta que pretendem tipificar.

²⁵³ COPETTI SANTOS, André Leonardo. A Constituição Multicultural. *In*: COPETTI SANTOS, André Leonardo & DEL’OLMO, Florisbal de Souza (org.). **Diálogo e Entendimento: Direito e Multiculturalismo & Cidadania e Novas Formas de Solução de Conflitos**. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 93 e seguintes.

²⁵⁴ NUCCI, 2007, p. 618.

²⁵⁵ NUCCI, 2007, p. 620. Sugere-se a leitura desta página acerca do desrespeito ao precipício da taxatividade.

O § 2º, por sua vez, prevê como causa de aumento de pena em um terço se a vítima de uma das condutas previstas encontra-se sob os cuidados ou responsabilidade do agente.

Importa deixar claro que tal artigo, apesar das imprecisões apontadas, encontra-se na base do debate proposto, uma vez que o legislador estabelece diferenciação promotora ao resgatar o idoso de circunstâncias que o marginalizam. Em outros termos, não basta a proteção contra a discriminação dada a todo e qualquer cidadão, necessário faz-se impedir a discriminação que surge da condição hipossuficiente do idoso.

No que se refere à omissão de socorro, o Estatuto do Idoso possui a seguinte redação:

Art. 97. Deixar de prestar assistência ao idoso, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, em situação de iminente perigo, ou recusar, retardar ou dificultar sua assistência à saúde, sem justa causa, ou não pedir, nesses casos, o socorro de autoridade pública:

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.²⁵⁶

Já o Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940) prevê para o mesmo delito penas entre 1 e 6 meses de detenção ou multa com a possibilidade de aumento, conforme o resultado, nas mesmas medidas do Estatuto. Fica evidente, mais uma vez, a diferenciação promotora, no aumento de pena nos casos em que o idoso encontra-se no pólo passivo.

O art. 98 do Estatuto trata do abandono de incapaz e tem correspondente no artigo 133 do Código Penal que fora alterado sendo-lhe acrescentado o § 3º, III que estabelece como causa de aumento de pena ser a vítima pessoa idosa. Poder-se-ia dizer que a nova lei especifica a legislação comum, tipificando como crime o abandono de idoso em hospitais ou congêneres, tais como asilos, destinados à permanência longa, ou o não provimento de suas necessidades básicas quando houver obrigação estabelecida em lei ou mandado de fazê-lo. Assim prevê a lei:

Art. 98. Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado:

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa.²⁵⁷

²⁵⁶ NUCCI, 2007, p. 620.

²⁵⁷ NUCCI, 2007, p. 622.

Parte da doutrina entende o abandono, apontado na primeira conduta que configura o tipo, como referência à falta de provimento material, conforme é reforçado pela segunda figura do tipo. Outros vão mais longe e tendem a relacionar o abandono com a desistência emocional para com o idoso. Perceba-se que, nesta última interpretação, estaria tratando-se de uma exigência do Estado para com o afeto do indivíduo que tem o dever de proteção²⁵⁸. Afora tais debates, o que resta evidenciado é a busca do legislador por garantir que o idoso não fique desamparado ou abandonado.

No que se refere aos maus tratos, a Lei n.º. 10.741, mantém as mesmas penas e agravantes, somente inclui o idoso como sujeito passivo específico. É o texto legal:

Art. 99. Expor a perigo a integridade e a saúde, **física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes** ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado:

Pena – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano e multa.

§ 1º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 2º Se resulta a morte:

Pena – reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos. (grifo nosso)²⁵⁹

Da análise sistemática percebe-se que o texto foi incrementado justamente para alcançar maior clareza e permitir ao julgador implementar a proteção na medida necessária, visto que será na situação concreta que se poderá auferir o perigo à integridade, principalmente psíquica, e às condições desumanas e degradantes.

O art.100 da lei proíbe condutas que produzam dificuldades ao idoso. Constitui crime punível com reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa, em primeiro lugar, “obstar o acesso de alguém a qualquer cargo público por motivo de idade”, e em segundo “negar a alguém, por motivo de idade, emprego ou trabalho”. Percebe-se claramente que a promoção pretendida pelo legislador, nestes dois primeiros incisos, consiste em proteger o idoso contra discriminações no mundo laborativo, garantindo-lhe o acesso ao trabalho em iguais condições às demais idades de forma a corrigir desigualdades.

O inciso terceiro do referido art. 100 estabelece como crime, punível em igual medida a recusa, retardamento, ou impor dificuldade ao atendimento ou, ainda, deixar

²⁵⁸ Mais sobre o tema consulte-se NUCCI, 2007, p. 622 e seguintes.

²⁵⁹ NUCCI, 2007, p. 624.

de prestar assistência à saúde, sem justa causa, à pessoa idosa. Visa, portanto, à proteção de qualquer forma de discriminação que tenha por causa a idade, quando do atendimento à saúde.

O inciso quarto dita como crime “deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida na ação civil a que alude esta Lei”, e coaduna-se à previsão do art. 101 a ser discutido em seguida.

Por fim, o inciso V do art. 100 volta-se ao delito de “recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil objeto desta Lei, quando requisitados pelo Ministério Público”, acerca do qual pode-se fazer um perfeito paralelo com a lei nº. 7.347 de 24 de julho de 1985²⁶⁰, que trata da ação civil pública, mais especificamente em seu art. 10 que estabelece que “Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações do Tesouro Nacional – OTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura de ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público”. Percebe-se que a pena especificada para o delito previsto na lei específica do idoso é menor, 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa, no entanto, o que se conclui é que o espírito da lei era contemplar a ação pública quando esta voltasse-se à proteção do interesse deste grupo hipossuficiente.

O Art. 101 tipifica como delito “Deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida nas ações em que for parte ou interveniente o idoso”, semelhante à previsão do art. 330 da legislação comum que tipifica a conduta de desobediência à ordem legal de funcionário público. No entanto, a pena para este delito é de detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa, enquanto para aquele é detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa, deixando evidente a busca de maior proteção quando no pólo passivo figura o idoso.

Já o art. 102, da lei em comento, volta-se à apropriação indébita, estabelecendo que “Apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento do idoso, dando-lhes aplicação diversa de sua finalidade”, constitui crime com pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa. Semelhante ao que estabelece o art. 168 do Código Penal, de forma a aparentar que o legislador quis melhorar a redação, incluindo no tipo a conduta de quem desvia, e estabelecer, expressamente, o idoso como sujeito passivo.

²⁶⁰ Inclusive, no art. 93, o legislador a indica como subsidiária do estatuto em comento.

A previsão tipificadora do art. 103 volta-se aos locais apropriados ao acolhimento de idosos e configura-se quando o responsável exige a outorga de procuração, provavelmente, para que este administre seus bens ou receba seus proventos ou pensão como garantia do custeio da estada, e, diante da negativa, nega-lhe acolhida. A pena prevista é de detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

Por sua vez, o art. 104 prevê como crime “Reter o cartão magnético de conta bancária relativa a benefícios, proventos ou pensão do idoso, bem como qualquer outro documento com objetivo de assegurar recebimento ou ressarcimento de dívida”²⁶¹, para o qual estabelece a pena detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa. Seguindo a mesma sistemática, buscando indicar a promoção do idoso na legislação penal que vise assegurar a igualdade material deste com as outras faixas etárias, pode-se fazer um comparativo com o art. 345 do Código Penal que possui a seguinte legislação: “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência”. Tal delito, conforme o parágrafo único do mesmo artigo, se não for utilizada violência, somente se procede mediante queixa.

Mais uma vez resta evidente a maior proteção dada ao idoso, a ser lida pelo viés multicultural e contramajoritário que fundamenta a necessidade, para além de uma igualdade formal, de ações afirmativas por parte do Estado na implementação de políticas públicas voltadas à correção de circunstâncias historicamente construídas.

O art. 105 visa proteger a imagem e a honra do idoso ao estabelecer como crime punível com pena de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e multa à conduta de “Exibir ou veicular, por qualquer meio de comunicação, informações ou imagens depreciativas ou injuriosas à pessoa do idoso”. O tipo busca garantir a não depreciação do idoso, por isso pune a vontade de menosprezar, diminuir, atacar seu amor próprio²⁶², promovendo, de outra parte, o respeito, ainda que forçado e, em última análise, a reconstrução cultural da imagem do idoso.

O artigo 106 da Lei nº. 10.741 volta-se à proteção dos bens do idoso em face daqueles que podem, usando-se de má fé e da condição de fragilidade própria da idade, induzi-lo a conferir direitos de administração²⁶³. Nos termos específicos da lei, constitui

²⁶¹ NUCCI, 2007, p. 632.

²⁶² NUCCI, 2007, p. 633.

²⁶³ Poder-se-ia fomentar uma aproximação com o delito de “Abuso de incapaz” previsto no Art. 173 do CP que prevê como crime “Abusar, em proveito próprio ou alheio, de necessidade, paixão ou inexperiência de menor, ou da alienação ou debilidade mental de outrem, induzindo qualquer deles à

crime “Induzir pessoa idosa sem discernimento de seus atos a outorgar procuração para fins de administração de bens ou deles dispor livremente”, com pena de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Já a previsão do art. 107 do Estatuto do Idoso preocupa-se com o crime de coação estabelecendo para aquele que coage, de qualquer modo, o idoso a doar, contratar, testar ou outorgar procuração, pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. Previsão que se aproxima do art. 158 do Código Penal, que possui a seguinte redação: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar fazer alguma coisa: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa”.²⁶⁴

Fica evidente que o delito quando praticado em face do idoso não exige violência ou grave ameaça, provavelmente porque o legislador entendeu que o idoso já está em condição de hipossuficiência. Também pela inexigibilidade de tais circunstâncias estaria justificada a pena menor na previsão da lei especial.

Por fim, o último delito previsto no capítulo que trata dos crimes em espécie, está consubstanciado na redação do art. 108 da Lei nº. 10.741 e possui a seguinte redação: “Lavar ato notarial que envolva pessoa idosa sem discernimento de seus atos, sem a devida representação legal: Pena – reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos”.²⁶⁵

Perceba-se no termo destacado que o núcleo do tipo exige a conduta formal concretizada em documento, ata notarial, que é produzido pelo tabelião, que tem como sujeito passivo o idoso sem discernimento e sem a devida representação legal, e sujeito ativo o notário que age intencionalmente. Desta leitura conclui-se que o tipo em comento, ainda que distantemente, assemelha-se à corrupção passiva prevista no art. 317 do Código Penal, embora não se faça qualquer menção a recebimento de vantagem. Certo é que, a pena de até quatro anos é severa, dando a entender que o legislador apontou com clareza ao serventuário a necessidade de proteção aos interesses do idoso.

Encerrando a previsão dos crimes, ainda que posto nas disposições finais e transitórias, mas devido a seu conteúdo, claramente tipificador²⁶⁶, o art. 109 estabelece que “Impedir ou embaraçar ato do representante do Ministério Público ou de qualquer

prática de ato suscetível de produzir efeito jurídico, em prejuízo próprio ou de terceiro” e estabelece como pena reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

²⁶⁴ Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em 08.02.10.

²⁶⁵ NUCCI, 2007, p. 635.

²⁶⁶ É opinião de NUCCI, p. 636, que o artigo em comento deveria ter sido posto no título específico voltado aos crimes em espécie.

outro agente fiscalizador²⁶⁷, deve ser punido com pena de reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

Acerca do referido artigo, é fácil perceber a aproximação dos artigos 100, V, e 101, da mesma lei e, conforme apontado quando da discussão deste, assemelha-se ao delito de desobediência e exige o dolo consubstanciado na vontade de prejudicar. De qualquer forma, resta evidente, inclusive na pena maior que aquela prevista no art. 330 do Código Penal, que o legislador quis diferenciar para melhor proteger o idoso.

Em termos gerais, conforme apontado nesta parte específica do estudo, a relevância da questão do idoso para a sociedade decorre de diversas determinantes, demográficas, econômicas e, principalmente, culturais, de forma que a necessidade de implantação de políticas dirigidas especificamente a sua promoção é visível. Neste sentido, o presente constitucionalismo dirigente exige um posicionamento contramajoritário que propicie um espaço privilegiado de promoção do idoso enquanto diverso e específico na sua condição. Firme nesta postura, as ações afirmativas devem estar fundadas na cultura do diverso, do multi, logo, no multicultural. No que se refere a tal postura, na área específica do direito penal, por todo o elencado, o Estatuto do Idoso mostra-se ferramenta adequada ao reconhecimento e igualação material do idoso.

O Código Penal foi alterado em diversos artigos deixando evidente que toda a sistemática deve buscar uma maior proteção ao idoso. Ao art. 61 foi incluída a alínea h, ao inciso II, que prevê como circunstância agravante da pena ter o agente cometido o crime contra idoso. Já a previsão do homicídio, disposto no art. 121, foi acrescentado o 4º que prevê como causa de aumento de pena em 1/3 (um terço), se o crime é praticado contra pessoa maior de sessenta anos. Ao art. 133, que trata do delito de abandono de incapaz, foi acrescentado como causa de aumento de pena, ser a vítima maior de 60 (sessenta) anos (§ 3º, o inciso III).

Na mesma linha, aos crimes contra a honra, exceto no caso de injúria, passa a ser causa de aumento de pena ter o delito sido praticado contra pessoa maior de sessenta anos (art. 141, IV). Ao delito de seqüestro e cárcere privado (art. 148) foi incluído aqueles com pena mais severa se a vítima é idosa (§ 1º, I). No mesmo sentido, ao delito de extorsão mediante seqüestro, foi acrescentado como causa de maior pena ser o seqüestrado maior de sessenta anos (Art. 159, § 1º). Por fim, alterou o Código Penal, também, no que se refere ao delito de abandono material, tipificando em tal delito

²⁶⁷ NUCCI, 2007, p. 636.

deixar, sem justa causa, de prover a subsistência de idoso, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente (art. 244).

No que se refere às leis esparsas, ao art. 21 da Lei das Contravenções Penais, que trata do delito de vias de fato, foi acrescido o parágrafo único que estabelece como causa de aumento de pena ser a vítima idosa. Já a Lei 9.455/97, que trata do delito de tortura, teve ao art. 1º, § 4º, acrescido o inciso II, que estabelece que se o crime é cometido contra pessoa maior de sessenta anos a pena é aumentada de um sexto até um terço.

Por fim, a lei 10.048/2000 estabeleceu, em seu § 1º, o idoso como um dos grupos de pessoas que devem ter atendimento prioritário, tal como já apontado na previsão do art. 3º do Estatuto em comento que, por sua vez, deixa claro o tratamento diferenciado exigido pela Constituição, de modo a promover a igualdade material, numa postura contramajoritária, forte no posicionamento multicultural emancipatório.

3.1.3 A proteção aos vulnerabilizados pela cor na Lei nº. 7.716 de 5 de janeiro de 1989 (“Lei contra o crime de racismo”).

Na análise da postura contramajoritária do Direito Penal, adequada à promoção de grupos vulneráveis e implementação da igualdade material, volta-se a pesquisa àqueles que são vulnerabilizados pela cor ou raça, mais especificamente os afro-descendentes²⁶⁸, e ao aparato normativo especial de proteção a eles destinado.

O relatório sobre a inserção das diferentes cores ou raças no mercado de trabalho realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre, aponta alguns dados contundentes na análise da desigualdade resultante do preconceito²⁶⁹. Segundo a pesquisa, das 40,7 milhões de pessoas com 10 anos ou mais de idade nas seis regiões

²⁶⁸ Convém breve aparte acerca de outros tantos grupos sofrem igual ou maior discriminação, a exemplo dos indígenas. Contudo, a presente pesquisa optou, por questões didáticas, por se voltar tão somente aos afro-descendentes, deixando apontado que não desmerece, nem tampouco subestima em importância, debates voltados a estes outros grupos.

²⁶⁹ Todos os dados apresentados nesta parte introdutória tem como fonte a pesquisa dos Indicadores de cor ou raça, segundo a Pesquisa Mensal de Emprego março de 2009, disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/marco2009.pdf > Acesso em 05.02.2010.

metropolitanas investigadas a população composta pelas pessoas declaradas pretas ou pardas representava 42,8%, sendo que a maior proporção é encontrada na Região Metropolitana de Salvador (82,7%) e a menor em Porto Alegre (12,6%).

As diferenças se evidenciam imediatamente quando se analisa a população desocupada, conforme a mesma pesquisa do IBGE. Embora a soma de pretos ou pardos signifique 45,3% da população em idade ativa, a população desocupada representa 50,5%. A desigualdade fica evidente na taxa de desocupação, que para negros e pardos é de 10,1%, portanto, bem maior que a de brancos, para quem a taxa é de 8,2%.

Outro elemento demonstrativo da discriminação construída historicamente para com determinadas cores e raças é o patamar de frequência à escola e grau de instrução. Segundo dados do IBGE, em março de 2009, 5,5% das pessoas pretas ou pardas com 10 a 17 anos de idade não freqüentavam escola (entre os brancos o percentual era de 4,8%) e 10,0% das que tinham acima de 18 anos freqüentavam ou já freqüentaram curso de nível superior (28,7% para os brancos).²⁷⁰

Para aqueles que, porventura, possam alegar que se trata de condições circunstanciais, cabe destacar que em 2003 era de 14,4% a taxa de desocupação dos que se declararam pretos ou pardos e de 10,6% para brancos. De outra parte, a diferença na escolarização²⁷¹ da população em idade ativa sempre foi inferior para pretos ou pardos. Naquele mesmo ano, a média era de 7,6 anos de estudo, bem inferior à população branca, que tinha, em média, 9,1 anos. Tais dados, de 2003, se comparados aos de 2009, indicam um melhoramento, tanto no nível de desocupação quanto no cesso à educação, mas também deixam patente a permanência da discriminação entre as cores e raças como fato histórico na cultura brasileira.

Outros elementos de comparação que servem como patamar numérico para auferir a desigualdade relativa à cor ou raça é a característica do trabalho prestado e a remuneração de cada um dos grupos, conforme auferem-se dos dados estatísticos trazidos à colagem:

Considerando as características de trabalho, por posição na ocupação, a categoria de trabalhadores domésticos foi a que apresentou a maior

²⁷⁰

Disponível

em:

<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/marco2009.pdf>
Acesso em 05.02.2010.

²⁷¹ Mais informações acerca das diferenças de escolaridade ente brancos e afro-descendentes podem ser encontradas no capítulo de autoria de Luiz Fernando Martins Silva, disponível na obra: SANTOS, Renato Emerson dos e LOBATO, Fátima. (org.). **Ações afirmativas**: Políticas Públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. p. 62-63.

participação de pretos ou pardos (61,6%). Por grupamento de atividade, no total das seis regiões metropolitanas, a construção e os serviços domésticos foram os que mostraram predominância dos pretos ou pardos, ou seja, 59,6% das pessoas ocupadas na construção e 61,6% das pessoas ocupadas nos serviços domésticos pertenciam a esse grupo em março de 2009. Em relação aos rendimentos habituais, destacou-se que os pretos ou pardos recebiam em março de 2009, em média, R\$ 847,71, ou 51% do rendimento auferido pelos brancos (R\$ 1.663,88).²⁷²

Segundo apontado por Sales Augusto dos Santos, retomando pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha, 89% dos brasileiros concordam que a sociedade é racista, mas somente 10% admitem ser, eles mesmos, racistas. E, continuando sua argumentação, retoma Valter Roberto Silvério argumentando que “o problema é que, no Brasil, não se assume que as desigualdades sociais têm um fundamento racial, que influi de maneira decisiva nas variações encontradas nos indicadores relativos à renda, à educação e à saúde da população brasileira.”²⁷³

Neste sentido, justamente, a intenção na demonstração numérica dos diferenciais relativos à cor ou raça, é deixar evidenciado porque a pesquisa tratará da necessidade de implementação de ações afirmativas por parte do Estado voltadas à promoção de afro-descendentes. Quando a legislação volta-se à proteção e busca de igualação daqueles discriminados em virtude da cor ou raça, coloca sobre seu manto todo e qualquer um que esteja nessa condição de inferiorização. No entanto, se a realidade historicamente construída e demonstrada em pesquisas oficiais dão conta de que um determinado grupo é preterido, deve-se crer que a legislação, quando da implementação de aparatos normativos voltados exclusivamente ao tema, tenha a pretensão de promover a este grupo assegurando-lhe a isonomia pela lei.²⁷⁴

²⁷²

Disponível

em:

<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/marco2009.pdf>

Acesso em 05.02.2010.

²⁷³ SANTOS, Sales Augusto dos. Ações afirmativas e mérito Individual. *In*: SANTOS e LOBATO, 2003. p. 86. Neste mesmo sentido está o reconhecimento da declaração de Durban, no seu art. 2º: “Reconhecemos que o racismo, a discriminação racial, a xenofobia e as formas correlatas de intolerância são produzidas por motivos de raça, cor, descendência, origem nacional ou étnica, e que as vítimas podem sofrer formas múltiplas ou agravadas de discriminação por outros motivos correlatos, como o sexo, o idioma, a religião, opiniões políticas ou de outra índole, origem social, situação econômica, nascimento ou outra condição.”

²⁷⁴ Para implementar todo o debate da igualdade racial o governo instituiu a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial - PNPIR através do Decreto nº 4.886, de 20 de novembro de 2003, que tem por fim “[...] impulsionar de modo especial **segmento que há cinco séculos** trabalha para edificar o País, mas que continua sendo o alvo predileto de toda sorte de mazelas, discriminações, ofensas a direitos e violências, material e simbólica” (Destaque aposto. Texto disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/2003/D4886.htm> Acesso em 08.02.10). Percebe-se que,

As ações afirmativas são entendidas como o conjunto de ações concebidas para o combate à discriminação racial, bem como para corrigir os efeitos no presente da discriminação praticada no passado, através da concretização da igualdade de acesso aos bens fundamentais²⁷⁵. Neste sentido a argumentação de D'adesky:

O reconhecimento da pluralidade de culturas no seio das sociedades e a instauração de medidas concretas para remover a participação social e econômica dos grupos culturais minoritários ou das comunidades étnicas depreciadas, como demandas do multiculturalismo democrático, visam exatamente que a diversidade étnica e cultural da população seja respeitada e garantida, sem implicar tentativas de depreciar ou eliminar esses grupos. Em termos de pessoa humana, o multiculturalismo possibilita que o indivíduo venha a se identificar segundo seus próprios critérios, de forma que possa ser reconhecido pelo que é, sem ser obrigado a se fazer passar pelo que não é.²⁷⁶

Conforme já apontado no decorrer da pesquisa, as ações afirmativas buscam, diferente das políticas governamentais antidiscriminatórias que se caracterizam por seu caráter meramente reparatório, evitar a discriminação agindo nas práticas culturais de modo a implementar a igualdade de oportunidades entre todos. Sobre o tema pronunciou-se o Ministro do STF, Joaquim Barbosa:

[...] as ações afirmativas têm natureza multifacetária e visam evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por normas de aplicação geral ou específicas, ou através de mecanismos informais, difusos e estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente conhecido – o da igualdade de oportunidades a que serem humanos têm direito.²⁷⁷

O debate legal acerca do racismo ganha força no mundo a partir da Declaração e do Plano de Ação da III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e Intolerâncias Correlatas, em Durban, na África do Sul, em setembro de 2001. Deixando clara a responsabilidade dos Estados para com os danos

apesar de se falar de promoção à igualdade entre as raças, fica evidente na alusão dos “cinco séculos” que são os afro-descendentes o objeto da Política, portanto, carentes de igualação.

²⁷⁵ SILVA, Luiz Fernando Martins da. Ações Afirmativas e cotas para afro-descendentes: algumas considerações sociojurídicas. In: SANTOS e LOBATO, 2003. p. 63.

²⁷⁶ D'ADESKY, Jacques. **Pluralismo étnico e multi-culturalismo**: racismos e antiracismos no Brasil. Rio de Janeiro: Pallas, 2001. p. 236.

²⁷⁷ BARBOSA, Joaquim In: GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. p. 41.

gerados aos descendentes das populações historicamente escravizadas, a implementação da reparação deveria ser propiciada através de ações afirmativas voltadas à correção das desigualdades raciais e à promoção da igualdade de oportunidades.

No mesmo direcionamento de Durban, foi sancionado pelo presidente Luis Inácio Lula da Silva Deputados o Estatuto da Igualdade Racial que teve como base

o Projeto de Lei nº. 3.198, de 2000, de autoria do então Deputado Federal Paulo Paim (PT/RS).

Portanto, seguindo a linha firmada em Durban e reforçada no texto do Estatuto da Igualdade Racial, a adoção de ações afirmativas já não é faculdade do Estado. Isso fica evidente no texto constitucional de 1988 que tem como fundamento a formação de um Estado democrático pluralista, multicultural, sem discriminações, que volte suas ações para superação das desigualdades. Neste viés, a efetivação do conceito de igualdade substantiva depende da possibilidade de implementação de uma sociedade igualmente pluriétnica e multicultural, e isso é responsabilidade do Estado.

A legislação brasileira é profícua na proteção e promoção dos grupos minoritários, conforme já amplamente demonstrado. No que tange as questões de raça e cor, o direito à diferença pode ser percebido, dentre outros, na disposição dos artigos 1º, III; 3º, I, III e IV; 4º, II e VIII; 5º, *caput* e XLI; 7º, XXX; 23, X e 70, VII da Constituição Federal, além de diversas legislações infraconstitucionais. Destaque, no entanto, por estarem diretamente relacionados ao objeto da pesquisa, deve ser dado ao artigo 5º, inciso XLII, da Carta que prevê que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”²⁷⁸, e à Lei nº. 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, modificada em seus artigos 1º e 20º pela Lei 9.459/97, que também acrescentou o § 3º

²⁷⁸ **BRASIL.** Constituição Federal. In: Código Civil; Comercial; Processo Civil; Constituição Federal (obra coletiva). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 09. A autoria do inciso constitucional é do deputado Carlos Alberto Caó, por isso ficou conhecida como **Lei Caó**, sobre o que se pronunciou o Deputado Ulisses Guimarães, então Presidente da Assembléia Nacional Constituinte: “A Assembléia Nacional Constituinte, ao aprovar a emenda de autoria do Deputado Carlos Alberto Caó, em sessão por mim presidida a 2 de Fevereiro de 1988, adotou decisão histórica, sem precedente na vida da República, que assentará as bases institucionais para afirmar o **caráter heterogêneo, plurirracial e pluricultural do Estado, da Sociedade e da Economia Brasileira**. A emenda Caó, dispondo que “a prática do racismo constitui crime inafiançável, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”, obteve uma ampla votação, 520 votos favoráveis, 2 contrários e uma abstenção. Pela sua expressão, esse resultado consagra o desempenho do jovem parlamentar fluminense na Assembléia Nacional Constituinte. A aprovação da emenda Caó representa uma significativa contribuição à convivência democrática” (destaque apostro). Disponível em: <<http://www.pdt.org.br/partido/cao2.htm>> acesso em 08.02.2010.

ao art. 140 do Código Penal, tipificando a injúria com utilização de elementos relacionados à raça, à cor, à etnia, à religião ou à origem.

Já a previsão constitucional merece destaque no direcionamento diferenciado que dá à legislação infraconstitucional que deverá lhe proceder e implementar. Quando determina, de forma extraordinária, que o crime resultante da prática de racismo, está sujeito sempre à pena de reclusão e mais do que isso, é um crime inafiançável e mais ainda, um crime imprescritível, está desde já dando um tom totalmente diferenciado a tudo o que vier a tratar de tal questão. Diferente da quase totalidade dos delitos previstos legalmente, alguns atingindo bens necessariamente mais valiosos, como a vida, por exemplo, atingiram essa severidade de trato.

É obvio que não se está desmerecendo a gravidade do delito, mas deve-se admitir que o direito de punir do Estado seja limitado no tempo, como garantia aos indivíduos que o compõem. Pois bem, se tal limitação não foi atendida deve-se entender que o bem a ser protegido ou, mais adequadamente à linha de argumentação que se queira resgatar, seja deveras valioso e carente de promoção.

Destaca-se, ainda, que em situação de flagrância a prisão é inafastável, assim como o regime do cumprimento inicial de cumprimento da pena, em caso de condenação, fica vinculado à previsão constitucional.

Em decorrência, a Lei nº. 7.716 regulamenta no plano ordinário da seara penal a vontade do legislador constituinte. Já no artigo primeiro direciona a matéria criando um tipo genérico que define que serão punidos os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Tal previsão passa a ser detalhada mais objetivamente nas ações enquadradas como discriminatórias nos verbos tipificadores que seguem: “negar”, “impedir”, “obstar”, “interromper”, “constranger”, “restringir”, “dificultar” o exercício de direitos. É o que se abstrai dos tipos penais:

Art. 3º **Impedir ou obstar** o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos.

[...]

Art. 4º **Negar ou obstar** emprego em empresa privada.

[...]

Art. 5º **Recusar ou impedir** acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador.

[...]

Art. 6º **Recusar, negar ou impedir** a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau.

[...]

Art. 7º **Impedir** o acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem, ou qualquer estabelecimento similar.

[...]

Art. 8º **Impedir** o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público.

[...]

Art. 9º **Impedir** o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos esportivos, casas de diversões, ou clubes sociais abertos ao público.

[...]

Art. 10. **Impedir** o acesso ou recusar atendimento em salões de cabelereiros, barbearias, termas ou casas de massagem ou estabelecimento com as mesmas finalidades.

[...]

Art. 11. **Impedir** o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escada de acesso aos mesmos:

[...]

Art. 12. **Impedir** o acesso ou uso de transportes públicos, como aviões, navios, barcas, barcos, ônibus, trens, metrô ou qualquer outro meio de transporte concedido.

[...]

Art. 13. **Impedir ou obstar** o acesso de alguém ao serviço em qualquer ramo das Forças Armadas.

[...]

Art. 14. **Impedir ou obstar**, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar e social.²⁷⁹ (destaque apostro)

Parece que o legislador angariou, na realidade social, as condutas lesivas e, nos tipos penalizados, buscou abarcar o maior número de ações possíveis, na busca de impedi-las. Destaca-se, também, que as previsões deixam clara a exigência do dolo como elemento subjetivo, ou seja, é preciso que a intenção seja, justamente, discriminar em razão da cor ou raça.

Na contrapartida está o bem tutelado, ou seja, a igualdade de todos diante da lei, e a intenção última de mudar a conduta social, ou garantir uma nova postura desprovida de preconceito, ainda que por medo da punição, portanto, a igualdade pela lei.

Previu, ainda, como práticas preconceituosas, a indução ou o incitamento à discriminação, bem como a fabricação de símbolos que a tanto se prestem, circunstâncias que terão pena agravada se utilizarem meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza.

Quanto às penas, variam de um a cinco anos de reclusão, com alguns casos de multa e, em se tratando de servidor público, perda do cargo ou função pública, e sendo particular, suspensão do funcionamento do estabelecimento por até três meses.

²⁷⁹ Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L7716.htm>>. Acesso em 08.02.10

Conforme já apontado, a Lei 9.459/97 acrescentou o § 3º ao art. 140 do Código Penal tipificando a injúria com utilização de elementos relacionados à raça, cor, etnia, religião ou origem. Tal alteração merece cuidado por estar relacionada à matéria em análise. Neste sentido, apropriada é a doutrina de Damásio de Jesus:

O art. 2º da Lei nº. 9.459, de 13 de maio de 1997, acrescentou um tipo qualificado ao delito de injúria, impondo penas de reclusão, de um a três anos, e multa, se cometida mediante 'utilização de elementos referentes a raça, cor, religião ou origem'. A alteração legislativa foi motivada pelo fato de que réus acusados da prática de crimes descritos na Lei nº. 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (preconceito de raça ou de cor), geralmente alegavam ter praticado somente injúria, de menor gravidade, sendo beneficiados pela desclassificação. Por isso o legislador resolveu criar uma forma típica qualificada envolvendo valores concernentes à raça, cor, etc., agravando a pena. [...] chamar alguém de 'negro', 'preto', 'pretão', 'negrão', 'turco', 'africano', 'judeu', 'baiano', 'japa' etc., desde que com vontade de lhe ofender a honra subjetiva relacionada com cor, religião, raça ou etnia, sujeita o autor a uma pena mínima de um ano de reclusão, além de multa.²⁸⁰

Percebe-se que a matriz motivadora, tanto das tipificações da lei específica, quanto no Código Penal ao cuidar do crime de injúria qualificada pela utilização de elementos referentes à raça, à cor, à etnia, à religião ou à origem, encontra-se na intenção constitucional de proteção diferenciada a ser garantida aqueles que são inferiorizados por terem ou pertencerem a algum destes grupos.

De outra parte, a contramajoritariedade é percebida na maior proteção evidenciada na duração e na espécie da pena, que deixa de ser a de detenção e passa a ser de reclusão, portanto, mais severas sempre que presente a discriminação em razão da raça ou cor.

Na injúria qualificada prevista no já mencionado art. 140, § 3º, do Código Penal, a pena deixa de ser de detenção, de um a seis meses, ou multa, da injúria simples, e passa a ser de reclusão de um a três anos e multa. Além da pena, o que salta aos olhos é a previsão de reclusão já comentada. Perceba-se que um xingamento voltado à cor de pele ou à raça de alguém pode propiciar uma prisão em flagrante.

Da mesma forma os tipos previstos da Lei em comento diretamente voltada à criminalização de condutas racistas, são severos tanto no regime quanto nas penas, uma

²⁸⁰ DE JESUS, Damásio. **Código Penal anotado**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998 p. 437. Consulte-se, nesta mesma linha: DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 305: "comete o crime do art. 140, § 3º, do CP, e não o delito do art. 20 da Lei nº. 7.716/89, o agente que utiliza palavras depreciativas referentes à raça, cor, religião ou origem, com o intuito de ofender a honra subjetiva da vítima".

vez que negar-se a cortar o cabelo de alguém devido a sua cor ou raça, por exemplo, pode levar a uma prisão em flagrante e a condenação a uma pena de até três anos. De outra parte, negar-se a cortar o cabelo porque o indivíduo está fora dos padrões estéticos de beleza, sem ligação nenhuma com sua raça ou cor, provavelmente, não teria nenhum efeito na área penal.

Clara e inequívoca é a intenção de punir as condutas que se prestem a desestabilizar as relações pessoais em decorrência de atitudes preconceituosas, mas também, de promover nova mentalidade e reeducar, modificando os traços históricos que marcaram negativamente a cultura nesse sentido. Nesta busca de alteração cultural, de fomento do respeito à diferença, está presente a perspectiva multicultural como ferramenta de resgate e promoção à igualdade daqueles que são inferiorizados pela cor.

3.1.4 A proteção da Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990 (“Estatuto da Criança e do Adolescente”).

Para se entender a importância da mudança na legislação voltada à criança e ao adolescente, tanto na Constituição Federal como no Estatuto da Criança e do Adolescente, que a implementou, devem eles ser tomados como projetos políticos de transformação da realidade vigente. Na época buscou-se atender ao quadro de violência a que as crianças e adolescentes estavam submetidos, na realidade social brasileira e que, por sinal perdura.

Violência deve ser entendida como um fenômeno gerado na estrutura dos processos sociais, daí denominá-la violência estrutural, pois brota a partir da realidade socioeconômica e da política de desigualdades das classes e grupos sociais. Mais que isso, trata-se de uma violência cultural que se manifesta nas relações de dominações raciais, étnicas, dos grupos etários e familiares.

A título exemplificativo, segundo dados do IBGE de 1992²⁸¹, em 1990 53,5% das crianças e adolescentes brasileiros, entre 0 e 17 anos, encontravam-se em famílias com renda mensal de até 1/2 salário mínimo *per capita*. Eram, portanto, 32 milhões de crianças e jovens vivendo em situação de pobreza e miséria. Mais que isso, apenas

²⁸¹ Todos os dados aqui constantes no parágrafo referem-se ao censo do IBGE de 1992, disponíveis em: <<http://www.ibge.gov.br>> Acesso em 10.02.10.

45,1% da população infanto-juvenil, naquele ano, viviam em domicílios com abastecimento de água ligado à rede geral com canalização interna, e instalação sanitária ligada à rede geral ou à fossa séptica; 14,4% dos jovens entre 10 e 14 anos eram analfabetos e apenas 20% dos alunos matriculados na 1ª série, na década de 80, conseguiram chegar à 8ª série; 7 milhões e meio de crianças e adolescentes, entre 10 e 17 anos, trabalhavam em ocupações de baixa remuneração e qualificação, além de carga horária elevada que tornavam impossível conciliar estudo e trabalho.

Ainda segundo dados do Suplemento da PNAD, também do IBGE, no ano de 1990, mais de 1 milhão de pessoas declararam-se vítimas de agressão física. Desse universo, 19,48% eram crianças e adolescentes, sendo 66,05% meninos e 33,95% meninas, na faixa etária de 0-17 anos (em torno de 41% da população brasileira). No que se refere ao agente agressor, em 39,82% dos casos eram pessoas conhecidas, 35,56% eram desconhecidas, 19,01% eram parentes e 4% eram policiais.²⁸²

Essa era a realidade de violência estrutural, que caracterizava a vida das crianças e adolescentes quando da implementação do Estatuto a ele voltados, demonstrando que ele inaugurou uma nova postura do Estado frente a estes inferiorizados em virtude da tenra idade.

A Constituição Federal motivada por esta realidade interna e por diversas normatizações internacionais²⁸³, deu uma nova perspectiva ao direito a ser aplicado a Crianças e Adolescentes, principalmente por ter determinado a solidariedade e simultaneidade da responsabilidade por parte da família, da sociedade e do Estado na promoção, proteção e preservação, com absoluta prioridade, dos direitos fundamentais de Crianças e Adolescentes. Tais direitos voltam-se ao respeito ao direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão²⁸⁴.

²⁸² Dados disponíveis em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88391999000400007&script=sci_arttext> Acesso em 13.02.10.

²⁸³ Tais como a Resolução 1.386 da ONU conhecida como Declaração dos Direitos da Criança (de 20 de novembro de 1959), as Regras mínimas das Nações Unidas para administração da Justiça da Infância e da Juventude, chamada de Regras de Beijing, documentadas na Resolução 40/33 da ONU (de 29 de novembro de 1985) e as Diretrizes das Nações Unidas para prevenção da Delinquência Juvenil, também conhecidas como diretrizes de Riad (de 1º de março de 1988).

²⁸⁴ É a previsão do art. 227 da Constituição Federal: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi instituído pela Lei 8.069 no dia 13 de julho de 1990 e regulamenta os direitos das crianças e dos adolescentes e, por seu turno, traduz o alinhamento constitucional, propondo uma profunda mudança cultural, conforme deixa claro em seu Art. 3º, quando menciona que

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.²⁸⁵

Percebe-se que a lei infraconstitucional parte dos direitos fundamentais e, demonstrando coadunação ao vértice pretendido na Carta, coloca a criança e o adolescente como pessoas em desenvolvimento, portanto carentes de proteção diferenciada de todo um conjunto sistematizado de ações. É o que se depreende do conteúdo do art. 1º, que assim disciplina à doutrina o chamado princípio da proteção integral, regendo que “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”²⁸⁶. Pela integralidade pretendida, compreende-se, justamente, a implementação de medidas aptas a proteger, prioritariamente, todas as etapas da vida destes que se encontram, usando os termos de Copetti Santos²⁸⁷, em uma das fases hipossuficientes da cadeia existencial.

Vale destacar que, na base principiológica que rege o ECA, faz-se presente de modo central, portanto, a proteção integral, que garante tratamento diferenciado em face de sua condição de pessoa em desenvolvimento, aliado ao princípio da garantia de prioridade²⁸⁸, que corresponde, entre outras proteções, à primazia no atendimento nos serviços públicos e ou de relevância pública, preferência na formulação de políticas sociais públicas e destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. Também destacável na interpretação da Lei em

familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

²⁸⁵ ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.6.

²⁸⁶ ISHIDA, 2009, p.01.

²⁸⁷ COPETTI SANTOS, 2009, p. 93 e seguintes.

²⁸⁸ Acerca da prioridade de atendimento, pode-se consultar tudo o que já foi dito no tocante ao idoso, uma vez que a proteção pretendida assemelha-se. Neste sentido, a título de curiosidade, que não deixa de evidenciar elemento de afirmação de nossa compreensão acerca da contramajoritariedade dos instrumentos normativos em análise, inclusive quando volta-se à área penal, pode-se facilmente perceber a aproximação entre a Lei n. 10.741 (Estatuto do Idoso) e a Lei n. 8.069 em comento, inclusive nos artigos 4º e 10º do Estatuto do Idoso, são cópias fiéis dos artigos 5º e 15 do ECA, respectivamente, alterando-se, obviamente, os indivíduos a que se destinam.

comento, o princípio da prevalência do interesse do menor, previsto no art. 6º, que determina que a interpretação dada ao Estatuto sempre deverá tender aos interesses da criança e do adolescente²⁸⁹. Neste sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente

[...] provocou uma reorientação das políticas de atenção à infância no Brasil. [...] definiu novas diretrizes e ampliou a noção de direitos da criança e do adolescente. A doutrina da situação irregular deu lugar aos princípios da proteção integral e prioridade absoluta, segundo os quais garantir os direitos de toda a criança e de todo o adolescente, independente da situação em que se encontrem, é dever que tem que ser tratado com prioridade pelo Estado, pelas famílias e pela sociedade.²⁹⁰

Já nesta previsão da proteção integral, com total prioridade e prevalência do interesse da criança e do adolescente, encontra respaldo o debate proposto, para afirmar o acolhimento no Estatuto da postura contramajoritária da Constituição, ao propor-se a dar tratamento diferenciado, promovendo, como forma de garantia da igualdade pela lei. É o entendimento de Ishida quando doutrina que “[...] o Estatuto da Criança e do Adolescente perfilha a ‘doutrina da proteção integral’, baseada no reconhecimento de direitos especiais e específicos de todas as crianças e adolescentes.”²⁹¹

Voltando ao texto legal, em termos de definição, considera-se criança a pessoa de até doze anos de idade incompletos, conforme prevê o art. 2º da Lei 8.069/90, e adolescente a pessoa de 12 anos completos a 18 anos incompletos.

Dividido em 2 livros, o ECA trata, em sua primeira parte, da proteção dos direitos fundamentais à pessoa em desenvolvimento e, no segundo, dos órgãos e procedimentos protetivos. Os crimes, interesse da pesquisa por apresentarem o tratamento diferenciado propiciado na área penal, encontram-se na segunda parte, título VII, capítulo I, seção II.

Adentrando na seara mais afim, as condutas descritas como crime ou contravenções penais, quando praticadas por adolescente, são consideradas como ato

²⁸⁹ Como não se trata de interesse direto da presente pesquisa, apenas a título de apontamento, podem ser identificados, dentre tantas, algumas outras inovações reveladoras da postura protetora e promotora do ECA, tais como a prioridade do direito à convivência familiar e comunitária; a integração e a articulação das ações governamentais e não-governamentais na política de atendimento; a priorização das medidas de proteção sobre as socioeducativas; e a garantia de devido processo legal e da defesa plena do adolescente envolvido em ato infracional.

²⁹⁰ GIRADE, Halim Antonio. DIDONET, Vital (org.). **O município e a criança de até 6 anos: Direitos Cumpridos, Respeitados e Protegidos**. Brasília: Fundação das Nações Unidas para a Infância, 2005. p. 11.

²⁹¹ ISHIDA, 2009, p. 01.

infracional (art. 103)²⁹² e, como os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis (Art. 104), ficam sujeitos a medidas e não a penas. Em tratando-se de crianças, estarão sujeitas às medidas previstas no art. 101.

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a;
- VII - acolhimento institucional;
- VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;
- IX - colocação em família substituta.²⁹³

Por outro lado, se for apurado ato infracional praticado por adolescente, nos termos do art. 112 do Estatuto em comento, as seguintes medidas sócio-educativas poderão ser aplicadas pela autoridade competente:

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semi-liberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.²⁹⁴

A apreensão do adolescente somente poderá ocorrer por ordem expressa e fundamentada do juiz (art. 171) ou em flagrante de ato infracional (art. 172), caso em que a autoridade judiciária e a família ou a pessoa por ele indicada deve, imediatamente, ser comunicada. Ainda que apreendido em flagrante delito, a internação, anterior à sentença, não poderá ultrapassar o prazo de quarenta e cinco dias (art. 108). Transcende ao texto legal que a pretensão é deixar a criança e o adolescente o mais distante possível

²⁹² Todos os artigos apontados sem maiores indicações acerca de qual dispositivo referem-se, devem ser entendidos como sendo do ECA (Lei 8.069/90).

²⁹³ Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm> > Acesso em 09.08.10

²⁹⁴ Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm> > Acesso em 09.08.10. Sobre elas dispõem o Cap. IV da Lei em comento.

das penas segregadoras capazes de estigmatizá-los²⁹⁵, destruindo qualquer possibilidade de reeducação.

Ora, seguindo a linha sistemática, se é evidente a proteção diferenciada garantida pelo ECA à criança e ao adolescente quando estes praticam um ato infracional, muito maior será, evidentemente, a promoção quando forem vítimas de qualquer tipo de delito, é o que pretende a lei em comento ao tratar dos crimes 228 a 244 – B, inclusive ao colocá-los sob o manto do interesse público e da incondicionalidade da ação (art. 227).

Os artigos 228 e 229 voltam-se à responsabilização dos profissionais da saúde no caso de não atendimento à previsão do art. 10 que se preocupa, principalmente, com o cuidado com documentos, tais como identificação do neonato e da parturiente, registro das atividades desenvolvidas, fornecimento da declaração de nascimento e realização de exames.

O art. 230 volta-se à proteção da liberdade de locomoção e prevê como crime privar a criança ou o adolescente de sua liberdade, procedendo à sua apreensão em desrespeito às formalidades legais previstas no Estatuto, punível com pena de detenção de seis meses a dois anos. Considere-se que a conduta tipificada difere do cárcere privado previsto no art. 148 § 1º, IV do Código Penal, que exige uma privação da liberdade mais duradoura²⁹⁶. Em verdade, o que transparece é que o legislador quis obrigar ao cumprimento pormenorizado das formalidades legais ditadas, garantindo amplamente a incolumidade dos menores, inclusive em face de meras detenções.

Neste mesmo sentido, está a previsão dos artigos 231, 234 e 235, todos com pena prevista de seis meses a dois anos, que buscam garantir que a autoridade policial ou o juiz, cumpram os passos e prazos estabelecidos pelo Estatuto quando da apreensão de criança ou adolescente ou de sua liberação. O art. 236, por sua vez, volta-se a toda e qualquer pessoa que vise impedir o exercício da função de quem age no cumprimento desta Lei.

²⁹⁵ Acerca da estigmatização consulte-se a obra de Goffman que, a nosso ver, muito tem a contribuir no debate acerca do tema em sua relação com identidade. A título de direcionamento, o autor entende que existem, basicamente, três tipos de estigma, um primeiro relacionado às abominações do corpo (deficiências, feiúra, doença...), um segundo devido às culpas de caráter individual (atos condenados moralmente, preferências não aceitas...) e, por fim, a uma terceira que se refere aos estigmas tribais, devido à raça, nação, religião... Para aprofundamento: GOFFMAN, Erving. **Estigma**: Notas sobre manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

²⁹⁶ É a opinião de NUCCI, 2007, p. 223 e seguintes. Vale destacar que é do autor a expressão “menor” utilizada no texto e que, por vezes, é criticada por alguns doutrinadores.

O art. 232, por seu turno, volta-se àquele que submeter criança ou adolescente sob sua autoridade a constrangimento ou vexame²⁹⁷. O tipo realizar-se-ia na humilhação e vergonha a que é submetido. A título de exemplo, alguns doutrinadores entendem que a condução do adolescente em camburão da polícia configura tal constrangimento.²⁹⁸

Os três artigos seguintes, 237, 238 e 239, voltam-se às condutas de subtrair criança ou adolescente, prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo e enviar ou auxiliar no envio de criança ou adolescente ao exterior sem as formalidades legais, respectivamente, sendo que nos dois últimos é exigido o lucro para configuração do delito. As penas da subtração e envio ao exterior vão de dois a seis anos de reclusão, podendo neste caso, se for utilizada violência ou fraude, chegar a oito anos com mínimo de seis. Já para quem promete, entrega, oferece ou paga, a pena fica entre um e quatro anos.

Importante observar que, nos casos indicados nos parágrafos anteriores, a lei busca proteger o menor e conservá-lo junto daqueles que, legalmente, possuem a obrigação de cuidado, distanciando-o das circunstâncias limite de ser utilizado como mercadoria para a obtenção de lucro.

Os delitos aqui apresentados, em regra, sem correspondente na legislação comum, ou seja, voltados exclusivamente à proteção diferenciada dada pelo ordenamento à criança e ao adolescente, evidenciam a promoção que este grupo necessita para serem considerados materialmente iguais. A postura é, embora redundante o destaque, contramajoritária, por voltar-se a esse grupo específico e não a todos de forma indistinta. Embora tais elementos fiquem evidentes nos delitos tipificados no ECA visitados até aqui, imensuravelmente maior é a proteção diferenciada pretendida pelos dispositivos que tratam da pornografia²⁹⁹ e prostituição infantil.

²⁹⁷ A título de exemplo consulte-se a doutrina de Paulo Affonso Garrida de Paula, que prevê como típica a conduta do dirigente de escola que torna público o inadimplemento da mensalidade dos pais de um dos alunos diante de demais colegas. DE PAULA, Paulo Affonso Garrida. Educação. Direito e Cidadania. *In*: Cadernos de direito da criança e do adolescente. São Paulo: Malheiros, 1995. v.1. p. 99 e seguintes.

²⁹⁸ É o caso de Wilson Donizete Liberati, conforme constata-se na página 206 de sua obra “**Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**”. São Paulo: Malheiros. 1995”.

²⁹⁹ O art. 241-E define o que se deve entender por “cena de sexo explícito ou pornográfica” para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão compreende “qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais.”

Objeto de constantes reformas, os artigos 240; 241-A, B, C e D³⁰⁰; e 244-A e B, que tratam da pornografia e prostituição infantil têm demonstrado a necessidade de reprimenda cada vez mais rígida e específica na punição de tais delitos, uma vez que impossibilitam o desenvolvimento normal do indivíduo, logo, diferenciam de forma negativa por toda a vida. No entanto, mais que dispositivos voltados puramente à punição, aparecem como ferramentas políticas a serviço da mudança de conduta, portanto, direcionadas à alternância cultural. Em outros termos, a tipificação e acirramento da punição à pornografia e à prostituição infantil é a política pública, direcionando o ordenamento penal, a agir no sentido de afirmar a proteção integral da criança e do adolescente, promovendo a mudança de valores, sentidos e comportamentos.

No que se refere à pornografia infantil e às condutas relacionadas à pedofilia na internet, assim estabelece a lei:

Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente:

[...]

Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

[...]

Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

[...]

Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

[...]

Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual:

[...]

Art. 241-D. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso.

³⁰⁰ A Lei nº. 11.829/2008 alterou o art. 240 e 241 do ECA e acrescentou os art. 241-A, 241-B, 241-C, 241-D e 241-E

Importante destacar que o legislador buscou atingir uma diversidade de circunstâncias, isto é, utilizou-se de diversos verbos, produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar e registrar, para que qualquer uma das condutas configure o crime. E, buscando precisão na interpretação, estabeleceu no art. 241-E o conceito de cena de sexo explícito ou pornografia.

Os art. 244-A e 244-B tratam da prostituição, exploração sexual e corrupção de menor de 18 anos. Seguindo a doutrina de Celso Delmanto, prostituição seria o “[...] comércio habitual do próprio corpo, para satisfação sexual de indiscriminado número de pessoas”³⁰¹, diferente de exploração sexual entendida como “[...] qualquer outra forma de submissão sexual da criança ou adolescente sem fim precípua do comércio carnal, que ocorre na prostituição”³⁰². Veja-se a previsão legal:

Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no *caput* do Art. 2º desta Lei, à **prostituição ou à exploração sexual**:
[...]
Art. 244-B. Corromper ou facilitar a **corrupção de menor** de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la. (grifo nosso)³⁰³

Para ter-se uma idéia mais próxima da proteção diferenciada, importante traçar um paralelo entre os delitos acima expostos e alguns crimes previstos na legislação comum voltados a qualquer vítima maior de 18 anos. Pode-se principiar pelo art. 227 do Código Penal, que tipifica a mediação para servir à lascívia de outrem, seguindo pelo favorecimento à prostituição, previsto no art. 228, e pela manutenção de casa de prostituição, apontado no art. 229, ou rufianismo, tipificado no art. 230, ou ainda, o tráfico para fim de exploração sexual, na modalidade internacional, do art. 231, ou na modalidade interna, art. 231-A.

Em todas estas circunstâncias incriminadoras de condutas, que têm como vítima pessoas maiores de 18 anos, as penas atingem, no máximo, oito anos, a não ser que se trate de vítima criança ou adolescente, quando a legislação comum prevê aumento de pena de metade. Diferente da previsão da legislação especial que prevê, nos casos de submissão ou exploração sexual, penas de até dez anos. Fica evidente que o legislador

³⁰¹ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto. DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 490.

³⁰² ISHIDA, 2009, p. 424.

³⁰³ Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm> > Acesso em 09.08.10

expressamente reconheceu a necessidade de punição mais severa quando a exploração vitime a criança ou o adolescente.

É este, justamente o espírito que transparece na novel Lei nº. 12.015 de 7 de agosto de 2009, que criou os crimes sexuais contra vulnerável. A título de exemplo, o estupro de vulnerável (menor de catorze anos), previsto no art. 217-A, pode levar à pena de reclusão, de até quinze anos, mas se resultar lesão corporal de natureza grave, a pena pode ser elevada a 20 vinte anos, e se da conduta resulta morte a pena alcança o teto de trinta anos.

As outras condutas tipificadas na referida lei, corrupção de menores, satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, todos possuem penas elevadas, procedem-se mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor ou pessoa vulnerável e, no caso de concurso de pessoas, têm pena aumentada de quarta parte, e de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador ou por qualquer outro título tem autoridade sobre a vítima.

Supunha que um padrasto estupra sua enteada e, devido ao uso de violência no ato, venha a causar-lhe a morte. Neste caso, partir-se-ia da pena inicial de 12 a 30 anos, e sobre ela incidiria o aumento de metade. Fica evidente, ainda que exaustivamente apontado, a proteção diferenciada que tanto o Código Penal, como o ECA e demais leis esparsas, têm fomentado à criança e ao adolescente, justamente devido à realidade de risco que a sua condição de pessoa em desenvolvimento está submetida e que tais aparatos normativos buscam dirimir, não somente penalizando, mas direcionando a sociedade a uma nova matriz valorativa.

Buscando uma aproximação da realidade social que a legislação em debate propõe-se a alterar, segundo o serviço disque denúncia nacional de abuso e exploração sexual contra crianças e adolescentes criado em 1997, sob a coordenação da Associação Brasileira Multidisciplinar de Proteção à Criança e ao Adolescente (Abrapia), ligada a Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente da Presidência da República, de maio de 2003 a abril de 2009, o Disque Denúncia Nacional realizou mais de 2 milhões de atendimentos (2.260.587), tendo recebido e encaminhado 95.449 denúncias de todo o país. Nos números que seguem, da média de denúncias/dia por ano, é possível constatar a evolução:

- Média de denúncias/dia em 2003: 12 denúncias/dia
- Média de denúncias/dia em 2004: 10 denúncias/dia
- Média de denúncias/dia em 2005: 14 denúncias/dia
- Média de denúncias/dia em 2006: 38 denúncias/dia
- Média de denúncias/dia em 2007: 68 denúncias/dia
- Média de denúncias/dia em 2008: 89 denúncias/dia
- Média de denúncias/dia em 2009 (abril): 89 denúncias/dia ³⁰⁴

Os crimes de abuso sexual contra crianças e adolescentes estão incrustados culturalmente³⁰⁵ e ocorrem nos diversos setores da sociedade, sejam pobres ou ricos. Acerca de tal debate contundente é o posicionamento do presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito da Pedofilia, senador Magno Malta, em reportagem do jornal “O Estadão de São Paulo”, trazido à colagem:

O abuso sexual no Brasil reza missa, dirige culto, é doutor, tem mandato e disputa eleição. Está nos tribunais, no conselho tutelar e na creche. Mora em condomínios, mas também está desempregado. Bebe uísque e cachaça. É a própria cara da sociedade abusando das nossas crianças.³⁰⁶

Voltando à análise do Estatuto, não menos importante, nesse mesmo viés de proteção diferenciada e promoção de nova postura cultural, são os tipos previstos nos artigos 242, 243 e 244, voltados à proteção da criança e do adolescente ao acesso a armas, munições e fogos de estampido, e a produtos que possam levar à dependência física e psíquica. *In verbis*:

Art. 242. Vender, fornecer ainda que gratuitamente ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente arma, munição ou explosivo: Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos.

Art. 243. Vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida: Pena - detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

³⁰⁴ Disponível em <<http://www.promenino.org.br>> Acesso em 12.02.2010.

³⁰⁵ A socióloga Graça Gadelha (coordenadora do Programa de Ações Integradas e Referenciais de Combate à Exploração Sexual Comercial e Tráfico de Crianças e Adolescentes para Fins Sexuais) afirma que grande parte dos casos de abuso sexual estão ligados ao machismo associa-se à dominação dos mais velhos sobre os mais jovens: "Nós temos uma matriz cultural que é extremamente machista e adultocêntrica. Temos um trato da sexualidade que compromete as relações entre pessoas de níveis diferentes, sobretudo quando fazemos o recorte de geração". (Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br>> Acesso em 12.02.10)

³⁰⁶ Disponível em: <<http://www.estadao.com.br>> de sexta-feira, 5 de fevereiro de 2010. acesso em 06.02.2010.

Art. 244. Vender, fornecer ainda que gratuitamente ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente fogos de estampido ou de artifício, exceto aqueles que, pelo seu reduzido potencial, sejam incapazes de provocar qualquer dano físico em caso de utilização indevida:

Pena - detenção de seis meses a dois anos, e multa.³⁰⁷

Eis estampado aí, nos artigos 242 e 243, o que parece ser o segundo núcleo de preocupação da presente legislação no que tange a delitos, o envolvimento de crianças e adolescentes com o uso de substâncias que levem à dependência, ou mesmo com o “mercado” da criminalidade e da violência por estas desenvolvido.

Em curta argumentação sobre o tema, um estudo realizado na Unidade de Desintoxicação do Hospital Psiquiátrico São Pedro, de Porto Alegre (RS), com usuários de crack do sexo masculino internados, constatou que é “frequente a presença de antecedentes criminais em dependentes de crack, e esta variável estava relacionada a mais sintomas de ansiedade, de depressão e à fissura mais intensa”³⁰⁸ e, mais que isso, que o uso de drogas, no caso, o crack, que era a droga estudada, expõe os adolescentes pesquisados a uma situação de vulnerabilidade de morte, pois o uso leva ao roubo, à violência e ao endividamento com traficantes. A conclusão a que os estudos chegam é que as recentes mudanças no consumo e tráfico de drogas tem evoluindo na direção de um crescimento acentuado do crime juvenil violento.³⁰⁹

Baseando-se na compreensão de que o uso de drogas por crianças e adolescentes produz danos imediatos e que se prolonga para toda sua vida, se ainda houver vida, e

³⁰⁷ Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>> Acesso em 09.08.10

³⁰⁸ Disponível em : <<http://www.seer.ufrgs.br>> Acesso em 13.02.2010. Sobre o tema vale destaque os seguintes referenciais numéricos que demonstram a progressiva tendência de aumento do consumo de crack entre crianças e adolescentes em situação de rua: No nordeste, destaca-se que o consumo de cocaína-crack era insignificante até 1997 (em torno de 1%), mas subiu em 2003 em Fortaleza para 10,3% e em Recife para 20,3%, provavelmente associado ao aumento na disponibilidade de derivados da coca nesta região [...] quase 70% dos usuários morrem de causas não naturais, sendo as mais frequentes as mortes por homicídio (56,6%), overdose (8,7%) e afogamento (4,3%) [...]. No âmbito do atendimento sócio-educativo, levantamento de 2003, realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) com **adolescentes privados de liberdade, indicava que 85% eram usuários de drogas** e consumiam, de modo combinado ou não, maconha (67,1%), cocaína/crack (31,3%) e álcool (32,4%). Os dados coletados nas visitas de inspeção da equipe do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça da Infância e da Juventude (CAOPIJ), realizadas nas unidades sócio-educativas em Pernambuco no biênio 2008-2009, apontam que em torno de **90% dos jovens e adolescentes em conflito com a lei**, que cumprem medida de internação ou internação provisória, **são poliusuários**. (destaques apostos)

Disponível em: <http://www.abead.com.br/artigos/arquivos/CRACK_reducao_de_que_danos_para_crianças_e_adolescentes.pdf> Acesso em 12.02.10

³⁰⁹ É a opinião de **Sérgio Adorno, Eliana B. T. Bordini e Renato Sérgio de Lima** no artigo intitulado **“Violência disseminada”** disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88391999000400007&script=sci_arttext> Acesso em 13.02.10.

que a resposta não é somente médica ou social, pois informação não é igual à prevenção, é indispensável a promoção de fatores de proteção aptos a propiciar mudanças duráveis no comportamento do usuário e na cultura da sociedade. É nesse espaço que a legislação penal voltada à criança e ao adolescente procura agir, almejando não somente punir, mas promover um tratamento diferenciado que crie condições de resgate da criança e adolescente em situação de risco e de prevenção aos demais.

Conforme aponta Melo Barros, as medidas privativas de liberdade, previstas como medidas sócio-educativas de internação, em momento algum destoam do princípio basilar da proteção integral da pessoa em desenvolvimento sustentado pelo ECA, pois “mesmo sendo privativa de liberdade a internação tem como objetivo ressocializar o adolescente”.³¹⁰

O que deve-se ter presente é que o infante-juvenil antes de ser infrator, é vítima. Dentro do viés de discussão que situa a violência no debate das relações de poder³¹¹, o infante-juvenil busca seu espaço social e, por vezes, o encontra no agenciamento das empreitadas criminosas aludidas nos artigos 242 e 243 mencionados. Luiz Eduardo Soares consegue reproduzir tal debate com maestria ao supor a cena de um menino praticando seu primeiro assalto à mão armada, assinalando que “quando nos ameaça na esquina pela primeira vez, o menino não aponta para nós sua arma do alto de sua arrogância onipotente e cruel, mas do fundo de sua impotência mais desesperada.”³¹²

Para deter e prevenir a violência, é preciso assegurar à criança e ao adolescente seus direitos numa proteção integral, de modo a dele distanciar os agenciadores do crime e “empoderá-lo” de modo que consiga desenvolver-se e alcançar seu espaço social de maneira sadia. Nesta seara atua a legislação penal voltada à proteção e promoção do infante-juvenil enquanto grupo vulnerável e carente de igualação.

³¹⁰ MELO BARROS, Guilherme Freire de. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 168.

³¹¹ Sobre o tema sugerimos a leitura da obra: ARENDT, Hannah. **Sobre a Violência**. Rio de Janeiro: Dumará, 1994.

³¹² SOARES, Luiz Eduardo. Juventude e Violência no Brasil Contemporâneo. In: NOVAES, Regina; VANNUCHI, Paulo (orgs). **Juventude e Sociedade, Trabalho, Educação, Cultura e Participação**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004. p.141.

3.2 A tutela penal contramajoritária como construção da cidadania.

Depois de cotejada a legislação penal demonstrando como nela é incrementada a igualdade material, importa breve aparte na demonstração de que a implementação desta tutela contramajoritária implica diretamente na ampliação da cidadania, tomada a partir da compreensão de Oliveira Junior, para quem ser cidadão está associado à situação política de uma pessoa e aos direitos que esta tem e pode exercer, portanto, relativos a um determinado contexto, “[...] o conceito de cidadão nasce quando uma certa moral social e impositiva do estado cede lugar também e concomitantemente a uma moral individual. Os sujeitos deixam de possuir apenas deveres, para possuírem também direitos.”³¹³

Neste viés, se o conceito de cidadania brota de um contexto social, como este sofre as variações, mas possui elementos comuns a todas as épocas. São raízes históricas comuns nas diferentes abordagens, como a compreensão de que ser cidadão é estar incluso, é pertencer a uma determinada ordem, é ter determinados requisitos exigidos pela sociedade num determinado contexto³¹⁴. Importante enfatizar, no entanto, que assim como os direitos, a cidadania está em constante construção, como apontado por Alexandre Cesar:

Tanto a cidadania como os direitos, estão sempre em processo de construção e mudança. Mais que uma lista de direitos específica, que é imutável e historicamente específica, essa perspectiva implica que o direito básico é o direito aos direitos. [...] também implica conceber a ação cidadã em termos de sua qualidade de automanutenção e expansão: as ações próprias dos cidadãos são só aquelas que tendem a manter e, se possível, incrementar o exercício futuro da cidadania.³¹⁵

Atualmente, a concepção de cidadania gradativamente tem seu conteúdo ampliado, passando a incorporar direitos políticos, econômicos, sociais, culturais,

³¹³ OLIVEIRA, 1997, p. 191.

³¹⁴ REIS, 1999, p. 11. Veja a argumentação do autor neste sentido: “O conceito de cidadania variou, e muito ao longo do tempo. O que é consenso são as raízes históricas comuns nas diferentes abordagens, que são: primeiro: o referencial histórico, pois as raízes históricas do conceito são comuns a todas as tradições teóricas. Segundo: referência que o conceito de cidadania faz, necessariamente, referência à idéia de inclusão, versus, exclusão. Terceiro: a dualidade, ou seja, tensão permanente que a idéia de cidadania faz entre ser um estado ou uma identidade. E, finalmente, a tensão entre a idéia de virtude cívica e direito ou prerrogativa.”

³¹⁵ CESAR, 2002, p. 24.

difusos e coletivos, conforme o cresce a complexidade social³¹⁶. No mesmo sentido, argumenta Oliveira Junior afirmando que a “visão tradicional da relação cidadania/sujeito de direito vem sofrendo profundas modificações, decorrentes da evolução (ou simplesmente modificação) dos direitos nas sociedades complexas e em permanente transformação”³¹⁷, de modo a exigir novos elementos para uma exata compreensão.

Em contextos multiculturais e globalizados, a concepção jurídico-política da cidadania, de modelo nacional e territorial, torna-se insuficiente conceitualmente e ineficaz no plano da ação prática para assegurar a liberdade, a igualdade e as diferenças de pessoas, grupos e comunidades, para efeito da igual dignidade, no que respeita às práticas de inclusão social, política, econômica e cultural de pessoa humana.³¹⁸

Nesta conjuntura insere-se a presente pesquisa, uma vez que falar em cidadania implica em reconhecer as diferenças de grupos historicamente preteridos e conceder-lhes, legalmente, situação diferenciada em face do ordenamento, para que, iguados materialmente, possam ser considerados plenamente cidadãos.

Desta forma, a promoção efetuada constitucionalmente e, conseqüentemente, pelo direito penal, nada mais é do que a constante evolução do reconhecimento da cidadania lida não como um local, mas como um referencial, uma prática, uma potência, conforme indica Bertaso, *in verbis*:

A cidadania, além de constituir um *status* legal de exercício de direitos, implica complexidade e ambivalência. [...] um referencial de efetivação dos direitos humanos e uma medida de igual dignidade [...] uma prática de preservação e de cuidados culturais [...] um potencial de poder político concreto.³¹⁹

Desta forma, ao resguardar proteção diferenciada e afirmando a mulher, o idoso, os vulnerabilizados pela cor e a criança e ao adolescente, o direito penal está, em última análise, implementado e alargando a cidadania destes grupos historicamente preteridos.

³¹⁶ ANDRADE, 1998, p. 124.

³¹⁷ OLIVEIRA JUNIOR, 1997, p. 192.

³¹⁸ BERTASO, João Martins. Cidadania e Demandas de Igual Dignidade: dimensão de reconhecimento na diversidade cultural. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de (org.). **Faces do multiculturalismo: teoria-política-direito**. Santo Ângelo: EDIURI, 2007. p. 57-83. p. 63.

³¹⁹ BERTASO, 2007, p. 62.

Dito de outra forma, o reconhecimento da igualdade material na perspectiva contramajoritária do direito penal implica em reconhecimento de cidadania.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao desenvolver estudo acerca da Teoria do Estado no contexto ocidental, a presente pesquisa buscou demonstrar a importância assumida, e em constante alargamento, da demanda por igualdade, propondo uma leitura pela lente multicultural apta a propiciar a promoção de grupos vulneráveis.

Tendo, na primeira parte do estudo, demonstrado a evolução político-filosófica do princípio jurídico-normativo da igualdade e como ele colocou-se como virtude soberana da comunidade política e fundamento de legitimidade do Estado moderno. Partiu-se dos pensadores da antiguidade seguindo pela análise da teorização dos contratualistas modernos, Hobbes, Locke e Rousseau, com especial destaque à teoria deste último e de sua compreensão de vontade geral que põe a igualdade como cláusula principal.

Nesta linha de ponderação, desenvolveu-se a idéia de que a igualdade formal, de todos diante da lei, legitimadora do Contrato Social e, portanto, do Estado, deu as bases ao Estado e constitucionalismo modernos, inclusive o brasileiro, conforme fora demonstrado no cotejo da Constituição Federal de 1988.

A segunda parte do estudo partiu da problematiza acerca das alterações espaço-temporais provocadas pela globalização que destituiu o sistema teórico do Estado Moderno fundado na concepção russoniana de igualdade diante da lei, e exigiu a implementação de uma nova concepção de igualdade pela lei. Em tal empreitada, no entanto, fez-se necessário um outro marco teórico capaz de fundamentar esta necessidade de nivelamento promovendo a igualdade material.

A proposta apresentada como baliza teórica foi o multiculturalismo tomado, conforme defende Stuart Hall, enquanto processo e estratégia política, resguardado constitucionalmente, nos moldes propostos por Charles Taylor e Boaventura de Sousa Santos.

O multiculturalismo proposto por Taylor parte da dignidade e joga com as tensões entre diferença e redistribuição para teorizar acerca das iniciativas por reconhecimento. Santos aponta o multiculturalismo como possibilidade de emancipação. Quer pensando em dignidade, quer pensando em emancipação, o

multiculturalismo é colocado como fomentador da superação da compreensão da igualdade em sentido formal, pela compreensão da igualdade em sentido material. É nesta acepção que a legislação torna-se agente de transformação da estrutura social através de ações afirmativas de grupos vulneráveis. Tal postura, característica do constitucionalismo contemporâneo, é o que se chamou de contramajoritariedade.

Neste sentido, conforme era o objetivo inicial, o multiculturalismo foi apresentado como ferramenta contramajoritária adequada à promoção de grupos vulneráveis para a implementação da igualdade material. Ou seja, cabe ao Estado, em todas as suas dimensões normativas, fomentar a igualdade material, através da lei, entre os indivíduos.

Em decorrência, demonstrou-se que o constitucionalismo brasileiro foi pródigo no acolhimento, tanto o multiculturalismo quanto a igualdade material, de modo a serem necessárias, para a implementação de tais previsões, ações voltadas à afirmação dos grupos desfavorecidos em todas as searas do sistema normativo. Uma das dimensões deste esforço de promoção é o direito penal que, seguindo o direcionamento constitucional, torna-se instrumento de recepção do multiculturalismo na busca à proteção diferenciada a grupos vulneráveis.

Restou evidenciado que o aparato contramajoritário quando incidente sobre o direito penal cria instrumentos de promoção à equalização pela lei e consolida um aparato normativo de proteção especial. Buscando demonstrar a postura contramajoritária e igualadora materialmente, cotejou-se a legislação penal comum e a legislação voltada a grupos específicos: a mulher, o idoso, o afro-descendente e a criança e o adolescente. Tais referenciais foram buscados na Lei nº. 11.340, que trata da violência doméstica, portanto, dá proteção diferenciada à mulher, na Lei nº. 10.741, que se volta à promoção do idoso, na Lei nº. 7.716, que trata dos crimes de racismo, portanto visa à equalização material dos vulnerabilizados pela cor e, por fim, na Lei nº. 8.069 que se volta à Criança e ao Adolescente como grupo carente de afirmação.

No que se refere à mulher, restou claro que o princípio da igualdade não deve ser somente formal, senão, sobretudo, material. Assim, cabe à lei tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente. Como no contexto cultural em que vivemos a mulher é desigual em relação ao homem, deve ser tratada de maneira diferente. E é nas medidas protetivas da lei que se busca o equilíbrio.

Ao idoso, de igual forma, a legislação resguarda “absoluta prioridade” no tratamento. Tal resguardo faz-se necessário frente ao contexto de envelhecimento

populacional que somado a outros fatores, como da quantidade de recursos disponibilizados pelo Estado e simbologia da aposentadoria que se revela em um rito de exclusão, fomenta um forte preconceito contra os idosos, chegando às situações limite onde a tutela penal do estatuto do idoso foi pródigo ao estabelecer remédios para garantir a integridade físico-psicológica de maneira diferenciada a tal grupo, remetendo ao vértice constitucional de tratamento diferenciado, promotor, igualador materialmente e, em última instância, contramajoritário, fomentado pelo ideário multiculturalista emancipatório que defende, além do reconhecimento, o direito à e na diferença.

Da mesma forma, os tipos previstos da lei diretamente voltada à criminalização de condutas racistas são severos tanto no regime quanto nas penas, apontando para a intenção do legislador em punir as condutas que se prestem a desestabilizar as relações pessoais em decorrência de atitudes preconceituosas, mas também de promover nova mentalidade e reeducar, modificando os traços históricos que marcaram negativamente a cultura nesse sentido. Nesta busca de alteração cultural, de fomento do respeito à diferença, está presente a perspectiva multicultural como ferramenta de resgate e promoção à igualdade daqueles que são inferiorizados pela cor.

Por fim, tomou-se como objeto de análise a legislação voltada à criança e ao adolescente no Estatuto próprio, que implementa a Constituição Federal como projeto político de transformação da violência cultural constituída pela realidade de violência estrutural que brota do contexto socioeconômica de desigualdades. Para deter e prevenir tal violência é que está assegurado à criança e ao adolescente a proteção integral de direitos, função também desenvolvida pela legislação penal que os reconhece como grupo vulnerável e carente de equalização e, de forma diferenciada, protege-os e promove.

Nesta linha de investigação decorre que, ao resguardar proteção diferenciada afirmando a mulher, o idoso, os vulnerabilizados pela cor e a criança e ao adolescente, o direito penal está, em última análise, implementado e alargando a cidadania destes grupos historicamente preteridos. Dito de outra forma, o reconhecimento da igualdade material, na perspectiva contramajoritária do direito penal, implica em reconhecimento de cidadania.

Em última análise, entendemos que o objetivo proposto na presente dissertação, “demonstrar que o multiculturalismo possibilita a formação de um Direito Penal contramajoritário apto a promover, almejando a igualdade material entre os indivíduos que compõem o Estado”, foi alcançado. De outra parte, certo é que outros tantos postos

restaram pendentes de aprofundamento, como é comum na constante busca científica pela aproximação, cada vez mais acurada, do objeto, o que nos instiga ainda mais a fazer da pesquisa uma busca constante.

REFERÊNCIAS

AGUSTINI, Carlos Fernando. Humanismo, velhice e Direito. *In*: MEZZARROBA, Orides. (Org.) **Humanismo latino e Estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação BOAITEUX, 2003.

AMAR, Ayush Morad. **Criminologia**. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1987.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Cidadania, direitos humanos e democracia: reconstruindo o conceito liberal de cidadania. *In*: SILVA, R. P. (Org.). **Direitos humanos como educação para justiça**. São Paulo: LTr, 1998.

AYRES BRITTO, Carlos. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2001.

ARAGÃO, Selma. A vitimização da mulher. *In*: LEAL, C. B.; PIEDADE JÚNIOR, H. (Org.) **Violência e vitimização: a face sombria do cotidiano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ARENDT, Hannah. **Sobre a Violência**. Rio de Janeiro: Dumará, 1994.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1991.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 47-48.

BARRAL, Welber. **Metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

BERTASO, João Martins. Cidadania e Demandas de Igual Dignidade: dimensão de reconhecimento na diversidade cultural. *In*: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de (org.). **Faces do multiculturalismo: teoria-política-direito**. Santo Ângelo: EDIURI, 2007. p. 57-83.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos. 2000.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Direita e Esquerda - razões e significados de uma distinção política**. São Paulo: Editora Uncsp, 1995.

_____. **A Era dos Direitos**. Trad. De Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOFF E & ARRUDA. **Globalização: desafios socioeconômicos, éticos e educativos**. Petrópolis: Vozes, 2001.

BRAGA, Pérola Melissa. **Direitos do idoso**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BRASIL. Constituição Federal. *In: Código Civil; Comercial; Processo Civil; Constituição Federal* (obra coletiva). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Estatuto do Idoso. (Lei nº 10.741 de 1º de Outubro de 2003). *In: Código Civil; Comercial; Processo Civil; Constituição Federal* (obra coletiva). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1982.

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora Cultrix, 2002.

_____. **O ponto de mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente**. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1982.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CARVALHO, Alysson. (org.). **Políticas Públicas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

CESAR, Alexandre. **Acesso à Justiça e Cidadania**. Cuiabá: EdUFMT, 2002.

CHEVALEIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. Rio de Janeiro: Agir, 1999.

COPETTI SANTOS, André Leonardo & DEL'OLMO, Florisbal de Souza (org.). **Diálogo e Entendimento: Direito e Multiculturalismo & Cidadania e Novas Formas de Solução de Conflitos**. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

COPETTI SANTOS, André Leonardo. **Elementos de Filosofia Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

_____. **A Constituição Multicultural**. *In: Hann, Noli Bernadrdo e Groff, Paulo Vargas. Direito Multiculturalismo e Cidadania*. (org). Santo Ângelo: Furi, 2009. p. 71-94.

COVRE, Maria de Lourdes Manzini. **O que é Cidadania**. São Paulo: Braziliense.1993.

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

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php> Acesso em 23.12.08.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto. DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Globalização e Multiculturalismo: aproximações e divergências na atualidade. *In: Direitos Culturais: revista do programa de pós-graduação em Direito – Mestrado da URI – Santo Ângelo / Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo: EDIURI, 2006. p. 49-72.*

DE MOURA, Carlos Alberto. **Hobbes, Locke e a medida do Direito**. Filosofia Política. V. 6. Porto Alegre: LPM, 1991.

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

_____. **A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARIAS MELLO, Marco Aurélio Mendes. Ótica constitucional : a igualdade e as ações afirmativas. *In: As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. SILVA MARTINS, Ives Gandra. (org.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

FIRMO, Maria de Fátima Carrada. **A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. Disponível em: <<http://www.usp.br/procam/docs%20novos/artigos%20para%20aulas/texto%20klaus%20frey.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2009.

GIRADE, Halim Antonio. DIDONET, Vital (org.). **O município e a criança de até 6 anos: Direitos Cumpridos, Respeitados e Protegidos**. Brasília: Fundação das Nações Unidas para a Infância, 2005.

GOFFMAN, Erving. **Estigama: Notas sobre manipulação da identidade deteriorada**. Rio de Janeiro:LTC, 1988.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade**. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Joaquim Barbosa. O Debate Constitucional sobre as Ações Afirmativas. *In: SANTOS, Renato E; LOBATO, Fátima (orgs.). Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP & A, 2003, p. 4.

GOMES, Luiz Flávio. Lei Maria da Penha: aplicação para situações análogas. Disponível em <www.lfg.com.br.> Acesso em 03 fev. 2010.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

HAHN, Noli Bernardo. O movimento feminista, a diferença como identidade e o processo de especificação de sujeito de direitos. *In*: COPETTI SANTOS, André Leonardo & DEL'OLMO, Florisbal de Souza (org.). **Diálogo e Entendimento: Direito e Multiculturalismo & Cidadania e Novas Formas de Solução de Conflitos**. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

HIRIGOYEN, Marie-France. **A violência no casal: da coação psicológica à agressão física**. Tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

_____. **De Cive**, Elementos Filosóficos a respeito do cidadão. Rio de Janeiro: Vozes, 1993.

_____. **O Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Política**. São Paulo: Martin Claret. 2004.

HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Ed.34, 2003.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

JAEGER, Werner. **Paidéia: a formação do homem grego**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LEAL, César Barros. A criança e a violência doméstica. *In*: LEAL, C. B.; PIEDADE JÚNIOR, H. (Org.) **Violência e vitimização: a face sombria do cotidiano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LIBERATI, Wilson Donizete. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Malheiros. 1995.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

_____. **Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil**. Madrid: Alianza Editorial, 1990.

MELO FERNANDES, Maria das Graças e DOS SANTOS, Sérgio Ribeiro. Políticas Públicas e Direitos do Idoso: desafios da agenda social do Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.achegas.net/numero/34/idoso_34>. Acesso em 10 jun.08. p. 49-60.

MABBOT, J.D. **O Estado e o Cidadão**: Uma Introdução à Filosofia Política. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968.

MELO BARROS, Guilherme Freire de. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Salvador: JusPodivm, 2008.

MONTIEL, Edgar. A Nona Ordem Simbólica: a diversidade cultural na era da globalização. In: SIDEKUM, Antônio. (org.). **Alteridade e Multiculturalismo**. Ijuí: Editora Unijuí, 2003. (Coleção Ciências Sociais). p. 15-56.

MORIN, Edgar (Org.). A religação dos saberes: o desafio do século XXI. Tradução de Flávia Nascimento. Rio de Janeiro: Bertrand, 2007.

MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean Louis. A inteligência da complexidade. Tradução de Nurimar Maria Falci. São Paulo: Peirópolis, 2000.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da criança e do adolescente**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NOVAES, Regina; VANNUCHI, Paulo (orgs). **Juventude e Sociedade, Trabalho, Educação, Cultura e Participação**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2. ed. São Paulo: RT. 2007.

NÚCLEO de informação ao idoso do MS. Velhos sofrem violência em casa e nas ruas. Disponível em: <<http://www.idoso.ms.gov.br/artigo.asp?id=50>>. Acesso em: 14 de set. de 2004.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual da monografia jurídica**: como se faz uma monografia, uma dissertação, uma tese. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

_____. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Cidadania e Novos Direito. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. (Org.). **O Novo Direito e Política**. Porto alegre: livraria do Advogado, 1997.

_____. **Multiculturalismo: o ‘olho do furacão’ no Direito pós-moderno**. In: “Direitos Culturais: revista do programa de pós-graduação em Direito – Mestrado da URI – Santo Ângelo/ Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões” – v.1, nº1 (dezembro de 2006). – Santo Ângelo : EDIURI, 2006. p.161-175.

PINTO FERREIRA, Luís. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. São Paulo: Saraiva, 1983.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e Direitos Humanos: Perspectivas global e regional. In: IKAWA, D.; PIOVESAN, F.; SARMENTO, Daniel (coordenadores). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2008.

_____. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. **Temas de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RAMOS, A., M.; KAMIZONO, S.; FERNANDES, M. S. L.; XAVIER, F.; Maus-tratos a idosos: relato de casos e comentários sobre as intervenções médicas. Disponível em: <<http://www.amrigs.com.br/revista/49-03/rc03texto.htm>>. Acesso em: 08 fev. 2009.

REIS, Elisa. Cidadania: história, teoria e utopia. In: PANDOLFI, D. C.; CARVALHO, J. M.; CARNEIRO, L. P.; GRZYNSZPAN, M. (Org.). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa** - o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 15, p.85-99, 1996.

ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; COPETTI SANTOS, André Leonardo. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica - anuário 2006 mestrado e doutorado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.

_____. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Brasília: UNB, 1989.

_____. Do Contrato Social. Trad. Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. Disponível em <www.jahr.org>. Acesso em 23.12.08.

_____. **Emílio ou da educação**. Trad. Sérgio Millet. 2. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1973.

SABINE, George H.. **História de la Teoria Política**. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Reconhecer para libertar**: os cominhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. **Para um novo senso comum:** a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. Vol. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Renato E; LOBATO, Fátima (orgs.). **Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais.** Rio de Janeiro: DP & A, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

_____. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Dimensões da Dignidade:** ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SHECAIRA, S. S. (Org.) **Criminologia e os problemas da atualidade.** São Paulo: Atlas, 2008.

SIDEKUN, Antônio (org). **Alteridade e Multiculturalismo.** Ijuí: Editora Unijuí, 2003.

SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo.** Tradução de Laureano Pelegrin. Bauru: EDUSC, 1999.

SIDEKUM, Antônio (Org.). **Alteridade e Multiculturalismo.** Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 2003.

_____. **Corredor de Idéias:** integração e globalização. Porto Alegre: Editora Unisinos, 2000.

SILVA, Alexandre Vitorino. O Desafio das Ações Afirmativas no Direito Brasileiro. <[http://jus2.uol.com.br/doutrina/tcxto.asp"?=3479](http://jus2.uol.com.br/doutrina/tcxto.asp)>. Acesso em: 12 jan. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Tomaz Tadeu da (org.); HALL, Stuart; WOODWARD, Kathryn. **Identidade e diferença:** a perspectiva dos estudos culturais. Petrópolis/RJ: Vozes, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. Direito Constitucional Modulo V: Teoria da Constituição e Jurisdição Constitucional. EMAGIS: 2006. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/trf4/>> Acesso em 01 dez. 2009.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento. *In:* TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo.** Trad. Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma:** para compreender o mundo de hoje. Trad. Gentil Avelino Tilton. Petrópolis: Vozes, 2006.

_____. **O mundo das mulheres.** Petrópolis: Vozes. 2007.

_____. **O que é a democracia?** Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996.

_____. **Um novo paradigma para compreender o mundo de hoje.** Tradução de Gentil Agelino Tilton. Petrópolis: Vozes, 2006.

VERAS, Renato Peixoto e CALDAS, Célia Pereira. Promovendo a saúde e a cidadania do idoso: o movimento das universidades da terceira idade. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v9n2/20396.pdf>>. Acesso em 05 jun.2008.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** São Paulo: Martins Fontes. 2005.

WOLKER, Antônio Carlos; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). **Os Novos Direitos no Brasil:** natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)