

**CONSTITUIÇÃO, DIREITO PENAL E DIFERENÇA. SOBRE A EMERGÊNCIA DE UMA TUTELA PENAL DE MINORIAS E VULNERÁVEIS SOCIAIS PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988.**  
*CONSTITUTION, CRIMINAL LAW AND DIFFERENCE. ABOUT THE EMERGENCE OF A CRIMINAL PROTECTION OF MINORITIES AND SOCIAL VULNERABLE AFTER THE 1988 CONSTITUTION.*

**André Leonardo Copetti Santos<sup>1</sup>**  
**Evelyne Freistedt Copetti Santos<sup>2</sup>**

**Sumário:** 1. Notas iniciais sobre a origem do trabalho. 2. O Estado Democrático de Direito e os novos influxos sobre o Direito Penal. A projeção de sintaxes epocais sobre a constituição dos discursos normativos repressivos. 3. Da Sintaxe da Desigualdade Negativa Medieval à Sintaxe da Igualdade Moderna. Da Sintaxe da Igualdade à Sintaxe da Desigualdade Positiva ou da Diferença. 5. Diferença e democracia. 5.1. Transferências da filosofia multiculturalista e da política da diferença para o campo jurídico. 5.1.1. A Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural (Paris, 2001). 5.1.2. A Constituição brasileira de 1988. 5.1.2.1. O Preâmbulo. 5.1.2.2. Os princípios fundamentais e sua potencialidade de sentido para uma tutela da diferença. 5.1.2.3. A proteção e o estímulo constitucional das manifestações culturais de grupos participantes do processo civilizatório nacional. 5.1.2.4. A tutela aos portadores de deficiência. 5.1.2.5. A proteção das fases hipossuficientes da cadeia existencial: a criança, o adolescente e o idoso. 5.1.2.6. A proteção da identidade indígena. 6. O direito penal da diferença e da hipossuficiência social. 7. Considerações Finais

**Resumo:** O presente texto tem como objetivo demonstrar que a proteção de minorias, cuja identidade está fortemente baseada na diferença e na vulnerabilidade social, não só foi positivada na Constituição de 1988, mas transcendendo a Carta Política, também se projetou em alguns estratos normativos infraconstitucionais, notadamente no ordenamento penal. Assim, é possível afirmar que o Direito brasileiro contempla, pelo menos nos âmbitos constitucional e legal, a proteção jurídica destes grupos sociais.

**Palavras-chave:** Constituição – Tutela – Minorias – Projeção – Direito Penal

**Abstract:** This paper aims to demonstrate that the protection of minorities, whose identity is strongly based on difference and social vulnerability, not only was positivised in the 1988 Constitution, but transcending the Charter Policy, also projected in some strata regulatory under the Constitution, notably in criminal law. So, it's possible to say that the Brazilian law contemplates, at least in the constitutional and legal spheres, the legal protection of this social groups.

**Keywords:** Constitution – Protection – Minorities – Projection – Criminal Law

## **1 Notas iniciais sobre a origem do trabalho.**

O presente artigo tem alguns lugares de origem que merecem uma referência inicial, especialmente para que o leitor possa ter uma clara noção da situação acadêmica da investigação nele materializada. A primeira vertente da qual emerge este trabalho resulta da efetivação de algumas investigações sobre a positivação de tutela constitucionais de minorias no Constitucionalismo latino-americano, em decorrência da execução do projeto de pesquisa “Cidadania e Minorias nos Tribunais Brasileiros” oriundo do CT - Ação transversal chamada pública MCT CNPq/MEC/CAPES n.6/2011, Casadinho PROCAD, desenvolvido em conjunto pelo PPGD/URISAN e PPGD/UNISINOS. Neste projeto a pesquisa tem focado a construção de sentido que tem sido feita pelos tribunais brasileiros, especialmente o STF, acerca da tutela judicial dos direitos de minorias e hipossuficientes. Na execução deste projeto, buscou-se, numa primeira etapa, investigar a positivação da tutela legislativa constitucional dos interesses de minorias e vulneráveis sociais, o que resultou na elaboração do artigo “A tradição filosófica coletivista e sua projeção no constitucionalismo contemporâneo das Américas através da tutela de minorias e grupos de vulneráveis sociais”<sup>3</sup>.

Também contribuiu para a concepção deste texto, um outro trabalho de nossa autoria denominado “Apontamentos críticos sobre a expansão do direito penal no Brasil. Uma análise crítica do direito penal pós-Constituição de 1988”, no qual foi analisado o fenômeno do alargamento do sistema normativo penal após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Neste trabalho pudemos observar que boa parte da legislação elaborada após a positivação da nova ordem constitucional tinha finalidade de

<sup>1</sup> Mestre e Doutor em Direito pela UNISINOS (2004). Professor e pesquisador dos PPGDs da URI e da UNIJUÍ. Advogado.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela UNISINOS (2006). Advogada.

<sup>3</sup> Publicado na Revista Direitos Culturais, v. 6, n. 11, julho/dezembro de 2011, p. 165-182.

tutela de bens não universais, mas que materializavam interesses de grupos localizados da sociedade brasileira, especialmente minorias e grupos com vulnerabilidade social, seja em decorrência de infortúnios naturais, seja decorrentes de processos de dominação.

Dessa conjunção, concebemos o presente trabalho, cujo objetivo principal é demonstrar a existência de uma parcela do direito penal brasileiro que se afasta sensivelmente das pretensões universalistas modernas, mas, noutro sentido, busca a tutela penal de bens afetos a minorias, cuja identidade é fortemente marcada pela diferença ou pela vulnerabilidade social.

## **2 O Estado Democrático de Direito e os novos influxos sobre o Direito Penal. A projeção de sintaxes epocais sobre a constituição dos discursos normativos repressivos.**

Associar direito penal e democracia tem sido uma dos objetivos mais perseguidos por juristas, cientistas políticos, sociólogos e filósofos ao longo da ocorrência da modernidade. Beccaria, ao propor em “Dos Delitos e das Penas” um sistema principiológico de ruptura com o modelo penal medieval, foi o primeiro pensador a aproximar efetivamente o exercício do poder penal estatal de uma concepção de democracia liberal-iluminista. A partir do pensamento político-criminal de Beccaria passou-se definitivamente a buscar essa aproximação.

Com o advento do constitucionalismo, tem-se tentado construir esse percurso de estreitamento da relação entre direito penal e democracia sobre as bases da tutela jurídica das diferentes gerações de direitos humanos. Assim, num primeiro momento, democrático foi o direito penal que protegeu bens individuais e universalmente válidos. Posteriormente, com o acontecimento do Estado Social, o grau democrático do direito penal esteve associado à tutela de direitos coletivos, mais ligados a interesses de determinados grupos sociais, afastando-se o direito penal, em certa medida, da validade universal de alguns bens por ele tutelados. Contemporaneamente, democrático tem sido o direito penal que está ligado à proteção dos direitos fundamentais de última geração, sem exclusão das gerações antecessoras. O que tem determinado um novo horizonte de relações entre direito penal e democracia, pois não resta mais dúvidas que cada vez mais o direito penal particulariza na proteção de bens cuja validade é cada vez mais restrita a determinados grupos ou culturas.

Entretanto, essas fases históricas, nas quais podem ser visualizadas possíveis conexões do direito penal com concepções diversas de democracia, encerram um paradoxo: o gradual aumento da intervenção penal proporcionalmente ao aumento da quantidade de bens jurídicos tutelados. Com tal cenário faz-se necessário questionar: o que é mais democrático? Um direito penal mínimo, que proteja somente os bens mais relevantes, baseado fundamentalmente nas penas privativas de liberdade, ou, com outro viés, um direito penal que abarque a tutela de toda a gama de direitos fundamentais constitucionalizados, estruturado sobre um espectro mais amplo de penas?

A proposição investigativa que se pretende fazer baseia-se em duas premissas. A primeira, dirigida a desfazer a ilusão liberal-iluminista de que basicamente bens individuais ou a estrutura do Estado merecem a atenção penal, dentro de uma perspectiva de direito penal mínima. A segunda, focada para a inexorabilidade de que uma intervenção penal minimamente necessária para proteger novos direitos ultrapassa um pouco a proposta minimalista liberal-iluminista, sem que, por isso, deixe de ser democrática.

A materialidade democrática do direito penal está associada a uma construção substancial da democracia, ou seja, dentro de uma concepção que considere a necessidade histórica de permanente revisão do catálogo de coisas importantes que venham a merecer a proteção jurídica e, em última instância, do direito penal. É neste sentido que hoje é possível falar-se de que a legitimidade democrática do direito penal não mais somente se alicerça na idéia da vontade geral, através da proteção de bens universalmente válidos, mas em trajetória diversa, também se justifica na medida está voltado à proteção de direitos de minorias. Em outras palavras, é democrático, na perspectiva substancial, não somente o direito penal voltado à proteção de bens universais, mas também pode ser assim adjetivado o sistema penal contramajoritário.

Sob outro aspecto, esta materialidade constitucional dos modelos constitucionais democráticos de Direito pode ser entendida como uma projeção de sintaxes epocais sobre o campo dos discursos ético normativos como o Direito. A referência aqui recai sobre dois grandes especificamente sobre dois grandes princípios que marcam diferentes visões de mundo, a saber: a igualdade e a diferença. Sim, é possível e

recomendável que a institucionalização dos fenômenos ético normativos seja compreendida também por esta ótica.

### **3 Da Sintaxe da Desigualdade Negativa Medieval à Sintaxe da Igualdade Moderna**

A visão de mundo acerca da estruturação social hegemônica na Idade Média caracterizou-se fundamentalmente pela compreensão de que a teia social tinha, formalmente, seus lugares marcados, o que evidenciava a predominância principiológica, nas relações sociais, do princípio da desigualdade. Este paradigma tinha como motivo de fundo uma rede de privilégios estabelecidos a partir de articulações estabelecidas no âmbito de relações privadas, o que dava um caráter negativo à desigualdade social medieval.

Com o advento das construções filosóficas, políticas e jurídicas que marcaram os acontecimentos do liberalismo e do iluminismo, bem como a sucessão dos eventos revolucionários que marcaram profundamente o século XVIII, o princípio da igualdade, consagrado no plano teórico e projetado significativamente nas construções institucionais que possibilitaram a ruptura com o paradigma medieval, tornou-se um elemento fulcral de todo o imaginário ocidental moderno. A idéia de igualdade demandou a criação do espaço público para o desenvolvimento das relações sociais, como forma de eliminação de alguma parte dos privilégios medievais. A cidadania moderna só foi possível no âmbito público e estruturou sobre a idéia de igualdade.

Aproximadamente duzentos anos foram percorridos na história da humanidade, com a hegemonia, na cultura filosófico-político-jurídica ocidental, da idéia de igualdade, sendo ela um dos principais elementos geradores das instituições políticas e jurídicas que orientaram e normatizaram as ações sociais ao longo deste lapso histórico. Entretanto, tal idéia sempre esteve muito mais vinculada aos cânones filosófico-político-liberais do que a qualquer outro. Tivemos, assim, ao longo da modernidade, o predomínio de uma igualdade formal, onde se reconheceu muito mais a necessidade de todos participarem igualmente da vida política do que propriamente um reconhecimento acerca da necessidade de todos sermos considerados iguais apesar de pertencermos a grupos, comunidades ou outras culturas ou nações diversas, ou seja, iguais a partir de nossas diferenças.

Também a formação dos chamados Estados-nação, a partir das aglutinações absolutistas que precederam o surgimento dos modelos estatais que constituem o paradigma moderno, reforçaram a idéia da necessidade de efetivação definitiva da igualdade formal, tendo como uma de suas conseqüências o sufocamento de culturas e grupos minoritários que habitavam partes dos territórios sobre os quais consolidaram-se os Estados nacionais. Houve com a formação dos Estados modernos um movimento geopolítico para evitar a desunião, a divisão e a fragmentação social, de forma a afastar qualquer possibilidade de falta de coesão e unidade de objetivos nacionais. Assim criaram-se “artificialmente” culturas nacionais homogeneizadoras que desprezaram completamente as diferenças de grupos que muitas vezes estavam e estão presentes na composição de Estados “nacionais”.

Por outro lado, não podemos esquecer que os princípios do liberalismo e do iluminismo, construídos como culturas políticas e jurídicas localizadas, e instrumentalizadas para solucionar problemas locais europeus relativos ao exercício do poder, desprenderam-se de seus microcosmos e universalizaram-se a partir de uma construção mítica de neutralidade. Com isto ocorreram historicamente reduções eurocêntricas de termos fundamentais como cultura, justiça, direito, cidadania e democracia, aparentemente inclusivas, mas que, na verdade, constituíram-se como altamente excludentes, especialmente ao estrangularem e até mesmo liquidarem outras culturas locais.

O que mudou nestas passagens epocais? Não resta dúvidas de que algumas mudanças que marcaram estas diferentes épocas são mais facilmente perceptíveis que outras. Por exemplo, nos campos político e econômico, observamos a passagem de um sistema feudalista marcado por privilégios políticos para um sistema capitalista fundado numa suposta igualdade política, mas com enormes privilégios econômicos. Também é facilmente constatável uma significativa mudança no modelo epocal de Direito, alteração que nos remete a aspectos formais e materiais. Enquanto o Direito medieval era, formalmente, um fenômeno que se estruturava de forma fragmentária e não hierarquizada, o Direito moderno, organizou-se, a partir do fenômeno do constitucionalismo, de modo centralizado e hierarquizado. Sob o aspecto material da distribuição normativa de direitos, o Direito medieval consolidou uma desigualdade negativa acontecida no campo político e social, ao passo que o Direito moderno tentou minimizar as desigualdades e privilégios medievais com uma equalização/concessão de direitos a todos os cidadãos, notadamente aos homens.

Por trás destas mudanças mais facilmente perceptíveis, o que não se manifesta de forma tão clara é a alteração da sintaxe epocal de articulação da linguagem filosófica e, por consequência, das línguas política e jurídica. O que está situada em uma profundidade um pouco maior e, portanto, a exigir uma exploração um pouco mais detalhada, é que a desigualdade privilegiadora medieval ou a igualdade formal equalizadora moderna se constituem em unidades funcionais destas sintaxes e das próprias experiências, e sendo assim, configuram-se como princípios epocais que condicionam/engendram, no plano teórico, teses de realidade e, no plano empírico, a própria experiência.

Estas “categorias piloto” também podem ser entendidas sob um outro duplo aspecto: em relação à realidade e à sintaxe a serem superadas e em referência à realidade a qual funciona como propulsora do engendramento social, político e jurídico. No tocante ao primeiro, a sintaxe superadora funciona como um poder crítico e como um sentido de nuance, de alternativa à sintaxe a ser ultrapassada. Assim, a sintaxe da igualdade representou um leque renovador de perguntas sobre a sintaxe predecessora e sobre as possibilidades de futuro a partir de possíveis respostas. Um poder crítico entendido não reação, mas como possibilidades de ações positivas e afirmativas de uma nova imagem de pensamento e de vida. Em relação ao segundo aspecto, a sintaxe da igualdade moderna, na medida em que foi superando a sintaxe da desigualdade negativa medieval, foi se constituindo como um novo poder global de sentido e de verdade, com novas alternativas hermenêuticas ou sistêmicas, que condicionaram e ainda condicionam teses de realidade e possibilidades empíricas.

Com a hegemonia sintática da igualdade e de suas sub-sintaxes de apoio e perpetuação, como a legalidade, a segurança e a democracia formal, tivemos um convívio quase que absoluto durante mais de duzentos anos. Ainda hoje experimentamos uma série de permanências desta sintaxe que condiciona boa parte de nosso universo simbólico político e jurídico.

O acontecimento do Estado social de Direito, baseado não mais exclusivamente na igualdade formal, mas com uma predominância da igualdade substancial, não o entendo como o surgimento de uma nova sintaxe epocal de articulação teórica e condicionamento prático, mas apenas como uma modulação, perpetrada pelo capitalismo, da sintaxe da igualdade já em vigência histórica desde os primórdios da Modernidade. Isto porque significativamente não houve efetivamente uma mudança na linguagem filosófica, política e jurídica a ponto de determinar uma ruptura epocal.

#### **4 Da Sintaxe da Igualdade à Sintaxe da Desigualdade Positiva ou da Diferença**

A partir da década de sessenta do século passado, com a agudização das lutas políticas de diferentes grupos que compunham as sociedades multifacetadas de países do norte, novos elementos histórico-mundiais, histórico-textuais, histórico desejanter, enfim, novos fenômenos conjunturais passaram a criar novas condições de multiplicidade e positividade. Estávamos diante de inéditas ações/afirmações culturais, comportamentais, políticas e filosóficas, voltadas a propor noções mais inclusivas e, simultaneamente, respeitadoras da diferença de concepções alternativas da dignidade humana.

Sobre este cenário histórico acontecido nas últimas décadas do século passado, Boaventura de Sousa Santos, analisando-o sob o viés da separação e hegemonia dos países do Norte e do Sul do planeta, refere que “No período pós-colonial e no quadro dos processos de globalização das últimas décadas do século XX, com o aumento e o aprofundamento das desigualdades tanto no Norte quanto no Sul, a mobilidade crescente das populações do Sul, especialmente em direção ao Norte, e a diversificação étnica crescente das populações residentes nos países do Norte, a distinção entre os dois tipos de sociedades tornou-se cada vez mais difícil de manter<sup>4</sup>.”

Dessa situação decorreu, segundo o sociólogo português, a partir da década de 1980, que as abordagens das ciências humanas e sociais convergiram para o campo transdisciplinar dos estudos culturais para pensar a cultura como um fenômeno associado a repertórios de sentido ou de significado partilhados pelos membros de uma sociedade, mas também associado à diferenciação e hierarquização, no quadro de sociedades nacionais, de contextos locais ou de espaços transnacionais. A cultura, segundo ele, tornou-se, assim, um conceito estratégico central para a definição de identidades e de alteridades no

---

<sup>4</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 28.

mundo contemporâneo, um recurso para a afirmação da diferença e da exigência do seu reconhecimento e um campo de lutas e de contradições<sup>5</sup>.

Antes de destacar o acontecimento das manifestações de diferentes grupos na luta por seus direitos, antes de destacar as teorizações transdisciplinares formuladas pelas ciências humanas e sociais acerca de tais acontecimentos, é preciso enfatizar o que é mais profundo e destacável desta nova conjuntura surgida em meados da sexta década do século passado: a grave influência de outro princípio concreto que não a igualdade, mas o condicionamento determinado pela diferença, como uma decisão filosófica capaz de conduzir a si própria na construção de sua própria sintaxe, capaz de conduzir à sua própria experiência “transcendental” e, como consequência prática, capaz de operar a gênese de uma nova realidade empírica nos discursos ético-normativos como o Direito. Em outras palavras, o Direito, e particularmente o direito penal, deslocou sensivelmente seus focos de tutela de bens sociais fundados na universalidade para bens sociais estruturados sobre uma sintaxe da diferença. Isto alterou de modo bastante significativo o sentido de democracia

## 5 Diferença e democracia

Por outro lado, também a idéia de democracia dominante a longo dos mais de dois séculos de modernidade passou a sofrer uma série de questionamentos, especialmente a partir de uma alteração de percepção social desencadeada pelas lutas sociais de minorias realizadas a partir da década de sessenta do século passado. Durante a maior parte da modernidade a idéia de democracia esteve praticamente arraigada à concepção de regra da maioria, e às ideias de igualdade e de universalidade. As minorias, os diferentes ou os vulneráveis socialmente que desejassem participar da vida democrática de algum país ocidental, cujo modelo de participação política fosse de democracia liberal, deveriam adaptar-se aceitando as regras de um suposto esquema formal de neutralidade, de igualdade e de universalidade. As democracias liberais sempre tiveram a pretensão de impor às minorias que delas participavam um esquema de conformidade a uma cultura hegemônica.

Também não se pode deixar de anotar que a democracia nas “nações cívicas liberais”, utilizando uma nomenclatura de Kymlicka, implicou, durante muito tempo, um divórcio entre o Estado e opções materiais que fugissem do padrão comportamental e étnico dominantes. Em outras palavras, supostamente os Estados ditos “cívicos liberais” eram neutros em relação à língua, à história, à literatura, ao calendário etc. Com isso tentou-se justificar a adoção de um modelo democrático neutro, onde a igualdade viria a ser o elemento fundante de justificação, e onde todos teriam, em tese, as mesmas possibilidades.

Entretanto, isto se constitui numa enorme falácia. Mesmo os países “cívicos liberais” adotaram uma postura parcializada em relação a inúmeros aspectos materiais da vida de seus cidadãos. A começar pela Inglaterra, que em seu processo de colonização sempre buscou a propagação da língua e da cultura anglo-saxônica. Da mesma forma a França e a Espanha. O que dizer, por exemplo, do que aconteceu nas Américas, senão que praticamente exterminaram-se culturas locais para dar espaço à cultura das metrópoles.

Entretanto, contemporaneamente, o que se observa é a existência de sociedades cada vez mais multinacionais, com configurações caleidoscópicas e fragmentadas, onde grupos minoritários, sob os mais diversos aspectos, convivem ao lado de núcleos étnicos, culturais e sócio-econômicos dominantes. Culturas locais estranguladas voltam cada vez mais a respirar; grupos étnicos imigrantes buscam cada vez mais a manutenção de sua pertença cultural mesmo habitando Estados com uma cultura dominante; grupos comportamentais diversos da maioria consolidam suas posições políticas, suas opções, seus hábitos, mesmo diante de imensas dificuldades impostas por grupos hegemônicos.

Com a ciência de tal realidade sociológica e antropológicamente demonstrada, temos que considerar que se a concepção liberal de democracia ainda possui uma série de elementos conceituais ativos em nossas sociedades contemporâneas, especialmente em relação aos direitos de participação política e à necessidade de proteção de uma enorme gama de direitos individuais, mas, por outro lado, há um leque bastante significativo de outros elementos que merece um novo posicionamento ou uma ampliação, especialmente por força das novas demandas colocadas em cena pela ideia de diferença.

Não estamos aqui a dizer que o princípio da diferença esteja em franca oposição aos princípios que embasam a democracia liberal. Em muitos aspectos ele até mesmo busca aprofundar algumas visões

---

<sup>5</sup> Idem, *ibidem*.

de mundo liberais, notadamente quando evocamos a idéia totalmente liberal de tolerância. Os autores que priorizam a ideia de diferença, indistintamente – e talvez este seja um forte ponto de agregação desta nova vertente de pensamento e pesquisa -, entendem que toda comunidade de diferentes tem um direito fundamental a existir e exprimir-se livremente. A questão essencial, segundo eles, a qual deve ater-se a filosofia política moderna é a da tolerância para com as diferenças sociais e culturais. Assim, há nesta perspectiva uma permanência da tolerância em seu viés liberal, no sentido de garantir aos indivíduos o seu direito à liberdade, mas também um alargamento desta noção significando a possibilidade de construção da dignidade pelo reconhecimento da situação concreta dos indivíduos no mundo, com suas crenças, valores e identidade social e cultural.

O modelo clássico da cidadania liberal não conseguiu proteger a dignidade das culturas, dos comportamentos minoritários diferentes, dos grupos étnicos sufocados por processos de dominação. Este *standart* cívico, apoiado na também clássica dicotomia público/privado, ao exigir a participação dos indivíduos no espaço político (público), dota-os de direitos e deveres idênticos. A fim de não reproduzir as desigualdades da vida privada, os cidadãos devem aprender a viver em condições de igualdade estrita, sendo cada um neutro em suas relações com outros. Há no modelo clássico de cidadania, como resquício da formação dos Estados nacionais em torno de uma nação cultural, uma tendência de uniformização, voltada a evitar qualquer espécie de particularidade ligada a uma pertença social, filosófica, religiosa, étnica, lingüística ou comportamental. Filosofias orientais são bastante questionadas como tal pelas filosofias ocidentais; novas religiões, como os *new* evangélicos, são largamente contestadas por religiões tradicionais, especialmente pela igreja católica; povos e etnias de países colonizados e explorados por nações altamente desenvolvidas e predadoras são hoje rechaçados/segregados nos territórios dos colonizadores; minorias culturais estão vendo suas línguas serem tragadas por idiomas de povos dominadores como ingleses e espanhóis; minorias comportamentais sofrem profundas discriminações sociais e profissionais, como, por exemplo, os homossexuais, ou, então, de forma mais violenta, são punidos criminalmente como os consumidores de substâncias psicoativas consideradas ilícitas.

Ora, tudo isto representa a mais contundente manifestação de uma visão de mundo, de um paradigma homogeneizador, que, nos dias atuais, contraria qualquer perspectiva democrática em seu sentido substancial. A democracia do século XXI é uma construção política permanente que deve potencializar as mais diversas possibilidades de reivindicações políticas em favor do pluralismo cultural e comportamental.

Não podemos mais falar em fidelidade prioritária à nação, como pretendem as nações étnicas antiliberais, ou em amassamento étnico dentro de democracias liberais “neutras”. Haveremos neste novo século de falar em nações multiétnicas, em proteger as pequenas nações que vivem em sociedades multinacionais, em resgatar direitos de nações avassaladas nos processos históricos de dominação realizados por povos que em determinados momentos souberam garantir uma hegemonia militar internacional. A democracia na perspectiva da sintaxe da diferença está assentada numa idéia de “diferencialismo igualitário”, onde o reconhecimento das diversidades é posto ao serviço da proteção igual de todas as comunidades

As lutas e as reflexões democráticas da pós-modernidade, do pós-colonialismo, são batalhas e investigações voltadas a desfazer processos de dominação e de hegemonização cultural. São lutas e reflexões contra as reduções eurocêntricas de noções de cultura, justiça, direito e cidadania. E tais embates, tanto no campo da política real quanto no âmbito acadêmico tem gerado tensionamentos pela exigência de reconhecimento da diferença como forma de realização da igualdade.

Esses tensionamentos têm sido objeto da reflexão na esfera do direito constitucional e têm se transferido pragmaticamente para as Cartas Políticas e para os espaços normativos infraconstitucionais de países que adotam o constitucionalismo como modelo de organização social, política, jurídica e administrativa.

## **5.1 Transferências da filosofia multiculturalista e da política da diferença para o campo jurídico**

As construções teóricas formuladas pelos diversos pensadores da diferença não ficaram restritas ao universo das discussões acadêmicas filosóficas, mas com movimentos concretos sobre o mundo da vida articularam-se e foram transferidas com considerável sucesso para o plano prático do direito e da política.

### **5.1.1 A declaração universal sobre a diversidade cultural (Paris, 2001)**

A Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, resultado da Conferência Geral da Unesco de 2001, realizada em Paris, é hoje o grande documento da humanidade a fundamentar todas as Constituições, os textos legais infraconstitucionais e as decisões judiciais do mundo todo que abrigam conteúdos reconhecedores das identidades das mais diversas minorias. Nas palavras de Edgar Montiel,

Este é o primeiro acordo político de envergadura universal que busca enquadrar de modo construtivo os efeitos da mundialização no âmbito da cultura. Trata-se de um primeiro esforço para moderar a lógica uniformizante que subjaz nos processos econômicos e tecnológicos mundiais. Permanece nas mãos dos governos, da sociedade civil e da comunidade internacional a decisão de se servir deste instrumento jurídico para criar em seus países e no mundo um clima estável de confiança, de cooperação e de desenvolvimento.<sup>6</sup>

Esse texto, adotado unanimemente pelos 181 Estados-membros da Unesco, é estruturado mediante princípios e normas de alcance jurídico e eleva, em seu artigo primeiro, a diversidade cultural à categoria de patrimônio comum da humanidade.

Antes dessa Declaração, outros instrumentos internacionais já haviam sido promulgados pela Unesco, com a finalidade de proteção cultural, entre os quais figuram:

- o Acordo de Florença de 1950;
- o Protocolo de Nairobi de 1976;
- a Convenção Universal sobre Direitos de Autor de 1952;
- a Declaração dos Princípios de Cooperação Cultural Internacional de 1966;
- a Convenção sobre as Medidas que Devem Adotar-se para Proibir e Impedir La Importação, a Exportação e a Transferência de Propriedade Ilícitas de Bens Culturais de 1970;
- a Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial Cultural e Natural de 1972;
- a Declaração da Unesco sobre a Raça e os Prejuízos Raciais de 1978;
- a Recomendação relativa à Condição do Artista de 1980;
- a Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular de 1989.

Esse processo histórico construção de gradual da proteção internacional dos direitos culturais alcançou o seu paroxismo, no âmbito jurídico, com a Declaração de Paris de 2001, pois esta estabeleceu uma estreita vinculação da diversidade cultural à idéia de direitos humanos. Em seu artigo quarto dispõe que a defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável da dignidade da pessoa humana. Já no dispositivo seguinte, declara que os direitos culturais são parte integrante dos direitos humanos, que são universais, indissociáveis e interdependentes. Esse artigo de certa forma consagra a tese de Walzer da igual dignidade à diferença como universalização do direito à particularidade cultural. Por fim, no artigo sexto, propugna por uma diversidade cultural acessível a todos, buscando garantir espaços para que todas as culturas possam expressar-se e dar-se a conhecer.

É importante destacar que essa Declaração foca suas atenções em quatro pontos, a saber: 1) Identidade, diversidade e pluralismo; 2) Diversidade cultural e direitos humanos; 3) Diversidade cultural e criatividade; 4) Diversidade cultural e solidariedade internacional.

### **5.1.2 A Constituição brasileira de 1988**

Como jamais ocorrera em toda história do constitucionalismo brasileiro, o texto da Carta Política de 1988 consagrou a tutela da diversidade cultural e de algumas minorias, diferenciando radicalmente de todos os textos anteriores e criando uma série de novas demandas normativas no patamar regulatório infraconstitucional.

---

<sup>6</sup> MONTIEL, Edgar. A Nova Ordem Simbólica: a diversidade cultural na era da globalização. In: SIDEKUN, Antônio (org.). **Alteridade e Multiculturalismo**. Ijuí: Editora Unijuf, 2003, pp 17-18.

### **5.1.2.1 O preâmbulo**

No Brasil, o sistema jurídico foi pródigo na recepção dos postulados da diferença. Começamos pelo Preâmbulo da Magna Carta, onde princípios fundantes da filosofia política da diferença aparecem manifestamente. Vale repeti-lo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, ... (grifo nosso). Tais termos presentes no texto constitucional revelam, sem qualquer espécie de dúvida, que o projeto político constitucional não admite hegemonias culturais, comportamentais, étnicas etc. Mais do que isso. 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.

### **5.1.2.2 Os princípios fundamentais e sua potencialidade de sentido para uma tutela da diferença**

Mas o texto constitucional vai mais longe. Diferentemente de outras Constituições brasileiras que se revestiram de um caráter altamente autoritário, o texto de 1988 contemplou como fundamentos da República Federativa do Brasil a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político.

As idéias de cidadania e de dignidade da pessoa humana devem ser lidas e compreendidas dentro da totalidade de um novo projeto de sociedade, Estado e direito, com a positivação de diferentes núcleos de direitos fundamentais – individuais e coletivos –, como nunca ocorrera anteriormente na vida constitucional do País. Devem ter seu sentido construído a partir de uma significativa ampliação da complexidade axiológica constitucional, onde não mais prevalece uma ideologia liberal ou social, mas fragmentos de todas compõem um quadro democrático caleidoscópico, onde todos são iguais perante a lei, inclusive em suas diferenças.

A idéia de pluralismo político também vai ao encontro de todo este arcabouço de multiplicidades que está abrigado no texto constitucional de 1988. E nem poderia ser diferente. O pluralismo político é uma condição de possibilidade principiológica para que toda e qualquer pretensão política possa se fazer representar dentro do sistema democrático representativo. Não faria sentido haver a projeção de uma sociedade pluralista no Preâmbulo se em algum outro momento não houvesse uma previsão que instrumentalizasse a possibilidade desta pluralidade social fazer-se representar no quadro democrático.

Especificando ainda mais o Preâmbulo o artigo 3º, em seu inciso IV, prevê que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre outros, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação. Este dispositivo, somado aos previstos no artigo 5º, incisos XLI e XLII, os quais prevêem, respectivamente, que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei, consagra definitivamente a recepção pela Constituição brasileira dos postulados filosófico-políticos do multiculturalismo, da política da diferença.

Como se isto não bastasse, a Constituição Federal brasileira inovou radicalmente ao prever inúmeras formas de proteção aos mais diversos grupos minoritários e vulneráveis em nossa sociedade.

### **5.1.2.3 A proteção e o estímulo constitucional das manifestações culturais de grupos participantes do processo civilizatório nacional**

No capítulo referente à educação, à cultura e ao desporto, inovou a Constituição de 88 em relação aos textos constitucionais anteriores, ao prever uma seção específica destinada à proteção e ao estímulo à cultura, adotando uma perspectiva diferenciadora e multiculturalista. De forma ainda mais vanguardista, avançou no sentido de valorizar a diversidade cultural que caracteriza formação da identidade brasileira. Neste sentido, o texto constitucional contém expressas disposições referentes à necessidade de tutela e estímulo à manutenção da diversidade étnica e cultural, tais como:

- a garantia a todos do pleno exercício dos direitos dos direitos culturais (art. 215, *caput*);



- a previsão de proteção das manifestações culturais populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional (art. 215, § 1º);
- a imposição constitucional ao legislador comum para a fixação, mediante lei, de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais (art. 215, § 2º);
- o estabelecimento da obrigatoriedade de um Plano Nacional de Cultura, que vise o desenvolvimento cultural, mediante a realização de ações do poder público que conduza, dentre outras coisas, à valorização cultural da diversidade étnica e regional (art. 215, § 3º, V).

#### **5.1.2.4 A tutela aos portadores de deficiência**

Se em outras épocas e em outras Constituições os portadores de deficiências, em suas mais variadas formas, eram relegados ao esquecimento, o mesmo não pode ser dito a partir do advento da Constituição de 1988. A proteção aos deficientes é hoje largamente positivada em nosso texto constitucional. Estabelece a Magna Carta, em seu artigo 23, II, ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. No mesmo passo a previsão contida no artigo 24, XIV, segundo a qual compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência.

Especificando um pouco mais o sentido constitucional da tutela aos portadores de deficiência, o texto constitucional consagra consideráveis previsões regulatórias de inclusão, tais como as seguintes:

- a igualdade de direitos no trabalho (art. 7º, XXXI);
- a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII);
- a previsão da habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária, bem como a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, como objetivos da assistência social (art. 203, IV e V);
- o atendimento educacional especializado (art. 208, III);
- a facilitação das condições para um acesso adequado e a necessidade de adaptação dos logradouros, edifícios de uso público e meios de transporte para tal fim (art. 227, § 2º).

#### **5.1.2.5 A proteção das fases hipossuficientes da cadeia existencial: a criança, o adolescente e o idoso**

A Constituição de 88 também radicalizou no que pode ser chamado de fases hipossuficientes da cadeia existencial humana, a saber: a infância, a adolescência e a velhice.

A proteção à infância é prevista como direito social já no artigo 6º, da CF. A relevância para o Estado de tal tutela é tamanha que a Constituição também estabelece como competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar sobre a proteção à infância e à juventude (art. 24, XV). Assim como com relação aos deficientes, a Constituição também especifica em uma série de dispositivos a proteção à infância e à juventude. Vejamos:

- são objetivos da assistência social a proteção à infância e à adolescência e o amparo às crianças e adolescentes carentes (art. 203, I e II);
- 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 familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, *caput*);
- a imposição ao Estado da obrigação de promover programas de assistência integral à saúde da criança e da adolescência (art. 227, § 1º);
- a previsão da proteção especial nos seguintes aspectos: idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho; garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola; garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade

na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado; obediência aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade; estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, ao acolhimento sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins;

- regras específicas relativas à assistência social (art. 227, § 7º).

Assim como crianças e adolescentes, os idosos também gozam, pela sua vulnerabilidade, de especial tutela constitucional. Assim, nesta direção, as seguintes disposições constitucionais:

- a proteção à velhice como objetivo da assistência social (203, I);

- a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa idosa (203, V);

- a obrigação dos filhos maiores ajudarem e ampararem os pais na velhice, na carência ou enfermidade (art. 229);

- a obrigação da família, da sociedade e do Estado de amparar as pessoas idosas, através da garantia de sua participação na comunidade, da defesa de sua dignidade e do bem-estar e da garantia do direito à vida (art. 230, *caput*);

- a previsão de programas de amparo (art. 230, § 1º);

- a garantia da gratuidade dos transportes coletivos urbanos aos maiores de sessenta e cinco anos (art. 230, § 2º).

Tais medidas protetivas decorrem da adoção constitucional dos princípios da solidariedade e da proteção, o que revela uma atenção diferenciada no projeto constitucional para estes pólos vulneráveis da cadeia existencial.

#### **5.1.2.6 A proteção da identidade indígena**

Tendo a proteção genérica disposta nos princípios gerais da ordem social, os índios tiveram uma consideração especial da Constituição no que toca à proteção de sua identidade. É a positivação, em nível legislativo constitucional, do princípio da proteção da identidade, na qual se destacou uma maior preocupação do legislador constituinte com a preservação do seu entorno natural e da manutenção de sua relação cultural com este ambiente, o que, de certa forma, constitui-se em condição de possibilidade da sobrevivência da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições indígenas, ou, em outras palavras, da cultura e identidade indígenas.

### **6 O direito penal da diferença e da hipossuficiência social**

Boa parte das positivações constitucionais voltadas à tutela da diferença, projetaram-se também para as esferas infraconstitucionais do ordenamento jurídico brasileiro, fenômeno que permite afirmar sobre o acontecimento de um direito penal que se afasta dos moldes do direito penal liberal clássico, caracterizado pela tutela penal de bens universalmente válidos, para um direito penal cuja finalidade radica-se na tutela da diferença, tanto sob a forma de minorias quanto de vulneráveis sociais. Tais projeções do campo constitucional para a seara infraconstitucional penal deu-se tanto por força das obrigações criminalizadoras quanto pelas indicações constitucionais legislativas constantes de forma inédita no texto constitucional brasileiro de 1988. O resultado disto é que hoje, no Brasil, o direito penal, atendendo ao movimento constitucional de mitigação de um projeto liberal homogeneizador, está mais próximo de uma concepção contemporânea de democracia, ao recepcionar a ideia de diferença, concretizada nas demandas dos grupos minoritários residentes em nosso País.

Já antes de 1988, havia algumas legislações que davam conta da tutela da diferença e da vulnerabilidade, ainda que bastantes poucas, como por exemplo, a Lei n. 6.001/73, que criou o Estatuto do Índio, no qual há um capítulo com a positivação dos crimes contra os indígenas. Mas é depois de 88 que a tutela da diferença e da vulnerabilidade de minorias realmente começa a ser positivada de forma mais efetiva, conforme o quadro seguinte:

LEI COM CONTEÚDO PENAL	BEM JURÍDICO TUTELADO	NATUREZA DO BEM TUTELADO	DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL RELACIONADO
Lei 7.716/89	Igualdade racial	Não-individual	Art. 5º, caput e XLII (disposição criminalizadora expressa)
Lei 7.853/89	Dignidade humana dos deficientes físicos	Não-individual	Art. 1º, III; Art. 7º, XXXI; Art. 23, II; Art. 24, XIV; Art. 37, VIII; Art. 203, V; Art. 227, § 2º; Art. 244
Lei 8.069/90	Infância e juventude	Não-individual	Art. 24, XV; Art. 227
Lei 8.078/90	Relações de consumo	Não-individual	Art. 24, VIII; Art. 5º, XXXII
Lei n. 8.313/91	Igualdade, liberdade de expressão e cultura	Individual e Não-individual	Art. 5º, <i>caput</i> e inc. IV; Arts. 215 e 216
Lei n. 8.429/92	Administração da justiça e dignidade humana (aspecto meramente penal)	Individual e não - individual <sup>7</sup>	Arts. 37 a 43; Arts. 70 a 75
Lei n. 9.029/95	Dignidade humana e igualdade	Individual	Art. 1º, III; Art. 5º, <i>caput</i>
Lei n. 9.455/97	Dignidade humana e integridade física e mental	Individual	Art. 1º, III; Art. 5º, III; Art. 5º, XLIII
Lei 10.741/03	Dignidade humana do idoso	Individual	Art. 230
Lei 11.340/06	Dignidade humana da mulher (integridade física)	Individual	Art. 5º, inc. I
Lei 12.015/09 (modificadora do CP)	Integridade Sexual da Criança e do Adolescente	Individual e não individual	Art. 24, XV; Art. 227

<sup>7</sup> Inobstante tutelar esta lei a Administração e o erário públicos, mediante uma série de sanções não penais, na sua parte especificamente penal, o único tipo visa a proteger os indivíduos atomizadamente – agentes públicos e terceiros beneficiários -, uma vez que o modelo abstrato de conduta punível, descrito no seu artigo 19, consiste na “representação por ato de improbidade administrativa contra agente público ou terceiro beneficiário quando o autor da denúncia o sabe inocente”.

## Considerações Finais

O direito penal liberal da modernidade, que sempre priorizou a tutela de bens universalmente válidos, revelou-se insuficiente diante das demandas sociais emergentes desde as últimas três décadas do século passado, especialmente em função de que estas embasam-se fortemente na ideia de diferença, enquanto aquele está totalmente fundado na igualdade.

Com tal característica, o direito penal universal foi paulatinamente distanciando-se das demandas democráticas hodiernas, pois estas incluíram em seus portfólios legais as demandas de grupos com comportamentos diferenciados das majorias, bem como de parcelas hipossuficientes e vulneráveis da população.

No Brasil, com a promulgação da CF de 1988, tais demandas minoritárias da população foram amplamente materializadas no texto da Magna Carta, fenômeno legislativo que abriu uma imensa porta para que os estamentos normativos infraconstitucionais recepcionassem tal movimento político histórico e materializassem, de forma mais efetiva e analítica, as tutelas a bens sociais mais particularizados e menos universais.

Isso está acontecendo lentamente no direito penal brasileiro, através da proteção penal de bens cujo elemento fundamental é a diferença em relação à maioria ou, então, sob outro viés, a vulnerabilidade social, com, por exemplo, a tutela da integridade das mulheres, que mesmo sendo numericamente maioria, são ainda qualitativamente vulneráveis em relação aos processos de dominação masculina.

O que se demonstrou no presente trabalho é que o direito penal já não é mais exclusivamente um instrumento de proteção de bens universais, mas, também de bens sociais cuja finalidade é o atendimento de interesses de minorias e hipossuficientes sociais. Tal movimento no ordenamento penal lhe dá um viés mais democrático, pois democracia na pós-modernidade significa não só a regra da maioria ou o universalmente válido, mas a proteção contra as ditaduras das majorias ou contra o autoritarismo das universalidades homogeneizadoras.

## Referências

MONTIEL, Edgar. A Nova Ordem Simbólica: a diversidade cultural na era da globalização. In: SIDEKUN, Antônio (org.). **Alteridade e Multiculturalismo**. Ijuí: Editora Unijuí, 2003.

SANTOS, André Leonardo Copetti. A tradição filosófica coletivista e sua projeção no constitucionalismo contemporâneo das Américas através da tutela de minorias e grupos de vulneráveis sociais. In: **Revista Direitos Culturais**, v. 6, n. 11, julho/dezembro de 2011, p. 165-182.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: