

# ALTERIDADE: A IDENTIFICAÇÃO DA DIFERENÇA

## ALTERITY: IDENTIFYING DIFFERENCES

*Nilson Tadeu Reis Campos Silva<sup>1</sup>*

...temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades. (SOUSA SANTOS, 2003).

**Resumo:** O artigo analisa o predomínio do código econômico na ordem jurídica, defendendo ser necessária a adoção do princípio da negociação como instrumento apto a permitir a inclusão das minorias e dos grupos vulneráveis, de modo a superar a insuficiência do acesso igualitário ao Estado de Direito provocada pela igualdade formal da linguagem dos direitos e pela utilização equivocada do código do Ter. Assim, o estudo contextualiza na contemporaneidade brasileira a questão dos direitos humanos com ênfase ao princípio da diferença, considerando ser a ausência da autoidentificação o traço distintivo entre minorias e grupos vulneráveis, tendo a desqualificação jurídica advinda da incapacidade de articulação como característica que aproxima os integrantes dos dois estratos sociais submetidos à discriminação exclusiva, sem olvidar a permanente tensão causada pelo caráter universalista dos direitos humanos em frente à premissa relativista dos direitos dos excluídos, para ressaltar aspectos relevantes dos instrumentos normativos internacionais e nacionais que se prestam à proteção dos discriminados, sublinhando a ainda presente falta de efetividade no manejo das políticas públicas de ações afirmativas, concluindo pela necessidade de se compreender a dialética da alteridade desde a distinção entre minorias e grupos vulneráveis e do uso do código do Ser para que se obtenha a efetividade da tutela jurídica de ambos os grupos.

**Palavras-Chave:** Igualdade. Discriminação. Alteridade. Direitos Humanos. Minorias. Grupos Vulneráveis. Tutela Jurídica.

**Abstract:** This paper analyzes the prevalence of the economical code in juridical order, by defending the necessity of adopting principles of negotiation as an instrument able to allow the inclusion of minorities and vulnerable groups in society, in order to overcome the inadequacy of the so called equalized access to rights guaranteed by the State, which is provoked by both, the formal equality of the language of rights, and by the misuse of the Code of Having - referring to economical position. Thus, this study contextualizes issues regarding human rights, in the Brazilian contemporary society, with emphasis in the principle of differences, considering that the absence of a self-identification is the distinctive trait between minorities and vulnerable groups, and also considering that the juridical disqualification, which emerges from the incapacity of articulation, is a characteristic that approximates the members of the two social strata submitted to exclusive discrimination; nevertheless, not forgetting the permanent tension caused by the universal character of human rights before the relativist premise of excluded people' rights, in order to emphasize some relevant aspects of the international and national regulatory instruments, written to protect discriminated people, however, showing a current lack of effectiveness in managing public policies of affirmative actions. Thus, it is concluded that it is necessary to understand the alterity dialectics, since the beginning of this distinction between minorities and vulnerable groups, but based on the use of the Code of Being a good citizen, to obtain juridical protection effectiveness for both groups mentioned.

**Keywords:** Equality. Discrimination. Alterity. Human Rights. Minorities. Vulnerable Groups. Juridical Protection.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Público pela Instituição Toledo de Ensino - ITE (Bauru/SP); Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (Londrina/PR); Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá - UEM (Maringá/PR); Professor Assistente do Departamento de Direito Público da UEM (Maringá/PR); Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito da Univel (Cascavel/PR); advogado. E-mail: nilson8951@gmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

Esta reflexão sobre a utilidade de se distinguir minorias de grupos vulneráveis visa ao exame, não exaustivo, de como a questão da igualdade sob uma óptica constitucional deve ser tutelada no plano interno e no plano supranacional, a fim de propiciar uma discussão reflexiva sobre sua (in)efetividade na *práxis* da democracia brasileira, tendo como ponto de partida o

[...]comando principiológico, constante do art. 3º, inciso IV, de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação, hoje deveria reger a Administração Pública, o Poder Judiciário, o Poder Legislativo e as ações dos particulares.<sup>2</sup>

Da mesma sorte, discutir-se-á a vigente Constituição Federal do Brasil que alberga inúmeros dispositivos que se prestam a erodir desigualdades e, em especial, obstruções conservadoras e elitistas de tónus neoliberais, preventivos de uma derrocada do projeto estruturado de Estado-nação.

Essa proposta exige um prévio corte epistemológico que permita contextualizar essa que, a rigor, é uma discussão sobre as tensões dialéticas da sociedade que avultam, em especial, neste limiar do Século XXI, ferindo os temas igualdade e diferença, redistribuição e reconhecimento.

Por outras, mesmo partindo-se da premissa de que a arena apropriada à discussão da alteridade na contemporaneidade seja a jurídica, suas diferentes expressões nos diversos contextos culturais exigem um antecedente debruçar d'olhos sobre *topoi* culturais dos direitos humanos – entendidos estes como veículos emancipatórios<sup>3</sup>.

Para responder a tal indagação, mister que se façam alguns cortes epistemológicos que permitam sejam conhecidas as premissas conceituais referenciadas (ou mesmo, antes embutidas) na digressão, de sorte a contextualizá-las no panorama examinado.

Como ponto de partida da elaboração deste projeto, buscou-se a fixação de um primeiro axioma, consistente na construção de um conceito individual sobre a tessitura temática de fundo dos seminários: as minorias.

Dessarte, podemos conceituar minoria como *grupo autoidentificado e (des)qualificado juridicamente pelo baixo ou inexistente reconhecimento efetivo de direitos por parte dos detentores do poder*, o que será melhor explicitado adiante.

Mercê do poder desobstrutivo da previsão programática inserta nos textos constitucionais, a confiança na efetividade<sup>4</sup> da Constituição é assegurada, de um

<sup>2</sup>Cf. ARAÚJO, Luiz Alberto David. Em busca de um conceito de pessoa com deficiência. In GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da.; RIBEIRO, Lauro Luiz. Gomes. Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007, p. 12.

<sup>3</sup>Até porque, “A reflexão centrada estritamente no jurídico é sempre estéril (...) o Direito não é raiz. Se raízes podem ser identificadas, elas são o econômico e o político, ‘revestidos’ pelo ideológico” (CALMON DE PASSOS, J.J. Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam. Rio: Forense, 1999 p. 102).

<sup>4</sup>Adota-se, aqui, a definição de BARROSO, Luís Roberto, para quem efetividade “significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser*

lado, pelo sistema de contrapesos entre os três Poderes da República e, de outro, pela viabilização de ações afirmativas mediante as quais o Poder Judiciário tem realizado a Constituição à míngua (ou no *déficit*) de legislação infraconstitucional, temas que, todavia, ultrapassam os limites deste trabalho.

Presta-se como exemplo paradigmático dessa realização a concreção do direito à saúde, por mandados judiciais, ausente ainda a fonte regular de financiamento da política nacional para tanto.

## 2 DO CÓDIGO MOTRIZ

A globalização econômica, que em 2008 mostrou sua face impactante ao mundo, em efeito dominó, desde uma prosaica crise imobiliária estadunidense deflagradora de escândalos industriais e financeiros mundiais, até a derrocada de economias de quase todos os países, obrigando a todas as nações a repensarem quanto ao intervencionismo do Estado nas atividades privadas, só tem feito validar a prevalência do seu código – econômico – em todos os sistemas, sejam eles políticos, jurídicos, ou sociais, ainda que tal código seja, às vezes, edulcorado com pitadas de preocupações ambientais e sociais.

Ao contrário do que se dissemina no imaginário popular, esta não é uma questão que aflige apenas os países periféricos ou de modernidade tardia como querem alguns, mas, também, os tidos como nucleares – tais como os europeus, como se infere das críticas de AVELÃS NUNES ao Tratado de Maastricht<sup>5</sup> e que sublinham a subordinação das políticas sociais e da luta pelas exclusões, isto é, do direito de cidadania, aos interesses econômicos:

[...] é evidente que a ponderação destes direitos continua a ter uma inspiração econômica, subordinando-os à “necessidade de manter a capacidade concorrencial da economia comunitária”.<sup>6</sup>

O mesmo AVELÃS NUNES, reportando-se à Carta Social Europeia (1961) e à Carta Comunitária dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores (1989), assevera que “[...] não passam, porém, de meras *declarações políticas*, sem qualquer força vinculativa no plano jurídico.”<sup>7</sup> (itálicos do original), para concluir que a Constituição Europeia

É um estatuto forte para as liberdades do (grande) capital (sobretudo do capital financeiro), a suscitar preocupações relativamente ao

---

normativo e o *ser* da realidade social.” In Temas de direito constitucional – tomo III. Rio: Renovar, 2005, p. 71.

<sup>5</sup> Assim conhecido por ter sido assinado na cidade holandesa do mesmo nome em 6.2.1992. Consiste em Acordo relativo à política social celebrado entre os estados-membros da Comunidade Europeia, com exceção do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte.

<sup>6</sup> AVELÃS NUNES, António José. A constituição europeia e as políticas sociais. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes e STRECK, Lenio Luiz. (org.). Entre discursos e culturas jurídicas. *Stvdia Iuridica* 89. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.240.

<sup>7</sup> *Idem*, p. 239-240.

tratamento dado aos direitos fundamentais *qua tale* e, em especial, aos direitos econômicos e sociais dos trabalhadores.<sup>8</sup>

Porém não apenas o domínio do sistema econômico<sup>9</sup> vem afetando as populações que habitam a Terra: também os sistemas político e social, atingidos pelo crescente avanço do multiculturalismo e pela exponencial e conflituosa diversidade das visagens das sociedades cosmopolitas não pluralistas, têm contribuído para uma ruptura no pensamento jurídico que pode até ser considerada como um avanço<sup>10</sup>: de uma lógica de exclusão dos contrários para uma lógica de complementaridade das diferenças, com abordagem pragmática dos direitos humanos.

A questão que se apresenta à reflexão é: como o sistema jurídico tem sido impactado por tais mutações? e, o que mais importa, se ele tem respondido de modo positivo ou negativo a essa reconfiguração do *ethos* mundial.

É dizer: o Direito ainda se presta como legitimado à pacificação de conflitos? Ou, reportando à aspiração *kelseniana*<sup>11</sup>, como fazer para que a aplicação do direito seja conforme prescreve a Constituição?

Para tentar responder a tais questões, é mister entender o quê – e o porquê – resta prescrito pela Constituição, no que diz respeito ao tema em estudo.

### 3 DA IGUALDADE COMO PONTO DE PARTIDA

Em um mundo cada vez mais dominado pelo código econômico do Ter, a igualdade formal, propiciada pela linguagem dos direitos não se converte em acesso igualitário ao Estado de Direito ou à aplicação imparcial das leis e dos direitos.

Assim, é possível ter-se direitos, mas não se possuir recursos suficientes para exigir sua implementação<sup>12</sup>: a exclusão social, propiciada principalmente (ou seja: não só) pela pobreza, gera invisibilidade social, imunizando os privilegiados e demonizando os que se atrevem a contestar o sistema.

Doutro lado, as profundas modificações nas áreas tecnológica, científica, ideológica e a globalização divisora do mundo em países nucleares e periféricos, com redimensionamentos conceituais de Estados e formação de Comunidades (ainda de cariz político-econômico) forcejam as decisões judiciais a modificarem o tônus estritamente técnico-jurídico, adotando nuances também decisões políticas e, assim, interferindo na esfera de outros poderes do Estado, com ampla repercussão social<sup>13</sup> e institucional.

---

<sup>8</sup>*Idem, ibidem*, p. 242-243.

<sup>9</sup>No mesmo sentido do texto, consulte-se COMPARATO, Fábio Konder, in A afirmação histórica dos direitos humanos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, p. 532 e seg.

<sup>10</sup>Como anota EBERHART, Christoph. Direitos humanos e diálogo intercultural: uma perspectiva antropológica. In Direitos humanos na sociedade cosmopolita. César Augusto Baldi (org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 159-203.

<sup>11</sup>“Em forma abreviada: Devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve”: KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, 4. ed., Coimbra: Armênio Amado – Editor, 1979, p. 277.

<sup>12</sup>Neste sentido, veja-se SUR, Oscar Vilhena Viera. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. Revista Internacional de Direitos Humanos, nº 6, ano 4, 2007, pp. 29-52.

<sup>13</sup>No sentido do texto, consulte-se: YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Morimizato. O novo papel do judiciário e dos magistrados na sociedade contemporânea: reflexões em tempos de reforma. Curitiba: Juruá, 2006, p. 141 e ss.

Sob outro viés, pode-se analisar a questão de modo dicotômico, como faz PECES-BARBA, para quem existe uma ética pública bidimensional<sup>14</sup> com matriz democrática e outra ética, privada e regida pela autonomia da vontade, ainda que só exercitável através daquela outra pública e institucionalizada.

É que a ética pública é formatada por um conjunto de princípios, direitos e valores que desenham a justiça nos ordenamentos jurídicos das sociedades democráticas e a que estas se submetem pelo temor à sanção e pela adesão ao ideário, enquanto que a ética privada consiste em um verdadeiro projeto de salvação voltado ao bem, à virtude e à felicidade, logo, apenas suscetível de ser praticada pelo consenso.

Como aponta o mesmo PECES-BARBA<sup>15</sup>, quando se olvidam as diferenças ontológicas que separam aquelas duas éticas tem-se espaço ou para o Estado totalitário<sup>16</sup> (em que há a imposição da ética pública sobre a privada, com a pretensão de que o ideário público coincida com aspirações particulares) ou para o Estado confessional<sup>17</sup> (no qual a ética privada busca definir a pública).

Essa óptica remete à conclusão de que se tem, nos Estados democráticos, como princípio final, o das maiorias, traduzido nas Constituições<sup>18</sup>, o que não impede – antes, exige, a adoção do princípio da negociação como instrumentalização não só da realização da carta de valores majoritária mas, especialmente, da inclusão das minorias.

Neste cenário, impende sublinhar que o mencionado princípio da negociação advém da constatação inarredável da existência de uma igualdade não meramente formal, mas substancial, dentre os seres humanos e, ao mesmo tempo, da existência de diferenças dentro de uma mesma sociedade.

Daí RAWLS estabelecer, para viabilizar aquela regra da maioria (adotada sob o “véu de ignorância” quanto às características dos integrantes dessa maioria), dois princípios da justiça, sendo um relativo à igualdade e outro pertinente à diferença:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a)

---

<sup>14</sup>PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Ética pública-ética privada. Anuario de Filosofía del Derecho, XIV, Madrid: Doxa, 1997, p. 531 *usque* 544. Para o autor, a ética pública possui uma dimensão estática (os princípios de justiça) e outra dinâmica (a ordem pública) de difícil separação. Os destinatários e protagonistas dessa ética pública são as autoridades, os poderes públicos, os legisladores, os juízes e os cidadãos.

<sup>15</sup>*Idem, ibidem.*

<sup>16</sup>Matizado pelo marxismo-lenismo ou pelo facismo.

<sup>17</sup>Colorizado pelo fundamentalismo religioso.

<sup>18</sup>Neste sentido, a regra da maioria, quando incluída na Constituição, expressaria a “razão perfeita” e por isso, vincularia as decisões judiciais, como ensinava Benjamin Cardozo em seu *The nature of judicial process*, citado por APPIO, Eduardo, *Direito das Minorias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 36.

consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos<sup>19</sup>.

É de se salientar que RAWLS acredita que a compatibilidade entre o justo e o bem ocorre conforme as diversas doutrinas compreensivas razoáveis (resultantes da razão teórica, da razão prática e da estabilidade temporal) converjam sobre o valor de uma concepção política de justiça – a justiça como imparcialidade<sup>20</sup>.

Para se obter essa convergência na área jurídica, não se pode prescindir de aspectos religiosos, filosóficos e morais presentes na vida humana, mediante os quais se priorizam e se atribuem pesos específicos a determinados valores em específico espaço geográfico e durante um indeterminado tempo.

Tais aspectos podem encontrar suas raízes na mitologia grega, segundo a qual Epimeteu, encarregado pelo Olimpo de distribuir qualidades aos animais que povoavam a Terra, a fim de assegurar a continuidade das espécies, esqueceu-se dos homens.

Seu irmão Prometeu rouba, então, de Hefaiostos e de Atenas o domínio das técnicas de inventar e dominar os próprios meios de sobrevivência, concedendo-o aos homens e assim complementando a missão de Epimeteu.

Contudo, um atributo divino não foi possível obter, por ser exclusivo de Zeus: a arte da política e da ética, o que inviabilizava a continuidade da espécie humana, posto que os Homens, divididos segundo suas habilidades técnicas, não conseguiam a socialização e continuavam fadados ao desaparecimento.

Notando a falha que colocava em risco sua criação, Zeus enviou Hermes para distribuir, dentre os homens, os sentimentos de justiça e de respeito em relação aos demais, não sem punir o titã que afrontara sua divindade, o que, em algumas versões do mito, teria redundado no flagelo de ter o fígado, continuamente regenerado, consumido diariamente por ave de rapina – não sendo despidendo sublinhar que esse órgão era tido, à época, como o epicentro dos sentimentos.

A primeira, dentre muitas outras leituras que podem ser feitas deste mito<sup>21</sup>, é a de que o tecnicismo despido de ética pode ser fatal à espécie humana.

A segunda consiste na compreensão de que a justiça é a virtude hábil a permitir o inter-relacionamento entre os homens, igualando-os não obstante situarem-se em estamentos diversos.

A terceira e última visão, nos limites deste trabalho, autorizada pelo mito, é de que ele representa a metáfora da vida humana: o Homem é metade Epimeteu, o imprevidente, mas também seu contrário, metade Prometeu, o racional.

---

<sup>19</sup>RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 64. Adite-se, por oportuno, que na seara dos direitos humanos e das relações internacionais, o “Direito dos Povos” de RAWLS se apresenta como alternativa às correntes filosóficas do cosmopolitismo e do comunitarismo, se prestando de *tertius* à completa inclusão propugnada pela primeira e à extremada exclusão defendida pelos adeptos da segunda, relativizando o liberalismo ao possibilitar a coexistência de povos com visões de mundo diferentes.

<sup>20</sup>RAWLS, John. Liberalismo político. Trad. de Sergio René Madero Baéz. México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 75 e ss.

<sup>21</sup>No sentido contrário do texto, Fábio Konder Comparato utiliza o mesmo mito titânico para ver a contradição original do ser humano, na perspectiva apenas do que chama de divórcio recorrente entre técnica e ética. A afirmação histórica dos direitos humanos, p. 525 e ss.

Assim, na medida em que o Homem assume seu contrário em si próprio, torna-se não apenas um Ser pleno, mas capaz de respeitar o Outro – mesmo quando esse Outro se mostre contrário a Ele, por nele também se ver.

Tem-se, pois, que o processo de conhecimento de si próprio, ou da autocompreensão, só é realizável mediante a dialética da alteridade, ou seja, mais do que pela aceitação, também pela percepção dos valores do Outro.

Daí CASTANHEIRA NEVES<sup>22</sup> enfatizar que

são dois, na verdade, os problemas fundamentais da pessoa humana: 1) O problema da sua posição perante o ser, na existência (o problema metafísico); 2) O problema da sua relação com o outro, na acção (o problema ético).<sup>23</sup>

Isto parece autorizar a construção de uma concepção racional do bem, que leva ou pode levar à cooperação social equitativa, tal qual defendida por RAWLS em sua óptica pluralista, impeditiva de que o Homem deixe de ser uma pessoa assumida para se esgotar unicamente como sujeito de direito e, assim, nas palavras de CASTANHEIRA NEVES,

se veja no outro, que é pessoa, não apenas o sujeito de uma estrutural relação de interferência, mas o irmão absoluto que se reconhece no mesmo Pai.<sup>24</sup>

Partindo da premissa que “a tutela das minorias também está amparada pelo princípio constitucional de igualdade”, LÁZARO observa que

O primeiro significado do princípio da igualdade incide precisamente na plena equiparação jurídica dentre todos os membros da comunidade política. A cláusula de igualdade proíbe as discriminações (na lei ou frente a ela), fundamentadas em determinadas características sociais ou pessoais do indivíduo, mas considera as distinções juridicamente relevantes (e, aqui, o caráter “relacional” da cláusula de igualdade) embora tão somente na medida em que se apliquem por igual em todos os casos (igualdade entre os iguais)<sup>25</sup>.

Dessarte, mais do que a liberdade, é a igualdade a pedra de toque para se compreender a questão não só dos direitos humanos mas, sobretudo, o das minorias, posto que em sua gênese se encontra o princípio da diferença que, como anota CRUZ, na contemporaneidade exige o direito de igual participação do cidadão em todas as práticas estatais:

---

<sup>22</sup> CASTANHEIRA NEVES, A. DIGESTA. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

<sup>23</sup> *Idem*, p. 426.

<sup>24</sup> *Idem*, p. 427.

<sup>25</sup> LÁZARO, Ángel. Los principios de discriminación positiva y protección de las minorías como fundamento de una representación política específica de las mujeres. Tradução livre. In RIDAURA MARTÍNEZ, María Josefa; AZNAR GOMES, Mariano J. (coord.) Discriminación versus diferenciación: especial referencia a la problemática de la mujer. Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p.183 e ss.

[...] vamos nos deparar com um novo Constitucionalismo cuja síntese alterou sensivelmente o significado do princípio da igualdade, pois passou a centrar-se no princípio da dignidade humana. A pessoa humana não pode mais ser vista de forma abstrata e distante, tornando-se um ser concreto/palpável. O programa normativo densifica-se nas múltiplas facetas e diferenciações da humanidade, particularizando-se na defesa dos hipossuficientes, especialmente, das minorias étnicas e sociais<sup>26</sup>.

A conclusão acima merece relevo pela ruptura paradigmática que abriga, eis que nela se altera qualitativamente a noção de igualdade, para vislumbrá-la não mais centrada no seu conteúdo apenas (igualdade material) mas, também e especialmente em sua faceta procedimental, “aritmeticamente inclusiva para viabilizar que um número crescente de cidadãos possa simetricamente participar da produção de políticas públicas do Estado e da sociedade.”<sup>27</sup>

Em outras palavras, esse viés inclusivo da igualdade autoriza a aplicação aritmeticamente desigual do direito, mercê da necessidade de produção de mecanismos de inclusão.

PÉREZ LUNO não discrepa dessa conclusão, pois entende que a igualdade

[...] comporta “exigência de generalidade” (tipificação impessoal e universal); “exigência de equiparação” (tratamento igual aos iguais), “exigência de diferenciação” e “exigência de identidade de procedimento”.<sup>28</sup>

Não obstante tais posicionamentos, o Supremo Tribunal Federal do Brasil se mantém refém da reducionista noção de igualdade material e substancial, entendendo que

o princípio da isonomia que se reveste de autoaplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio (...) deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios, sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei.<sup>29</sup>

<sup>26</sup>CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. Belo Horizonte: DelRey, p. 15.

<sup>27</sup>*Idem*, p. 16 e ss. Neste ponto, CRUZ adota a ideia de DWORKIN, para quem o tratamento diferenciado é autorizado pela carência de força da minoria no processo político, aproximando-a da leitura *habermasiana* de que os indivíduos devem ser iguais na forma efetiva em que participam do processo de elaboração da norma, isto é, nos pressupostos verificáveis no discurso produtor da norma, e não no conteúdo desta – que pode ou não tratar indivíduos e situações igualmente.

<sup>28</sup>*Apud* LÁZARO, Ángel. Los principios de discriminación positiva y protección de las minorías como fundamento de una representación política específica de las mujeres. Tradução livre. In RIDAURA MARTÍNEZ, María Josefa; AZNAR GOMES, Mariano J. (coord.) Discriminación versus diferenciación: especial referencia a la problemática de la mujer. Valencia: Tirant lo blanch, 2004, nota 216, p.184.

<sup>29</sup> STF – Pleno MI n. 58/DF – Rel. para acórdão Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, p. 4580, 19 de abril de 1991. Citado por CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, ob. cit., nota 12, p. 11.



Como a igualdade na lei impede sejam incluídos fatores de discriminação em sua formação legislativa, e a igualdade perante a lei impossibilita que na sua aplicação se considerem critérios permissivos de tratamento seletivo, tem-se que as manifestações da mais alta Corte brasileira quanto ao alinhamento às doutrinas que pugnam pela hermenêutica concretizadora do texto constitucional não passa de mera retórica<sup>30</sup>.

Assim, parece ser autorizado afirmar que o conservadorismo doutrinário do Supremo Tribunal Federal posiciona aquele tribunal em polo contrário ao da Suprema Corte dos Estados Unidos, acarretando sérias dificuldades à efetivação da tutela das minorias, o que não passou despercebido para APPIO:

Aqui no Brasil, o STF assume a função de proteger os direitos fundamentais constitucionais, mas parte do pressuposto inverso do qual partiu a Suprema Corte norte-americana. Lá, a presunção era a da inconstitucionalidade das leis que limitavam o exercício de determinados direitos protegidos pela Constituição por meio da doutrina da incorporação do *Bill of Rights*. Aqui, a presunção é – sempre – em favor da constitucionalidade das leis, de maneira que incumbe ao autor da impugnação judicial comprovar que a lei é não razoável.<sup>31</sup>

Decorrência dessa postura tímida no Brasil é a quase impossibilidade de se obter indenização ou correção de lesão à dignidade da pessoa humana e do direito à diferença, pois exige-se, para tanto, que a discriminação seja direta, intencional e com motivação exclusiva.

Exemplo disso, na área trabalhista, é o ilustrativo acórdão do Tribunal Regional da 3ª. Região, colacionado por CRUZ, em que, não obstante se enfatizar o caráter odioso e moralmente repudiável de discriminação no trabalho “motivada por etnia, religião, sexo, nacionalidade, convicção filosófica ou política, ou de qualquer outra natureza”, considerando-se tal discriminação como atentatória dos direitos e garantias fundamentais, nega-se reparação à vítima por se exigir prova não só da prática discriminatória, mas da “imputabilidade ao empregador”.<sup>32</sup>

Ou seja: mesmo caracterizada a discriminação, sonegam-se seus efeitos jurídicos, o que leva CRUZ a tecer ácida, ainda que pertinente, crítica ao Estado:

[...] não apenas o Executivo brasileiro não desenvolve ações integracionistas. O Legislativo nacional se preocupa quase que exclusivamente com legislações repressivas, e o Judiciário assume postura nitidamente conservadora, ou seja, refratária a posições de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais das minorias. Ao contrário dos EUA, que se dispõem a debater e a enfrentar o problema objetivamente, no Brasil, as autoridades preferem “escondê-lo debaixo do tapete”, de um lado fazendo

---

<sup>30</sup> Conforme o Ministro Gilmar Mendes, Presidente do STF, “decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em tempos recentes demonstram a inestimável contribuição de *Peter Häberle* ao desenvolvimento do Direito Constitucional no Brasil”. Artigo disponível em <http://www.jefersonbotelho.com.br>.

<sup>31</sup> *Idem*, p. 182-183.

<sup>32</sup> *Idem*, nota 11, p. 50-51. O aresto foi decidido no Recurso Ordinário 16860 de 1996, em que se discutia discriminação racial.

“lindos discursos” em favor das minorias e, na prática, avançando pouquíssimo nessa direção.<sup>33</sup>

A equivocada premissa da Corte brasileira implica dificultar, especialmente às minorias e aos grupos vulneráveis, o manejo dos instrumentos processuais para fazerem valer o princípio da diferença.

#### 4 DAS MINORIAS E DOS GRUPOS VULNERÁVEIS

As diferentes concepções da dignidade da pessoa humana defluem das diversas formas de conexões, vinculações e identificações do Ser no mundo – o que implica situá-lo em posições sociais diferenciadas, posto que os indivíduos são diferentes e ocupam lugares diferentes no mundo.

Como classes sociais<sup>34</sup> são formas de classificação e hierarquia social, necessariamente sua menção evoca o código de dominação/subordinação, razão pela qual BOURDIEU<sup>35</sup> afirma que devem ser compreendidas comparativamente: entende-se melhor uma classe em comparação com outra(s) classe(s). Tal qual o Ser humano se compreende melhor olhando-se no Outro e respeitando as diferenças de ambos.

Daí ser imperioso que se identifiquem as pessoas, ou grupo de pessoas que, seja por exclusão social, seja por discriminação, necessitam de tutela diferenciada na busca de se efetivar a ideia de igualdade acima exposta e de possibilitar a inclusão.

É nesse sentido que NUNES entende ser

[...] fundamental a identificação das diferentes formas de discriminação e opressão que configuram violações dos direitos humanos, e dos modos como elas se alimentam e reforçam mutuamente. Só através do reconhecimento e denúncia de todas as formas de opressão, das exclusões, perseguições, marginalizações e discriminações baseadas na nacionalidade, na classe, na etnia, na raça, no sexo, na orientação sexual, na opinião ou na religião será possível afirmar, de facto, a indivisibilidade dos direitos que definem a dignidade humana em diferentes contextos.<sup>36</sup>

A incompletude da proteção jurídica da dignidade humana radica, a rigor, nas relações de poder que permitem ou forçam opressões e exclusões.

<sup>33</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. “decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em tempos recentes demonstram a inestimável contribuição de *Peter Häberle* ao desenvolvimento do Direito Constitucional no Brasil”. Artigo disponível em <http://www.jefersonbotelho.com.br>, p. 51.

<sup>34</sup> A expressão classe social é aqui utilizada em seu sentido sociológico, inconfundível com o sentido vulgarizado pela publicidade que cuida de classes econômicas ou de consumo, em que as pessoas são hierarquizadas metricamente pela sua capacidade de possuir bens de consumo. No sentido do texto, se compreende a existência de categorias de indivíduos diferentes e de classes de indivíduos que são subordinadas umas às outras. Para melhor compreensão do tema, consulte-se CODATO, Adriano; LEITE, Fernando. *Classe Social*. In ALMEIDA, Heloisa Buarque de. SZAWKO, José. (org.). *Diferenças, igualdade*. São Paulo: Berlendis & Vertecchia, 2009, p.20 e ss.

<sup>35</sup> BORDIEU, Pierre. *Espaço social e gênese das classes*. In *O poder simbólico*. 2. ed., Rio: Bertrand Brasil, 1998.

<sup>36</sup> NUNES, João Arriscado. Um novo cosmopolitismo? Reconfigurando os direitos humanos. In BALDI, César Augusto. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio: Renovar, 2004, p. 29.

Neste contexto, pode-se distinguir as pessoas que integram as minorias das que compõem os grupos vulneráveis desde sua maior ou menor participação nas decisões que afetam a sociedade como um todo.

Os grupos vulneráveis são os agrupamentos de pessoas que, não obstante terem reconhecido seu *status* de cidadania, são fragilizados na proteção de seus direitos e, assim, sofrem constantes violações de sua dignidade: são, por assim dizer, tidos como invisíveis para a sociedade, tão baixa é a densidade efetiva dessa tutela.

Grupos vulneráveis são, assim, caracterizados, também, pelo elemento de não dominância, possuindo contudo um conceito mais abrangente do que o das minorias. Daí mulheres, crianças e idosos poderem ser considerados grupos vulneráveis sem constituírem minorias.

Neles se inserem, por exemplo, os migrantes<sup>37</sup>, os refugiados, as crianças, as mulheres, os idosos, os homossexuais e as pessoas com deficiência, que, não obstante contarem com o reconhecimento de suas cidadanias e com a previsão de tutela especial no ordenamento jurídico, sofrem discriminações e exclusões.

Todavia, a ausência da característica da autoidentificação ou da solidariedade entre os integrantes dos grupos vulneráveis, com objetivo de preservação de cultura, tradições, religião ou idioma é o traço distintivo dos grupos vulneráveis com as minorias.

Já as minorias, independentemente do número de seus integrantes, são, como fixado na Introdução, grupos *autoidentificados e (des)qualificados juridicamente pelo baixo ou inexistente reconhecimento efetivo de direitos por parte dos detentores do poder*<sup>38</sup>.

A autoidentificação<sup>39</sup> deriva da comunhão de tradições culturais e também de similares ou idênticas características étnicas, linguísticas e religiosas, diversa do padrão hegemônico, verificável por elementos objetivos e não apenas por declaração de pertença. É o que sucede, por exemplo, com ciganos, índios, quilombolas, negros, e praticantes de seitas e de religiões de matriz diversa da ocidental<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup>Nas regiões sul e sudeste do Brasil, é emblemática a discriminação contra migrantes nordestinos, sendo que nem mesmo a eleição de uma nordestina como Prefeita da cidade de São Paulo conseguiu eliminar o preconceito.

<sup>38</sup>Resolução de 1954 da ONU conceitua minoria em grupos “não dominantes dentro de uma população, que possuem e desejam preservar tradições ou características étnicas, religiosas ou linguísticas marcadamente diferentes do resto da população”.

<sup>39</sup>A maioria da doutrina utiliza o termo *solidariedade* ao se referir a esse elemento característico das minorias, o que parece ser, de um lado, um equívoco, posto que juridicamente implica em relação obrigacional dentre os seus integrantes, e, de outro, suscita o sentimentalismo da comisseração, o que é incompatível com a dignidade da pessoa humana e razão de práticas meramente assistencialistas, além de massificar ou pasteurizar as diferenças, visualizando, por exemplo, um cainguangue como se fosse um guarani, com desprezo às idiosincrasias particulares que os diferem. Observe-se que não apenas os membros das minorias indígenas possuem culturas, tradições e línguas diversas, mas também os de religiões: mesmo na milenar religião judaica, existem diferenças marcantes. Já a autoidentificação exige uma postura vivencial, individual e não necessariamente grupal, de reconhecimento integrativo das diferenças dos membros das minorias, que não se resume à mera autoafirmação de ser integrante.

<sup>40</sup>Mesmo na Bahia, onde é grande o contingente populacional de raízes africanas e forte o sincretismo religioso, a equiparação do casamento religioso celebrado no candomblé ao casamento civil foi objeto de longa e árdua resistência, só vencida pela jurisprudência.

A desqualificação jurídica deriva da incapacidade de articulação para gestão dos direitos de seus integrantes frente à população, como pontuam MINHOTO e OTERO ao conceituarem minoria

[...] como um segmento social, cultural ou econômico vulnerável, incapaz de gerir e articular sua própria proteção e a proteção de seus interesses, objeto de pré-conceituações e pré-qualificações de cunho moral em decorrência de seu distanciamento do padrão social e cultural hegemônico, vitimados de algum modo e em graus variados de opressão social.<sup>41</sup>

Já a qualificação jurídica da minoria, por óbvio, implica o reconhecimento de sua existência e da necessidade de especial proteção – seja pelo Estado, seja pela sociedade, ou até mesmo por organismos internacionais.

O liame que aproxima os integrantes dos grupos vulneráveis e das minorias é a discriminação exclusiva, despida de critérios justificáveis, no mais das vezes fruto de preconceitos estigmatizadores.

Cabe, aqui, salientar a lição de CRUZ<sup>42</sup> quanto à existência de discriminação intencional, diretamente voltada à violação dos direitos fundamentais e no Brasil criminalizada,<sup>43</sup> mas também, da discriminação de fato, por vezes inconsciente e consistente em reprodução de práticas politicamente incorretas ou na banalização de mecanismos discriminatórios.

A discriminação de fato é um fenômeno introjetado na cultura social, que pode ser verificado em estereótipos divulgados recorrentemente em piadas (de loiras “burras”, sogras “bruxas”, portugueses “ignorante”, *etc.*) que contribuem para gerar racismo, sexismo ou xenofobia.

De se observar que tal fenômeno não está ligado à desinformação social ou acadêmica, mas, sim a uma deformação cognitiva, razão pela qual a disseminação da discriminação de fato ocorre em todos os estratos sociais, diferindo apenas quanto à repercussão.

Assim, se alguém se manifesta sobre a defesa dos direitos de prostitutas,<sup>44</sup> homossexuais e mesmo da saúde, poderá ser objeto de gracejos sexistas, como o perpetrado pelo Governador do Estado do Paraná, Roberto Requião que, em cerimônia oficial de lançamento de campanha de combate ao câncer de mama, jocosamente atribuiu o aumento da incidência daquela patologia em homens à proliferação de passeatas pró gays.<sup>45</sup>

CRUZ observa ainda que

---

<sup>41</sup> MINHOTO, Antonio Celso Baeta. A inclusão social e a questão da conceituação do termo “portador de deficiência”. In LORA ALARCÓN, Pietro de Jesus; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. (coord.) Constituição e inclusão social. Bauru: EDITE, 2007, p. 13. Adotando idêntico conceito, na mesma obra, OTERO, Cleber Sanfelici. Inclusão social da minoria indígena: a luta pela terra e o direito de tratamento diferenciado dos índios da etnia kaingang da terra indígena Apucarantina, p. 99.

<sup>42</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. Belo Horizonte: DelRey, 2003, p. 40 e ss.

<sup>43</sup> Leis 7.716/89 e 9.459/97.

<sup>44</sup> É corriqueira a confusão da conduta particular de um autor com a do objeto de sua pesquisa, mesmo nos meios acadêmicos. Exemplo disso foi vivenciado pelo autor deste texto, quando publicou artigo em defesa da inclusão de prostitutas no mercado de trabalho.

<sup>45</sup> Fato ocorrido em outubro de 2009, em Curitiba, com repercussão em toda a imprensa nacional.

Outra forma de discriminação de fato resulta de uma política de neutralidade e de indiferença do aparato estatal para com as vítimas da discriminação. Nesse sentido, as minorias não conseguem fazer com que recebam um tratamento diferenciado em razão de suas peculiaridades étnicas, culturais e sociais.<sup>46</sup>

Quiçá em razão dessa indiferença estatal é que as cestas básicas fornecidas pelos governos brasileiros às populações pobres não contém dentifrícios<sup>47</sup>, mesmo sendo altíssima a incidência de doenças bucais no país e, por igual motivo, que livros com conteúdo racista e sexista sejam distribuídos a escolares pelos mesmos governos<sup>48</sup>.

Registre-se que o conceito de discriminação indireta foi originariamente formulado no caso *Griggs vs. Duke Power Company* (EUA, 1971), em que se decidiu que a exigência de se possuir estudos secundários completos para a obtenção de emprego configura requisito discriminatório aos negros, para quem o acesso ao ensino era mais difícil<sup>49</sup>.

Também na União Europeia, como registra SERRA CRISTÓBAL,<sup>50</sup> foi a jurisprudência quem utilizou o mesmo conceito pela primeira vez (caso *Defrenne II*, Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, 1976), para se afirmar a existência de determinadas condutas que, mesmo sendo formalmente não discriminatórias, ainda assim deveriam ser entendidas contrárias à proibição de discriminação entre homens e mulheres.

Assim, a hipossuficiência dos integrantes dos grupos vulneráveis e das minorias para a defesa de seus direitos, e em especial para o respeito às diferenças que as distinguem dos grupos dominantes do poder em uma sociedade pluralista e democrática, torna tais estamentos merecedores de tutela especial: se esta não é viabilizada pelas políticas públicas e sociais, a solução parece radicar nas ações afirmativas, conceitualmente derivadas dos Direitos Humanos e capazes de criar condições para uma efetiva participação política, econômica e social de todos esses segmentos.

## 5 DOS DIREITOS HUMANOS

É intuitivo que a abordagem dos direitos humanos, nos limites deste estudo, seja voltada à compreensão do pluralismo e da democracia e, neste cenário, à tutela dos direitos das minorias e dos grupos vulneráveis.

---

<sup>46</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência, p. 44.

<sup>47</sup> No Brasil, os laboratórios do Estado sequer produzem pastas dentais genéricas, o que reforça a conclusão de indiferença.

<sup>48</sup> CRUZ narra emblemático fato: ao recomendar a retirada de feijão das cestas fornecidas pelo Governo Federal aos integrantes da tribo dos Maxacalis, vez que, por peculiar hábito alimentar era utilizado apenas como escambo para obtenção de bebidas alcoólicas, ao invés de lograr êxito na adequação dos produtos fornecidos à cultura indígena, quase provocou a exclusão daquela comunidade do programa governamental, p. 45.

<sup>49</sup> Citado, entre outros, por SERRA CRISTÓBAL, Rosario. La discriminación indirecta por razón de sexo. In RIDAURA MARTÍNEZ, Maria Josefa; AZNAR GOMES, Mariano J. (coord.) Discriminación versus diferenciación: especial referencia a la problemática de la mujer. Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p. 370 e ss.

<sup>50</sup> *Idem*, p. 371.

Os direitos humanos, como sublinha LEÃO, defluem do princípio fundamental de que “todas as pessoas possuem uma dignidade humana inerente e têm igual direito a desfrutá-los, independentemente de sexo, raça, cor, idioma, nacionalidade de origem ou classe, de crença religiosa ou política”<sup>51</sup>.

De se observar que a lógica interpretativa dos direitos humanos exige não vê-los imunes às construções históricas, eis que não se traduzem em valor isolado ou individual. Ao contrário, só são compreensíveis na sua medida instrumental para a satisfação das necessidades do Homem em sociedade sob a luz da dignidade da pessoa humana.

Por isso que FERNANDEZ ressalta:

[...] los derechos humanos se fundan, no en la “naturaleza” humana sino en las necesidades humanas y en las posibilidades de satisfacerlas dentro de una sociedad; por tanto, la temática específica de los Derechos Humanos estará en función de los valores constituídos en una comunidad histórica concreta y los fines que ella misma pretende realizar, siempre que se respete como principio ineludible la propia esencia de la dignidad de la persona humana con el fin de si misma, pues de otra forma no podríamos hablar del “hombre” sino de cualquier otra cosa, aunque justa y útil.<sup>52</sup>

Desta base principiológica podem ser extraídas as suas principais características, a saber: indivisibilidade, interdependência e universalidade, afirmadas pela vez primeira no artigo I da Declaração de Virginia, Estados Unidos da América do Norte, em 1776:

Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança.<sup>53</sup>

Desde então os direitos humanos vêm se renovando ou se desdobrando em ininterruptas dimensões, servindo a classificação de T.H. Marshall<sup>54</sup> como referência para desse desenvolvimento: no século XVIII, os direitos civis; no século XIX, os direitos políticos, e no Século XX os direitos sociais e econômicos.

Assim, pode-se dizer<sup>55</sup> que os direitos de primeira dimensão são os civis e políticos,<sup>56</sup> direitos individuais vinculados à liberdade, à igualdade, à segurança e à

<sup>51</sup>LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. La construcción jurisprudencial de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos em materia de derechos económicos, sociales y culturales. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2009, p. 34. Tradução livre.

<sup>52</sup>FERNANDEZ, Euzébio. Anuário de derechos humanos. Madrid: Instituto de Derechos Humanos da Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 92.

<sup>53</sup>COMPARATO, Fábio Konder, p. 50.

<sup>54</sup>MARSHALL, T. H. Cidadania, classe social e status. Rio: Zahar, 1976, p. 57 e ss.

<sup>55</sup> Aqui, quanto às dimensões dos direitos, reporta-se às lições de WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In WOLKMER, Antonio Carlos, LEITE, José Rubens Morato. Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 7 e ss.

<sup>56</sup>Proclamados nas declarações de direito da Virgínia (1776) e da França (1789), foram positivados pelas Constituições Norte-Americana de 1787 e Francesas de 1791 e de 1793.

resistência às mais variadas formas de opressão, e que surgiram no contexto do constitucionalismo político clássico<sup>57</sup>.

Já os direitos de segunda dimensão são os sociais, econômicos e culturais<sup>58</sup>, fulcrados no princípio da igualdade, como consequência da crise das relações entre capital e trabalho e geradores do Estado do Bem-Estar Social.

Os direitos de terceira dimensão são direitos de solidariedade: metaindividuais, coletivos e difusos, matizados pelo fato de serem de titularidade de categorias ou grupos de pessoas e não de indivíduos.

Nessa terceira dimensão, se encontram os que tutelam as novas e específicas formas de subjetividade e, bem assim, a diversidade na maneira de ser em sociedade. Daí termos os direitos de gênero e os dos grupos vulneráveis: da mulher; da criança; do idoso; das pessoas com deficiência física e mental; e, ainda, os direitos das minorias étnicas, religiosas, sexuais, além dos direitos da personalidade (à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros).

Na quarta dimensão, encontramos os mais novos e complexos direitos, de natureza interdisciplinar<sup>59</sup>, referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética, todos com vinculação direta com a vida humana (clonagem, reprodução humana assistida, transplantes de órgãos e tecidos humanos).

No final do século XX, uma outra dimensão abriu-se, para novos direitos, graças às tecnologias da informação e da realidade virtual da chamada Era Digital, que ainda clamam por institucionalização jurídica.

Impende salientar que essa classificação dos direitos aqui adotada não implica em considerar tais direitos como sucessivos e historicamente considerados.

É que, se é verdade que os direitos civis, políticos e sociais, de liberdade, enfim, evoluíram historicamente até a metade do Século XX, caracterizados por circunstâncias peculiares, na contemporaneidade já não se pode analisá-los conforme seus conteúdos históricos, carecendo de contínua redefinição.

Antes, faz-se presente uma interpenetração dimensional, mercê das necessidades atípicas e das exigências de natureza metaindividuais sequer imaginadas pelas sociedades anteriores ao Século XX, em uma amplitude que considere, de um lado, a existência de abissais diferenças dentre as sociedades, mercê da coexistência de Estados nucleares, com baixa complexidade sistêmica, e de Estados periféricos colorizados por alta complexidade: as demandas sociais destes últimos são, ainda, voltadas aos direitos básicos de sobrevivência, com titulares emergentes, enquanto que as dos primeiros são direcionadas ao aprimoramento da qualidade de vida, com sujeitos sociais bem definidos.

Esta característica mutante é apontada por SARLET<sup>60</sup> ao analisar o conceito da finalidade de todas as dimensões jurídicas, a tutela da dignidade humana, assim:

---

<sup>57</sup> Estado democrático de direito, tripartição dos poderes, soberania popular, universalidade dos direitos e garantias fundamentais.

<sup>58</sup> Positivados na Constituição Mexicana de 1917; na Alemã de Weimar de 1919; na Espanhola de 1931; e na brasileira de 1934.

<sup>59</sup> A doutrina aponta como fundamentação internacional dos direitos da bioética o Código de Nuremberg (1947) e a Declaração de Helsinque (1964). No Brasil, tem-se a Lei de Biossegurança (Lei 8.974/95) e de Doação de Órgãos e Tecidos Humanos (Lei 9.434/97) como tímidas iniciativas de tutela.

<sup>60</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

[...] a dignidade da pessoa humana (por tratar-se, à evidência – e nisto não diverge de outros valores e princípios jurídicos – de categoria axiológica aberta) não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual correto afirmar-se que (também aqui) nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento. Assim, há que reconhecer que também o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico-normativo, a exemplo de tantos outros conceitos e contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais.<sup>61</sup>

Por isso que WOMKER conceitua o que chama de “novos” direitos como

[...] a afirmação contínua e a materialização pontual de necessidades individuais (pessoais), coletivas (grupos) e metaindividuais (difusas) que emergem informalmente de toda e qualquer ação social, advindas de práticas conflituosas ou cooperativas, estando ou não previstas ou contidas na legislação estatal positiva, mas que acabam se instituindo formalmente<sup>62</sup>.

Conclui-se, pois, que o reconhecimento e a materialização dos direitos humanos, máxime no que diz respeito a grupos vulneráveis e as minorias, exige a ampliação e renovação de institutos processuais e procedimentais que reordenem o sistema jurídico para propiciar a efetivação dos mesmos, levando em consideração a premissa da diversidade.

A proclamação dos Direitos Humanos em Declarações, Tratados e Convenções Internacionais, e a sua positivação em Constituições, se prestam a lhes dar consistência institucional e *status* de fundamentalidade, mas isto ainda é insuficiente para assegurar sua efetividade.

Neste sentido, LORA ALARCÓN, para quem, no trânsito de uma dimensão de direitos à outra, há o “deslocamento de perspectiva no resguardo da vida humana”, lembra que

Tem a Constituição, instrumento jurídico, em consequência, como a sociedade que rege, um desenvolvimento através do tempo. Esta questão não pode passar despercebida, porque não remete exclusivamente a uma análise histórica ou filosófica. É que a constante evolução dos direitos fundamentais deu lugar a uma concepção de universalidade que impregnou os estatutos constitucionais de razão e de lógica. Não se concebe Estado Constitucional onde não existem direitos fundamentais. Com razão afirma Paulo Bonavides que a nova universalidade dos direitos fundamentais dá aos direitos civis e políticos no constitucionalismo rígido de nosso tempo, um mais alto grau de juridicidade, concreitude, positividade e eficácia.<sup>63</sup>

<sup>61</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998, p. 40-41.

<sup>62</sup> *Idem*, p. 20.

<sup>63</sup> LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Método, p. 84. Observe-se que o autor se refere à existência de quatro dimensões de direitos.



Isto resulta, dentre outras razões, da dificuldade de se compatibilizar o caráter universalista dos Direitos Humanos com a premissa relativista dos direitos das minorias, o que acarreta permanente tensão entre ambos.

Esse tensionamento advém, também, das premissas das cartas internacionais dos Direitos Humanos que vedam privilegiar grupos em detrimento do indivíduo<sup>64</sup> na tentativa de fazer com que os direitos das minorias não impliquem abandono e tampouco violação dos Direitos Humanos.

KYMLICKA<sup>65</sup> vislumbra uma dupla face nessa tensão: os Direitos Humanos como inspiração e limite ao mesmo tempo dos direitos das minorias, para defender, em uma óptica multiculturalista liberal, um processo de “cidadanização” em que há um amálgama das concepções liberal e das tradições culturais:

[...] o multiculturalismo liberal é igualmente transformador das identidades e das práticas dos grupos minoritários. Muitos desses grupos possuem suas próprias histórias de preconceito étnico e racial, de antissemitismo, de exclusão de casta e de gênero, de triunfalismo religioso e de autoritarismo político, todos os quais são deslegitimados pelas normas do multiculturalismo – liberal-democrático.<sup>66</sup>

Essa deslegitimação se presta a impedir que, sob o pretexto de defesa das minorias e dos grupos vulneráveis, sejam adotadas práticas discriminatórias, o que ocorreria, para citar exemplo construído por ARAÚJO<sup>67</sup>, com o acesso a qualquer posto de trabalho por pessoa com deficiência sem aferição de sua habilitação, dada a correlação lógica entre fatores diferenciais existentes e que autorizam a distinção.

BOSON, no mesmo sentido, esclarece a legitimidade da discriminação quando

[...] há correlação lógica na discriminação entre os deficientes visuais e aqueles que enxergam perfeitamente para o efeito de admissão na função de piloto de aviões, mas não, na discriminação entre homens e mulheres para o mesmo efeito<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> Como exemplo dessa vedação, veja-se a Declaração sobre a diversidade cultural da UNESCO (2001), cujo artigo 4 estabelece que “ninguém pode invocar a diversidade cultural para infringir os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu exercício”.

<sup>65</sup> KIMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia. (coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio: Lúmen Júris, 2008. O Autor defende que a coexistência de culturas diferentes é possível mediante a aceitação de valores liberais (“nós somos livres para sermos nós mesmos”), fundado no fato de todos os seres humanos merecerem tratamento como iguais, utilizando a Lei de Multiculturalismo do Canadá, de 1988, como exemplo.

<sup>66</sup> *Idem*, p. 233.

<sup>67</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia. (coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio: Lúmen Júris, 2008, p. 914.

<sup>68</sup> BOSON, Luís Felipe Lopes. A discriminação na jurisprudência. In VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. (coord.) Discriminação: estudos. São Paulo: LTr, 2000, p. 256.

Sublinhe-se, pois, que a discriminação aqui citada, se refere àquela lesiva do princípio da igualdade, nela não se subsumindo as hipóteses legitimamente exigidas quando da aplicação do princípio da diferença<sup>69-70</sup>.

## 6 DOS INSTRUMENTOS GLOBAIS E REGIONAIS DE PROTEÇÃO

Não se pretende, aqui, a análise exaustiva dos vários instrumentos que o concerto dos Estados tem desenvolvido para a proteção dos direitos das minorias e dos grupos vulneráveis, e sim, ressaltar aspectos daqueles documentos que, sobre serem relevantes, guardam estreita e maior pertinência com a temática deste trabalho<sup>71</sup>.

Em 1966, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou dois pactos voltados ao desenvolvimento da Declaração Universal de 1948, iniciando a criação de mecanismos de sanção às violações dos Direitos Humanos, pactos estes sendo ratificados pelo Brasil em 1992<sup>72</sup>.

Aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos entrou em vigor em 1976, estabelecendo ser dever dos Estados-partes assegurar os direitos nele elencados a todos os indivíduos que estejam sob sua jurisdição, com adoção de todas as medidas necessárias para este fim de um sistema legal capaz de responder com eficácia às violações dos direitos civis e políticos.

Nos limites deste trabalho, dentre os direitos assegurados tem relevo o princípio da não discriminação, servindo, pois, de meio de defesa de indivíduos ou grupos sociais contra privilégios privados e abusos do poder estatal.

Também se adotou o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que incorporou os dispositivos da Declaração Universal dos Direitos Humanos sob a forma de preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes, voltados à proteção dos grupos sociais desfavorecidos contra a dominação socioeconômica exercida pelos detentores do poder.

Daí COMPARATO sublinhar que

num caso (*do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*), pois, defesa contra a oligarquia política; noutro, luta contra a dominação de classe. Em razão disso, a posição do Estado, como sujeito passivo da relação jurídica, passa de um pólo a outro. Para a fruição das liberdades civis, o que se exige é a abstenção estatal: as violações de direitos, nesse campo, ocorrem por interferências abusivas do Poder Público na vida privada e no exercício dos direitos políticos. Relativamente aos direitos declarados no (...) Pacto (*Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*), ao contrário, a antijuridicidade consiste na inércia estatal, na negligência ou recusa dos órgãos públicos em limitar ou controlar o poder econômico privado. Os

<sup>69</sup>Veja-se, neste sentido, o conceito de RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação, sexo, sexualidade e gênero: a compreensão da proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia. (coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio: Lúmen Júris, 2008, p. 695 e ss.

<sup>70</sup> Frise-se que o princípio da diferença não é a única hipótese legitimadora da discriminação. Neste sentido, consulte-se BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 53 e ss.

<sup>71</sup> Para um estudo completo dos diplomas internacionais, consulte-se: COMPARATO, ob. cit., e PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>72</sup> Ratificados pelo Decreto-legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991 e promulgados pelo Decreto 592, de 6 de dezembro de 1992.

direitos humanos constantes de ambos os Pactos, todavia, formam um conjunto uno e indissociável.

A maior parte das declarações de direitos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foi reproduzida pela Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovada pela Conferência de São José da Costa Rica em 1969, à qual o Brasil aderiu em 1992<sup>73</sup>.

Em 1978, a UNESCO aprovou a Declaração sobre Raça e Preconceito Racial, proclamando o direito à diferença:

Todos os povos têm o direito de ser diferentes, de se considerarem diferentes e de serem vistos como tais.

Pela Resolução 44 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 1989, adotou-se a Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 1990, sendo de se sublinhar que seu artigo 23 determina que a criança portadora de deficiência (física ou mental) deve desfrutar de uma vida plena, decente e com dignidade, que favoreça sua autonomia e permita sua participação ativa na comunidade, com direito a cuidados especiais, acesso à educação, saúde e serviços de reabilitação.

É de se notar, também, que a Organização das Nações Unidas adotou duas declarações pioneiras quanto a questão do deficiente: a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental (1971), com ênfase à igualdade de direitos e de acesso a meios de desenvolvimento, e a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes (1975) em que, pela primeira vez, se definiu pessoa deficiente como sendo

qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas e mentais.

O artigo 3º dessa Declaração proclama que as pessoas portadoras de deficiência têm direito inerente de respeito por sua dignidade humana.

Em 1981, foi aprovada a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos, em que se ampliou a titularidade dos direitos humanos aos povos – a quem se reconhecia, até então, o direito à autodeterminação apenas.

Como a aceção de povo não implica necessariamente a de Estado, esta Carta ainda exige a construção de um processo formal de reconhecimento da identidade dos titulares dos direitos que proclama e que são, também, de primeira grandeza<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Adesão parcial, pela promulgação do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. Somente em 2002, pelo Decreto 4.463, publicado em 11 de novembro de 2002, é que o Brasil promulgou a declaração de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Essa jurisdição obrigatória constava dos arts. 45 e 62 da Conferência, mas o Brasil havia aderido com reservas quanto a isso.

<sup>74</sup> Basta lembrar que se trata da primeira convenção internacional a afirmar o direito à preservação do equilíbrio ecológico.

Por final, nos limites da proposta deste trabalho, é de se salientar o Tribunal Penal Internacional de 1998, instância judiciária discutida desde o término da Primeira Grande Guerra Mundial, mas só gestada após encerrada a Segunda Grande Guerra, tendo como embrião o Tribunal Militar de Nuremberg.

Por iniciativa de Trinidad e Tobago, em 1989, a Organização das Nações Unidas retomou os trabalhos para a implantação de um tribunal internacional, que se concretizou em 1993 por resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas mas ainda como Corte *ad hoc* para julgar crimes praticados no território da antiga Iugoslávia, o que se repetiria em 1995, desta feita tendo como foco violações aos direitos humanos em Ruanda.

Apenas em 1998 conseguiu-se aprovar o estatuto do Tribunal Penal Internacional<sup>75</sup>, com competência para julgar crimes de genocídio; contra a humanidade; de guerra; e de agressão, com a peculiaridade de mencionar como possível vítima de extermínio a “população civil”, ao contrário do genocídio definido na Convenção de 1948 que mencionava grupos (étnicos, raciais, religiosos ou nacionais). O Estatuto de Roma utiliza a motivação discriminatória para compor o crime de perseguição apenas.

No universo interamericano, colorizado por democracias ainda não consolidadas e prenhe de exclusões e desigualdades sociais, é preciso considerar, como anota PIOVESAN<sup>76</sup>, os dois períodos que historicamente demarcam seu contexto:

[...] o período dos regimes ditatoriais; e o período da transição política aos regimes democráticos, marcado pelo fim das ditaduras militares na década de 80, na Argentina, no Chile, no Uruguai e no Brasil. Ao longo dos regimes ditatoriais que assolaram os Estados da região, os mais básicos direitos e liberdades foram violados, sob as marcas das execuções sumárias; dos desaparecimentos forçados; das torturas sistemáticas; das prisões ilegais e arbitrarias; da perseguição político-ideológica; e da abolição das liberdades de expressão; reunião e associação.<sup>77</sup>

A consideração dos dois períodos se prende à imperiosa necessidade de se preservar a relação existente entre democracia, direitos humanos e inclusão social, tanto que PIOVESAN observa que até 2006 a Corte Interamericana havia recebido cinco casos de violação de direitos humanos pelo Brasil, enquanto que no total de casos o número ultrapassou setenta.<sup>78</sup>

A eficácia desses instrumentos internacionais e regionais<sup>79</sup>, no ordenamento jurídico brasileiro, será analisada no próximo item, sendo que, à guisa de exemplo de sua efetividade, pode-se mencionar a edição da Lei 11.340/2006,

---

<sup>75</sup> O Brasil foi um dos signatários originais do estatuto, conhecido como Convenção de Roma, aprovado pelo Decreto Legislativo 112, de 2002.

<sup>76</sup> PIOVESAN, Flávia. Brasil e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas. In SCHÄAFER, Jairo (org.) Temas polêmicos do constitucionalismo contemporâneo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 53 e ss.

<sup>77</sup> *Idem*, p. 54.

<sup>78</sup> *Idem*, p. 63.

<sup>79</sup> Para compreensão do impacto desses instrumentos nos países da Europa, consulte-se QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, especialmente p. 93 e ss.

coibidora da violência doméstica e familiar contra a mulher, que só se tornou possível após a condenação do Brasil no caso Maria da Penha Maia Fernandes.

## 7 DOS INSTRUMENTOS NACIONAIS DE PROTEÇÃO

Por óbvio que a Constituição Federal de 1988 serve de bússola ao ordenamento jurídico brasileiro, contendo uma miríade de dispositivos pertinentes à igualdade e ao respeito, como se verá-á adiante, ainda que de forma não exaustiva, tal qual far-se-á em relação à legislação infraconstitucional.

Antes, porém, se serem analisadas as protetivas constitucionalizadas e voltadas às minorias e aos grupos vulneráveis, é imperiosa a menção acerca da absorção (ou não) das Cartas Internacionais pelo sistema brasileiro de Direito, pois desse procedimento receptivo deflui a validade e a exigibilidade das normas internacionais no direito interno em consonância até da lição de BLACK, lembrada por BANDEIRA DE MELLO: “*Tanto é parte da lei o que nela está explícito, quanto o que nela está implícito.*”<sup>80</sup>

O artigo 5º. da Constituição Federal estabelece, em seu parágrafo segundo, que a explicitação de direitos e garantias não é uma cláusula fechada e restrita:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Já o parágrafo terceiro do mesmo artigo 5º., com a redação dada pela Emenda Constitucional 45 de 2004, reportando-se exclusivamente a instrumentos internacionais pertinentes aos direitos humanos, preconiza que tais normas têm *status* constitucional:

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.

Contudo, a exigência do *quorum* congressual qualificado para que seja aposto o timbre constitucional aos tratados e convenções sobre direitos humanos, se guarda coerência com a votação preconizada para a aprovação de emendas constitucionais,<sup>81</sup> sob outra óptica tem suscitado precedentes questionamentos quanto ao procedimento previsto para seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro, além de criar uma excrescência diferenciadora entre normas internacionais com a mesma temática.

Explica-se a questão procedimental: as emendas constitucionais, uma vez aprovadas com o *quorum* qualificado, são promulgadas pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. É dizer: sem nenhuma participação ou ingerência

---

<sup>80</sup> No original: “It is a rule of construction that which is implied in a statute is as much a part of it as what is expressed”. BLACK. Handbook on the Construction and Interpretation of Laws. St. Paulo: West Publishing Co., 1896, p. 67. *Apud* BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 45.

<sup>81</sup> Aprovação condicionada à obtenção de três quintos de cada Casa do Congresso Nacional, conforme art. 60, § 2º. Da Constituição Federal de 1988.

do Poder Executivo a quem se permite, no máximo, a iniciativa da propositura das emendas<sup>82</sup>.

Esse procedimento de discussão, aprovação e promulgação de emendas constitucionais é absolutamente harmônico ao respeito ao poder constituinte derivado e que não pertence ao Poder Executivo.

Já o procedimento preconizado para a adesão, originária ou não, a tratados e convenções internacionais, por não dizer respeito ao poder constituinte e estar mais afeto ao Poder Executivo a quem incumbe a representatividade do Estado nas relações internacionais<sup>83</sup>, observa outro rito.

Assim, os tratados e convenções internacionais são celebrados privativamente pelo Presidente da República e submetidos ao referendo do Congresso Nacional<sup>84</sup>, referendo este que não prescinde de *quorum* qualificado – este só exigível na hipótese da temática dos tratados e convenções abranger direitos humanos.

De qualquer sorte, cuidando ou não de direitos humanos, tratados e convenções internacionais, por respeito à competência privativa do Presidente da República, se submetem não à promulgação do Congresso Nacional, e, sim, à ratificação por decreto presidencial que lhe concederá vigência no âmbito interno (posto que a sua exigibilidade internacional é condicionada, ainda, ao depósito junto ao organismo internacional<sup>85</sup>).

Isto porque o adjetivo *equivalente* aposto às normas internacionais sobre direitos humanos implica obrigatoriedade de se tê-las com o mesmo valor, força e peso de emenda constitucional<sup>86</sup>, e não considerar aqueles instrumentos como idênticos a esta.

Nem mesmo a exigência do *quorum* qualificado para a aprovação de tratados e convenções sobre direitos humanos tem o condão de autorizar considerá-los idênticos a emendas constitucionais e, assim, usurpar a competência privativa do Poder Executivo para permitir sua promulgação pelo Congresso Nacional como se emendas fossem, e não como emendas valessem.

A rigor, parece ser autorizado afirmar-se que a seriedade e gravidade do tema – direitos humanos – são as razões da exigência de *quorum* qualificado, máxime quando sabido que o processo legislativo brasileiro não é indene a manipulações de acordos de liderança, e, assim, procede à edição de normas com indesejável facilidade.

Contudo e não obstante tais argumentos, a convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, assinada em 30 de março de 2007 pelo Poder Executivo, foi aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro conforme o Decreto legislativo 186<sup>87</sup>, observando-se o *quorum* qualificado mas sem se atentar para o fato de que a finalidade deveria ser autorizativa da ratificação presidencial.

<sup>82</sup> Art. 60, II, da Constituição Federal de 1988.

<sup>83</sup> Art. 84, VII, da Constituição Federal de 1988.

<sup>84</sup> Art. 84, VIII, da Constituição Federal de 1988.

<sup>85</sup> Procedimento exigido pelo art. 102 da Carta da ONU.

<sup>86</sup> Cf. Dicionário Houaiss da língua portuguesa (Rio: Objetiva, 2009, p. 787), equivalência em lógica significa “relação de igualdade lógica ou implicação mútua entre duas proposições, de tal forma que cada uma delas só é verdadeira se a outra também o for”.

<sup>87</sup> Diário Oficial da União 160, de 20 de agosto de 2008.

Em 25 de agosto de 2009 foi publicada a ratificação mediante o Decreto 6.949<sup>88</sup> do Presidente da República, necessária ao depósito nas Nações Unidas e à recepção interna daquela norma.

Com a existência do decreto legislativo e a inexistência do decreto de ratificação e vigência, criou-se um indesejável e desnecessário vácuo, propiciando que dividendos políticos fossem carreados aos parlamentares pela divulgação da “validade” daquela convenção no Brasil, enquanto parte da doutrina questiona sua vigência, por falta daquele requisito essencial<sup>89</sup>.

Questão mais ponderosa do que o desrespeito ao procedimento legislativo, mercê da injustificável confusão entre os termos equivalência e identidade, é a que diz respeito ao tônus constitucional dos tratados e convenções sobre direitos humanos, também graças à exigência do *quorum* qualificado para sua aprovação, fixada pela Emenda 45.

O problema criado pelo equívoco semântico, e reforçado pela exigência do *quorum* qualificado, diz respeito aos instrumentos internacionais sobre direitos humanos que foram aprovados no Brasil sem que se observasse a qualificação do *quorum* no Congresso Nacional.

Enfrentando o tema em 2008<sup>90</sup>, o Supremo Tribunal Federal discutiu se convenções sobre direitos humanos aprovadas sem o *quorum* qualificado teriam ou não *status* constitucional. É dizer: se seriam reconhecidas como emendas constitucionais ou como inferiores à Constituição – ainda que hierarquicamente superiores à legislação infraconstitucional.

Prevaleceu a tese do Ministro Gilmar Mendes, segundo a qual só podem ser considerados como normas constitucionais as convenções e tratados sobre direitos humanos que foram submetidas à votação congressual com observância do *quorum* qualificado. Os demais, são considerados como normas supra legais, ou seja, superiores, sim, à legislação ordinária, mas sem o peso das normas constitucionais.

Assim, a proclamação da interpretação do Supremo Tribunal Federal criou duas classes de tratados e convenções sobre direitos humanos no Brasil: uma, com sendo norma constitucional, e outra, apequenada como norma supra legal.

É solar o equívoco dessa interpretação. *Prima*, porque a exigência de *quorum* qualificado só é aplicável a tratados e convenções celebrados após a Emenda 45, não podendo retroagir no tempo para retirar a natureza ontológica dos instrumentos anteriormente celebrados; *secunda*, porque a desvalia ao *status* constitucional de tratados e direitos humanos, em decorrência da ausência de *quorum* qualificado, implica injustificável apequenamento da dimensão dos direitos humanos e, assim, afeta a própria dignidade da pessoa humana.

Temos, pois, ao contrário do entendimento do Supremo Tribunal Federal, que os tratados e convenções sobre direitos humanos, no Brasil, embora não sejam formalmente emendas constitucionais, são, substancialmente, normas constitucionais, dada à equivalência de ambos, e como tal, vigem no sistema jurídico brasileiro.

<sup>88</sup> Diário Oficial da União, de 26 de agosto de 2009.

<sup>89</sup> Por todos, veja-se MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 190 e ss.

<sup>90</sup> No julgamento do habeas corpus 87.585-TO e do recurso extraordinário 466.343-SP.

Quanto aos demais instrumentos de tutela dos direitos das minorias e dos grupos vulneráveis, no que diz respeito ao tema deste estudo, tem-se, por primeiro, a Constituição Federal, em cujo preâmbulo já se aponta o ideário não discriminatório desde a eleição da igualdade como um dos valores supremos da sociedade, o que é reforçado pelo fundamentabilidade republicana da dignidade da pessoa humana, como insculpido no artigo 1º, III.

O artigo 3º. da Constituição brasileira fixa como objetivos fundamentais a erradicação da miséria e da marginalização, com redução de desigualdades sociais e regionais, e a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, cláusula-garantia harmônica com o princípio da prevalência dos direitos humanos fixado como regente no artigo 4º.

Assim, os direitos e garantias jusfundamentais minudenciados à exaustão pelo artigo 5º. da Constituição Federal refletem a efetivação esperada dos princípios consignados nos artigos anteriores.

Pelos limites impostos a este estudo, compreende-se não serem esmiuçados todos os dispositivos constitucionais, para se permitir a menção pontual das normas voltadas à proteção das pessoas com deficiência.

Tem-se, assim, na Constituição Federal de 1988, a proibição de discriminação salarial e admissional de trabalhadores com deficiência (art. 7º, XXXI); a competência comum a todos os entes federados para “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (art. 23, II); a discriminação positiva exigida à Administração Pública mediante reserva de percentual de cargos e empregos públicos para pessoas com deficiência (art. 37, VIII) e também na concessão de aposentadoria a servidores com deficiência – esta dependente de lei complementar (art. 40, § 4º); a garantia de assistência social independentemente de contribuição à seguridade social, consistente na concessão de um salário mínimo mensal e voltada também à habilitação, reabilitação e integração das pessoas com deficiência à vida comunitária (art. 203, III, IV e V); a garantia a atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, às pessoas com deficiência (art. 208, III); a garantia de participação em programas de prevenção e atendimento especializado para pessoas com deficiência física, sensorial ou mental, públicos ou em parceria com entidades não governamentais, “bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos” (art. 227, § 1º, II); havendo, ainda, a previsão de edição de lei para a adaptação dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo (art. 244).

Na legislação infraconstitucional, também há profusão de normas com o mesmo desiderato tutelar para pessoas com deficiência.

A Lei 7853/89 cuida do apoio às pessoas com deficiência e de sua integração social, estabelecendo a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas e as responsabilidades do Ministério Público, criminalizando a negativa de acesso, motivada pela deficiência, a cargo público, emprego ou trabalho.

Cabe aqui um parêntese para lembrar que também a Lei 7.716/89 prevê crimes de discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião e procedência



nacional, o que representou um singular avanço no reconhecimento da existência de direitos sonogados a minorias e a grupos vulneráveis.

Contudo, é questionável se a criminalização contribuiu para diminuir a discriminação e o preconceito no Brasil, máxime quando tramita no Congresso Nacional projeto para criminalizar também a discriminação por gênero e orientação sexual.

É que a visão de sanção penal como instrumento essencial na defesa dos direitos só se presta a aumentar a exclusão dos eventualmente condenados<sup>91</sup>, sem que a vítima da discriminação tenha restaurada sua dignidade.

De se notar que, enquanto a chamada justiça compensatória é lastreada na tentativa de retificação de injustiças historicamente perpetradas<sup>92</sup>, a justiça distributiva procura minimizar a exclusão mediante a redistribuição de direitos e benefícios de molde a compensar desigualdades pretéritas e presentes que acometeram minorias e grupos vulneráveis. Sua utilização mediante políticas públicas e ações afirmativas deve primar pelo caráter da transitoriedade, sob pena de incentivar novas discriminações e estigmatizar os diferentes.

Já a adoção de técnicas de justiça restaurativa, com medidas educativas, oportunidades de participação, e políticas públicas que aparelhem os serviços públicos a tratar a diversidade, parece apontar para um caminho com soluções não paliativas para que seja construída uma sociedade sem discriminações e em que se faça presente o respeito à diferença.

Fechado o parêntese quanto à visão de justiça sancionadora da discriminação, tem-se, ainda, a Lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), assecuratória do trabalho e treinamento aos adolescentes com deficiência; a Lei 8112/90, com a discriminação reversa, estabelecendo percentual de 20% do total das vagas em concurso público como reserva ao concurso das pessoas com deficiência; a Lei 8213/91, que determina que as empresas com mais de cem empregados preencham de 2 a 5% de seus empregos com pessoas com deficiência habilitadas; a Lei 7853/89, regulamentada pelo Decreto 3298/99, normatizadora das formas de contratação competitiva, dentre outras providências voltadas à integração das pessoas com deficiência no mercado de trabalho; a Lei 10048/2000, estabelecendo prioridade de atendimento às pessoas com deficiência, e a Lei 10098/2000, cuidando da promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência, ambas regulamentadas pelo Decreto 5.296/2004; a Lei 10690/2003, isentando as pessoas com deficiência adquirentes de veículos de passageiros do imposto sobre produtos industrializados; a Lei 8899/94, que concede passe livre em transporte coletivo interestadual para pessoas com deficiência; a Lei 10216/2001, relativa a proteção das pessoas com deficiência mental; e a Lei Brasileira de Sinais, Lei 10436/2002.

Sob a óptica processual, além da já citada ação civil pública e sem olvidar a possibilidade de impetração de mandado de segurança para a tutela dos direitos das pessoas com deficiência, é de se sublinhar que a tutela antecipada

---

<sup>91</sup> E a absolvição de acusados, a reforçar o discurso da impunidade no País que, sob outro viés, é agravado pela previsão de auxílio-reclusão, benefício devido a cada dependente de segurado recolhido à prisão durante o período em que estiver preso sob regime fechado ou semiaberto, estabelecido pela Lei 8213/91, no valor de R\$ 752,12 (desde 1.2.2009, conforme Portaria do Ministério da Previdência Social nº 48/2009). Como não existe previsão de benefício a dependente de vítimas, tem-se exacerbada a sensação de injustiça e instaurada a polêmica sobre quem é, de fato, discriminado.

<sup>92</sup> O que em um país plural e miscigenado como o Brasil é assaz difícil.

[...] enquadra-se como sendo o mais adequado meio destinado a atender o pedido das pessoas portadoras (sic) de deficiência, de forma a tutelar preventivamente o seu direito, já que não podem esperar a cognição aprofundada do processo, por resultar dano grave. A proteção das pessoas portadoras (sic) de deficiência almeja efetividade, o que se torna mais facilmente alcançado com a tutela antecipada.<sup>93</sup>

A farta positivação dos direitos fundamentais e consequente institucionalização das normas tutelares das pessoas com deficiência – e aqui se podem incluir as relativas também às pessoas integrantes de minorias e de grupos vulneráveis, se representa, de um lado, um inegável avanço, de outro não resolve a problemática que envolve essas pessoas.

É que a questão, como muitas no Brasil, não é a existência de leis. O problema que aflige as minorias, os grupos vulneráveis e, em especial, as pessoas com deficiência, radica na falta de eficácia das leis existentes, desde o não acultamento no *ethos* do direito e do respeito à diferença.

O Ser, quando diferente da maioria, é um ser invisível, não reconhecido pela sociedade e pelo Estado, sempre que não é viabilizada ou é cerceada sua organização em grupos ou negada sua possibilidade de apresentar seus interesses específicos e de participar da tomada de decisões sobre eles.

Isto ocorre malgrado o artigo 15 da Convenção-Modelo sobre a Proteção de Minorias Nacionais<sup>94</sup> estabelecer

as partes devem criar as condições necessárias para a efetiva participação de pessoas pertencentes às minorias nacionais na vida cultural, social e econômica e nos negócios públicos, particularmente naqueles que as afetem.

As providências e os mecanismos adotados pelo Brasil para a defesa das minorias e dos grupos vulneráveis não têm se mostrado aptos a assegurar a participação de seus integrantes, nem no processo decisório, nem na efetivação dos seus direitos.

Para se exemplificar essa inaptidão, basta lembrar que não há, no Brasil, estímulo à integração das minorias dentro do sistema político, sequer no dos partidos políticos, embora estudos apontem isso como sendo uma das alternativas positivas para que seja obtida efetividade na sua proteção<sup>95</sup>.

Já para alguns grupos vulneráveis há tentativas desse tipo de estímulo, como sucede com a legislação eleitoral<sup>96</sup> que prevê a reserva de percentual de vagas para candidaturas de mulheres<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> ROSTELATO, Telma Aparecida. Portadores de deficiência e prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2009, p. 183.

<sup>94</sup> Adotada pelo Conselho da Europa em 1995.

<sup>95</sup> Neste sentido, consulte-se o interessante trabalho preparado para o Comitê de Especialistas em questões relacionadas à proteção de minorias nacionais do Conselho da Europa: FROWEIN, Jochen Abr.; BANK, Roland. A participação das minorias nos processos de tomada de decisões. Trad. de Fábio Cesar dos Santos Oliveira. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos. São Paulo: Lumen Juris, 2008, p. 77 e ss.

<sup>96</sup> Lei 9100/1995.

<sup>97</sup> Originariamente num mínimo de 20%, o percentual foi alterado para o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo, conforme art. 10, § 3º., da Lei 9504/1997.

Nos Estados em que as sociedades eram bastante homogêneas, como ocorria na Idade Média, construiu-se um mecanismo lógico para solucionar conflitos políticos: a regra da maioria, que pressupunha homens livres, iguais, e com as mesmas necessidades, e legitimava decisões (políticas e jurídicas) decorrentes da sua estrita observância.

Com o aparecimento (ou reconhecimento) da existência de minorias desassistidas mesmo em sociedades plurais, aquela regra mostrou-se ineficaz para proteger as minorias contra tratamentos discriminatórios, e tornou-se necessário o estabelecimento de comunicação dentre os diversos estamentos sociais para viabilizar não só o compartilhamento do poder, mas a própria paz social derivada do respeito à individualidade humana.

Advirta-se, aqui, com ACKERMAN, quanto ao perigo de uma excessiva ruptura político-social que pode ser propiciada pelo radical apego ao pluralismo:

[...] como a análise pluralista às vezes se degenera em pura apologia, ela positivamente provoca um tipo poderoso de crítica: a busca por interesses suprimidos. Este fato envolve a identificação de grupos que, por uma ou outra razão estrutural, vivenciam profundas dificuldades de encontrar espaço no mundo pluralista. Os negros e outros grupos menos favorecidos lideram a lista, que tem aumentado com o tempo, para incluir mais interesses difusos, tais como o ambiental e do consumidor. Como o número e a diversidade desses grupos enfraquecidos se tornou aparente, o pluralismo estadunidense começou a mostrar a sua nocividade<sup>98</sup>.

Exemplo das dificuldades de implementação de medidas protetivas de grupos vulneráveis e de minorias, é o fato de o Estatuto da Igualdade Racial estar tramitando no Congresso Nacional há mais de uma década, sem solução ainda em 2009. Para obter-se a aprovação do projeto pela Câmara Federal, em 9 de setembro de 2009, foi necessária a exclusão de importantíssimas questões – dentre elas, a regularização de terras de quilombos; a identificação de pacientes por sua etnia para efeito de atendimento pelo Sistema Único de Saúde e a definição de cotas étnicas em universidades e nos veículos de comunicação.

Esse mesmo projeto de Estatuto se presta a mostrar que um dos óbices à efetividade das ações afirmativas no Brasil é a não compreensão do próprio conceito de discriminação e da diferença. Assim, aquele Estatuto prevê a proibição da exigência de boa aparência e de foto em currículo, para fins de emprego, ação que é, em si mesma, absurdamente racista, eis que sua premissa parece radicar na falsa e ilógica ideia de que má aparência seria atributo exclusivo de determinada etnia.

Da mesma sorte, com as discussões daquele Estatuto reabrem-se cicatrizes da chaga social da escravidão, como se nota nas palavras do assessor da Promoção da Igualdade Racial de Maringá:

---

<sup>98</sup> ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte: DelRey, 2007.

Em vez de reparar os negros, proclamaram a República e (disseram que) todos são iguais perante a lei. Queremos reparação.<sup>99</sup>

Na mesma entrevista, FÉLIX aduz que foram seus ancestrais que ensinaram ao País a tecnologia do plantio e colheita, e que, ao final, “foram jogados sem ter o que fazer e sem ter onde morar”.

Não parece ser este o melhor discurso para a superação da discriminação por etnia no Brasil, seja pela impossibilidade de se identificar quais seriam os legitimados a serem beneficiados por indenização (de se lembrar o altíssimo nível de miscigenação da população brasileira), seja por implicar na perpetuação da diferença discriminante.

Este, aliás, é um dos pontos sobre os quais não se têm, ainda, noções claras na doutrina e na jurisprudência brasileiras, e que repercute na inefetividade das políticas protetivas das minorias: o respeito à diferença, a ser validado por ações afirmativas, não prescinde do caráter de temporariedade dessas ações, sob pena de cristalização da discriminação como condenação perpétua de exclusão ao discriminado.

De qualquer sorte, as políticas públicas de ações afirmativas devem ser gestadas e implementadas com a co-participação de organismos sociais com representatividade dos vários estamentos e dos órgãos estatais, sob a fiscalização do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Nesta seara, fundamental a oxigenação do Poder Judiciário brasileiro a fim de fazer superar o conservadorismo e interpretar a Constituição de modo concretizante, não se limitando a referendar políticas públicas sob o argumento da independência dos Poderes, tendo como norte a tutela das minorias e como leitura de cabeceira a advertência de VERDÚ sobre o fato de serem as garantias jusfundamentais os *landmarks* da interpretação das normas:

[...] em síntese, já não são os direitos fundamentais que se movem dentro das limitações legais e construídos por estas, e sim exatamente o contrário: são as leis que se movem conforme os direitos fundamentais<sup>100</sup>.

Por isso que APPIO afirma:

[...] sustento que os juízes estão constitucionalmente autorizados a empregar uma abordagem ativista na interpretação das leis e atos do governo que violem a igualdade perante a Constituição por meio de um tratamento discriminatório. A diferença entre discriminação legal e distinção legal residente no fato de que as minorias são objeto de discriminação. Uma minoria, por sua natural incapacidade de, efetivamente, interferir no processo político, graças ao preconceito, deve receber especial proteção judicial. As

<sup>99</sup> JESUS, Ademir Félix. *in* Estatuto da igualdade racial, que tramita no Congresso Nacional, garante direitos a negros. *Jornal da Universidade Estadual de Maringá, Paraná, Ano X, n. 85, outubro de 2009. Maringá: UEM, 2009, p. 4.*

<sup>100</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *El sentimiento constitucional*. Madrid: Réus, 1985, p. 202. Tradução livre do original: “em resumen, ya no son los derechos fundamentales los que se mueven dentro de las limitaciones legales y constituídos por éstas, sino justamente al revés: son éstas las que se mueven conforme a los derechos fundamentales”.

demais classes de pessoas ou grupos econômicos que detenham a capacidade de interferir no jogo político devem recorrer às urnas e não aos tribunais<sup>101</sup>.

Aduza-se, ainda, que para o controle judicial das políticas públicas, voltado não apenas à correção destas, mas, inclusive, para sua implantação, o sistema processual brasileiro dispõe de inúmeros instrumentos, com destaque às ações coletivas, em especial a ação civil pública e às audiências públicas – inclusive com a participação de *amicus curiae*.

FREIRE JUNIOR<sup>102</sup> anota que também o controle concentrado de constitucionalidade<sup>103</sup> se presta à efetivação de políticas públicas, o que a *práxis* não confirma, seja pela restrição dos legitimados ao seu manejo, seja porque, no caso de omissões constitucionais o Supremo Tribunal Federal tem se limitado a comunicar a constatação ao Poder Legislativo.

Um exemplo peculiar de proteção a grupos vulneráveis é a espécie prevista no artigo 37, VIII, da Constituição Federal de 1988, a reserva de percentual de cargos e de empregos públicos para pessoas com deficiência atende ao conceito de libertação e de inclusão social.

Para análise desse tema, é preciso cuidar antes do conceito de pessoa com deficiência, sendo que ARAÚJO<sup>104</sup> adota como conceito legal de deficiência a definição trazida pela Convenção da Guatemala:

O termo “deficiência” significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causa ou agravada pelo ambiente econômico e social.

O mesmo ARAÚJO problematiza a questão conceitual da deficiência no Brasil, defendendo ser preferível que as regras protetivas contemplassem rol exemplificativo de pessoas com deficiência, sem exaurir as hipóteses, a fim de se autorizar uma interpretação mais efetiva dos valores constitucionais, lembrando que

[...] temos uma regra que hoje pode ser genérica (definição da Convenção); temos um projeto de lei já aprovado pelo Senado Federal, que especifica os motivos das deficiências, criando um modelo mais fechado, mas, no entanto, de mais fácil aplicação (apesar das restrições conceituais, impedindo que grupos não contemplados nas hipóteses fechadas sejam considerados pessoas

<sup>101</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. El sentimiento constitucional, p. 346.

<sup>102</sup> FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.109.

<sup>103</sup> No Brasil, esse controle pode ser feito pela arguição de descumprimento de preceito fundamental, pela ação declaratória de constitucionalidade, e pela ação direta de inconstitucionalidade, reguladas pelas Leis 98868/99 e 9882/99.

<sup>104</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. Em busca de um conceito de pessoa com deficiência. In GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. (org.). Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007, p. 17.

com deficiência). E, aguardando votação, um documento internacional assinado pelo Brasil<sup>105</sup>.

O comando do art. 37, VIII, da Constituição Federal, por ser norma de natureza contida, exige regulamentação própria, o que a Lei 7853/89 procurou fazer, ao estabelecer a política nacional para a integração das pessoas com deficiência e prever direitos vinculados à capacidade integracional dessas pessoas.

Analisando essa norma, GUGEL<sup>106</sup> observa que

não trouxe [a Lei 7853/89], no entanto, a necessária eficácia imediata e integral a permitir a sua plena execução, relativamente à reserva de percentual de vagas em cargos e empregos públicos. Manteve-se no patamar de norma declaratória do pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas com deficiência, determinando a adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho na administração pública e no setor privado e, por regulamento a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho.<sup>107</sup>

Já a Lei 8112/90, conhecida como Regime Jurídico Único dos Servidores Cíveis da União, assegura a reserva de até 20% das vagas<sup>108</sup> oferecidas em concurso público para inscrição de pessoas com deficiência, direito que não se resume, por óbvio, à inscrição – mas a existência de condições de acessibilidade e de facilidades que permitam à pessoa com deficiência participar do concurso em igualdade de condições com os demais candidatos.

Na esfera privada, a matéria é regulada pela Lei 8213/91, cujo artigo 93 exige que as empresas com cem ou mais empregados preencham de 2% a 5% das vagas de seus quadros funcionais com pessoas deficiências habilitadas.

Nas duas órbitas – pública e privada, a inserção – ou reintegração – da pessoa com deficiência é condicionada à adequação das habilitações pessoais, fator por vezes matizado por profunda subjetividade. Exemplo paradigmático disso é o fato de, até este ano de 2009, o Poder Judiciário brasileiro contar com um único Desembargador cego.

## 8 UMA CONCLUSÃO ABERTA

CONTRERAS PELÁEZ<sup>109</sup> lembra que os direitos sociais foram gestados para superar as deficiências e omissões das liberdades individuais, estando intimamente ligados ao Estado social que, por seu turno, objetiva suprir as insuficiências do Estado liberal, daí o desenho cambiante do Estado na História conforme as expectativas da sociedade quanto à satisfação dos direitos fundamentais que surgiram como resposta à ameaça da miséria, da ignorância e da dependência.

---

<sup>105</sup> *Idem, ibidem*, p. 20.

<sup>106</sup> GUGEL, Maria Aparecida. Direito constitucional de ter reserva de cargos e empregos públicos em concursos públicos. In GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. (org.). Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007, p. 211 e ss.

<sup>107</sup> *Idem, ibidem*, p. 215

<sup>108</sup> Art. 5º., § 2º.

<sup>109</sup> CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José. Derechos sociales: teoría e ideología. Madrid: Editorial Tecnos, 1994.

Tais direitos têm como titular o Homem, real, concreto e vinculado às circunstâncias culturais, econômicas e históricas. É dizer: a base dos direitos sociais é o Homem relacionado, frente a seus semelhantes. Isto porque, como lembra Joaquin Herrera, “as necessidades são sempre sentidas individualmente, embora sejam satisfeitas socialmente”.<sup>110</sup>

Assim, os direitos das minorias devem ser impregnados do respeito à diferença que reforça a lógica da dignidade humana, e não sacralizados com a aura da caridade e do assistencialismo que diminui a dimensão da cidadania.

Isto exige a coordenação da tutela da diversidade com o respeito às originalidades individuais desde a implementação de políticas voltadas à sensibilização da sociedade até a profissionalização das pessoas com deficiência.

A tutela das minorias e dos grupos vulneráveis é, como visto, uma incompletude, social e jurídica, ainda, daí porque não ser possível concluir este estudo de forma definitiva, e sim, endereçá-lo a alimentar a polêmica que, em última análise, é sobre o dever jurídico de solidariedade.

É dizer: a utilidade da distinção entre minorias e grupos vulneráveis reside no aprimoramento do foco da tutela, que cuide adequadamente das especificidades das necessidades de cada um dos grupos, de molde a não permitir nem a atrofia nem a hipertrofia da tutela.

De se lembrar, por derradeiro, que a hipostasia do grupo vulnerável e das minorias deve ser afastada para que o fator coletivo de identificação funcione somente como discrímen permissivo da modulação da garantia fundamental a Ser digno. Ainda e mesmo que diferente.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Belo Horizonte: DelRey, 2007.

APPIO, Eduardo, **Direito das Minorias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos**. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia. (coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio: Lúmen Júris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Em busca de um conceito de pessoa com deficiência**. In GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da.; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

\_\_\_\_\_.(coord.) **Efetivando direitos constitucionais**. Bauru: EDITE, 2003.

\_\_\_\_\_.(coord.) **Direito da pessoa portadora de deficiência: uma tarefa a ser completada**. Bauru: EDITE, 2003.

\_\_\_\_\_. (coord.) **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

---

<sup>110</sup> CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José. Derechos sociales: teoría e ideología, 1994.

\_\_\_\_\_. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da igualdade e ações afirmativas**. 2. ed. São Paulo: RCS Editora, 2006.

AVELÃS NUNES, António José. **A Constituição europeia e as políticas sociais**. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes e STRECK, Lenio Luiz. (org.). Entre discursos e culturas jurídicas. *Stvdia Ivridica* 89. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

BALDI, César Augusto (org.) **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio: Renovar, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

BARROSO, Luiz Roberto. **Temas de direito constitucional** – tomo III. Rio: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional**. *Revista Forense*, v. 336, outubro-dezembro. Rio: Forense, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 64.

BORDIEU, Pierre. **Espaço social e gênese das classes**. In *O poder simbólico*. 2. Ed., Rio: Bertrand Brasil, 1998.

BOSON, Luís Felipe Lopes. **A discriminação na jurisprudência**. In VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. (coord.) *Discriminação: estudos*. São Paulo: LTr, 2000.

CALMON DE PASSOS, J.J. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio: Forense, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. STRECK, Lenio Luiz. (coord.) **Entre discursos e culturas jurídicas**. Boletim da Faculdade de Direito *Stvdia Ivridica* 89. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

CASTANHEIRA NEVES, A. DIGESTA. **Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 4. ed. Rio: Lumen Juris, 2009.

CODATO, Adriano; LEITE, Fernando. *Classe Social*. In ALMEIDA, Heloisa Buarque de. SZAWKO, José. (org.). **Diferenças, igualdade**. São Paulo: Berlendis & Vertecchia, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva.



CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José. **Derechos sociales: teoría e ideología**. Madrid: Editorial Tecnos, 1994.

COSTA, Sandra Morais de Brito. **Dignidade humana e pessoa com deficiência: aspectos legais e trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2008.

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

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007.

EBERHART, Christoph. **Direitos humanos e diálogo intercultural: uma perspectiva antropológica**. In *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. César Augusto Baldi (org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FERNANDEZ, Euzébio. **Anuário de derechos humanos**. Madrid: Instituto de Derechos Humanos da Universidad Complutense de Madrid, 1981.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FROWEIN, Jochen Abr.; BANK, Roland. **A participação das minorias nos processos de tomada de decisões**. Trad. de Fábio Cesar dos Santos Oliveira. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. São Paulo: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**. Rio: Renovar, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**.

GUGEL, Maria Aparecida. **Direito constitucional de ter reserva de cargos e empregos públicos em concursos públicos**. In GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. (org.). *Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

GUERRA, Sidney. EMERIQUE, Lilian Balmant. (org.) **Direitos das minorias e grupos vulneráveis**. Ijuí: Unijuí, 2008.

Jornal da Universidade Estadual de Maringá, Paraná, Ano X, n. 85, outubro de 2009. Maringá: UEM, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, 4. ed., Coimbra: Armênio Amado – Editor, 1979.

KIMLICKA, Will. **Multiculturalismo liberal e direitos humanos**. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia. (coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio: Lumen Júris, 2008.

LÁZARO, Ángel. **Los principios de discriminación positiva y protección de las minorias como fundamento de una representación política específica de las mujeres**. In RIDAURA MARTÍNEZ, Maria Josefa; AZNAR GOMES, Mariano J.

(coord.) *Discriminación versus diferenciación: especial referencia a la problemática de la mujer*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004,.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. **La construcción jurisprudencial de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos em materia de derechos económicos, sociales y culturales**. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2009.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, p. 84. Observe-se que o autor se refere à existência de quatro dimensões de direitos.

\_\_\_\_\_. NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. (coord.) **Constituição e inclusão social**. Bauru: EDITE, 2007.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio: Zahar, 1976.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. **A inclusão social e a questão da conceituação do termo “portador de deficiência”**. In LORA ALARCÓN, Pietro de Jesus; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. (coord.) *Constituição e inclusão social*. Bauru: EDITE, 2007.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio. (coord.). **20 anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEME, Eliana Franco. **Os modelos americanos e as ações afirmativas**. In NEME, Eliana Franco. (coord) *Ações afirmativas e inclusão social*. Bauru: EDITE, 2005.

\_\_\_\_\_. (coord) **Ações afirmativas e inclusão social**. Bauru: EDITE, 2005.

NUNES, João Arriscado. **Um novo cosmopolitismo? Reconfigurando os direitos humanos**. In BALDI, César Augusto. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio: Renovar, 2004.

OTERO, Cleber Sanfelici. **Inclusão social da minoria indígena: a luta pela terra e o direito de tratamento diferenciado dos índios da etnia kaungáng da terra indígena Apucarantina**. In LORA ALARCÓN, Pietro de Jesus; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. (coord.) *Constituição e inclusão social*. Bauru: EDITE, 2007.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Ética pública-ética privada**. Anuario de Filosofía del Derecho, XIV, Madrid: Doxa, 1997.

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

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Brasil e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas**. In SCHÄFER, Jairo (org.) *Temas polêmicos do constitucionalismo contemporâneo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade.** Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAWLS, John. **Liberalismo político.** Trad. de Sergio René Madero Baéz. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

\_\_\_\_\_. **Uma teoria da justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2002

RIDAURA MARTÍNEZ, Maria Josefa. AZNAR GÓMEZ, Mariano J. (coord.) **Discriminación versus diferenciación: especial referencia a la problemática de la mujer.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação, sexo, sexualidade e gênero: a compreensão da proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo.** In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia. (coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio: Lúmen Júris, 2008.

ROBERT, Cinthia. (org.) **O direito do deficiente.** Rio: Lumen Juris, 1999.

ROSTELATO, Telma Aparecida. **Portadores de deficiência e prestação jurisdicional.** Curitiba: Juruá, 2009, p. 183.

SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural.** Rio: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão: construindo uma sociedade para todos.** 5. ed. Rio: WVA, 1997.

SERRA CRISTÓBAL, Rosario. La discriminación indirecta por razón de sexo. In RIDAURA MARTÍNEZ, Maria Josefa; AZNAR GÓMEZ, Mariano J. (coord.) Discriminación versus diferenciación: especial referencia a la problemática de la mujer. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.

SILVA, Marcelo Andrade Campos Silva in Cotas Étnicas: falsa proteção social e sua inconstitucionalidade. **Revista de Direito da Universidade Municipal de São Caetano do Sul.** Ano X, n. 16. São Caetano do Sul: USCS, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. FERES JÚNIOR, João. **Ação afirmativa: normatividade e constitucionalidade.** In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos. São Paulo: Lumen Juris, 2008.

SUR, Oscar Vilhena Viera. **A desigualdade e a subversão do Estado de Direito.** **Revista Internacional de Direitos Humanos,** nº 6, ano 4, 2007.

VERDÚ, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional.** Madrid: Réus, 1985.

VILAS-BOAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade.** Rio: América Jurídica, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos.** In WOLKMER, Antonio Carlos, LEITE, José Rubens Morato. Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003.

WUCHER, Gabi. Minorias. **Proteção internacional em prol da democracia.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Morimizato. **O novo papel do judiciário e dos magistrados na sociedade contemporânea: reflexões em tempos de reforma.** Curitiba: Juruá, 2006.

**Data de recebimento:** 29 de março de 2010

**Data de aprovação:** 22 de junho de 2010