V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

WILSON ENGELMANN

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Daniela Marques De Moraes, Jaime Ruben Sapolinski Labonarski – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-254-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direitos. 3. Garantias Fundamentais. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O V Encontro Internacional do CONPEDI, realizado na Universidad de la República, em Montevidéu, no Uruguai, propiciou a aproximação de pesquisadores e alunos de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito brasileiros e pesquisadores uruguaios. Com o foco na internacionalização da pesquisa jurídica do Brasil, o Grupo de Trabalho 55 dedicou-se à discussão de uma variada gama de temas, que foram reunidos sob a temática de Direitos e Garantias Individuais. A seguir se destacam, em linhas gerais, os artigos que foram apresentados neste GT, integrantes desta publicação.

O primeiro trabalho é intitulado A preservação do direito fundamental à saúde: um estudo do princípio da reserva do possível, sendo de autoria de Cloris Patricia Pimente e Anisio Monteschio Junior, e aborda a repercussão das dificuldades de acessar o SUS e a judicialização do direito à saúde. Esta última vem afetando a complexidade do sistema administrativo, gerando dúvidas sobre a origem dos recursos, que são escassos. Como cumprir a decisão judicial constante de busca individualizada do direito coletivo à saúde? O direito fundamental à saúde está atrelado ao direito à vida, por isso não é absoluto. Os autores destacam a necessidade de políticas públicas, ao invés do recurso ao Poder Judiciário, o que acaba refletindo numa questão orçamentária.

O segundo texto, intitulado: Mandado de Injunção e Jurisdição dialógica: algumas considerações a partir do caso do MI nº 943, escrito por Renata de Marins Jaber Rosa, discute a função do Mandado de Injunção no contexto jurídico-constitucional brasileiro. Desde 2007, o STF definiu a solução normativa do MI. A questão sobre os efeitos ainda é polêmica, sejam efeitos inter partes ou erga omnes. Na questão do MI 943, ao julgar o pedido, o STF acabou gerando um reflexo forte sobre o Poder Legislativo, que editou a legislação, sobre o aviso prévio proporcional, objeto deste Mandado de Injunção. Trata-se de um instrumento jurídico ainda pouco utilizado no Brasil, em que pese ainda existirem muitos artigos da Constituição do Brasil sem regulamentação ordinária.

O texto que segue, intitulado O bem de família do fiador e seu direito de moradia, da lavra de Daniele Ferron D'Avila e Nicholas Augustus de Barcellos Nether, traz a discussão acerca da (im)penhorabilidade do bem de família do fiador. O problema que buscou enfrentar: Isso é ou não constitucional? Estão em oposição o direito de moradia do fiador e o direito de

proteção à locação que é do proprietário. O art. 827, do CC, traz o benefício de ordem, o fiador poderá, no prazo da defesa, indicar bens do locatário que poderão ser objeto de penhora, desde que no mesmo município onde está o imóvel locado. Este artigo acaba não viabilizando uma solução para o locador. Os diversos Tribunais de Justiça ainda não harmonizaram o entendimento, mas há uma sinalização no sentido da penhorabilidade do bem do fiador. O STJ entende que o fiador, quando assina o contrato e dá o bem em garantia, está ciente dos efeitos jurídicos e, por isso, não há uma violação constitucional. A simples aplicação da lei ao caso concreto é insuficiente, se deve lê-la à luz dos princípios da CF/88. Se deveriam utilizar outras formas de garantia, ao invés da fiança, que somente caberia se o fiador tivesse dois imóveis.

Na sequência se poderá ler o texto: A identidade de gênero do transexual na principiologia da igualdade numa perspectiva neoconstitucional, escrito por Anna Priscylla Lima Prado e Angélika Souza Veríssimo da Costa, que aborda a perspectiva de gênero, sustentado a possibilidade de ir além da apresentação binária, que ainda é muito enraizada na sociedade brasileira. A norma constitucional exige uma hermenêutica principiológica, a fim de dar execução aos direitos sociais. Um ponto importante é a identidade social dos transexuais, mesmo após a cirurgia de redesignação sexual. O "ser transexual" ainda é motivo para um elevado e crescente número de homicídios no Brasil, apontando a necessidade da prática da efetiva igualdade entre as pessoas. A discussão de e sobre o gênero nas escolas é um caminho importante para se fomentar o respeito a essa temática.

Na sequência, o leitor encontrará o artigo: A Lei de acesso à informação no Brasil e Uruguai: um estudo comparativo ante a trasnacionalidade do direito à informação, de autoria de João Francisco da Mota Júnior. O autor inicia o texto distinguindo "transnacionalização" de "globalização". Aqui se estuda a transcendência de Estado, sem preocupação com os limites territoriais. O direito à informação é um direito sem fronteiras. Por isso, terá cada vez mais dificuldades para ser efetivamente protegido pelo Direito. A lei brasileira é de 2011 e a lei uruguaia é de 2008. Ambos os textos legais apresentam pontos positivos e negativos. No Uruguai existe um recurso especial – que traz características distintas do recurso de amparo, para proteger a integridade e a confidencialidade das informações. No Uruguai ainda existe a possibilidade do sigilo eterno, o que não existe no Brasil. O estudo de Direito Comparado se apresenta como uma ferramenta metodológica significativa para a compreensão da evolução de determinados ramos novos que surgem no cenário da inovação tecnológica.

O artigo intitulado Análise dos aspectos jurídicos legais decorrentes da redesignação sexual como forma de exercício dos direitos da personalidade, escrito por Paulo Joviniano Alvares dos Prazeres, aborda o tema relacionado às dificuldades da inserção do transexual em uma

categorização da distinção binária. O nome social não atende às necessidades dos transexuais e a questão registral trazem questões jurídico-sociais que ainda carecem de uma solução que menos ofenda a dignidade da pessoa humana. No bojo das discussões levantadas por estas duas questões se verifica a complexidade da plenitude do exercício dos direitos da personalidade, que se encontram inscritos no Código Civil atual.

O próximo artigo, intitulado: Capitalismo, defesa do consumidor e justiça: uma visão a partir da perspectiva da sociedade de consumo instituída enquanto modo de vida no contexto social do século XX, escrito por Renata de Carvalho Ferreira Machado e Emerson Duarte de Souza Pires, aborda a importância do direito à informação na rotulagem dos produtos transgênicos e os seus reflexos na chamada "sociedade de consumo", a partir de Baumman, Lipovetzky, Nancy Fraser, entre outros. O art. 170, da CF/88, como um referencial para a defesa do consumidor, o que se mostra ineficaz, a partir das estruturas do capitalismo, que se nutrem por meio do consumo em massa e, muitas vezes, sem uma devida informação dos diversos efeitos que tal postura social contemporânea poderá gerar.

Por meio do artigo: Crítica ao conceito de mínimo existencial na perspectiva da Teoria das Necessidades de Agnes Heller, da lavra de Léa Maria Massignan Berejuk, é trazido o estudo o mínimo existencial – hoje, é uma espécie de mínimo vital; as necessidades humanas – e a partir desta perspectiva a autora do artigo apresenta as contribuições de Agnes Heller, que trabalha a teoria das necessidades, expressas em sentimentos, não apenas alimentação, medicamentos, mas amar e ser amado. De acordo com Heller, todo ser humano tem as seguintes necessidades: o consumo; a democracia formal, a estrutura das necessidades – que vem da tradição – as transformações são lentas e graduais; a participação democrática, para inserir as pessoas no contexto; o trabalho; necessidades manipuladas – o reflexo da sociedade de consumo, as necessidades acabam sendo infinitas; participação política; o lazer e a dificuldade de conciliá-lo com o trabalho; incentivo aos jovens na participação política; a necessidade da religião; a ética; liberdade de escolha; socialização; tradições e mudanças. Por meio destes elementos é que se deveria avaliar a extensão e a medida do atendimento a tudo aquilo que se pretende inserir sob o título do "mínimo existencial".

O artigo que tem como título: Contradição fática na efetivação dos direitos fundamentais sociais, de autoria de Filipe Augusto Silva, estuda algumas contradições presentes na satisfação de direitos básicos, com um aporte financeiro significativo por parte do Estado. Existe uma limitação nesta questão, pois se estabelece uma relação entre a escassez de recursos e as necessidades da sociedade (as demandas por efetivação de direitos fundamentais). Medidas propostas pelo trabalho: a integração informacional entre os 3 poderes, em forma de decisões dialógicas, buscando uma prestação qualitativa dos direitos

fundamentais, especialmente por meio de políticas públicas para atender às demandas a médio e longo prazos.

Em continuação, se poderá ler o trabalho intitulado: Direito à saúde como manifestação de vida-digna, escrito por Juliana Cristina Borcat e Alinne Cardim Alves Martha, examina a saúde como um exemplo do núcleo existencial do indivíduo. O estudo se deu a partir dos casos de fissurados do lábio palato, que são tratados pela área da saúde da USP, por uma equipe multidisciplinar. O trabalho pretende inserir o Direito nesta equipe, especialmente a partir de um tratamento/acompanhamento desde o nascimento das crianças que apresentam as características deste caso de saúde.

O artigo que tem como título: Neoconstitucionalismo e tutela das pessoas com deficiência pelo Poder Judiciário: perspectivas de uma jurisdição inclusiva na América do Sul, de autoria de Mariana Camilo Medeiros Rosa, traz o estudo comparado a partir do Brasil, Colômbia e Argentina, que possuem índices consideráveis de pessoas com deficiência. Aí a justificativa para a sua escolha no contexto da América Latina. No Brasil, em dados de 2010, são 23% de pessoas que se declaram com alguma deficiência. Nos outros 2 países os índices são bem menores. O artigo examina, ainda, a força normativa dada aos princípios, no Brasil, a partir da CF88, na Argentina em 1990, e na Colômbia em 1994. Discutiu-se a passagem do princípio da igualdade para o direito à igualdade. As ações afirmativas ou discriminação positiva são mecanismo para implantação da inclusão das pessoas com alguma deficiência.

No seguimento se encontra o artigo: O direito de tentar: a utilização de substância experimentais em pacientes terminais como hipótese concretizadora dos direitos à vida e à felicidade, de autoria de Patrícia Vieira de Melo Ferreira Rocha e Alicio de Oliveira Rocha Júnior, onde os autores trazem os contornos de um “novo” direito fundamental, ou seja, de um direito de tentar usar substâncias experimentais, com fundamento na dignidade da pessoa humana e da auto-determinação de cada indivíduo. Vale dizer, cada pessoa sabe o que é melhor para ela mesma e este direito subjetivo deverá ser reconhecido pelo Ordenamento Jurídico. A questão que se contrapõe ao direito de tentar são os riscos que poderão ser gerados ao usuário. Este direito tem uma dupla perspectiva: é uma forma de concretizar o direito à vida, mas também é um direito de relativizar este direito. Por isso, deverá receber atenção por parte do Direito, fundado no amplo esclarecimento sobre todos os possíveis desdobramentos que este “direito de tentar” poderá trazer para o seu titular. Este direito tem previsão constitucional na Colômbia.

A seguir se encontra o artigo intitulado O dever constitucional de emancipação das minorias, escrito por Sérgio Tibiriçá Amaral e Flademir Jeronimo Belinati Martins, que traz as

contribuições oriundas de decisões judiciais produzidas na Alemanha, França e Estados Unidos, buscando defender um direito/dever constitucional das minorias. Os autores observam que a criação de políticas de cotas é insuficiente, notadamente pela falta de candidatos, em muitos casos, para utilizá-las. Por isso, apontam para a necessidade de ações emancipatórias, expressas por meio de políticas públicas que busquem concretizar a emancipação das minorias.

Depois se pode ler o artigo O dever fundamental dos pais de educar os filhos: porque a educação necessita de esforços pessoais, elaborado por Adriano Sant'Ana Pedra, que destaca a necessária interrelação entre os direitos e os deveres fundamentais, especialmente no tema relacionado à educação dos filhos, que acaba aproximando os pais e o Estado. Ambos têm parcelas específicas na concretização deste direito fundamental, cujo titular são os filhos. Mesmo em escolas privadas se terá a ingerência do Estado, assim como nas escolas públicas deverá haver a efetiva participação dos pais.

Na sequência se encontra o texto intitulado O trabalho infantil e a violação dos direitos fundamentais, da lavra de Suzete da Silva Reis e André Vianna Custodio, que estuda os efeitos que o trabalho prematuro poderá gerar no desenvolvimento das crianças. Apesar das diversas ações para minorar a ocorrência desta situação, o índice do trabalho infantil ainda é bastante elevado. Atualmente existem diversas atividades que acabam atraindo as crianças, como o trabalho de modelo, de artista, como jogador de futebol, entre outros, que disfarçam um trabalho infantil. Há diversos pontos de atenção, pois os efeitos são gerados do presente para o futuro destas crianças, notadamente na qualidade de vida e os custos à saúde pública.

Se percebe a grande diversidade de temas novos que se inscrevem sob o título dos Direitos e Garantias Fundamentais, sinalizando a ampla gama de possibilidades para a promoção da inovação no Direito. Espera-se que os textos a seguir apresentados possam ser o ponto inicial para ampliar os horizontes de sentido para o Direito no Século XXI.

Os organizadores desejam uma excelente leitura.

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini - Programa de Mestrado em Direito do UNICURITIBA

Prof. Dr. Wilson Engelmann - Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado; e Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios, ambos da UNISINOS

O DEVER CONSTITUCIONAL DE EMANCIPAÇÃO DAS MINORIAS

DEBER CONSTITUCIONAL DE LA EMANCIPACIÓN DE LAS MINORIAS

Sérgio Tibiriçá Amaral
Flademir Jeronimo Belinati Martins

Resumo

Com a positivação de direitos humanos como fundamentais nas Constituições, estas passaram a ser o locus da função contramajoritária da democracia, baseada no pluralismo. A proteção das minorias e a busca para pleno desenvolvimento é elemento central da democracia. A doutrina brasileira foi influenciada por teóricas ocidentais, nas quais categorias como “reconhecimento” e “redistribuição” não diferenciam “minorias” e “grupos vulneráveis”. A proteção desses grupos precisa levar em conta carências econômicas e sociais, diversidade étnico-cultural, dinâmica social, e a complexa estrutura jurídico-política que busca institucionalizar, o conflito social. É necessária uma dimensão emancipatória ao processo social de conquista de direitos.

Palavras-chave: Democracia, Minorias e grupos vulneráveis, Proteção constitucional, Emancipação

Abstract/Resumen/Résumé

Con positivización de los derechos humanos y fundamentales en la constitución, éstas se han convertido en el lugar de contramajoritária función de la democracia plural. La protección de las minorías y la búsqueda de un desarrollo pleno es un elemento central de la democracia. La doctrina fue influenciado por teórico occidental, en el que categorías como "reconocimiento" y "redistribución" no diferencia "minorías" y "grupos vulnerables". La protección hay que tener en cuenta las necesidades económicas y sociales, la diversidad étnica y cultural, la dinámica social, y el complejo marco jurídico y político no conflicto social. Se requiere una dimensión emancipatoria.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democracia, Las minorías y los grupos vulnerables, Protección constitucional, Emancipación

1 INTRODUÇÃO

A positivação de direitos humanos como fundamentais nas Constituições significam mudança de enfoque na efetiva realização desses direitos, pois mais que dotá-los de eficácia normativa, a incorporação trouxe outras perspectivas metodológicas, já que os sistemas normativos passaram a incorporar conteúdos éticos, morais, políticos e valorativos diversos.

O artigo aborda essas mudanças no Estado Democrático de Direito, que passou também a ser, de forma explícita ou implícita, o *lócus* para o exercício de uma função contra majoritária da democracia, que se baseia no pluralismo das sociedades contemporâneas. Assim, a proteção das minorias e a busca do pleno desenvolvimento são um elemento central da democracia, que exige padrões mínimos de proteção às minorias, que estão presentes nesta apreciação acadêmica.

A pesquisa bibliográfica histórica feita sobre a proteção das minorias demonstra marcada influencia de posturas teóricas desenvolvidas em realidades sociais díspares da nossa. De fato, categorias como "reconhecimento" e "redistribuição" são usadas indiscriminadamente para as minorias, sem refletir as peculiaridades históricas e sociais.

O debate incorporou um olhar mais adequado para a realidade social brasileira, que leve em conta não somente as imensas carências econômicas e sociais da população, mas sua diversidade étnico-cultural e uma complexa estrutura jurídico-política.

A discussão pressupôs, à luz da realidade social, delimitações das minorias e os deveres de proteção. Discorreu-se sobre qual o sentido do conceito de minorias para um país plurirracial como o Brasil e se apontou quais as diferenças importante no recorte desejado entre minoria e grupos vulneráveis, bem como a importância e as consequências do debate contra majoritário para a democracia brasileira. Buscaram-se os fundamentos constitucionais e sendo que por isso foram utilizados neste artigo os métodos dedutivo e indutivo.

A complexidade social brasileira, conjugado com a insuficiência do sistema político institucional para atender as demandas sociais e coletivas da sociedade produziu um debate acirrado sobre proteção das minorias, marcado por exageros, preconceitos e irracionalidades, o qual, em grande medida, expõe o déficit de legitimidade do sistema constitucional, em função de inúmeras promessas não cumpridas. Este artigo se propõe, portanto, a estudar, algumas das relações entre a democracia e a proteção das minorias, defendo um dever constitucional de proteção das minorias e uma dimensão emancipatória da luta minoritária.

2 MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS

Genaro R. Carrió (2011) advertia que embora a linguagem seja uma ferramenta completa de comunicação entre os homens, nem sempre esta ferramenta funciona bem. No âmbito do direito, as fontes de frustração da comunicação variam muito, mas podem ser sintetizadas como decorrentes do próprio uso da linguagem; do significado emotivo das palavras empregadas; do uso de palavras generalizantes; da ambiguidade; da vagueza; da textura aberta da linguagem e etc. Por isso, algumas definições conceituais.

Falar de diferença e minorias é sempre reavivar medos e preconceitos das pessoas e da sociedade, sendo que por isso o debate sobre o tema não costuma ser anódino, fraternal e consensual. Ao contrário, suscita medos, ódios, paixões e verborragia.

André Leonardo Copetti Santos e Doglas Cesar Lucas (2015, p. 21-27) recorreram ao que a ideia do Diabo na história. Lembram os autores que um Diabo transcendental teve uma função histórica ligada à instalação de processos de dominação econômica ou de manutenção de produção de riqueza, mediante a submissão ou exploração de alguns povos por outros. E que nesse sentido, o Diabo pode ser compreendido como uma farsa criada para funcionar como uma ferramenta de repressão, opressão e imposição de certos valores.

Eduardo Galeano (2015, p. 113-119) se vale de diversos aforismos e lista que o Diabo é muçulmano; é judeu; é negro; é mulher; é pobre; é estrangeiro; é homossexual; é cigano; é índio. Na sociedade brasileira o Diabo são os menores infratores; os velhos; os que recebem o bolsa-família; os sem-terra, os sem-teto, os que moram nas ruas; os doidos; os presos; os deficientes; os desempregados; os macumbeiros e etc. Ora, lamentavelmente o Diabo brasileiro tem muitas faces e parece ser bem mais criativo.

A definição de minorias para fins de proteção é essencial para a correta discussão e na prática, utilizam-se diversos critérios: numérico, territorial, étnico, religioso e etc. O conceito de minorias obedece não somente a necessidade de dar clareza e concreção aos termos legais, mas guarda relação com quem os poderes públicos estatais reconhecem como minorias; reconhecimento que é obra de pressões sociais e não da concessão graciosa do poder (SORIANO DÍAZ, p. 305-307).

Nobert Rouland (2008, p. 300), por exemplo, afirma que o critério numérico, a história, o território são insuficientes para definir as minorias, razão pela qual entende que estas (minorias)

só se definem estruturalmente. Apesar de a condição minoritária variar ao longo da história, será preciso a consciência coletiva da própria situação. Além disso, este grupo precisa ser suficientemente institucionalizado, por meio de organizações, práticas e representações.

Por vezes os Estados não reconhecem o direito destas minorias e, por isso, a ideia de pluralismo jurídico é fundamental os direitos destas minorias (ROULAND, 2008, p. 301). O autor parece afastar os grupos vulneráveis do conceito de minorias, mas apresenta-se mais adequado trabalhar com o conceito de minorias e com o conceito de grupos sociais vulneráveis.

Alexandre Coutinho Pagliarini (2012, p. 254), por exemplo, afirma que a minoria é um grupo verificável dentro de uma comunidade política, diferente do grupo predominante, em virtude razões de nacionalidade, étnicas, religiosas, políticas, econômicas, de orientação sexual e etc., que sofrem de discriminação inconstitucional, em razão de não ter acesso à fruição de direitos acessíveis à maioria. Mas frequentemente se confunde *minoria* com *classe historicamente desfavorecida* (preferimos falar de grupos vulneráveis), como acontece no Brasil em relação às mulheres, os indígenas e com os afrodescendentes (PAGLIARINI, 2012, p. 255).

No Brasil, o critério numérico é totalmente insuficiente para identificar quem faz parte da minoria. Isto nos leva a uma aporia: a de acreditar que a proteção constitucional pode ser destinada somente às minorias, enquanto categoria organizada e institucionalizada, e não aos grupos vulneráveis. As categorias são objeto de discriminação e tem proteção constitucional.

Élida Seguin afirma que existe certa confusão entre minorias e grupos vulneráveis, sendo o primeiro grupo caracterizado por ocupar uma posição de não dominância no país onde vivem. Os grupos vulneráveis podem se constituir num grande contingente numericamente falando, como as mulheres, crianças e idosos, mas estão destituídos de poder, mas guardam a cidadania e os demais elementos que poderiam transformá-los em minorias. Os dois grupos sofrem discriminação e são vítimas de intolerância.

A categorização das minorias e de grupos vulneráveis parece ser a mais adequada para a realidade social brasileira, na qual grande parte da população está sujeita a carências econômicas e sociais, que se agravam a depender ou não de sua situação de identidade pessoal.

Pietro de Jésus Lora Alarcon (2013, Prefácio) lembra que a heterogeneidade das modalidades de discriminação nos Estados periféricos originou a conceito de vulnerabilidade cruzada, em que se conjuga uma exclusão geral ocasionada pelo sistema econômico, que se reflete em aviltante pobreza, com as discriminações de uma extensa gama de seres humanos que exigem o direito de ser diferentes.

Por isso, não há como falar da proteção constitucional das minorias no Brasil sem reconhecer que a exclusão social agrava a discriminação aos grupos minoritários e aos grupos vulneráveis. Acrescente-se que muitas vezes uma mesma pessoa pode ser enquadrada tanto como minoria, quanto como integrante de grupos vulneráveis.

Os índios constituem uma minoria ou um grupo vulnerável, ao menos em relação ao dever constitucional de proteção. O conceito amplo de minoria ora adotado permite institucionalizar juridicamente demandas de identidade.

As constituições consagrarem direitos às minorias insuficientes para a sua efetiva proteção. Pela atuação de sistemas jurídicos e políticos fundamentados nas constituições, há às vezes terríveis perseguições e segregações das minorias, hipossuficientes e submissos, com a subjugação destas por maiorias em diferentes locais do planeta.

Esta concepção contra majoritária das Constituições, contudo, só surge nos movimentos sociais que questionam os modos de ser dominantes (SANTOS; LUCAS, 2015, p. 24).

As minorias são objeto de inúmeras violências em seu cotidiano. Assim, a articulação destas formas de resistência minoritária no âmbito do sistema jurídico-político induz à necessidade de também se compreender a relação entre os diretos fundamentais, a função contra majoritária da democracia Contemporânea e a democracia deliberativa.

2 A DEMOCRACIA DELIBERATIVA E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS

Uma Constituição pode ser entendida como um projeto histórico que os cidadãos procuram cumprir a cada geração, por decisão própria, de se ligar a uma comunidade de livres e iguais e escolher os direitos que eles precisam se reconhecer mutuamente para regular de maneira legítima seu convívio por meio do direito positivo. Jürgen Habermas (2002, p. 229) explica que há três modelos ou compreensões normativas de democracia: 1) a liberal; 2) a republicana; e 3) a política deliberativa.

Nos países de democracia liberal firmou-se o conceito de democracia representativa ou parlamentar, na qual se reconhece o princípio democrático da soberania popular e o dever de fazer as leis é atribuído a um corpo de representantes eleito por cidadãos que têm direitos políticos. Só pode haver democracia onde forem garantidos alguns direitos fundamentais de

liberdade que tornem possível uma participação política guiada pela vontade autônoma do indivíduo. O desenvolvimento da concepção de democracia representativa se voltou para duas direções: 1) no alargamento gradual do direito voto; e 2) na multiplicação dos órgãos representativos (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1997, p. 324).

Já na concepção republicana o *status* dos cidadãos não é determinado segundo o modelo das liberdades negativas, mas com base num modelo de liberdades positivas. Assim, mesmo os direitos políticos são vistos como direitos positivos, que garantem a participação em uma práxis comum, por meio da qual os cidadãos se tornam o que tencionam ser: sujeitos livres e responsáveis de uma comunidade de pessoas livres e iguais (HABERMAS, 2002, p. 272).

Habermas (2002, p. 277-278) defende como mais adequado às sociedades contemporâneas o terceiro modelo de compreensão da democracia (político deliberativo), afirmando que nele é possível se constituir uma vontade comum, não apenas por um auto entendimento mútuo de caráter ético, mas também pela busca de equilíbrio entre interesses divergentes e pelo estabelecimento de acordos, escolhidos racionalmente e voltados para um fim específico relativo ao bem comum. Como a deliberação política é pública e baseia-se nas condições de comunicação (teoria do discurso), difere dos outros dois modelos (liberal e republicano), na medida em que permite a criação de uma coesão interna entre negociações, discursos de auto entendimento e sobre a justiça. Com isso a razão prática desloca-se dos direitos universais do homem e da eticidade concreta para as regras discursivas e formas argumentativas.

Se na concepção clássica da democracia representativa cabia aos partidos políticos ser o instrumento concreto da soberania popular, por meio da organização e politização do povo, a crise do constitucionalismo social, decorrente da não concretização dos fins sociais previstos nas Constituições, fez com que os partidos políticos e o poder legislativo perdessem espaço, deslocando para outro poder (o Poder Judiciário) o monopólio da última palavra na interpretação constitucional (BERCOVICI, 2013, p. 321-322).

Os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito são concebidos como uma resposta à pergunta sobre como institucionalizar as condições de comunicação do procedimento democrático, valendo-se da intersubjetividade existente em processos de entendimento mútuo para reinterpretar a ideia de soberania popular.

Nesse contexto, a noção de diferença é extremamente importante para a proteção das minorias e pode ser concebida como acontecimento social, como campo teórico e como condição

de razão política e jurídica. Nesse último sentido (condição de razão política e jurídica), a diferença pode se projetar em espaços decisórios normativos garantidores de práticas de liberdade identitária individuais e coletivas de grupos submetidos socialmente, que se encontram imobilizados, fixos e bloqueados em estados de dominação (SANTOS; LUCAS, 2015, p. 31).

Habermas (2002, p. 232) explica, com base em Amy Gutmann, que o reconhecimento pleno conta como duas formas de respeito: 1) o respeito pela identidade inconfundível de cada indivíduo, independentemente de raça, sexo ou procedência étnica; e 2) o respeito pelas formas de ação, práticas e visões peculiares de mundo que gozam de prestígio junto aos integrantes de grupos desprivilegiados. Na luta por reconhecimento, as minorias se defendem da opressão, da marginalização e do desprezo, com identidades coletivas, tanto no contexto de uma cultura majoritária, quanto em meio à comunidade dos povos, constituindo movimentos de emancipação cujos objetivos políticos coletivos se definem culturalmente.

Habermas (2002, p. 242-243) explica que a questão sobre o "direito" das minorias é uma eminentemente política, mas que ganha um sentido jurídico na medida em que decisões políticas servem-se do direito positivo para se tornarem efetivas em sociedades complexas.

Além disso, Pérez Luño (2013, p. 21) afirma que os direitos fundamentais desempenham uma dupla função: a) no plano subjetivo atuam como garantias da liberdade individual e de aspectos sociais e coletivos da subjetividade; b) no plano objetivo assumem uma dimensão institucional a partir da qual seu conteúdo deve funcionalizar-se à consecução de fins e valores constitucionalmente proclamados, o que leva o autor afirmar que os direitos fundamentais modificaram a estrutura normativa das Constituições no que tange às minorias.

É preciso resgatar que no momento da sua positivação na ordem interna enquanto direitos fundamentais deixam de ser ideias, esperanças, postulados, ou simples declarações solenes de intenção, passando a ser uma parte obrigatória da ordem do direito e do Estado (HÖFFE, 2006, p. 416). Mediante a positivação de direitos humanos sob a forma de direitos fundamentais, possibilita-se a vinculação da entidade jurídica (no sentido de sistema jurídico) e da entidade do Estado a princípios de justiça. Mas para que esta vinculação chegue a seu pleno desempenho, existe um instrumental de etapas que começa com a garantia constitucional de direitos humanos e continua na veiculação da legislação de acordo com a Constituição, bem como no exame desta vinculação por um Tribunal Constitucional (HÖFFE, 2006, p. 421-422).

Não por acaso, um dos principais pontos desta mudança foi o de conceber as Constituições, de forma explícita ou implícita, como o *lócus* para o exercício de uma função contra majoritária da democracia, que se baseia principalmente no pluralismo das sociedades contemporâneas, na defesa da dignidade humana e na perspectiva material da igualdade.

Por isso a proteção das minorias em face das maiorias eventuais e a busca de condições para seu pleno desenvolvimento identitário é hoje um elemento central da democracia. A democracia deliberativa pode até se basear em esquemas procedimentais para refinar e redefinir o âmbito de proteção constitucional das minorias, mas a articulação do pluralismo, da dignidade da pessoa humana e da igualdade, exige que se tenha sempre em mente que a Constituição possui uma reserva de justiça que deve ser respeitada, com dever de proteção das minorias.

De fato, no Estado Democrático de Direito a Constituição desempenha dois grandes papeis: 1) assegurar as regras do jogo democrático, propiciando participação política ampla e o governo da maioria; 2) proteger valores e direitos fundamentais, mesmo contra a vontade circunstancial de quem tem mais voto (BARROSO, 2015, p. 320-321).

No Brasil, a função contra majoritária da democracia se expressa por meio da atitude ativista do STF em prol da proteção das minorias, na qual a ampliação do rol de legitimados para a propositura de ações constitucionais, a possibilidade de realização de audiências públicas e a incorporação do *amicus curiae* tiveram grande importância para a democratização do acesso à jurisdição constitucional (SOUZA NETO; SARMENTO, 2015, p. 38).

A relação entre a jurisdição constitucional e a democracia envolve uma tensão sinérgica, na qual o exercício do controle de constitucionalidade tanto pode proteger os pressupostos necessários ao bom funcionamento da democracia (como regras do jogo democrático e os direitos fundamentais), quanto pode ser antidemocrático se cercear em demasia a possibilidade do povo se autogovernar. Por isso a necessidade de se adotar uma teoria dos diálogos constitucionais que negue aos poderes políticos majoritários a prerrogativa de dar a última palavra sobre o significado das normas constitucionais (SOUZA NETO; SARMENTO, 2015, p. 38).

Não há, portanto, como conceber a diferença como condição de razão política e jurídica sem compreender que esta (diferença) não pode conduzir a juízos, materiais ou procedimentais, de exclusão, necessitando de uma cidadania ativa. Ou seja, reconhecer a diferença significa admitir que apesar de diferentes, todos somos livres e iguais, na busca da plena participação política, da institucionalização de demandas identitárias.

Acrescente-se que o estabelecimento de padrões mínimos de bem estar social nos textos constitucionais não apenas constitucionalizou a ideia de *Welfare State*, mas provocou a perda de nitidez, na esfera pública contemporânea, entre a política e o direito (VIANNA et al., 2014, p. 22). Esta falta de nitidez entre a política e o direito está no cerne do processo atual de redefinição das relações entre os três poderes, pois o Poder Judiciário está no espaço da política.

Este processo aprofundou-se no final do século XX com o desmonte de regimes autoritário-corporativos do mundo ibérico-europeu e americano (VIANNA et al., 2014, p. 22), repercutindo também no Brasil, por ocasião da elaboração da Constituição.

A emergência de novos processos sociais e de conflitos coletivos, próprios da globalização, criou o Poder Judiciário como nova arena pública, externa ao circuito clássico até então existente: "*sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária*", com mudanças na teoria clássica da soberania popular (VIANNA et al., 2014, p. 22-23).

Esta nova configuração social acabou por deslocar os procedimentos políticos de mediação para os procedimentos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e de partidos políticos, em um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios e do direito material.

Os direitos fundamentais, de um lado, prendem-se ao objetivo de preservação de liberdade do indivíduo e, de outro, ao objetivo de inseri-lo no contexto social, tanto do ponto de vista político, quanto do ponto de vista econômico, permitindo-lhe partilhar das decisões da sociedade e participar dos esforços comuns (NUNES JUNIOR, 2009, p. 33).

É nesse contexto que se encontra a intrínseca relação entre os direitos fundamentais, a democracia deliberativa e a proteção das minorias no Brasil no caso da Constituição de 1988, que fez escolhas substanciais sobre uma nova legitimidade democrática, que torna cada vez mais relevante o aprimoramento da deliberação pública.

Não obstante, importante consignar que a questão minoritária comporta inúmeras abordagens teóricas encontrando-se relacionada, por exemplo, às visões multiculturais e interculturais da democracia, às análises da filosofia política e da teoria econômica, e, de resto, da teoria constitucional. Além disso, apesar da ideia de vulnerabilidade cruzada ser inteiramente aplicável ao Brasil, mesmo concepções liberais de proteção às minorias tem sido importantes para a mudança dos paradigmas teóricos vigentes no Brasil.

4. A PROTEÇÃO DAS MINORIAS E O DEBATE ACADÊMICO: FRASER - HONETT

No âmbito da filosofia política, o debate sobre a proteção das minorias é marcado por posturas teóricas liberais, que repercutem no direito. Ainda que estas posturas sejam importantes para o desenvolvimento da proteção das minorias, o fato é que elas pecam justamente por não aprofundar a discussão teórica rumo à defesa dos grupos sociais vulneráveis. Desconsideraram a situação de vulnerabilidade cruzada que atingem os países ditos periféricos e escolhemos duas reflexões distintas: as de Nancy Fraser e as de Axel Honneth.

Nancy Fraser (2010, p. 167) explica que as demandas por justiça social são de dois tipos: as primeiras são demandas redistributivas que buscam uma distribuição mais justa de recursos e bens e o segundo tipo diz respeito diz respeito a uma demanda que tem sido chamada de "política de reconhecimento". Busca-se reconhecer a diferença, de forma que a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do igual respeito. Nesta situação estão às demandas por reconhecimento das perspectivas diferenciadoras de minorias étnicas, raciais, sexuais e a diferença de gênero.

Fraser (2010, p. 168) afirma que os dois tipos de demandas estão frequentemente dissociados um do outro, sendo apresentados como escolhas disjuntivas: distribuição ou reconhecimento, que são insuficientes sozinhos. A questão de como combiná-los se torna primordial e a proposta é de desenvolver uma concepção bidimensional da justiça que acomode tanto as demandas de igualdade social quanto de reconhecimento da diferença. A autora compreende as políticas de redistribuição como abrangentes não apenas em orientações centradas em classes (social democracia ou socialismo), mas também as formas de feminismos e antirracismo que se utilizam de reformas socioeconômicas para corrigir as injustiças correspondentes. Já a política de reconhecimento engloba não somente movimentos visando a revalorizar identidades injustamente depreciadas (como o feminismo cultural, o nacionalismo cultural negro e política de identidade homossexual), mas também tendências desconstrutivas (como a política racial crítica e o feminismo desconstrutivista).

As duas abordagens pressupõe diferentes concepções de injustiça. A política de redistribuição enfoca as injustiças que define como socioeconômicas, as quais estariam enraizadas na economia política (exploração, marginalização econômica e miséria). A de reconhecimento mira injustiças que entende como culturais, que estariam enraizadas nos padrões

sociais de representação, interpretação e comunicação. E propõe diferentes tipos de remédios para a injustiça.

Para a política de redistribuição, o remédio seria a reorganização da divisão do trabalho ou transformação de estruturas econômicas básicas. Já para a política de reconhecimento, o remédio é a transformação cultural ou simbólica, por meio da reavaliação de identidades desrespeitadas, a valorização positiva da diversidade cultural, ou a transformação dos padrões societários de representação, interpretação e comunicação.

Fraser (2010, p. 181) desenvolve sua proposta de concepção "bidimensional" da justiça, a qual trata a redistribuição e o reconhecimento como perspectivas e dimensões distintas. O núcleo normativo é a noção de participação paritária, pela qual a justiça requer arranjos sociais que permitam a todos os membros adultos da sociedade interagir uns com os outros e com seus pares. Para que a participação paritária seja possível há necessidade de que a distribuição de recursos materiais seja tal que garanta independência e "voz" aos participantes (condição objetiva de participação paritária), proibindo-se, assim, arranjos que institucionalizem privação, exploração e grosseiras disparidades de riqueza, renda, trabalho e tempo de lazer. A segunda condição requer que os padrões institucionalizados de valor cultural expressem igual respeito por todos os participantes e assegurem igual oportunidade para a conquista da estima social (condição intersubjetiva da participação paritária), proibindo-se, assim, padrões culturais que depreciem sistematicamente uma categoria de pessoas e as qualidades a elas associadas.

Nesse sentido, o não-reconhecimento não acarreta diretamente má distribuição, muito embora aquele contribua para esta. E como na proposta da autora, questões culturais afetam não somente o *status*, mas também a posição econômica, e questões econômicas afetam não somente a posição econômica, mas também o status e as identidades culturais, Fraser (2010, p. 186-187) defende um "dualismo de perspectiva", em que a redistribuição e o reconhecimento não constituem domínios substantivos separados, mas duas perspectivas analíticas que podem ser assumidas a respeito de qualquer domínio.

O problema da categorização de Fraser reside na circunstância de que apenas adultos estão envolvidos no dilema redistribuição-reconhecimento. Com isso, ela se esquece de grandes contingentes da população que não tem condições de expressar suas demandas de redistribuição e reconhecimento, como crianças, jovens e idosos e pessoas com deficiência. Fraser faz proposta com base nas minorias organizadas americanas, sem levar consideras os grupos vulneráveis.

Além disso, Fraser não dá importância ao caráter libertário que a busca por reconhecimento pode ter na consciência individual e coletiva, e também na dificuldade prática de se obter reconhecimento em situações de graves carências sociais e econômicas presentes na América Latina.

Nussbaum (2013, p. 1-115), por exemplo, parte da ideia do pacto social como um contrato entre partes iguais, exposta por John Rawls, para demonstrar que as pessoas que participam deste pacto não são iguais em capacidades e que a ideia de que são totalmente livres e iguais pode agravar injustiças. Por isso propõe que as garantias humanas centrais devem ser respeitadas e implementadas pelos governos de todas as nações com base na ideia de capacidades humanas, isto é, no que as pessoas são de fato capazes de fazer e ser, instruídas, pela ideia de vida apropriada à dignidade do ser humano. As capacidades são fonte de princípios políticos para uma sociedade liberal pluralística. Dessa forma, as capacidades não tem relação só com as habilidades que as pessoas possuem, mas também com as políticas públicas adequadas.

Amartya Sen (2011, p. 39), por sua vez, inverte a ideia de busca de uma teoria de justiça que pudesse solucionar as demandas por redistribuição, para, a partir de um senso geral de injustiça, afirmar que é possível chegar a diagnósticos fundamentados de injustiça e, partindo destes, chegar às análises de formas de promover a justiça. Afastando-se das concepções contratualistas, o autor irá questionar diversos pontos da teoria da justiça elaborada por John Rawls, que se preocupe essencialmente com o problema de como remover grandes injustiças.

Uma teoria da justiça não pode se limitar à escolha de instituições nem à identificação de arranjos sociais ideais, mas deve ser baseada na vida que as pessoas podem viver de fato. São as exigências de racionalidade, objetividade e de imparcialidade importantes num arranjo hipotético, mas que são insuficientes para remover as grandes injustiças.

Valendo-se de reflexões sobre teoria da escolha social, Amartya Sen explica sua teoria: a) foco nas realizações sociais; b) focalizar as comparações, e não apenas o transcendental; c) reconhecer a pluralidade de princípios concorrentes; permitir e facilitar o reexame; d) permitir soluções parciais; e) permitir a diversidade de interpretações e inputs; f) enfatizar a articulação e a argumentação precisas; g) especificar o papel da argumentação pública. Nesse ponto, o autor (SEN, 2010, p. 143) passa a desenvolver o raciocínio no sentido de que a deliberação democrática tem plenas condições de orientar as escolhas sociais de forma não apenas a

identificar injustiças flagrantes, mas de também evitar que estas aconteçam e orientar as ações públicas para a remoção destas injustiças.

A liberdade é valiosa por pelo menos duas razões: 1) para exercício das capacidades plenamente e 2) para exercício das oportunidades de exercer suas capacidades que devem ser disponibilizadas a todos. Mas a pobreza é, na prática, uma privação da capacidade.

Importante ressaltar o papel central da argumentação pública para a compreensão da justiça, pois esse reconhecimento nos leva a uma ligação entre a ideia de justiça e a prática da democracia. E, nesse sentido, Amartya Sen (2011, p. 386) demonstra que a existência de regimes verdadeiramente democráticos, nos quais exista uma impressa livre e deliberação democrática, é a única forma de evitar que grandes injustiças, como as grandes fomes que assolaram o mundo, se repitam. E defende a proteção das minorias e o estímulo do valor da tolerância como forma de evitar sectarismos e violências, afirmando que o reconhecimento das múltiplas identidades das pessoas, entre elas a identidade religiosa, é importante para o êxito da democracia.

Axel Honneth (2009), por sua vez, busca não apenas descrever o funcionamento da sociedade, mas compreendê-la à luz de uma emancipação ao mesmo tempo possível e bloqueada pela lógica própria da organização social vigente. O autor mostra que a racionalidade comunicativa em Habermas é prévia ao conflito social. Enquanto para ele a realidade social do conflito é estruturante da intersubjetividade.

Para Honneth (2009), a subjetividade e a identidade individual e coletiva são constituídas na luta por reconhecimento, o que leva o autor a partir dos conflitos sociais e institucionais para buscar suas lógicas. Não se volta para a luta social que tem objetivos de auto conservação ou aumento de poder, mas para aqueles conflitos que se originam de uma expressão de desrespeito social, de um ataque à identidade pessoal ou coletiva, capaz de suscitar uma ação que busque restaurar relações de reconhecimento mútuo. Assim, as diversas lutas por reconhecimento adquirem uma força moral que impulsionam desenvolvimentos sociais.

Partindo do estudo de Hegel, Honneth (2009, p. 29-30) analisa a pretensão dos indivíduos ao reconhecimento intersubjetivo de sua identidade enquanto instrumento de pressão intrassocial para o estabelecimento de instituições garantidoras da liberdade, capaz de conduzir a um estado de liberdade comunicativamente vivida. A "luta por reconhecimento" hegeliana deve ser compreendida na perspectiva de uma teoria social de teor normativo, enquanto teoria da condição necessária da socialização humana, transformada num quadro pós-metafísico.

Assim, a experiência de ser reconhecido pelos membros da coletividade como uma pessoa de direito significa para o sujeito individual poder adotar em relação a si mesmo uma atitude positiva, que leva à consciência do próprio valor por meio do autor respeito. E dessa forma, o autor respeito consiste na atitude positiva para consigo mesmo que o indivíduo pode adotar quando reconhecido por sua coletividade como determinado gênero de pessoa. Contudo, a relação jurídica de reconhecimento é incompleta se não puder expressar positivamente as diferenças individuais entre os cidadãos (HONNETH, 2009, p. 137-140).

As condições morais e culturais sob as quais se reproduzem as sociedades pós-tradicionais precisam impor limites normativos a seus valores e suas finalidades éticas, de tal maneira que a concepção de vida boa, intersubjetivamente vinculante, que se tornou eticamente habitual, deve ser formulada de forma que ela deixe ao próprio membro da coletividade a possibilidade de determinar seu modo de vida no quadro dos direitos que lhe cabem.

Sobressai a circunstância de que demandas de reconhecimento são importantes não só para a autor realização do indivíduo, mas que a intersubjetividade que se constrói a partir da luta social é prévia ao consenso procedimental político-normativo e não posterior a ele, como defende Habermas. Não se deve esquecer-se das demandas de redistribuição em países carentes sociais e economicamente, que precisam de uma dimensão emancipatória da luta social. Há necessidade de adaptar às teorias à complexidade social, acrescentando-lhes uma dimensão emancipatória.

4 CONSTITUIÇÃO E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS: UMA NOVA PROPOSTA

As visões anteriormente expostas baseiam-se em modelos liberais de democracia e apesar de sua relevância não são totalmente compatíveis com o Brasil, multirracial, multiétnico, plural e diverso, mas onde carências sociais, econômicas e políticas são muito mais aguçadas.

Com efeito, entre tantos outros pensadores, como não levar em conta a perspectiva de Joel Rufino dos Santos (2013, p. 29-31) no sentido de que a escravidão no Brasil foi um circo de horrores, mas também foi um processo civilizatório, que produziu a partir do encontro prolongado de povos e culturas diferentes algo bem mais complexo: a sociedade brasileira. Como não reconhecer, baseado na análise crítico-antropológica de Darcy Ribeiro (2006), a circunstância de que a sociedade brasileira, calcada num verdadeiro genocídio de índios e negros, fez surgir, apesar disto, um país mestiço e tropical, cujas mazelas são ao mesmo tempo o símbolo de seu

vigor e de suas potencialidades. Como não levar em conta a singularidade do pensamento de Milton Santos (2013) sobre a dinâmica da pobreza urbana e de sua relação com o espaço urbano, que ainda hoje permanece atual para a realidade urbana brasileira. Como desconsiderar conceitos como o de “desenraizado”, “conscientização” e de “pedagogia libertadora” elaborados por Paulo Freire, que ainda hoje são objeto de estudos pelo mundo afora, e que são esclarecedores para a compreensão da dimensão emancipatória da luta pelos direitos das minorias.

A noção de Fraser (2010, p. 167-189) de bidimensional idade da justiça, relativa a demandas de reconhecimento e de redistribuição, é importante para a proteção das minorias no Brasil, já que o contexto do reconhecimento passa necessariamente por questões de redistribuições. Sua influência se fez notar na citação do STF no paradigmático julgamento da União Homoafetiva.

A luta pelo reconhecimento depende da autoconsciência da situação minoritária, da auto-organização e da capacidade das minorias, por meio da luta social, conquistarem direitos negados pela sociedade e pelo poder público.

Supera-se os esquemas idealizados da teoria do discurso e da razão comunicativa, mas falta uma proposta teórica que leve em conta não apenas as carências sociais e econômicas em nosso país e a complexidade de nossa estrutura social, mas que também considere que muitas vezes o conflito social decorrente das lutas sociais numa dimensão libertária e emancipatória que nem sempre é evidente nos EUA e na Europa. A luta pelos próprios direitos faz das minorias e das maiorias colaborativas um motor das transformações sociais, conferindo uma dimensão emancipatória ao processo social de conquista de direitos.

O caráter emancipatória dos direitos das minorias é vital não apenas para as próprias minorias, mas também para mudanças no sistema de valores da sociedade, o que fará com que o direito à diversidade se transforme em um valor comunitário e não só de grupos específicos.

O fato é que as atividades da sociedade, ou de um grupo, conduzem sempre ao estabelecimento de uma norma e à consolidação de uma resposta majoritária. Uma vez que esta norma e esta resposta foram elaboradas, os comportamentos, as opiniões, os medos de satisfazer às necessidades e todas as ações sociais se dividem entre o que é proibido; o que é permitido; o que está incluído e o que está excluído. O consenso, por vezes, desempenha um papel indireto no processo de validação, enquanto que em outras circunstâncias intervém diretamente. Quando se trata de avaliar o nível de democracia num país, o consenso tem uma função importante, embora

sua força dependa do grau de unanimidade que suscita. A minoria, por mais fraca que seja sua força numérica ou por maior que seja sua dependência pode sempre recusar este consenso, o que lhe confere uma força considerável (MOSCOVIVI, 2011, p. 76).

Muitas categorias de minorias representam grupos em situação de inferioridade, excluídos da ideia de normalidade da sociedade por diversas formas de discriminação: econômica, social, racial e etc. Estão privados dos direitos que o sistema social, os valores políticos e os valores religiosos outorgam aos demais indivíduos (MOSCOVIVI, 2011, p. 79).

Tudo isto reforça o aspecto da emancipação que se encontra presente na luta minoritária que ocorre no Brasil. Demandas de reconhecimento e redistribuição são um elemento central da proteção das minorias no Brasil, que produzem uma transformação social efetiva e expõe a relação de dominação entre a minoria e maioria.

Os esquemas de dominação são primeiramente desvelados e a realidade social passa a ser denunciada como injusta. Num segundo momento, passa-se à crítica emotiva e racional destes sistemas de dominação vigente, o que cria inúmeras tensões no sistema de valores dominantes estabelecido. A partir daí passa a ser possível às minorias e grupos vulneráveis, por meio da auto-organização e da organização das maiorias colaborativas, buscar mudanças concretas no sistema com normas, regulações, leis e instituições.

O caráter emancipatório do conflito social acaba deslocando para o direito boa parte da responsabilidade destas transformações sociais. Há uma institucionalização jurídico-política do conflito social que surge como escape para evitar a ruptura social e também como um elemento importante na construção de uma práxis constitucional, intersubjetivamente legítima, em que a diferença surge como elemento constitutivo da liberdade e igualdade de todos, numa dimensão emancipatória.

O autor (DUSSEL, 2012, p. 73) explica que sua filosofia da libertação é um contra discurso ao discurso hegemônico, que nasce na periferia, a partir das vítimas e dos excluídos, com pretensão de mundialidade. A dimensão emancipatória da luta minoritária se exerce assim num contexto de um discurso ético material (de conteúdos) e formal (intersubjetivo e válido) que leva em conta a factibilidade empírica da exclusão. Dussel (2012, p. 15) explica que sua ética não pretende ser uma filosofia crítica para minorias, nem para épocas revolucionárias, mas sim uma ética cotidiana em favor das imensas maiorias excluídas da globalização, constituindo-se a partir das vítimas, dos dominados e dos afetados-excluídos. Passa-se a demonstrar como o processo de

uma ética cotidiana é capaz de incluir uma dimensão libertária (que aqui chamamos de emancipatória) na defesa das minorias.

A principal importância da dimensão emancipatória da luta pelos direitos das minorias no Brasil: a possibilidade de, por meio da luta social, modificar o sistema de valores dominantes, transformar a realidade social, e produzir novos arranjos institucionais capazes de garantir os direitos das minorias de forma duradoura e libertária.

6 CONCLUSÃO

Cada vez mais se configura a necessidade de se readequar, reinterpretar e, principalmente, de se realizar na vida concreta do homem os direitos fundamentais previstos nas Constituições. Além disso, as novas, rápidas e mutáveis demandas sociais têm levado ao surgimento de novos direitos e reconfiguraram os antigos, num processo de constante necessidade de redefinição e reconfiguração dos parâmetros normativos vigentes.

Assim, na democracia contemporânea, os direitos fundamentais estão diretamente relacionados ao debate democrático, já que a deliberação pública se presta não somente a permitir que a sociedade, de forma democrática, possa definir quais são os direitos que são tidos por fundamentais, mas também estabelecer os contornos, os limites e o alcance destes direitos fundamentais. E nesse contexto, a transformação da estrutura constitucional fez com que as Constituições passassem a ser o *lócus* para o exercício de uma função contra majoritária da democracia, que se baseia no pluralismo das sociedades contemporâneas.

Assim, a proteção das minorias em face das maiorias eventuais e a busca de condições para seu pleno desenvolvimento é hoje um elemento central da democracia constitucional, o que reforça a necessidade de debatermos a perspectiva minoritária.

Embora haja um dever constitucional de proteção das minorias que se extrai principalmente do pluralismo, da dignidade da pessoa humana e da igualdade material, este dever só pode ser compreendido em toda sua amplitude quando abarcamos no conceito de minorias as minorias em sentido clássico e os grupos vulneráveis.

A doutrina brasileira, contudo, tem sido influenciada por posturas teóricas desenvolvidas em países ocidentais, nas quais categorias como “reconhecimento” e “redistribuição” e um enfoque que não diferencia o conceito de “minorias” do de “grupos vulneráveis” tem sido

utilizados indiscriminadamente para situar a questão minoritária, sem que se reflita sobre nossas peculiaridades históricas e sociais.

Por isso, o debate sobre a proteção das minorias no Brasil precisa incorporar uma olhar mais adequado para a nossa realidade social, que leve em conta não somente as carências econômicas e sociais de nossa população, mas sua diversidade étnico-cultural, sua dinâmica social, bem como a complexa estrutura jurídico-política que busca institucionalizar o conflito social que permeia nossa sociedade.

Para que isto aconteça, além de reconhecermos que há um dever constitucional de proteção de minorias e grupos vulneráveis, é preciso acrescentar ao debate a categoria da "emancipação", por meio da qual a luta pelos próprios direitos faz das minorias (minorias e grupos vulneráveis) e das maiorias colaborativas um motor das transformações sociais, conferindo uma dimensão emancipatória ao processo social de conquista destes direitos no Brasil.

Além disso, o caráter emancipatório do conflito social acaba deslocando para o direito boa parte da responsabilidade destas transformações sociais, na medida em que a institucionalização jurídico-política do conflito social colabora para que se evite rupturas institucionais e para a construção de uma práxis constitucional, intersubjetivamente legítima, em que a diferença surge não mais como exclusão, mas como elemento constitutivo da liberdade e igualdade de todos nós: diferentes, livres e iguais.

Por isso, a principal importância da dimensão emancipatória da luta pelos direitos das minorias no Brasil reside na possibilidade de, por meio da luta social, modificar o sistema de valores dominantes, transformar a realidade social, e produzir novos arranjos institucionais capazes de garantir os direitos das minorias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro*. 15ª ed. São Paulo, SP: Geração Editorial, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5ª ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*. 2ª ed. São Paulo, SP: Quartier Latin, 2013.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Vol. I. Trad. Carmen C. Varriale et al. 10ª ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*: por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. São Paulo, SP: Malheiros, 2001.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Editora Lumen Juris, 2000.

SILVA, Ildete Regina Vale da; BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Constituição e fraternidade: o valor normativo do preâmbulo da Constituição*. Curitiba, PR: Juruá, 2015.

DIMOULIS, Dimitri. (Coordenador-Geral). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. *A Construção social do sentido da Constituição na democracia contemporânea*: entre soberania popular e direitos humanos. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2007.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. Trad. Ephraim Ferreira Alves; Jaime A. Clasen; Lúcia M. E. Orth. 4ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 54 ed. São Paulo, SP: Paz e Terra, 2013.

FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada de justiça. Trad. George Sperber. In: *Igualdade, diferença e direitos humanos*. 2ª tir. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords) Rio de Janeiro, RJ: Editora Lumen Juris, 2010.

GALEANO, Eduardo H.. *Espelhos*. Porto Alegre, RS: L&PM, 20015.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*: estudos de teoria política. Trad. George Sperber. São Paulo, SP: Edições Loyola, 2002.

_____. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Volume I. 2ª ed. Trad. Flávio Beno Sieneneichler. Rio de Janeiro, RJ: Tempo Brasileiro, 2003.

HELLER, Agnes. *A Filosofia Radical*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo, SP: Brasiliense, 1983.

_____. *Hipótesis para una Teoria Marxista de los Valores*. Barcelona, Grijalbo, 1974.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política*: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado. 3ª ed. Trad. Ernildo Stein. São Paulo, SP: Editora WMF Martins Fontes, 2006.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: A gramática moral dos conflitos sociais. 2ª ed. Trad. Luiz Repa. São Paulo, SP: Editora 34, 2009.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. Verbete: democracia. In: DIMOULIS, Dimitri. (Coordenador-Geral). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2012.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. Prefácio. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CAMPOS SILVA, Nilson Tadeu Reis. *Minorias e grupos vulneráveis*: reflexões para uma tutela inclusiva. Birigui, SP: Boreal, 2013.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 11 ed. Madrid: Tecnos, 2013.

_____. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitucion*. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1999.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana*: princípio constitucional fundamental. 1ª ed. 7ª reimp. Curitiba, PR: Juruá, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, São Paulo, SP: Ed. Saraiva, 2011.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2009.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988:* Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo, SP: Verbatim, 2009.

NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça*: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. Trad. Susana de Castro. São Paulo, SP: WMF Martins Fontes, 2013.

MOSCOVICI, Serge. *Psicologia das minorias ativas*. Trad. Grupo de Leitura "Ideologia, Comunicação e Representações Sociais". Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2000.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*: a formação e o sentido do Brasil. 1ª ed. 16ª reimpr. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo, SP: Método, 2014.

ROULAND, Nobert. *Nos confins do direito*: antropologia jurídica da modernidade. Trad. Maria Ermentina de Almeida Prado Galvão. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2013.

SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Doglas Cesar. *A (in)diferença no direito*. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2015.

SANTOS, Joel Rufino dos. *A escravidão no Brasil*. São Paulo, SP: Editora Melhoramentos, 2013.

SANTOS, Milton. *Pobreza urbana*. 3ª ed. 1ª reimpr. São Paulo, SP: Editora da Universidade de São Paulo, 2013.

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coordenadores). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. 2ª tir. Rio de Janeiro, RJ: Editora Lumen Juris, 2010.

SÉGUIN, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis*: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2002.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottman & Ricardo Doninelli Mendes. 3ª reimpressão. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2011

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2014.

SORIANO DÍAZ. Los derechos de las minorias. In: *Dicionário Crítico de los Derechos Humanos*.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5ª ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2014.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo, SP: Saraiva, 2012.

VIANA, Nildo. *Os valores na sociedade moderna*. Brasília, DF: Thesaurus, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 2ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Revan, 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça:* Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma, São Paulo, SP: Malheiros Editores, 1999.

WARAT, Luís Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª ed. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico*: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3ª ed. São Paulo, SP: Editora Alfa Omega, 2001.