

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITOS FUNDAMENTAIS

JONATHAN BARROS VITA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

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 – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Lucas Gonçalves Da Silva, Jonathan Barros Vita, Valéria Silva Galdino Cardin– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-051-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito fundamentais. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apresentação

O XXIV Encontro Nacional do CONPEDI Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito em parceria com o Programa Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe UFS, ocorreu em Aracaju entre os dias 03 e 06 de junho de 2015 e teve como tema central DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção e estabelecendo um fio condutor evolutivo para os mesmos.

No caso concreto, assim aconteceu com o GT DIREITOS FUNDAMENTAIS. Coordenado pelos professores Jonathan Barros Vita, Lucas Gonçalves da Silva e Valéria Galdino Cardin, o referido GT foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados no presente e-book, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido também a maior atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Como o ato de classificar depende apenas da forma de olhar o objeto, a partir da ordem de apresentação dos trabalhos no GT (critério de ordenação utilizado na lista que segue), vários grupos de artigos poderiam ser criados, como aqueles que lidam com: questões de raça,

religião e gênero (8, 10, 12, 13, 15, 24 e 27), concretização de direitos fundamentais (1, 5, 9, 11, 16, 18, 19 e 22), liberdade de expressão e reunião (3, 6, 17 e 25), teoria geral dos direitos fundamentais (7, 14) e temas multidisciplinares que ligam os direitos fundamentais a outros direitos (2, 4, 20, 21, 23, 26 e 28)

1. A inclusão nos mecanismos de produção de riqueza face à relativização do princípio da igualdade pelos programas de transferência de renda, de Rogério Piccino Braga

2. Benefícios da clonagem terapêutica e as células-tronco embrionárias frente ao princípio da dignidade humana no ordenamento jurídico brasileiro, de Janaína Reckziegel e Luiz Henrique Maisonnnet

3. As teses revisionistas e os limites à restrição da liberdade de expressão, de Rodrigo De Souza Costa e Raisia Duarte Da Silva Ribeiro

4. A inviolabilidade do domicílio no curso da fiscalização tributária, de Pedro Cesar Ivo Trindade Mello

5. Acessibilidade: um direito fundamental da pessoa com deficiência e um dever do poder público, de Flavia Piva Almeida Leite e Jeferson Moreira de Carvalho

6. Biografias não autorizadas e o direito à privacidade na sociedade da informação, de Narciso Leandro Xavier Baez e Eraldo Concenço

7. O princípio da igualdade e suas dimensões: a igualdade formal e material à luz da obra de Pérez Luño, de Giovanna Paola Batista de Britto Lyra Moura

8. Intolerância contra as religiões de matriz africana: uma análise sobre colisão de direitos através de casos judiciais emblemáticos, de Ilzver de Matos Oliveira e Kellen Josephine Muniz De Lima

9. A criança e o adolescente e os direitos fundamentais - o papel das mídias sociais e das TICs sob o prisma do princípio da proteção integral e da fraternidade, de Bruno Mello Corrêa de Barros e Daniela Richter

10. Laicidade e símbolos religiosos no brasil: em defesa da liberdade religiosa e do estado democrático de direito, de Eder Bomfim Rodrigues

11. O serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social, de Paulo Ricardo Schier e Adriana da Costa Ricardo Schier
12. Sobre a dominação masculina (re)produzida na publicidade: reações da sociedade vistas a partir de denúncias ao CONAR, de Helio Feltes Filho e Taysa Schiocchet
13. É para rir? A atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos casos envolvendo liberdade de expressão e racismo nos discursos humorísticos, de Caitlin Mulholland e Thula Rafaela de Oliveira Pires
14. O poder judiciário, a constituição e os direitos fundamentais: ativismo judicial no STF pela crítica de Antônio José Avelãs Nunes, de Tassiana Moura de Oliveira e Ana Paula Da Silva Azevêdo
15. Mudança de sexo e a proteção dos interesses de terceiros, de Kelly Cristina Presotto e Riva Sobrado De Freitas
16. Os custos dos direitos fundamentais e o direito prestacional/fundamental à saúde, de Rubia Carla Goedert
17. Democracia na era da internet, tática black bloc e direito de reunião, de Gilton Batista Brito e Lucas Gonçalves Da Silva
18. A pessoa com espectro autista e o direito à educação inclusiva, de Carolina Valença Ferraz e Glauber Salomao Leite
19. A problemática dos custos no campo de execução dos direitos fundamentais: alternativas e soluções para o cumprimento do mínimo existencial, de Diogo Oliveira Muniz Caldas
20. Direitos fundamentais: questões de princípios entre o viver e o morrer, de Robson Antão De Medeiros e Gilvânklim Marques De Lima
21. A Amazônia e o paradoxo das águas: (re)pensando a gestão hídrica urbana, de Jefferson Rodrigues de Quadros e Silvia Helena Antunes dos Santos
22. Benefício constitucional de prestação continuada: o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o critério da renda per capita à luz da efetividade, de Benedito Cerezzo Pereira Filho e Luiz Fernando Molan Gaban

23. Os "mortos" civilmente: aspectos políticos e jurídicos acerca da invisibilidade do preso provisório em um estado democrático de direito, de Samyle Regina Matos Oliveira e Edinilson Donisete Machado

24. As mulheres no mercado de trabalho: desmistificando a igualdade entre os gêneros, de Deisemara Turatti Langoski e Olga Maria B Aguiar De Oliveira

25. Os limites entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio: uma análise sobre o caso dos supostos justiceiros, de Rafael Santos de Oliveira e Claudete Magda Calderan Caldas

26. Tráfico de pessoas para retirada ilegal de órgãos: um crime degradante contra o ser humano, de Fernando Baleira Leão De Oliveira Queiroz e Meire Marcia Paiva

27. O desafio da igualdade: casos de intolerância religiosa na contemporaneidade e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de Jose Lucas Santos Carvalho

28. O cadastro ambiental rural como direito à informação e o sigilo de dados, de Luciana Costa da Fonseca e Danielle Fonseca Silva

Finalmente, deixa-se claro que os trabalhos apresentados no GT DIREITOS FUNDAMENTAIS, acima relatados, foram contemplados na presente publicação, uma verdadeira contribuição para a promoção e o incentivo da pesquisa jurídica no Brasil, consolidando o CONPEDI, cada vez mais, como um ótimo espaço para discussão e apresentação das pesquisas desenvolvidas nos ambientes acadêmicos das pós-graduações.

Desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita - Unimar

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Profa. Dra. Valéria Galdino Cardin - Unicesumar

A INCLUSÃO NOS MECANISMOS DE PRODUÇÃO DE RIQUEZA FACE À RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE PELOS PROGRAMAS DE TRANSFERÊNCIA DE RENDA

INCLUSION IN THE WEALTH OF PRODUCTION MECHANISMS IN THE FACE OF THE PRINCIPLE OF EQUALITY RELATIVIZATION BY INCOME TRANSFER PROGRAMS

Rogério Piccino Braga

Resumo

Talvez pelo viés adotado na aplicação do instrumento, ou pela falibilidade procedimental da política responsável por sua implantação em nosso País há mais de duas décadas, haja solidificada a ideia de que não estamos diante de um fator real de redução da desigualdade ao falarmos em programas de transferência de renda. Pretende-se com o texto, demonstrar que tais projetos não integram nosso rol de medidas inéditas, como se difunde, nem mesmo fazem parte de um sistema internacional nascido no movimento do constitucionalismo contemporâneo. Primordial identificarmos nos chamados conditional cash transfer programs, uma relativização dos direitos humanos e uma flexibilização negativa do princípio da igualdade, em suas dimensões formal e material. A compensação das diversas situações sociais excludentes e a expressão dos direitos humanos como política social emancipatória, não autorizam o desenvolvimento de plataformas desse gênero, da forma como é difundido no Brasil. Sua instauração passou ao largo da essência das demais ações afirmativas e criou dependência político-financeira dos beneficiários, fomentando, ainda mais, a segregação entre os eixos da proteção internacional dos direitos humanos. A sistemática internacional de proteção aos direitos humanos nos conduz à demanda não somente de um raciocínio teórico voltado à materialização dos mecanismos de proteção. Primordial no texto, portanto, é demonstrar a necessidade premente de esforços práticos aptos à inclusão do cidadão mais nos mecanismos de produção de riqueza que na condição de destinatários finais da força produtiva, tão somente.

Palavras-chave: Políticas públicas, Inclusão social, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

Perhaps the perspective adopted in application of the instrument, or the procedural fallibility of policy responsible for its implementation in our country for over two decades, there is solidified the idea that we are not facing a real factor of inequality reduction - to speak in programs income transfer. The aim of the text, show that such projects are not part of our list of unprecedented measures, such as spreads, or even part of an international system born in the movement of contemporary constitutionalism. Primordial identify the so-called conditional cash transfer programs, the relativization of human rights and a negative

relaxation of the principle of equality, in their formal and equipment dimensions. The compensation of the various exclusionary social situations and the expression of human rights as an emancipatory social policy, do not allow the development of platform of this kind, the way it is widespread in Brazil. Its implementation went off the essence of other affirmative action and created political and financial dependence of the beneficiaries, encouraging even more segregation between the axes of the international protection of human rights. The international system of human rights protection leads us to demand not only a theoretical reasoning aimed at the realization of the protection mechanisms. Paramount in the text, therefore, is to demonstrate the urgent need for practical efforts fit the inclusion of more citizens in wealth creation mechanisms, than provided clients of the productive force, alone.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public policies, Social inclusion, Fundamental rights

INTRODUÇÃO

Muitas perguntas surgem quando o assunto repousa na origem da desigualdade e em suas consequências, para que possamos descobrir quais os mecanismos ideais a serem empregados na compensação e, talvez, na reparação dos desdobramentos das situações sociais excludentes, geradas pelos fatores de desigualdade. Não fomos tomados de surpresa pela concentração de riqueza nas mãos de poucos, portanto, não há como afirmar com certeza absoluta que esse seria o real motivo da desigualdade. Fatores outros de contrapeso se fazem presentes no século XXI, para que possamos abandonar a ultrapassada teoria marxista arraigada

por séculos na ideia de que enquanto muitos são os donos do capital, poucos têm acesso aos bens, produtos da produção de riqueza. Tomas Piketty (2014, p. 9) nos revela com sobriedade as indagações, cujas respostas podem clarear o caminho a ser percorrido:

A distribuição da riqueza é uma das questões mais vivas e polêmicas da atualidade. Mas o que de fato sabemos sobre a evolução no longo prazo? Será que a dinâmica da acumulação do capital privado conduz de modo inevitável a uma concentração cada vez maior da riqueza e do poder em poucas mãos, como acreditava Marx no século XIX? Ou será que as forças equilibradoras do crescimento, da concorrência e do progresso tecnológico levam espontaneamente a uma redução da desigualdade e a uma organização harmoniosa das classes nas fases avançadas do desenvolvimento, como pensava Simon Kuznets no século XX? O que realmente sabemos sobre a evolução da distribuição da renda e do patrimônio desde o século XVIII, e quais lições podemos tirar disso para o século XXI? (PIKETTY, 2014, p.9).

Nem a modernização da economia, a difusão tecnológica ou até mesmo as velhas lições sociais, filosóficas e de direito, foram suficientes para afastar essa espécie de dogma marxista, atual a cada fracasso de medidas econômicas ou da adoção de programas sociais voltados à redução da desigualdade. Entretanto, Piketty (2014, p. 9) desenvolve seu raciocínio e nos mostra que a democracia possui meios de retomar o controle do capitalismo e buscar ao atendimento do interesse geral da população:

O crescimento econômico moderno e a difusão do conhecimento tornaram possível evitar o apocalipse marxista, mas não modificaram as estruturas profundas do capital e da desigualdade – ou pelo menos não tanto quanto se imaginava nas décadas otimistas pós-Segunda Guerra Mundial. Quando a taxa de remuneração do capital ultrapassa a taxa de crescimento da produção e da renda, como ocorreu no século XIX e parece provável que volte a ocorrer no século XXI, o capitalismo produz automaticamente desigualdades insustentáveis, arbitrárias, que ameaçam de maneira radical os valores de meritocracia sobre os quais se fundam nossas sociedades democráticas. Existem, contudo, meios pelos quais a democracia pode retomar o controle do capitalismo e assegurar que o interesse geral da população tenha precedência sobre os interesses privados, preservando o grau de abertura econômica e repelindo retrocessos protecionistas e nacionalistas (PIKETTY, 2014, p.9).

A desigualdade surge, se mantém ou é superada de diferentes formas, a depender do contexto social e da ocasião em que é enfrentada. Duas são as hipóteses apontadas pela teoria que vê na disputa entre educação e tecnologia, a razão da desigualdade, como narrado pelo autor (PIKETTY, 2014, p.296-297):

A teoria baseia-se em duas hipóteses. A primeira é que a remuneração de um indivíduo assalariado é igual à sua produtividade marginal, ou seja, à sua contribuição individual para a produção da empresa ou do setor governamental em que ele trabalha. A segunda

é que essa produtividade depende, antes de tudo, da qualificação do indivíduo e das condições de oferta e demanda de qualificações na sociedade considerada. Por exemplo, numa sociedade em que existem pouquíssimos assalariados com qualificação de engenheiro (ou seja, uma baixa “oferta”) e a tecnologia em vigor exige muitos engenheiros (ou seja, uma alta “demanda”), há grande possibilidade de o confronto entre a baixa oferta e a alta demanda conduzir a um salário muito elevado para os engenheiros (em comparação a outros assalariados) e, assim, a uma desigualdade salarial significativa entre os trabalhadores assalariados mais bem pagos que os demais [...]. Na prática, a oferta de qualificação depende particularmente das condições do sistema educacional: quantas pessoas puderem ter acesso a essa ou àquela carreira, qual é a qualidade de suas formações, em que medidas elas foram complementadas por experiências profissionais adequadas etc. Já a demanda por qualificação depende, sobretudo, das condições tecnológicas disponíveis para produzir os bens e os serviços consumidos em uma sociedade (PIKETTY, 2014, p.296-297).

Pese sobre essa teoria eficiência ou não de constatações, fato é que ela nos traz uma realidade, qual seja, a oferta e a demanda por qualificações, num cenário onde os programas de transferência de renda criam dependência e, por consequência, geram desigualdade. A constante alteração do texto constitucional, a rotineira transformação, não do anseio social, mas sim do desejo de segmentos em bem jurídico positivado com eficácia simbólica, talvez não sejam a solução adequada. Muitas vezes é esse o caminho de materialização dos programas de transferência de renda brasileiros.

Vivemos um momento de nítido rompimento do cidadão com o chamado sentimento constitucional, provocado certamente por essa rotina de alterações textuais nas Constituições ditas democráticas, como aponta Raul Machado Horta (2010, p. 71-72) e isso nos preocupa na medida em que a participação popular no cenário de transformações sociais e, por consequência, jurídicas, é de fundamental importância à construção da história democrática de uma nação:

O acatamento à Constituição, para assegurar sua permanência, não se resolve exclusivamente no mundo das normas jurídicas, que modela e conduz à supremacia da Constituição. O acatamento à Constituição ultrapassa a imperatividade jurídica de seu comando supremo. Decorre, também, da adesão à Constituição, que se espalha na alma coletiva da Nação, gerando formas difusas de obediência constitucional (...). A reforma constitucional exprime o rompimento do compromisso que mantém o equilíbrio entre os grupos sociais, a Sociedade e o Estado. O segredo da estabilidade da Constituição Norte-Americana, das Constituições monárquicas da Suécia, Noruega, Dinamarca, Bélgica, Luxemburgo e Holanda decorre da raridade de emendas constitucionais. As modificações infrequentes preservam a validade da Constituição e reforçam o seu prestígio na alma do povo (HORTA, 2010, p.71-72).

Ao falarmos em legislação simbólica, o que por uma visão panorâmica poderia ser estigmatizado como mera discussão terminológica, aqui, no entanto, é fundamental não confundirmos os vocábulos “simbólico”, “símbolo” e “simbolismo”. Marcelo Neves (2007,

p.5), ao enfrentar com profundidade as consequências da legislação simbólica, elucida essas divergências dos termos que cercam o tema:

Os termos “simbólico”, “símbolo”, “simbolismo”, etc., são utilizados nas diversas áreas de produção cultural, frequentemente sem que haja uma predefinição. A isso está subjacente a suposição de que se trata de expressões de significado evidente, unívoco, partilhado “universalmente” pelos seus utentes, quando em verdade, nem sempre se está usando a mesma categoria. Ao contrário, estamos diante de um dos mais ambíguos termos da semântica social e cultural, cuja utilização consistente pressupõe, portanto, uma prévia delimitação do seu significado, principalmente para que não se caia em falácias de ambiguidade (NEVES, 2007, p.5).

Kindermann (2007, p. 36), citado pelo autor (Neves, 2007), utiliza a expressão “legislação-álibi” para definir os atos legislativos que sequer reúnem as mínimas condições de efetividade. Nesse caso, pontua Neves:

O objetivo da legislação simbólica pode ser também fortificar a “confiança dos cidadãos no respectivo governo ou, de um modo geral, no Estado”. Nesse caso, não se trata de confirmar valores de determinados grupos, mas sim de produzir confiança nos sistemas político e jurídico. O legislador, muitas vezes sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. A essa atitude referiu-se Kindermann com a expressão “legislação-álibi”. Através dela o legislador procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos. Nos períodos eleitorais, por exemplo, os políticos prestam conta de seu desempenho, muito comumente, com referências à iniciativa e à participação no processo de elaboração de leis que correspondem às expectativas do eleitorado. É secundário, então, se a lei surtiu os efeitos socialmente “desejados”, principalmente porque o período da legislatura é muito curto para que se comprove o sucesso das leis então aprovadas. Importante é que os membros do parlamento e do grupo apresentem-se como atuantes e, portanto, que o Estado-Legislador mantenha-se merecedor da confiança do cidadão (NEVES, 2007, p.36-37).

Nesse aspecto, afastarmo-nos do legalismo e aproximarmo-nos da racionalidade proporcionada pela argumentação jurídica em compasso interpretativo com a argumentação moral é crucial. A dedicação incessante em positivar as pseudoevoluções, em detrimento de um esforço teórico e interpretativo dos direitos fundamentais e dos objetivos das Constituições democráticas, é deveras perniciosa à própria democracia. Sobre a argumentação jurídica e a argumentação moral, nos ensina Neil MacCormick (2006, p. 355-356):

Finalmente, que não seja apresentada a objeção de que a forma mais gritante de “legalismo” consiste em pressupor simplesmente, como este capítulo com efeito pressupôs, a existência de uma analogia entre a argumentação jurídica e a argumentação moral. Será este apenas mais um caso de imperialismo jurídico? Trata-se de fato do contrário. A argumentação moral não é uma prima pobre da argumentação jurídica. A verdade é que a argumentação jurídica é no mínimo um tipo especial, altamente institucionalizado e formalizado de argumentação moral. Naturalmente as próprias características de institucionalização e formalidade geram

importantes distinções entre a argumentação jurídica e a argumentação moral nas deliberações de indivíduos, nos discursos e discussões de amigos e colaboradores, ou seja lá quem for (...). Seja como for, na minha opinião essas dessemelhanças foram enormemente exageradas, e foram exageradas em razão de uma falsa ênfase aplicada à autonomia moral – sendo cada pessoa seu próprio legislativo, juiz, júri e policial. Nenhum de nós começa de outro modo a não ser com total heteronomia. Quando crianças (a menos que tenhamos pouquíssima sorte), nascemos numa família provida de um ou mais de um código moral estabelecido pelas autoridades que nos cercam – pais, avós, tios e, com o tempo, professores do nível primário. Se for pressuposto que a autonomia envolva a experiência de inventar um universo moral a partir do zero, ela é inexistente; exatamente do mesmo modo que ocorreria se a originalidade científica fosse atribuída apenas a quem desenvolvesse um novo ramo da ciência onde anteriormente não houvesse existido nada (MACCORMICK, 2006, p.355-356).

E, como bem expõe Lenio Luiz Streck (2014, p. 132), não é de hoje que são empreendidos esforços rumo a encontrar, “além do direito escrito, os valores da sociedade”:

Após a segunda guerra mundial, surge a Jurisprudência dos Valores, tentativa voluntarista de encontrar/descobrir, para além do direito escrito, os valores da sociedade. Essa tese – que tem um delicado contexto histórico na sua origem – teve profícuo desenvolvimento no Tribunal Constitucional da Alemanha. Da confluência axiologista da Jurisprudência dos Interesses – especialmente a partir de Philippe Hecke (que, aliás, inventou a expressão “Abwägung” – ponderação) – e da Jurisprudência dos Valores exsurge a Teoria da Argumentação Jurídica, de Robert Alexy, que busca, com sua tese, racionalizar a Wertungsjurisprudenz, tida como irracional (STRECK, 2014, p.132).

A falta de instrumentos, contudo, à efetivação da igualdade é tão prejudicial quanto uma legislação inútil. A falha na efetivação dos direitos humanos, assim como a preocupação com suas consequências, não faz parte de nossa cultura social ou jurídica. Em que pese, ainda assim, não há como imaginarmos-nos alheios às violações cada vez mais frequentes aos direitos fundamentais do ser humano, sem que isso dê origem a consequências em nosso cotidiano. Detentores da condição primordial à titularidade – e noutras ocasiões à destinação – dos direitos humanos, ou seja, “sermos humanos”, faz que sejamos responsáveis por manter uma visão global sobre o tema. Lembrando sempre de que as violações mais distantes surtirão efeito na (não) efetivação dos direitos fundamentais positivados em nosso ordenamento constitucional – simples, porém, ignorada consequência.

Pela manhã, tomamos café ouvindo notícias acerca de 1.900 mortes causadas pelo vírus Ebola. Almoçamos calculando quantas vezes a organização que se intitula “Estado Islâmico” passa a faca no pescoço de jornalistas e bebemos o cafezinho da tarde ao som do proselitismo estratégico do presidente norte-americano, Barack Obama, que por razões sócio-jurídicas, insiste em aguardar o “melhor momento” para a tomada de providências – se é que lhe cabe. Jantamos aos domingos ouvindo a fantástica e emocionante história da mulher que

emagreceu 27 quilos para doar parte do fígado a uma criança e, todo dia 7 de Setembro, assistimos ao desfile em comemoração à nossa “independência”. Veja o paradoxo que nos expõe o dia a dia, materializado pelas cinco situações citadas. Nisso não se traduz, entretanto, uma postura simplista ou meramente espectadora do cidadão brasileiro, diante de ocorrências tratadas em nível global. Ao contrário, nos preocupa, e muito, saber que se o sistema internacional de proteção aos direitos humanos falha, falha também - por consequência imediata - o sistema de proteção dos direitos fundamentais positivados em cada Carta Constitucional dos países signatários das Convenções e Tratados internacionais de direitos humanos.

Fato é que não percebemos a linha tênue que separa a falência sistêmica de proteção aos direitos humanos – a exemplo do que significa o ato de arrancar a cabeça de uma pessoa em cadeia nacional - e os direitos fundamentais. Vive em nossa mente a falsa sensação de imunidade às barbáries que simultaneamente acompanhamos pela imprensa, ao passo que nos emocionam - por raros que são - pequenos gestos dignos. Ao afirmar e reafirmar que a não efetividade do sistema internacional de direitos humanos produz efeitos imediatos no sistema de proteção dos direitos fundamentais de cada país, necessariamente estabelecemos correlação entre um e outro. E aqui novamente de se recorrer às lições de André de Carvalho Ramos (2014, p. 50):

A doutrina tende a reconhecer que os direitos humanos servem para definir os direitos estabelecidos pelo Direito Internacional em tratados e demais normas internacionais sobre a matéria, enquanto a expressão ‘direitos fundamentais’ delimitaria aqueles direitos reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional de um Estado específico (RAMOS, 2014, p.50).

Estamos falando dos mesmos direitos, porém, uns previstos nas normas internacionais com menos força vinculante (humanos) e outros nas normas internas de cada país, com mais força devido ao acesso interno ao Judiciário (fundamentais). Pode ocorrer de um Tratado internacional sobre direitos humanos ingressar em nosso ordenamento constitucional, portanto, com força normativa de um direito fundamental. É o que traz o art. 5º da Constituição Federal de 1988, ao prescrever que “*os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*”. Afirma Ramos (2014, p. 52) na mesma obra, por isso, que “[...] *os direitos fundamentais espelham, então, os direitos humanos*”. E que a conclusão a esse raciocínio não nos torne reféns de um pensamento simplista, traduzido na ideia equivocada de que as fontes dos direitos geram a

anulação de uns em homenagem aos outros. Nesse aspecto, acertadamente pondera Fernando Frederico de Almeida Júnior (2013, p. 21):

Deverá sempre prevalecer a norma mais benéfica ao ser humano, seja num conflito entre o Direito interno e o Direito internacional, seja num conflito entre disposições de dois instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, seja num conflito entre duas normas internas (ALMEIDA J., 2013, p.21).

1 A proteção internacional de direitos humanos, as ações afirmativas e as políticas sociais emancipatórias

E os direitos humanos, uma vez positivados nas Constituições democráticas, refletem, como dito, a expressão interna dos direitos fundamentais, a exemplo da Constituição Cidadã de 1988. Por isso, como se discorreu acima, um fracasso no sistema internacional de proteção aos direitos humanos, traz consequências diretas no sistema de proteção aos direitos fundamentais do indivíduo. Na esfera internacional, portanto, é salutar lembrarmos a narrativa de André de Carvalho Ramos (2014, p.50), vislumbrar a imprescindibilidade desse sistema internacional de proteção dos direitos humanos, subdividido, porém, congregado:

A proteção dos direitos essenciais do ser humano no plano internacional recai em três sub-ramos específicos do Direito Internacional Público: o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), o Direito Internacional Humanitário (DIH) e o Direito Internacional dos Refugiados (DIR). Inicialmente, deve-se evitar segregação entre esses três sub-ramos, pois o objetivo é comum: a proteção do ser humano. Com base nesse valor de interação e não segregação, o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) é, sem dúvida, o mais abrangente, atuando o Direito Internacional Humanitário (DIH) e o Direito Internacional dos Refugiados (DIR) em áreas específicas. A inter-relação entre esses ramos é a seguinte: ao DIDH incumbe a proteção do ser humano em todos os aspectos, englobando direitos civis e políticos e também direitos sociais, econômicos e culturais; já o DIH foca na proteção do ser humano na *situação específica* dos conflitos armados (internacionais e não internacionais); finalmente, o DIR age na proteção do *refugiado*, desde a saída do seu local de residência, trânsito de um país a outro, concessão do refúgio no país de acolhimento e seu eventual término (RAMOS, 2014, p.50).

E é na primeira dimensão dos direitos fundamentais, como denomina a doutrina moderna ao que antes se chamava de “*gerações*” dos direitos fundamentais, que se estabeleceu a mais estreita relação entre os direitos fundamentais e a democracia. Nos dizeres de Sarlet (2012, p. 46-47), os direitos do cidadão, frente ao Estado, são estabelecidos cotidianamente:

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do

século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São posteriormente complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia (SARLET, 2012, p. 46-47).

É fato que, não somente a escolha de representantes por meio do voto, mas também a inclusão social, como expressão genuína da participação popular, é necessária ao pleno exercício da democracia. É senso comum, nos dias de hoje, que emerge desse ponto a criação de mecanismos destinados a extirpar toda e qualquer discriminação social ou cultural que possa dar origem a segregações severas. A atividade estatal, na busca do chamado bem comum, se ramifica, e nessas vertentes o desenvolvimento de políticas públicas de inclusão representa um avanço social no dia a dia da relação entre os direitos fundamentais e a democracia. Entretanto, não da forma como vem se desenvolvendo em hipóteses de má administração e desenvolvimento das políticas públicas.

Se antes falávamos em uma “*não intervenção do Estado*” na liberdade do indivíduo, em seu direito de escolha de representantes, dentre outros, agora, em sede dos direitos fundamentais de segunda dimensão, deparamos com a obrigação do Estado em propiciar o direito à participação e ao bem-estar social. Falamos, agora de uma “*ação*”, um comportamento positivo do Estado, como Sarlet (2012, p.47):

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo, acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social (SARLET, 2012, p. 47).

É nesse aspecto que as políticas de inclusão deveriam ser empreendidas à finalidade proposta em cada dimensão dos direitos fundamentais.

1.1 As ações afirmativas materializadas no ordenamento jurídico brasileiro

Do final da década de 80 para cá, o conceito de inclusão tornou-se de certa forma mais compreendido como a adaptação da sociedade às pessoas e não o contrário. Isso se consolidou com a Constituição Federal brasileira de 1988. Não demorou e a política de inclusão ingressou no ordenamento jurídico por meio da Lei nº 7.853/1989¹, sendo regulamentada dez anos mais tarde pelo Decreto nº 3.298/1999. Já no ano seguinte, a Lei nº 10.048/2000 foi editada com o fim precípua de estabelecer prioridades a pessoas com deficiência e a Lei nº 10.098, do mesmo ano, trouxe as “*normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida*”.

Em 2004, a política de inclusão da pessoa com deficiência desenvolveu-se em ritmo acelerado com a edição do chamado decreto da acessibilidade (nº 5.296/2004), que regulamentou as duas leis citadas anteriormente. No decorrer dos anos, as iniciativas lograram trazer a certeza de que a sociedade é que deve se adequar às pessoas com deficiência ou com necessidades especiais. Foi com a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência realizada em 2006, que as políticas de inclusão ganharam força, a exemplo do que dispõe a redação do artigo 24, ao tratar da inclusão na educação.

Inegável que a edição do Decreto nº 7.612, de 17 de novembro de 2011, instituindo o “Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Plano Viver sem Limite”, revela uma preocupação social significativa com a nova realidade do conceito de inclusão social da pessoa com deficiência, por exemplo. Merece destaque, também, a legislação brasileira que busca compensar e extirpar – ainda que árdua a tarefa – situações excludentes da pessoa negra.

É o caso do Decreto nº 4.886, de 2 de novembro de 2003, que instituiu a “*Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial - PNPIR*”. Da mesma forma, a aprovação do “*Plano Nacional de Promoção da Igualdade Racial – PLANAPIR*”, e a instauração de seu Comitê de Articulação e Monitoramento pelo Decreto nº 6.872, de 4 de julho de 2009. Ainda em sede de complementação legislativa da política de inclusão da pessoa negra, instalou-se em nosso ordenamento jurídico o Estatuto da Igualdade Racial, por meio da Lei nº 12.888, de 20 de julho de 2010, que alterou, por sua vez as Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989; 9.029, de 13 de abril de 1995; 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. De especial importância, ainda, a recente edição do Decreto nº 8.136, de 5 de novembro de 2013,

¹ “Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes.”

que criou o “*Regulamento do Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial – Sinapir*” estabelecido pela Lei nº 12.888, de 20 de julho de 2010.

Pese o rol legislativo que envolve a inclusão e, corroborando, porém, o que se traçou sobre a legislação simbólica acima, é cediço que o sistema de ensino, por exemplo, ainda não se adaptou por completo às deficiências, às necessidades especiais e às situações socialmente excludentes.

Não é irresponsável afirmar que no Brasil o preconceito e a discriminação racial ainda atuam como uma situação excludente social que agrava uma deficiência. Aspectos como a arquitetura, a comunicação, métodos, programas e atitudes, assim como mecanismos jurídicos devem ser analisados sistematicamente. Muitas instituições públicas de ensino superior, *ad exemplum*, não se fazem inclusivas, nos moldes do que propõe a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Em casos tais, necessário é identificar como o sistema de ensino superior pode se adequar legal e socialmente, sem que novos diplomas sejam editados para isso.

Se observarmos o que dispõe a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, assim como as normas extraídas do texto da Constituição Federal brasileira de 1988, basta emprendermos uma reformulação no conceito de “inclusão social”. Para isso, imprescindível será olvidar da simples temática de integração escolar e buscarmos a evolução do conceito por meio de esforços para a adequação da sociedade à pessoa com deficiência. Não o contrário. É para isso que Valter Roberto Silvério (2007, p. 22) no trabalho *Ação Afirmativa: uma política pública que faz a diferença*, inserto na obra *O negro na universidade: direito à inclusão*”, nos alerta:

O último Censo realizado pelo IBGE constatou que são cerca de 43,5% dos brasileiros, perfazendo algo em torno de 76 milhões de pessoas, ou seja, a maior população negra fora da África. A exclusão dos negros brasileiros da educação e do trabalho tem sido confirmada em estudos provenientes de diversas áreas do conhecimento. Indicadores socioeconômicos elaborados por instituições de pesquisa, tais como o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada IPEA, IBGE, Organização das Nações Unidas, etc., descrevem a clara inferioridade dos negros no mercado de trabalho e na educação no Brasil (SILVÉRIO, 2007, p. 22).

1.2 A influência dos *conditional cash transfer programs* nas Ações afirmativas brasileiras

Passa ao largo a realidade do que se difunde acerca dos programas sociais brasileiros desenvolvidos no final do século passado e início do atual. O Programa denominado Bolsa Família, *ad exemplum*, não inaugurou o que o mundo chama de programa de redução da desigualdade social, como lucidamente esclarece Roberto Fagnani (2014, p.5):

A apologia desmedida que tem sido feita ao Bolsa Família pelas agências internacionais parece ser ação ideológica deliberada para elevar o status do programa brasileiro a um *case* global de sucesso a ser seguido por outros países pela via do *Basic Social Security Floor* (FAGNANI, 2014, p.5).

O que apelidamos de “Bolsa Família”, ou o que os mexicanos denominaram “Oportunidades”, faz parte dos chamados *conditional cash transfer programs*², instituídos internacionalmente há mais de trinta anos aos países desenvolvidos, como afirmara Christine Lagarde (2011), citada por Roberto Fagnani (2014, p.4-5), diretora do Fundo Monetário Internacional na ocasião:

Apenas como ilustração, observe-se que, para a diretora-gerente do FMI, as “melhoras notáveis” dos indicadores de pobreza, desigualdade e desenvolvimento dos países da América Latina devem-se ao papel desempenhado pelos chamados *conditional cash transfer programs* (CCT) – núcleos da estratégia internacional orquestrada há mais de três décadas para os países subdesenvolvidos –, com destaque para os programas Bolsa Família (Brasil) e Oportunidades (México), “que conseguiram interromper a transmissão da pobreza de geração para geração e agora servem como modelo para o resto do mundo” (LAGARDE, 2011, *apud.* FAGNANI, 2014, p. 4-5).

Corroboram a constatação, Leonor Maria Pacheco Santos, Romulo Paes-Sousa, Edina Miazagi, Tiago Falcão Silva e Ana Maria Medeiros da Fonseca (2011), no estudo *The Brazilian experience with conditional cash transfers: A successful way to reduce inequity and to improve health*, apresentado na Conferência Mundial da Saúde:

From 2001 to 2003 Brazil created four cash transfer programs; however, they were not articulated, they employed different enrollment criteria, they used databases that could not interface, and two of these had very low coverage. In early 2004 the four programs were merged into the Bolsa Familia program (BFP) and have since largely expanded. The new program combined management and implementation processes and was devised for the purpose of: (i) promoting access to the public services network, particularly in health, education and social protection; (ii) combating hunger and promoting food and nutrition security; (iii) stimulating the sustained empowerment of families living in poverty and extreme poverty; (iv) fighting poverty; and (v) promoting synergistic social action between governmental and nongovernmental sectors. The BFP seeks to invest in human capital by associating cash transfers with educational goals and uptake of health services³ (FONSECA, Ana

² Programas de transferência de renda (tradução nossa).

³De 2001 a 2003 o Brasil criou quatro programas de transferência de renda; no entanto, eles não foram articulados, empregaram diferentes critérios de inclusão, utilizaram bases de dados comparativos e dois destes tiveram coberturas muito baixas. No início de 2004 os quatro programas foram fundidos no programa Bolsa Família (PBF) e, desde então, em grande parte expandido. Os novos processos de gestão e implementação de programas combinados foram criados com a finalidade de: (i) promover o acesso à rede de serviços públicos, particularmente na saúde, educação e proteção social; (ii) combater a fome e promover a segurança alimentar e nutricional; (iii) estimular a emancipação sustentada das famílias que vivem em situação de pobreza e extrema pobreza; (iv) combater a pobreza; e (v) promover a ação social sinérgica entre os setores governamentais e não governamentais. O PBF procura investir em capital humano, associando as transferências de renda com objetivos educacionais e utilização dos serviços de saúde (tradução nossa).

Maria Medeiros da Fonseca; MIAZAGIL, Edina; SANTOS, Leonor Maria Pacheco; SILVA, Tiago Falcão; SOUSA, Romulo Paes, 2011, p. 4-5).

E aqui Fagnani (2014, p.5) confirma a ideia de que as Ações Afirmativas, traduzidas nos Programas de transferência de rendas, vão ao encontro da necessidade de uma visão global acerca da proteção dos direitos do ser humano, como preconizado por Ramos (2014, p. 50) acerca da congregação dos sub-ramos específicos do Direito Internacional Público:

Assim, os CCT são funcionais para o ajuste macroeconômico. A doutrina liberal transformou a “política social” em compartimento dissociado da estratégia macroeconômica. As almas caridosas do mercado reservaram 0,5% do PIB para os ditos progressistas se divertirem na promoção do “bem-estar”. Além disso, os critérios arbitrados internacionalmente são extremamente baixos para classificar as situações de indigência (indivíduo que recebe até US\$ 1,25 por dia) e pobreza (até US\$ 2,5 por dia). Não é moralmente aceitável afirmar que um indivíduo que passou a receber pouco mais de US\$ 2,5 por dia tenha “saído da pobreza” (...). A importância desses programas foi reforçada após a crise internacional de 2008. A resposta das lideranças globais foi introduzir a chamada iniciativa do *Basic Social Security Floor* (OIT, 2011). Formou-se uma ampla coalizão global em sua defesa, que reúne as principais lideranças mundiais (G-7 e G-20), FMI, Banco Mundial, ONGs e dezenove agências da ONU (RAMOS, 2014, p. 50).

2 Os direitos humanos e a política de redistribuição: premissas doutrinárias contemporâneas

Já se encontra tatuada em nosso pensamento a máxima de que todos são iguais perante a lei. Não é real, entretanto, a materialização de seu significado na vida dos cidadãos até mesmo de países signatários de normas internacionais concernentes aos direitos humanos. A desigualdade é, sem dúvida, a comprovação de que um ponto de partida normativo bem construído ao longo dos tempos, não é necessariamente a certeza de efetivação de um ponto de chegada atingível. A má distribuição da riqueza ou até mesmo a falta de políticas de reconhecimento é insígnia de uma sociedade mal acostumada e mal adaptada ao que preconiza seu próprio sistema normativo-constitucional. É de Nancy Fraser (2008, p. 167-189), a afirmação de que “*a justiça requer tanto redistribuição quanto reconhecimento*” e que “*somente olhando para as abordagens integrativas que unem redistribuição e reconhecimento podemos encontrar exigências da justiça como um todo*”. Isso é tornar efetivo o princípio da igualdade em suas dimensões formal e material.

A igualdade na lei é indubitavelmente importante, como bem define Walter Claudius Rothenburg (2008, p. 87), citando Roger Raupp Rios (2002, p.32):

A igualdade na lei significa, no momento inicial de feitura da norma jurídica (texto, diploma), que ela não pode adotar discriminações injustificadas e desproporcionais. Tem a ver com o conteúdo da norma. Para Rios (2002, p.32), significa que o legislador tem o dever de “considerar as semelhanças e diferenças quando da instituição dos regimes normativos”, com o que se acentua a dimensão material (ROTHENBURG, 2008, p. 87, apud. RIOS, 2002, p. 32).

Ocorre que a igualdade *perante* a lei é, se não mais, ao menos tão importante quanto o princípio *na* lei, como segue ensinando Rothenburg (2008, p.87):

A igualdade perante a lei significa, num momento logicamente posterior ao da feitura da norma jurídica (texto, diploma), que ela deve ser aplicada uniformemente, conforme o que preceitua; tem a ver com o modo de aplicação da norma. Assim, se as emissoras de rádio e televisão devem ter uma produção cultural, artística e jornalística regionalizada (Constituição brasileira, art. 221, III), o Poder Público não pode fazer nem manter concessões a empresas que não respeitem essa diretriz. Rios (2002, pp. 31-32 e 41), após referir “a igualdade perante a lei como dever do aplicador do direito tratar todos conforme a lei vigente”, acentua a dimensão formal: “o imperativo da igualdade exige igual aplicação da mesma lei a todos endereçada. Disto decorre que a norma jurídica deve tratar de modo igual pessoas e situações diversas, uma vez que os destinatários do comando legal são vistos de modo universalizado e abstrato, despidos de suas diferenças e particularidades”. A rigor, a afirmação de que a norma jurídica deve ser aplicada indistintamente, conforme o que disponha, seria supérflua (como se toda norma jurídica não devesse ser aplicada conforme o que preceitua) não servisse de importante alerta aos diversos aplicadores. De qualquer modo, tanto normas menos quanto mais específicas devem ser aplicadas uniformemente, ou seja, exige-se igualdade perante a lei sempre e de qualquer aplicador (ROTHENBURG, 2008, *apud.* RIOS, 2002, p. 31-32 e 41).

Assim não fosse, ou seja, não houvesse por parte tanto do poder responsável pela edição do sistema normativo quanto pelos responsáveis por sua aplicação, a consagração da igualdade aos seres humanos, não teria o fenômeno jurídico o crucial papel de equivalente funcional frente ao Estado, como se desenvolveu ao longo do progresso da vida em sociedade. E esse destaque à experiência jurídica é magistralmente definido por Giuseppe Lumia (2003, p. 1-2):

Ora, da totalidade da experiência humana um setor importante se distingue, e se destaca, pelo fato de extrair sua significação daquelas regras particulares de conduta que são as normas jurídicas: esse setor constitui propriamente a experiência jurídica. Nela se confluem e se fundem: a) a experiência do entrelaçamento real das relações intersubjetivas disciplinada por certos tipos de regras de comportamentos que são as normas jurídicas; b) essas próprias regras, o modo pelo qual são criadas e se organizam em sistemas normativos mais ou menos complexos e estruturados; c) a atitude de aprovação ou de desaprovação que assumimos diante de tais regras, segundo as consideremos ou não conformes à ideia que temos sobre o melhor modo pelo qual essas relações deveriam ser reguladas. No primeiro aspecto, a experiência jurídica se nos apresenta como uma realidade social; no segundo, como um ordenamento normativo; no terceiro, como um sistema de valores. São três as dimensões fundamentais tradicionalmente atribuídas à experiência jurídica pela chamada “teoria tridimensional do direito”. Essa teoria pode ser aceita na medida em

que nos fornece um esquema útil de interpretação e de organização conceitual da experiência jurídica, e com a advertência de que não se trata de realidades gnoseologicamente distinguíveis de uma mesma realidade (LUMIA, 2003, p. 1-2).

Não que haja uma razão sustentável para que o direito não tenha cumprido sua função, no que concerne à efetivação da igualdade como prescrita pelas normas de direito internacional ou pelo produto do processo legislativo interno. Fato é que, por séculos temos olhado para a construção do bem jurídico, ou seja, para o anseio social transformado em norma jurídica, sob o aspecto anverso dos deveres por ela criado, como leciona Norberto Bobbio (2000, p. 477-478):

Como uma metáfora usual, pode-se afirmar que o direito e o dever são como duas faces de uma moeda. Mas qual é o verso e qual o reverso? Depende da posição a partir da qual olhamos para a moeda. Na história do pensamento moral e jurídico essa moeda foi observada mais pelo lado dos deveres do que pelo lado dos direitos. Não é difícil entender o porquê. O problema do que se deve fazer ou não fazer é um problema, antes de qualquer coisa, da sociedade em seu todo, mais do que do indivíduo isolado. Os códigos morais e jurídicos foram estabelecidos originariamente para salvaguardar o grupo social em seu conjunto, e não cada um de seus membros. A função originária do preceito de não matar é tanto proteger o indivíduo, mas impedir a desagregação do grupo. Prova disso é que esse preceito, ao qual se atribui um valor universal, costuma valer apenas para o interior do grupo, não vale em relação aos membros de outros grupos. Para que pudesse acontecer a passagem do código dos deveres para o código dos direitos, foi preciso que a moeda se invertesse: que o problema começasse a ser observado não mais apenas do ponto de vista da sociedade, mas também do ponto de vista do indivíduo. Foi preciso uma verdadeira revolução (BOBBIO, 2000, p.477-478).

Portanto, não é tarefa complexa definir a quem se dirige a igualdade, as ações afirmativas que visam extirpar a desigualdade e todas as conquistas sociais transformadas em bens jurídicos tutelados formalmente, como leciona autor aqui citado, porém, noutra momento de seus ensinamentos:

A menção aos beneficiários da igualdade – inclusive daquela que impõe tratamentos diferenciados – não estaria completa se não abarcasse, além dos particularmente beneficiados, todos nós, que temos direito de conviver com nossos semelhantes/diferentes e partilhar das experiências da diversidade, em espírito democrático (participativo) e solidário (ROTHENBURG, 2009, p. 346-371).

Trata-se de respeito ao ser humano, antes de quaisquer premissas, como nos ensina Robert Castel (2011, p. 60):

Aos olhos dos princípios da igualdade diante da lei, da igualdade de chances, da igualdade ao acesso ao emprego, as discriminações em bases etnoraciais destoam. Sentir-se, por exemplo, privado de um emprego por causa da cor da pele ou pela consonância do nome pode ser vivido não somente como a desgraça de ter que permanecer desempregado, mas também como uma injustiça e como uma ofensa à

dignidade que, por direito, todo homem reivindica numa sociedade onde o respeito do indivíduo é instituído como valor supremo (CASTEL, 2011, p.60).

CONCLUSÃO

Os mecanismos de inclusão social, congregados com o sistema internacional de proteção aos direitos humanos, nos proporcionam uma macrovisão acerca da efetivação dos direitos positivados no ordenamento constitucional de cada Estado-Nação. A falência sistêmica internacional de proteção dos direitos essenciais ao ser humano recai, ainda que aparentemente de forma remota, sobre a proteção dos direitos fundamentais positivados nas Cartas Constitucionais. Da mesma forma que a preocupação global com as violações aos direitos humanos se faz necessária, uma consciência globalizada acerca das chamadas violações silenciosas, ou seja, as discriminações por omissão local.

Entretanto, sem enfrentamento apto da desigualdade, ou com um enfrentamento paliativo das situações sociais excludentes, num cenário onde as políticas sociais de redistribuição assumem condição de protagonistas, não pela eficiência a médio ou longo prazo, daremos aos chamados *Conditional Cash Transfers Programs*, a característica de mecanismos nocivos, enquanto fomento da desigualdade e deflagradores de dependência político-financeira frente ao Estado. Ao que José Roberto Pinto de Góes (2004, p. XI), em apresentação à edição brasileira da obra de Thomas Sowell (2004), descreveu os propósitos e resultados das ações afirmativas no Brasil:

No Brasil os motivos são também os mais nobres: proteger os pobres e acabar com o racismo e acabar com outras formas de discriminação. Os efeitos, como em todo canto, são ruins. No caso dos mais pobres, a inexistência de ações afirmativas genéricas, combinada com o sistema de cotas e assistencialismo, protege mais a pobreza do que os pobres. Enquanto nada muda no estado precário da escola pública, pretende-se forçar as portas das universidades para fazer entrar os mais pobres – com o argumento de que eles também têm “direito” ao ensino superior. Confundindo educação com diploma, os termos desta equação só podem levar à perpetuação da pobreza (GÓES, 2004, p. XI).

Não que as ações afirmativas estejam fadadas ao insucesso pleno, mas, como dito, agora pelo próprio Tomas Sowell (2004, p. 196), a administração e sua instauração mais serviram para potencializar a desigualdade, ao que outrora se propôs como instrumento de efetivação de direitos pela abolição da desigualdade. Nessa linha de raciocínio é que uma reformulação nas Ações Afirmativas se faz necessária, buscando empreender a inclusão do cidadão na produção da riqueza:

A responsabilidade pelos benefícios modestíssimos da ação afirmativa, concentrados nos já aquinhoados e com pequena ou nenhuma vantagem para os verdadeiramente necessitados, tem sido atribuída à falta de ardor ou mesmo à má-fé da parte dos que administram os programas de ação afirmativa. Assim, os fracassos ou inadequações desses programas podem ser tomados como razões para reformas em vez de sintomas de concepções errôneas que deveriam servir de motivo para lhe dar um fim [...]. Preocupação com os infelizes é coisa bem diferente de imaginarmos poder fazer o que não podemos. Nem deve a humilde admissão de nossas limitações como seres humanos ser razão para não fazermos muito que ainda pode ser feito, malgrado tais limitações. Na América, pelo menos, a história mostrou esplendidamente o que pode ser feito, porque já foi feito. Aos americanos basta olhar para trás, para o início do século XX, a fim de apreciar o enorme progresso econômico e social conseguido pelos mais pobres e, aparentemente, menos promissores segmentos da população. Nos primórdios daquele século, só metade da população negra dos EUA sabia ler e escrever. Os judeus viviam amontoados em favelas no Lower East Side da cidade de Nova York, favelas mais apinhadas que as de hoje [...]. Com todos esses grupos étnicos americanos – e outros – **o que ocorreu não foi uma transferência de benefícios do resto da população, mas uma contribuição crescente dessas minorias à prosperidade progressiva da sociedade americana toda, da qual todos usufruíram, já que os menos instituídos se educaram e os trabalhadores na agricultura e os empregados domésticos adquiriram habilitação e experiência para exercerem tarefas mais difíceis. Não se tratou de uma soma zero, ao passo que redistribuição é, no máximo, soma zero, isso caso consiga de alguma forma evitar desincentivos e turbulência intergrupos** (SOWELL, 2004, p. 194, grifo do autor).

Se pensarmos que há nos dias de hoje quem defenda a democracia não como um simples regime de governo, mas também como modo de vida, como um dos direitos fundamentais implícitos na Constituição Federal, veremos em sua essência a participação popular na forma de governar. Mais que isso, a participação popular não somente por meio da iniciativa de elaboração de leis e do veto popular ou do referendo. É o que leciona Fernando de Brito Alves (2013, p.107-134) e aqueles que enxergam, por exemplo, nos conselhos de políticas, o exercício da democracia como direito fundamental. Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2009, p. 15-16), bem lembra que uma das formas de discriminação de fato, não direta ou intencional, “*resulta de uma política de neutralidade e de indiferença do aparato estatal para com as vítimas da discriminação*”. Frisa o autor o fato de que “*as minorias não conseguem fazer com que as mesmas recebam um tratamento diferenciado em razão de suas peculiaridades étnicas, culturais e sociais*”. E conclui:

Muitas vezes, estabelecer uma diferença, distinguir ou separar é necessário e indispensável para a garantia do próprio princípio da isonomia, isto é, para que a noção de igualdade atenda às exigências do princípio da dignidade humana e da produção discursiva (com argumentos racionais de conhecimento) do Direito (CRUZ, 2009, p. 15-16).

Estabelecer diferença, porém, com as ações adequadas, voltadas à inclusão do cidadão na cadeia de produção de riqueza, com oportunidades reais de participação na economia da sociedade em que vive e empreendendo, paralelamente, políticas públicas educacionais para proporcionar oferta de qualificação, assim como para desenvolver tecnologias de produção visando ao equilíbrio da demanda por essa qualificação, se faz substancialmente mais eficiente que os programas de transferência de renda, mais hábeis à criação de dependência e a potencializar a desigualdade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Fernando Frederico. O Direito de ser humano. Revista de Direito das Faculdades Integradas de Jaú, 2013. Disponível em: <<http://revistadedireito.fundacaojau.edu.br/artigos/2.pdf>>. Acesso em: 5 mar. 2015.

ALVES, Fernando de Brito. Constituição e Participação Popular. Juruá. 2013.

ARANHA, Maria Salete Fábio. Trabalho e Emprego: Instrumento de construção da Identidade pessoal e social, Série Coleção Estudos e Pesquisas na Área da Deficiência Brasília: CORDE, 2003.

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos. Michelangelo Bovero (Org.). Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

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

Brasil. Decreto nº 7.612, de 17 de novembro de 2011. Institui o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Plano Viver sem Limite. Brasília, 2011.

Brasil. Decreto nº 8.136, de 5 de novembro de 2013. Aprova o Regulamento do Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial – Sinapir, instituído pela Lei nº 12.888, de 20 de julho de 2010. Brasília. 2013.

Brasil. Lei nº 12.888, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Brasília, 2010.

Brasil. Decreto nº 4.886, de 2 de novembro de 2003. Institui a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial - PNPIR e dá outras providências. Brasília, 2003.

Brasil. Decreto nº 6.872, de 4 de julho de 2009. Aprova o Plano Nacional de Promoção da Igualdade Racial - PLANAPIR, e institui o seu Comitê de Articulação e Monitoramento. Brasília. 2009.

CASTEL, Robert. A discriminação negativa: cidadãos ou autóctones? Tradução de Francisco Morás. Petrópolis: Editora Vozes, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência comentada / Coordenação de Ana Paula Crosara de Resende e Flavia Maria de Paiva Vital. _ Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O Direito à Diferença, Arraes Editores. 2009.

DIMOULIS, Dimitri. Manual de introdução ao estudo do direito. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge; Harvard University Press, 1978.

FAGNANI, Roberto. Brasil: dois projetos em disputa. Le Mond Diplomatique Brasil. Julho 2014.

FONSECA, Ana Maria Medeiros da; MIAZAGIL, Edina; SANTOS, Leonor Maria Pacheco; SILVA, Tiago Falcão; SOUSA, Romulo Paes. The Brazilian experience with conditional cash transfers: A successful way to reduce inequity and to improve health. In: Conferência Mundial da Saúde. Rio de Janeiro, out 2011. Disponível em:<http://www.who.int/sdhconference/resources/draft_background_paper1_brazil.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2014.

FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Coord.) Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FUNDAÇÃO PREFEITO FARIA LIMA – CEPAM; SECRETARIA DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. Política municipal dos direitos da pessoa com deficiência. São Paulo, 2009.

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro – estudos de teoria política. 3. Ed. São Paulo: Loyola, 2007.

HENRIQUES, R. Desigualdade racial no Brasil: evolução das condições de vida na década de 90. Texto para discussão n. 807. 2001, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão-IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2001.

HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

KANT, Immanuel. Crítica da razão prática. Tradução de Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KINDERMANN, 1988, pp. 237-238 apud. NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 2. ed. São Paulo: VWF Martins Fontes, 2007.

KYMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Coord.) Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LAGARDE, Christine. Revista Época, 25 nov. 2011. Disponível em <http://revistaepoca.globo.com/Negocios-e-carreira/noticia/2011/11/diretora-do-fmi-elogia-brasil-e-chama-bolsa-familia-de-modelo-para-o-mundo.html>. Acesso em: 13 nov. 2014.

LUMIA, Giuseppe. Elementos de Teoria e ideologia do direito. Tradução Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACCORMICK, Neil. Argumentação Jurídica e teoria do direito. Tradução de Waldéia Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 2. ed. São Paulo: VWF Martins Fontes, 2007.

PACHECO, Jairo Queiroz, SILVA; Maria Nilza da (orgs.), O negro na universidade: o direito à inclusão /– Brasília, DF: Fundação Cultural Palmares, 2007.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. La universalidad de los derechos humanos. Doxa, 15-16, 1994, pp. 613-633. Disponível em: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuade_rno15/volll/doxa1507.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2015.

PIKETTY, Thomas. O capital no século XXI. Tradução Monica Baumgarten de Bolle. Editora Intrínseca: Rio de Janeiro, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIOS, Roger Raupp. O princípio da Igualdade e a discriminação por orientação sexual. A homossexualidade no Direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos Fundamentais e estado constitucional. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2009.

_____. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. Revista Novos Estudos Jurídicos. Vol. 12, n. 2, Jul.- Dez. 2008.

SANDEL, Michael. J. Justiça – O que é fazer a coisa certa. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 11. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.) Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Comentário ao artigo 24 da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência comentada / Coordenação de Ana Paula Crosara de Resende e Flavia Maria de Paiva Vital. _ Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.

SILVÉRIO, Valter Roberto. Ação Afirmativa: uma política pública que faz a diferença, inserto no estudo O negro na universidade: o direito à inclusão /- Brasília, DF: Fundação Cultural Palmares, 2007.

SOWELL, Thomas. Ação Afirmativa ao redor do mundo. Estudo Empírico. Tradução Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Editora UniverCidade, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.