

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL - UNIBRASIL**  
**PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

**BEATRIZ OLIVEIRA DE PAOLA**

**CONSTITUIÇÃO E PLURALISMO: A MATERIALIZAÇÃO DO  
PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM UM MUNDO DE ESTIGMAS**

**CURITIBA**

**2013**

**BEATRIZ OLIVEIRA DE PAOLA**

**CONSTITUIÇÃO E PLURALISMO: A MATERIALIZAÇÃO DO  
PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM UM MUNDO DE ESTIGMAS**

**Dissertação apresentada ao Programa  
de Pós-Graduação, como requisito  
parcial para a obtenção do grau de  
Mestre em Direito, Faculdades  
Integradas do Brasil.**

**Orientador: Prof. Dr. Marcos  
Augusto Maliska.**

**CURITIBA**

**2013**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

BEATRIZ OLIVEIRA DE PAOLA

### **CONSTITUIÇÃO E PLURALISMO: A MATERIALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM UM MUNDO DE ESTIGMAS**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil, pela seguinte banca examinadora:

- Orientador: Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska  
Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.
- Membros: Prof<sup>a</sup>. Dra. Ana Carla Harmatiuk Matos  
Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil
- Prof. Dr. Pedro Rodolfo Bodê de Moraes  
Programa de Mestrado/Doutorado em Sociologia da UFPR

Curitiba, 07 de maio de 2013.

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha mãe *Elizabeth Braga de Oliveira Paola*, uma mulher inteligente e generosa, que me ensinou a amar o saber desde pequena, sendo para mim um paradigma desta busca tão bonita e nobre.

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar a minha **Mãe**, meu aconchego em todos os momentos de crise e torcida eterna.

A minha **avó Cyroba Cecy** pela força e o influxo que tem no meu ser.

Ao meu **Pai** que quando me viu em dificuldade me patrocinou.

Ao **professor Marcos Augusto Maliska**, meu orientador e um ser humano evoluído e por esta qualidade faz aqueles que estão a sua volta crescerem muito mais rápido. É grande o muito obrigada pela atenção e por todos os ensinamentos valiosos.

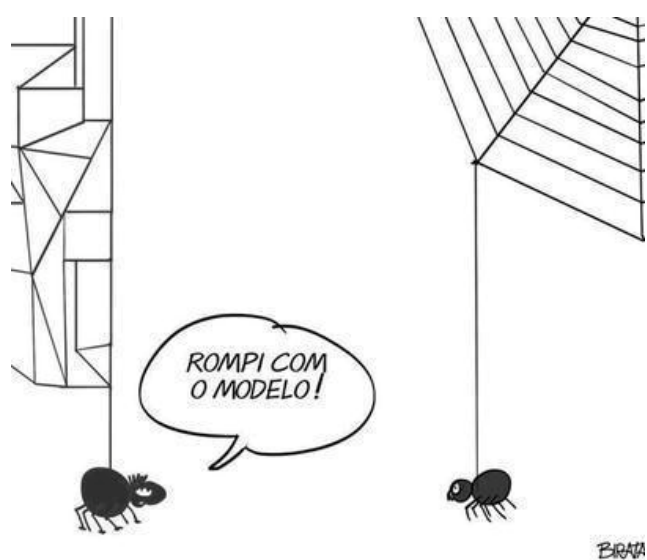
As **professoras Rosalice Fidalgo Pinheiro e Ana Carla Harmatiuk Matos**, pelos apontamentos feitos na qualificação, sem eles não teria havido evolução.

A **todos os outros professores e funcionários** da UniBrasil que de alguma forma contribuíram com esta caminhada.

Aos **professores da Universidad Pablo de Olavide**, cuja experiência da partilha pluralista do saber, ficará para sempre marcada em minha alma.

Aos **amigos queridos** que fiz nesta jornada.

Agradeço por fim, e especialmente a certa **menininha**, que esteve comigo durante este trabalho todo. Ela me ensinou tudo o que sei sobre os estigmas e não estaria concluindo este sonho sem a ajuda dela. De coração, valeu **Loirinha!**

**EPÍGRAFE**

*“Ama teu próximo como a ti mesmo.”*

**Jesus Cristo**

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	01
<b>CAPÍTULO I – CONSTITUIÇÃO E PLURALISMO</b>	04
1.1. Contexto: O Estado	04
1.1.1 O Estado de Direito	04
1.1.2. O Estado de Direito Liberal	06
1.1.3. O Estado Social Democrático de Direito	08
1.2. O Monismo Jurídico	10
1.3. Pluralismo Jurídico	12
1.3.1. Um Direito Vivo	13
1.3.2. O Pluralismo Hegemônico e Contra Hegemônico	14
1.3.3. A Superação do Monismo x Pluralismo	15
1.4. Constituição e Pluralismo	15
1.4.1. Os novos papéis da Constituição	17
1.4.2. Abertura Constitucional	20
1.5. Unidades Sociais Capazes de Gerar Direito	21
<b>CAPITULO II – UM MUNDO DE ESTIGMAS</b>	25
2.1. Tinha o Estigma no meio do Caminho do Acesso	25
2.1.1. O Poder e sua Natureza Imediata	26
2.1.2. Uma Fórmula para o Poder: Potência	28
2.1.3. Conceitos Importantes para se Compreender Estigmas	29
2.1.4. Normais versus Anormais	33
2.1.4.1. Meta Regras	35
2.1.5. Os Estigmas mais Fortes	36
2.2 A Sociodinâmica da Estigmatização	38
2.2.1. Winston Parva	40

2.2.2. Elementos determinantes do processo Estigmatório	42
2.2.2.1. Coesão	43
2.2.2.2. Rede de Apoio: As Famílias Matrifocais	43
2.2.2.3. Controle Social: A Fofoca	44
2.2.3. A Visão Social do Estigmatizado	46
2.2.4. A Função Social dos Estigmas	47
2.3. Outro Lado da Moeda: O Modelo Maycomb	49
2.4. Estigmas como Unidade Jurídica	52
2.4.1. O Ciclo de Estigma	54
<b>CAPÍTULO III - A MATERIALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM UM MUNDO DE ESTIGMAS</b>	57
3.1. Um Direito Permeado de Estigmas	57
3.1.1. O Princípio da Igualdade: Breve Histórico	58
3.1.2. A Evolução da igualdade nas Constituições Brasileiras	64
3.2. A Constituição de 1988: Uma Nova Perspectiva de Igualdade	67
3.2.1 Igualdade Material: Uma Questão de Acesso	69
3.3. Discriminação Positiva	71
3.3.1. Discriminar pode ser equitativo	73
3.3.2 O Escravo Feliz	78
3.4. Pluralismo Jurídico e a Materialização do Princípio da Igualdade em um Mundo de Estigmas	81
3.4.1. Necessidade de uma Nova Visão	83
<b>CONCLUSÃO</b>	87
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	91
<b>ANEXO I</b>	97



## RESUMO

A discriminação é uma violação dos direitos humanos em especial do princípio da Igualdade, presente em todos os documentos internacionais de direitos humanos. O estigma e a discriminação estão inter-relacionados de forma que se reforçam e se legitimam mutuamente. O estigma constitui a raiz dos atos discriminatórios ao induzir as pessoas a realizar ações ou omissões que negam o direito dos demais, gerando um ciclo de estigma, que se legitima pelo próprio princípio da Igualdade.

Palavras – Chave: Pluralismo Jurídico, Poder, Ciclo de Estigma, Igualdade.

## ABSTRACT

Discrimination is a violation of human rights and in particular the principle of equality, present in all international human rights documents. Stigma and discrimination are interrelated so that they reinforce and legitimize each other. The stigma is the root of discriminatory acts by inducing people to perform actions or omissions that deny the rights of others, creating a cycle of stigma, which is legitimized by the principle of equality.

Key - Words: Legal Pluralism, Power Cycle Stigma, Equality

## CONSTITUIÇÃO E PLURALISMO: A MATERIALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM UM MUNDO DE ESTIGMAS

### INTRODUÇÃO

Com o reconhecimento dos direitos sociais nas Constituições dos diversos países no começo do século XX, a questão da efetivação dos Direitos Humanos passa a ter relevância no cenário jurídico de todo o mundo.

Este trabalho tem como tema central a concretização desses direitos sociais, ditos de Igualdade, em um mundo onde coexiste uma pluralidade de comunidades éticas com formas e normas sociais distintas que estruturam suas relações de poder numa sociodinâmica de exclusão, gerando um ciclo de estigmatização que deve ser desvelado e combatido.

A discussão irá se desenvolver sob a lente da teoria crítica dos Direitos Humanos que contrapõe a teoria tradicional de visão cartesiana, onde os direitos seriam algo dado de pronto pelo simples fato de uma Carta Constitucional reconhecê-los.

A visão crítica é sistêmica e parte da premissa que a temática dos Direitos Humanos deve ser pensada em todas as suas complexidades<sup>1</sup> sendo entendida como um construído e não algo acabado. A eficácia desses direitos estaria atrelada a promoção do acesso a bens jurídicos considerados mínimos para a vida digna.

Como um tema complexo é interdisciplinar e, irá se servir de conceitos emprestados de outras áreas do conhecimento como a Psicologia, Antropologia, e Sociologia. Metodologicamente irá se desenvolver em três capítulos. Cada qual dedicado a analisar mais aprofundadamente cada um dos componentes do título.

---

<sup>1</sup> Para Joaquim Herreira Flores a problemática dos Direitos Humanos passa por sete complexidades; A cultural, política, filosófica, empírica, jurídica, científica e econômica. In FLORES, Joaquim Herreira, *A Reinvenção dos Direitos Humanos*, p. 42.

Descortinando o processo estigmatório e amarrando a temática, estarão dois estudos de caso: Winston Parva e Maycomb, abordados pelo sociólogo Norbert Elias no livro *Os Estabelecidos e os Outsiders. Sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade*.

No primeiro capítulo se estabelecerá a temporalidade em que o debate irá se passar. Iniciando por uma incursão histórica pela evolução dos Estados de Direito, abordando como ela se deu no plano jurídico, onde as correntes de pensamento atuais, para dar conta das novas demandas de direitos geradas pela entrada dos Direitos Sociais nas Constituições, retomam as teorias de Pluralismo Jurídico que já eram reconhecidas no medievo e, reconheciam que existiam outros pólos de produção jurídica além da estatal.

Essas teorias ressurgem para contrapor a visão monista do Direito que imperou no Estado Liberal, anterior ao Social, que colapsaram pelo mesmo motivo que nasceram: O Capitalismo que sem a mão do Estado para frear-lhe a ganância, criou abismos enormes entre as classes, culminado em lutas sociais que irão forçar a expansão do rol de direitos humanos, gerando a necessidade de se pensar uma nova fórmula de igualdade, preocupada com a realidade.

As obras de Jorge Reis Novaes, Boaventura Souza Santos, Antônio Carlos Wolkmer e os pensamentos sobre o Pluralismo Jurídico de Marcos Augusto Maliska serão os principais marcos teóricos referidos.

O capítulo segundo tratará da sociodinâmica dos estigmas enquanto elemento conformador das desigualdades e instrumento de manutenção de poder. Inicia-se com alguns conceitos sobre estigmas postulados por Erving Goffman em seu livro *Estigmas: Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*.

Aprofunda-se a discussão através da análise dos estudos de caso promovidos por Elias, demonstrando o processo de estigmatização, porque isso acontece e desvelando o enorme medo de perder a dignidade que move os estabelecidos na hora de estigmatizar.

O marco central do capítulo é o livro *Os Estabelecidos e os Outsiders*, que será amplamente referido. Amparando Elias estará Goffman e as ideias de Carlos Roberto Bacila no livro *Estigmas: Um estudo sobre o Preconceito*.

No derradeiro capítulo uniremos os raciocínios apresentados anteriormente à questão da Igualdade. Iniciando por um breve histórico evolutivo no mundo e nas constituições brasileiras, enfatizando que o ritmo histórico se processa de forma descontínua, avançando e recuando na conformação atual do princípio da Igualdade.

Adentrando a questão da igualdade fática, a nova função do Estado Democrático Social de Direito, será abordada a questão das ações afirmativas, sua eficácia e fundamento de justiça na hercúlea tarefa de promover acesso em um mundo permeado por estigmas que representam barreiras a este objetivo.

Por fim apresenta-se como possível solução para a problemática um Pluralismo Jurídico de aprendizado recíproco que nega estigmas e promove a integração transversal do multiculturalismo de paralelas, o que impõe uma nova visão, sistêmica, da sociedade.

Uma visão que não privilegie o particularismo sob o universalismo e vice versa, propõe deixar a solidão do centro e olhar como parte integrante de um grande círculo.

Os teóricos principais deste capítulo serão Ronald Dworkin e seus importantes estudos sobre políticas afirmativas, Marcelo Neves e seu *Transconstitucionalismo* e a visão crítica de Joaquim Herrera Flores em *(Re)invenção dos Direitos Humanos*.

Importante salientar que a temática da materialização do princípio da Igualdade em um mundo de estigmas é extensa e, abrange uma série de outros temas relacionados como: a questão da alteridade, tolerância, direito ao reconhecimento, dentre muitos outros. Seria impossível tratar da temática em sua plenitude em um trabalho dissertativo, assim tentou-se delimitar a discussão a um estudo mais aprofundado sobre os estigmas e suas repercussões na materialização da Igualdade em um Estado Social que se abre ao Pluralismo.

## CAPÍTULO I – CONSTITUIÇÃO E PLURALISMO

Para falar de seres humanos e/ou eventos sociais, tudo deve ser contextualizado. O mundo da vida cotidiana se estrutura tanto no espaço quanto no tempo. O momento histórico é definido por um tempo específico em que as coisas acontecem, o fator social localiza esse momento num determinado espaço.

A temporalidade é uma propriedade intrínseca da consciência, que percebe um fluir interior que se baseia nos ritmos psicológicos do organismo. Para Berger e Luchmann o relógio e o calendário nos asseguram que somos homens de nossa época, somente esta estrutura temporal é que confere realidade a vida cotidiana.<sup>2</sup>

Diante da premissa que a realidade somente pode ser compreendida dentro de uma temporalidade específica é preciso delinear em que contexto de espaço – tempo se escreveram os fatos geradores da problemática que se pretende desenvolver.

### 1.1. Contexto: O Estado

Observando a natureza, intuitivamente, nota-se que é a ordem natural das coisas a organização ao em torno de um centro. O sol, estrela forte, faz com que os corpos celestes sob seu domínio existam dentro de um sistema, pois cria a coesão necessária. A mesma lei observa-se nos átomos, onde os elétrons orbitam um núcleo de prótons e nêutrons.

Ao perflustrar as mais remotas formas de convivência humana também se observa a necessidade de organizar a atividade de seus membros ao redor de um centro, visando à própria sobrevivência. Tornou-se então natural a imposição ou escolha de um líder mais forte, hábil e inteligente que fazendo cumprir suas

---

<sup>2</sup> “*el reloj y el calendario, em verdad, aseguran que soy un hombre de mi época. Solo dentro de esta estructura temporal conserva para mi vida cotidiana su acento de realidad, miro mi reloj y trato de recordar em que día estoy. Com solo esos actos, vuelvo a ingresar en la realidad de la vida cotidiana*” BERGER, Peter L., LUCKMANN, Thomas. **Construcción Social de La Realidad**. Amorrotu. Buenos Aires. 1997. p.41.

determinações, traria caçadas mais abundantes e paz interna mais duradoura. Uma força centrípeta, de coesão, fazendo que os indivíduos existam como um grupo.

Esse núcleo passa a ditar os rumos da força ao exercer funções de comandante nas expedições bélicas, supervisionar a caça e a pesca, administrar o patrimônio da comunidade, responder por encargos religiosos, assim, a ideia de autoridade vai se reforçando e surge como uma unidade gentílica superior, hoje entendida como o Estado.

Até esta noção, que começou a se desenvolver nos primeiros agrupamentos humanos, chegar ao estágio de sofisticação do Estado Social Democrático de Direito, diferentes modelos de Estado vem sendo experimentados, cada qual lidando com o poder político a sua maneira <sup>3</sup> conforme ensina Verdù.

Em regra estas modificações são forjadas na dinâmica de alternância das classes dominadoras em cada tempo. Uma guerra pela manutenção do *status quo*, que não é feita para ter vencedores ou vencidos, mas para ser perpetuada.

### **1.1.1. O Estado de Direito**

A formação do Estado Moderno está diretamente relacionada à passagem da medievalidade para a modernidade, um momento de ruptura, entre estas duas épocas da história da humanidade ocidental, após lenta evolução e superação de quatro espécies anteriores: O Estado patriarcal, patrimonial, teocrático e despótico.<sup>4</sup>

O delineamento do Estado de Direito, se dá no processo histórico de ruptura com o Regime Absolutista que representava um modelo de supressão da vontade do monarca em relação à do povo. O centro de poder se instaura no legislativo como condição de garantia das liberdades individuais dos cidadãos.

---

<sup>3</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *A Luta pelo Estado de Direito*. Rio de Janeiro. Forense, 2007, p.10.

<sup>4</sup> Idem.

Ao invés da descentralização econômica, social e política existente à época do regime feudal, a ascendente burguesia necessitava de um Estado forte, centralizado, que protegesse a sua propriedade privada e favorecesse seu progresso material.<sup>5</sup>

Estabeleceram-se os limites e funções dos poderes, conferindo ao executivo a atribuição meramente organizacional do Estado e ao judiciário a aplicação "fiel" do direito posto. O poder político era exercido em conformidade com as normas jurídicas previamente estabelecidas e os legitimados para o exercício do poder, não poderiam fazê-lo a seu bel prazer, tinham que se submeter ao comando da lei.<sup>6</sup>

### 1.1.2. O Estado de Direito Liberal

A burguesia, tornando-se proprietária dos modernos meios de produção, subiu ao topo da escala social, assumiu o controle político, derrubou o Absolutismo e instituiu a Democracia Liberal. Uma tendência política que adota a ideia do Estado de Direito e prega uma sociedade organizada com base no mercado, onde o Estado não interviria na esfera individual, ao contrário a protegeria.<sup>7</sup>

No Estado Liberal as leis consideravam a propriedade privada um direito sagrado e absoluto e, tendo adotado a premissa do Estado de Direito os governantes por mais que tivessem poder dentro das instituições, jamais poderiam violar este direito ou permitir que terceiros o violassem.

Os deveres do Estado para com os direitos fundamentais começam a ser definidos nesta primeira fase do Estado Constitucional, como prestações de abstenção, não interferência nas esferas de liberdade e autonomia dos

---

<sup>5</sup> TEIXEIRA, Francisco José Soares. *Economia e Filosofia no Pensamento Político Moderno*. São Paulo: Pontes, Universidade Estadual do Ceará, 1995. p. 67

<sup>6</sup> SAWASAKI, Sergio E. *O Estado em Transformação Poder dentro e fora das Instituições Estatais na Transição do Estado Liberal para o Estado Social*, in *Estado Direito e Sociedade*, São Paulo, Iglu Editora Ltda. 2010. p.420

<sup>7</sup> CIRINO, Helio, FERREIRA, Fernando. *Filosofia hoje*. São Paulo, Ed. Papyrus, 1985, p. 21



particulares, mas no que tangia ao direito de propriedade individual, deveres de proteção e de segurança contra agressões ou ameaças de outros particulares.<sup>8</sup>

Esta passagem da humanidade é didaticamente identificada como a primeira geração dos direitos humanos, as Liberdades. As tarefas de Igualdade e promoção ao acesso a bens jurídicos indispensáveis a uma vida digna estavam praticamente ausentes das Constituições e das funções do Estado não intervencionista.

Aos bens cujo acesso hoje são garantidos pelos direitos sociais: bem estar, habitação, saúde, educação, segurança social, o homem burguês chegava pelos seus próprios meios, para eles era bastante que o Estado lhes garantisse a Liberdade ao acesso individual que lhes fora negado pelos séculos de dominação absolutista.<sup>9</sup>

A propriedade dos meios de produção era assegurada pelo Estado, que não intervinha na regulação das relações produtivas, acarretando no fato de uma pequena parcela da sociedade concentrar para si esses meios, enquanto as outras ficaram desprovidas deles.

Sem ter instrumentos para produzir, à grande parte da população não restou outra opção senão vender sua força de trabalho aos capitalistas, que tinham a oferecer salários baixíssimos, jornadas de trabalho exaustivas e a condições bastante precárias de vida.<sup>10</sup>

Esse sistema de não intervenção gerou imensa desigualdade e acabou por colocar em cheque o regime capitalista e a própria ideologia liberal. Com os avanços da ciência e filosofia, as ideias socialistas de Marx florescendo em toda a Europa, os liberais que estavam no comando se viram diante de um impasse: “ou cediam alguns anéis ou perdiam os dedos”, conforme ensina Ramos Filho.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> NOVAES, Jorge Reis. *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra. Ed.Coimbra, 2010, p.256

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos Direitos Humanos*. Florianópolis. Fundação Boiteux, 2009. p. 24-25

<sup>11</sup> RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho. Histórias, Mitos e Perspectivas para o Brasil*, Saraiva, 2011.p. 234

### 1.1.3. O Estado Social Democrático de Direito

Predominantemente, as Constituições do século XVIII como a norte-americana de 1787 e a francesa de 1791 consagram o liberalismo-individualismo e, não dedicam qualquer atenção aos direitos sociais. A inscrição dos direitos sociais em sentido amplíssimo nas Constituições tem como circunstância provocadora da mudança de estrutura, o recrudescimento da questão social na efervescência dos movimentos populares contra o capitalismo selvagem.

As primeiras radicais mudanças aconteceriam no início do século XX com a Revolução Mexicana em 1910, a Primeira Grande Guerra Mundial em 1914 e a Revolução Socialista Soviética em 1917. O verdadeiro golpe de misericórdia no constitucionalismo liberal clássico foi dado pelas Constituições mexicana, e alemã, que consagraram a função social da propriedade como contraponto do direito de propriedade absoluto, perpétuo e ilimitado.<sup>12</sup>

A Carta constitucional mexicana de 1917 trouxe em seu bojo um complexo de fatores valorativos, sociológicos, antropológicos e culturais a direcionar a manifestação constituinte originária, inaugurando a entrada dos Direitos Sociais nas Constituições de todo o mundo.<sup>13</sup>

Seguida pela Constituição de Weimar de 1919 que marcada por um cenário de desolação e insurreições das mais variadas espécies, constitucionaliza normas de direito social, estatuidando que a organização da vida econômica deva corresponder a princípios da Justiça e ter como objetivo garantir a todos uma existência digna, conforme a letra do seu artigo 151.<sup>14</sup>

O mais importante dispositivo de Weimar, e, o que mais preocupou o pensamento ortodoxo liberal, foi o artigo 165 que colocou empregado e empregador em pé de igualdade ao chamá-los para elaborar em conjunto a regulamentação das condições de salário e de trabalho assim como o

---

<sup>12</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra, Ed. Coimbra, 1990, p. 67

<sup>13</sup> CAETANO, Marcelo. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 4ª ed., Lisboa, Ed.Coimbra. 1963. p. 57

<sup>14</sup> Ibidem. p. 78

desenvolvimento econômico das forças de produção. Consagrando assim o princípio da autonomia negocial coletiva, apresentando uma visível tendência socializante, que era irá repercutir nas diversas constituies mundiais que seguiram este modelo socialdemocrtico intervencionista, como foi o caso brasileiro.<sup>15</sup>

A tese da função social da propriedade teve relevante inflexão no plano constitucional para submeter os interesses individuais  supremacia dos interesses coletivos, abrindo espaços para que o foco nos direitos de liberdade fosse substituído pela busca da igualação, através de vários mecanismos jurídicos, sociais, políticos e econmicos, consagrando-se não apenas os direitos fundamentais de primeira geração, mas também as suas novias dimensões.<sup>16</sup>

Esta alteração no catálogo de direitos das Constituições sinalizou o advento de um novo tipo histórico de Estado, o Social Democrático de Direito e uma mudança global de concepções que se refletem, no plano dos direitos fundamentais, exigindo uma reconfiguração do entendimento, natureza e abrangência dos deveres estatais correlativos.<sup>17</sup>

O Estado Social que se bastava garantindo e protegendo as liberdades e propriedade do reduzido corpo de cidadãos que possuíam os recursos para a existência digna, agora se assume como o provedor de todas as pessoas sob sua jurisdição, que abandonadas às capacidades próprias e aos recursos proporcionados pelo jogo livre do mercado, seriam incapazes de acender as condições mínimas de existência e conseqüente, de gozo da liberdade.<sup>18</sup>

Inaugura-se a segunda geração de direitos humanos identificados com o ideal de Igualdade. Aqui se percebe que a divisão meramente didática, pois se adentra a segunda geração de direitos humanos sem ter superado a primeira. O que reporta às lições de Bobbio, os direitos do homem por mais fundamentais que sejam são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias,

---

<sup>15</sup> CAETANO, Marcelo, *Idem*

<sup>16</sup> MIRANDA, *Ibidem*, p. 67

<sup>17</sup> NOVAES, *Ibidem*, p. 256

<sup>18</sup> NOVAES, *Idem*

caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas<sup>19</sup>.

## 1.2. O Monismo Jurídico

A descentralização política e jurídica, características do medievo, foi sendo progressivamente suprimidas pelas transformações sofridas nas relações de produção no interior das formações capitalistas centrais e resultaram na consolidação da dominação política burguesa e avanço concomitante das concepções jus-filosóficas positivistas.<sup>20</sup>

As modificações originadas pela instauração do Estado de Direito Liberal e o Capitalismo como modelo de desenvolvimento econômico e social representaram uma nova forma de pensar e de agir do homem, constituída pelos valores, crenças e interesses da burguesia que buscava sua hegemonia enquanto classe dominadora.

No campo jurídico, um dos pilares desse projeto foi o fenômeno do monismo, que floresceu a partir século XVII e XVIII. Corresponde a um modelo de legalidade centrada no Estado, segundo o qual, em cada sociedade há apenas um ordenamento jurídico: o positivo estatal. Como se o direito existisse meramente numa racionalidade formal.

Segundo Wolkmer, ao Estado Moderno era atribuindo o monopólio da produção das normas jurídicas, sendo o único agente legitimado e capaz de criar legalidade para enquadrar as formas de relação social que vão se impondo. O monismo jurídico repelia qualquer forma de normatividade social que não a emanada pelo Estado Nacional Soberano, que tinha o monopólio de formular leis

---

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Editora Campus. 1992, p. 5

<sup>20</sup> SANTOS. Boaventura de Sousa. *O discurso e o Poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Fabril, 1988, p. 73

gerais e abstratas e o fundamento de validade e segurança estava no fato de terem sido produzidas de acordo com as regras processuais previamente estabelecidas.<sup>21</sup>

O Direito moderno emerge como um instrumento de regulação social, legitimado por um sistema racional de leis, universais e abstratas, emanadas pelo Estado, aplicadas a toda a sociedade através de uma administração profissional e burocratizada, baseada numa racionalidade lógico formal.<sup>22</sup>

Este modelo de Direito positivo com uma justiça baseada em critérios técnico-formais, por mais de dois séculos, serviu adequadamente aos interesses da burguesia que, necessitava de um poder, centralizado, burocrático que lhe garantisse segurança e estabilidade.

Para Santos, a modernidade surgiu com um potencial e ambicioso paradigma sociocultural que tinha por base a tensão entre regulação e emancipação social, entretanto, a partir do momento em que o desenvolvimento e o progresso social foram reduzidos ao capitalismo, o positivismo aparece como construção ideológica destinada a imunizar a racionalidade contra a contaminação de qualquer irracionalidade não capitalista.<sup>23</sup>

Esta forma de encarar o direito entrará em colapso, com a crescente globalização econômica, aliada ao aumento das tensões sociais frutos da não realização prática dos valores da Liberdade, Igualdade e Fraternidade, que eram as promessas da modernidade.

A intensificação das desigualdades econômicas, culturais e sociais, aliadas ao surgimento de demandas por novos direitos, além de outras determinações, fez ressurgir no âmbito do Direito as teorias do pluralismo jurídico que, em contraposição ao monismo, admitiam a possibilidade de em um mesmo espaço vigorarem vários ordenamentos jurídicos.

---

<sup>21</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos para uma nova cultura do direito*. 3ª ed. São Paulo: Alga Ômega, 2001, p. 43

<sup>22</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2007, p. 142

<sup>23</sup> Ibidem. p. 141

### 1.3. Pluralismo Jurídico

As ideias de pluralismo jurídico existiam antes mesmo da formação do Estado Moderno, mas somente foram retomadas a partir do fim do século XIX e início do século XX, como reação ao dogma do centralismo jurídico estatal.<sup>24</sup>

Apesar da hegemonia do direito estatal moderno, não se pode deixar de reconhecer a existência de um pluralismo jurídico, manifestado no plano supranacional através do direito internacional e, no plano interno através das diversas ordens jurídicas locais a reger determinadas categorias de relações sociais.<sup>25</sup> O fato de o Estado fechar os olhos às outras formas de normatividade não significava que tais ordenamentos não existissem.

Para Santos o pluralismo jurídico, no contexto sociológico, é tratado sob duas perspectivas: uma de origem colonial e outra não colonial.<sup>26</sup> A primeira identifica a existência de num mesmo espaço, arbitrariamente identificado como colônia, do Direito do Estado colonizador paralelamente ao Direito tradicional.<sup>27</sup>

No segundo caso, o autor identifica três situações diferenciadas: Os países com cultura e tradição jurídicas próprias, mas que adotaram o direito europeu como forma de modernização e de consolidação do poder do Estado, mas que não eliminou no plano sociológico, o direito tradicional.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> Nesse sentido, WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.188: *Não parece haver dúvida que, nas primeiras décadas do século XX, como alternativa ao normativismo estatal positivista, ressurgiu o pluralismo na preocupação de jus filósofos (Gierke, Hauriou, Santi Romano e Del Vecchio) e de sociólogos do direito (Enrich, Gurvitch). Não menos importante será a retomada do pluralismo nos anos 50 e 60 por pesquisadores empíricos no âmbito da antropologia e sociologia jurídica*

<sup>25</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2007, p. 171.

<sup>26</sup> SANTOS. Boaventura de Sousa. *O discurso e o Poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Fabril, 1988, p. 73.

<sup>27</sup> MALISKA, Marcos Augusto. *Pluralismo Jurídico e Direito Moderno*. Curitiba, Juruá, 2006, p.29

<sup>28</sup> SANTOS, *Ibidem*, 1988, p. 73-75.

Os países que, após passarem por uma revolução social, continuaram mantendo o direito tradicional, muito embora esse conflitasse com o direito revolucionário.<sup>29</sup>

As populações indígenas ou nativas que foram dominadas por uma metrópole, mas tiveram permissão, implícita ou explícita para, em certos domínios, manterem seus direitos tradicionais (populações indígenas da América do Norte, da Oceania).<sup>30</sup>

O pluralismo jurídico questiona, portanto, os alicerces da teoria política e das jurisprudências liberais, principalmente no que diz respeito à congruência entre povo, território, Estado e o Direito, ou seja, a centralidade do direito elaborado pelo Estado e a exigência de exclusividade no ordenamento normativo da vida social.<sup>31</sup>

### 1.3.1 Um Direito Vivo

Para as teorias críticas o fenômeno jurídico não se esgota nas leis, é produto das relações humanas. Neste sentido Ehrlich compreende o Direito como produto espontâneo da sociedade, um fato social, que não se prende a doutrinas, dogmas, norma de decisão ou prescrições estatais, mas provém das relações entre as pessoas, estando Direito e sociedade intimamente entrelaçados.<sup>32</sup>

Partindo desse conceito não restam dúvidas acerca da existência de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos, que se relacionam entre si, dentro de um mesmo espaço geopolítico, independente do seu reconhecimento por parte do direito Estatal.

---

<sup>29</sup> SANTOS. Idem

<sup>30</sup> Idem

<sup>31</sup> RANDEIRA. Shalino. *Pluralismo Jurídico, soberania fraturada e direitos de cidadania diferenciados: instituições internacionais, movimentos sociais e Estado pós-colônia na Índia*. Trad. de Ana Cláudia Jorge. In SANTOS, Boaventura de Sousa (org). **Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 467.

<sup>32</sup> EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: UNB. 1986. p.145

Para Maliska, o pluralismo jurídico para ser compreendido como expressão de emancipação de Direitos, do fortalecimento de uma ordem jurídica que possibilite a democracia, deve passar pela discussão em torno da existência de uma ordem estatal que conviva e legitime ordens jurídicas insurgentes, representantes de Direitos “vivos”, que nascem no dia-a-dia, na convivência social, que por sua própria dinâmica, tornam-se insuscetíveis de apreensão por um único código estatal.<sup>33</sup>

O reconhecimento desse direito insurgente é fundamental para a sociedade, principalmente para os grupos sociais que vivem à margem do sistema Estatal e pode ser fundamental no resgate da tensão entre regulação e emancipação, mas é necessário distinguir as práticas de pluralismo que realmente estão a serviço desse projeto das que não estão.

### **1.3.2. Pluralismo Hegemônico e Contra Hegemônico**

Segundo Santos a normatividade jurídica não estatal, que se identifica como pluralismo jurídico, pode ser designada como Hegemônica ou Contra-hegemônica.

Com o pluralismo Hegemônico, identificam-se as práticas jurídicas que reafirmam a ideologia neoliberal e as práticas de exclusão social, como é exemplo, a nível internacional, a *Lex mercatoria*.<sup>34</sup>

Com o segundo caso, identificam-se as práticas que procuram diminuir as desigualdades nas relações de poder e sociais delas consequentes, comprometidas com um novo horizonte de legalidade, capaz de aproximar a produção do direito à sociedade civil e concretizar um ideal de sociedade mais justa e igualitária.<sup>35</sup>

Este pluralismo jurídico Contra-Hegemônico insere-se, assim, num contexto mais amplo que, a partir da crise da modernidade, descortinou-se como

---

<sup>33</sup> MALISKA. Ibidem, 2006. p. 39

<sup>34</sup> SANTOS, Ibidem. 1988, p. 68

<sup>35</sup> Idem



possibilidade de resgate da emancipação social, um eficaz instrumento na luta contra as desigualdades de poder.

### 1.3.3. A Superação do Monismo versus Pluralismo

A luta daqueles que estão à margem do processo social é política, assim sendo se dá em todos os poderes do Estado, desta forma não se pode defender uma antinomia entre pluralismo e monismo, em nome da autonomia da diversidade.

Os movimentos sociais podem ser autônomos e buscar a aproximação com o Estado sem perder suas características. A importância da discussão do pluralismo está no fato de suas fontes materiais serem realmente plurais.<sup>36</sup>

Para Maliska a teoria crítica, para superar o dilema pluralismo versus monismo deve contemplar o fenômeno jurídico enquanto especificidade de três planos de racionalidade: a normativa, a formal e a material.<sup>37</sup> A relação indissociável entre estes três planos compreende a perspectiva pluralista que possibilita a conjunção das expressões de juridicidade estatal com as práticas jurídicas extra-estatais.

Uma visão que se coloca acima da dicotomia, pois entende a unidade como requisito de existência da própria pluralidade e sob este prisma os conceitos não são opostos, mas se interpenetram. A Constituição enquanto elemento unificador de valores em um Estado é quem garante o princípio da isonomia, que não existe sem a diversidade.<sup>38</sup>

## 1.4. Constituição e Pluralismo

---

<sup>36</sup> MALISKA, Ibidem, 2006.p.111

<sup>37</sup> Ibidem, p.19

<sup>38</sup> MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição. Abertura. Cooperação. Integração*. Trabalho de Pós-Doutorado realizado junto ao Instituto Max Planck de Direito público Estrangeiro e Direito Internacional de Heidelberg, Alemanha. (Mimeo)

Na magia e riqueza da diversidade a questão do pluralismo se insere em um palco, onde sob a égide de uma mesma Constituição que garante e se compromete interna e externamente com a promoção da Igualdade, interagem diversos grupos culturais, que produzem suas próprias normas relativas a casamentos, modas, contratos, religião entre outros exemplos, mas atuam no mesmo espaço social e interagem com as normas produzidas pelas macroculturas dominantes nesse mesmo espaço.<sup>39</sup> Um pluralismo que existe em uma racionalidade material.

Olhar a diversidade sob uma razão meramente formal e tentar aplicar a lei de forma igual para todos os diferentes é como dar o mesmo remédio para todos os males, eis o motivo do colapso Liberal. Falar em Igualdade material é aceitar o fato de que uma parcela do povo encontra-se privada de estabelecer seus valores, visto que são excluídos culturalmente e são destituídos de representantes que defendam seus interesses e necessidades.

A atitude mais frequente do Estado em relação às regras de comportamento de menor importância é a da indiferença. Isso quer dizer que tais ordenamentos têm suas ordens e proibições, mas o Estado não as reconhece, ao contrário as enquadra no âmbito da ilicitude, gerando um processo de estigmatização que contribui para o aumento das desigualdades.

Maliska ensina que a relação entre Constituição e pluralismo talvez possa ser compreendida na relação entre igualdade e diversidade. Se a Constituição afirma a igualdade dos cidadãos, o pluralismo reconhece as particularidades e clama para que o princípio da igualdade seja interpretado no contexto da diversidade.<sup>40</sup> A racionalidade normativa da Constituição se abre formalmente para a razão material que é plural.

O Pluralismo Jurídico enquanto instrumento de igualação possibilita o surgimento de direitos extra-estatais que reconhecem como legítimas as relações

---

<sup>39</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria*. Coimbra; Almedina, 2003, p.1451.

<sup>40</sup> MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição. Abertura. Cooperação. Integração*. Trabalho de Pós-Doutorado realizado junto ao Instituto Max Planck de Direito público Estrangeiro e Direito Internacional de Heidelberg, Alemanha. (Mimeo)

jurídicas criadas por grupos “marginais”, no plano da luta social por direitos e pela democracia.

#### **1.4.1. Os novos papéis da Constituição**

O Estado Social Democrático de Direito se preocupa ativamente com as condições fáticas de liberdade, igualdade e autonomia, assumindo tarefas de redistribuição de riquezas, prestação de serviços públicos essenciais, regulação da economia, melhoria das condições de vida das camadas mais débeis e promoção do bem estar.<sup>41</sup>

Compromete-se com a efetividade institucional, com a participação paritária, com a igualdade fática e não meramente jurídico-formal, à luz de uma nova concepção global de dignidade da pessoa humana, que forjada pela experiência extremamente negativa que foram as duas grandes guerras mundiais, é pautada no respeito aos direitos humanos.<sup>42</sup>

Fala-se agora em uma terceira geração de direitos humanos, comprometida com o ideal de Fraternidade entre os povos, os direitos de solidariedade, demonstrando o processo histórico descontínuo, com avanços e retrocessos que marca a vida dos direitos humanos.

A primeira geração, as Liberdades, que teve como referencial a Revolução Francesa, representando os ideais da modernidade, consagrando nas Constituições os princípios de não intervenção, igualdade formal, legalidade garantidos pelos direitos negativos correlativos a abstenção Estatal, a época representando significativo avanço, que vai sofrer um retrocesso com a enorme desigualdade gerada pelo capitalismo selvagem do Estado não intervencionista.

---

<sup>41</sup> NOVAES, *Ibidem*. p. 257

<sup>42</sup> MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição. Abertura. Cooperação. Integração*. Trabalho de Pós-Doutorado realizado junto ao Instituto Max Planck de Direito público Estrangeiro e Direito Internacional de Heidelberg, Alemanha. (Mimeo)

Uma nova evolução se dará no final do século XIX começo do século XX, fruto de lutas sociais empreendidas por trabalhadores cansados de tamanha exploração e que movidos pelas novas doutrinas sociais emergentes, pugnaram por condições mais dignas, forçando o alargamento no rol de direitos tendo como efeito a entrada dos Direitos Sociais nas Constituições de todo o mundo. Um processo que volta a regredir com o advento da Segunda Guerra Mundial, onde tudo o que se pode falar de direitos, ficou em suspenso.

Tamanha sombra traria consigo muita luz, a desumanidade faria as pessoas repensarem seus próprios conceitos de humanidade. Iniciando um movimento constitucional marcado por um gigantesco esforço internacional para se formular juridicamente uma base mínima de direitos que alcançasse todos os indivíduos e formas de vida que compõem a ideia abstrata de humanidade.<sup>43</sup>

Basta citar os textos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Sociais e o Pacto Internacional dos Direitos Civis.

Estes textos que tiveram seu tempo entre 1948 a 1966 e se situavam na Guerra Fria entre dois grandes sistemas de relações que se enfrentavam para conseguir a hegemonia mundial e tiveram que conviver com o final dos processos descolonizadores e progressivo surgimento de novas nacionalidades e novos atores internacionais.<sup>44</sup>

De acordo com Flores o contexto social, econômico, político e cultural, que se desenvolveu politicamente a partir da queda do Muro de Berlim e o consequente fim da Guerra Fria é outro. Percebe-se uma paralisação das medidas interventoras por parte do Estado, o chamado Neoliberalismo.<sup>45</sup>

Enquanto há quatro décadas o Estado controlava as consequências do mercado, aplicando medidas interventoras, na atualidade o mercado volta a impor suas regras aos Estados por meio de instituições globais como o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial a Organização Mundial do Comércio

---

<sup>43</sup> FLORES, *Ibidem*, p. 29

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 29-30

<sup>45</sup> *Ibidem*, pp. 30- 31

e até mesmo organizações internacionais privadas como é o caso da Federação Internacional de Futebol Associado (FIFA).<sup>46</sup>

Neste contexto nasce a Constituição Social Democrática da República Federativa do Brasil de 1988, que confere aos tratados internacionais de direitos humanos o *status* de norma constitucional e se propõe a combater as desigualdades, fixando o princípio da Igualdade como o mais realçado, enfatizado e elevado.<sup>47</sup> Basta olhar para o caput do artigo 5º que traz a questão da igualdade por três vezes.

*“Art 5º: todos são iguais perante a lei sem discriminação de qualquer natureza, sendo assegurado aos brasileiros e aos estrangeiros a inviolabilidade do direito à vida, igualdade... (grifo nosso).”*

A norma traz um extenso e generoso rol de direitos fundamentais individuais e sociais, sem dar-lhes tratamento jurídico diverso, colocando em foco a questão das minorias carentes de poder.

Uma Constituição que para dar conta das contradições de uma sociedade que cada vez mais se afirma como pluralista precisa se comprometer com novos papéis: a integração e a cooperação.

Neste sentido para Maliska esse renovado movimento Constitucional, que agrega uma forte análise culturalista da Constituição, se caracteriza por possuir uma estrutura aberta tanto àquilo que vem de fora, quanto àquilo que lhe é próprio e até então era ignorado, como o reconhecimento do Direito das minorias.<sup>48</sup>

A ordem constitucional aberta e disposta à cooperação e à integração retrata a complexidade e as contradições das sociedades do Século XXI, em que

---

<sup>46</sup> NEVES Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009. p.120

<sup>47</sup>ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *A proteção das Minorias no Direito Brasileiro, Seminário Internacional As Minorias e o Direito*, Série Cadernos do CEJ, vol. 24, editora UNB, 2003, p. 85

<sup>48</sup>MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição. Abertura. Cooperação. Integração*. Trabalho de Pós-Doutorado realizado junto ao Instituto Max Planck de Direito público Estrangeiro e Direito Internacional de Heidelberg, Alemanha. (Mimeo)

a legitimidade democrática da Constituição depende de sua inserção na ordem internacional, bem como da atenção que dá às diferenças no plano interno.<sup>49</sup>

#### 1.4.2. Abertura Constitucional

As questões abrangidas pelas teorias do Pluralismo nos reportam aos questionamentos levantados por Flores ao tratar dos direitos humanos pelo viés da teoria crítica, que contrapõe a teoria tradicional que entende os direitos como algo dado pelo simples fato de serem reconhecidos formalmente por uma Constituição.

O autor indaga a possibilidade de falar em direitos como algo alcançado, se ao mesmo tempo não houver condições de acesso, ou mesmo capacidades e condições materiais adequadas para exercê-los.<sup>50</sup>

O texto constitucional de 1988 contempla uma ampla gama de direitos que passa a exigir do Direito Constitucional um aparelhamento teórico compatível com as necessidades de garantia de acesso a esses direitos.

O conceito de abertura corrobora com esta exigência e pode ser encarado como elemento que caracteriza as Constituições de sociedades pluralistas, no sentido de que a ordem constitucional para conseguir contemplar o pluralismo, se abre para ele.<sup>51</sup>

A afirmação de que a Constituição garante o pluralismo implica em uma relação complexa, pois existe uma grande dificuldade em delimitar a sua extensão, não havendo uma ordem plural pronta e acabada, mas uma ordem dinâmica em constante mutação, em que novos direitos são continuamente afirmados.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição. Abertura. Cooperação. Integração*. Trabalho de Pós-Doutorado realizado junto ao Instituto Max Planck de Direito público Estrangeiro e Direito Internacional de Heidelberg, Alemanha. (Mimeo)

<sup>50</sup> FLORES, Ibidem. p.28

<sup>51</sup> MALISKA, Idem

<sup>52</sup> Idem

Justamente por esta impossibilidade de delimitar exatamente essas práticas é que vige o perigo de admitir a ideia de um pluralismo jurídico fora dos limites da Constituição, pois se assim for, doutrinas desarrazoadas e mesmo insanas podem vir a corroer a unidade e a justiça da sociedade.<sup>53</sup> Dá-se como exemplo o direito interno das favelas, dominadas pelo crime organizado, onde os indivíduos se veem sob o jugo de um “Código” muito mais rígido que o Código Penal Estatal.<sup>54</sup>

Desta forma o pluralismo jurídico só pode encontrar legitimidade dentro da realidade constitucional, que pode se abrir para cooperação e integração com outras ordens objetivando promover acesso, desde que se mantenha fiel aos seus valores.

### **1.5. Unidades Sociais Capazes de Gerar Direito**

Para ser possível dar medida à abertura constitucional. O pluralismo que pode ser legitimado e o que deve ser combatido, faz-se necessário o reconhecimento das unidades sociais a partir das quais se produz ou se é possível produzir um direito próprio.<sup>55</sup>

Uma das discussões acerca disso, passa pela necessidade, ou não, de para que um grupo ser reconhecido como capaz de produzir direito, ele tenha alcançado certo grau de estabilização, institucionalização ou organização social.

Durkheim defendia que a vida social, em qualquer parte onde exista de maneira durável, tende inevitavelmente a tomar uma forma definida e a se

---

<sup>53</sup> MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição. Abertura. Cooperação. Integração*. Trabalho de Pós-Doutorado realizado junto ao Instituto Max Planck de Direito público Estrangeiro e Direito Internacional de Heidelberg, Alemanha. (Mimeo)

<sup>54</sup> MALISKA. *Ibidem*, 2006, p. 32.

<sup>55</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *As questões delimitativas do direito no Pluralismo Jurídico*. Periódico UFSC, 2010.p.76

organizar. O Direito seria então esta organização mesma, no que tenha de mais estável e precisa.<sup>56</sup>

Roscoe Pound por sua vez, entende que o Direito é o controle social através da aplicação sistemática da força da sociedade politicamente organizada. Nas sociedades nas quais esse grau de organização ainda não houvesse sido consolidado não haveria a capacidade de gerar direito.<sup>57</sup>

Neste mesmo sentido Sorokin traz um entendimento de que os processos de interação encontrados no universo social podem ser de tipo “inorganizado”, “organizado” ou “desorganizado.”<sup>58</sup> Para o autor o que conferiria o caráter de organização a estes processos de interação seria, justamente, a existência de normas jurídicas que definiriam, com precisão, todas as ações e reações relevantes dos indivíduos interagentes em suas relações recíprocas, com os estranhos e com o mundo em geral, sendo tais normas efetivas, obrigatórias, e, se necessário, impostas pela força na conduta das pessoas interagentes.<sup>59</sup> Assim, “os inorganizados” ou “desorganizados”, seriam amorfos à formação do Direito.

A defesa de que a juridicidade é um fenômeno exclusivo de grupos organizados, que constituem um sistema institucional de criação e aplicação de normas coativas, não é compartilhada, por importante corrente de autores do Pluralismo Jurídico.

Expõe Wolkmer que em seus estudos na Ilha Trobriand, pequeno arquipélago no noroeste da Nova Guiné, Malinowski constatou a existência de uma real normatividade jurídica em sociedades não-organizadas por um Estado e independente do direito dos colonizadores. O antropólogo polonês parte de uma definição de lei como modo de controle social, afirmando que haveria Direito em

---

<sup>56</sup> DURKHEIM, É. *O direito como símbolo visível da consciência coletiva*. In: MACHADO NETO, A. L. (org.) *O Direito e a vida social*. São Paulo: Nacional, 1966, pp. 105-107.

<sup>57</sup> POUND, Roscoe. *Introdução à filosofia do Direito*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965. p. 179.

<sup>58</sup> SOROKIN, P. A. *Sociedade, cultura e personalidade. Sua estrutura e dinâmica; sistema de sociologia geral*. Trad. J. B. C. Aguiar e L. Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1968. v. 1, pp. 102-135.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 107



todas as sociedades humanas onde houvesse este controle social a determinar as obrigações de uma pessoa e os direitos correlatos da outra.<sup>60</sup>

O antropólogo Paul Bohannam propôs uma visão semelhante quando escreveu que a maioria das sociedades tem dupla institucionalização, instituições sobre conduta e instituições para punir condutas extravagantes.<sup>61</sup> Nesta mesma linha para Hoebel e Frost antropologicamente considerada, a lei é simplesmente aspecto da cultura, aspecto que emprega a força da sociedade organizada para prevenir, sanar, ou punir os desvios das normas prescritivas.<sup>62</sup>

Os costumes são elementos da cultura e todos os costumes de normas sociais são sancionados, ou seja, o comportamento de acordo com as normas é recompensado e o comportamento que se afasta demasiadamente da norma é punido. O controle social consiste basicamente em toda a gama de recompensas e dissuasões.<sup>63</sup>

Outra questão importante quando se trata de unidades capazes de gerar o Direito é a questão da autonomia. No que tange a este aspecto, um grande marco do Pluralismo Jurídico, é o trabalho da antropóloga Sally Falk Moore que investigou a hipótese de que em sociedades complexas haveria também campos sociais geradores de uma juridicidade própria, apesar de “semiautônomos” (interdependentes), ou seja, de sofrer alguma interferência da sociedade maior na qual estavam incluídos.<sup>64</sup>

Nestes campos sociais semiautônomos haveria a geração de normas próprias, que seriam eficazes para induzir comportamentos, mesmo coativamente, por meio de instrumentos e sanções considerados legítimos por aqueles a quem se aplicavam; e eles seriam identificados não por suas

---

<sup>60</sup> WOLKMER. Ibidem, 2010. p.77

<sup>61</sup> OLIVEIRA, Celio Alves. *Normas de Conduta Social em Sociedades com e sem Estado. Uma incursão pelo Direito e Antropologia Jurídica*. UNIOESC, p.72

<sup>62</sup> HOEBEL, E; FROST, Evertt.l. *Antropologia Social e Cultural*. 2ª Ed. São Paulo, Cultrix. 1976 p. 303

<sup>63</sup> OLIVEIRA. Ibidem, p. 69.

<sup>64</sup> MOORE, Sally Falk. *Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study*. Law and Society Review. 1973. pp. 719-726.

organizações, mas por sua característica processual de gerar regras e impor submissão a elas.<sup>65</sup>

Assim, apesar de o Estado instituir para si o monopólio do exercício da força física para coagir o cumprimento de suas normas, outros meios de indução de conduta existiriam e seriam praticados em campos sociais de ação, estes que, inclusive, seriam os filtros dessas normas estatais. Os estigmas têm essas características de um pluralismo jurídico desvirtuado que muitas vezes é legitimado pelo Estado.

Outra vertente do estudo localiza os focos de geração de direito por meio de constatações empíricas ou por identificações contingenciais. Aqui se encontram boa parte das pesquisas do Pluralismo Jurídico Latino-Americano e também as correntes sociológicas pós-colonialistas que se empenham para dar voz e reconhecer força emancipatória de direitos provenientes de grupos historicamente oprimidos e dominados.<sup>66</sup>

A formação deste “Direito insurgente” ou o “Direito dos oprimidos” tem como causa a anomia gerada pelo descaso Estatal. As classes relegadas à margem, não encontrando nas regras jurídicas oficiais o desempenho do papel que atribuem a si, modificam, consciente ou inconscientemente, as normas do Direito mediante prescrições, para eles legítimas, mas na maioria das vezes ilegais em face do Estado.

Esse Direito nascido da indiferença Estatal, quando não é fruto de um projeto que visa o empoderamento emancipatório das classes subjugadas, pode legitimar um processo de estigmatização e violação sistemática de direitos humanos, se apresentando como uma forma distorcida de pluralismo jurídico que por contrariar sua própria natureza, não deve encontrar abrigo no “abraço” integrativo da abertura constitucional.

---

<sup>65</sup> MOORE. Idem.

<sup>66</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 122

## CAPÍTULO II – UM MUNDO DE ESTIGMAS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz em seu bojo um generoso rol de direitos sociais assumindo a função não só de protetora dos direitos individuais, mas também de provedora do acesso a direitos que as minorias não têm condição de alcançar com seus “próprios braços”, a Igualdade material.

Estas novas funções estatais trazidas pela Carta Magna exigem uma nova instrumentalização teórica na interpretação da letra constitucional, agora carregada de valores abertos: uma racionalidade normativa.

Neste contexto resurgem as ideias de Pluralismo Jurídico, que admitem a existência de outras fontes de juridicidade, além das instituídas pelo Estado. Um Direito, vivo, fruto das relações sociais, que não nasce de uma vez e nem de uma vez por todas, uma racionalidade material.

Seria fechar os olhos ao óbvio negar a existência de outras formas jurídicas paralelas às Estatais, produzindo normas de conduta, com suas próprias técnicas de coação, agindo fora dos limites da violência legítima do Estado. Formas de onde pode emanar uma juridicidade legítima, por afirmarem direitos e propiciarem o acesso e outras que se desviam deste propósito, corroendo a unidade e a segurança da nação e que não podem ser consideradas legítimas.

Aqui é possível entender de que forma os três níveis da racionalidade jurídica se entrelaçam. O Pluralismo Jurídico é uma razão material, que pode ser contemplada pela racionalidade normativa da Constituição, cabendo à racionalidade formal aproximar do Direito estatal, as formas verdadeiramente emancipadoras de produção jurígena, aquelas que promovem o acesso.

### 2.1. Tinha o Estigma no meio do Caminho do Acesso

Estigmas enquanto prática de manutenção e legitimação do *status quo*, possuem características próprias de uma unidade jurígena. Um Pluralismo

Jurídico desvirtuado, que acompanha a história da humanidade, por vezes utilizando o próprio Direito para servir a seus propósitos e, deve ser descortinado para que deixe de ser um obstáculo no caminho do acesso a uma vida mais digna, para todas “as tribos”.

Na base das desigualdades encontramos sempre um diferencial de poder imposto por um grupo dominador sobre outro grupo dominado. Os estigmas demarcam “os donos do poder” e são a marca viva do que difere o “bom” do “ruim”, o “normal” do “anormal”, o ‘incluído’ do “excluído”.

O hábito de estigmatizar pessoas ou grupos é algo enraizado no inconsciente coletivo,<sup>67</sup> transmitido culturalmente pela própria forma de compreender um valor somente se em oposição a um desvalor. Consistindo em uma eficaz técnica de impor poder sobre alguém, fazendo crer que o “outro” é inferior em valor humano, para afirmar a superioridade e legitimar o *status quo*.

### **2.1.1. O Poder e sua Natureza Imediata**

Para a compreensão do processo estigmatório é importante fazer um parêntese, para falar do poder e sua natureza imediata. A primeira interação do poder com a pessoa é dela para o poder e não vice-versa. Poder é algo que circula, sempre está em movimento, um jogo de forças cuja recíproca é verdadeira.

Possível de se compreender a elucubração com uma simples visão: uma “*Ferrari FF E85*”. Este carro tem 887 cavalos de força no motor, que é muito potente, comprovadamente capaz de andar a mais de duzentos quilômetros por

---

<sup>67</sup>Para Carl Gustav Jung *o inconsciente coletivo é um reservatório de imagens latentes, chamadas de arquétipos ou imagens primordiais, que cada pessoa herda de seus ancestrais. A pessoa não se lembra das imagens de forma consciente, porém, herda uma predisposição para reagir ao mundo da forma que seus ancestrais faziam. Sendo assim, a teoria estabelece que o ser humano nasce com muitas predisposições para pensar, entender e agir de certas formas.* In: JUNG, Carl Gustav. *Os Arquétipos e o Inconsciente Coletivo*. Obras Completas. Vol. IX/I. Petrópolis. Ed. Vozes. 2000.

hora.<sup>68</sup> Isso não significa que vá andar o tempo todo nessa velocidade, mas seu (P)oder consiste em saber que tem (F)orça o suficiente para andar a uma (v)elocidade tão alta. Esse reconhecimento do potencial lhe confere a autoridade. A Ferrari é igualmente respeitável mesmo andando a dez quilômetros por hora.

Ainda que tenha todo esse potencial como um objeto parado não tem poder algum, mas no momento que alguém a possui ela passa a ser símbolo de *status* e é como se o dono adquirisse a potência do carro. Logo se faz uma ideia bem formulada do perfil deste homem: Rico, bem sucedido, poderoso (dificilmente a primeira imagem que virá a mente será de uma mulher na condução deste veículo).

No entanto, se a mesma Ferrari fosse do povo e todos pudessem dirigi-la, o homem que conduzia sozinho, por que só ele tinha acesso, teria o mesmo perfil imaginado? Ou seria mais um ao lado dos outros que dirigem o mesmo carro? E qual vantagem seria comprar uma Ferrari última linha se não for para se destacar na multidão e demonstrar algum poder?

Segundo o pensamento de Michel Foucault o poder não é considerado como uma realidade que possua uma natureza definida por suas características universais, não é algo unitário e global, mas formas díspares, heterogêneas, em constante transformação e funcionaria como um mecanismo social que não está situado em lugar delimitado ou embutido em circunstâncias particulares<sup>69</sup>.

Poder não é algo que se possa dividir entre aqueles que possuem e o detém exclusivamente e aqueles que não possuem e lhe são submetidos. O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está na mão de alguns, nunca é apropriado como riqueza ou bem<sup>70</sup>.

No momento em que a Ferrari deixou de ser instrumento na mão de uns poucos, sendo uma prerrogativa de todos, enquanto símbolo de poder deixou de

---

<sup>68</sup> <http://www.noticiasautomotivas.com.br/ferrari-ff-e85-chega-aos-887-cv/>

<sup>69</sup> FOUCAULT, Michel. *A Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Vozes, 1979, p.12

<sup>70</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 21 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999, p.188

cumprir a sua função e não pôde ser apropriada como um bem. Para aqueles que sonham com uma Ferrari ou que já são proprietários de uma isto não é desejável. Se todos tiverem poder ninguém o terá, eis sua natureza imediata.

### 2.1.2. Uma Fórmula para o Poder: Potência

O exemplo serve como base para o que se irá demonstrar. Força e Poder guardam entre si estreita relação. A Força é livre, é potencialidade pura. Poder é uma força que circula. Poder é Potência.

Partindo desta premissa é possível transportar o conceito de poder para o universo da física, para por analogia, tentar entendê-lo a partir das grandezas que envolvem a fórmula da potência.

Ao consultar os manuais de física elementar temos que: POTÊNCIA é o produto da FORÇA pela sua VELOCIDADE <sup>71</sup>.

$$P = F \cdot v$$

Potência é uma grandeza diretamente proporcional à força e circula, porque tem uma velocidade, grandeza vetorial que pressupõe um deslocamento (movimento) no espaço de tempo, comprovando a coerência de Foucault.

Evoluindo no desdobramento da fórmula conclui-se que Potência nada mais é do que: TRABALHO.

Se: Potência (P) = Força (F). Velocidade (v)

Sendo que:

VELOCIDADE é o quociente do DESLOCAMENTO pelo ESPAÇO DE TEMPO.

$$v = d / \Delta t$$

Assim:

POTÊNCIA é o produto da FORÇA pelo DESLOCAMENTO no ESPAÇO DE TEMPO

---

<sup>71</sup> BONJORNO, Regina. *Física Fundamental*, São Paulo, FTD, 1993, p. 134.

$$P = F \cdot d / \Delta t$$

O produto da FORÇA pelo DESLOCAMENTO chama-se TRABALHO

$$F \cdot d = \tau$$

Logo:

$$P = \frac{\tau}{\Delta t}$$

POTÊNCIA é igual ao quociente do TRABALHO pelo ESPAÇO DE TEMPO.<sup>72</sup>

A relação poder/ trabalho, já é conhecida desde os primeiros agrupamentos humanos, aqueles que apreendem as forças produtivas e lhes impõe uma jornada laboral são os detentores do Poder.

A própria questão da mobilização social se enquadra no conceito, no sentido de que é preciso dar velocidade às forças oprimidas, aumentando assim seu poder, enquanto que para frear um movimento social, basta cerrar fileira contra ele, impedindo o movimento.

Esta assertiva se comprova matematicamente. Independente do tanto de forças envolvido ao anular a velocidade zera-se a potência. Zero multiplicado por qualquer número é sempre zero.

Os estigmas são uma forma que os detentores do poder, em uma determinada época e local, têm de impedir o movimento de acesso daqueles considerados diferentes, reafirmando sua potência.

### **2.1.3 Conceitos Importantes para se Compreender Estigmas**

Hoje em dia não se pode falar em igualdade sem incluir a questão do acesso e diversidade. A igualdade que não é oposta a diferença, mas a desigualdade. Neste ponto é que a temática dos estigmas se insere.

---

<sup>72</sup> BONJORNO. Ibidem. p.134

A palavra estigma é definida no dicionário como sendo: sinal, cicatriz que deixa uma chaga, uma doença: os estigmas da varíola, marca infamante; labéu, ferrete: os estigmas do vício.<sup>73</sup> No início eram marcas oficiais gravadas a fogo nas costas ou no rosto das pessoas.<sup>74</sup>

Segundo os estudos de Erving Goffman em sua importante obra: *Estigmas. Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada*:

*Os gregos, que tinham bastante conhecimento de recursos visuais, criaram o termo estigma para se referirem a sinais corporais e com os quais se procurava evidenciar alguma coisa de extraordinário ou mau sobre o status moral de quem o possuía. Os sinais eram feitos com cortes ou fogo no corpo e avisavam que o portador era escravo, um criminoso ou traidor, uma pessoa marcada, ritualmente poluída, que devia ser evitada, especialmente em lugares públicos. Mais tarde na era Cristã, dois níveis de metáfora foram acrescentados ao termo: o primeiro referia-se aos sinais corporais de graça divina que tomavam forma de flores em erupção sobre a pele, o segundo, uma alusão médica a essa alusão religiosa, referia-se a sinais corporais de distúrbios físicos.*<sup>75</sup>

O conceito atual é mais amplo. Além de ser usado no seu sentido original, é mais aplicado à desgraça do que à sua evidencia corporal, assumindo quase sempre o significado que Goffman lhe atribuiu.

Para o autor estigma é um sinal, uma marca moral ou física que alguém possui que lhe confere um significado depreciativo que gera profundo descrédito e pode também ser entendido como defeito, fraqueza e desvantagem.<sup>76</sup> Qualquer característica, não necessariamente física ou visível, que não se coaduna com o quadro de expectativas sociais acerca de determinado indivíduo e que por esta razão diminuem-se consideravelmente as chances de acesso do indivíduo dentro da sociedade.

O estigma apresenta um aspecto objetivo e outro subjetivo. Objetivamente caracteriza-se por constituir um sinal exterior: um defeito físico, a cor da pele,

<sup>73</sup> AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo de língua portuguesa*. 5ª Ed. Rio de Janeiro. Delta, 1986. p. 345

<sup>74</sup> ELBERT, Carlos Alberto. *Manual básico de criminologia*. Trad. Ney Fayet. Porto Alegre. Ricardo Lenz. p. 25-26

<sup>75</sup> GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro. Guanabara Koogan. 1988, p. 5

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 7-11.



uma religião seguida, a vida pobre, o sexo. Subjetivo é o significado negativo ou ruim do estigmatizado.<sup>77</sup>

Como uma característica passível de depreciação, o estigma, por si só, não é sinônimo de discriminação, mas é a partir do momento em que contribui para o preconceito. O indivíduo passa a ser visto como diferente dos outros, provocando repulsa e descrédito a seu respeito, mesmo antes que se tenha qualquer contato real com a pessoa.

Enquanto relação de poder, só acontecem na medida em que enfatizam um conceito de excelência em detrimento de outro padrão de entendimento ou condição. Neste sentido Goffman cita exemplos de características pessoais que em determinadas situações são depreciativas e, portanto, estigmatizadas, em outras são ocorrências corriqueiras.

São os casos de pessoas que mesmo sem o grau de instrução exigido, ocupam cargos que demandem educação superior, em outros casos, a formação superior é muitas vezes mascarada por aqueles que ocupam cargos que requerem um menor grau de formação, em razão do possível desprestígio ou sinônimo de fracasso que essa situação poderia gerar.<sup>78</sup> Um estigma é então, um tipo especial de relação entre atributo e estereótipo.<sup>79</sup>

Os estereótipos são crenças socialmente compartilhadas a respeito dos membros de uma categoria social, que se referem a suposições sobre a homogeneidade grupal e aos padrões comuns de comportamento dos indivíduos que pertencem a um mesmo grupo social. Sustentam-se em teorias implícitas sobre os fatores que determinam os padrões de conduta dos indivíduos, cuja expressão mais evidente encontra-se na aplicação de julgamentos categóricos.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas um Estudo sobre o Preconceito*, Lúmen Iuris, Rio de Janeiro, 2005. p. 26

<sup>78</sup> GOFFMAN. *Ibidem*, p. 11-13

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 7

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 8

Goffman considera que existem três tipos de estigmas nitidamente diferentes: as deformidades corporais; o caráter individual e os estigmas tribais de raça, nação e religião, que podem ser transmitidos pela linhagem.<sup>81</sup>

Em primeiro há as abominações do corpo, as deformidades físicas. Em segundo, as culpas de caráter individual, percebidas como vontade fraca, paixões tirânicas ou não naturais, crenças falsas e rígidas, desonestidade, distúrbios mentais, prisão, vício, alcoolismo, homossexualismo, desemprego, tentativas de suicídio e comportamento político radical. Finalmente, há os estigmas tribais de raça, nação e religião, que podem ser transmitidos através de linhagem e contaminar por igual todos os membros de uma família.<sup>82</sup>

O Mito da Perfeição, decorrente da crença de que Deus criou o homem à sua imagem e semelhança, faz nascer o culto do perfeccionismo físico, pois o imperfeito não seria análogo a Deus. Essa dessemelhança com Deus, que é perfeito, é a origem do atávico preconceito contra os diferentes, começando pelos rótulos que lhe são atribuídos.<sup>83</sup>

O tratamento dispensado às pessoas estigmatizadas deriva da crença de que elas não são perfeitas. Daí a criação absurda de duas espécies de seres: os estigmatizados e os normais, pois se considera que o estigmatizado não é completamente humano<sup>84</sup>.

As pessoas “inferiores” tendem a romper tabus que as “superiores” são treinadas a respeitar desde a infância. O desrespeito a esses tabus seria um sinal de inferioridade social, ferindo o sentimento de bom gosto, decência e moral das pessoas “superiores”, despertando conforme a circunstância, raiva, hostilidade, repulsa ou desdém.<sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> GOFFMAN. *Ibidem*, p. 14

<sup>82</sup> *Idem*

<sup>83</sup> SÉGUIM, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Forense, Rio de Janeiro, 2002, p.55

<sup>84</sup> GOFFMAN. *Ibidem*, p. 12-15

<sup>85</sup> ELIAS, Norbert; e SCOTSON, John. L. *Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade*; tradução Vera Ribeiro; tradução do posfácio à edição alemã, Pedro Sússekind – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p.171

Com base nisso, são replicados vários tipos de preconceito, que geram discriminações, que muitas vezes atuando de forma inconsciente na cabeça das pessoas, reduzem as chances de vida daqueles que são diferentes. Constrói-se uma teoria dos estigmas, uma ideologia para explicar a sua inferioridade e dar conta do perigo que eles representam, racionalizando uma animosidade baseada em diferenças, tais como as de classe social.<sup>86</sup>

#### **2.1.4. Normais versus Anormais**

A noção de "ser humano normal" pode ter sua origem na abordagem médica da humanidade, ou nas tendências das organizações burocráticas em grande escala, como a Nação-Estado, de tratar todos os seus membros como iguais em alguns aspectos. Quaisquer que sejam suas origens parecem fornecer a representação básica por meio da qual os leigos usualmente se concebem.<sup>87</sup>

Goffman conta que de maneira interessante, parece ter surgido uma convenção na literatura popular segundo a qual uma pessoa de reputação duvidosa proclama o seu direito de normalidade citando o fato de ter-se casado e ter filhos e, muito estranho, declarando ter passado o Natal e a Ação de Graças com eles.<sup>88</sup>

O anormal não é de natureza diferente do normal, afinal se o padrão fosse o estigma, a polos se inverteriam, sem desfazer o par. Verificou-se por vezes na história, o que é considerado normal numa época é anormal em outra. Elias ensina que não se pode esperar encontrar explicações para o que se julga "ruim", para um "mal funcionamento" da sociedade, quando não se é capaz de explicar, ao mesmo tempo aquilo que se avalia como "bom", "normal" ou "funcionando bem".<sup>89</sup>

---

<sup>86</sup> GOFFMAN. *Ibidem*, p. 8

<sup>87</sup> *Idem*

<sup>88</sup> *Idem*

<sup>89</sup> ELIAS, Norbert; SCOTSON, John. L. *Ibidem*, p. 181

Sobre a normalidade Canguihen tomando o significado da palavra norma apresentado no *Vocabulaire Technique et Critique de La Philosophie* de Lalande, esclarece que:

*Normal, etimologicamente, já que norma significa esquadro, é aquilo que não se inclina nem para a esquerda nem para a direita, portanto o que se conserva num justo meio-termo; daí deriva dois sentidos: é normal aquilo que é como deve ser; e é normal, no sentido mais usual da palavra, o que se encontra na maior parte dos casos de uma espécie determinada ou o que constitui a média ou o módulo de uma característica mensurável. (...) esse termo é equívoco, designando ao mesmo tempo um fato e “um valor atribuído a esse fato por aquele que fala, em virtude de um julgamento de apreciação que ele adota”<sup>90</sup>.*

A norma, portanto, marca a existência de algo tomado como o ideal e que serve para mostrar e demarcar aqueles que estão fora da curva da normalidade, o desvio que deve ser corrigido e ajustado. Funciona como um esquadro de desenho projeta-se o conceito de normal sobre o ser humano e o que estiver fora do padrão é considerado ruim.

A normalidade é uma invenção que tem como propósito delimitar os limites da existência, estabelecer quem são os anormais, os corpos danificados e deficientes para os quais as práticas de normalização devem se voltar<sup>91</sup>. Consoante é o entendimento de Goffman no sentido de que:

*Pode-se **TOMAR COMO ESTABELECIDO QUE UMA CONDIÇÃO** necessária para a vida social é que todos os participantes compartilhem um único conjunto de expectativas normativas, sendo as normas sustentadas, em parte, porque foram incorporadas. Quando uma regra é quebrada, surgem as medidas **restauradoras; o dano termina e o prejuízo é dizer, então, que as normas de identidade engendram tanto desvios** como conformidade.<sup>92\*</sup>*

<sup>90</sup>CANGUILHEM, Georges. *O normal e o patológico*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 95.

<sup>91</sup>FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 21 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999, p. 27

<sup>92</sup>GOFFMAN. *Ibidem*, p. 109-110.

\*As diferenças de letra constantes na citação foram propositalmente colocadas fora do padrão estabelecido pela ABNT, para ilustrar a situação que se pretende fazer entender.

Se o normal é aquilo que deve ser, quem dita o que deve ser? Para Foucault é o poder que gera o corpo social, dita o normal e não o consenso como se acredita.<sup>93</sup>

#### 2.1.4.1. Meta Regras

Os estigmas enquanto formas enraizadas no inconsciente coletivo atuam ao lado das normas gerais como uma espécie de meta-regras, que podem ser entendidas como regras e princípios que atuam como mecanismos psíquicos de natureza emocional, constituídos de estereótipos, preconceitos e outras idiossincrasias e atitudes subjetivas que influenciam de forma inconsciente o comportamento das pessoas.<sup>94</sup>

Para explicar a natureza destas meta-regras, Fritz Sack, fez uma analogia com a distinção que a linguística contemporânea faz entre a “*Lange*” e a “*Parole*”. Ao lado das regras gerais há outro conjunto de regras de interpretação e aplicação daquelas. A primeira é objetiva e geral e pode ser conhecida por um dicionário ou um livro de gramática, a segunda é a língua falada nas ruas, concretamente por pessoas reais. A *langue* fundamenta as regras de gramática tradicionais de superfície e a *parole* sustenta a estrutura gramatical profunda e permite que as pessoas utilizem com correção a linguagem objetiva<sup>95</sup>

São inúmeros os exemplos onde o estigma (*parole*) dá significado para as palavras da norma culta (*lange*), como “denegrir”, “depauperado”, “vilão”, etc., infiltrando-se em no vocabulário do dia a dia de forma tão natural que torna imperceptível sua presença.

---

<sup>93</sup> FOUCAULT, Michel. *A Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Vozes, 1979, p.42

<sup>94</sup> BARATA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1997, p. 105.

<sup>95</sup> SACK Fritz. *Selektion und Selektionsmechanismen*, p. 463- 464,469 apud BARATA, Ibidem, P. 104.

### 2.1.5. Os Estigmas mais Fortes

As primeiras comunidades de Homo Sapiens eram nômades, havia grande igualdade social, sem hierarquia de classes, sem patrões, empregados ou propriedade particular.

A igualdade era uma característica dos povos mais primitivos e errantes, mas vai se evaporar da vida humana, assim como a liberdade, na expectativa de se conseguir abrigo, segurança e alimentação regular.<sup>96</sup>

Há mais de dez mil anos, na região da Mesopotâmia, os nômades derrubaram sementes na terra e perceberam que dali nascia frutos. Da região que se estende desde o norte do Golfo Pérsico até o vale do Nilo havia uma região, conhecida como Crescente Fértil e era um local apropriado para o homem se fixar.<sup>97</sup>

No início as mulheres eram socialmente iguais aos homens, mas sofreram grande baixa, quando os antigos descobriram a vantagem da especialização nas tarefas diárias como elaborar cestos e utensílios, pescar e caçar ou participar de guerras.<sup>98</sup>

A competência única da mulher para a sobrevivência da espécie, alimentando e protegendo as crianças, talvez tenha sido geradora de uma importante divisão de atividades. Os homens partiam para a guerra e tratar de negócios e com o tempo passaram a concentrar mais poder.<sup>99</sup> Isto gerou um dos primeiros e mais importantes estigmas, o da inferioridade feminina. Um processo cultural de repetição que se desenvolveu em razão de circunstâncias e ou particularidades aleatórias.<sup>100</sup>

Na divisão das atividades alguns se especializaram em orientar as atividades e realizar um labor mais intelectual e diferenciado, essas funções

---

<sup>96</sup> BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas um estudo sobre o preconceito*, Lúmen Iuris, Rio de Janeiro, 2005.p. 47-48.

<sup>97</sup> MARTELL, Haze Mary. *O mundo Antigo*. 5 ed. Trad. Antivan Guimaraens Mendes. São Paulo: Melhoramentos, 2001 p. 17

<sup>98</sup> BEVILAQUA, Clovis. *Criminologia e Direito*. Campinas: Red: 2001, p. 134-135

<sup>99</sup> MARTÍNEZ, Soares. *Filosofia do Direito*. 2ª Ed. Coimbra. Almedina, 1995. p .44.

<sup>100</sup> BACILA, Ibidem. p. 51

passaram a trazer algumas vantagens a esses orientadores que contavam com algo além da força física, por isso as pessoas de afazeres comuns se submetiam aos coordenadores e isso sutilmente foi se tornando tradição de subordinação.<sup>101</sup>

A cada geração o saber era transferido de pai para filho, somados aos fatores naturais como pragas, enchentes e secas que ocorriam para uns e outros não, começaram a surgir os ricos e os pobres.<sup>102</sup> Aqui o critério da diferença era a força da natureza, desta forma, alguém podia nascer rico e por outro lado muitos já nasciam pobres e em condições difíceis de sobrevivência, iniciando assim o estigma do pobre.<sup>103</sup>

Sendo o critério natural o responsável por esta divisão, o argumento místico tornava-se evidente. O povo podia reclamar da fome e da peste, mas não se contestava a legitimidade do poder de um Rei, Faraó ou equivalente.<sup>104</sup>

As tribos que perdiam suas colheitas ou passavam fome ou precisavam reagir para sobreviver atacando os outros povoados. Os que perdiam as batalhas resistiam até a morte ou eram escravizados. Os reis e comandantes absorviam essa mão de obra enriquecendo cada vez mais e tornando o escravo cada vez mais uma “coisa”.<sup>105</sup>

Esta escravidão foi responsável por estabelecer a diferença econômica e estigmatizar as raças de pessoas, que tinham o azar de serem tomadas escravas ou submissas em virtude do ofício, criando-se então o racismo.<sup>106</sup>

Os estigmas mais fortes (mulher, pobre, raça) estavam consolidados e marcavam para sempre a história da humanidade. Começaria então uma trama de sistemas de poder, linguagem e representação simbólica de processos inconscientes que decidem os tratamentos diferenciados.

---

<sup>101</sup> SCHIMIDT, Mario Furley. *Nova História Crítica*. São Paulo: Nova Geração, 1999, p. 55 e sgg.

<sup>102</sup> BEVILACQUA, Ibidem. p. 142

<sup>103</sup> BACILA, Ibidem. p. 53

<sup>104</sup> WELLS, Herbert Georges. *História Universal*. 7 ed. Trad. Anísio Teixeira. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968, p. 354 - 356

<sup>105</sup> Ibidem. p. 356-358

<sup>106</sup> BACILA, Ibidem, p. 53 nota 41.

Neste ponto Elias chama atenção para a forma como devemos tratar a abordagem histórica quando se fala de estigmas, pontua que com frequência as discussões são conduzidas como um problema do aqui e agora e seria preciso atentar para a forma descontínua com que o fluxo histórico é contado.

Cita como exemplo a questão racial onde em geral as pessoas percebem as outras pertencentes a outro grupo porque a cor de pele é diferente. Para o autor seria mais pertinente indagar como foi que surgiu no mundo o hábito de perceber as pessoas com outra cor de pele como pertencentes a outro grupo.<sup>107</sup>

Esse problema coloca prontamente em foco o longo processo durante o qual os seres humanos se desenvolveram em diferentes partes da Terra e se adaptaram a condições diferentes. Somente mais tarde após longos períodos de isolamento é que entraram em contato com os outros, não raro como conquistadores ou conquistados, já numa conformação incluídos– excluídos.

Foi em decorrência deste longo processo de interpenetração, marcado por avanços e recuos, no qual os grupos com diferentes características físicas tornaram-se interdependentes como senhores e escravos, foi que as diferenças na aparência física passaram a ser sinais de pertença das pessoas em grupos com diferença de poder.<sup>108</sup>

## **2.2. A Sociodinâmica da Estigmatização**

As palavras *establishment* e *established*, são termos em inglês utilizados para designar grupos e indivíduos que ocupam posições de prestígio e poder. Um *establishment* é um grupo que se percebe e é reconhecido como uma “boa sociedade”. Os *established* fundam o seu Poder no fato de ser um modelo moral

---

<sup>107</sup> ELIAS, Norbert; e SCOTSON, John. L.; *Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade*; tradução Vera Ribeiro; tradução do posfácio à edição alemã, Pedro Sússekind – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 48.

<sup>108</sup> Ibidem. p.48



para os outros. O termo que completa a relação é *outsiders*, literalmente traduzido como “os de fora”, que seriam os não membros da “boa sociedade”.<sup>109</sup>

Um estudo empreendido por Norbert Elias e John L. Scotson numa pequena comunidade inglesa do Século XX, batizada com o nome fictício de Winston Parva, mostrou que em seu interior havia uma divisão clara entre um grupo estabelecido desde longa data e um grupo mais novo de residentes, que eram tratados pelos primeiros como *outsiders*.

O grupo estabelecido cerrava fileiras contra eles e os estigmatizava, de maneira geral, como pessoas de menor valor humano. Considerava-se que lhes faltava a virtude humana superior, o carisma grupal distintivo, que o grupo dominante atribuía a si mesmo.<sup>110</sup>

Procurando entender o motivo que levava este grupo que tinha um perfil populacional bastante homogêneo e que só se diferenciava efetivamente pelo tempo de permanência naquela localidade a ter um comportamento de divisão e estigma, os sociólogos, através de uma pesquisa empírica, descortinam algumas questões relativas à sociodinâmica da estigmatização.

A identificação da temporalidade de moradia como principal aspecto do processo de estigmatização, veio da percepção de que outros indicadores sociais como renda, escolaridade, ocupação, nacionalidade, grupo étnico ou raça, não tinham um caráter tão heterogêneo que fosse capaz de explicar tamanho distanciamento entre os grupos estabelecidos e os de fora.<sup>111</sup>

O único aspecto que daria conta desta problemática seria o fato de que o grupo estabelecido já estava na terceira geração de moradores no local e isto permitiria a eles manter o controle sobre os meios materiais e imateriais de reprodução social.

Portanto, a partir destes parâmetros era projetada uma imagem depreciativa dos *outsiders*, como indivíduos não dotados de uma moral que valesse a pena o convívio em comunidade, eram relacionados a uma ausência de

---

<sup>109</sup> ELIAS, Norbert; e SCOTSON, John. L. *Ibidem*, p. 7

<sup>110</sup> *Ibidem*. p.19.

<sup>111</sup> *Ibidem*. p. 22

respeitos às normas e convenções sociais (anomia) e pregava-se um certo mal estar na presença deles.

Esta separação entre os moradores antigos e os novos era balizada por rígidos tabus de comportamento onde o distanciamento era a principal premissa, como se o contato com eles fosse contagioso.

A forma como se dá o processo de estigmatização, de que modo os membros do grupo mantêm entre si a crença em que não apenas são mais poderosos, mas também seres humanos melhores que os outros e que meios utilizam eles para impor a crença em sua superioridade humana aos que são menos poderosos, são algumas perguntas cujas respostas ajudaram a criar um modelo das relações de poder entre estabelecidos x *outsiders*, que pode servir para explicar uma figuração que se acredita universal.<sup>112</sup>

### **2.2.1. Winston Parva**

Essa comunidade fazia parte de uma área de construções suburbanas nos arredores de uma grande e próspera cidade industrial da região central da Inglaterra. Uma ferrovia separava-a de outras partes. Uma ponte sobre a via férrea era o único elo com Winston Magna e com o restante de Winston.

Ali viviam menos de 5.000 habitantes, que formavam uma comunidade bastante coesa, com suas próprias fábricas, igrejas, lojas e clubes. A área se compunha de três bairros, conhecidos e reconhecidos como diferentes pelos próprios moradores.<sup>113</sup>

A Zona 1 era o que se costuma chamar de área residencial de classe média e era vista como a melhor parte de Winston Parva. Morar nesta zona era símbolo de status e algo que era almejado. A maioria dos moradores desta zona não participava ativamente nos assuntos locais, enquanto uma minoria exercia uma

---

<sup>112</sup> ELIAS, Norbert; e SCOTSON, John. L.. Ibidem, p. 20.

<sup>113</sup> Ibidem. p. 70

liderança comunitária não apenas em relação a seu bairro como em toda Winston Parva.

Esta minoria dirigente era proveniente da Zona 2 na maioria dos casos e, tinham muitos parentes que ainda moravam lá. Os que permaneciam no bairro operário achavam que sua ligação com os homens que haviam ascendido socialmente elevava seu próprio *status* e pareciam gostar do reflexo dessa glória.<sup>114</sup>

As Zonas 2 e 3 eram áreas operárias e bastante semelhantes em termos de classe social. Todas as fábricas que empregavam os moradores dos dois bairros se localizavam na Zona 2, que era o coração da comunidade. Estas duas áreas eram denominadas por seus habitantes de “aldeia” e “loteamento”, respectivamente.<sup>115</sup>

[...] A área de Winston Parva construída por Charles Wilson, sua parte mais antiga, correspondia à Zona 2. Seus 80 anos de existência eram o bastante para dar às famílias que a habitavam e que lá permaneceram um forte sentimento de pertença. Essa parte de Winston Parva, a mais antiga, era afetuosamente chamada por seus habitantes, com certo orgulho, de a aldeia. A zona 3 fora construída na década de 30 por uma empresa particular de investimentos, num terreno situado entre a via férrea principal e um ramal secundário ao norte do canal. Os antigos moradores consideravam-na abaixo de seu padrão local, era conhecido como “o beco dos ratos”.<sup>116</sup>

O grupo residente na aldeia era povoado por moradores que já estavam lá havia três gerações e devido a esse fator eram os estabelecidos, tinham orgulho e julgavam-se especiais, os guardiões da moral. Tinham seus próprios dogmas e haviam desenvolvido tradições e padrões próprios, quem não cumpria estas normas era excluído como sendo de qualidade inferior.<sup>117</sup>

O grupo que habitava o loteamento havia chegado a Winston Parva posteriormente e tinham uma história mais recente, fazendo com que a própria maneira da zona se formar fosse base para as estigmatizações. Desde o início os

<sup>114</sup> ELIAS, Norbert; e SCOTSON, John. L. Ibidem, p. 73

<sup>115</sup> Ibidem, p. 74

<sup>116</sup> Ibidem, p. 62 - 63

<sup>117</sup> Ibidem, p. 102

trabalhadores que foram morar na Zona 3 não foram bem recebidos pelos moradores da Zona 2, que mantiveram para o loteamento o apelido de “beco de ratos”.

Apesar dos alugueres serem mais baixos e as casas das duas zonas terem um padrão similar em nenhum momento moradores da Zona 2 levaram em consideração se mudar para a Zona 3. Isso justifica a grande diferença na estrutura social das duas zonas.

[...] o fato de os habitantes do loteamento não agirem de acordo com os dogmas da aldeia era uma das razões pelas quais os aldeões desdenhavam deles e os excluía ao máximo de seu círculo, não conseguiam distanciar-se o bastante de seu próprio sistema de valores e crenças para ver que os recém-chegados não poderiam, automaticamente, sentir o mesmo apego por Winston Parva e por tudo o que ela representava aos olhos dos moradores mais antigos que haviam crescido ali.<sup>118</sup>

O grupo de moradores da aldeia se via como pessoas melhores, dotadas de uma relação grupal sólida, de uma virtude específica, que era compartilhada por todos os seus membros. O grupo de moradores do loteamento não tinha esse tipo de coesão e isso os tornava isolados e inferiores.

### **2.2.2. Elementos determinantes do processo Estigmatório**

Os antigos residentes eram famílias cujos membros se conheciam havia muito tempo e estabeleceram para si um estilo próprio, um conjunto de normas e disso se orgulhavam. Os *outsiders* eram estigmatizados por serem considerados estrangeiros e por suas próprias formas de se comportar eram vistos como pessoas sem regras, anômicos, e assim uma ameaça ao estilo de vida já estabelecido.<sup>119</sup> O medo da infecção anômica era o primeiro elemento determinante do processo estigmatório.

---

<sup>118</sup> ELIAS, Norbert; e SCOTSON, John. L..Idem

<sup>119</sup> Ibidem, p. 25

### 2.2.2.1 Coesão

Devido ao fato de ter uma relação sólida, o grupo dos estabelecidos reservava para as pessoas de sua relação grupal, cargos importantes e negando o acesso aos moradores da outra área.

Esta exclusão e a estigmatização dos *outsiders* pelo grupo estabelecido afirmava sua superioridade e sua relação de poder, pois havia uma acentuada coesão e integração no grupo o que não se via no grupo dos moradores do loteamento.

### 2.2.2.2. Rede de Apoio: As Famílias Matrifocais

O alto grau de coesão dos moradores aldeia e a capacidade de manter a sua posição de estabelecidos se dava, em especial, pela a presença das famílias matrifocais. As mães da Zona 2 eram o centro de muitas atividades familiares, morando, muitas vezes, numa casa herdada, elas manipulavam o mundo externo a seu redor.

Centro das atividades familiares eram as figuras centrais de referência. Fazia parte do papel da matriarca cuidar das crianças enquanto as filhas ou noras saíam para trabalhar bem como cuidar de modo geral dos interesses dos outros membros da família, tanto homens quanto mulheres, sempre que eles precisassem.<sup>120</sup>

Não havia os mesmos laços de parentesco nas famílias do loteamento e isso contribuía para o isolamento das mesmas. As operárias enfrentavam grandes dificuldades para encontrar quem cuidasse de seus filhos quando saíam para trabalhar. O tipo de redes de parentesco na Zona 2 dava a cada um de seus membros considerável tranquilidade e segurança.<sup>121</sup>

No loteamento o pouco conhecimento individual e a ausência de frequentação em determinados espaços públicos de entretenimento e socialização

---

<sup>120</sup> ELIAS, Norbert; e SCOTSON, John. L. Ibidem, p. 87

<sup>121</sup> Ibidem. p. 88

constituíam-se em obstáculos a formação da coesão social e a superação da situação de exclusão a que estavam submetidos.

### 2.2.2.3. Controle Social: A Fofoca

Outro elemento central na arquitetura das relações sociais comunitárias era a estigmatização dos moradores do loteamento por meio da fofoca que era utilizada pelos aldeões como uma espécie de controle social, para proteger sua identidade coletiva e afirmar sua superioridade como grupo.

Havia na comunidade dois tipos de fofoca com funções distintas. Uma elogiosa (*pride gossip*), imputada pelos habitantes da aldeia aos seus pares como forma de confirmar a sua superioridade enquanto grupo social. Outra depreciativa (*blame gossip*), dirigida aos moradores do loteamento como forma de denegrir sua reputação e reforçar a imagem de baixa coesão social.<sup>122</sup>

A fofoca depreciativa, apesar de muitas vezes não ser ancorada em um conhecimento concreto, possuía uma influência profunda, agindo como força reguladora dos sentimentos e formas de conduta de quem fazia a fofoca assim como dos indivíduos que eram objeto dos comentários depreciativos.

Ainda que nenhuma das censuras pudesse ser aplicada pessoalmente a todos os indivíduos do loteamento, pois a maioria das pessoas não tinha “uma moral baixa”, não brigava, não eram beberronas, nem incapazes de controlar seus filhos, os seus moradores, de modo geral, sentiam-se envergonhados com a alusão a essas má condutas, pois sabiam que se aplicavam a parte de seus vizinhos.

Em sua própria consciência concordavam com a má opinião que os moradores da aldeia possuíam sobre o loteamento e quem residia lá, dessa forma não conseguiam se desvencilhar do sentimento de identificação com o grupo estigmatizado e do sentimento de inferioridade. Morando no mesmo bairro, a

---

<sup>122</sup>ELIAS, Norbert; e SCOTSON, John. L Ibidem, p. 121

censura e a má reputação ligadas a ele, de acordo com as normas do pensamento afetivo, eram-lhe automaticamente aplicadas.<sup>123</sup>

Nessa situação, o estigma social imposto pelo grupo mais poderoso ao menos poderoso costuma penetrar na autoimagem deste último e, com isso, enfraquecendo e desarmando-os.

Os aldeões eram mais unidos que os moradores do loteamento e haviam cerrado fileiras contra estes, sua união conferia força e veracidade a suas declarações sobre os habitantes da Zona 3, por mais que elas destoassem da realidade, os residentes do loteamento não conseguiam retaliar porque não detinham poder.<sup>124</sup>

Nada é mais característico da desigualdade no equilíbrio de poder, do que a recíproca não ser verdadeira. Há a impossibilidade do grupo dos *outsiders* retaliar com termos estigmatizantes equivalentes para se referirem aos estabelecidos, pois não significam nada, não tem o mesmo poder de feri-los.

Os conceitos usados pelos grupos estabelecidos como meio de estigmatização variam conforme as características sociais e as tradições de cada grupo e normalmente não tem sentido fora daquele contexto em que são empregados, mas ferem profundamente os *outsiders*.

Com frequência, os próprios nomes dos grupos que estão numa situação de exclusão trazem em si, implicações de inferioridade e desonra. Expressões como “crioulo”, “gringo”, “carcamano”, “sapatão”, “papa-hóstia”, são exemplos disso.

No outro viés o termo “*playboy*”, em nossa sociedade, utilizado pejorativamente pelos indivíduos das classes pobres da população para se referir aos estabelecidos da classe “A”, ilustra bem esta situação de desigualdade. A alusão não ofende os destinatários do estigma, inclusive é motivo de orgulho entre eles. Quando os termos começam a ser insultuosos é sinal de que as relações de força estão mudando.

---

<sup>123</sup> ELIAS, Norbert; e SCOTSON, John. L. Ibidem, pp.127-130

<sup>124</sup> Ibidem, p.130

### 2.2.3 A Visão Social do Estigmatizado

As expectativas ruins dos normais em relação aos estigmatizados fazem um profundo nexos com os estereótipos, podendo-se afirmar que são conceitos complementares.<sup>125</sup> O estereótipo pode ser confirmado pelas instituições (formais e informais) e transformar-se em desqualificação permanente da pessoa, criando um processo de estigmatização.<sup>126</sup>

A conhecida imagem de cinema ou novela do ladrão, com roupa listrada, gorro, tatuagem, nariz quebrado, induz suspeição de qualquer pessoa com esta característica. Cria-se uma generalização, um estereótipo. Em Winston Parva a conduta desviada de uns poucos habitantes do loteamento, repercutia na visão social que se tinha de todas as pessoas daquele bairro. Os piores defeitos dos piores indivíduos de um grupo *outsider* emprestam sua imagem a todo o grupo.

O cidadão exposto constantemente a uma imagem lombrosiana de delinquente replicada pela mídia, com medo de ser assaltado, fecha o vidro do carro no sinaleiro ao ver um mendigo se aproximar, sem ao menos perceber que ali também há um ser humano.

Ilustrando esta situação, interessante reportagem veiculada na revista Veja, trouxe o caso do americano John Ditullio, assassino que matou 10 pessoas e ao ser julgado pelo 11º crime, teve por parte de sua defesa um pedido bastante peculiar: que fosse maquiado todo dia antes de se apresentar diante do júri.<sup>127</sup>

Com uma suástica num lado do pescoço, um palavrão no outro e desenhos de arame farpado no rosto, o pedido teria o fito de acobertar tais marcas. Segundo afirmação da defesa: “com as tatuagens ele mete medo”, “nenhum jurado vai olhar para John e julgá-lo com imparcialidade”.<sup>128</sup>

---

<sup>125</sup> GOFFMAN, Ibidem, p. 12-13

<sup>126</sup> ELBERT, Ibidem, p. 23

<sup>127</sup> REVISTA VEJA, Ed. Abril, *Seção Justiça*, de 05 de dezembro de 2010, p.106

<sup>128</sup> Idem



O juiz responsável concordou com serviço de maquiagem, por conta do erário, que arcaria com um custo de 125 dólares por sessão, para apagar os, estigmas, que atuariam de forma decisiva na hora de um veredicto imparcial.<sup>129</sup>

As tatuagens resultaram de escolha do réu que no exercício da sua liberdade de expressão marcou seu corpo e fazem parte de sua identidade. Aqui se percebe que o estigma atua num círculo fechado. Foi preciso mascarar a verdadeira identidade pessoal, as marcas de vida, para que uma realidade maquiada pudesse dar vez a um veredicto livre de pré-conceitos. Com ou sem maquiagem, em virtude do estigma o julgamento terá com base versões distorcidas da realidade.

O exemplo nos mostra a força dos estigmas no imaginário das pessoas, não raro é se ter medo de pessoas com aparência desleixada, com a marca da miséria. Desde cedo se aprende esses processos de internalização que tem a finalidade de neutralizar rivais e beneficiar o seu próprio segmento em detrimento dos que são diferentes.<sup>130</sup>

Em seu livro *Estigmas: Um Estudo sobre o Preconceito*, Bacila, chama atenção para a dificuldade que é se concentrar na pessoa do estigmatizado e enxergá-la efetivamente como ela é. Para o autor os conceitos do passado em conjunto com as expectativas do futuro geram focos que não representam o que o ser humano verdadeiramente é. Vemos projeções mentais e até mesmo deixamos de ver alguém.<sup>131</sup>

#### **2.2.4. A Função Social dos Estigmas**

Os grupos dominantes com uma elevada superioridade de forças atribuem a si mesmos como coletividades e também para aqueles que os integram, um carisma característico.

---

<sup>129</sup> REVISTA VEJA, Ed. Abril, *Seção Justiça*, de 05 de dezembro de 2010, p.106

<sup>130</sup> ELBERT. *Ibidem*, p.23-25

<sup>131</sup> BACILA. *Ibidem*, p. 28

Todos os inseridos participam deste carisma, mas há um preço a se pagar. Esta é a recompensa pela submissão às normas específicas do grupo. A satisfação que cada um extrai da participação no carisma grupal e o orgulho em representar uma classe poderosa, compensa a submissão às normas.<sup>132</sup>

Os *outsiders* são tidos como não observantes dessas normas e restrições, essa é a imagem desses grupos entre os estabelecidos. Tanto em Winston Parva como em outros locais, são vistos, coletiva e individualmente como “anômicos”.<sup>133</sup>

O contato mais íntimo com eles é sentido como desagradável e põe em risco as defesas profundamente arraigadas do grupo estabelecido contra o desrespeito às normas e tabus coletivos, de cuja observância depende o *status* de cada um. Entre os estabelecidos cerrar barreiras certamente tem a função social de preservar a superioridade de poder do grupo.<sup>134</sup>

Essa evitação de qualquer contato social mais estreito com os membros do grupo excluído pode-se chamar de “medo da poluição”, como são tidos por anômicos, o contato íntimo com eles faz pairar sobre o grupo estabelecido a ameaça de uma “infecção anômica”. A relação com um *outsider* ameaça o inserido de ter seu *status* rebaixado dentro do grupo estabelecido.<sup>135</sup>

Os estigmas, portanto tem uma função social de manutenção do *status quo* e a fixação de uma escala hierárquica social. Nenhum desses grupos poderia ter se transformado no que era independente do outro.<sup>136</sup>

Nas palavras de Amar a manutenção social de estigmatizados propicia enorme poder de sustentação de classes privilegiadas ou de normais em detrimento dos primeiros (estigmatizados) que recebem tratamento desumano.

---

<sup>132</sup> ELIAS, Norbert; e SCOTSON, John. L, ibidem, pp..24-26

<sup>133</sup> No sentido geral do texto, “anomia” é um estado de ausência, de falta de regras e de ordem, de não estrutura e possuía o sentido normativo de um julgamento moral.

<sup>134</sup> ELIAS, Norbert; e SCOTSON, John. L.Ibidem.p.26

<sup>135</sup> Ibidem, p.27

<sup>136</sup> Ibidem, p.181

Assim pode-se afirmar que a estigmatização opera como neutralização institucional.<sup>137</sup>

O estigma não deixa de representar uma forma de neutralizar o inimigo, portanto pode surtir um efeito paralisante nos grupos de menor poder.<sup>138</sup> Volta-se aqui na fórmula do poder introduzida no começo do capítulo. Imobilizando a força, não há potência.

Os sintomas de inferioridade humana, que os grupos de poder elevado tendem a identificar nos grupos de baixo poder e que servem a seus membros como justificação de seu *status* e valor superior, são gerados nos membros do grupo inferior por sua própria condição de exclusão, pela humilhação e opressão que lhe são concomitantes.<sup>139</sup>

Quando o diferencial de poder é grande e a submissão inelutável, os grupos de *outsiders* se avaliam pela bitola de seus opressores, se veem como tendo menos valor e, vivenciam sua inferioridade de poder como um sinal de inferioridade humana<sup>140</sup>

### 2.3. Outro Lado da Moeda: O Modelo Maycomb

Os estigmas estão na base das desigualdades ao induzirem as pessoas a se enxergarem “sem se olhar no olho”, no entanto, existe um vilão nesta história? Os estabelecidos por seu complexo de superioridade ou os *outsiders* por sua anomia?

Ambos representam polos opostos de uma coisa maior que a soma das partes: o sistema. Os dois papéis tem uma função social bem demarcada e cada qual paga o preço pela posição que ocupa.

---

<sup>137</sup> AMAR, Ayush Morad. *Temas de Criminologia*, São Paulo: Resenha Universitária. 1982, p. 78

<sup>138</sup> Ibidem. p. 27.

<sup>139</sup> ELIAS, Norbert; e SCOTSON, John. L, ibidem, p.28

<sup>140</sup> Idem.

Para os estabelecidos é alto o preço que pagam por sua “nomia”. Estar no poder é estar constantemente com a “*espada de Dâmocles*”<sup>141</sup> sob a cabeça, com medo que possa cair a qualquer momento, por isso temem os *outsiders*, pois tem muito a perder, justificando o tamanho esforço em cerrar fileiras e impor suas regras.

Aprofundando seus estudos, Elias, no *Pós-fácio à edição Alemã de Os Estabelecidos e os Outsiders*, traz outras facetas da relação estabelecidos/*outsiders*, usando agora como base para sua análise um modelo retirado de um romance da escrito pela americana Harper Lee, intitulado “*Who kill de the Mocking Bird?*”, título traduzido para o português como “O Sol é para Todos”<sup>142</sup>.

Baseada nas memórias da autora, trata de uma ocorrência típica em uma comunidade americana dos Estados do Sul, na época de organizações racistas como a *Ku-Klux-Klan*. Em Maycomb, os brancos constituíam o *establishment*, mesmo quando eram pobres e analfabetos.

A história é contada pela filha de um velho advogado branco que aceita a defesa de um jovem negro, acusado de ter violentado uma mulher branca. Convencido de que o negro era inocente, o advogado pretendia se engajar na defesa com seriedade, mesmo sabendo que enfrentaria uma série de hostilidades pelo seu comportamento desviante.<sup>143</sup>

A comunidade branca, percebendo que o acusado tinha uma chance de sair livre, ativou a milícia branca não oficial. Alguns homens encarregados de

---

<sup>141</sup> **DÂMOCLES** era um cortesão bastante bajulador na corte do tirano Dionísio, de Siracusa. Ele dizia que, como um grande homem de poder e autoridade, Dionísio era verdadeiramente afortunado. Dionísio ofereceu-se para trocar de lugar com ele por um dia, para que ele também pudesse sentir o gosto de toda esta sorte, sendo servido em ouro e prata, atendido por garotas de extraordinária beleza, e servido com as melhores comidas. No meio de todo o luxo, Dionísio ordenou que uma espada fosse pendurada sobre o pescoço de Dâmocles, presa apenas por um fio de rabo de cavalo. Ao ver a espada afiada suspensa diretamente sobre sua cabeça, perdeu o interesse pela excelente comida e pelas belas garotas e abdicou de seu posto, dizendo que não queria mais ser tão afortunado. A espada de Dâmocles é uma alusão frequentemente usada para remeter a este conto, representando a insegurança daqueles com grande poder (devido à possibilidade deste poder lhes ser tomado de repente) ou, mais genericamente, a qualquer sentimento de danação iminente. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/D%C3%A2mocles>

<sup>142</sup> ELIAS, Norbert; e SCOTSON, John. L. Ibidem. p.202

<sup>143</sup> Ibidem.p.203

executar a sentença esperada por conta própria, tentaram despistar a polícia local com uma pista falsa, para procurar o prisioneiro em sua cela, tentar convencê-lo a fugir e então matá-lo a tiros. O advogado antecipando essa prática a impediu e o julgamento teve sequência.<sup>144</sup>

A principal testemunha do caso, o pai da vítima, um branco pobre e rude, afirmou em julgamento que ouviu a filha gritar e ao olhar pela janela havia visto o réu sobre ela, que ao correr para a porta, o negro havia fugido e ainda que o rosto de sua filha estava inchado do lado direito. Declarou não ser habituado a bater nela, apesar de a defesa ter provado que ele era canhoto. A vítima, por sua vez, confirmou a versão do pai.

Depois disso chamaram o acusado e, quando ele prestou juramento todos puderam observar que seu braço esquerdo escorregou da Bíblia, mostrando que era aleijado e inutilizado, sendo difícil para o homem violentar uma jovem forte, lhe batendo no lado direito do rosto. O réu fez constar que prestava pequenos serviços na casa da vítima e lá passava todo dia, que na data dos fatos a garota o havia chamado para arrumar uma porta que não estava quebrada e que ela o abraçou, embora tivesse pedido com insistência para que o soltasse.

Apesar de todo o esforço do defensor para absolvê-lo o júri o condenou por unanimidade. O advogado afirmou que recorreria da sentença, mas pouco tempo depois os jornais noticiavam que ele havia sido morto tentando fugir, desesperado.<sup>145</sup>

Segundo as conclusões de Elias os homens que pretendiam matar o negro, não fizeram isso porque no fundo de seus corações sabiam que ele era inocente, mas sim porque estavam profundamente convencidos de que ele era culpado.

Os fatos pouco importavam para eles, o problema não era se um negro tinha tido relações consentidas ou não com uma mulher branca, era a ideia da mistura entre brancos e negros.

---

<sup>144</sup> ELIAS, Norbert; e SCOTSON, John. L. Idem

<sup>145</sup> Ibidem. p. 204

Aos olhos deles era uma ferida tão grande na ordem social que qualquer um merecia ser castigado mesmo que pesasse sobre ele apenas a suspeita. Dormir com mulheres brancas era um dos mais importantes privilégios dos homens brancos e se começassem a aceitar retalhos nesse privilégio, logo toda a estrutura estaria esmigalhada e destruída.<sup>146</sup> Era o medo irracional que os brancos tinham de perder seu *status* que os fazia agir desta forma, não porque eram seres humanos ruins.

Em Maycomb diferente de Winston Parva, havia uma grande diferença de classes entre os brancos, mas nenhum deles tinha um status tão baixo que não mobilizasse os sentimentos dos *establishment* local.

Para os brancos que eram tão ou mais pobres que alguns dos negros, a única variável que lhes garantia alguma dignidade e reconhecimento social era sua cor. Admitir que fossem iguais seria se igualar em indignidade.

O modelo Maycomb mostra um novo aspecto da relação estabelecidos/*outsiders*. A estigmatização não apenas como forma de manter poder, mas como defesa da dignidade.

## 2.4. Estigmas como Unidade Jurídica

Foi visto no primeiro capítulo que o reconhecimento da capacidade jurídica de uma unidade, para alguns autores, depende do grau de institucionalização ou organização social, para outros da existência de um controle social a moldar as condutas desejáveis.

No campo da autonomia Moore descobriu campos sociais que apesar de “semiautônomos”, produziam normas próprias, eficazes para induzir comportamentos, mesmo coativamente, por meio de instrumentos e sanções consideradas legítimas por aqueles a quem se aplicavam, sendo identificados não por suas organizações, mas por sua característica processual de gerar regras e impor submissão a elas.

---

<sup>146</sup> ELIAS, Norbert; e SCOTSON, John. L. *Ibidem*.pp.203-205

Em Winston Parva, Maycomb e também em tantos outros lugares, é possível vislumbrar que a relação entre estabelecidos e *outsiders*, existente em todo agrupamento onde haja uma pluralidade de comunidades éticas, traz o estigma como uma verdadeira unidade jurígena, sob o prisma de qualquer uma das teorias que se venha adotar para reconhecer a capacidade de produção do Direito. Trata-se uma “instituição” autônoma, organizada, com autêntico sistema normativo e refinado controle social.

Por traz do preconceito e discriminação há o estigma, gerando direitos, ainda que distorcidos, decidindo como será o acesso de cada um dentro da comunidade, legitimando o poder, criando linguagem e conceitos que serão incorporados nas próprias legislações dos diferentes grupos humanos.

Enquanto universos simbólicos reverberam na interpretação, aplicação e consequente concretização dos Direitos. No exercício hermenêutico dos interpretes da lei verificamos a atuação das já comentadas meta – regras ou *basic rules*, que são mecanismos psíquicos de natureza emocional atuando na mente do interprete e têm base sobre relações de poder (e de propriedade) entre grupos e sobre as relações sociais de produção.<sup>147</sup>

Os estigmas têm influenciado toda humanidade, ora atuando diretamente sobre a legislação, ora decidindo como será aplicado o Direito.<sup>148</sup> Neste sentido Cruet ensina que os textos, com efeito, nunca formam uma rede bastante cerrada, nem bastante firme para impedir os costumes dos poderosos de fazerem prevalecer tacitamente contra a Constituição regular uma “Constituição” oculta que a excede e pode desnaturá-la.<sup>149</sup>

---

<sup>147</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, p. 105.

<sup>148</sup> BACILA, Ibidem, p. 19

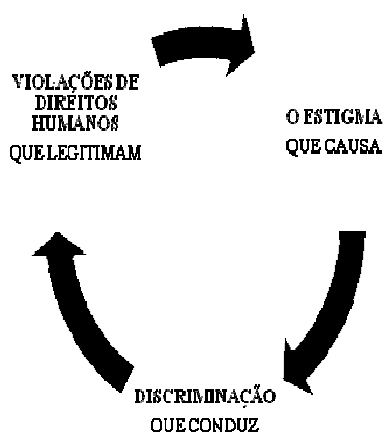
<sup>149</sup> CRUET, Jean, *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis*. 2ª ed., São Paulo: Leme, 2003, p. 70.

### 2.4.1. O Ciclo de Estigma

A sociodinâmica da estigmatização demonstra que o estigma, o preconceito e a discriminação estão relacionados de forma que se reforçam e se legitimam mutuamente.

Os estigmas constituem a raiz dos atos discriminatórios que violam direitos humanos, ao induzir as pessoas, muitas vezes de forma inconsciente, a realizar ações ou omissões que negam o direito dos demais, pois geram o preconceito.

Um estudo realizado pela Universidade de Londres para a ONU sobre as violações de direitos humanos contra os indivíduos portadores do HIV verificou a existência de um ciclo de estigma, que pode ser representado pelo seguinte diagrama<sup>150</sup>:



Este ciclo aonde o estigma gera preconceitos que conduzem a violações de direitos que acabam legitimando o estigma, é um problema real que os operadores do Direito têm enfrentado na busca da concretização da Igualdade.

A questão da identificação dos cotistas nos programas de ações afirmativas em universidades públicas brasileiras é um exemplo disso. Enquanto há o receio de que a identificação possa formar guetos nos ambientes universitários e fomentem as discriminações, a não identificação por sua vez

<sup>150</sup>AGGLETTON, Peter, WOOD, Kate e MALCOLM, Anne. *HIV – Related Stigma, Discrimination and Human Rights Violations: Case Studies of Successful Programmes*, UNAIDS, Londres, 2005, p. 11.



violaria o direito à informação e à publicidade dos atos administrativos. Nesta situação, ou se reforça o estigma ou se viola direitos.<sup>151</sup>

Outro caso pertinente e ainda mais perigoso é retirado de recentíssima Sentença<sup>152</sup> proferida pelo Juízo da Segunda Vara do Trabalho de Ponta Grossa Estado do Paraná, onde a empresa Reclamada foi condenada a pagar uma indenização por danos morais no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por ter anotado na CTPS do autor informação de que a rescisão havia se dado em Juízo.

O fundamento para a reclamação se pautou no fato de que a nota podia deixá-lo estigmatizado por ter buscado seus direitos na Justiça, o que poderia prejudicá-lo sobremaneira na hora de encontrar outro emprego.

A Juíza do caso reconhecendo a notória intolerância das empresas aos empregados que ajuízam Reclamatória Trabalhista, deu provimento ao pedido do Reclamante usando como fundamento o artigo 29 § 4º da Consolidação das Leis Trabalhistas que dispõe ser vedado ao empregador efetuar anotações *desabonadoras* à conduta do empregado em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social e uma vez estabelecido o ato ilícito com fulcro no artigo 927 do Novo Código Civil Brasileiro condenou a empregadora a indenizar o dano.

São as palavras da Magistrada:

Ressalto que a anotação realizada pela reclamada significa para os futuros empregadores do autor que este é *questionador e indigno de confiança*, o que restringe, por óbvio, as suas oportunidades de emprego.

No caso foi o próprio exercício do Direito que levou ao estigma. Uma situação paradoxal, uma vez que só se pode falar em Justiça em uma sociedade onde o exercício do Direito é visto como algo positivo, uma conduta a se desejar do cidadão que vive em um Estado Social e Democrático.

---

<sup>151</sup> MALISKA, Marcos Augusto. *A identificação dos cotistas entre o direito a informação e o direito a não discriminação negativa, reflexões a partir dos programas de ações afirmativas em universidades públicas brasileiras*, Doutrina Nacional, Direitos fundamentais e justiça n° 2, 2008, p. 181

<sup>152</sup> O texto integral da sentença em apreço se encontra no anexo I deste trabalho.

Os caminhos que levaram a interprete da lei a reconhecer o dano não encontram amparo na razoabilidade, mas nos estigmas.

O artigo 29 § 4º da CLT é claro no sentido de proibir anotações desabonadoras. A questão que se coloca então é: de quem foi a conduta desabonadora? Da empresa porque não pagou devidamente os direitos trabalhistas do empregado ou deste porque que foi à Justiça postular pelos seus Direitos?

A sentença é completamente ambígua e contraditória, pois ou condena a Reclamada a uma indenização por danos decorrentes de uma anotação que desabona sua própria conduta (punindo a autolesão) ou reconhece peremptoriamente que exercer direitos é desabonador e indigno.

A Magistrada na tentativa de proferir uma decisão bem intencionada e pautada na triste realidade das relações trabalhistas acabou por lançar o estigma sobre o próprio Direito, blindando desta forma o ciclo.

Além de atuarem em um circulo vicioso que conduz a violações sistemáticas de direitos humanos, os estigmas frequentemente estão relacionados entre si, gerando discriminações diversas. Um estigmatizado pela raça pode também sê-lo em razão da pobreza, de ser mulher ou adepto a tal religião,<sup>153</sup> um verdadeiro concurso de estigmas, cerrando inúmeras fileiras ao acesso a um bem que quando negado, não resta nenhum outro: a Dignidade da pessoa Humana.

---

<sup>153</sup>BACILA, ibidem, p. 150-176

### CAPÍTULO III - A MATERIALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM UM MUNDO DE ESTIGMAS

Os estigmas enquanto formas geradoras de juridicidade estão presentes até mesmo nas Cartas mais generosas e comprometidas com os direitos fundamentais como é a Constituição “Cidadã” de 1988.

Tem-se como exemplo, o artigo 3º, III, onde declara os objetivos de erradicar a pobreza e as desigualdades. O constituinte ao enfatizar determinadas categorias ou determinados grupos que são considerados minorias ou coletividades específicas, faz referência a elas para chamar a atenção, porque, na verdade, sua intenção é vedar toda a forma de discriminação.<sup>154</sup>

Qualquer do povo ao ler ao artigo 3º, III da Constituição não iria discordar do legislador, pois é geral o entendimento de que a pobreza é um mal que deve ser combatido, uma vez que é condição de vida que conduz a violações de direitos humanos. No entanto isto acaba por legitimar o estigma sofrido pelos pobres que por sua própria condição estrutural, apresentam-se como “anômicos” em relação à “boa sociedade”, e dela destoando, passam a ser discriminados, pois são vistos como um problema social. A atuação do ciclo de estigma é perceptível mesmo em um artigo tão bem intencionado.

Ser pobre é uma condição individual e contrapõe-se visceralmente ao viver na miséria, que é uma condição estrutural, trata-se do direito de não acumular riqueza e ainda sim viver uma vida digna. O ideal de ser rico, inculcado na mente da maioria das pessoas, tem sua origem na ideologia burguesa, onde a felicidade confunde-se com a reunião do maior número possível bens voluptuários.

---

<sup>154</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes, *A proteção das Minorias no Direito Brasileiro, Seminário Internacional As Minorias e o Direito*, Série Cadernos do CEJ, vol. 24, editora UNB, 2003, p. 86

Essa perspectiva de vida baseada no consumismo é julgada necessária pelo comércio e indústria, cuja propaganda, materialmente de alta qualidade, induz a todos a perseguir a felicidade através de bens materiais.<sup>155</sup>

Esse pensamento não é só dos ricos mas também dos pobres, criando o pior dos preconceitos: do estigmatizado contra ele mesmo. Internalizando o rótulo não se vê como igual e ajuda a cerrar barreiras contra si próprio. Nem todo pobre vive em condição de indignidade, mas por causa do estigma, em seu íntimo a miséria é grande.

### 3.1. Um Direito Permeado de Estigmas

Os estigmas como forma afirmar e legitimar o *status quo* de determinadas classes em detrimento de outras estão presentes desde as primeiras codificações de que se tem notícia.

O Código de Hamurabi<sup>156</sup>, a primeira legislação que se conhece na íntegra, deixou de forma indelével sua marca na história do direito por conter a lógica do talião e representa os rudimentos da ideia de igualdade, pois trazia um critério, até então desconhecido pela humanidade, o da proporção.

Nesta legislação os estigmas eram evidentes e justificavam o tratamento jurídico diverso, para os estigmatizados serão os rigores da lei.<sup>157</sup> Conforme se pode perceber examinando alguns de seus artigos. Artigo 196: “Se um homem destruiu um olho de outro homem, destruirão seu olho”. Artigo 197: “Se quebrou o osso de um homem, quebrarão o seu osso.” Artigo 198: “Se destruiu o olho de um homem vulgar ou quebrou seu osso, pesará uma mina de prata”.<sup>158</sup>

Os privilégios dos poderosos eram aceitos normalmente. A sociedade antiga legitimava a diferenciação entre ricos e pobres como pessoas de valor

---

<sup>155</sup> ALMEIDA, Fernando Barcellos. *Teoria Geral dos Direitos Humanos*. Sérgio Antônio Fabris Editor. 1996. p. 99

<sup>156</sup> BACILA, Ibidem. p. 60

<sup>157</sup> Idem. p. 60

<sup>158</sup> DEMO, Wilson. *Manual de História do Direito*. Florianópolis. 2010. p. 20.

distinto e não se preocupava em igualar os desiguais. Em princípio adotava-se a desigualdade fundamentando-a nas leis, propiciando privilégios a quem detivesse poder e riqueza.

Desta forma a história dos estigmas se funde com o desenvolvimento do princípio da Igualdade, uma vez que a sua evolução é resultado das lutas de classes oprimidas e estigmatizadas contra os resultados caóticos do desequilíbrio.

### **3.1.1. O Princípio da Igualdade: Breve Histórico**

Em um mundo globalizado que se afirma cada vez mais como pluralista, as comunidades éticas, com seus costumes e diferentes visões de mundo, divergem entre si, quanto ao conteúdo e hierarquia dos valores que elegem como máximos.

Para impor suas regras, declarar sua supremacia e manter o *status quo*, lançam estigmas uns sobre os outros, num processo de luta, onde a noção de inclusão é gerada pela existência da exclusão, sendo dela indissociável. O par igualdade/desigualdade segue a mesma lógica dos estabelecidos/*outsiders*, normal/anormal, onde em cada dupla, um conceito conforma o outro.

Como pensar o princípio da Igualdade, num mundo verdadeiramente igual? Em não sendo a desigualdade um problema, o grupo pararia para pensar em Igualdade? Talvez para uma civilização com tamanho refinamento a prática fosse tão intrínseca a ponto de passar despercebida.

O ideal de Igualdade se desenvolve e vai se conformando à medida que as desigualdades se materializam na prática. Avançando e recuando sempre dentro de uma temporalidade específica.

Desde que o homem se agrupou, constituindo tribos, seus membros, já necessitava estabelecer critérios para o compartilhamento dos bens e utilidades da vida, fazendo concessões recíprocas para manutenção da integralidade da

comunidade. Nessa fase histórica, o princípio da Igualdade apenas é extraído das condutas humanas, sem qualquer tônus de formalização.<sup>159</sup>

O entendimento de que todos os homens têm direito a serem respeitados, em razão da igualdade essencial entre todos os seres humanos, nasceu juntamente com a lei escrita, considerada regra geral e uniforme, aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada. Os judeus defendiam o caráter sagrado da lei escrita, que era adotada como manifestação da própria divindade. Para os atenienses, a lei escrita representava o grande antídoto contra o arbítrio governamental.<sup>160</sup>

Coube à filosofia grega aprofundar a ideia de natureza comum a todos os homens. Boécio, no século VI, definiu a pessoa não como uma exterioridade, mas pela própria substância do homem. Foi a partir desse conceito que se iniciou a elaboração do princípio da igualdade de todo o ser humano, apesar das diferenças externas de ordem biológica ou cultural. Essa igualdade de essência das pessoas forma o núcleo do conceito universal dos direitos humanos.<sup>161</sup>

Foi Platão inicialmente na obra “A República”, que pregou a igualdade de oportunidades para superação das desigualdades sociais, equacionando-a com os ideais de justiça e democracia. Para Platão a igualdade proporcional seria a própria justiça. Tratando, ainda, de distinguir a igualdade absoluta, quantitativa ou numérica, da igualdade relativa, meritória ou qualitativa.<sup>162</sup>

Discípulo de Platão, Aristóteles pregava uma desigualdade natural entre os homens, defendia a igualdade de forma proporcional, partindo do pressuposto de que se as pessoas não são iguais não devem receber coisas iguais. Para o filósofo, a igualdade mescla-se a ideia de justiça ao conceder algo a cada um de acordo com seus méritos e de exigir de cada um aquilo que sua capacidade e possibilidade permitiam:

---

<sup>159</sup> ALBUQUERQUE, Martins de. *Da Igualdade. Introdução à Jurisprudência*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.p.87

<sup>160</sup> Idem

<sup>161</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p.12

<sup>162</sup> Ibidem. p.12-15

A justiça é uma espécie de meio-termo, porém não no mesmo sentido que as outras virtudes, e sim porque se relaciona com uma quantia ou quantidade intermediária, enquanto a injustiça se relaciona com os extremos. E justiça é aquilo em virtude do qual se diz que o homem justo pratica, por escolha própria, o que é justo, e que distribui, seja entre si mesmo e outro, seja entre dois outros, não de maneira a dar mais do que convém a si mesmo e menos ao próximo (e inversamente no relativo ao que não convém), mas de maneira a dar o que é igual de acordo com a proporção; e da mesma forma quando se trata de distribuir entre duas outras pessoa.<sup>163</sup>

Constata-se, que Aristóteles deu início à formação do moderno conceito de igualdade material, que consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das desigualdades.

Jesus Cristo concretiza a ideia de igualdade universal ao afirmar que as pessoas foram criadas à imagem e semelhança de Deus. No entanto, essa igualdade só valia efetivamente no plano sobrenatural, já que o cristianismo admitiu ainda por muitos séculos a escravidão, a desigualdade entre homens e mulheres e entre os povos.

Principalmente nas figuras de Santo Agostinho e Santo Ambrósio, a Igreja contribuiu no sentido da igualdade natural entre os homens, classificando como vícios o poder político e a escravatura. De modo geral, reconheceu a transcendentalidade de alguns direitos, que estariam acima do direito positivo e da vontade dos déspotas, já que manifestação da autoridade divina. Dentre esses direitos, estaria a igualdade.<sup>164</sup>

Transformações sociais desencadeiam a gênese do Estado Moderno e o declínio do sistema feudal. Surge, a moeda, o comércio, há o aparecimento das cidades, e a burguesia emerge como a nova classe social. Logo sobrevém a Revolução Industrial e os burgueses, enriquecidos culturalmente, reivindicam, de uma forma conveniente à classe o tratamento igualitário a todos.

---

<sup>163</sup> ARISTÓTELES, *Uma ética para Nicômano*. Trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Rosá. Col. Os pensadores. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1973.p.05

<sup>164</sup> COMPARATO, *Ibidem*, 2008, p.19

Quando surge a sociedade de classes, canonizando juridicamente o princípio liberal da igualdade de todos os cidadãos, este não pretende a anulação completa das iniquidades, apenas não as contempla, firmando assim uma igualdade formal que se limita a desconhecer as desigualdades reais.<sup>165</sup>

Não se cogitava uma igualação genericamente assentada, mas a ruptura com uma situação em que prerrogativas pessoais decorrentes de artifícios sociais impõem formas despóticas e acintosamente injustas de desigualação. Estabeleceu-se, então, um Direito que se afirma fundado no reconhecimento da igualdade entre os homens, em sua dignidade, em sua condição essencial de ser humano. Positiva-se o princípio da igualdade, onde lei será aplicada igualmente a quem sobre ela se encontre submetido.<sup>166</sup>

Desta forma a real evolução do princípio da igualdade ocorreu a partir do constitucionalismo moderno, adotado no final do século XVIII pela maioria dos Estados, que firmaram declarações de direitos fundamentais do homem, limitando o poder estatal, inspirados na crença da existência de direitos naturais e imprescritíveis inerentes aos seres humanos.

A primeira declaração de direitos desse período é a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 12 de junho de 1776, que em seu parágrafo 1º reconhece a igualdade entre todos os seres humanos:

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.

Na Carta do Bom Povo da Virgínia, o princípio da igualdade foi tomado de tanta importância como sendo *conditio sine qua non* para o exercício dos demais direitos fundamentais. A Constituição da Virgínia foi seguida pela Carta

---

<sup>165</sup> MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia Jurídica*. 6ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 1987.

<sup>166</sup> ROCHA, Ibidem, 2003, p. 35



da Pensilvânia no mesmo ano, pelas Cartas da Carolina do Norte (abolição de privilégios) e de Massachusetts (igualdade de nascimento), no ano de 1780 e pela Constituição dos Estados Unidos da América data de 1787 (proibição de distinções).<sup>167</sup> Segundo as constituições americanas os homens nasceriam livres e iguais, os privilégios e as distinções somente subsistiriam conforme o interesse público.<sup>168</sup>

Essa ideia foi reforçada posteriormente na Revolução Francesa, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que em seu artigo primeiro que estabelece que "os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos".

O caráter universal das ideias revolucionárias francesas foi, em pouco tempo, difundido para outros continentes. A igualdade representou o ponto central do movimento revolucionário, com fundamento neste ideal foram extintas as servidões feudais, proclamou-se a emancipação dos judeus, a abolição de todos os privilégios religiosos e ainda proibiu-se o tráfico de escravos nas colônias.

Na Evolução do Estado Moderno Absolutista até o Estado Social Democrático de Direito, o progresso do princípio da igualdade passou por três etapas. A primeira a regra era a desigualdade (Estado Moderno Absolutista); a segunda, a ideia de que todos eram iguais perante a lei que devia ser aplicada indistintamente aos membros de uma mesma camada social (Estado Liberal); e na terceira, a lei deve ser aplicada respeitando-se as desigualdades dos desiguais ou de forma igual aos iguais (Estado Social Democrático de Direito).<sup>169</sup>

A igualdade formal prevaleceu no Estado Liberal, que possuía como características a garantia dos direitos individuais, a ausência de previsão de direitos sociais nos textos constitucionais, a não intervenção do Estado no

---

<sup>167</sup> COMPARATO, *ibidem*, 2008, p. 99-106

<sup>168</sup> ALBUQUERQUE, Martins de. *Da Igualdade. Introdução à Jurisprudência*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 47

<sup>169</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 32

domínio econômico, positivação do princípio da legalidade, da separação de poderes e da liberdade contratual.

A burguesia, consciente de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade, pois seria contrário a seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assentava a democracia liberal burguesa.<sup>170</sup>

No entanto, essa garantia da igualdade de todos perante a lei revelou-se inútil para os trabalhadores das empresas capitalistas, que não recebiam tratamento digno e estavam cada vez mais pobres. O que fez com que se organizassem para que fossem garantidos seus direitos.

Os direitos sociais só vieram a ser reconhecidos como fundamentais nas, já citadas, Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, mesmo ano em foi criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a partir daí a proteção do trabalhador assalariado passou a ser objeto de regulação convencional entre diferentes Estados.<sup>171</sup>

Neste momento histórico, ocorre nova evolução na organização do Estado, onde os direitos políticos, econômicos e sociais passam também a ter eficácia positiva no sentido de obrigar o Estado a intervir na atividade privada para proteger determinados grupos de indivíduos, considerados vulneráveis. O papel do Estatal, que anteriormente era de mero expectador da sociedade, se transforma para que se torne o protagonista, com o objetivo de realizar a justiça social, através de uma fórmula de Igualdade que possa trazer resultados concretos na prática.

---

<sup>170</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 214

<sup>171</sup> RAMOS FILHO, Ibidem, 2011. pp.154-156

### 3.1.2. A Evolução da Igualdade nas Constituições Brasileiras

No Brasil, as segregações sempre foram juridicamente justificadas e traziam a desigualdade na própria disposição normativa, que era fonte de privilégios e de perseguições.

A Carta de 1824, somente em seu último Título, especificamente no artigo 179, incisos XIII, XIV e XVI é que trata do princípio da igualdade. Tais incisos previam que todo o cidadão podia ser admitido aos cargos Públicos Civis, Políticos, ou Militares, sem outra diferença, além dos talentos, e virtudes; que os impostos seriam proporcionais à renda e aboliu os privilégios que não fossem essenciais e inteiramente ligados aos cargos, por utilidade pública.<sup>172</sup>

A Constituição de 1891 ampliou o rol de direitos individuais bem como estendeu seu alcance, conforme se depreende do disposto no seu artigo 72, inserido no Título IV, Seção II, “Declaração de Direitos”. Resguardou a liberdade, segurança individual e propriedade, tanto dos brasileiros como dos estrangeiros.<sup>173</sup>

No parágrafo segundo do supracitado artigo trouxe a célebre fórmula da igualdade: “Todos são iguais perante a lei”, extinguindo, dessa forma, os títulos de nobreza e privilégios monárquicos, em contemplação a uma igualdade efetiva, já que as relações entre indivíduos (e não apenas cidadãos) e Estado já não teriam como critérios de distinção fatores externos, como a origem e a posição social.<sup>174</sup> Na visão de Karl Lowenstein esta foi uma Constituição semântica, pois o que ela disciplinava não encontrava respaldo na realidade.

Em 1934 introduziu-se no Brasil uma mudança paradigmática em relação à atuação do Estado de Direito, até então eminentemente liberal, promotor das liberdades individuais, e não intervencionista, que rumou no sentido de uma atuação efetiva e limitadora dessas liberdades, com o precípua escopo de

---

<sup>172</sup> Constituição Brasileira de 1824, Título 8

<sup>173</sup> ATCHABAHIAN, Serge. *Princípio da Igualdade e Ações Afirmativas*. 2 ed. São Paulo: RCS, 2006.p.65

<sup>174</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 329

promover o bem comum ou, ao menos, reduzir, formalmente, os desníveis econômicos imperiosos no início do século XX. Acompanhando o movimento internacional iniciado com a Constituição de Weimar de 1919 e a Constituição Mexicana de 1917.

Denota-se que a igualdade, pela primeira vez, transpôs os limites da subjetividade do intérprete e legislador, classistas, e passou a enveredar a promoção da igualdade real e efetiva.

Embora as medidas fossem predominantemente de cunho econômico, destinadas a limitar as relações de trabalho a finalidade do constituinte foi reduzir as desigualdades sociais, através da promoção da justiça e do bem-estar, conforme dispunha o preâmbulo da Carta, deve-se admitir, todavia, que a eficácia e a juridicidade dos direitos sociais no tocante a concretização permaneceu a maior parte do tempo como utopia jurídica, em razão dos abalos ideológicos, interesses contraditórios e influências fascistas.<sup>175</sup>

A Constituição de 1937 foi outorgada pelo regime ditatorial de Getúlio Vargas e tinha as características necessárias para a manutenção da ditadura. Há um recuo na Igualdade.

A Carta de 1946 foi uma Constituição de ruptura, promulgada como superação ao regime ditatorial vigente, resultado da derrocada dos regimes nazistas e fascistas. Houve fortalecimento dos poderes Legislativo e Judiciário, instituindo como nova garantia, a provocação do Poder Judiciário no caso de afronta a direitos fundamentais.<sup>176</sup>

Em 31 de março de 1964 as forças armadas a, sob o argumento de manutenção do Estado Democrático de Direito, tomam o poder e constitucionalmente, institucionalizam o regime militar.

Nas Constituições de 1967 e 1969 houve reprodução dos direitos e garantias já assegurados anteriormente. Todavia, vários dos direitos humanos constitucionalizados tiveram eficácia restringida por emendas constitucionais,

---

<sup>175</sup> BONAVIDES, *Ibidem*, 2000. p. 334

<sup>176</sup> ATCHABAHIAN, *Ibidem*, 2006, p. 71.

promulgadas aos dissabores da necessidade do Regime, dentre elas a suspensão da impetração de *habeas corpus*.<sup>177</sup>

### 3.2. A Constituição de 1988: Uma Nova Perspectiva de Igualdade

A Constituição de 1988, nascida depois de um longo período de ditadura, é considerada a mais democrática que o Brasil já teve, fruto de ampla mobilização da sociedade, que viu no constituinte a possibilidade de reconstruir um novo país e procurou se afastar de uma visão formalista e abstrata da realidade.<sup>178</sup> Consagrando a Igualdade como o princípio mais elevado e comentado. Dispõe o preâmbulo dessa Carta, que o Brasil é:

(...) um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...).

Houve, em relação às Constituições anteriores, uma inversão na ordem de prioridades instituídas pelo Estado Democrático, pois pela primeira vez, os direitos e garantias fundamentais foram colocados à frente da organização do Estado, e o princípio da igualdade abre esse extenso rol.

A igualdade meramente formal deve, agora, por força do cunho principiológico e vinculativo do preâmbulo da Constituição, ser interpretada de forma a harmonizar o conteúdo normativo dos dispositivos constitucionais com as finalidades albergadas pelo constituinte.

Ainda que exista um entendimento doutrinário e jurisprudencial quanto à inexistência de um cunho normativo ou efeito jurídico imediato no preâmbulo da Constituição Federal, este deve ser entendido como uma certidão de origem e legitimidade do novo texto e uma proclamação de princípios, e assim sendo,

---

<sup>177</sup> ATCHABAHIAN. *Ibidem* p. 73.

<sup>178</sup> MALISKA, Marcos Augusto. *Cotas Raciais no Ensino Superior Entre o Jurídico e o Político*. Curitiba, Juruá Editora, 2008, p. 63

verdadeiro parâmetro interpretativo e integrativo dos dispositivos que lhes são subsequentes.<sup>179</sup>

Considerando que o Poder Constituinte Originário declarou expressamente serem os objetivos do Estado de Direito, a eliminação das desigualdades sociais e do preconceito, impõe-se ao intérprete e ao próprio legislador uma atuação positiva na busca da redução das desigualdades.

Houve, assim, uma maximização do conteúdo ontológico do princípio da Igualdade, especificamente no tocante à promoção da igualdade substancial. Neste sentido Maliska enfatiza o fato de que por força do artigo 3º, III da Constituição a mera omissão do Estado em não fazer políticas compensatórias implica inconstitucionalidade por omissão do legislador ordinário. Não se tratando de discricionariedade do poder público em realizar ou não realizar as medidas compensatórias, mas de um poder dever imposto pela Constituição ao Estado enquanto presente a discriminação real.<sup>180</sup>

Outros dispositivos constitucionais exprimem essa nova perspectiva interpretativa, como o artigo 5º, *caput*, que não se limita a promover a igualdade formal, expressa nas diretrizes de que “todos são iguais perante a lei”, porque, mais adiante, garante aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, direito à igualdade. Evidentemente que a norma não traz a lei palavras inúteis e, sendo a igualdade formal devidamente assegurada no início do dispositivo, não haveria necessidade de repeti-la fosse o mesmo conteúdo.

O constituinte foi ainda mais enfático, porque a vedação à discriminação se restringe à negativa, mas em vários dispositivos se vale de discriminações positivas, objetivando aproximar grupos marginalizados de grupos dominantes, ou contemplar determinado caractere pessoal em razão de um fim superior: a promoção da Igualdade material.

A constatação e assimilação pelo constituinte, das desigualdades é a negação do primado clássico da igualdade perante a lei, trata-se agora de uma

---

<sup>179</sup> MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 20 ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2006.p. 38

<sup>180</sup> MALISKA, Marcos Augusto. *Cotas Raciais no Ensino Superior Entre o Jurídico e o Político*. Curitiba, Juruá Editora, 2008, p. 63

igualdade através da lei, buscada por meio da regulação diferenciada das situações desiguais.<sup>181</sup>

### 3.2.1 Igualdade Material: Uma Questão de Acesso

As lutas sociais do início do século XX, as mudanças paradigmáticas ocorridas a nível mundial após a Segunda Guerra, a Globalização, o Multiculturalismo, as Constituições Sociais, e muitos outros fatores modificaram a visão, até então formal de Igualdade, era preciso que na prática se reduzisse de fato as desigualdades.

Imperiosa se fazia a adoção de uma concepção substancial de igualdade, que leva em conta em sua operacionalização não apenas certas condições fáticas e econômicas, mas certos comportamentos inevitáveis da convivência humana, como é o caso da discriminação, que não basta proibir para a se ter a efetividade do princípio da igualdade.<sup>182</sup>

Segundo os ensinamentos de Flores, o acesso a bens materiais e imateriais exigíveis para uma vida digna, insere-se num processo que faz com que uns tenham mais facilidade para obtê-los e que para outros seja mais difícil ou, até mesmo impossível.

Segundo a posição que se ocupa nos processos de divisão social, sexual, étnica e territorial do fazer humano, é que se terá maior ou menor acesso.<sup>183</sup> O princípio da Igualdade material tem como escopo a ideia de que todas as pessoas são iguais em dignidade, então a interpretação da lei deve comportar temperamento, ao admitir diferenciações, pois no conceito de justiça inclui-se o tratamento desigual na medida dessas desigualdades. O que se veda, em verdade, são discriminações arbitrárias e sem razão plausível.

---

<sup>181</sup> MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*, Fabris, Porto Alegre, 2001, p. 170 - 171

<sup>182</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa – O conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica*, in Revista Trimestral de Direito Público n° 15/85, p. 86

<sup>183</sup> FLORES, Ibidem. p.32

A igualdade deve operar tanto no sentido de se tornar uma vedação ao legislador na edição de leis que possam criar privilégios entre pessoas que se encontram em situação idêntica, como deve ser considerada uma regra de interpretação para o operador do direito, que deverá aplicar a lei e os atos normativos de forma igualitária, ou seja, sem distinções, se estiver diante de pessoas em situações iguais.

Além disso, o princípio exerce uma função limitadora perante os particulares, que não poderão praticar condutas discriminatórias, sob pena de responsabilidade civil e penal, nos termos da legislação vigente.

No entendimento de Benevides a Igualdade é sempre uma dimensão social, não individual e ao contrário da Liberdade, ocorre sempre dentro de um grupo social, ou entre grupos sociais e não entre indivíduos isoladamente considerados.<sup>184</sup>

Para a autora, podem ser identificadas quatro dimensões na Igualdade democrática:

A igualdade formal que é um pressuposto da aplicação concreta da lei, quer proteja, quer puna, a esta dimensão os gregos chamavam de isonomia. A igualdade do uso da palavra, ou da participação política, que os gregos chamavam de isegoria. A igualdade que decorre, num paradoxo, aparente, do direito à diferença, ou seja, que todos têm de preservar sua identidade, bem como exigir tratamento específico em atendimento a necessidades singulares dessa identidade e por fim a igualdade de condições socioeconômicas básicas, para garantir a dignidade humana, desconhecida dos gregos antigos e, resultado das revoluções burguesas, mas, principalmente, das lutas do movimento operário e socialista nos séculos XIX e XX.<sup>185</sup>

Falar em igualdade material é falar em promoção de acesso nestas quatro dimensões. Em um mundo de estigmas é preciso instrumentalizar as minorias

---

<sup>184</sup> BENEVIDES, Maria Victoria, *Democracia de iguais mas diferentes* in *Mulher e política – Gênero e feminismo no Partido dos Trabalhadores*, org por Angela Borba, Nalu Faria e Tatau Godinho, São Paulo. Editora Fundação Perseu Abramo, 1998. p.134

<sup>185</sup> Idem



para sejam capazes de romper as barreiras impostas pelo estigma e preconceito, assim surgem políticas afirmativas, conhecidas como discriminações positivas.

### 3.3. Discriminação Positiva

Promover o acesso de “diferentes desiguais” à Igualdade que se apresenta em quatro dimensões é uma tarefa complexa. Desta feita, as medidas de discriminação positiva, surgem para tentar corrigir as desvantagens que sofrem os grupos socialmente vulneráveis através da instituição de políticas compensatórias que estimulam a igualdade de tratamento e de oportunidades.

Aqui volta a fazer sentido a formula do poder ( $P = F \cdot v$ ). Essas ações, tem por finalidade aumentar a velocidade de acesso das minorias, gerando empoderamento (potência), acelerando historicamente a igualação.

Essa ideia também traz a lógica matemática aprendida nos bancos escolares do ensino fundamental, onde mais com mais é igual a mais, menos com menos é igual a mais e o mais com menos sempre igual a menos. A discriminação (-) com a discriminação (-) positiva resultaria (=) em igualdade (+).

O sentido primário do princípio da Igualdade é negativo, consistindo na vedação de privilégios e discriminações. O sentido positivo apareceria da necessidade de equilibrar as situações de desvantagem diante de privilégios que são situações de vantagem não fundadas. As ações afirmativas seriam situações de vantagem fundadas. Desigualdades (-) de direito em consequência das desigualdades (-) de fato e tendentes a superação destas (+)<sup>186</sup>

O país que difundiu a adoção das políticas sociais denominadas afirmativas foi os Estados Unidos da América. A expressão, *ação afirmativa* foi utilizada pela primeira vez numa ordem executiva federal norte-americana num pronunciamento do Presidente Lyndon Johnson, no dia 04/06/1965, quando

---

<sup>186</sup> MALISKA, Marcos Augusto. *Cotas Raciais no Ensino Superior Entre o Jurídico e o Político*. Curitiba, Juruá Editora, 2008, p. 66

indagou se todos ali eram livres para competir com os iguais membros da sociedade em igualdade de condições.<sup>187</sup>

Concebidas como mecanismos tendentes a solucionar a marginalização social e econômica do negro americano, posteriormente foram estendidos às mulheres e outras minorias étnicas e nacionais, aos índios e aos deficientes físicos. Visando combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas aquelas de fundo cultural, estrutural, enraizadas na sociedade.<sup>188</sup>

Nas palavras de Carvalho as ações afirmativas envolvem um conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas públicas que têm por escopo favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição na sociedade em razão, na maioria das vezes, da prática de discriminações negativas, presentes ou passadas. .<sup>189</sup>

São medidas que objetivam eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que sejam eles neutralizados, concretizando-se mediante providências efetivas em favor daquelas categorias que se encontram em situação desvantajosa.

A Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, que foi ratificada pelo Brasil se inserindo no âmbito interno por força do parágrafo 2º, do art. 5º da Constituição Federal, traz a definição das ações afirmativas no item quarto de seu artigo primeiro ao dispor que:

Não serão consideradas discriminações raciais as medidas especiais tomadas como o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos

---

<sup>187</sup> ROCHA, Carmem Lucia Antunes. *Ação Afirmativa – O conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica*, in Revista de Informação Legislativa, vol 33, nº 131, 1988. p. 285

<sup>188</sup>GOMES, Joaquim Barbosa. *As Ações Afirmativas e os Processos de Promoção da Igualdade Efetiva*. Seminário Internacional As Minorias e o Direito, Série Cadernos do CEJ, vol. 24, editora UNB, 2003, p. 99

<sup>189</sup>CARVALHO. Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo*. 12ªed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 531.

humanos e liberdades fundamentais, contanto que, tais medidas não conduzam, em consequência, á manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sidos alcançados os seus objetivos.<sup>190</sup>

Percebendo a linha muito tênue que separa a discriminação negativa da positiva, Celso Antônio de Mello ensina que não basta a exigência de pressupostos fáticos diversos para que a lei distinga situações sem ofensa à isonomia. Também não é suficiente o poder-se arguir fundamento racional, pois não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparar, mas tão só aquele que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima. Fora daí ocorrerá incompatibilidade com o preceito igualitário<sup>191</sup>.

Dentro daquelas quatro dimensões, três fatores devem ser verificados simultaneamente para se afirmar que uma *discriminação* é compatível com o princípio da isonomia: o elemento tomado como fator de desigualação; a correlação lógica abstrata existente entre o fator diferencial escolhido e a desigualdade de tratamento dispensada pela lei; a consonância desta correlação lógica com os valores prestigiados no sistema constitucional<sup>192</sup>.

### **3.3.1. Discriminar pode ser equitativo**

A grande polêmica que envolve a questão das políticas afirmativas se insere na questão dos estigmas. A proposta de uma discriminação positiva é conseguir romper com o ciclo das desigualdades através da promoção ao acesso a iguais oportunidades. O que para surtir um efeito real na prática demanda certo tempo, pois depende da velocidade que as forças oprimidas alçarão para chegar ao nível daqueles que já tem acesso. Ocorre que neste ínterim o estigma corre o risco de ser fortalecido, conduzindo ao mesmo ciclo de violações de direitos que pretende combater.

---

<sup>190</sup> Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, Decreto nº 65.810 de 8 de dezembro de 1969.

<sup>191</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p.43

<sup>192</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ibidem*. p. 21.

No livro *Levando os direitos a sério* de 1977, Dworkin trata da questão narrando dois casos que darão base para a sua importante análise da temática das ações afirmativas.

Em 1945, um negro chamado Sweatt tentou ingressar na Faculdade de Direito da Universidade do Texas, mas foi recusado, pois uma lei estadual determinava que somente brancos poderiam frequentar a Universidade.

A Suprema Corte declarou que a lei violava os direitos garantidos na 14<sup>a</sup> Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, pela qual nenhum Estado poderia negar aos seus cidadãos igual proteção perante suas leis.<sup>193</sup>

O segundo caso ocorreu em 1971, quando um judeu chamado Defunis candidatou-se a uma vaga na Faculdade de Direito da Universidade de Washington e foi recusado, mesmo suas notas sendo superiores às de candidatos aprovados pertencentes a grupos minoritários.<sup>194</sup>

Defunis foi à Suprema Corte e pediu que se declarasse inconstitucional a prática da Universidade, em ser menos rigorosa com candidatos pertencentes a grupos minoritários, pois violaria a 14<sup>a</sup> Emenda.

Na análise do caso, Dworkin centra sua abordagem na conceituação do que seja o direito à igualdade. Nessa perspectiva, os cidadãos teriam dois tipos de direito à Igualdade:

Direito a igual tratamento, que representa igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo e o direito ao tratamento como igual, que materializa a ideia de ser tratado com o mesmo respeito e consideração de qualquer outra pessoa.<sup>195</sup>

Para o autor, o direito de um indivíduo de ser tratado como igual significa que sua perda potencial deve ser tratada como uma questão que merece consideração.<sup>196</sup>

---

<sup>193</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 345

<sup>194</sup> Ibidem. pp. 345-347

<sup>195</sup> Ibidem, p. 351

<sup>196</sup> Idem

Por meio dessa noção de Igualdade Dworkin critica a ideia anti ação afirmativa pela qual a raça não pode ser utilizada como critério para a admissão em uma faculdade, pois todo e qualquer critério pode ser mal manejado, e não somente o critério racial.

Para ele os argumentos de Defunis não podem prevalecer, pois a ação afirmativa promovida pela Universidade de Washington possui um fundamento moral (de justiça) que não existia no caso da Universidade do Texas, a qual impedia o acesso dos negros em razão do preconceito existente na sociedade. Deixando bem clara a diferença entre discriminação positiva e negativa.

Evoluindo em seus estudos, na obra *A Virtude Soberana. Teoria e prática da igualdade* de 2000, Dworkin expõe sua teoria da igualdade, discute questões práticas relativas às ações afirmativas, e quase trinta anos após o seu livro *Levando os Direitos a Sério*, aprofunda a questão tentando responder a duas indagações: As ações afirmativas funcionam? As ações afirmativas são equitativas?

O autor inicia afirmando que na atualidade as políticas de ação afirmativa vêm passando por um momento de grande dificuldade, pois várias universidades dos Estados Unidos da América do Norte estão adotando medidas para cancelar os programas, que vinham sendo aplicados desde a década de 1970.

Tendo em 1996, o Quinto Tribunal Itinerante de Apelação norte-americano declarado inconstitucional o programa de admissões diferenciadas da faculdade de Direito da Universidade do Texas. A Suprema Corte recusou-se a anular a decisão do Tribunal de Apelação e, a decisão acabou se alastrando para diversos outros Estados da federação.<sup>197</sup>

A grande maioria das críticas aos programas de ação afirmativa se concentrava nas suas consequências, em especial na diminuição do padrão educacional pela admissão de estudantes sem qualificação, no ensino superior.

Assim, uma pesquisa estatística denominada de *The Shape of de River* (A

---

<sup>197</sup> DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana. Teoria e prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 456

Forma do Rio) foi desenvolvida com o intuito de avaliar os reais impactos das políticas de ação afirmativa na sociedade estadunidense.<sup>198</sup>

Para constatar a validade desse estudo, dois aspectos fundamentais do debate sobre as ações afirmativas foram levantados: O primeiro, uma questão de princípio: a ação afirmativa para negros é injusta porque viola o direito de todo candidato ser julgado por seus méritos individuais? O segundo, uma questão de diretriz ou consequência prática: a ação afirmativa produz mais mal do que bem, porque faz com que alguns negros se matriculem em cursos além de suas capacidades, ou estigmatiza todos os negros como inferiores, ou faz com que a comunidade se torne mais, em vez de menos, prevenida com relação à raça?<sup>199</sup>

O estudo afirma que as faculdades que instituíram programas de ação afirmativa formaram, de fato, muitos estudantes negros com potencial para ocupar cargos de liderança na sociedade estadunidense. Em 1951 o percentual de negros que ingressavam nas universidades que foram alvo de pesquisa era de 0,8% por escola, em 1989 esse percentual subiu para 6,7%.<sup>200</sup>

Outra conclusão admitida refuta a premissa obrigatória de que os estudantes negros eram menos qualificados que os estudantes brancos, as estatísticas confirmam que em algumas disciplinas o desempenho dos negros era superior ao desempenho dos alunos brancos.

Os negros formados nas universidades que aderiram a programas de ingresso diferenciado também conseguiram melhor inserção no mercado, embora a remuneração recebida por eles seja inferior à remuneração auferida pelos brancos formados nas mesmas condições, o que evidencia a existência de preconceito na economia norte-americana.<sup>201</sup>

O estudo também comprovou que o aumento do número de negros nas universidades, ao invés de estigmatizá-los, proporcionou-lhes uma melhor aceitação entre os estudantes não negros e, que, mesmo a maioria dos estudantes não negros que não foram admitidos nas universidades em razão dos programas

---

<sup>198</sup> DWORKIN, Ronald. *Ibidem*, p. 548

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 549

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 550

<sup>201</sup> *Ibidem*, pp. 551-553

que destinavam vagas específicas, não se ressentem da aplicação da política de ação afirmativa.<sup>202</sup>

Com base nesses e em outros dados, Dworkin comprova que é evidente a funcionalidade dos programas de ação afirmativa, de modo que a sua contraposição só poderá ser realizada se forem encontrados argumentos de princípio que indiquem a sua possível injustiça. Na prática, percebeu-se que esse tipo de política traz muito mais benefícios do que prejuízos para a sociedade como um todo.

Continuando, Dworkin ainda argumenta: por que, então, tanta gente considera injusta a ação afirmativa? Para o autor essa posição denotaria uma visualização equivocada que a sociedade possui a respeito do seu.<sup>203</sup>

Partindo da análise da cláusula de igual proteção, inserida na décima quarta Emenda da Constituição estadunidense que proíbe o Governo instituir qualquer tipo de discriminação que seja desvantajosa ao indivíduo.

Afirma que o referido dispositivo não garante que todos os cidadãos terão benefícios iguais em todas as decisões políticas, garante somente o tratamento igualitário, com igual consideração e respeito em deliberações e processos políticos que resultem em tais decisões e que a análise da justiça das ações afirmativas não pode ser feita de maneira classificatória, mas sim caso a caso.<sup>204</sup>

Para Dworkin, as classificações raciais não são moralmente mais equivocadas do que qualquer outro tipo de classificação, que dê prevalência às aptidões físicas ou genéticas, por exemplo.

As cotas reservadas para deficientes são um exemplo disso. Se há o entendimento de que uma pessoa cega dos dois olhos e uma pessoa cega de um olho são deficientes, ambas terão direito a concorrer por uma mesma vaga. Em ambos os casos há um déficit, mas o acesso do qual se parte para justificar a discriminação positiva é muito diferente no caso de alguém que nunca viu e o caso de alguém que enxerga parcialmente.

---

<sup>202</sup> DWORKIN, Ronald. *Ibidem*, p. 555

<sup>203</sup> *Ibidem*.p.573

<sup>204</sup> *Ibidem*. p.584

Quando se fala em políticas afirmativas existe o pensamento equivocado de que seriam para compensar a discriminação sofrida no passado, o que não é pertinente na visão de Dworkin.

A classificação seria justa não para compensar atos do passado, mas por ser um empreendimento voltado para o futuro, e não retroativo. Os alunos minoritários a quem ela beneficia não foram, obrigatoriamente, vítimas, individuais, de nenhuma injustiça no passado.

As grandes universidades esperam educar mais negros e outros alunos minoritários, não para compensá-los por injustiças passadas, mas para proporcionar um futuro que seja melhor para todos, ajudando-os a acabar com a maldição que o passado deixou.<sup>205</sup>

Embasado nessa premissa, Dworkin conclui que os programas de ações afirmativas que tenham por objetivo essa promoção da Igualdade no presente e no futuro não podem ser considerados injustos ou inconstitucionais. Discriminar pode ser equitativo.

### **3.3.2 O Escravo Feliz**

As ações afirmativas só promovem a Igualdade quando aumentam o potencial do grupo que pretende assistir. As políticas de cotas nas Universidades são um exemplo de ações que propiciam o empoderamento que rompe com as barreiras dos estigmas.

No entanto há um grande perigo a que estão sujeitas as políticas afirmativas: a questão do assistencialismo, que faz com que os estigmas se perpetuem no ciclo. Quais seriam os motivos que levariam a isto? Essa resposta encontra-se muitas vezes no próprio estigmatizado que vestindo o rótulo, se vê como vítima e passa a contemplar com passividade e aceitação o tratamento diferenciado que recebe da sociedade, tornando-se massa de manobra.

---

<sup>205</sup> DWORKIN, Ronald. Ibidem. p.606



William Baum em seu livro, *Compreendendo o Behaviorismo: Ciência, Comportamento e Cultura* traz uma análise interessante para tal situação, utilizando a metáfora do “escravo feliz”.

A possibilidade de coerção, e através dela a escravidão podem representar uma ameaça menor para a democracia que a possibilidade do escravo feliz. A coerção é imediatamente reconhecida como tal pela pessoa coagida, enquanto que o escravo feliz sente-se contente a curto prazo, e pode vir a descobrir que está sendo explorado só muito tempo depois. Sentindo-se contentes, os escravos felizes não tomam qualquer medida para corrigir sua situação.<sup>206</sup>

A expressão “escravo feliz” utilizada pelo autor chama a atenção, para o mecanismo de alienação das políticas paternalistas. As minorias mais carentes se satisfazem e ficam felizes ao ganhar o peixe e esquecem que permanecem sem aprender a pescar, ficando dependentes do poder político, que lhes assegura as migalhas.

“Escravos Felizes” podem existir em muitos e nos mais diversos tipos de relação. Pais podem explorar seus filhos, recompensando-os com cuidados e afeto desde que trabalhem, peçam esmolas nas ruas ou participem de atos sexuais.<sup>207</sup>

O marido pode explorar sua esposa reforçando os serviços que ela presta a ele e a seus filhos, dando-lhe afetos e presentes; do mesmo modo a esposa pode explorar o seu marido reforçando longas horas de trabalho pesado. O patrão pode explorar seus empregados oferecendo-lhes pagamentos extras por trabalharem em condições perigosas ou insalubres.<sup>208</sup>

O governo pode explorar seus cidadãos reforçando apostar em jogos de loteria. Uma nação pode explorar outra nação importante importando dela matéria prima em troca de bens manufaturados com esse material. Em cada um

---

<sup>206</sup> BAUM, Willian M. *Understanding Behaviorism: Science, Behavior, and Culture*. Harpercollins College Publishers, 1994, p. 208

<sup>207</sup>Ibidem. p 221

<sup>208</sup>Ibidem. pp. 221-222

desses exemplos, aquele que é explorado pode se sentir contente com a situação por um longo tempo, ou até mesmo indefinidamente.

Do ponto de vista da parte explorada, as consequências em longo prazo, implicam em punição. Se uma criança trabalha durante um verão, pode ocorrer apenas uma pequena perda e, a experiência pode até ser chamada benéfica. Mas se a criança trabalha durante toda a sua infância, os resultados são extremamente danosos. O fato de que a exploração tem efeitos, ao mesmo tempo postergados e gradualmente cumulativos, torna essa relação particularmente difícil de ser identificada pela parte explorada.<sup>209</sup>

Os governos têm maior aprovação nas regiões mais pobres devido às políticas assistencialistas e, apesar de essa estratégia não ser considerada ilegal na legislação eleitoral, influencia a escolha do eleitor que prefere votar no político paternalista, temendo não receber ajuda, caso outro candidato seja eleito. É a exploração eleitoral, servindo-se escravo feliz para a manutenção do poder.

Há entre a política assistencialista e a política social uma diferença abissal. Melhor seria dizer que são antagônicas, pois a primeira é superficial, enganadora, egoísta, não combate a miséria e não lhe é interessante combatê-la, pois essa serve, sobretudo, para promoção política.

Política estrutural é dar ao homem não unicamente o peixe, prática que leva a população carente ao ócio, contente com uma renda miserável e satisfeita por ter o que comer, mas proporcionar condições para que esse pesque com autonomia, isso é promover o acesso.

A política justa parte do preceito de que os indivíduos não tenham de viver de caridade, mas de que tenham condições suficientes para prover o mínimo de suas necessidades.

---

<sup>209</sup> BAUM, William M. *Understanding Behaviorism: Science, Behavior, and Culture*. Harpercollins College Publishers, 1994, pp. 222 -224

### 3.4. Pluralismo Jurídico e a materialização do Princípio da Igualdade em um mundo de estigmas

Um mundo uniformizado nunca será um mundo democrático, tampouco igualitário. Porque eliminar a diferença só poderá ocorrer a partir da imposição de estereótipos eliminadores da individualidade. Só o totalitarismo autocrático e estagnador realizará a edificação de uma sociedade sem diferenças.<sup>210</sup>

Diferença e desigualdade são coisas distintas. Para se promover a igualdade é preciso combater estigmas, pois são eles que tornam a diferença entre os seres um problema.

O racismo não existe enquanto o outro é “outro”, o estrangeiro, começa a existir quando o outro se torna diferente, isto é, ameaçadoramente próximo. É aí que desperta a veleidade de mantê-lo à distância.<sup>211</sup>

O Estado Social é comprometido interna e externamente com os valores da Igualdade em todas as suas dimensões. Um pluralismo de ordens distintas que na construção do ideal humano, precisa dialogar, no entanto, em virtude dos estigmas, não se enxergam e não se tratam em pé de igualdade. Um pluralismo jurídico de paralelas.

Segundo Neves, os problemas dos direitos fundamentais ou dos Direitos Humanos ultrapassaram fronteiras de tal maneira, que o Direito Constitucional estatal passou a ser uma instituição limitada para enfrentá-los. Passando a serem enfrentados legitimamente por outras ordens jurídicas, pois passaram a apresentar-se como relevantes para essas.<sup>212</sup>

Assim um mesmo problema de direitos fundamentais pode se apresentar perante uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional ou,

---

<sup>210</sup> WARAT, Luis Alberto, *Direito, Estado, Política e Sociedade em Transformação*. Porto Alegre: Sergio Fabris Edition, 1993, p.128

<sup>211</sup> STRAUSS Claude Lévi, *Alteridade Radical*. p.136

<sup>212</sup> NEVES Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009. p.120

com frequência, perante mais de uma dessas ordens, o que implica em cooperações e conflitos, exigindo um aprendizado recíproco.<sup>213</sup>

Aprender com o outro significa enxergá-lo como igual. A teoria do Transconstitucionalismo, pautada numa visão complexa, pode ser entendida como o desenvolvimento de uma racionalidade transversal entre ordens jurídicas diversas.<sup>214</sup>

Esse entrelaçamento nos valores sociais dá uma base sólida para a construção de política e direito como ordens interdependentes, mas diferenciadas. Ao invés de olhar a relação entre países como um comportamento literalmente internacional (entre nações), é importante compreender a ideia de que fazemos parte de um sistema social global, que por sua vez é dotado de um sistema jurídico multicêntrico caracterizado pelo autor como um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos.<sup>215</sup>

No transconstitucionalismo entre direito estatal e direito internacional essa conexão é bem mais tênue, na medida em que ele parece transpor para a cena internacional o ideal habermasiano de razão comunicativa, que impõe a obrigação moral de tratar o outro como igual e a buscar a construção de consensos.<sup>216</sup>

O fato de uma determinada questão ser regulada por sistemas nacionais e internacionais não precisa conduzir a um diálogo construtivo que busque estabelecer uma convergência de critérios jurídicos. Sendo plenamente razoável a solução oposta, em que uma das ordens manifeste a sua autonomia e pretenda a aplicação dos seus próprios padrões.<sup>217</sup>

Para Neves o entrave não está na autonomia, mas na negação do reconhecimento, da Igualdade. Ocorre quando um dos polos na relação de observação recíproca, não se dispõe a suportar a "liberdade" do outro e tenta impor-se como o padrão de excelência.

---

<sup>213</sup> NEVES Marcelo. Ibidem. p.121

<sup>214</sup> Ibidem. p. 235-236

<sup>215</sup> Ibidem. p. 238 - 241

<sup>216</sup> Ibidem. p. 254

<sup>217</sup> Ibidem. p. 259

### 3. 4. 1. Necessidade de uma Nova Visão

Flores centra a polêmica dos direitos humanos em duas visões, duas racionalidades e duas práticas: Uma de visão abstrata, racionalidade jurídico - formal e práticas universalistas e a outra de visão localista, racionalidade material - cultural e práticas particulares.<sup>218</sup>

O formalismo é um tipo básico de determinismo, posto que a estrutura da linguagem e do pensamento está submetida a regras. Uma realidade estruturada, que adapta a realidade à forma, como se recortasse de uma foto apenas uma parte dela. Uma racionalidade que universaliza o particularismo e o do modo de produção capitalista como se fosse o único modelo de relações humanas. A visão abstrata reduz os direitos a seu componente jurídico como base de seu universalismo a priori, uma prática social reduzida à luta jurídica. Neste sentido leciona Maliska:

A relação entre pluralismo jurídico e modernidade contempla a superação do dilema pluralismo jurídico versus monismo jurídico, como também resgata a possibilidade de expressão plural da racionalidade jurídica moderna. A identificação do Direito Moderno como monista inviabiliza a discussão atual que necessariamente deve contemplar tanto as expressões plurais do direito, enquanto racionalidade material, como a expressão de juridicidade estatal, enquanto racionalidade formal. Isolar a perspectiva pluralista no campo da racionalidade material, e a perspectiva monista no campo da racionalidade formal, inviabiliza a compreensão do fenômeno jurídico como expressão dialética da história.

Para Flores seria relevante construir uma cultura dos direitos humanos que acolha a universalidade de suas garantias e também o respeito pelo diferente. Pressupondo uma nova visão: complexa, com uma racionalidade de resistência e práticas interculturais.

Essa visão sistêmica parte da pressuposição que se saia do foco central e passe a ver da periferia, dentro do sistema, pois solidão do centro pressupõe

---

<sup>218</sup> FLORES, *Ibidem*. p. 140

dominação e violência. A racionalidade de resistência propõe olhar para fora.<sup>219</sup>  
Para além dos estigmas.

No Pluralismo de paralelas existem muitas culturas, mas somente uma pode ser considerada o padrão ouro, por isso a racionalidade de resistência, aposta em um universalismo que não se imponha de um modo ou de outro, mas que se descubra ao longo do caminho.

Se a universalidade não se interpuser a diferença não se inibe. Somente empoderando as massas excluídas, reconhecendo-lhe a humanidade e não meramente tolerando a sua presença, é que se criam condições para a materialização da Igualdade.<sup>220</sup>

Partindo de uma visão complexa, que não se impõe, mas se propõe a integrar, cooperar e aprender com os outros sistemas e formas de existir é que será possível construir a verdadeira teoria do Pluralismo Jurídico emancipador, que nega estigmas e constrói a igualdade, material.

Pode-se conviver bem com uma diversidade infinita, desde que as diferenças sejam aceitas, sem medo do outro, ou da infecção anômica, pois enquanto o olhar for de cima para baixo ou baixo para cima, o resultado será sempre o mesmo: o quase inquebrantável ciclo de estigma – discriminação – violação de direitos humanos.

No espírito de não discriminação e aprendizado recíproco, encerra-se com as sábias palavras do imperador etíope Haile Selassie, em discurso proferido para a Liga das Nações em 1936, popularizado pelo ícone do pluralismo, Bob Marley, em sua composição “War”, de 1976.

*“Até que a filosofia que torna uma raça superior  
E outra inferior, seja finalmente, permanentemente  
Desacreditada e abandonada haverá guerra,  
Eu digo guerra.*

---

<sup>219</sup> FLORES, Ibidem, p.141

<sup>220</sup> Ibidem, p.154

*Até que não existam mais cidadãos  
De 1º e 2º classe em qualquer nação  
Até que a cor da pele de um homem  
Não tenha maior significado que a cor  
Dos seus olhos haverá guerra.*

*Até que todos os direitos básicos  
Sejam igualmente garantido para todos,  
Sem privilégios de raça, terá guerra.*

*Até esse dia o sonho da paz final,  
Da almejada cidadania e o papel  
Da moralidade internacional,  
Não sera mais que mera ilusão  
A ser percebida e nunca atingida,  
Por enquanto haverá guerra, guerra.”*

## CONCLUSÃO

Do exposto, viu-se que o homem por uma contingência da própria sobrevivência, se agrupa. Surge naturalmente a figura do chefe, alguém mais dotado de força e inteligência, um centro que irá manter a coesão do grupo. Iniciam-se as práticas de poder entre as pessoas, uma ideia de autoridade que vai se reforçando e surge como uma unidade superior, hoje entendida como Estado.

Fez-se uma breve incursão histórica pelos Estados de Direito, hoje o Estado Social, que surgiu como evolução necessária de um estágio anterior, o Liberal, que a sua época representou um avanço em relação aos Estados Despóticos, com as ideias revolucionárias de Liberdade, Igualdade e Fraternidade, e com a declaração de que “todos são iguais perante a lei”.

A positivação do princípio da igualdade marca uma nova era de Direitos, que passam a exigir do Estado um dever de não intervir, no sentido de assegurar as Liberdades e propriedade privada dos particulares. O Estado Liberal foi talhado nos moldes que uma burguesia emergente precisava para estabelecer sua hegemonia como classe dominante.

Não havia preocupação com as massas, que em virtude da mudança estrutural da sociedade para o modo de produção capitalista, se via obrigada a ceder suas forças aos detentores dos meios de produção e se submeter a condições de trabalho e de vida indignas. Enquanto os burgueses tinham condição de acesso a bens jurídicos fundamentais a grande parte da população sofria com o ostracismo estatal.

O Estado Liberal apoiava-se na ideia de um sistema jurídico monista que reconhece apenas o Estado como fonte legítima de Poder e normatividade e nega qualquer forma fora da instituída como produtora de normas jurídicas. Servia-se de uma interpretação positivista da lei que acabou por criar enormes desigualdades entre as classes sociais.

Esse desequilíbrio de poder acaba por se voltar contra o sistema e culmina nas inúmeras lutas sociais, em sua maioria empreendida pelos trabalhadores que



irão forçar um alargamento do rol de direitos fundamentais e, terão vez com a entrada dos Direitos Sociais nas Constituições, Mexicana de 1917 e Alemã de Weimer em 1919.

Surge então um novo tipo de Estado, o Social, que passa a exigir uma nova prestação estatal, que além da garantia das Liberdades representadas pelos direitos negativos. Deve também promover a igualdade, agora entendida como material, em contraposição a igualdade formal e ineficaz do Estado Liberal.

No plano jurídico essa entrada de novos valores nas Constituições implica numa nova forma de ver e interpretar o Direito, neste contexto resurgem as teorias do Pluralismo Jurídico, que compreendem o Direito como algo “vivo”, nascido no seio das relações sociais, reconhecendo haver outras formas de expressão de juridicidade além da Estatal.

Estas ideias ensina Paolo Grossi, já eram experimentadas no Direito do medievo que era vivenciado como uma realidade historicamente e logicamente antecedente ao Poder Político, nascendo nas vastas espirais do social, com esse se misturando, com esse se incorporando. Antes existia o direito, ou seja, o poder político coexistia com outros polos de produção jurídica como juízes, tabeliães, mercadores, corporações, clãs, estirpes e ordens.<sup>221</sup> Além do Estado havia uma gama de instituições emanando o Direito.

Quando a Constituição se propõe a combater as desigualdades de Poder e promover a igualdade de fato, o sistema monista, não consegue se sustentar, diante dos valores abertos. O texto constitucional ao contemplar a ampla gama de direitos sociais passa a exigir do Direito Constitucional, um aparelhamento teórico compatível com as necessidades de garantia de acesso a esses direitos.

As novas teorias do Pluralismo Jurídico para serem congruentes com os novos objetivos constitucionais, devem procurar entendê-lo nos três níveis da racionalidade jurídica: material, normativa e formal, pois somente a relação indissociável entre estes três planos compreende a perspectiva pluralista que

---

<sup>221</sup> GROSSI, Paolo. *As Relações Jurídicas da Modernidade*. p. 30-32

possibilita a conjunção das expressões de juridicidade estatal com as práticas jurídicas extra-estatais, superando o embate monismo versus pluralismo.

A ordem plural é dinâmica, novos direitos são continuamente afirmados, havendo a impossibilidade de delimitar as práticas pluralistas, assim admitir um pluralismo fora dos limites da Constituição é perigoso, pois se assim for doutrinas desarrazoadas podem vir a corroer a unidade e a justiça da sociedade.

Neste viés se faz necessário identificar as unidades sociais de onde emana o Direito, para ser possível dar medida à abertura constitucional, triando o que pode ser legitimado e o que deve ser combatido.

Para que seja reconhecida a capacidade jurígena de uma unidade, fatores como grau de institucionalização ou organização social e existência de um controle social a moldar as condutas desejáveis, seriam determinantes.

Adentrando a questão dos estigmas, foi demonstrado como se processa a sociodinâmica da estigmatização, responsável pelas diferentes chances de acesso a bens jurídicos considerados indispensáveis para uma vida digna.

Os estigmas enquanto forma de manutenção de poder se retroalimentam ao afirmar a superioridade de um grupo em detrimento da inferioridade do outro, que internaliza o sentimento passando a acreditar que de fato é menos gente, legitimando assim as fileiras que são cerradas contra eles. Gerando um ciclo de estigma – discriminação – violação de Direitos Humanos.

Estes estigmas atuam no mundo da vida como uma instituição própria, com todas as características de uma unidade jurígena de onde emana um direito da desigualdade. Neste sentido ao reconhecer a força jurígena que emana deles afirma-se que podem ser encarados como uma forma de Pluralismo Jurídico distorcido, que vai comprometer e também conformar a fórmula da Igualdade.

Passa-se à discussão do impacto destes estigmas sobre o Princípio da Igualdade, que após uma longa história de sangue e luta, passa a ser entendida como material e, reconhecendo os gritantes diferenciais de Poder dentro de uma sociedade, admite temperamento, “igualando os iguais e desigualando os desiguais na medida de suas desigualdades”.

Na empreitada de prover o acesso à igualdade para todos surgem, no âmbito dos Estados as Ações Afirmativas, conhecidas como discriminações positivas e tem como princípio acelerar o processo de acesso de uma minoria, aos bens jurídicos fundamentais.

Essas ações, legitimadas pelas Constituições e Tratados Internacionais de Direitos Humanos, enquanto discriminação (ainda que positiva) incorrem no perigo de legitimar os estigmas.

A prática demonstrou que essas ações são eficazes quando tem por objetivo o empoderamento e a emancipação das minorias e alienam o povo quando tem um caráter meramente assistencialista.

Percebendo que a problemática da igualdade, não encontra seu cerne nas diferenças e sim nas desigualdades de poder sugere-se como possível solução para amenizar as relações pautadas por estigmas, um Pluralismo Jurídico Transversal, que supere o multiculturalismo de paralelas, onde uma visão não se imponha sobre a outra, mas se integrem num aprendizado recíproco.

Para tanto é preciso outra visão, uma forma de enxergar onde as partes não se vejam a partir de um centro, mas com parte integrante do sistema, como numa grande “Távola Redonda” onde todos são centro e periferia ao mesmo tempo.

Para olharmos sob um prisma sistêmico, é preciso reconhecer os fatos enquanto relação e não enquanto valor. Os estabelecidos existem em virtude dos *outsiders* e a recíproca é verdadeira, e foi sob esta lógica incluído/excluído, rico/pobre, normal/anormal que as relações de poder foram se construindo na história da humanidade. O que gera a desigualdade é justamente essa forma de existir (e se defender), onde, para ser considerado um ser humano é preciso estigmatizar o outro.

Nas relações multiculturais, os diferentes grupos temem perder sua identidade e razão, no mar da pluralidade, mas para promover a verdadeira Igualdade, é preciso negar estigmas, sair do olhar compartimentalizado e perceber que o poder é maior está na integração e não na autoafirmação e, que a enorme quantia de energia despendida para impedir o acesso do outro, pode ser

canalizada na construção ideal humano, aquele de Dignidade da pessoa humana, pedra fundamental da Constituição.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGGLETTON, Peter, WOOD, Kate e MALCOLM, Anne . *HIV – Related Stigma, Discrimination and Human Rights Violations: Case Studies of Successful Programmes* , UNAIDS, Londres, 2005.

ALBUQUERQUE, Martins de. *Da Igualdade. Introdução à Jurisprudência*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

ALMEIDA, Fernando Barcellos. *Teoria Geral dos Direitos Humanos*. Sérgio Antônio Fabris Editor. 1996.

AMAR, Ayush Morad. *Temas de Criminologia*, São Paulo: Resenha Universitária. 1982.

ARISTÓTELES, *Uma ética para Nicômano*. Trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Rosá. Col. Os pensadores. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1973.

ATCHABAHIAN, Serge. *Princípio da Igualdade e Ações Afirmativas*. 2 ed. São Paulo: RCS, 2006.

AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo de língua portuguesa*. 5ª Ed. Rio de Janeiro. Delta, 1986.

BACILA, Carlos Roberto, *Estigmas um estudo sobre o preconceito*, Lúmen Iuris, Rio de Janeiro, 2005.p. 26

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

BAUM, Willian M. *Understanding Behaviorism: Science, Behavior, and Culture*. Harpercollins College Publishers, 1994

BERGER, Peter L., LUCKMANN, Thomas. *Construcción social de la realidad*. Amorroutu. Buenos Aires. 1997. p.41

BEVILAQUA, Clovis. *Criminologia e Direito*. Campinas: Red: 2001

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Editora Campus. 1992

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONJORNO, Regina, *Física Fundamental*, São Paulo, FTD, 1993, p. 134

CAETANO, Marcelo. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 4. ed., Lisboa, Coimbra, Ed. 1963.p. 57

CANGUILHEM, Georges. *O normal e o patológico*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional: O sistema de Regras/Princípios/ procedimentos como ponto de partida para uma metódica jurídico-constitucional de concretização*

CARNELLUTI, Francesco. *As misérias do Processo Penal*. Trad. José Antônio Cardinale. São Paulo, Conan, 1995

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo*. 12ªed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006

CLÈVE, Clèmerson Merlin & FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. *Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais*. In: GRAU, Eros Roberto & CUNHA, Sérgio Sérulo da (coord.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 33.

CRUET, Jean, *A Vida do Direito e a inutilidade das Leis*. 2ª. ed., São Paulo: Leme, 2003.

DE CICCIO, Claudio *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*. São Paulo. Saraiva. 2006. p. 184

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008

DEMO, Wilson. *Manual de História do Direito*. Florianópolis. 2010. p. 95.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 345

\_\_\_\_\_ *A Virtude Soberana. Teoria e prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELBERT, Carlos Alberto, *Manual Básico de Criminologia*. Trad Ney Fayet Jr. Porto Alegre: Ricardo Ienz, 2003

ELIAS, Norbert; e SCOTSON, John. L.; *Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade*; tradução Vera Ribeiro; tradução do posfácio à edição alemã, Pedro Sússekind – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p.19.

EHRlich, Eugen *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: UNB, 1986.

EWALD, François. *Foucault, a norma e o direito*. Lisboa: Veja, 1993.

FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos Direitos Humanos*. Florianópolis. Fundação Boiteux, 2009

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 21 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4 ed. Trad. Flávio Meurer, Petrópolis, Vozes, 2002

GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro. Guanabara Koogan. 1988.

GOMES, Joaquim Barbosa. *As Ações Afirmativas e os Processos de Promoção da Igualdade Efetiva*. Seminário Internacional As Minorias e o Direito, Série Cadernos do CEJ, vol. 24, editora UNB, 2003

GOMEZ, Diego J. Duquelsky. *Entre a lei e o direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001, p. 93-94

GROSSI, Paolo. *As Relações Jurídicas da Modernidade*.

MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia Jurídica*. 6ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 1987.

MACHADO, Roberto. Introdução de FOUCAULT, *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Vozes, 1979.

MALISKA, Marcos Augusto, *O Direito à Educação e a Constituição*, Fabris, Porto Alegre, 2001.

---

*Pluralismo Jurídico e Direito Moderno*.  
Curitiba, Juruá, 2006,

\_\_\_\_\_ A identificação dos cotistas entre o direito a informação e o direito a não discriminação negativa, reflexões a partir dos programas de ações afirmativas em universidades públicas brasileiras, *Doutrina Nacional, Direitos fundamentais e justiça* n° 2, 2008

\_\_\_\_\_ *Fundamentos da Constituição. Abertura. Cooperação. Integração.* Trabalho de Pós-Doutorado realizado junto ao Instituto Max Planck de Direito público Estrangeiro e Direito Internacional de Heidelberg, Alemanha. (Mimeo)

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do consumidor: arts. 1 ao 74: aspectos materiais.* 2ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTELL, Haze Mary. *O mundo Antigo.* 5 ed. Trad. Antivan Guimaraens Mendes. São Paulo: Melhoramentos, 2001.

MARTÍNEZ, Soares. *Filosofia do Direito.* 2ª Ed. Coimbra. Almedina, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003. p.21.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* 5.ed., Coimbra, Ed. Coimbra, t. 1, 1990

MOORE, Sally Falk. *Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study.* Law and Society Review. 1973

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo.* São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

NOVAES, Jorge Reis. *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais.* Coimbra. Ed.Coimbra, 2010.

POUND, Roscoe. *Introdução à filosofia do Direito.* Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965.

PRESSBURGER, T. M. *Direito Insurgente: o direito dos oprimidos. Seminários.* n. 14, Rio de Janeiro, 1990.

RANDEIRA. Shalino. *Pluralismo Jurídico, soberania fraturada e direitos de cidadania diferenciados: instituições internacionais, movimentos sociais e Estado pós-colônia na Índia.* Trad. de Ana Cláudia Jorge. In SANTOS, Boaventura de Sousa (org). *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003



RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho. Histórias, Mitos e Perspectivas para o Brasil*, Saraiva. 2011

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes, *A proteção das Minorias no Direito Brasileiro, Seminário Internacional As Minorias e o Direito*, Série Cadernos do CEJ, vol. 24, editora UNB, 2003.

\_\_\_\_\_, *Ação Afirmativa – O conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica*, in Revista Trimestral de Direito Público nº 15/85.

\_\_\_\_\_. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

ROULAND, N.(org);PIERRÈ-CAPS, S; POUMARÈDE,J. *Direito das Minorias e dos Povos Autóctones*. Trad. A. L. Spaltemberg, Brasília, UNB,2004

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2007

\_\_\_\_\_. *O discurso e o Poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Fabril,1988

SANTOS, Juarez Cirino, *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*, ICPC, Lúmen Júris, 2005.

SAWASAKI, Sergio E. *O Estado em Transformação Poder dentro e fora das Instituições Estatais na Transição do Estado Liberal para o Estado Social*, in *Estado Direito e Sociedade*, São Paulo, Iglu Editora Ltda. 2010. p.420.

SCHIMIDT, Mario Furley. *Nova História Crítica*. São Paulo: Nova Geração, 1999.

SÉGUIM, Elida, *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Forense, Rio de Janeiro, 2002

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e Interpretação jurídica*. Ed.Saraiva, 2010.

SOUZA Jr., J. G. *Movimentos Sociais – emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo de direito*.In: ARRUDA JR. (org.) *Lições de direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1991, pp. 131-142, pp. 138-139.

TEIXEIRA, Francisco José Soares. *Economia e Filosofia no Pensamento Político Moderno*. Campinas, São Paulo: Pontes, Universidade Estadual do Ceará, 1995. p.

VASCONCELOS, Arnado. *Teoria da Norma Jurídica*. 6ªed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.257

VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Rio de Janeiro. Forense, 2007, p.10.

WELLS, Herbert Georges. *História Universal*. 7 ed. Trad. Anísio Teixeira. São Paulo: Companhia Editora.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005