ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www. esmarn.tjrn.jus.br/revistas

A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL E A TUTELA DO DIREITO À DIFERENÇA

THE NEW CONSTITUTIONAL ORDER AND THE TUTELAGE OF RIGHT TO DIFFERENCE

Camilo de Lélis Diniz de Farias*

RESUMO: O presente trabalho, estruturado como pesquisa bibliográfica, possui como objetivo analisar o processo histórico de exclusão de determinados grupos e categorias sociais e sua posterior inclusão como cidadãos de fato, sujeitos de direitos e deveres, com foco na experiência brasileira. Cuida-se, portanto, de investigar como ocorreu essa transição, a partir da constatação da insuficiência do paradigma liberal e sua consequente superação, em nome de um conceito de justiça amplo e inclusivo, pautado no reconhecimento das diferenças para a construção de direitos fundamentais universais e, sobretudo, incondicionais. Busca-se, ademais, analisar os tratamentos infraconstitucional e constitucional ao direito à diferença, explicitando como o novo constitucionalismo, surgido a partir de meados do século XX, traz em seus princípios fundantes o respeito à pessoa humana e a luta pela sua realização, comprometendo-se com um conceito universalista de cidadania, com o intuito de diminuir a marginalização social e política e de efetivar a legitimação dessas categorias sociais. Por meio de uma pesquisa bibliográfica, ressaltam-se as dificuldades e obstáculos desse processo, em face da complicada trama de relações de poder existentes nesse contexto, bem como do caráter dialético e de constante renovação que se verifica, uma vez que a experiência social é dinâmica e fértil no surgimento de novos grupos sociais que anseiam por espaço na vida política do Estado.
Palavras-chave: Cidadania. Inclusão. Legitimidade. Direito à diferença.

ABSTRACT: This paper, organized as bibliographic research aims to analyze the historical exclusion process of some social groups and categories and their posterior inclusion as really citizens, subjected to rights and obligations and focused on Brazilian experience. Therefore, it is a study about the way this transition occurred from the observation of the insufficiency of liberal paradigm and its consequent overcoming on behalf of a wide and inclusive concept of justice, based in the recognition of the differences for the construct of universal and fundamental rights. Moreover, this article discourses about the legal and constitutional treatment given to the right to difference, showing how the new constitutionalism, emerged

* Mestrando em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Advogado. Campina Grande – Paraíba – Brasil.

from the mid XX century, it has in its principles the respect to the human being and the struggle for its realization, compromising with a universalist concept of citizenship, with the aim of reducing the social and political marginalization and to actualize the legitimation of this social groups. By a bibliographic research, it emphasizes these process difficulties, in the face of the complex plot of power relations present in this context; as well as the dialectical character and the constant renewal verified, once the social experience is dynamic and productive in the rise of new social groups that yearns for space in the political life of the state.
Keywords: Citizenship. Inclusion. Legitimacy. Right to difference.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 O NASCIMENTO DA CIDADANIA: DO PARADIGMA LIBERAL AO SURGIMENTO DO "OUTRO"**; 3 O TRATAMENTO JURÍDICO DO DIREITO À DIFERENÇA NO BRASIL; 4 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

1 INTRODUÇÃO

Ao longo dos últimos anos, têm sido discutidos, de forma mais aprofundada, conceitos como cidadania, direitos humanos, democracia, liberdade, entre outros. Como qualquer fato histórico, essas categorias encontram-se sujeitas à ação do tempo, renovando-se, adquirindo novas nuanças, ora ganhando posições de destaque, ora sendo relegadas ao esquecimento.

Inquietações acerca da natureza, amplitude e alcance dos direitos humanos acompanham a humanidade desde a literatura grega de Sófocles, passando pela filosofia política do século XVI, até as contemporâneas revoluções pretensamente democráticas que sacudiram recentemente o mundo árabe, o que evidencia que esse debate, sobretudo no contexto da universalização, não é recente, remontando a um tempo histórico muito anterior ao século XX, notadamente quando expostas as contradições entre o discurso dos direitos humanos e sua prática política.

No contexto da pretensa universalização dos direitos humanos, cumpre ressaltar a contradição existente em abordá-la meramente sob a perspectiva do direito internacional, sendo indispensável a reflexão no âmbito do direito interno dos Estados. De um lado, tem-se a beleza quase poética de declarações que conferem universalidade de direitos a todos os indivíduos,

independentemente de condições ou requisitos prévios; percebem-se, de outro, mesmo nos países ditos democráticos e signatários dessas convenções, situações que muito se afastam daquilo que foi idealizado, inclusive institucionalmente, havendo leis e atos normativos marcantemente discriminatórios e segregantes.

Desse modo, após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o mundo assistiu, por exemplo, aos horrores da política do *Apartheid*, ao massacre de estudantes na Praça da Paz Celestial, às violações da dignidade da pessoa humana em Guantánamo e aos incontáveis crimes de ódio que vitimam as populações negras, sexodiversas, indígenas, camponesas e minoritárias, em qualquer contexto político no qual se inserem.[1] Tal situação envolve os direitos humanos de desesperança e utopia e mostra o quão distante se encontra sua real universalidade, demonstrando a ineficácia de sua tutela, notadamente em relação àqueles indivíduos que fogem de um padrão normativo estabelecido socialmente.

Em relação aos *niggers*, *queers* e *outsiders*,[2] o presente trabalho objetiva destacar historicamente seu processo de exclusão e colocação à margem do processo político e investigar de que maneira sua inclusão social tem-se dado, a despeito das diversas limitações, ressaltando sua luta por legitimidade política, com enfoque na experiência constitucional, legal e social brasileira. Portanto, a relevância deste estudo traduz-se na necessidade de compreensão do processo de legitimação da cidadania de grupos tradicionalmente vulneráveis e vítimas de diversas formas de opressão, de modo a entender sua historicidade e a importância que os princípios da pluralidade e diversidade assumem no contemporâneo Estado Democrático de Direito, a partir do florescimento de novos paradigmas na seara dos direitos fundamentais, os quais, por meio do reconhecimento da condição humana desses sujeitos tradicionalmente excluídos da sociedade, os tornam sujeitos de direito,

1 Ressalte-se que o conceito de minoria não diz respeito, necessariamente, a fatores demográficos, mas, sim, às relações de poder existentes entre as diversas classes, grupos sociais e indivíduos na sociedade.

2 Os termos referem-se a grupos sociais (negros, homossexuais, transexuais, estrangeiros) historicamente excluídos dos direitos de cidadania, a despeito da existência de normas que lhes asseguram tais garantias.

promovendo a universalidade de fato dos direitos humanos, tendo como resultado a concretização na noção universal e incondicional da cidadania, reclamada atualmente pela nova ordem constitucional.

Metodologicamente, a construção do presente artigo utiliza-se de pesquisa bibliográfica, amparada não apenas na literatura jurídica, mas também das ciências sociais e humanas, especialmente a filosofia, história e antropologia, evidenciando o caráter transdisciplinar da análise da cidadania e das diferenças. Pauta-se a pesquisa no método dedutivo, aquele em que conclusões específicas são formuladas a partir de assertivas mais amplas, de modo a embasá-las, entendendo que o direito à diferença, historicamente negligenciado, constitui um dos principais fundamentos do Estado Democrático de Direito contemporâneo, baseado em uma ordem constitucional que tem na dignidade da pessoa humana o seu centro gravitacional. Constata-se, também, a necessidade de um conceito de justiça que englobe, além da lógica aritmética liberal e do aspecto da redistribuição, resgatado por Rawls (1997), o reconhecimento como categoria essencial para a efetivação desse objetivo. Destaca-se, assim, não ser necessário abandonar o direito à igualdade como fundamento do Estado Democrático, mas, sim, ressignificá-lo.

2 O NASCIMENTO DA CIDADANIA: DO PARADIGMA LIBERAL AO SURGIMENTO DO "OUTRO"

O direito, como fenômeno social que se constitui, tem na historicidade uma de suas características. Cumprindo sua função de regulador da vida em sociedade, tem suas normas modificadas, adaptadas e reinterpretadas, de modo a maximizar seus propósitos. Analogicamente, disserta Altavila (2006, p. 9):

> A consciência jurídica do mundo assemelha-se à uma árvore ciclópica e milenária, de cujos galhos nodosos rebentam os densos ramos e, deles, a floração dos direitos. Quando, em vez, as flores legais emurchecem sob o implacável calor do tempo e a ventania evolucionista e revolucionária, oriunda das carências sociais, agita as ramagens e as faz rolar para o solo

> poroso, onde são transformadas em adubo e absorvidas pelas raízes poderosas e insaciáveis.

Desse modo, os direitos dos cidadãos também se modificam com o tempo, de acordo com o surgimento de demandas sociais empreendidas por indivíduos e grupos diversos, reforçando a ideia da construção do direito por meio de um processo de luta política, travada desde os mais remotos tempos, rechaçada, assim, a ideia de que os direitos do homem são um dado natural.

Para Ihering (2009, p. 1):

> Todos os direitos da humanidade foram conquistados na luta; todas as regras importantes do direito devem ter sido, na sua origem, arrancadas àquelas a que elas se opunham, e todo o direito, direito de um povo ou direito de um particular, faz presumir que se esteja decidido a mantê-lo com firmeza. O direito não é uma teoria, mas uma força viva.

A análise desta investigação, contudo, tem como enfoque a evolução do conteúdo e destinatários dos direitos fundamentais, garantias jurídicas tuteladas pelo Estado, que pretendem protegê-los das ingerências estatais e de outros indivíduos particulares.

A ideia de um direito preexistente ao Estado foi inicialmente exemplificada em *Antígona*, de Sófocles, com a ascensão do cristianismo e a formação dos Estados-nação, especialmente com o desenvolvimento de correntes de filosofia política a partir do século XVI, constituindo fatores decisivos para a concepção dos direitos fundamentais. Assim, garantias como vida, liberdade e propriedade, essencialmente ancoradas em ideais liberais, surgiram como um contraponto ao crescimento do poder dos soberanos, que se personificavam nas recentes sociedades políticas institucionalizadas. Na dicção de Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 266):

> Nos séculos XVII e XVIII, as teorias contratualistas vêm enfatizar a submissão da autoridade política à primazia que se atribui ao indivíduo sobre o Estado. A defesa de que certo

> número de direitos preexistem ao próprio Estado, por resultarem da natureza humana, desvenda característica crucial do Estado que lhe empresta legitimação – o Estado serve aos cidadãos, é instituição concatenada para lhes garantir os direitos básicos.

Verificou-se, nesse contexto, o surgimento da primeira geração dos direitos fundamentais, alcunhados **direitos de liberdade**, coincidentes com a ascensão ao poder das classes burguesas e o declínio do absolutismo, que tiveram na Revolução Francesa e independência dos Estados Unidos seus grandes momentos. Dessas revoluções surgiram o *Bill of Rights* e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão,[3] documentos que serviram de base à elaboração de todo o direito estatal subsequente.

Apesar do avanço consistente na positivação legal – e, portanto, na criação de tribunais para defender a efetividade de direitos protetores do cidadão das arbitrariedades estatais –, verificou-se ao longo do tempo a insuficiência do âmbito de proteção dessas garantias. Isso se deu, mormente, pelo estabelecimento de condições explícitas ou implícitas para o exercício de direitos. Tome-se por base, para exemplificar, a restrição do direito ao voto para as mulheres, que, no Brasil, só veio a ser revogada no ano de 1934, ou seja, existiam categorias de subcidadãos que não gozavam da tutela jurídica do Estado.

A expansão territorial europeia, marcada pela conquista do **novo mundo**, pôs o homem branco, cristão, cisgênero e heterossexual em contato com um novo universo, no qual nem sempre prevaleciam as normas de conduta moral e cultural por ele preestabelecida, de modo que o estranhamento da alteridade pontuou o imaginário europeu entre os séculos XV e XIX. Logo, não tardaram as iniciativas **civilizatórias**, cujo objetivo era impor um modelo cultural e normativo eurocêntrico, modificando e, por vezes, destruindo a identidade cultural dos povos. Tal tendência, longe de se verificar apenas no

3 Paralelamente, surgiu a Declaração Universal dos Direitos da Mulher e da Cidadã, documento pioneiro no que se refere ao reconhecimento da cidadania feminina. Apesar de representar, de fato, um paradigma de inclusão e universalização de direitos, foi rejeitada pela Assembleia Nacional francesa.

plano extraterritorial, também manifestou-se (e manifesta-se) na microfísica das relações sociais dentro do próprio espaço territorial da sociedade política em questão.

Nesse contexto, surgiram sistemas de controle social, como a moral, a religião, a medicina, a psiquiatria e o próprio direito, cujo discurso tendia ao apagamento das identidades subalternas, uma vez que era sempre normalizante, pretendendo ora punir, ora trazer à normalidade os ditos anormais, violando, portanto, sua subjetividade. Assevera Miskolci (2005, p. 47):

> O poder disciplinar é o fundamento de um processo sem fim de normalização social, o qual se relaciona com o desenvolvimento do capitalismo e da sociedade burguesa. O poder disciplinar se caracteriza por uma técnica positiva de intervenção e controle social baseada na norma, a qual qualifica e corrige ao mesmo tempo.

Assim, as minorias emergiram num contexto contranormativo, ou seja, eram, pela sua própria essência distintiva, rupturas com uma ordem normativa estabelecida. Conforme explicita Robert (2007, p. 45), "a noção de norma esclarece primeiramente o problema da transgressão, ou do comportamento que não corresponde à expectativa". Continua o autor, afirmando a existência de diversas modalidades ou graus de **desvios**, ressaltando, especialmente, o caráter dinâmico da anomia, uma vez que o deslizamento e a fricção entre essas categorias de transgressão normativa são fenômenos possíveis, quiçá comuns e rotineiros.

Em outra analogia, exemplificando a vulnerabilidade desses indivíduos, Robert (2007, p. 45) afirma:

> Em tempos normais, a gente gosta do louco da aldeia e até o apoia de certa forma; em se agravando as coisas, sem que se possa compreender o porquê, caso a situação ameace escapar ao controle, ele será olhado de soslaio, e pode acontecer que ele venha a ser enforcado. O diferente é mais suspeito de secessão que os demais. Duvida-se facilmente de sua lealdade.

A diferença é considerada ameaçadora, sendo necessário o surgimento de discursos que justifiquem seu encarceramento, em prol de um cinzento Leviatã, cujas formas colossais desviam a atenção para o fato de que ele é formado por pequenos indivíduos. A norma jurídica, então, foi elaborada reproduzindo o discurso de uma elite detentora dos meios de produção e relações de poder. Contudo, tais normas careciam de legitimidade política, uma vez que emulavam falsamente o discurso da sociedade como um todo – considerando que o Estado funcionaria como modelo do pensamento da sociedade –, apesar de não levarem em consideração os saberes, vivências e valores das categorias sociais minoritárias.

Tal situação contribuiu para a criação de subculturas, estimulando a anomia e a prática de ações marginais em relação aos padrões culturais e legais dominantes, refletindo na criação de um compêndio de normas repressivas, uma vez que as classificações morais também estavam sob domínio das classes dominantes. Goffman (1982, p. 7) traz ao debate a noção de **estigma**, conceituando-o como uma diferença que tornava o indivíduo "inabilitado para a aceitação social plena", o que tem como consequência lógica a negação de diversos direitos de cidadania, notadamente aqueles que se exercem nos âmbitos político e social, de modo a negar a esses sujeitos o direito e a possibilidade de realização de seu potencial como pessoa humana.

Nesse sentido, Honneth (2003, passim) pondera:

> A degradação valorativa de determinados padrões de auto-realização tem para seus portadores a consequência de eles não poderem se referir à condução de sua vida como algo a que caberia um significado positivo dentro de uma coletividade; por isso, para o indivíduo, vai de par com a experiência de uma tal desvalorização social, de maneira típica, uma perda de autoestima pessoal, ou seja, uma perda da possibilidade de se entender a si próprio como um ser estimado por suas propriedades e capacidades características.

Ainda, a diferença foi castrada, encarcerada e mantida sob cuidadosa vigilância. Louro (1999, p. 17) demonstra, exemplificando com questões

relativas à orientação sexual, a fragilidade dessas relações, questionando-se como "é curioso observar, no entanto, o quanto essa inclinação, tida como inata e natural, é alvo da mais meticulosa, continuada e intensiva vigilância, bem como do mais diligente investimento".

Esse paradigma mostrou-se superado com o passar dos anos, demonstrando a necessidade de estabelecerem-se novas formas de legitimidade democrática e, principalmente, a afirmação dos indivíduos ante o amorfo ente estatal. Nas palavras de Elias (2002, p. 147):

> Se considerarmos a relação entre a identidade-eu e a identidade-nós, poderemos dizer que em todos os países, tanto mais quanto menos desenvolvidos, as duas estão presentes, mas nos primeiros é mais forte a ênfase na identidade-eu, enquanto nos últimos ela recai sobre a identidade-nós nacional, seja ela a família, a aldeia nativa ou a tribo.

Portanto, a legitimidade calcada na **macrocoletividade** mostrou-se insuficiente, com o surgimento de demandas específicas daqueles outrora condenados à invisibilidade (convertendo-os em verdadeiros *Homo sacers*). Escravos, trabalhadores, mulheres, negros, indígenas, homossexuais, apátridas, portadores de necessidades especiais e *outsiders* passaram a reivindicar seus direitos e a tutela jurídica que cerrava os olhos às suas particularidades e especificidades, que constituem sua identidade individual – a identidade eu. Assim, segundo Piovesan (2005, p. 46), "a primeira fase de proteção dos direitos humanos foi marcada pela tônica da proteção geral, que expressava o temor da diferença (que no nazismo havia sido orientada para o extermínio), com base na igualdade formal".

Novas categorias reclamavam legitimidade no processo político, exigindo a observância de suas peculiaridades para efeitos de reconhecimento de seus direitos. Conforme pontua Altavila (2006, p. 16):

> Os direitos dos povos equivalem precisamente ao seu tempo e se explicam no espaço de sua gestação. Absurdos, dogmáticos, rígidos, lúcidos e liberais – foram, todavia, os

> anseios, as conquistas, e os baluartes de milhões de seres que, para eles, levantaram as mãos, em gesto de súplica ou de enternecido reconhecimento.

Assim, o caráter dialético dos direitos humanos, explicitado no trecho supracitado, abriu a possibilidade para a legitimação de novas categorias ao longo do tempo, permitindo que sua titularidade seja ampliada a sujeitos que, anteriormente, se encontravam à margem da cidadania, partindo do pressuposto de que "todos têm direito a ter direitos" (ARENDT, 1949, p. 3).

A constatação da insuficiência da tutela generalista proposta pela concepção liberal de direito culminou na elaboração de uma teoria moral que justificasse o surgimento desses novos direitos. Como complemento dos desdobramentos dos clássicos direitos à vida, liberdade e propriedade, apareceram os direitos sociais, difusos e coletivos. Esses últimos merecem atenção, pois foram os que mais ressaltaram seu caráter universal, tendo em vista que, conforme afirma Piovesan (2005, p. 46):

> Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nessa ótica determinados sujeitos de direito ou determinadas violações de direitos exigem uma resposta específica e diferenciada. Vale dizer, na esfera internacional, se uma primeira vertente de instrumentos internacionais nasce com a vocação de proporcionar uma proteção geral, genérica e abstrata, refletindo o próprio temor da diferença, percebe-se, posteriormente, a necessidade de conferir a determinados grupos uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade. Isso significa que a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para sua promoção.

Arremata Bobbio (1992, p. 68) que a **multiplicação dos direitos** deu-se, também, "porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na

concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade". Assim, erigiu-se um conceito de justiça que englobava, superada a lógica aritmética liberal e além do aspecto da redistribuição, resgatado por Rawls (1997), o **reconhecimento** como categoria essencial para sua efetivação. Ressalte-se que, com isso, não se queria abrir mão do direito à igualdade como fundamento do Estado Democrático, mas, sim, **ressignificá-lo**.

Conforme explicita Kauchakje (2005, passim):

> O direito à igualdade supõe que as demandas e necessidades, a língua, o modo de ser e de se expressar de cada um (individualmente ou como grupo social) têm legitimidade e igual lugar no cenário social. Daí o vínculo do direito à igualdade com os movimentos por sociedades inclusivas. Por sua vez, uma sociedade calcada na igualdade, entendida como homogeneização, é excludente tanto no sentido de poder vir a excluir os considerados diferentes como no sentido de coibir a manifestação das diferenças. A noção da igualdade como princípio de civilidade e como fundamento de direitos é diametralmente oposta à ideia de igualdade como homogeneização e não reconhecimento de identidades e necessidades específicas.

Dessa forma, mostrava-se necessário um conceito de universalidade de direitos pautado não apenas nas questões territoriais, de relação entre Estados nacionais, mas também de reconhecimento da cidadania de indivíduos e grupos sociais historicamente excluídos da condição de sujeitos de direito.

Com efeito, a violação e a negação da cidadania e dos direitos humanos são a negação da própria condição humana do sujeito, que se vê cerceado dessas garantias. Para Carbonari (2007, p. 170):

> A violação dos direitos humanos produz vítimas. Vítimas são aquelas pessoas humanas que sofrem qualquer tipo de apequenamento ou de negação de seu ser humano, de seu ser ético. Em termos ético-filosóficos, vítima é aquele ser que está numa situação na qual é inviabilizada a possibilidade de produção e reprodução de sua vida material, de sua corporeidade, de

> sua identidade cultural e social, de sua participação política e de sua expressão como pessoa, enfim, da vivência de seu ser sujeito de direitos

Assim sendo, pretendia-se superar tanto a histórica marginalização das minorias políticas quanto a redução do conceito de universalidade de direitos apenas ao âmbito internacionalista, além de reafirmar a eficácia horizontal dos direitos humanos, não condicionando sua tutela apenas ao contexto dos Estados nacionais, preocupação expressada por Arendt (2007, p. 326), que, dissertando sobre os apátridas, afirma que eles "estavam tão convencidos quanto as minorias que a perda de direitos nacionais era idêntica à perda de direitos humanos". Tal preocupação continua atual, ante o grande número de refugiados, imigrantes em situação irregular e membros de Estados não reconhecidos, que continuamente vêm sofrendo violações em seus direitos.

Outro ponto essencial a ser discutido é o da luta pelo reconhecimento dessas diferenças e peculiaridades. Como processo político e histórico, a construção do direito à diferença e a legitimação de novas categorias de cidadãos – que exigem a observação de suas diversas peculiaridades para aplicação mais justa do direito – estão sujeitas à ação de forças políticas variadas, ora as defendendo, ora as contrariando, ancoradas na defesa de privilégios e prerrogativas sociais, econômicas e morais, que poderiam ser ameaçadas com a inclusão desses novos indivíduos e categorias sociais.[4]

Vislumbra-se, assim, que é imprescindível a organização coletiva daqueles que são excluídos dos processos políticos. Muito embora deva-se reconhecer que toda coletividade apaga traços das identidades individuais, tal postura faz-se indispensável. Nesse sentido, afirma Bauman (2003, p. 71):

> É da natureza dos 'direitos humanos' que, embora se destinem ao gozo em separado (significam, afinal, o direito a ter a diferença reconhecida e a continuar diferente sem temor a

4 Reflexo disso é a forte resistência dos setores conservadores, notadamente aqueles ligados às religiões, no reconhecimento dos direitos de gênero que têm sido postos em reivindicação. A história legou à humanidade outros tantos exemplos, como o longo debate em torno do reconhecimento dos direitos civis dos negros estadunidenses.

> reprimendas ou punição), tenham que ser obtidos através de uma luta coletiva, e só possam ser garantidos coletivamente. Daí o zelo pelo traçado das fronteiras e pela construção de postos de fronteira estritamente vigiados. Para tornar-se um 'direito', a diferença tem que ser compartilhada por um grupo ou categoria de indivíduos suficientemente numerosos e determinados para merecer consideração: precisa tornar-se um cacife numa reivindicação coletiva.

Nesse contexto, é fundamental a atuação dos movimentos sociais, que se constituem como grupos de pressão, representantes dos interesses desses cidadãos, no processo de luta pela efetiva inclusão na lógica da tutela promovida pelo direito. Sobre o processo histórico da luta política das diversas minorias, pronuncia-se Foucault (2001, p. 78):

> As mulheres, os prisioneiros, os soldados, os doentes nos hospitais, os homossexuais iniciaram uma luta específica contra a forma particular de poder, de coerção, de controle que se exerce sobre eles. Estas lutas fazem parte atualmente do movimento revolucionário, com a condição de que sejam radicais, sem compromisso nem reformismo, sem tentativa de reorganizar o mesmo poder apenas com uma mudança de titular. E, na medida em que devem combater todos os controles e coerções que reproduzem o mesmo poder em todos os lugares, esses movimentos estão ligados ao movimento revolucionário do proletariado.

Os movimentos sociais atuam, portanto, como contrapeso no equilíbrio das relações de poder entre os grupos dominantes e dominados, tendo em vista que "um grupo só pode estigmatizar outro com eficácia quando está bem instalado em posições de poder nas quais o grupo outsider é excluído" (ELIAS; SCOTSON, 2000, p. 23). Ademais, a valorização das identidades subalternas e o autorreconhecimento por parte das minorias, desarmando o discurso inferiorizante imposto pelos **estabelecidos**, referem-se a outro fator essencial na consolidação da dignidade dos excluídos.

Trata-se de reconhecer todos os indivíduos como homens e, portanto, sujeitos de direitos e deveres, tendo como resultado a concretização da noção universal e incondicional de cidadania, reclamada atualmente pela nova ordem constitucional, que será abordada a seguir, destacando sua relação com a tutela do direito à diferença e à promoção da diversidade como elemento fundamental na construção de uma sociedade efetivamente democrática.

3 O TRATAMENTO JURÍDICO DO DIREITO À DIFERENÇA NO BRASIL

Conforme analisado anteriormente, o direito à igualdade sofreu significativa modificação a partir do entendimento de que o tradicional tratamento homogeneizante demonstrou sua insuficiência e incapacidade de atender aos anseios dos grupos sociais que se sentiam marginalizados no processo político.

A partir da terceira geração dos direitos fundamentais, concebida diante da comoção mundial com os horrores do holocausto, notabilizou-se a decadência tanto da aplicação puramente liberal do direito quanto do positivismo jurídico, uma vez que o problema da justiça foi praticamente abandonado em prol de um normativismo que fechava os olhos à realidade social. A referida geração consagrou os chamados direitos de fraternidade, que possibilitavam que ideias como a solidariedade e universalidade passassem a permear a discussão jurídica, dando azo ao surgimento de garantias como a autodeterminação dos povos, o meio ambiente equilibrado e a preocupação com as gerações futuras.

Nesse bojo, emergiu o pós-positivismo, como marco filosófico do neoconstitucionalismo, concebido como alternativa filosófica e, principalmente, hermenêutica à dicotomia positivismo x jusnaturalismo, procurando nas duas correntes os elementos necessários à adoção de uma postura constitucional adequada às exigências atuais da sociedade, bem como à plena realização da justiça. Nos dizeres de Rossi (2008, p. 3805):

> O intitulado pós-positivismo contrasta com o positivismo 'tradicional', entre outros aspectos, principalmente porque entende haver uma relação intrínseca entre Direito e moral. As constituições contemporâneas, ao incorporarem princípios abstratos, como normas jurídico-constitucionais, operam esta fusão necessária. Como nos explica Calsamiglia, a discussão atual gira em torno de se saber se essa conexão entre Direito e moral é apenas contingente, como querem os adeptos do positivismo, ou, ao contrário, necessária, implicando em uma nova maneira de se ver o Direito.

O que se tem, portanto, é uma valorização do elemento moral e axiológico da norma jurídica, imprimindo-lhe o dever de trazer em seu bojo não só um comando heterônomo vindo da autoridade estatal, mas, também, um valor, algo que conferisse uma **vida** à norma, para além da mera vinculação de poder.

Reafirmando, ainda, a supremacia da Constituição, o neoconstitucionalismo pretende fazer com que todos os atos normativos infraconstitucionais orbitem ao redor dos valores contidos na norma constitucional. Assim, combina-se o forte apelo axiológico do jusnaturalismo com o normativismo positivista, compreendendo a insuficiência de cada modelo se postos isoladamente.

A hermenêutica legal e constitucional mostra-se relevante, pois é a partir dela que ocorrem a materialização e a concretização social da norma. A chamada **interpretação conforme**, largamente utilizada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consistente na "escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita" (BARROSO, 1999, p. 181), é outro recurso empregado para orientar a aplicação dos diplomas legais nos termos exigidos pela Constituição. Desse modo, permite-se que as Constituições, em respeito a esse reencontro do direito com a moral, positivem normas que garantam direitos dessas minorias tradicionalmente marginalizadas, como também, reafirmando sua força normativa, sirvam de baliza e norte jurídico e hermenêutico para a elaboração de diplomas infraconstitucionais que tutelem a cidadania desses sujeitos.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, apresenta forte caráter inclusivo, seguindo a tendência evolutiva do constitucionalismo democrático brasileiro, considerando que a Constituição de 1824, por exemplo, negava a universalidade do voto e vedava a manifestação pública de religiões não oficiais. Atualmente, inclusive, o pluralismo político é elencado como fundamento da República, validando a pretensão dos vários grupos sociais de participação ativa na vida política nacional. Ressalte-se, ainda, o total destaque dado ao (super)princípio da dignidade da pessoa humana, que emerge como maior fundamento do Estado Democrático de Direito, ocupando o lugar de destaque antes dado ao princípio da legalidade. Tal tendência não é um fenômeno isolado, tendo sido verificado de forma geral ao redor do mundo, como parte da renovação constitucional impulsionada pelo pós-guerra e pelas discussões em torno da terceira geração dos direitos fundamentais.

Esse princípio encontra-se amparado em uma perspectiva universalista que considera a pessoa humana centro e destinatário final da tutela jurídica, compreendendo o indivíduo como ser vocacionado à liberdade, destacando-se, portanto, o respeito e a realização dos sujeitos. Reitere-se que, nesse contexto, ocorre a afirmação da urgência de reconhecimento das necessidades não apenas da ampla coletividade, mas dos grupos minoritários que compõem o tecido social, dando-lhes proteção e visibilidade, compreendendo que:

> A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social (DALLARI, 1998, p. 14).

A tutela do direito à diferença apresenta-se de forma multifacetada, mormente nos seguintes eixos: **repressivo**, a partir da elaboração de normas punitivas, contexto no qual emerge uma nova dimensão do direito penal,

como instrumento promotor da cidadania,[5] concebendo-se as identidades individual e grupal como bens jurídicos a ser tutelados; e **preventivo**, estruturado em torno de políticas públicas em direitos humanos, partindo da noção de que mecanismos, como a educação em direitos humanos, são capazes de "defender e promover a dignidade dos indivíduos" (PEQUENO, 2008, p. 27), uma vez que devem "preparar o sujeito para o exercício da cidadania e, sobretudo, para o reconhecimento da dignidade que define sua natureza e condição" (p. 27). Ainda, merecem destaque ações como a demarcação de territórios indígenas e quilombolas e o incentivo à perpetuação das manifestações culturais de povos tradicionais.

Há, ainda, o eixo **inclusivo**, representado, especialmente, pelas ações afirmativas, que consistem em ações do poder público ou iniciativa privada cujo objetivo é desfazer exclusões históricas de determinadas classes e grupos sociais, mediante instauração artificial de situações de desigualdade, orientadas para a solução de desigualdades preexistentes. Nesse contexto, destaca-se o potencial inclusivo das cotas sociais e raciais nas universidades, bem como a reserva de vagas em concursos públicos para portadores de necessidades especiais, além do compêndio de políticas públicas orientadas à promoção da cidadania de mulheres, negros, Lésbicas, *Gays*, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros (LGBT), indígenas, minorias religiosas e outras categorias historicamente marginalizadas.

No eixo **repressivo**, tem destaque a Lei nº 7.716/1989, que pune os crimes resultantes de discriminação ou preconceito por raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Ressalte-se que o rol elencado pelo diploma legal foi ampliado, existindo, ainda, projetos de lei, como o polêmico Projeto de Lei nº 122/2006, que objetiva incluir novas categorias sob a tutela dessa legislação, atestando o tom **sedimentar** dos direitos humanos. Todavia, este não é um processo simples, uma vez que há dificuldade de transpor para a prática legislativa, judicial e, principalmente, social essas diretrizes. Nos dizeres de Bernardo (2010, p. 157):

5 Inclui-se, assim, no aspecto educativo da pena, o dever de conviver e reconhecer as diferenças.

> O Estado democrático de direito brasileiro encontra graves contradições em sua pretensão democrática e identitária. Somos um país de identidades multifacetadas, sendo algumas faces aparentemente mais visíveis que outras, o que nos levou a uma busca frenética por modelos filosóficos e jurídicos com forte apelo etnocêntrico. A salvação do mesmo e a negação do outro, ou a sublimação do outro no eu, acarretaram a hibridez física e a hegemonia ideológica e material no Brasil.

Notabiliza-se, igualmente, uma dificuldade de assumir-se a supremacia da Constituição, tanto na elaboração quanto na aplicação da lei. Como complemento desse quadro, tem-se a atuação, por vezes omissa ou mesmo repressiva, dos agentes públicos, que reafirmam e legitimam a exclusão social. Portanto, para além de um desiderato legal e filosófico que consagre o respeito à diversidade como aspecto da dignidade humana e, por conseguinte, da sociedade política, faz-se necessária a dotação de meios que possam garantir a efetividade das disposições jurídicas, tendo em vista que é na experiência social que os direitos concretizam-se.

4 CONCLUSÃO

Conclui-se que a nova perspectiva jurídico-constitucional da afirmação do direito à diferença é conduzida no bojo do **reconhecimento**, que rechaça o etnocentrismo característico da antiga ordem jurídica, que levava os sujeitos e grupos sociais minoritários à invisibilidade de sua identidade e negação de sua condição humana e, portanto, de sujeitos de direito. Nesse sentido, o homem é enxergado em suas particularidades, tornando-se sujeito de direito como tal, sob a tendência de concretização do ideal de cidadania universal aqui já exposto, possibilitando sua plena realização como tal.

Assim sendo, mostra-se necessária uma universalidade de direitos que não esteja adstrita, unicamente, às questões territoriais, de relações entre países ou intermediação de organismos internacionais, mas que também contemple, no âmbito do direito interno dos Estados, as demandas de sujeitos e categorias sociais em sua luta por dignidade, espaço político e emancipação

ante as diversas formas de opressão. Para que haja uma universalidade de fato dos direitos humanos, é preciso que se promova, sobretudo, sua **incondicionalização**, isto é, o reconhecimento efetivo da condição humana como requisito único para a titularidade e o gozo da cidadania, orientando-a no sentido de viabilizar a emancipação do sujeito em sua relação com o poder público e com os demais indivíduos.

Dessa forma, o direito à diferença é a proteção à diversidade cultural e identitária, historicamente silenciada e sonegada, mas que assume papel de destaque na nova ordem jurídica, impulsionada pela valorização do elemento moral, pelo conceito de universalidade dos direitos humanos e pela reafirmação da força normativa da Constituição, materializados no neoconstitucionalismo, que se constitui como corrente teórica e hermenêutica de relevante influência na jurisdição constitucional contemporânea. Todavia, a discussão dos direitos humanos sempre estará ressalvada pela problemática da efetividade, uma vez que, no âmbito dos Estados, lhe é deferida a tutela, exigindo-se que haja coerência entre o discurso legal e a prática dos agentes públicos, devendo ser superada, ainda, a grave contradição presente no processo de internacionalização dos direitos humanos, quando eles são utilizados como mecanismos justificadores de um verdadeiro processo de colonização, em que países ocidentais intervêm no Oriente sob o pretexto de garantir o respeito a tais garantias.

Portanto, esse processo estará sempre inacabado, diante da composição de forças que formam o tecido político nacional – uma vez que os direitos humanos são um espaço de luta e disputa – e, ainda, dado o caráter dinâmico das relações sociais e de poder, visto que novas categorias emergem ao longo do tempo, requerendo legitimação política e evidenciando a maleabilidade e o tom **sedimentar** dessas garantias.

REFERÊNCIAS

ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. 11. ed. São Paulo: Ícone, 2006.

ARENDT, Hannah. The rights of man, what are they?. **Modern Review**, New York, v. 3, n. 1, p. 24-37, 1949.

_____. O declínio do Estado-nação e o fim dos direitos do homem. In: _____. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BERNARDO, Augusto Sérgio dos Santos de São. Quando a norma jurídica nega o direito à diferença. In: VENTURI, Gustavo (Org.). **Direitos humanos**: percepções da opinião pública, análises de pesquisa nacional. Brasília, DF: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2010. p. 155-162.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 jan. 1989.

_____. Projeto de Lei n. 122, de 12 de dezembro de 2006. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e ao

art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. **Senado Federal**, Portal Atividade Legislativa, Projetos e Matérias Legislativa, 2006. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79604>. Acesso em: mar. 2015.

CARBONARI, Paulo César. Sujeito de direitos humanos: questões abertas e em construção. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy et al. **Educação em direitos humanos**: fundamentos teórico-metodológicos. João Pessoa: UFPB, 2007.

DALLARI, Dalmo. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. **Os estabelecidos e os *outsiders***. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1982.

HONNETH, Axel. **A luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: 34, 2003.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

KAUCHAKJE, Samira. Cidadania e participação social: inclusão social no campo dos direitos à igualdade e diferença. In: SOUZA, Maria Antônia; COSTA, Lourdes Cortes da. **Sociedade e cidadania**: desafios para o século XXI. Ponta Grossa: UEPG, 2005. p. 55-72.

LOURO, Guacira Lopes. **O corpo educado, pedagogias da sexualidade**. Belo Horizonte: Autêntica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo. Saraiva, 2009.

MISKOLCI, Richard. Do desvio à diferença. **Psicologia:** Teoria e Pesquisa, Brasília, DF, n. 47, p. 9-41, jul./dez. 2005.

PEQUENO, Marconi. O fundamento dos direitos humanos. In: ZENAIDE, Maria de Nazaré; GUERRA, Lúcia de Fátima. **Educação em direitos humanos**: capacitação de educadores. João Pessoa: UFPB, 2008. p. 23-28.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROBERT, Phillippe. **Sociologia do crime**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

ROSSI, Amélia Sampaio. Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL, 17., 2008, Salvador. **Anais...** Salvador: [s.n.], 2008. p. 3802-3822.

Correspondência / Correspondence:

Camilo de Lélis Diniz de Farias
Rua Vidal de Negreiros, 48, sl. 306, Centro, CEP 58.400-263. Campina Grande, PB, Brasil.
Fone: (83) 9639-3631.
Email: camilo_diniz@hotmail.com

Recebido: 30/12/2013.
Aprovado: 16/10/2014.

Nota referencial:

FARIAS, Camilo de Lélis Diniz de. A nova ordem constitucional e a tutela do direito à diferença. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 17, n. 1, p. 11-33, jan./abr. 2015. Quadrimestral.