



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Bruno Stigert de Sousa

**O constitucionalismo solidário:  
responsabilidade, democracia e inclusão**

Rio de Janeiro

2010

Bruno Stigert de Sousa

**O constitucionalismo solidário:  
responsabilidade, democracia e inclusão**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.  
Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Antônio de Moraes Sarmiento

Rio de Janeiro  
2010

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S719c Sousa, Bruno Stigert.

O constitucionalismo solidário: responsabilidade, democracia e inclusão /  
Bruno Stigert Sousa. - 2010.  
251 f.

Orientador: Daniel Antônio de Moraes Sarmiento.

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,  
Faculdade de Direito.

1. Sociologia jurídica - Teses. 2. Solidariedade - Teses. 3. Democracia –  
Teses. I. Sarmiento, Daniel. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro.  
Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 34:301

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Bruno Stigert de Sousa

**O constitucionalismo solidário:  
responsabilidade, democracia e inclusão**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Área de concentração: Direito Público.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Daniel Antônio de Moraes Sarmiento  
Faculdade de Direito da UERJ (Orientador)

---

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Jane Reis Gonçalves Pereira  
Faculdade de Direito da UERJ.

---

Prof. Dr. Cláudio Pereira de Souza Neto  
Faculdade de Direito da UFF.

Rio de Janeiro  
2010

## **DEDICATÓRIA**

Para Lú, com muito amor!

Exemplo de solidariedade que me faz crer em cada linha deste trabalho.

## AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, agradeço, e muito, ao meu orientador, Prof. *Daniel Sarmiento*, pela amizade, atenção e deferência. Sua dedicação e inclinação aos mais necessitados me fazem ainda acreditar em “grandes amanhã”. Os eventuais acertos desta dissertação são resultado da inquietude intelectual que suas aulas e conversas provocaram. Portanto, qualquer eventual êxito das idéias aqui defendidas deve ser creditado a ele, sendo os erros de minha total responsabilidade.

Agradeço, também, aos Professores Gustavo Binenbojm, Claudio Pereira, Ana Paula Barcellos, Ricardo Lobo Torres e Luís Roberto Barroso pela atenção dispensada durante o mestrado. Em especial, agradeço ao Professor Luís Roberto Barroso. Seus livros e escritos foram a semente de um ideal que hoje tenho o privilégio de compartilhar: ser aluno da melhor escola de Direito Constitucional do país. Tenho muito orgulho disso!

Aos meus amigos e colegas de turma, Barbosa Júnior, Renata Menezes, Fernando Bentes, Marcelo Novelino, Leonardo Carrilho, Nadja Machado, Fabio Souza, Cíntia Morgado, Bruno Boquipani, Cristiana de Santis, Alice Voronoff, Daniela Giacomet, Jorge Munhós e Thiago Almeida, especialmente este último, dividindo comigo as viagens e angústias pelas madrugadas entre Rio e Juiz de Fora.

Aos colaboradores da UERJ que viabilizaram a concretização deste trabalho. Em especial à *Sônia*, exemplo de que a vida não é tão complicada como parece: eficiência, gentileza e boa vontade fazem dela uma pessoa ímpar.

A minha Mãe, a minha Vó Marília e aos meus *irmãos*. Tenho pra mim a convicção de que não somos nada sozinhos, e essa caminhada só foi possível porque vocês sempre estiveram por perto. Ao Silvério e a Cici, pessoas especiais que possuem o dom de nos fazer acreditar que o sentido da vida é ser feliz, e ajudar os outros a serem felizes.

Aos meus alunos, pessoas em que deposito toda minha esperança de um país melhor, menos desigual e indiferente.

Agradeço, igualmente, a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ). O apoio a mim dispensado foi fundamental para o acesso ao que tinha de melhor para pesquisa.

E, por fim, à minha querida Lú. Pessoa que dividiu comigo desde sempre o sonho de fazer parte da Escola da UERJ. Seu carinho, atenção e amor foram fundamentais para que o trajeto fosse menos árduo. Agradeço por sempre ter acreditado em mim, em meus ideais e sonhos. Amo-te, como jamais saberei explicar!

Eu não acredito em caridade. Eu acredito em solidariedade. Caridade é tão vertical: vai de cima para baixo. Solidariedade é horizontal: respeita a outra pessoa e aprende com o outro. A maioria de nós tem muito o que aprender com as outras pessoas.

*Eduardo Galeano*

Você vai longe na vida na medida em que for afetuoso com os jovens, piedoso com os idosos, solidário com os perseverantes e tolerante com os fracos e com os fortes. Porque, em algum momento de sua vida, você terá sido todos eles.

*George W. Carver*



## RESUMO

SOUSA, Bruno Stigert de. **O constitucionalismo solidário: responsabilidade, democracia e inclusão.** 2010. 258f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

A presente dissertação tem por objetivo analisar a solidariedade social e sua projeção no sistema constitucional brasileiro, buscando definir seus contornos, fundamentos e limites na efetivação de políticas públicas e decisões judiciais. Ademais, busca-se na presente dissertação demarcar os limites e possibilidades da solidariedade enquanto valor que norteia o campo da política, notadamente na prática democrática. O estudo parte de uma análise histórica e filosófica para contextualizar a solidariedade como princípio jurídico que fundamenta direitos e deveres e que encontra nas demandas por reconhecimento das diferenças seu maior campo de incidência. Na política, a solidariedade se abre à opção de uma democracia anti-elitista que tem no conflito, na tolerância e nas divergências as pedras de toque que proporcionam uma dinâmica que respeita as diferenças e geram cooperação social por conta dessa estima intersubjetiva. Os deveres de reconhecimento intersubjetivo e de estima social possibilitam uma construção social dialógica e interacional, na qual seus sujeitos são respeitados como seres livres e iguais, dignos de igual respeito e consideração. Tal afirmativa é colocada a prova quando da viabilidade constitucional da cota racial nas Universidades Públicas brasileiras. Da mesma forma, a solidariedade se projeta para o campo jurídico devido a sua positivação na Constituição brasileira de 1988 como princípio/objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. Deste modo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem lançando mão do princípio fundamental da solidariedade para fundamentar decisões que envolvam deveres fundamentais de redistribuição e reconhecimento. Tais decisões nos permitem traçar um conteúdo mínimo desse princípio à luz da ordem social e cultural brasileira que, aliás, não foi deixada de lado em nenhum momento no decorrer do estudo. Esse conteúdo material encontra nos deveres de redistribuição e reconhecimento, principalmente neste último, seu suporte de eficácia jurídica, viabilizando, em certos momentos, até uma aplicação direta da solidariedade por meio dos deveres.

Palavras-chave: Princípio da solidariedade social. Democracia. Deveres. Reconhecimento. Inclusão. Diferença.

## ABSTRACT

SOUSA, Bruno Stigert de. **O constitucionalismo solidário:** responsabilidade, democracia e inclusão. 2010. 258f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

The present dissertation seeks the analysis of *social solidarity* and its projection over the Brazilian Constitutional System, with the purpose of setting forth the outlines, foundations and boundaries to make effective public policies e judicial decisions. Furthermore, one of the main subjects of the present paper is to set forth the boundaries and possibilities of solidarity as a leading value to the field of Politics, mainly the practice of democracy. The study starts from a historical and philosophical analysis to introduce solidarity as a juridical principle that underlies rights and duties, finding on the recognition of differences its major field of incidence. In Politics, solidarity opens up itself as an option for an anti-elitist democracy, which has in conflict, tolerance, and divergences the cornerstone that provides a respectful dynamic of differences, generating social cooperation because of these inherent mutual esteem and respect. The duties of intersubjective recognition and social esteem enable a dialogical and interactive social construction, in which their subjects are respected as free and equal beings, deservers of equal respect and consideration. Such affirmation is put on trial when confronted with the constitutional viability of racial quota in Brazilian Public Universities. Likewise, *solidarity* is projected over the juridical field due to its contemplation by the Brazilian Constitution of 1988 as a fundamental principle/objective of the Federal Republic of Brazil. For this reason, the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court of Law has been constantly employing the fundamental principle of solidarity to sustain decisions involving fundamental rules of redistribution and recognition. Such decisions allow us to draw a minimum content of this principle under the light of the Brazilian social and cultural order that, by the way, were not left aside over the current work. This material content finds in the rules of redistribution and recognition, mainly the latter, its foundation for juridical efficiency, making possible, sometimes, even a direct application of solidarity through the duties.

Key-words: Principle of Social Solidarity. Democracy. Duties. Recognition. Inclusion. Differences.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
1	<b>CONCEITO, FUNDAMENTO E ESTRUTURA DOS DIREITOS DE SOLIDARIEDADE</b> .....	19
1.1	<b>Origem e raízes históricas da solidariedade: um breve inventário</b>	19
1.1.1	<u>A Grécia</u> .....	19
1.1.2	<u>A teologia da solidariedade</u> .....	22
1.1.3	<u>O estoicismo e os deveres</u> .....	25
1.1.4	<b>A Revolução Francesa: a solidariedade enquanto Fraternidade</b> .....	26
1.2.1	<u>O solidarismo sociológico</u> .....	28
1.2.2	<u>Durkheim e os conceitos de solidariedade orgânica e mecânica</u> .....	28
1.3	<b>O solidarismo jurídico</b> .....	31
1.3.1	<u>Leon Duguit e o Direito fundado na solidariedade</u> .....	31
1.4	<b>Tipos de solidariedade</b> .....	33
1.4.1	<u>Solidariedade dos antigos e dos modernos</u> .....	33
1.4.2	<u>Solidariedade vertical e horizontal</u> .....	35
1.5	<b>A solidariedade a partir de Kant</b> .....	37
1.5.1	<u>Solidariedade e autonomia moral: de Kant ao discurso ético</u> .....	39
1.5.2	<u>A solidariedade como valor na virada kantiana</u> .....	41
1.5.2.1	O fato do pluralismo e o princípio da diferença em Rawls .....	41
1.5.2.1.1	Van Parijs e o resgate da solidariedade em Rawls .....	43
1.5.2.2	A proposta de Denninger para uma nova tríade no constitucionalismo contemporâneo: solidariedade para além da fraternidade .....	47
1.5.2.3	A construção da solidariedade em Habermas .....	49
2	<b>OS DEVERES FUNDAMENTAIS NA ERA DOS DIREITOS: RESPONSABILIDADE E SOLIDARIEDADE</b> .....	52
2.1	<b>A reaproximação entre o Direito e a Moral</b> .....	52
2.2	<b>A solidariedade como fundamento de Direitos e Deveres</b> .....	54
2.3	<b>Uma questão preliminar: solidariedade e cidadania</b> .....	57
2.3.1	<u>O empurrão para a cidadania</u> .....	60
2.3.2	<u>A divisão de responsabilidades: o papel das associações voluntárias</u> .....	62
2.4	<b>Os Deveres Fundamentais: estrutura, conceito e tipologia</b> .....	64

2.4.1	<u>Breve evolução dos direitos e Deveres Fundamentais</u> .....	65
2.4.2	<u>O conceito de Deveres</u> .....	69
2.4.3	<u>Deveres Fundamentais autônomos e correlacionados a Direitos</u> .....	72
2.4.4	<u>Fundamentação jurídica dos Deveres</u> .....	73
2.4.5	<u>Justificação e legitimação dos Deveres Fundamentais</u> .....	74
2.5	<b>A Constituição brasileira e seu sistema de Deveres Fundamentais</b> .....	76
2.5.1	<u>A tipologia dos Deveres Fundamentais da Constituição de 1988</u> .....	77
2.6	<b>Conclusões prévias</b> .....	81
3	<b>SOLIDARIEDADE E DEMOCRACIA</b> .....	83
3.1	<b>Nota prévia</b> .....	83
3.2	<b>Sobre Democracia</b> .....	84
3.2.1	A crítica ao racionalismo procedimental .....	90
3.3	<b>Democracia deliberativa e as condições para a cooperação</b> .....	96
3.3.1	<u>A (re) construção teórica da Democracia deliberativa no Brasil: em busca das condições para a cooperação</u> .....	96
3.3.2	<u>O reconhecimento como condição para a cooperação</u> .....	107
3.4	<b>Construindo o modelo plural de democracia: conflito e identidade</b> .....	112
3.4.1	<u>Do passado oligárquico a formação da esfera pública solidária no Brasil</u> ...	124
3.4.2	<u>Democracia deliberativa, comunicação e o outro</u> .....	116
3.4.2.1	Solidariedade e amplificação ideológica: a proposta de Cass Sunstein ao modelo teórico de Iris Young .....	118
3.4.3	<u>Espaço, dinâmica e participação</u> .....	126
3.4.4	<u>A dinâmica dos conflitos sociais no espaço público</u> .....	130
3.4.4.1	A função positiva do conflito .....	131
3.4.4.2	O valor da tolerância .....	133
3.4.4.3	A liberdade de expressão como fomentadora da solidariedade.....	136
3.5	<b>Considerações finais sobre democracia e participação</b> .....	144
4	<b>O CONSTITUCIONALISMO SOLIDÁRIO BRASILEIRO E A LUTA POR RECONHECIMENTO</b> .....	148
4.1	<b>Em busca de um constitucionalismo solidário</b> .....	148
4.1.1	<u>A reconstrução do sujeito constitucional</u> .....	150
4.2	<b>O constitucionalismo brasileiro da solidariedade</b> .....	152
4.2.1	<u>O início</u> .....	154

4.2.2	<u>Do Estado da insolidariedade ao Estado da solidariedade</u> .....	158
4.2.3	<u>A Constituinte e o resgate da cidadania</u> .....	161
4.3	<b>Multiculturalismo, diferença e reconhecimento: pela construção de um constitucionalismo inclusivo</b> .....	163
4.3.1	<u>O multiculturalismo</u> .....	165
4.3.2	Diferença e reconhecimento na era da diversidade .....	167
4.3.2.1	Desenhando a luta por reconhecimento .....	172
4.3.2.1.1	<i>A esfera do amor</i> .....	173
4.3.2.2	As relações jurídicas de reconhecimento .....	174
4.3.2.3	A Solidariedade .....	176
4.4	<b>A luta por reconhecimento no direito constitucional brasileiro: o caso paradigmático das cotas raciais</b> .....	178
4.4.1	<u>Ação afirmativa e o dever de reconhecimento</u> .....	178
4.4.1.1	Ação afirmativa: conceito e evolução histórica (entre o passado e o presente) .....	181
4.4.1.1.1	<i>Ação afirmativa específica</i> .....	184
4.4.1.2	A contribuição americana para a doutrina da ação afirmativa .....	186
4.4.1.2.1	<i>A palavra da Suprema Corte americana</i> .....	186
4.4.1.3	A experiência brasileira: história, racismo, escravidão e a cota .....	191
4.4.1.4	A inflexão da igualdade .....	197
4.4.1.5	Cota, solidariedade e reconhecimento .....	201
5	<b>A EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE PELA LENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b> .....	205
5.1	<b>Nota prévia</b> .....	205
5.2	<b>Solidariedade, igualdade e gênero</b> .....	205
5.3	<b>A identidade cultural enquanto direito-dever de reconhecimento</b> .....	210
5.4	<b>A solidariedade como suporte de eficácia do direito ao meio ambiente</b> .....	216
5.5	<b>Solidariedade e Direitos Sociais</b> .....	221
6	<b>CONCLUSÃO</b> .....	240
	<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	250

## INTRODUÇÃO

A primeira década do Século XXI trouxe importantes indagações no que diz respeito a responsabilidade social dos indivíduos em sociedades cada vez mais complexas. O até então imponente capitalismo de matriz liberal atravessa o seu maior dilema: já demonstra não ser uma opção legítima e capaz de acompanhar a complexidade da vida. Nem a Nação que mais sustentou sua prática escapou de suas armadilhas<sup>1</sup>.

A opção pela filosofia capitalista mostrou ao mundo que não é possível pensar só. Tudo na vida funciona com certa dinamicidade, isto é, as ações isoladas dos indivíduos podem em alguma medida parecer distantes e não prejudicar ou afetar a vida de seu semelhante<sup>2</sup>.

De fato, qualquer teoria que parta somente do indivíduo, embora o reconhecendo como um ator social enfrenta obstáculos intransponíveis: o fato dos seres humanos não estarem sozinhos e o fato das condições de vida de uns dependerem inexoravelmente das condições de vida dos outros<sup>3</sup>.

A virada do último século é um tempo marcado pelo individualismo exarcebado, como se o ser humano pudesse existir por si mesmo e como se não fossem profundamente dependentes uns dos outros, até mesmo de afeto, compreensão e solidariedade<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Essas ao menos foram as palavras do então empossado Presidente Barak Obama “[...] estamos em meio a uma crise é bem conhecido agora. Nosso país está em guerra, contra uma ampla rede de violência e ódio. Nossa economia está gravemente enfraquecida, **consequência da ganância e da irresponsabilidade da parte de alguns**, mas também de um fracasso coletivo nosso em fazer escolhas difíceis e em preparar o país para uma nova era. Lares foram perdidos; empregos eliminados; empresas fechadas. Nosso sistema de saúde é muito caro; nossas escolas reprovam muitos; e cada dia traz novas provas de que as formas como usamos a energia reforçam nossos adversários e ameaçam nosso planeta”(grifo nosso)

<sup>2</sup> VIDAL GIL, Ernesto J. *Los derechos de solidaridad em el ordenamiento jurídico español*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2002, p. 45.

<sup>3</sup> TOURAINE, Alain. *Pensar outramente: o discurso interpretativo dominante*. Tradução Francisco Moras. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p.191.

<sup>4</sup> Uma das primeiras inspirações deste trabalho surgiu com o estudo da filosofia africana conhecida como Ubuntu, compreendida como palavra que se traduz na afirmativa de que “Ser humano é assegurar a humanidade de alguém, reconhecendo a humanidade alheia em sua variedade infinita de conteúdo e forma” (umuntu ngumuntu ngabantu). Esta tradução de Ubuntu atesta um respeito pela particularidade, individualidade e historicidade, sem a qual a descolonização não pode existir. Nosso estudo terá como norte uma proposta de humanidade, pois um ser humano só é ser humano por intermédio de outros seres humanos. Nossa intenção é oferecer uma contribuição, mesmo que singela, para compreensão dos fenômenos sociais. Sobre o tema ver: VAN DER MERWE, Willie L. *Philosophy and the multi-cultural context of (post) apartheid South Africa*. Ethical perspectives, 1996, pp. 1-15.

Por outro lado, também não há de se contentar com o coletivismo que não respeita as diferenças e os diferentes, e por conseqüência, a dignidade humana. A pessoa que se dilui na comunidade perde a identidade, negando a própria essência democrática: a existência de divergências dentro da própria sociedade, divergências essas que devem ser processadas pelos canais éticos e democráticos.

Dessa forma, é preciso pensar o Estado em uma perspectiva social capaz de assegurar a todos um patamar mínimo de direitos e oportunidades que começa na garantia das liberdades, passando pelos direitos de reconhecimento e alcançando igualmente os direitos sociais.

Na verdade, os direitos individuais pressupõem uma redução do Estado para que as pessoas possam exercer seus direitos, principalmente os relacionados ao comércio e à propriedade, direitos que obtiveram força no último século. Os direitos sociais, econômicos e culturais, por outro lado, visam proteger os trabalhadores e os economicamente mais fracos, pressupõem uma ação mais vigorosa do Estado. Propõe um Estado intervencionista para estabelecer um equilíbrio maior no mercado e nas relações sociais, de modo a disciplinar o funcionamento das Instituições no sentido de garantir o bem comum, a justiça social e os direitos dos mais fragilizados em face do poder, do dinheiro e do capital.

Esse fato levou a difusão de uma aparente contradição entre direitos individuais e sociais<sup>5</sup>. O Estado que respeita a liberdade, o espaço das pessoas, das famílias, das organizações não governamentais – essências na construção da teoria constitucional da solidariedade – e dos movimentos sociais, que seja um Estado não opressor, mas, ao mesmo tempo, seja democraticamente forte para promover o desenvolvimento integral. O bem comum, nessa perspectiva, deve sim ser pensado a partir da pessoa humana, mas sem abdicar da sociedade, das relações sociais, dos conflitos, das tradições, da cultura e dos valores. Afinal de contas, interesses coletivos nada mais são do que interesses de vários indivíduos, isto é, onde cada um se torna um todo, em que pesem às diferenças<sup>6</sup>.

Portanto, a sociedade vai além das relações materiais e pressupõe que as pessoas estabeleçam padrões de convivências fundados em valores e princípios como solidariedade,

---

<sup>5</sup> Sobre essa falsa contradição, ver: BINENBOJM, Gustavo. “Diretos Humanos e Justiça Social: as idéias de liberdade e igualdade no final do Século XX” In: Ricardo Lobo Torres (org). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 223-250

<sup>6</sup> Sobre essa não contradição ver: BINENBOJM, Gustavo. *Uma nova teoria de Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

justiça, respeito, bem como o compromisso com as gerações futuras. Atitudes que transcendam as condições imediatas do existir de cada pessoa e mesmo de cada família e comunidade. Assim, as pessoas devem buscar relações cada vez mais civilizatórias no campo da política social, econômica, cultural e ambiental, fundadas em uma compreensão transcendente da vida e da existência.

O presente trabalho se justifica e ganha relevância na medida em que aborda a diversidade, a pobreza e as desigualdades sob uma perspectiva da responsabilidade social. A escassez de recursos, somada aos limites do Estado, exige estudos que transcendam a atuação deste como mediador e interventor em toda vida social. Para além das esferas formais e institucionais existe um mundo que pulsa e que possui códigos próprios.

Assim, o **ponto de partida** do trabalho é percorrer um itinerário histórico para identificar alguns relatos que possam fornecer as primeiras linhas que teorizaram a noção de solidariedade. Tal caminho começa – como quase tudo nas ciências sociais e humanas – no chamado período de efervescência na Grécia antiga. Aqui, pensadores como Platão e Aristóteles já vislumbravam a sociedade como um organismo vivo e interdependente, sendo cada um dos indivíduos uma parte essencial para que o todo pudesse existir perfeitamente.

Seguindo esse percurso histórico, a noção de solidariedade ganha espaço nas tradições religiosas, sobretudo com o advento do cristianismo e o crescimento da Igreja Católica como Instituição. Durante séculos o discurso solidário esteve vinculado com a idéia de fraternidade, conexão que atualmente está superada pela positivação da solidariedade nos textos constitucionais, fato que nos leva a afirmar a diferenciação entre fraternidade e solidariedade. Dentro das aspirações religiosas, a noção de dever com os estóicos é considerada por muitos a inspiração dos princípios que compõe a tríade da Revolução Francesa que viria acontecer muito tempo depois.

A consagração da solidariedade, é verdade, se dá em um primeiro momento pelo manto da fraternidade, através da Revolução Francesa e de sua Declaração de Direitos, sendo o lema dos revolucionários a tríade “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, pois esses três pilares resumiam claramente os desejos do terceiro Estado francês.

Após a Revolução Francesa e a consagração do que se convencionou chamar de santíssima trindade do direito, a idéia de solidariedade apenas retornará ao debate social



no limiar do século XIX para o século XX, através de escritos de teóricos franceses, dos quais se destacam: o sociólogo Émile Durkheim e juristas como Léon Duguit<sup>7</sup>.

Não menos importante é a doutrina jurídica e filosófica kantiana. Embora de forma implícita, as máximas e imperativos kantianos apontam claramente para uma sociedade que reconhece no próximo a si mesmo, e que, portanto, age de forma a respeitar seu semelhante como uma lei universal.

Durante o período em que os positivismos de diversas matrizes dominaram as ciências, inclusive as sociais, a solidariedade enquanto valor ficou esquecida, aparecendo apenas como apelos de autoridades ilegítimas por meio de deveres aos cidadãos. Em verdade, não há que se falar em solidariedade nesse contexto, mas sim em arbitrariedade.

A virada Kantiana no último quarto do século passado possibilitou a reabilitação da solidariedade enquanto valor e princípio jurídico. Embora de forma implícita em algumas concepções filosóficas, a verdade é que a solidariedade perpassa por várias delas, pois já não era mais possível negligenciar as sociedades plurais e complexas que o fim do século apresentava. Para dar conta das necessidades materiais e pessoais dessa pluralidade, surge uma imperiosa necessidade de se conciliar o público e o privado, o pensar e agir (Sócrates), a liberdade e a igualdade. Nesse quadro, Rawls, Habermas e Denninger nos oferecem algumas possibilidades de leitura da solidariedade. Enquanto Denninger desenha uma empreitada mais audaciosa, alçando a solidariedade a uma categoria de mediação das diferenças, negando qualquer tentativa de imposição de uma moral universalizante, Habermas vê em sua proposta uma mera readaptação da tríade revolucionária francesa, o que não deixa de ser, a nosso sentir, um avanço.

Em Rawls haurimos mediante seu pluralismo razoável e o princípio da diferença substratos teóricos que nos permitem vê-lo como um solidarista-liberal, ou como prefere Van Parijs, um liberal de esquerda.

Isto posto, torna-se possível entender a solidariedade sob dois enfoques: (i) o primeiro, nos dizeres de Peces-Barba, divide a solidariedade em solidariedade dos antigos e

---

<sup>7</sup> Um dado interessante é que esses pensadores possuíam um ponto comum: todos pensavam a partir de uma mesma realidade, isto é, de um mesmo contexto social geograficamente delimitado. Da mesma forma, ainda pesa sobre eles o fato de terem agregado pouca fundamentação ao conceito de solidariedade, destacando-se mais pela descrição do que pela profundidade. A teoria social e política dos últimos anos denominam de “solidarismo” as concepções teóricas criadas neste contexto. Sobre os pensadores franceses, no mesmo sentido: NABAIS, José Casalta. ‘Solidariedade social, cidadania e direito fiscal’. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. de. [coord.]. *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, pp. 110 - 111.

solidariedade dos modernos; (ii) enquanto que o segundo enfoque nos fala em solidariedade horizontal e solidariedade vertical.

No **segundo capítulo** analisaremos a solidariedade como fundamento de direitos e deveres fundamentais. Tal análise leva em consideração o conceito de deveres, a sua relação com os direitos e seu fundamento, para posteriormente passarmos a uma aferição dos mesmos na Constituição brasileira. Cabe ressaltar que a relação entre os deveres de cidadania e a solidariedade também ganham uma atenção especial.

Já no **terceiro capítulo** reservamos um espaço para a dinâmica dos conflitos sociais e sua repercussão na política, posto que Direito e Política estão em *cooriginalidade*. Após uma breve exposição dos modelos de democracia existentes, ao menos os modelos mais conhecidos, entendemos que as condições para uma democracia aberta aos novos desafios devem conciliar as questões materiais com as existenciais. O obstáculo das condições materiais nos parece bem resolvido por Claudio Pereira de Souza Neto, em modelo alternativo aos de Habermas e Rawls. No entanto, no que diz respeito à participação de grupos inferiorizados na construção do Direito, parece-nos haver uma lacuna a ser preenchida nas questões identitárias.

Dessa forma, proporemos um modelo que nos parece adequado à realidade brasileira. O referido modelo trabalha com as seguintes proposições: (i) o modelo deliberativo procedimental habermasiano exagera ao acreditar numa comunidade de diálogos em que todos racionalmente participam e interagem na direção de valores universais comuns; (ii) o modelo republicano, por sua vez, é avesso ao diálogo quando entende haver incompatibilidades insuperáveis. Assim, quando o grupo decide sobre certa concepção de bem, a aceitação daqueles que não participam do grupo é irrelevante, havendo uma solidariedade fechada; por fim (iii) a democracia liberal é totalmente destituída de solidariedade, pois possui uma visão estática da política, na qual as pessoas só se aliam pela energia coercitiva do Estado de Direito.

Como alternativa aos modelos consagrados, buscamos um padrão que possa dar conta dos problemas culturais na esfera pública. Dentre as dimensões mais importantes de nossa edificação estão às dimensões do conflito, da diferença, da tolerância, da proximidade e da contestação, sendo todas fundamentais para se alcançar o ideal de amplificação ideológica.

Assim, quanto maior for a democracia solidária, ou seja, quanto maior for a participação e incorporação de segmentos e setores sociais, inclusive os pobres, os excluídos, os trabalhadores, as mulheres, os homossexuais, os grupos étnicos e culturais, dando voz também aos jovens, pessoas idosas e pessoas deficientes, maior será a capacidade do Estado de mediar conflitos sociais e diminuir o abismo existente entre os sub-integrados e sobre-integrados<sup>8</sup>. É nesse sentido que o presente trabalho vem aderir a uma concepção de democracia que se soma a democracia deliberativa e cooperativa, buscando um ideal de democracia amplificada e solidária fortemente direcionada aos direitos das minorias.

No entanto, não é nenhuma novidade afirmar que o espaço público e a política ainda encontram inúmeros obstáculos na concretização dos direitos das minorias, surgindo daí a necessidade de manifestação das Instâncias contra-majoritárias na afirmação desses direitos. Dessa forma, fez-se necessário levar do campo da política para a prática judicial os limites e possibilidades na concretização do princípio da solidariedade. Enquanto que na *práxis* política a solidariedade é uma idéia mais regulatória e contra fática - ao menos em regra -, no direito sua dimensão substantiva é extremamente viva, sobretudo em virtude de haver em nosso inúmeras recomendações e exigências prospectivas em termos de direitos e deveres fundamentais de solidariedade.

Após chegarmos a conclusão de que é possível deduzir algum grau de eficácia do princípio da solidariedade que consta do Art. 3º, I, da CF/88, no **quarto capítulo** optamos por direcionar os estudos na complexa afirmação deste princípio enquanto fundamento de decisões políticas e jurídicas de reconhecimento. O dever de reconhecimento impõe deveres de tolerância e de estima social que só podem ser alcançados mediante uma intersubjetividade, na qual todos os envolvidos se vêem como parceiros em uma empreitada social. Aqui, as contribuições de Axel Honneth, Jessé Souza e Charles Taylor foram fundamentais para compreender esse processo dinâmico de reconhecimento pelo conflito. Portanto, sob a forma de reconhecimento a solidariedade é quem constitui as identidades individuais.

---

<sup>8</sup> Essa é a denominação utilizada por Marcelo Neves para fazer aquilo que denomina de diferenciação funcional entre os pobres e os ricos nos países de modernidade tardia. Nesse sentido: NEVES, Marcelo. *EntreTêmis e Leviatã: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. No presente trabalho a idéia de sub-integração vai para além das questões econômicas, envolvendo também questões de identidade e reconhecimento.

Neste ponto os temas, ação afirmativa e cota racial aparecem com destaque para ilustrar a capacidade agregativa que o princípio da solidariedade possui na sua dimensão social, étnica e cultural.

Uma observação derradeira: como será percebido, procuramos a todo momento reconduzir os estudos ao contexto histórico, político, jurídico e social brasileiro, uma vez que a importação de experiências de forma acrítica tendem a colocar as *idéias fora do lugar*. Ademais, deve-se ter cautela ao trabalhar com o princípio da solidariedade. Em sociedades periféricas ou de modernidade tardia não é raro encontrar discursos paternalistas de solidariedade. O objetivo aqui é abalizar uma alternativa à tentação de fazer caridade, como foi o discurso da Igreja Católica<sup>9</sup>, sendo que tal alternativa aponta para algumas possibilidades a seguir estudadas.

No **quinto e último capítulo** nosso objetivo será analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na tentativa de delimitar os contornos de sua aplicação, aferindo em quais situações concretas do *mundo da vida* a solidariedade pode servir de corretivo das injustiças sociais.

---

<sup>9</sup> Sobre o tema: ALMEIDA, João Carlos. *Teologia da Solidariedade: uma abordagem da obra de Gustavo Gutiérrez*. Edições Loyola: São Paulo, 2005.

# 1. CONCEITO, FUNDAMENTO E ESTRUTURA DOS DIREITOS DEVERES DE SOLIDARIEDADE

## 1.1 Origem e raízes históricas da solidariedade: um breve inventário

### 1.1.1 A Grécia

Embora não seja explícito o discurso acerca da solidariedade na sociedade grega, é possível extrair de seus mais importantes pensadores (Sócrates, Platão e Aristóteles) fundamentos que servem de base para concepções morais que atravessam os séculos e compartilham de ideais de vida boa, bem comum, igualdade, equidade, razoabilidade e felicidade.

Sócrates (469 a 399 a.C), embora criticado à época por não haver direcionado seus estudos ao homem como ser social, daí a máxima “conhece-te a ti mesmo”, não concebeu, todavia, o arbítrio. É preciso saber distinguir a “impressão dos sentidos”, onde domina o arbítrio individual e a instabilidade, daquilo que é fruto da razão, onde se encontram os conhecimentos iguais para todos<sup>10</sup>. É preciso buscar a verdade através dessa dupla dinâmica, isto é, o saber (impressão dos sentidos) e o operar (fruto da razão). Saber e operar seriam uma mesma coisa, não sendo possível uma sem a outra, pois a virtude é a verdade conhecida e aplicada<sup>11</sup>.

A obediência às leis, segundo Sócrates, é um dever, inclusive as leis más, pois cabe ao indivíduo ver a “justiça em si” e não a justiça a cada tese, eis que se assim não for, estará por encorajar o cidadão perverso a violar as leis boas<sup>12</sup>. Portanto, embora não explícita, fica óbvia e defesa de uma solidariedade necessária entre os indivíduos da *pólis*, sobretudo por meio dos deveres de respeitar as leis. E se resta alguma dúvida de que Sócrates defendia o sacrifício de interesses pessoais pelos interesses da comunidade, essa dúvida é facilmente respondida. Ao ser acusado de ter corrompido a juventude e incorporado novos Deuses à filosofia grega, ele aceita serenamente a pena de morte como forma de demonstrar a toda

---

<sup>10</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *História da Filosofia do Direito*. Trad. João Batista da Silva. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003, p.16.

<sup>11</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *História da Filosofia do Direito...*, p.17

<sup>12</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *História da Filosofia do Direito...*, p.18

sociedade que o respeito às leis<sup>13</sup> – boas ou más – deveria ser mantido, sob pena de se vilorar a moral social, escrita ou não.

Outro momento ao longo da história em que é possível identificar uma contestação ao individualismo e ao particularismo está na famosa obra “A República”, de Platão. Embora não haja menção alguma ao termo solidariedade, nota-se que a contrariedade ao pensamento individualista manifesta, mesmo que implicitamente, certa desconfiança com a idéia de um indivíduo que pensa, cria e age isoladamente<sup>14</sup>. A partir daí ele defende uma concepção ideal de Estado, pois só no Estado a justiça se mostra grande como ela é, enquanto que em cada indivíduo ela seria pequena<sup>15</sup>.

O Estado é o homem em perfeita unidade com seus semelhantes, isto é, um todo formado pelos vários indivíduos. E sendo um corpo formado por vários indivíduos (órgãos do corpo), a vida só é possível com o funcionamento perfeito de cada uma das partes. Deve-se ter, nesse sentido, alguma harmonia, sendo essa harmonia alcançada pela virtude, em outras palavras, a harmonia se obtém pela virtude que reside nas relações harmônicas entre as várias partes do corpo<sup>16</sup>.

Assim, com base na harmonia entre as partes do corpo é possível apontar características semelhantes à noção de solidariedade, no sentido de que ela exige em alguma medida uma coesão entre os indivíduos. Por outro lado, Platão pecou em deslocar demasiadamente o poder para o Estado, tornando o indivíduo como instrumento, contrariando qualquer concepção atual de Estado de Direito.

Para Aristóteles os indivíduos são partes integrantes da cidade, todas dependentes ao corpo inteiro e qualificadas por seus poderes e funções. Se separadas, só conservam o nome e a aparência, sem a realidade. Sendo, portanto, o Estado uma necessidade e não uma simples aliança temporal para alcançar fins particulares, deve este ser uma união orgânica

---

<sup>13</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *História da Filosofia do Direito...*, p.18

<sup>14</sup> Para esta conclusão necessária se faz a análise dos diálogos entre Sócrates e Glauco presentes em “A República”. Veja, como exemplo, o seguinte trecho: “Nossos cidadãos participarão, pois, em comum dos interesses de cada indivíduo particular, interesses que considerarão como seus próprios, e, em virtude desta união, todos participarão das mesmas alegrias e das mesmas dores”. Citado por AVELINO, Pedro Buck. *Princípios da solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na constituição de 1988*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n.º 53, out/dez, São Paulo: RT, 2005, p.p 233-234.

<sup>15</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *História da Filosofia do Direito...*, p.19.

<sup>16</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *História da Filosofia do Direito...*, p.19.

perfeita em busca da virtude e da felicidade universal, pois só na convivência coletiva cada integrante do grupo social poder viver melhor<sup>17</sup>.

Nas palavras do filósofo:

O Estado, ou sociedade política, é até mesmo o primeiro objeto a que se propôs a natureza. O todo existe necessariamente antes da parte. As sociedades domésticas e os indivíduos não são apenas partes integrantes da Cidade, todas subordinadas ao corpo inteiro, todas distintas por seus poderes e suas funções, e todas inúteis quando articuladas, semelhantes às mãos e aos pés que, ma vez separados do corpo, só conservam o nome e a aparência, sem a realidade, como uma mão de pedra<sup>18</sup>

Percebe-se, claramente, que na concepção aristotélica de comunidade o homem é um ser essencialmente político, fato que implica na sua dependência dos demais membros da *pólis*. Sua plena realização se dá mediante uma vida pública interacional e ativa, compartilhando os pontos comuns a todos.

Há de se destacar, por óbvio, as concepções de justiça de Aristóteles conhecidas como justiça corretiva (comutativa ou judiciária) e justiça distributiva. A primeira consiste na regulação das relações mútuas medindo impessoalmente o dano ou o proveito, buscando uma condição de paridade, tornando-se justiça judiciária se houver necessidade de intervenção judicial<sup>19</sup>. Já a justiça distributiva se aplica na repartição de honras e bens tendo como critério os méritos individuais, tratando a distribuição dos bens de forma geométrica<sup>20</sup>.

Não é muito raro a doutrina constitucional utilizar dessa proposta aristotélica para fundamentar o que hoje conhecemos como igualdade material. Trata-se, a nosso sentir, de abordagem equivocada na medida em que Aristóteles concebe uma sociedade aristocrática, marcada pelas diferenças de tratamento, sobretudo no que se refere aos escravos. É de Michel Villey essa constatação:

---

<sup>17</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *História da Filosofia do Direito*. Trad. João Batista da Silva. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003, p.p 24-25.

<sup>18</sup> ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução Roberto Leal Ferreira. 2 ed. Coleção Clássicos. São Paulo : Martins Fontes, 1998, p.5.

<sup>19</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *História da Filosofia do Direito*. Trad. João Batista da Silva. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003, p. 26.

<sup>20</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *História da Filosofia do Direito*. Trad. João Batista da Silva. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003, p. 25.

A partir de Bodin, numerosos intérpretes modernos inferem da definição de justiça distributiva uma doutrina aristocrática: seria justo repartir as responsabilidades públicas proporcionalmente aos méritos, à nobreza, mas isso Aristóteles jamais o disse: ao contrário, ele deixa em questão o problema da escolha do critério de distribuição<sup>21</sup>

Portanto, embora bem intencionada, a doutrina constitucional acriticamente se apossou de tal conceituação como se a igualdade geométrica em Aristóteles fosse para prestigiar os menos favorecidos, pois como dizia o próprio filósofo, deve-se tratar os iguais igualmente e os desiguais na medida de sua desigualação.

Dworkin já se posicionou fortemente contra essa visão ingênua da igualdade<sup>22</sup>. Diz o autor americano que a primeira proposição de igualdade é fraca demais frente as sociedades plurais como as de hoje. Por outro lado, a segunda falha ao utopizar um critério diferenciador ou aferidor de igualdade ou desigualdade, pois tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam é um tanto quanto indeterminado, limitado e abstrato<sup>23</sup>.

Dessa forma, conclui-se que o legado grego de solidariedade apoiava-se nas noções de bem comum, unidade e felicidade. No entanto, tais perspectivas estavam à disposição de poucos, somente aos “mais iguais”<sup>24</sup>.

### 1.1.2 A teologia da solidariedade

A Bíblia foi sem dúvida um dos documentos fundantes da idéia de fraternidade que só mais tarde se transformaria em solidariedade<sup>25</sup>. Depois do assentamento do povo de

---

<sup>21</sup> VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito: definições e fins do direito*. São Paulo: Editora Atlas, 1977, p. 67.

<sup>22</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.320.

<sup>23</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio...*, p.24.

<sup>24</sup> O legado grego de solidariedade foi observado inclusive por Hebert Hart ao dizer que “É possível extrair da *República* e *Das leis* de Platão, e talvez da *Ética* e da *Política* de Aristóteles, a seguinte tese sobre o papel do Direito em relação à imposição (enforcement) da moral: o direito da cidade-estado existe não apenas para assegurar que os homens tenham a oportunidade de levar uma vida moralmente boa, mas para garantir que eles efetivamente a levem. De acordo com essa tese, o direito pode não apenas ser usado para punir pessoas que façam o que é moralmente errado, mas ele deve ser usado para esse fim; pois a promoção da virtude moral por esses meios e por outros é um dos propósitos ou objetivos de uma sociedade complexa a ponto de ter desenvolvido um sistema jurídico” (HART, H. L. A. “Solidariedade Social e imposição da Moral” In *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Tradução José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.280)



Israel e dos seus mais de quarenta anos de travessia pelo deserto, o que ocorre é que a propriedade privada acabou por produzir em grande escala desigualdades econômicas. Como se não bastasse, a criação de impostos aliados a alocação financeira para sustentar a Corte e os Exércitos mercenários, só fez aumentar esta desigualdade<sup>26</sup>.

Mais adiante, a consequência disso pode ser notada na estrutura social com o surgimento dos pobres ou, como preferiu denominar o Antigo testamento, de *ebyon* (mendigo), sendo àquele que carece de ajuda e espera dos demais esta ajuda, pois estes não pedem compaixão, mas sim justiça<sup>27</sup>. Dessa forma, é importante destacar que nem sempre a idéia de fraternidade ou solidariedade esteve ligada à caridade, sendo também utilizada para demandar justiça.

Lembrando que a pobreza foi produto da busca exagerada, maldosa e egoísta dos homens pelo poder, González Carvajal, citado por Ernesto J. Vidal, lembra algumas disposições legislativas que, além de apontar a acumulação desigual de bens, delimitaram o conceito de solidariedade. Assim quando “*al pueblo, después de caminar cuarenta años por el desierto, a una tierra que manaba leche e miel (Ex, 3, 8) distribuyó la tierra equitativamente entre su pueblo, le dio leyes para que no hubiera ningún pobre (Dt, 15, 4)*”<sup>28</sup>. Sobre a partilha de terras a “*cada cincuenta años, un Año Jubilar em el que se redistribuía ex novo entre todos la propiedad de la tierra (Lev, 25, 8-17)*”<sup>29</sup>.

Também na Idade Média, mais precisamente na Europa, é possível encontrar a solidariedade sendo utilizada como idéia precursora da religião. Tal constatação se dá com a fragmentação do Estado e o surgimento de diversos feudos, fazendo com que a Igreja tenha um fortalecimento considerável de poder, tornando-se o poder central<sup>30</sup>.

Nesse período, a convivência entre Direito Romano e Direito Canônico se dava com a submissão do primeiro perante o segundo, cabendo destacar as inúmeras competências

---

<sup>25</sup> Mais a frente será abordada a mudança de paradigma da tríade da Revolução Francesa proposta por Denninger, vide: “Segurança, Diversidade e Solidariedade ao invés de Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, In; Revista Brasileira de Estudos políticos, nº 88, Dez. 2003. Belo Horizonte, UFMG, p-p 21-45.

<sup>26</sup> VIDAL GIL, Ernesto J. *Los derechos de solidaridad em el ordenamiento jurídico español*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2002, p. 26.

<sup>27</sup> VIDAL GIL, Ernesto J. *Los derechos de solidaridad em el ordenamiento jurídico español*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2002, p. 26.

<sup>28</sup> CARVAJAL, González. Apud VIDAL GIL, Ernesto J. *Los derechos de solidaridad em el ordenamiento jurídico español*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2002, p. 27.

<sup>29</sup> Idem.

<sup>30</sup> BAÊTAS DYRLUND, Maria Cecília. “Solidariedade” In *Dicionário de Filosofia do Direito*. Org: BARRETO, Vicente Paulo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.775.

exclusivas e jurisdicionais destinadas à Igreja. Portanto, é no Direito Canônico que se encontra a solidariedade, sendo esta articulada de forma especial no que diz respeito à Doutrina Social da Igreja<sup>31</sup>.

De fato, os princípios religiosos basilares estiveram desde sempre muito próximos à idéia de caridade e solidariedade. O cristianismo sempre sustentou como máxima universal que o homem “amarás ao teu próximo como a ti mesmo”<sup>32</sup>. O próprio papa e filósofo, Bento XVI, destinou sua primeira carta encíclica ao amor, denominada de Carta Encíclica *Deus Caritas Est*, demonstrando de forma contundente o compromisso da Igreja Católica com a caridade.

Na teologia Cristã, a relação com o semelhante sempre foi pautada pelo o amor de Deus, integrando a santidade cristã:

O desenvolvimento da teologia cristã da caridade (sejam lembrados os nomes de Santo Agostinho, de São Bernardo, de Santo Tomás de Aquino, de São Francisco de Sales, de Pascal...) faz do problema do outro um dos temas cardeais da antropologia cristã. No racionalismo moderno, entretanto, a partir de Descartes, o problema do objeto volta a polarizar a reflexão filosófica, de sorte que só a relação com a Idéia defina o sujeito e sua autonomia: a filosofia erige-se em sistema fechado, e o Eu ideal que pensa o sistema exige, como observa Gusdorf, a morte do outro (ou sua escravização ao domínio da necessidade racional), segundo um esquema que Hegel tornará clássico<sup>33</sup>

Inclusive na cultura islã, onde não há uma divisão entre Estado e religião, as idéias relativas à redistribuição de bens são claramente observáveis. Existe um tipo de tributo, a *zakaat*, que é como uma autêntica esmola legal, que a própria lei destina aos endividados, necessitados, soldados da guerra santa e aos escravos libertos”<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Idem.

<sup>32</sup> BIBLIA. Evangelho de Mateus. Disponível em: <<http://www.bibliasagrada.web.pt/Mateus3.htm>>. Acesso em: 31.08.2009. Nesse sentido: YAMASHITA, Douglas. ‘Princípio da solidariedade em Direito Tributário’. In *Solidariedade Social e Tributação*. Coordenadores: Marco. A. G; Marciano Seabra G. São Paulo: Dialética, 2005, p. 59 “ Talvez a solidariedade encontre seu significado filosófico mais profundo no segundo mandamento Cristão: “Amarás ao teu próximo como a ti mesmo”. Por isso, como expressão social desse amor, a solidariedade também é graduada segundo critério da proximidade”.

<sup>33</sup> VAZ, Henrique C. de Lima. *Nota histórica sobre o problema filosófico do "outro". Ontologia e História*. São Paulo: Loyola, 2001, p.233.

<sup>34</sup> FAEDDA, B. “principio di ridistribuzione nel diritto tributario e nelle società tradizionali”. *Diritto & Diritti Il Portale Giuridico*. (Disponível em: <<http://www.diritto.it/materiali/antropologia/faedda.html>>. Acesso realizado em 25.08.2009)

### 1.1.3 O estoicismo e os deveres

A escola Estóica ficou conhecida como a escola que aderiu aos legados da escola cínica. Seu precursor foi Zenão (308 a.C), seguido de perto por Panésio e Poseidão, este último mestre de Cícero e Sêneca. Os estóicos defenderam que a liberdade só é alcançada mediante um acordo consigo mesmo: o ser humano é capaz de se livrar de todas as paixões e das influências externas<sup>35</sup>. O homem é partícipe, por natureza, de uma lei universal, fato que o leva a ser considerado um cidadão do universo<sup>36</sup>. Os Estados particulares são suprimidos por deferência ao Estado Universal: o fim supremo não é mais o homem, mas uma moral abrangente e humana<sup>37</sup>.

Neste ponto, de nevrálgica importância são os estóicos Cícero e Sêneca, pensadores que chegaram a influenciar intelectualmente a Revolução Francesa. O homem livre que age de forma a ajudar o próximo, precisa controlar suas paixões racionalmente, daí uma das características marcantes desta escola: o jusnaturalismo racionalista.

O humanismo que permeava toda a escola estóica encontrava nos ideais de ajuda mútua, humanidade cosmopolita, associação, comunicação, dentre outros, o suporte necessário à comunidade de cidadãos que idealizavam.<sup>38</sup> Em conhecida obra denominada *De Officiis* (Os Deveres), Cícero fala das obrigações ético-morais defendidas sob o prisma de uma metafísica filosófica universal. Lembrando Platão, diz que “não nascemos apenas para nós, mas de nossa vida a pátria reivindica uma parte, sendo que a outra parte cabe aos nossos amigos”, pois tudo neste mundo “destina-se ao uso dos seres humanos [...] os homens, por sua vez, foram gerados em razão de seus semelhantes de modo a poderem uns auxiliar os outros”<sup>39</sup>.

Sobre o individualismo, o Senador professa sua total contrariedade e afirma que:

Também há aqueles que, seja por causa do zelo aos interesses familiares, seja por certa aversão aos semelhantes, professam cuidar, com exclusividade, de seus próprios negócios a fim de não cometerem injúria a ninguém. Destarte, enquanto

---

<sup>35</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *História da Filosofia do Direito*. Trad. João Batista da Silva. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003, p. 31.

<sup>36</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *História da Filosofia do Direito*. Trad. João Batista da Silva. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003, p. 31

<sup>37</sup> Idem.

<sup>38</sup> MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales*, ...p.263.

<sup>39</sup> CÍCERO, Marco Túlio. *Os Deveres*. Tomo I. Trad. Luiz Feracine. São Paulo: Editora Escala, 2008, p.48.

se preservam da primeira espécie de injustiça, fundam por incorrer nas egunda. Ao alienarem-se da vida em sociedade, em nada colaboram para o bem da mesma nem com as obras nem com seus talentos<sup>40</sup>

Portanto, embora o estoicismo esteja dentre as correntes filosóficas denominadas por Peces-Barba de doutrinas que compõe a solidariedade dos antigos<sup>41</sup>, seus legados foram por demais importantes na construção do valor solidariedade, ao afirmar que o indivíduo não está sozinho e que o bem comum é seu próprio bem<sup>42</sup>.

Em síntese, sua herança na compreensão dos deveres de solidariedade se resume a: (i) não causar dano ao próximo; (ii) restituir o dano causado; e (iii) manter a palavra. Cumpre dizer que o não cumprimento de tais comandos ensejava castigo ou sanção para o infrator, permitindo identificar a categoria de deveres jurídicos ali elencados<sup>43</sup>.

#### 1.1.4 A Revolução Francesa: a solidariedade enquanto fraternidade

A tríade que compõe os princípios basilares do sistema universal de Direitos Humanos constituiu-se durante a Revolução Francesa. Todavia, sua consagração no que diz respeito ao mundo jurídico só se consolidou mais tarde<sup>44</sup>. A Declaração do Homem e do Cidadão, de 1789, bem como o *Bill of Rights* de 1776, referiram-se apenas à liberdade e a igualdade, sendo que a fraternidade somente veio a ser mencionada, pela primeira vez – não como princípio jurídico -, mas como virtude cívica, na Constituição Francesa de 1791. De fato, somente na carta constitucional da segunda república francesa, em 1848, que a tríade dos direitos humanos veio a ser oficialmente declarada<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> CÍCERO, Marco Túlio. *Os Deveres*. Tomo I. Trad. Luiz Feracine. São Paulo: Editora Escala, 2008, p.56.

<sup>41</sup> Essa distinção será abordada mais a frente. Para ver na íntegra, leia-se: MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales*, ...p.263.

<sup>42</sup> Dentre os deveres por Cícero elencados como fundamentos da justiça estão “primeiro não causar prejuízo a ninguém, depois, servir ao bem comum” CÍCERO, Marco Túlio. *Os Deveres*. Tomo I. Trad. Luiz Feracine. São Paulo: Editora Escala, 2008, p.57.

<sup>43</sup> CASALTA NABAIS, José. “Dos deveres fundamentais” In *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p.227. No mesmo sentido: PECES-BARBA, Gregório. *Los deberes fundamentales...*, p.9

<sup>44</sup> Nada obstante, a idéia de solidariedade pode ser encontrada já em Sócrates, Platão e Aristóteles na luta contra o individualismo, sobretudo neste último com a idéia de justiça distributiva, como já mencionado. Nesse sentido ver: COMPARATO, Fabio Konder. *Afirmção histórica dos Direitos Humanos*, São Paulo: Saraiva, 1999.

<sup>45</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Comentário ao Artigo 1 da Declaração Universal de 1948*, Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/coment/01.htm> (acesso realizado em 30/11/2008)

O acontecimento histórico da Revolução Francesa data de julho de 1789. Devido a suas complexidades ideológicas, tal Revolução se prolongou por anos, gerando conflitos armados entre vários atores políticos. Após uma sucessão de Governos, Napoleão Bonaparte chega ao Poder em novembro de 1799, trazendo consigo uma certa estabilidade política.

Com a formação do Terceiro Estado por volta de 1788, eis que surge uma figura que mais tarde se tornará um dos protagonistas da Revolução: com trinta e um anos de idade Robespierre se torna Deputado pela cidade de Arras.

A situação social era preocupante e o estado de insatisfação popular tão amplo que o povo foi às ruas com o fim de tomar o poder e retirar do governo a monarquia comandada pelo rei Luis XVI. O primeiro alvo dos revolucionários foi a Bastilha, sendo que sua queda ocorre em 14/07/1789, marcando o início do processo revolucionário, já que a prisão política era o símbolo da monarquia francesa.

O mote dos revolucionários era a tríade “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, pois esses três pilares resumiam claramente os desejos do terceiro Estado francês<sup>46</sup>.

Durante o processo revolucionário, grande parte da nobreza deixou a França, porém a família real foi capturada enquanto tentava fugir do país. Presos, os integrantes da monarquia, entre eles o rei Luis XVI e sua esposa Maria Antonieta foram guilhotinados em 1793. O clero também não saiu impune, pois os bens da Igreja foram confiscados durante a revolução<sup>47</sup>.

No mês de agosto de 1789, a Assembléia Constituinte cancelou todos os direitos feudais que existiam e promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Este importante documento trazia significativos avanços sociais, garantindo direitos iguais aos cidadãos, além de maior participação política para o povo<sup>48</sup>.

No entanto, como já foi dito, embora a tríade que compõe os princípios axiológicos supremos do sistema universal de direitos humanos tenha seu alicerce na Revolução Francesa, sua efetiva consagração em textos jurídicos só se realizou mais a frente. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, bem como o *Bill of Rights de*

---

<sup>46</sup> TARRUELLA, Ramón D. Prólogo da obra ROBESPIERRE, Maximilien de. *Libertad, Igualdad, Fraternidad*. Buenos Aires: longseller, 2005, p.p 5-22.

<sup>47</sup> ROBESPIERRE, Maximilien de. *Libertad, Igualdad, Fraternidad*. Buenos Aires: longseller, 2005, p.p 5-22.

<sup>48</sup> Idem.

Virgínia, de 1776, só fez menção à liberdade e à igualdade. A fraternidade veio a ser mencionada, vale dizer, não como princípio jurídico, mas como virtude cívica – na Constituição francesa de 1791. Foi somente no texto constitucional da segunda república francesa, em 1848, que a “santíssima trindade” dos direitos humanos veio a ser oficialmente declarada<sup>49</sup>.

### 1.2.1 O solidarismo sociológico

### 1.2.2 Durkheim e os conceitos de solidariedade orgânica e mecânica

De acordo com Durkheim, a natureza da solidariedade é o problema central da sociologia, sendo que a chave para as questões sociais mais relevantes está em descobrir quais os laços que unem as pessoas<sup>50</sup>.

O sociológico francês em sua obra intitulada *A Divisão social do Trabalho* apóia-se na tese de que a sociedade só permaneceria harmônica se utilizasse o que denominou de duas forças de unidade. A primeira estaria correlacionada com as percepções de vida semelhantes que pudessem ser compartilhadas entre as pessoas, isto é, questões relativas a valores e crenças religiosas. Tal compartilhamento receberia o nome de solidariedade mecânica.

Por outro lado, inspirada na divisão do trabalho e em profissões especializadas, o pensador cria o que denominou de solidariedade orgânica. Esta solidariedade faz com que a divisão do trabalho pela especialização de tarefas sirva como um importante instrumento de união de grupos, pois assim surgiria uma interdependência criada entre as diferentes profissões. Dessa forma, o indivíduo há de sacrificar, em certa medida, sua liberdade pelo

---

<sup>49</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Comentário ao Artigo 1º da Declaração Universal de 1948...*

<sup>50</sup> Tal classificação se baseia na distinção entre *Gemeinschaft* e *Gesellschaft*. Vários foram os pensadores que permearam esse debate, de Durkheim a Weber, passando por Parsons, Spencer e Tönnies. De forma objetiva, pode-se dizer que a primeira se baseia na solidariedade mecânica, nas relações comunais e expressivas, enquanto que a segunda se relaciona com a solidariedade orgânica, baseada nas relações associativas e instrumentais. Sobre mais detalhes desta distinção ver: KOMTER Aafke E. *Social Solidarity and the Gift*. Cambridge University Press, 2005, p.p 101-108.

todo. Há de pensar e agir em benefício do Estado e da sociedade, pois é dela que ele provém<sup>51</sup>.

Para o Durkheim, a divisão social do trabalho seria mais desenvolvida e, por isso, produziria a solidariedade adequada sob um ponto de vista moral. Mas é indispensável precisar em que medida a solidariedade que ela produz traz benefícios para a sociedade<sup>52</sup>.

A solidariedade social é, pois, um fenômeno moral que apesar do seu caráter imaterial, não permanece no estado de potência pura. Diz Durkheim que:

Onde ela é forte, inclina fortemente os homens uns para os outros, põe-nos frequentemente em contato, multiplica as ocasiões de entrarem em relação. Em rigor, no ponto a que chegamos, é difícil dizer se é ela que produz esses fenômenos ou, pelo contrário, se deles resulta; se os homens se aproximam porque ela é enérgica, ou se, pelo contrário, é enérgica porque eles se aproximam uns dos outros<sup>53</sup>

Com esse questionamento Durkheim pretende nos mostrar que ao mesmo tempo em que a solidariedade é um valor facilmente perceptível, ele se reproduz na sociedade de várias formas, muitas delas difíceis de serem identificadas, pois ela poderá existir até onde não exista Estado ou Direito.

Seguindo sua intuição, conclui que quanto mais os membros da comunidade mantêm relações diversificadas, mas solidários se tornam, pois se existisse homogeneidade não haveria interdependência. Essas relações são proporcionalmente verificáveis com as normas jurídicas que a determinam. Nesse sentido, o direito passa a reproduzir todas as variedades essenciais da solidariedade social<sup>54</sup>.

A solidariedade social, portanto, é um fato humano coletivo complexo e de difícil conhecimento, sendo verificável só por meio de seus efeitos sociais. Sendo fato social, depende sobremaneira do organismo individual, pois é ele que a torna possível<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> KITSCHOLT, Herbert P. *Crisis, Choice And Change In Capitalist Democracies: Durkheim On Individualism*. Disponível em: <http://www.nosko.sk/CEU-POLS-6046-Durkheim.pdf> (acesso realizado em 19/08/2009)

<sup>52</sup> DURKHEIM, Emile. “Divisão social do trabalho” In *Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica*. Orgs. Claudio Souto e Joaquim Falcão. São Paulo: Pioneira, 2002, p.102.

<sup>53</sup> DURKHEIM, Emile. “Divisão social do trabalho” In *Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica*. Orgs. Claudio Souto e Joaquim Falcão. São Paulo: Pioneira, 2002, p.102.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p.103.

<sup>55</sup> *Ibid.*, pp.104-105.

Para o solidarismo sociológico de Durkheim, a consciência social coletiva é a pedra de toque de seus estudos, isto é, o estudo das crenças e sentimentos aos indivíduos. Na solidariedade orgânica (sociedade moderna) a consciência social era menos observável, enquanto que na sociedade tradicional (solidariedade mecânica) a consciência coletiva predominaria.

Na solidariedade mecânica predomina o direito repressivo, superando a consciência individual, enquanto que na solidariedade orgânica (solidariedade da divisão social do trabalho) a coesão social deriva das diferenças ou dessemelhanças que se completam reciprocamente<sup>56</sup>. Quanto maior as diferenças, mais indispensáveis se tornam à sociedade. “Na solidariedade orgânica, o desenvolvimento da sociedade caminha junto com o desenvolvimento da individualidade”<sup>57</sup>.

Para Durkheim o direito é uma reprodução fiel das duas formas de solidariedade, podendo ser usado como termômetro para medir a importância relativa das duas solidariedades em cada época. O direito penal com suas sanções repressivas representaria a solidariedade mecânica, enquanto que a solidariedade civil representaria a solidariedade orgânica, pois sustenta os elementos típicos da interdependência (como o contrato, por exemplo, que oferece sanções repressivas e não repressoras)<sup>58</sup>.

Ao propor o direito como parâmetro de aferição das solidariedades sociais, Durkheim não escapa da crítica de Hart, pois não acredita este último que basta simplesmente contar o número de regras, em uma dada época, que constituem o direito penal e o direito civil e daí extrair a conclusão de qual solidariedade será a mais importante naquela sociedade<sup>59</sup>. Diz Hart que “Essa fantasia cria problemas formidáveis relacionados à individuação e à possibilidade de contar regras jurídicas”<sup>60</sup>.

Em que pese às ambigüidades que a construção teórica de Durkheim padece, ela se tornou o ponto de partida para um desenvolvimento científico da solidariedade social. Da

---

<sup>56</sup> HART, H. L. A. “Solidariedade Social e imposição da Moral” In *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Tradução José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.280

<sup>57</sup> FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.216.

<sup>58</sup> DURKHEIM, Emile. “Divisão social do trabalho” In *Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica*. Orgs. Claudio Souto e Joaquim Falcão. São Paulo: Pioneira, 2002, p.102.

<sup>59</sup> HART, H. L. A. “Solidariedade Social e imposição da Moral” In *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Tradução José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 286-287.

<sup>60</sup> HART, H. L. A. “Solidariedade Social e imposição da Moral” In *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Tradução José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.287.



mesma forma, possibilitou a compreensão de que o indivíduo não é dissociado da sociedade, mas também não é um ser que se encolhe e desaparece diante de sua imensidão.

### 1.3 O solidarismo jurídico

#### 1.3.1 Leon Duguit e o direito fundado na solidariedade social

Léon Duguit (1859/1928) foi um dos principais pensadores do solidarismo<sup>61</sup>. Sua concepção de solidariedade como fundamento do direito parte da constatação de que o “homem natural, ilhado, nascido em condições de absoluta liberdade e independência quanto aos demais homens, e possuidor de direitos fundados nesta mesma liberdade, nesta mesma independência, é uma abstração sem realidade alguma”<sup>62</sup>.

De fato, o homem vive em sociedade, sempre viveu em sociedade e está inevitavelmente condicionado a viver com seus semelhantes e a sociedade humana é um fato elementar e natural, não invenção ou resultado da vontade humana.

---

<sup>61</sup> O solidarismo jurídico ainda teve dois nomes de envergadura, são eles Maurice Hauriou e Georges Gurvich. A lógica institucional de Maurice Hauriou pensou a solidariedade pela lente das Instituições, sendo esta uma interessante tentativa de conceber a experiência jurídica a partir de uma análise sociológica e histórica, pois o projeto coletivo, para melhor se realizar deve ser encarado na lógica de uma Instituição. O pensador Frances situa assim o direito no quadro do processo social e ele o vê como a síntese de uma experiência tridimensional enquanto fato, valor e norma. Este processo de institucionalização se daria de três formas: pela solidariedade orgânica, pela solidariedade representativa e pela solidariedade ética, ambas em constante processo de articulação e interação, formando uma condição prática e teórica na sociedade. Já a visão conhecida como comunitária de Georges Gurvitch, sustenta que o direito social é parte do solidarismo jurídico, não sendo reduzido exclusivamente a uma política de Estado. As práticas sociais implicam em um “pluralismo jurídico na vida real do direito, que é uma consequência do pluralismo de fato na realidade social”. Portanto, no pluralismo as diversas ordens jurídicas contribuem e se limitam reciprocamente, ou sej, pluralismo e direito social caminham sempre juntos.

O discurso do direito social também defendia a necessidade de haver garantias de liberdade positiva, isto é, o Estado deveria prover meios para os cidadãos dos diversos participarem como atores sociais ativos no autogoverno. Enfim, o direito social é parte de um sistema jurídico denominado solidarismo, no qual a “experiência jurídica é concebida a partir de um sistema de ação, sendo o direito uma prática que supõe a participação ativa dos sujeitos ao dos atores sociais”. O direito social é em si comunitário, pois é chamado a enfrentar a unidade da totalidade social, sem, no entanto, deixar de levar em conta a diversidade e a multiplicidade. Portanto, embora o solidarismo desses pensadores estivesse distante de imaginar uma sociedade como atual (na qual as diferenças transcendem questões materiais), a ênfase dada a democracia, ao direito e a solidariedade como elementos complementares e relacionais, colaborou para uma noção hoje amplamente difundida e aceita de que sem a garantia de alguns direitos, e aqui os direitos de solidariedade merecem destaque, não haverá democracia. (Sobre o solidarismo jurídico: FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 250 e ss.)

<sup>62</sup> DUGUIT, Leon. *Manual de Derecho Constitucional*. Tradução: José G. Acuña. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 243.

A humanidade, desde a Antigüidade, sempre hesitou entre o individualismo e a necessidade de viver em sociedade, muito embora não seja de fácil constatação a utilização, pelos filósofos e pensadores, da noção de solidariedade. No entanto, isso já bastou para demonstrar a constante tensão entre indivíduo e coletividade, fazendo acreditar na suprema relevância do individualismo como pressuposto de liberdade e conseqüente satisfação pessoal.

Na virada o século XIX para o século XX, a solidariedade se apresenta não só como um dever, mas também um direito, trazendo a necessidade de se discutir o tema no plano jurídico: daí a forte influência do pensamento solidarista em alguns juristas<sup>63</sup>.

Dentre os nomes que trabalharam com a solidariedade ou solidarismo, cumpre destacar Léon Duguit e sua idéia de solidariedade como verdadeira norma de direito objetivo. Nesse sentido, lembrado por José Fernando de Castro, Duguit sustenta que a “regra de direito é um produto social; ou, de preferência, é a própria sociedade, no sentido de que a existência da solidariedade implica na existência de uma regra de conduta”<sup>64</sup>.

Portanto, o fundamento do direito não está no indivíduo e sua vontade individualizada, nem mesmo no Estado. O fundamento do direito está na sociedade, pois o homem vive em sociedade e o direito é o resultado do embate entre as forças sociais antagônicas<sup>65</sup>. Desse forma, Duguit aponta para a necessidade de haver em um sociedade conflitos, embates e divergências como forma de legitimar o Direito, uma vez que o direito objetivo é uma regra de fato e se impõe aos homens pela força dos fatos.

Aqui, a base objetiva do direito é o fato social que se traduz em “solidariedade social”, aquela denominada por Durkheim de solidariedade por similitude, na qual Duguit acrescenta agora o sentimento de justiça<sup>66</sup>.

A regra de direito é uma regra objetiva que não deriva de um fato social bruto, mas de um fato socialmente valorado, baseado no seu duplo aspecto individualização e socialização<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> FARIAS, José Fernando de Castro. A origem do direito de solidariedade. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.221.

<sup>64</sup> L. Duguit, *L'État, Le Droit Objectif et la Loi Positive*, pág 15 Apud FARIAS, José Fernando de Castro. A origem do direito de solidariedade. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.222.

<sup>65</sup> FARIAS, José Fernando de Castro. A origem do direito de solidariedade. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.223.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p.224.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p.225.

Para o jurista Frances, a solidariedade social é a um só tempo valor objetivo, econômico e moral, que já possui em si mesma a intenção de imperatividade. Nessa construção, o sistema jurídico se ergue em torno de uma função social: é no equilíbrio entre os deveres no exercício das funções sociais que se cria um espaço de liberdade coletiva<sup>68</sup>.

Dentre as heranças mais importantes deixadas por esta lógica funcional, está o papel do indivíduo enquanto ser individual e coletivo. Para Duguit, o homem é chamado a preencher uma função social, pois sua própria condição de homem depende do funcionamento da sociedade: “a liberdade do homem não exclui o dever; liberdade e dever caminham juntos. A liberdade do homem implica responsabilidade, não há liberdade sem dever e não há dever sem liberdade”<sup>69</sup>.

Enfim, o legado deixado pelo sociologismo jurídico de Duguit vem retornando com força total no início do século XXI. A necessidade do homem de ser livre e responsável, bem como o papel que o direito desempenha nessa dualidade vem despertando o interesse de juristas e sociólogos em torno do mundo. Para os fins que nos interessam, podemos destacar que a noção de dever (negativo e positivo) por ele defendido e a conciliação entre individualidade e coletividade (herdada de Durkheim) são legados importantes para o constitucionalismo solidário.

Ademais, as construções teóricas, tanto de Duguit, quanto de outros solidaristas, padecem de um elemento essencial: a percepção de uma sociedade pancultural que hoje existe e dificilmente seria imaginada por esses pensadores.

## 1.4 Tipos de solidariedade

### 1.4.1 Solidariedade dos antigos e dos modernos

O Professor espanhol Gregório Peces-Barba Martínez, um dos ícones do que poderíamos designar de neopositivismo, sustenta em seu “Curso de Derechos

---

<sup>68</sup> Ibid., pp. 226 e ss.

<sup>69</sup> FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.233.

Fundamentales” aquilo que ele denomina ser a “solidariedade dos antigos” e a “solidariedade dos modernos”<sup>70</sup>.

A solidariedade dos antigos leva em consideração a coesão social, a semelhança e dá muita importância ao sujeito que se situa e se sente de alguma forma pertencente à determinada comunidade<sup>71</sup>. Neste ponto, fica patente a aproximação da idéia de solidariedade com o comunitarismo, posto que este defende um retorno à tradição aristotélica, marcadamente nostálgica, sendo esta a característica das concepções pré-modernas que são incapazes de assumir os valores da autonomia individual e do reconhecimento da diferença<sup>72</sup>.

De fato, não existe solidariedade sem o mínimo de liberdade e igualdade. Essa ausência de mínimos de liberdade e igualdade é facilmente encontrada em sociedades fechadas que se opõe claramente ao sistema democrático e plural, daí o ensejo de afirmar que a solidariedade é um elemento essencial para as democracias<sup>73</sup>.

Uma sociedade aberta preza pelo reconhecimento da diferença não somente em termos morais, mas também em sentido jurídico forte, ensaiando uma coação social institucionalizada, assim afirma Ernesto J. Vidal:

Sin libertad y sin el reconocimiento de la diferencia, no en términos morales, normativamente débiles, sino en el sentido jurídico fuerte que implica la existencia de la coacción institucionalizada, sin el reconocimiento de los derechos que surgen de la diferencia, podrá haber una cierta cohesión social, quizá una cierta ayuda mutua y recíproca en el contexto de un paternalismo tan presuntamente benévolo cuan injustificado, pero no habrá solidaridad, y, en todo caso, será una solidaridad, privada que se limita a la conmiseración, a la benevolencia y a la piedad estrictamente individuales, incapaz de atisbar sus dimensiones sociales y estructurales, es decir, la pobreza, la exclusión y la desigualdad natural y social<sup>74</sup>

---

<sup>70</sup> PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, pp. 263-282.

<sup>71</sup> VIDAL GIL, Ernesto J. *Los derechos de solidaridad em el ordenamiento jurídico español*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2002, p. 30.

<sup>72</sup> Esta é uma visão particular de Ernesto J Vidal que inclusive incluí Asladir MacIntyre como um comunitarista que reivindica este retorno a Aristóteles. Para mais detalhes ver: *Los derechos de solidaridad em el ordenamiento jurídico español*, 2002, p. 30.

<sup>73</sup> Este tema será retomado à frente, sobretudo na que diz respeito á democracia deliberativa.

<sup>74</sup> *Los derechos de solidaridad em el ordenamiento jurídico español*, 2002, p. 30.

Em verdade o *ethos* aristotélico e platônico, nada mais era do que uma filosofia moral que só estava à disposição dos que eles denominavam de iguais ou que possuíssem algo em comum, ou seja, a aristocracia elitista e excludente que utilizava pessoas (para eles escravos) como ferramentas ou mercadorias<sup>75</sup>.

Esta solidariedade (dos antigos) se aproxima por demais do estoicismo e da noção de caridade, concepções impregnadas de valores religiosos e que encontram no cristianismo e na Igreja Católica seu fundamento de ser.

Já a “solidariedade dos modernos” surge no século XIX com o forte movimento em prol dos Direitos Humanos, sobretudo o reconhecimento do sufrágio universal e pela “progressiva incorporação da classe trabalhadora às instituições políticas do Estado”<sup>76</sup>.

Dessa forma, a denominada “solidariedade dos modernos” é aquela que permite aos indivíduos, mediante a criação de meios capazes de lhes possibilitarem uma real liberdade, a busca pela felicidade e pela autorealização, devendo esta ser considerada objetivamente como valor superior com pretensões de efetivação, bem como princípio de organização de poderes em sua estrutura e função, além da dimensão subjetiva que se configura como fundamento de direitos<sup>77</sup>.

#### 1.4.2 Solidariedade vertical e horizontal

José Casalta Nabais classifica a solidariedade quanto aos seus efeitos em vertical e horizontal, sendo a solidariedade vertical identificada com os deveres do Estado. Quando da constituição de um Estado social, os órgãos públicos ficam obrigados a buscar a minimização das desigualdades, corrigindo os desníveis sociais, implementando e

---

<sup>75</sup> Cumpre dizer que esta não é uma posição pacífica na doutrina, podendo até se afirmar que é minoritária. No entanto, a reprodução acrítica dos ideais de Platão e Aristóteles nos leva a conclusões extremamente perfeccionistas, fato que não é compatível com uma série de acontecimentos nesse período grego. É nesse sentido que Michel Villey afirma que “A partir de Bodin, numerosos intérpretes modernos inferem da definição de justiça distributiva uma doutrina aristocrática: seria justo repartir as responsabilidades públicas proporcionalmente aos méritos, à nobreza, mas isso Aristóteles jamais o disse: ao contrário, ele deixa em questão o problema da escolha do critério de distribuição” (VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito: definições e fins do direito*. São Paulo: Editora Atlas, 1977, p. 67)

<sup>76</sup> RAPOZO, Joana Tavares da Silva. *Limites do princípio da solidariedade na instituição de contribuições sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p10.

<sup>77</sup> PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 272. No mesmo sentido: RAPOZO, Joana Tavares da Silva. *Limites do princípio da solidariedade na instituição de contribuições sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p11.

efetivando os direitos em benefício de todos os membros da sociedade. Dessa forma, “podemos dizer que foi este tipo de solidariedade a que foi convocada para a resolução da chamada questão social, quando a pobreza deixou de ser um problema individual e se converteu num problema social a exigir intervenção política”<sup>78</sup>.

Para o autor português, a solidariedade também pode ser analisada em seu sentido horizontal, neste momento não sendo apenas um dever do Estado, mas também obrigação de toda a sociedade civil. A solidariedade irradia a efetivação dos direitos fundamentais como comando direcionado não apenas ao Estado, mas também a própria sociedade<sup>79</sup>. Cada cidadão é, da mesma forma, vinculado à idéia de solidariedade<sup>80</sup>.

Essa noção de solidariedade horizontal – como vinculadora da própria sociedade – vem adquirindo especial importância pela verificação das limitações do Estado em garantir os direitos constitucionais. Filippo Pizzolato, professor da Universidade de Milão-Bicocca, segue esta linha, mas antes afirma que mais fácil seria “uma forma de solidariedade que se realiza entre iguais, ou seja, entre elementos que se colocam num mesmo plano”<sup>81</sup>.

Sendo o princípio da solidariedade de fortes raízes na Constituição italiana, cabe a ele, por intermédio da fraternidade, exigir uma espécie de “socorro mútuo prestado entre as pessoas”<sup>82</sup>. Esta, por sua vez, coloca-se ao lado de outra forma de solidariedade “ligada à fraternidade por um vínculo de subsidiariedade, e que chamaremos de vertical, baseada na intervenção direta do Estado (e dos poderes públicos) em socorro das necessidades”<sup>83</sup>.

---

<sup>78</sup> NABAIS, José Casalta. “Solidariedade social, cidadania e direito fiscal”. In: *Solidariedade social e tributação*. Coord. GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. São Paulo: Dialética, 2005, p.p 114-115.

<sup>79</sup> Em verdade, a solidariedade vertical nada mais é do que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sob o fundamento de deveres de solidariedade. Sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais ver: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.462. Diz a autora que “Também é extraída da dimensão objetiva [dos direitos fundamentais] a própria noção de eficácia entre particulares dos direitos fundamentais, e mais recentemente, a idéia de deveres de proteção. Esta última construção imputa ao Estado a responsabilidade de assegurar uma efetiva proteção dos direitos fundamentais, atuando positivamente com o escopo de prestação que esses sejam lesionados por terceiros”.

<sup>80</sup> NABAIS, José Casalta. “Solidariedade social, cidadania e direito fiscal”. In: *Solidariedade social e tributação*. Coord. GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. São Paulo: Dialética, 2005, p.p 114-115.

<sup>81</sup> PIZZOLATO, Filippo. ‘fraternidade no ordenamento jurídico italiano’ In *O Princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Organizador: Antônio Maria Baggio. São Paulo: Ed. Cidade Nova, 2008, p.112.

<sup>82</sup> PIZZOLATO, Filippo. ‘fraternidade no ordenamento jurídico italiano’ In *O Princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Organizador: Antônio Maria Baggio. São Paulo: Ed. Cidade Nova, 2008, p.112.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p.114.

Mais a frente será apontado que a Constituição brasileira também consagrou – em certo grau e medida – a eficácia horizontal dos direitos-deveres fundamentais, sendo que essa constatação conta com o apoio da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

## 1.5 A solidariedade a partir de Kant

### 1.5.1 Solidariedade e Autonomia Moral: De Kant ao Discurso Ético

Aqui o foco será a tradição Kantiana, na qual a noção de solidariedade moral ainda requer certo esclarecimento. Embora Kant apenas implicitamente ligasse a autonomia individual com a solidariedade, o fato é que o discurso ético neo-kantiano o faz explicitamente<sup>84</sup>.

É possível discernir as características solidárias da teoria moral de Kant na segunda e terceira fórmulas do Imperativo Categórico. Juntas, estas fórmulas projetam uma comunidade moral universal (o “reino dos fins”) cujos membros tratam uns aos outros como fins em si mesmos<sup>85</sup>. Para Kant, o reino dos fins não é uma comunidade empiricamente concreta, mas uma idéia de razão. No entanto, para pessoas que conscientemente escolhem e agem do ponto de vista moral, uma sociedade naquela comunidade constitui um laço social real que permite uma harmoniosa cooperação na vida cotidiana e que, às vezes, dá certa direção a projetos morais (iniciativas de direitos humanos, esforços humanitários, etc.)<sup>86</sup>.

O comprometimento com modelos morais específicos de ação e cooperação está embasado no reconhecimento mútuo da dignidade de pessoas que são capazes de ter autonomia: a natureza racional de pessoas como fins em si mesmas constitui o “fim

---

<sup>84</sup> Tal percepção leva em consideração pensadores como John Rawls, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, sobretudo este último.

<sup>85</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 58. “[...] supondo que haja alguma coisa cuja existência em si mesma tenha um valor absoluto e que, como fim em si mesma, possa ser o fundamento de determinadas leis, nessa coisa, e somente nela, é que estará o fundamento de um possível imperativo categórico, quer dizer, de uma lei prática. Agora eu afirmo: o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim”

<sup>86</sup> REHG, William. “Solidarity and the Common Good: An Analytic Framework” In *Journal of Social Philosophy*, Vol. 38 No. 1, Spring 2007, 7–21.

objetivo” que é necessariamente válido para qualquer um como uma norma (lei) prática. A linguagem teleológica de Kant sugere que a autonomia-como-fim funcione como um tipo de bem comum, o valor central que mantém a comunidade unida<sup>87</sup>.

Assim, a comunidade moral de Kant contém os elementos básicos da solidariedade delineados acima: um *laço social* que agrupa as pessoas por intermédio de seu *comprometimento* consciente, o qual engloba o reconhecimento mútuo de alguns valores (a autonomia das pessoas), e que vincula ações específicas em benefício do outro.

No nível concreto da ação, a autonomia significa que um age e escolhe “pelo dever”, isto é, baseado em normas de conduta que tratam as pessoas como fins em si mesmos. Assim, como Kant explica, tratar pessoas como fins envolve duas dimensões: negativamente, devemos tratá-las com respeito, ou seja, de maneira que não conflite com seus *status*, como fins autônomos; positivamente, devemos tratá-las com consideração, agindo de acordo a promover sua autonomia.

Em sua construção moral, encontramos a dimensão teleológica expressa numa reformulação do Imperativo Categórico: “age como se a máxima da tua ação devesse se tornar, pela tua vontade, lei universal”<sup>88</sup>.

A autonomia é um bem que o indivíduo possui, sendo ela uma capacidade mantida e percebida por pessoas de virtude, um bem individual, portanto. Embora minha autonomia beneficie outros membros da comunidade moral por meio do comportamento moral que esta engendra, ela não pode, para mim, ser boa simplesmente por ser boa para a comunidade: este entendimento reduziria paradoxalmente o agente autônomo a um mero “meio”. Se os indivíduos são fins em si mesmo com uma capacidade para uma ação moral auto-direcionada, então, a realização desta capacidade deve ser, primeiramente, um bem individual, algo que seja bom, precisamente, por ser isto um bem para o indivíduo<sup>89</sup>.

A partir daí poder-se-ia questionar a resposta de Kant para uma questão ligada à relação entre o bem comum e o bem individual, a fim de verificar suas conseqüências.

---

<sup>87</sup> Sobre o tema, ver a seguinte obra no original: Charles Taylor, *Sources of the Self* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989), 91–94.

<sup>88</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 59.

<sup>89</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 66 “A autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional”.



O bem comum fundamental que une as pessoas em solidariedade moral é seu comprometimento compartilhado do bem individual da autonomia entre si. Quanto às ações individuais, estas requerem um agente autônomo para agir e/ou evitar qualquer ação, de maneira peculiar, correspondendo apropriadamente à autonomia alheia. Em outras palavras: o que é bom para outra pessoa desde que seja um assunto que a todos interessa.

Na solidariedade moral, o bem individual da pessoa se torna um bem comum, precisamente, por intermédio do interesse alheio que vem à tona, enquanto que nas associações instrumentais, o bem comum é simplesmente a agregação de bens de indivíduos que têm o mínimo interesse ao bem alheio<sup>90</sup>.

Assim, este bem comum moral pode ser compreendido, em termos individualistas, como um bem que é diluído nos bens dos membros da comunidade moral. Indivíduos que agem autonomamente alcançam um bem individual – sua própria autonomia ou virtude morais. Além disso, os efeitos positivos de suas ações virtuosas nos outros, precisamente como ações que correspondem com respeito ou preocupação à autonomia individual alheia, são também ampliadas e dissolvidas dentro dos bens individuais daqueles afetados<sup>91</sup>. A autonomia moral de Kant é, assim, um bem comum num sentido derivado: todos os membros da comunidade moral tomam o bem individual da autonomia de cada membro como um bem a todos, assim como um bem comum<sup>92</sup>.

Por mais pretensioso que pareça, a verdade é que Kant não soluciona adequadamente o problema de julgamentos morais conflitantes. Esta lacuna apresenta um grave problema para a solidariedade da comunidade moral. Para que um grupo mantenha a solidariedade, ele não deve apenas dividir um compromisso com o bem comum, deve, também, resolver os conflitos sobre o que tal bem requer. Kant reconhece que agentes podem confundir seus deveres e discordarem sobre se algum fim em particular, de um indivíduo qualquer, faz uma alegação moral sobre outro membro da comunidade moral.

---

<sup>90</sup> REHG, William. “Solidarity and the Common Good: An Analytic Framework” In *Journal of Social Philosophy*, Vol. 38 No. 1, Spring 2007, p.18.

<sup>91</sup> RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Jussara Simões, 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 422 “Kant afirmou, e outros o acompanharam nisso, que o fundamento para propor esse dever [auxílio mútuo] é a possibilidade de surgirem situações em que venhamos a precisar da ajuda de outrem, e não reconhecer esse princípio significa nos privarmos desse auxílio. Embora em ocasiões especiais tenhamos de fazer coisas que não são de nosso interesse, é provável que nos beneficiemos no conjunto, pelo menos a longo prazo e em circunstâncias normais”

<sup>92</sup> REHG, William. “Solidarity and the Common Good: An Analytic Framework” In *Journal of Social Philosophy*, Vol. 38 No. 1, Spring 2007, p.20.

Porém, com o Imperativo Categórico em mãos, não considera a discordância como um problema *teórico* para sua epistemologia moral, mas apenas como um problema prático para a educação moral e cultivo da consciência<sup>93</sup>. Em teoria, cada agente reflexivo deveria alcançar a mesma conclusão no curso de uma ação específica que a autonomia requer em qualquer um dos casos (dentro dos limites da discricção por obrigações positivas). Com efeito, Kant, desse modo, concede uma autoridade interpretativa ao agente reflexivo.

Tal autoridade se baseia na competência individual de construir um *argumento lógico*, aprimorado num experimento mental, que imparcialmente justifica alguma omissão ou comissão – o tipo de argumento que o próprio Kant afirma quando ilustra o uso do Imperativo Categórico. Ao depositar sua confiança na reflexão individual madura como o fundamento para o julgamento imparcial, Kant assume que a semelhança do valor da autonomia não é algo problemático.

Esta lacuna tem levado neo-kantianos como Habermas a proporem uma reformulação dialógica do ponto de vista moral de Kant. Este passo muda a base da justificativa moral: se um argumento qualquer constitui uma justificativa adequada, dependendo de propriedades de um discurso, compreendidos como um *processo dialógico de argumentação*, os agentes morais devem testar a imparcialidade dos argumentos que justificam seus julgamentos num discurso de fato, suficientemente razoável.

A idéia de um discurso razoável tem sido analisada de diferentes perspectivas, mas, em geral, dever-se-ia esperar que este seguisse procedimentos que assegurem um rigoroso teste argumentativo; assim, o discurso deveria incluir um número suficientemente grande de participantes que representassem todas as perspectivas relevantes à questão, livres de fontes coercitivas internas ou externas, e dar a cada participante voz equiparada.

A leitura de Kant, proposta neste trabalho, deduz que o conteúdo do discurso moral é precisamente a conexão entre o bem comum da autonomia e dos vários bens individuais dos participantes, seus “interesses e orientações de valor”, como Habermas coloca<sup>94</sup>. Os participantes chegam a um consenso em seus deveres morais, uns com os outros, à medida

---

<sup>93</sup> É nesse sentido que o presente trabalho pretende articular a idéia de democracia deliberativa baseada na “discordância” e não na idéia de um consenso inicial que foi interrompido. No entanto, nos distanciamos de Kant na medida que admitimos que em algum momento os indivíduos deixam de usar da razão e tomam suas decisões por impulsos emotivos.

<sup>94</sup> HABERMAS, Jürgen, *A Inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p.55 “A ética discursiva justifica o teor de uma moral do respeito indistinto e da responsabilidade solidária por cada um”

que podem convencer razoavelmente uns aos outros que a busca de um interesse ou bem individual qualquer (vida, saúde, vocação, casamento, etc.) demanda um nível de respeito ou consideração alheio, ou seja, estabelece um dever *negativo* de respeito ou um dever *positivo* de consideração. Quando os participantes num discurso alcançam tal acordo, eles (falivelmente) certificam tais bens individuais como bens comuns – valores ou interesses de indivíduos que fazem alegações morais<sup>95</sup>.

Alguns pontos serão retomados mais a frente quando da abordagem acerca da deliberação democrática.

## 1.5.2 A Solidariedade como valor na virada Kantiana

### 1.5.2.1 O fato do pluralismo e o princípio da diferença em Rawls

Como vimos o valor atribuído à solidariedade na tradição kantiana é um tanto quanto limitado, sendo possível extrair apenas algumas considerações morais, isto é, pode-se dizer que em Kant a solidariedade seria um dever imperfeito.

Rawls, na sua teoria da justiça, já enxergava razões para justificar a imposição de um dever de ajuda para com as pessoas que estivessem necessitadas ou em perigo, desde que se pudesse fazê-lo sem prejuízos.

O reconhecimento, na concepção do filósofo americano, de que vivemos em uma sociedade em que podemos depender dos outros em situações difíceis, tem em si mesmo um enorme valor, pois o mais importante nesse caso não é a ajuda que recebemos imediatamente, mas sim um estímulo de segurança e confiança que geramos nos outros, trazendo como consequência boas intenções<sup>96</sup>.

Com efeito, em Rawls as possíveis reivindicações por solidariedade estariam presentes na maximização da liberdade, na segurança dos cidadãos e no próprio respeito pelo indivíduo enquanto ser dotado de dignidade. Assim, parece-nos bem viável extrair da posição original de Rawls, que nela as pessoas estariam desde já comprometidas com o

---

<sup>95</sup> REHG, William. “Solidarity and the Common Good: An Analytic Framework” In *Journal of Social Philosophy*, Vol. 38 No. 1, Spring 2007, p.21.

<sup>96</sup> RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*,...p. 422 e ss

dever de ajuda ao próximo em situações de emergência, desde que exista, obviamente, um equilíbrio entre solidariedade e liberdade.

Quando trata das doutrinas filosóficas e morais abrangentes, advoga por um pluralismo razoável, pois ao aceitá-lo “presumimos que, num consenso sobreposto ideal, todo cidadão endossa tanto uma doutrina abrangente quanto uma concepção política focal, relacionadas de alguma forma”<sup>97</sup>. Admitir uma cultura política de uma sociedade democrática que se caracteriza pela pluralidade de doutrinas religiosas, morais e filosóficas, não é uma mera descrição, mas antes o reconhecimento do pluralismo razoável<sup>98</sup>: daí ser possível extrair novamente uma idéia de fraternidade ou solidariedade.

Dessa forma, o próprio Rawls reconhece a dificuldade de sua empreitada ao dizer que nas sociedades plurais não há apenas uma pluralidade de doutrinas abrangentes, mas de doutrinas abrangentes e razoáveis, e ainda assim incompatíveis. Da mesma forma, é pouco provável que todos os cidadãos venham a professar a mesma doutrina. Assim, parece-nos que o pluralismo exige um mínimo de solidariedade, pois o jogo entre igualdade e liberdade no que diz respeito às diferenças torna-se rapidamente retórico e pouco aproveitado.

Na fundamentação de seus princípios de justiça para uma sociedade democrática moderna, Rawls alude a uma cooperação entre cidadãos, pois o objetivo dos princípios de justiça é possibilitar uma estrutura básica da sociedade e a ordenação das principais instituições sociais em um esquema de cooperação<sup>99</sup>.

Por fim, cabe destacar a noção de fraternidade que tributa do princípio da diferença. Segundo Rawls, a fraternidade perdeu espaço no debate político em virtude de ter sido relegada a um conceito apolítico, pois não expressaria nenhum dos direitos democráticos, mas tão somente sentimentos e atitudes mentais. Assim entendida, a fraternidade se vinculou aos conceitos de virtude cívica e solidariedade social, sendo deixada de lado em questões políticas e jurídicas.

Com o princípio da diferença e a exigência de não se obter mais vantagens, surge um esquema em que os menos afortunados gozariam de maior atenção e benefícios na partilha dos bens socialmente relevantes. Assim, o princípio da diferença, ao possibilitar

---

<sup>97</sup> RAWLS, John. *Political Liberalism*. Cambridge: Harvard University Press, 1993, p. 26.

<sup>98</sup> RAWLS, John. *Political Liberalism*,...p.25.

<sup>99</sup> RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*,...pp. 65 e ss

uma desigualação fática para beneficiar certo grupo, somente a faz mediante a exigência de se dar mais a quem tem menos, articulando a igualdade material com base na solidariedade.

#### 1.5.2.1.1 Van Parijs e o resgate da solidariedade em Rawls

Van Parijs sem sombra de dúvidas foi um dos mais importantes pensadores na busca em revigorar os componentes éticos e os fundamentos da solidariedade.

O autor sugere uma noção de prestação universal de serviços sociais que somente poderá ser estabelecido mediante uma forma justa, equitativa e eticamente aceitável. O elemento ético está implícito na idéia de Estado de Bem-Estar, pois só assim ele seria legítimo e superaria a visão estrita de solidariedade e contrato.

Diante disso, Parijs lança mão de três modelos de transferências sociais, a saber: o Bismarckiano, o Beveridgeano e o Paineano

O modelo Bismarckiano toma por base a orientação de seguro social tributada da Prússia, sob a construção de Otto Von Bismarck. Nesse modelo, o seguro social pensa nas probabilidades e no risco que se apóiam em um sentido subjetivo. Sua pedra de toque é o contrato composto por segurado e o segurador, possuindo regras que formam o nível de risco subjetivo, o pagamento antecipado e a indenização.

Esses Estados detentores de sistemas de seguro obrigatório universal (ao menos para os assalariados) não aludem qualquer construção de solidariedade ou equidade. Trata-se de seguro individual no qual o risco é repartido por ser necessário prevenir a possibilidade de ingresso em casos de desemprego, por exemplo. Da mesma forma, permite reduzir os custos com a administração e transação. Estando desempregado e sem oportunidades no mercado, faz jus a uma determina quantia em dinheiro. A solidariedade aqui é meramente contratual entre as partes envolvidas<sup>100</sup>.

Já o modelo Beveridgeano, baseia-se em uma textura de seguridade social disponível e garantida a todos os indivíduos. Tal modelo foi adotado na Inglaterra pós Segunda Guerra, como fruto de estudos coordenados por William Beveridge. Van Parijs

---

<sup>100</sup> VAN PARIJS, Philippe. “Les fondements éthiques de l'Etat-Providence et de son dépassement” In Serge Paugam éd., *Repenser la solidarité. L'apport des sciences sociales*, Paris: P.U.F., 2006, pp. 128-129.

sustenta que nesse modelo os apelos a um maior nível de solidariedade é observável frente ao modelo Bismarckiano, pois nele tenta-se resolver ou, ao menos, suavizar as dificuldades de redistribuição de renda. Uma das principais características apresentadas pelos Estados de Bem-Estar que endossam este modelo é a garantia de uma espécie de ingresso mínimo que independe de contribuição, do seu valor e dos cálculos de risco. De fato, como assinala Parijs, esse modelo possui uma transferência de renda que possibilita uma noção de solidariedade bem mais ampla que a do modelo anterior, uma vez que se assenta em bases éticas fortalecidas voltadas tanto para aspectos coletivos quanto individuais<sup>101</sup>.

Em resumo, o Estado de Bem-Estar esteve sempre ancorado em dois princípios: (i) o primeiro vinculado a luta pelo seguro simples, debilitado em solidariedade, repartido entre afortunados e desafortunados, após contribuição; (ii) e pelo princípio que condensa mais solidariedade, transcendendo os interesses pessoais, entre os indivíduos que contribuíram ou não antecipadamente. Embora tenha havido avanços consideráveis na ampliação do acesso, não significa ter havido no plano dos valores éticos e coletivos<sup>102</sup>.

Por fim, o modelo melhor elaborado em termos éticos na visão de Parijs, é o modelo Paineano. Nessa construção teórica o acesso é incondicional. Thomas Paine apresentou sua tese em 1796 denominada de “prestação universal” ou “renda ou salário de cidadania”. Trata-se de modelo Institucional que suplantaria os modelos anteriores. Aqui, a exigência de uma fundamentação ética é muito superior as demais. Exigi-se uma mudança e uma justificativa ética radicalmente superior aos anteriores, tratando-se de um modelo ideal e possível.

Nesse sentido, surge uma imperiosa reflexão sobre os níveis de transferência, a equidade, a justiça e as formas de maximização do acesso universal. Do mesmo modo, assume os defeitos e dificuldades a serem enfrentados por esta edificação, apontando padrões éticos para solucionar essa equação: maior eficiência na redução da pobreza, respeito à dignidade dos despossuídos, simplificação da política social, combate ao desemprego, fomento às cooperativas autônomas e outras.

Portanto, esse último modelo em que Van Parijs se apóia, apresenta-se como uma forma de superação dos modelos existentes: um modelo “ideal” de solidariedade que se

---

<sup>101</sup> Ibid., pp. 132-133.

<sup>102</sup> Ibid., p.135.

baseia numa construção ética socialmente aceita por todos os indivíduos que compõem uma sociedade.

Na década de noventa do século XX, em obra dedicada ao filósofo americano John Rawls, denominada *Sauver la Solidarité*, Van Parijs afirma que o pensamento de esquerda contemporâneo sustentará suas premissas na filosofia rawlsiana, pois caso contrário não será de esquerda<sup>103</sup>. Com base nos ideais de tolerância e solidariedade fornecem o fundamento do liberalismo solidarista. Nessa construção, a igual solicitude para com os interesses de todos é um dado elementar, fato que implica na mudança do *status quo*, isto é, adotar uma teoria social e moral em favor dos menos assistidos e contra o capital<sup>104</sup>.

Parijs parte de Rawls, mas não se restringe às convicções deste. É nesse sentido que afirma ser um liberal solidarista fortemente ancorado nos ideais propagados pelo filósofo americano.

Um dos juristas brasileiros que melhor domina essa discussão é o Professor Ricardo Lobo Torres. Afirma Torres que Parijs busca em Rawls:

As idéias de tolerância e solidariedade, presentes na obra do filósofo americano, e os princípios de diferença e do **maximin** (maximização do mínimo), todos balizados pelos direitos fundamentais, fornecem a base do liberalismo solidarista, ao qual também se filia o moralista belga<sup>105</sup>

Nesse sentido, ser de esquerda implica igual solicitude em face de todos os interesses de uma comunidade, sugere da mesma forma, a opção pela mudança do *status quo*, indo na contramão do mercado e do capital, em favor dos trabalhadores e da ampliação do Estado<sup>106</sup>.

Um dos pontos que mais chama atenção do Professor belga é que o liberalismo de Rawls defende a idéia de igual respeito às diferentes visões de vida boa presentes nas sociedades pluralistas<sup>107</sup>. Além de liberal, segundo Parijs, Rawls também é solidarista, pois se posiciona de forma a respeitar e considerar os interesses de todos os membros da

---

<sup>103</sup> PARJIS, Van. *Sauver la Solidarité*. Paris: Les Editions du Cerf, 1996, p.9. No mesmo sentido: TORRES, Ricardo Lobo. *A Teoria da Justiça de Rawls e o pensamento de esquerda*, p.19. *Mimeografado*.

<sup>104</sup> Ibid.

<sup>105</sup> Ibid., p.18.

<sup>106</sup> Ibid., p.19.

<sup>107</sup> PARJIS, Van. *Sauver la Solidarité*. Paris: Les Editions du Cerf, 1996, p.32.

sociedade com igual solicitude<sup>108</sup>. Nos dizeres do Professor Ricardo Lobo: “O rawlsismo de esquerda, liberal-solidarista, apóia-se em três componentes decisivos: alocação universal, globalização democrática e patriotismo solidarista”<sup>109</sup>.

A alocação universal seria uma renda básica paga aos cidadãos, empregados ou não, independentemente de estado civil e de possuir outras rendas. A fundamentação é que a renda mínima potencializa a autonomia sem prejudicar a dignidade<sup>110</sup>. Dessa forma, a alocação universal que é garantida para toda a vida, compõe a dimensão da riqueza que por sua vez se funda no princípio da diferença<sup>111</sup>.

No que diz respeito à globalização democrática, esta pode ser considerada a pedra de toque do liberalismo solidarista. Tal concepção toma por base a transferência de poder nas decisões que envolvam justiça distributiva. Contra o próprio Rawls, afirma Parijs que a ambição do solidarismo não deve se limitar a uma cooperação harmoniosa, mas sim parte de uma democracia ampliada em escala planetária<sup>112</sup>.

O patriotismo solidarista, equilibrado com a democracia, aproxima-se da idéia de sociedade bem ordenada de Rawls. Nesta sociedade, as pessoas aderem aos princípios que edificam as instituições justas:

**O patriotismo solidarista** consiste em renunciar, por lealdade ao projeto de justiça social expresso nas instituições de sua sociedade, a procurar o rendimento mais lucrativo que possa encontrar no estrangeiro. É incoerente na sociedade bem ordenada exportar seu capital ou seu trabalho a fim de se beneficiar alhures de um regime fiscal mais favorável. Reconhece Van Parijs que de um tal patriotismo solidarista Rawls jamais falou (negrito no original)<sup>113</sup>

---

<sup>108</sup> Ibid.

<sup>109</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *A Teoria da Justiça de Rawls e o pensamento de esquerda*, p.19.

<sup>110</sup> VAN PARIJS, Philippe. *Qués es una sociedad justa? Introducción a La práctica de La filosofía política*. Trad. Clara Slavutzky. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, p.180-181. “[...] La maximización de La libertad real de todos exigida por el segundo principio no establece una defensa Del Estado do providencia tal como es, ni simplemente la maximización de La renta mínima [...] Se trata de una renta incondicionalmente paga a cada ciudadano (o residente permanente), tenga o no empleo, desee o no tenerlo, cualqueira que sean sus rentas provenientes de otras fuentes. Semejante institución permitiría a La renta mínima aumentar em concordância com El poder que confiere sin afectar La dignidad de lãs personas. Como lãs asignación universal ES asimilable a La atricución a cada uno de uma dotación material repartida a través de toda La vida, integra además La dimensión de riqueza que aparece em El principio de diferencia, como también El aspecto de lãs oportunidades de acceso a lãs diferencias posiciones sociales vinculadas a La fortuna”.

<sup>111</sup> Ibid., p.20.

<sup>112</sup> Para mais detalhes sobre uma democracia ampliada defendida por Parijs, ver: VAN PARIJS, Philippe. “Contestatory democracy versus real freedom” in *Democracy's Value* (Ian Shapiro & Casiano Hacker-Cordón eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 191-198.

<sup>113</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *A Teoria da Justiça de Rawls e o pensamento de esquerda*, pp.20-21.



De fato, é facilmente perceptível - embora não explícito - na teoria de Rawls, que a solidariedade e a tolerância podem se coordenar para amoldar as Instituições de base de uma sociedade, mas essa construção só será possível se os recursos disponíveis estiverem à disposição dos menos favorecidos.

Quanto ao patriotismo baseado em alguma concepção específica de vida boa, Parijs de pronto aponta um empecilho a sua realização: o pluralismo nas sociedades contemporâneas e a necessidade de respeitá-las<sup>114</sup>.

### 1.5.2.2 A proposta de Denninger para uma nova tríade no constitucionalismo contemporâneo: a solidariedade para além da fraternidade.

O Professor alemão Erhard Denninger propõe uma mudança na tríade da Revolução Francesa no sentido de alterar a liberdade pela segurança; a igualdade, substituída pela diversidade e a fraternidade pela solidariedade<sup>115</sup>.

A solidariedade tornou-se nos últimos tempos um elementantíssimo de harmonia social, pois diante das sociedades complexas e fragmentadas de nossa época não é mais possível restringir os discursos de justiça às concepções de liberdade e igualdade.

Embora seja razoavelmente pacífico o entendimento de que a solidariedade é um valor e princípio positivado nas constituições democráticas, o mesmo não ocorre quanto ao seu fundamento e alcance, pois a pouca produção e até mesmo o abandono do tema por muito tempo fez com que ele ficasse no esquecimento. Denninger procura exatamente preencher esse espaço.

Inicialmente, aponta o Professor alemão que o sistema constitucional de seu país foi extremamente conservador no sentido de que as disposições fundamentais da *lei de Bonn* se preocuparam bem mais com direitos de liberdade e igualdade, reservando quase nada aos

---

<sup>114</sup> VAN PARIJS, Philippe. "Hybrid Justice, Patriotism, and Democracy: A Selective Reply" In *Real Libertarianism Assessed. Political Theory after Van Parijs*, Andrew Reeve & Andrew Williams eds. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2003, pp. 201-216.

<sup>115</sup> DENNINGER Erhard. "Segurança, Diversidade e Solidariedade" ao invés de 'liberdade, Igualdade e Fraternidade'" In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, nº 88, dez., 2003.

direitos sociais. Fato diverso do que ocorre no Brasil, pois nossa Constituição eleva os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais.

A solidariedade, no entanto, funcionaria nos sistemas jurídicos como uma compensação centrífuga derivada de um desejo por diversidade, característica marcante das comunidades políticas de nosso tempo.

A solidariedade não é somente uma declaração filosófica que compõe os preâmbulos das Constituições. Ao ser incorporada nos textos constitucionais, passou a possuir alguma dimensão jurídica substantiva, mas ainda extremamente aberta e indefinida, mas segundo o próprio Denninger, solidariedade pode ser entendida como: “[...] vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que nos compele a oferecer ajuda, enquanto se apóia na similitude de certos interesses e objetivos, de forma a, não obstante, manter a diferença entre os parceiros na solidariedade”<sup>116</sup>.

Nada obstante, também se opõe aos obstáculos sistematicamente colocados para a densidade conceitual deste princípio. Diz que a transferência da tarefa de especificar o conteúdo da solidariedade ao legislador, bem como de uma possível lesão jurídica a ele, não podem se tornar um obstáculo intransponível para a sua efetivação. Ora, dizer que o princípio da solidariedade não pode ser deduzido diretamente em uma demanda jurídica ou que não pode vincular determinada política pública, recai numa retórica, a nosso sentir, ultrapassada. A abertura semântica que todo e qualquer princípio comporta, bem como a própria diferenciação entre enunciado e norma supera a tentativa de negar eficácia a esse princípio.

A solidariedade sem sombra de dúvidas aponta para a mediação das diferenças, negando qualquer tentativa de imposição de uma moral universalizante. No entanto, nossas diferenças jamais irão superar nossas semelhanças, no que se refere às experiências de dor e humilhação e assim surge uma necessidade de superação dos próprios preconceitos<sup>117</sup>.

Por outro lado, há de se ter cautela com o manejo deste princípio, pois o mesmo pode se tornar uma ferramenta poderosa para grupos fechados e intolerantes. Daí que surge a necessidade de se manter o conteúdo deste princípio em aberto.

---

<sup>116</sup> DENNINGER Erhard. “Segurança, Diversidade e Solidariedade” ao invés de ‘liberdade, Igualdade e Fraternidade’...p.36.

<sup>117</sup> Ibid., p.34.

No constitucionalismo solidário de Denninger, busca-se enfatizar as qualidades especiais. Há situações em que as diferenças são avaliadas positivamente, ao contrário do que parece fazer a igualdade material<sup>118</sup>.

Quanto a tolerância, ela não é mais um mero “sentido de generosidade dos fortes com relação aos fracos ao permitir que estes, os outros, as minorias, existam com (ou sob) eles não é mais suficiente para a solução da coexistência”<sup>119</sup>. Ela é antes uma categoria que acentua a necessidade de cooperar ativamente com o outro.

A solidariedade, como afirma Denninger, é uma “permanente injunção no sentido de mostrar ‘decência em relação aos outros’ e respeitar o ‘espírito comum’ e assim é uma permanente transcendência do ‘meramente jurídico’ para as esferas ética e moral”<sup>120</sup>.

Portanto, nos parece que Denninger vê a solidariedade como valor jurídico capaz de lidar com as dificuldades que as concepções universalistas encontram diante das diferenças. Nesse sentido, recorre a Seyla Benhabib para dizer que “somente então poderemos dizer que a justiça sem solidariedade é cega e que a liberdade incompatível com a felicidade é vazia”<sup>121</sup>. Assim, um universalismo moral que leve suas próprias necessidades a sério deve se guiar pelas perspectivas universalista moral e particularista ética, para que assim possam exercer a devida influência sobre o postulado da solidariedade.

A libertação radical, finaliza o Professor alemão, de formas particulares de vida só será possível em termos normativos por meio do reconhecimento e interesses dos diversos grupos que existem dentro de uma sociedade<sup>122</sup>.

### 1.5.2.3 A construção da solidariedade em Habermas

Para Habermas, a solidariedade é, sobretudo, a responsabilidade juridicamente mediatizada entre os cidadãos<sup>123</sup>. Em manifestação à proposta apresentada por Denninger, Habermas escreve dizendo que o novo paradigma proposto por ele nada mais era do que uma atualização do antigo, amoldado às características das comunidades políticas atuais.

---

<sup>118</sup> Ibid., p.29.

<sup>119</sup> Ibid., p.32.

<sup>120</sup> Ibid., p.35.

<sup>121</sup> Ibid., p.39.

<sup>122</sup> Ibid., p.40.

<sup>123</sup> HABERMAS, Jürgen. “Remarks on Erhard Denninger’s triad of diversity, security and solidarity” In: *Constellations*, v. 7, n° 4, 2000, pp. 524 e ss.

Neste primeiro ponto, não entendemos que o fato de ser uma possível atualização da tríade francesa, retire da empreitada de Denninger o seu valor. Em primeiro lugar, porque dificilmente se escreverá sobre algo verdadeiramente novo, inédito; em segundo, porque atualiza uma declaração de direitos emblemática em todo o mundo como foi a francesa, é colorir a importância que essa tríade teve na evolução humana, sobretudo em matéria de direitos. E se o direito se amolda com tempo, com o espaço e com as circunstâncias, nos parece que a crítica de Habermas se transforma em verdadeiro elogio, ao afirmar que o mesmo é capaz de recriar a concepção francesa dando a ela uma roupagem contemporânea.

Para Habermas, no entanto, Denninger vê na tríade iluminista uma total prioridade da liberdade e da igualdade sobre a solidariedade. É a partir daí que ele pretende complementar a teoria de Denninger com duas propostas: a primeira se refere a apontar as motivações para o incremento da solidariedade; já a segunda teria relação ao modo como este movimento poderia ser concretizado.

O filósofo alemão se apóia nos conceitos de vinculação social sobre valores universais, sem deixar de admitir uma solidariedade fundada numa identidade coletiva de cunho patriótico. No entanto, refuta de antemão culturas com traços particularistas e fechados, indo na direção de um patriotismo constitucional geral e abrangente, dentro dos limites do Estado Nação.

Nesse sentido, Habermas diz não ter pretensão alguma de formular princípios fundamentais de uma sociedade bem ordenada. Segundo ele, a razão comunicativa se encontra em um campo de configuração institucional localizada, terreno avesso a um individualismo possessivo e do padrão instrumental, na intenção de formar uma vontade em que as necessidades individuais sejam compatíveis com o bem-estar de seus semelhantes: é na ambivalência do debate que se alcança a universalização. Os interesses e o laço social não precisam estar em campos opostos, pois a justiça no processo dialógico se conecta com a solidariedade<sup>124</sup>.

Por fim, Habermas faz críticas contundentes a Denninger no que diz respeito a sua proposta de um novo constitucionalismo da diversidade, segurança e solidariedade. Para ele, o projeto de uma comunidade na qual estranhos são capazes de alcançar um consenso

---

<sup>124</sup> HABERMAS, Jürgen. "Justice and Solidarity" In M. Kelly (org) *Hermeneutic and critical theory in Ethics and Politics*. Mit Press, 1990, p.47

no que diz respeito aos interesses comuns e quanto às responsabilidades individuais é á toda evidência um projeto artificial de comunidade, fadado ao fracasso<sup>125</sup>

---

<sup>125</sup> HABERMAS, Jürgen. Remarks Denninger's triad diversity, security, and solidarity. *Constellations*, Oxford, V. 7, N° 4, p.523.

## 2. OS DEVERES FUNDAMENTAIS NA ERA DOS DIREITOS: RESPONSABILIDADE E SOLIDARIEDADE

### 2.1 A reaproximação entre Direito e Moral

Até o último quarto do século XX, a filosofia positivista predominou dentro das ciências jurídicas, tendo por base uma crença quase inabalável nas leis universais, invariáveis e impositivas, que, somadas à convicção na racionalidade humana, criou um sistema que prezava pela pureza, objetividade e unidade<sup>126</sup>.

Como fruto de uma importação do positivismo filosófico, o positivismo jurídico seguiu o caminho da objetividade científica e da pureza metodológica, com ênfase na realidade observável e distante das especulações filosóficas. Direito e Moral se tornaram mundos apartados: “A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representa uma tomada de posição diante da realidade”<sup>127</sup>.

Dentre as variações do positivismo que existiram e ainda existem, o normativismo kelseniano figurou com toda força no meio jurídico, ganhando adeptos por todo o mundo. Dentre as características mais importantes, cumpre apresentar a: (i) a aproximação aguda entre Direito e norma; (ii) o Direito como corolário do Estado; (iii) completude do sistema jurídico, no sentido de haver dentro deste todas as ferramentas necessárias à solução dos casos jurídicos, não existindo, portanto, lacunas<sup>128</sup>.

O Direito e a Ética, como assinala o Professor Ricardo Lobo Torres, desenvolveram uma trajetória de aproximação ao longo das últimas décadas, tendo como marco principal a obra “*A Theory of Justice*” de John Rawls no ano de 1971<sup>129</sup>. Esta *virada Kantiana*<sup>130</sup> abriu

---

<sup>126</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional: pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo” In *Tomos de Direito Constitucional II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.24.

<sup>127</sup> Ibid., p.25.

<sup>128</sup> NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2º edição. Buenos Aires: Editora Astrea, 1980, p. 316. No mesmo sentido: BARROSO, Luís Roberto. “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional: pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo”,...p.26.

<sup>129</sup> TORRES. Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Valores e Princípios Constitucionais Tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

<sup>130</sup> O Professor Ricardo Lobo atribui essa denominação a O.Höffe (*Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne*. Frankfurt: Suhrkamp, 1990, p.351). TORRES. Ricardo Lobo. “A Constitucionalização do Direito Financeiro”, In *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e*

caminho para a filosofia do direito da quadra atual, identificada como *pós-positivismo*. Esse encontro se dá, sobretudo, na Constituição, onde valores morais se convertem em princípios jurídicos que se irradiam por todo o ordenamento.

O movimento que surge recebeu algumas denominações, dentre elas o “pós-positivismo” caiu nas graças dos teóricos do direito já na década de noventa do século XX. Essa construção teórica não propõe uma ruptura absoluta entre os conhecimentos científicos adquiridos com o positivismo, até porque, a nosso sentir, o valor segurança como pedra de toque do positivismo ainda serviria de base para a construção pós-positivista do Direito. “Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva”<sup>131</sup>.

Esse retorno do Direito à Moral, do Direito à Ética, representa um amplo espectro de possibilidades e vertentes, algumas delas possuindo como traço comum a utilização aberta e extensa de conhecimentos filosóficos que se materializam no Direito por meio de princípios. Valores como liberdade, igualdade, segurança e solidariedade, sofreram uma substancial modificação quanto ao seu alcance nos ordenamentos jurídicos, pois como muitos já se encontravam positivados, provocavam o Legislativo, mas, sobretudo o Judiciário a se manifestarem sobre seu sentido e alcance<sup>132</sup>.

Portanto, já não seria mais novidade o reconhecimento pela ordem jurídica dos princípios morais. Como a própria etimologia da palavra sugere, eles permeiam o conhecimento humano desde sempre, em diversos campos e de diversas formas.

Surge então a necessidade de saber qual a relação entre as questões éticas e morais de teor mais filosófico com as questões específicas da filosofia do direito. Pela lente do positivismo jurídico, a filosofia do direito deve reunir esforços na reflexão sobre o caráter institucional do direito (autoridade), delegando as cogitações normativas para a filosofia política ou moral, isto é, questões que não são objeto de avaliação da filosofia do direito.

Uma outra proposta é suscitada por Robert Alexy, a partir de um “ideal compreensivo”, segundo o qual “a reflexão sobre a natureza do direito não pode obter

---

*aplicações práticas*. Coordenadores: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2006. Nota de rodapé p. 963.

<sup>131</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional: pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo”,...p.28.

<sup>132</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional: pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo”,...p.29.

sucesso quando separada da filosofia geral”<sup>133</sup>. Deste modo, a relação entre direito e filosofia política e a filosofia moral seria bem aguda. É nesse sentido que Santiago Nino igualmente defende um “ideal compreensivo” de filosofia do direito no qual “as ações e decisões, como aquelas que são tomadas a respeito de problemas constitucionais, não podem ser justificadas sobre a base de normas positivas tais como a constituição histórica, mas somente sobre a base de razões autônomas, que são, ao final de contas, **princípios morais**”<sup>134</sup>.

A legitimação moral do ordenamento jurídico se dá pela compreensão da filosofia do direito, estando esta aberta às indagações políticas e morais sobre o conteúdo dos direitos que devem ser respeitados por todos. Tal ligação não é meramente contingente, mas antes uma necessidade<sup>135</sup>.

## 2.2 A Solidariedade como fundamento de Direitos e Deveres fundamentais

Como já mencionado, a fraternidade veio a ser mencionada, vale dizer, não como princípio jurídico, mas como virtude cívica – na Constituição francesa de 1791. Foi somente no texto constitucional da segunda república francesa, em 1848, que a “santíssima trindade” dos direitos humanos veio a ser oficialmente declarada<sup>136</sup>, colocando a fraternidade/solidariedade, mesmo que timidamente, como valor capaz de fundamentar certos direitos, principalmente os sociais.

A solidariedade como princípio moral e jurídico surgiu com o *Welfare State*<sup>137</sup>, tendo como pano de fundo uma incessante busca por uma igualdade material, caracterizada por políticas paternalistas que deslumbravam assegurar a todos os direitos sociais mais importantes, como seguridade e trabalho.

No início do século XXI a solidariedade já se consolidou como princípio jurídico em diversas constituições ocidentais, notadamente a espanhola, a italiana e a portuguesa, reconhecendo a necessidade de uma responsabilidade (dever) entre os membros de uma

---

<sup>133</sup> ALEXY, Robert. The nature of legal philosophy. *Ratio Juris*. Vol. 17, nº 2, june 2004. p. 157.

<sup>134</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997. p. 70.

<sup>135</sup> ALEXY, Robert. “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”. In *Derecho y Razón Práctica*. Traducción de Wistano Orozco. México: Distribuciones Fontamara, 1993. pp. 37-58.

<sup>136</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Comentário ao Artigo 1 da Declaração Universal de 1948...*

<sup>137</sup> Essa ao menos é a posição de José Fernando de Castro Farias, a qual temos que concordar.



mesma sociedade, pois a justiça sem solidariedade é cega, e a liberdade irresponsável é inimiga da felicidade<sup>138</sup>.

A solidariedade é, a um só tempo, valor e princípio. Porém, como afirma o Professor Ricardo Lobo Torres, ao ingressar na esfera jurídica, o valor moral sofre, obviamente, algumas adequações: “não é mais um mero sentimento íntimo ou uma regra moral”<sup>139</sup>. Em verdade, o Direito não tem como adentrar no psiquismo das pessoas para impor-lhes as virtudes da generosidade e do altruísmo. Como afirma Daniel Sarmento: “seria terrível, aliás, se o Direito pudesse ditar sentimentos. Entretanto, se ele não pode obrigar ninguém a pensar ou a sentir de determinada forma, ele pode, sim, condicionar o comportamento externo dos agentes, vinculando-os a obrigações jurídicas”<sup>140</sup>.

Em uma rápida corrida de olhos pelos primeiros artigos da Constituição brasileira, é possível observar que ela “impôs, com certa prevalência axiológica abstrata, o dever de perseguir os ideais de dignidade e de solidariedade”<sup>141</sup>.

Sendo assim, é possível afirmar que toda a Constituição está permeada pelo valor da solidariedade<sup>142</sup>. Inclusive no preâmbulo - embora este não seja dotado de eficácia jurídica - é claro o desejo dos Constituintes de construir uma sociedade onde reine “a igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna”.

É preciso, portanto, propor uma interpretação que se inicie pelo texto. O texto constitucional é o primeiro e melhor passo para uma interpretação que valorize a Constituição brasileira, pois se assim não for, acabar-se-á por desconsiderá-la<sup>143</sup>.

---

<sup>138</sup> NARITOMO, Sabrina. 2005, cit, p.41.

<sup>139</sup> TORRES, Ricardo Lobo. “Existe um princípio estrutural da solidariedade?” In: *Solidariedade social tributação*. Coord. GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. São Paulo: Dialética, 2005, p. 198.

<sup>140</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.297.

<sup>141</sup> ÁVILA, Humberto. “Limites à tributação com base na solidariedade social”. In: *Solidariedade social e tributação*. Coord. GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. São Paulo: Dialética, 2005, p. 68.

<sup>142</sup> Segundo Douglas Yamashita, sob o manto da solidariedade, o Estado brasileiro persegue os seguintes fins: “i) justiça social (arts. 3º, I, 170, caput, e 193 da CF/88) que busca redistribuição de renda e igualdade de chance a todos, ou seja, a capacidade existencial, econômica e cultural para viver e trabalhar, num nível razoável; e ii) segurança social, ou seja, a) bem-estar social (arts. 186, VI, e 193 da CF/88), consubstanciado especialmente na proteção existencial, garantida pela prestação de serviços públicos básicos (água, luz, transporte, educação, saúde etc.) e nos seguros sociais (seguro-desemprego, seguro por invalidez etc.) e b) assistência social (auxílio mínimo existencial e auxílios em catástrofes naturais, a fim de garantir um mínimo de dignidade humana ao cidadão). YAMASHITA, Douglas. Princípio da solidariedade em direito tributário. In: *Solidariedade social e tributação*. Coord. GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. São Paulo: Dialética, 2005, p. 59.

<sup>143</sup> Essa afirmação toma por base digressão de Humberto Ávila, embora nossas posições não sejam semelhantes. A advertência feita pelo Professor gaúcho é importante na atual quadra das teorias - tanto de

Como leciona José Afonso da Silva “objetivo é um signo que aponta para frente, indicando um ponto adiante a ser alcançado pela prática de alguma ação – aqui: ação governamental”<sup>144</sup>. Quanto aos objetivos serem “fundamentais”, pode-se afirmar que “fundamental, aqui, é adjetivo que se refere ao que se tem como mais relevante no momento, ao que é prioritário e básico”<sup>145</sup>. Dessa forma, não é equívoco afirmar que a locução “construir” presente neste dispositivo, possui sentido contextual, como se afirmasse que a sociedade existente no momento da elaboração da Constituição fosse carente de justiça, liberdade e solidariedade<sup>146</sup>.

Portanto, a República Federativa do Brasil tem por objetivo constitucional fundamental um comando à classe política e aos cidadãos de condutas que construam “uma ordem de homens livres, em que a justiça retributiva e distributiva seja um fator de dignificação da pessoa e que o sentimento de responsabilidade e apoio recíprocos solidifiquem a idéia de comunidade fundada no bem comum”<sup>147</sup>.

Assim sendo, diante da necessidade de uma leitura sistemática e coerente da Constituição brasileira, a primeira proposta a ser aqui sustentada é a leitura dos fundamentos e dos objetivos da república como valores fundamentais de igual peso e importância, objetivos que exigem uma leitura coerente e sistematizada do ordenamento jurídico e social<sup>148</sup>.

Destarte, a solidariedade também figura como valor que fundamenta e informa deveres. No próximo item passaremos a analisar a compreensão dessa face oculta da teoria dos direitos fundamentais: os deveres fundamentais. Tais deveres decorrem da própria opção comunitária que a Constituição brasileira fez sobre vários enfoques<sup>149</sup>, repartindo

---

interpretação, quanto dos direitos fundamentais – que são levadas a cabo na doutrina brasileira, inclusive a do próprio autor. Nesse sentido: ÁVILA, Humberto. “Limites à tributação com base na solidariedade social”. In: Solidariedade social e tributação. Coord. GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. São Paulo: Dialética, 2005, p. 88.

<sup>144</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.46.

<sup>145</sup> *Ibid.*,

<sup>146</sup> *Ibid.*,

<sup>147</sup> SILVA, José Afonso da, *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.46.

<sup>148</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*,...p.294 “No direito constitucional positivo brasileiro existe norma expressa indicando as finalidades do Estado, cuja consecução deve figurar como vetor interpretativo de todo o sistema interpretativo de todo o sistema jurídico. De fato, colhe-se na letra expressa do art.3º da Constituição”

<sup>149</sup> Não estamos com isso afirmando que a Constituição brasileira é comunitária, apenas constatando empiricamente que ela possui cláusulas nitidamente comunitárias. Há espaço no constitucionalismo brasileiro

direitos e deveres de solidariedade entre os cidadãos. Por isso mesmo, antes de se falar propriamente em deveres, cumpre uma pequena introdução entre cidadania e solidariedade.

### 2.3 Uma questão preliminar: solidariedade e cidadania

A cidadania, aqui compreendida como estar no mundo e o estar com os outros, não se constroem em termos abstratos. Como atores do mundo, estamos inevitavelmente inseridos num dado contexto social e histórico, com o qual interagimos, de modo a condicioná-lo e a sermos por ele condicionados.

Com efeito, a ética da solidariedade se instaura na perspectiva do pronome *nós*, sendo o mundo da vida, culturalmente e socialmente diversificado, o dado mais relevante, pois é neste espaço que os seres humanos individuais se encontram com o mundo social, mundo este em que compartilham e precisam conviver.

Marshall construiu um modelo histórico-evolutivo da cidadania nos moldes da modernidade. Numa ligeira síntese, poder-se-ia dizer que três dimensões poderiam desde logo ser aproximadas neste modelo: a dimensão civil, típica e predominante do século XVIII, a cidadania política, acentuada no século XIX e a cidadania social, que teria no século XX a sua conformação mais acentuada<sup>150</sup>.

Os contornos da cidadania civil encontrar-se-iam no rol das chamadas liberdades fundamentais, isto é, os direitos e liberdades individuais que foram historicamente conquistados no contexto de luta contra o despotismo monárquico e de conseqüente afirmação da burguesia.<sup>151</sup>

Em síntese, estes direitos encontram seu fundamento político-axiológico na questão essencial da liberdade, quer seja em face do Estado, quer seja em face dos outros. Mais precisamente, como assinala Bobbio<sup>152</sup>, tratar-se-ia de uma *liberdade negativa*, pautada pela situação na qual os sujeitos têm a possibilidade de agir sem serem impedidos ou, ao

---

para diversas concepções. Sobre o tema: MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 172-198.

<sup>150</sup> MARSHALL, T.H. “Ciudadanía y clase social” In *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza Editorial, pp.22-36.

<sup>151</sup> BARBALET, J.M. *A cidadania*. Lisboa: Editorial Estampa, 1989, p.37. Segundo Barbalet: “Os direitos civis incluem não só direitos de propriedade e de contrato, mas também direito à liberdade de pensamento e de expressão, à prática da religião e de reunião e associação. Estão em princípio reunidos como direitos civis na medida em que cada um deles é um direito permissivo da acção humana”

<sup>152</sup> BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995, p. 48

revés, de não agir, sem serem, em razão disso, obstados por quem quer que seja. O Estado correspondente a esta geração de direitos é, por óbvio, o Estado Liberal, comprometido, especialmente, com os interesses da burguesia triunfante.

Subseqüentemente, o raiar das lutas políticas emancipatórias do século XIX, cuja a pugna predominante é o esforço pela extensão do direito de sufrágio aos setores numericamente majoritários e excluídos da sociedade, vai conceber o momento histórico de aparecimento e de afirmação dos direitos de segunda geração. Tais direitos, em essência, são determinados pelo ideal social de influir nos processos políticos decisórios através da participação, em moldes democráticos, já que os mesmos se achavam sob monopólio da burguesia e sempre no escopo de tutela de seus interesses. Neste contexto, firmar-se-á a democracia representativa, que tem no Parlamento a sua instituição por excelência e no sufrágio universal o seu ideal mais caro<sup>153</sup>.

Já o século XX assistiria ao advento da cidadania de cunho predominantemente social. Como marcos emblemáticos desta nova fase da cidadania, temos, já no final da segunda década deste século, o surgimento de documentos comprometidos com esta ênfase no social, seja com a Constituição Mexicana, de 1917, seja com a Constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e a Constituição da República de Weimar, respectivamente de 1918 e de 1919. Sob o signo do imperativo de igualdade, estes importantes documentos jurídicos assinalaram o primado de movimentos político-ideológicos que pugnavam pela distribuição mais equânime dos bens socialmente produzidos.

A ênfase, aqui, já não mais se coloca, conforme se dava no contexto dos direitos e garantias fundamentais do modelo liberal, em abstenções do Estado em face da liberdade do indivíduo. Desta feita, ao contrário, reclamar-se-á a intervenção estatal, de modo a que se prestem, a quem delas necessite, as necessárias prestações de ordem social, já que o mercado, por si só, não seria capaz de assegurar a dignidade das pessoas, nomeadamente aquelas socialmente vulneráveis pela sua hipossuficiência social e econômica. Este é o cenário em que se deu a configuração, também, de um novo modelo de Estado: o Estado do Bem-Estar Social ou “Welfare State”.

---

<sup>153</sup> BARBOSA JÚNIOR, João Batista. *O direito à cidade como expressão de cidadania: a construção dos direitos a partir da esfera pública urbano-local*, passim...

Como quer que seja, os argumentos de Marshall apontam para aspectos de ordem lógica e cronológica em sua reflexão. Um dos pontos cruciais desta reflexão reside, primeiramente, na consideração de que a cidadania constitui um *status* afeto àquele que detém a condição de membro pleno de uma comunidade e, num segundo momento, na constatação de que esta condição de pertencimento significa o gozo de igualdade quanto aos direitos e aos deveres que aquele *status* acarreta. A condição básica e essencial de pertencimento verificar-se-á no fato de estarem formalizados e garantidos os direitos individuais. O exercício pleno destes direitos, por sua vez, teria o condão de aprofundar este sentimento de pertencimento e conduziria ao desejo de participação no processo político-decisório, a fim de fomentar o atendimento às demandas possivelmente formuladas quanto aos direitos sociais.

A grande questão que se coloca é a de sabermos se esta tipologia dos direitos de cidadania se aplica à realidade e à experiência histórica de outros países, ou seja, importa investigar se esta seqüência lógica e cronológica, etapista e evolutiva encontraria ressonância e adequação fora do contexto dos países centrais. Numa só pergunta: diferentemente deste modelo pretensamente universalizante, não haveria como cogitar de experiências históricas específicas e ditadas por outros fatores que não aqueles próprios do contexto anglo-saxão?

Efetivamente, o referencial construído por Marshall, conquanto seja uma das vertentes teóricas mais representativas da Sociologia da Cidadania<sup>154</sup>, não seria aplicável aos trajetos diferenciados através dos quais transitou a cidadania na América Latina, nomeadamente no Brasil. Dir-se-ia, à luz do que já nos foi dado expor, que os nossos descompassos institucionais conduziram a um processo, a um “longo caminho” de obstáculos que se interpuseram e ainda insistem em se interpor no ideal de construção da democracia e da cidadania<sup>155</sup>.

---

<sup>154</sup> Conforme a ponderação de Liszt Vieira, destacam-se “três vertentes teóricas que se ocupam de fenômenos relacionadas à cidadania, quais sejam: a teoria de Marshall acerca dos direitos de cidadania; a abordagem de Tocqueville/ Durkheim a respeito da cultura cívica; e a teoria marxista/gramsciana acerca da sociedade civil” (VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 33)

<sup>155</sup> BARBOSA JÚNIOR, João Batista. *O direito à cidade como expressão de cidadania: a construção dos direitos a partir da esfera pública urbano-local*, passim...

Por seu turno, deve-se analisar a cidadania atual na perspectiva da cidadania solidária ou “cidadania responsabilmente solidária”<sup>156</sup>. Nessa construção, o cidadão assume um novo papel que vai para além do controle dos poderes públicos. Como nos fala Casalta Nabais, essa cidadania “passa pela assunção de encargos, reponsabilidades e deveres que derivam dessa mesma vida pública e que não podem ser encarados como tarefa exclusivamente estadual”<sup>157</sup>.

Da mesma forma, diante de suas fraquezas e vicissitudes, o Estado deve buscar pela via da promoção e do incentivo a concretização dos direitos e necessidades mais relevantes. A cidadania solidária invoca o empenho do Estado e da comunidade na promoção da inclusão de todas as pessoas no processo civilizatório, de modo que todos possam partilhar um “chão comum”<sup>158</sup>.

Cabe ressaltar, por outro lado, que a convocação da sociedade para cumprir com seu dever de humanidade não pode e nem deve servir de argumento para transferir as obrigações do Estado para a sociedade civil<sup>159</sup>. Mas é preciso compreender que tal convocação é de extrema importância para que não se regrida a um estágio lastimável em termos de cidadania, tal como o que existia na sociedade pré-social.

A seguir, analisaremos duas possibilidades de participação ativa da sociedade civil na construção dessa cidadania ativa. A primeira sugestão parte de uma interessante abordagem proposta por Cass Sunstein e Richard Thaler no sentido de se propagar um paternalismo libertário. A segunda proposta terá como objeto um tema um pouco mais conhecido, mas pouco difundido: o voluntariado.

### **2.3.1 O empurrão para a cidadania**

---

<sup>156</sup> CASALTA NABAIS, José. “Algumas considerações sobre solidariedade e cidadania” In *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p.150.

<sup>157</sup> Ibid.,

<sup>158</sup> CASALTA NABAIS, José. “Algumas considerações sobre solidariedade e cidadania” In *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p.151.

<sup>159</sup> CASALTA NABAIS, José. “Algumas considerações sobre solidariedade e cidadania” In *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p.152.

Não é de difícil percepção o fato de não ser possível, por meio do direito, entrar no psiquismo das pessoas para que essas se tornem cidadãos republicanos e plenamente comprometidos com seus semelhantes:

[...] o Direito não pode penetrar no psiquismo das pessoas para obrigá-las a ser solidárias, exigindo-lhes um sentimento fraterno em relação aos seus semelhantes, pode "condicionar o comportamento externos dos agentes, vinculando-os a obrigações jurídicas"<sup>160</sup>

Por outro lado, a constatação que ora se faz não impede que se busquem atitudes que fazem os indivíduos participarem e colaborarem substancialmente para o desenvolvimento da sociedade, mesmo que essa participação não se dê por motivos puramente morais, senão vejamos.

Em recente obra<sup>161</sup> Cass Sunstein e Richard Thaler trabalham o que eles denominam de “paternalismo libertário”, isto é, a tese de fortalecer o sistema automático no qual atuaria mais o estímulo (nudge). Assim, a meta aqui é possibilitar as pessoas a tomarem decisões melhores mantendo a sua liberdade de escolha, sendo uma forma de delinear ambientes de escolha nos quais as pessoas têm mais probabilidade se deparar com boas opções.

Em uma obra recheada de bons exemplos traz um que demonstra claramente suas pretensões. Relata que uma cidade da Califórnia passou a incluir nas contas de luz comparações entre o consumo dos vizinhos. Tais informações causaram um susto nos gastadores acintosos e fez com que mudassem seu padrão de consumo. É o que eles cahamam de “empurrãozinho” na boa direção.

Cumprе ressaltar que a pedr de toque do paternalismo liberal é a transparência, a exposição de informações no domínio privado e também governamental. A transparência torna mercados e governos mais eficientes e, conseqüentemente, menos corruptos.

---

<sup>160</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 339. No mesmo sentido é a afirmação da Professora Maria Celina Bodin de Moraes ao dizer que “não se faz necessário exigir que alguém sinta algo de bom pelo outro; apenas que se comporte como se sentisse” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*, In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. (coord) Os princípios da Constituição de 1988).

<sup>161</sup> SUNSTEIN, Cass. THALER, Richard H. *Nudge: un pequeño empujón. El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre la salud, dinero y felicidad*. Taurus: Espanha, 2009. Além da edição original em inglês pela Yale University Press, também há a edição em português pela editora Campus (2008)

O exemplo brasileiro pode ser extraído da política pública implementada no Estado de São Paulo denominada de “nota fiscal paulista”. No ato da compra o cidadão informa o seu CPF no caso de ser pessoa física, ou seu CNPJ caso seja pessoa jurídica ao comerciante. O número vai para a Secretaria da Fazenda (SEFAZ) e fica gravado a quantidade e o valor das compras. Até 30% do ICMS recolhido pelo estabelecimento volta ao comprador em créditos ou abatimentos no IPVA etc. O cidadão que se cadastrar no sistema tem o benefício de poder visualizar todas as notas fiscais emitidas com seu nome por meio da internet.

Os efeitos gerais são extremamente benéficos. Ao evitar a evasão fiscal, o Estado passa a recolher mais e, por conseguinte, poderá destinar mais verbas para investir nas políticas públicas necessárias ao bem estar da sociedade. Nota-se claramente que muitos cidadãos que não tinham a prática de pedir nota fiscal passaram a pedir. E passaram a pedir não porque pensam na redistribuição dos bens que daí pode derivar, mas porque também se tornam beneficiários diretos de tal política.

Enfim, se não é possível entrar no psiquismo das pessoas e incentivá-las a colaborar, é possível um *nudje* para que elas encontrem a postura que atinja os ideais solidários que, regra geral, persegue o bem de todos.

### 2.3.2 A divisão de responsabilidades: o papel das associações voluntárias

Uma das manifestações mais típicas da solidariedade ou cidadania responsabilmente solidária está no voluntariado que se realiza por meio de instituições da sociedade civil.

Essas manifestações solidárias incrementam a sociedade tanto em termos quantitativos, quanto em termos qualitativos, pois passam a possuir um papel fundamental na assistência aos idosos, inválidos e toxicodependentes. Mas não se bastam na assistência: possuem dimensão cultural, de trabalho e educação, capacitando pessoas para uma vida melhor<sup>162</sup>.

---

<sup>162</sup> CASALTA NABAIS, José. “Algumas considerações sobre solidariedade e cidadania” In *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p.152.



Sendo uma realidade incontornável, o voluntariado não pode vir a suprir a ausência de Estado, mas tão somente complementar no que for necessário. Daí serem necessárias algumas condições, tais como: (i) gratuidade, como ausência de interesse econômico aliado a satisfação das necessidades de terceiros; (ii) voluntariado, como escolha livre e (iii) organização. Ademais, a compensação financeira pelo voluntariado, embora deva existir, não pode fazer com que o mesmo seja encarado como atividade profissional ou algo semelhante.

Seguindo esse caminho, o voluntariado possibilita a participação mais ativa dos indivíduos na esfera pública, não ficando os indivíduos condicionados a uma liberdade outorgada pelo Estado.

Adela Cortina conceitua o voluntariado como local em que se:

[...] realizam atividades que não visam lucro, ou seja, atividades nas quais nenhuma parte dos benefícios líquidos vai para nenhum acionista individual ou pessoa particular ou, expresso em uma fórmula legal, as que não pagam impostos, pois se entende que têm como meta aumentar de forma desinteressada a qualidade de vida das pessoas<sup>163</sup>

Dentro do voluntariado existem grupos específicos, tais como aqueles derivados do terceiro setor, os conhecidos como novos movimentos sociais (ONGS), fundações, organizações de justiça social, organizações religiosas, associações cívicas, de mulheres, pais, donas de casa, etc.

Nesse ambiente, o denominado “terceiro setor” torna-se figura fundamental na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, estando necessariamente relacionado com qualidade de vida e bem-estar de todos, pois o papel que ele vem desempenhando na educação de crianças, adolescentes e jovens em situação de risco pessoal e social, diminui as vicissitudes sociais futuras, ensinando-lhes lições de solidariedade, autonomia e competência para serem os condutores de seu próprio destino.

Em síntese, o Terceiro Setor convive com dois outros setores: o primeiro setor é representado pelo governo, cabendo a ele a função administrativa dos bens públicos; e o

---

<sup>163</sup> CORTINA, Adela. *Cidadãos do mundo: por uma teoria da cidadania*. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p.99.

segundo setor é materializado pelo mercado através das empresas privadas com fins lucrativos.

O Terceiro Setor pode ser compreendido como associações e grupos de pessoas privadas que não visam lucros, complementando por meio de empreendimentos próprios as ausências e insuficiências do Estado, que muitas vezes se dão não por falta de vontade, mas, sobretudo, pela incapacidade estrutural e financeira de lidar com todos os problemas da sociedade.

Trata-se de cidadãos que participam voluntariamente em ações que elegem o interesse comum como fundamental, isto é, um campo de ação pública, desenvolvida por práticas voluntárias, sem fins financeiros, sedimentado no valor social comum. Assim, fica patente a característica comum que liga o Estado ao terceiro setor: ambos possuem o dever de cumprir com o atendimento de necessidades eminentemente coletivas.

De fato, desde suas primeiras manifestações que remontam o século XIX, o terceiro setor era um espaço da religião: em um primeiro momento vinculado à Igreja católica e posteriormente, no século XX, praticado pelas demais religiões existentes no Brasil. Aqui, a idéia de caridade ainda era a vigente, não havendo força e concretização na noção de responsabilidade.

Nesse contexto, a Constituição cidadã de 1988, em amplo e incomparável processo de mobilização social, trouxe melhorias no que diz respeito ao aumento dos direitos de cidadania política e princípios da descentralização na promoção de políticas sociais.

A pressão exercida por movimentos populares, por intermédio dos “lobbies” no congresso, a fim de que emendas populares fossem aprovadas, se não alcançou todas suas metas, ao menos gerou certa apreensão por parte dos Constituintes, que não acostumados com toda aquela proximidade com a sociedade, tiveram que ser bem cautelosos com suas intenções corporativas.

Constata-se nas últimas décadas um crescimento quantitativo e qualitativo do Terceiro Setor como um todo, em especial das ONGs (Organizações-Não-Governamentais). Com a consolidação democrática, através das pluralidades partidárias, formação de sindicatos e fortalecimentos de movimentos sociais urbanos e rurais, abre-se espaço para uma atuação mais efetiva das ONGs.

Em virtude da atuação ineficiente do Estado, em especial na área social, o Terceiro Setor vem crescendo e se expandindo em várias áreas, objetivando atender a demanda por serviços sociais que o Estado e os agentes econômicos não têm interesses ou não são capazes de provê-los. Seu crescimento vem em virtude, também, de práticas cada vez mais efetivas de políticas neoliberais do capitalismo global, produzindo instabilidade econômica, política e social, principalmente nos países do terceiro mundo.

Ademais, esse setor tem como premissas básicas, a equidade e a justiça social com as instituições democráticas. A Campanha “Ação Contra a Fome, a Miséria e pela Vida”, foi um marco pela sua abrangência e poder de mobilização, dirigida pelo sociólogo Herbert de Sousa, o Betinho<sup>164</sup>. Tal campanha se tornou a inspiração para diversos segmentos que surgiram posteriormente.

## **2.4 Os deveres fundamentais: estrutura, conceito e tipologia**

### **2.4.1 Breve evolução dos direitos e dos deveres fundamentais**

No Estado clássico, de orientação liberal, a solidariedade não foi elevada a princípio básico de atuação estatal. Embora não tivesse sido desestimulada, a liberdade é tomada como valor mais importante e a solidariedade é vista como preocupação da sociedade civil e não do Estado.

Já no Estado social, não se tem a mera pretensão de garantir a liberdade, mas também de estimular a atuação de toda a sociedade em prol da igualdade. Daí a intenção de que a solidariedade deixe de ser apenas algo “desejável” para se tornar atuação obrigatória de toda a sociedade. O estado social não quer ser neutro e propõe-se a corrigir as desigualdades, posicionando-se como protetor do mais fraco. A solidariedade surge como justificadora dessa intenção.

O conceito de direito de solidariedade torna-se mais delineado pela influência que exerce sobre as discussões de cunho trabalhista, notadamente no final do século XIX e no

---

<sup>164</sup> Embora ainda exista alguma escassez em termos de publicação sobre o terceiro setor, é possível encontrar diversas informações em sites especializados. Por exemplo, para obtenção de informações sobre o terceiro setor e temas relacionados, ver: [www.comunidadesolidaria.org.br/](http://www.comunidadesolidaria.org.br/) [www.andi.org.br /](http://www.andi.org.br/) [www.dhnet.org.br /](http://www.dhnet.org.br/) [www.idis.org.br /](http://www.idis.org.br/) [www.rets.org.br /](http://www.rets.org.br/) [www.vivafavela.com.br /](http://www.vivafavela.com.br/) [www.gef.org.br /](http://www.gef.org.br/) [www.comcat.org.br /](http://www.comcat.org.br/) [www.brazilfoundation.org/index\\_pt\\_b.html /](http://www.brazilfoundation.org/index_pt_b.html) [www.gife.org /](http://www.gife.org/)

início do século XX, também em razão da crise do estado liberal. Inegavelmente, o princípio tem bases socialistas, podendo ser considerado um de seus fundamentos<sup>165</sup>, pois “a verdadeira essência do socialismo repousa sobre uma ‘filosofia pluralista do direito e da sociedade’”<sup>166</sup>.

De fato, constituem-se projetos muito próximos, quase interligados, “solidariedade, democracia e socialismo” não sendo possível compreender uma sociedade como solidária que não se constitua sob o regime democrático ou onde parem grandes desigualdades<sup>167</sup>. A solidariedade não é indiferente ao desejo de liberdade (preocupação individualista, também acatada pela Constituição), mas, indubitavelmente, a busca da igualdade é seu maior desígnio.

Só é possível ser verdadeiramente livre quando se tem relações com os outros, pois dessa forma a dependência quanto aos objetos será menor, bem como a frugalidade anticomunista<sup>168</sup>. De fato, a responsabilidade pessoal e social<sup>169</sup> passa a ser a regra fazendo com que as gerações presentes não tenham sua liberdade vinculada somente aos seres conscientes, mas também àqueles que ainda não possuem tal característica. Nesse sentido, em especial, há de se falar na criança e adolescente e nas futuras gerações.

Assim, os direitos de terceira geração equilibram o mercado/competição com a recuperação do bem comum e da alteridade, possibilitando uma troca entre tais estruturas, sendo que os fins egoístas e privados apresentam-se de forma mais aguda<sup>170</sup>.

A evolução da Teoria do Estado sempre esteve atrelada a garantia ou abstenção deste com relação à garantia dos direitos. Comumente essa evolução é didaticamente

---

<sup>165</sup> GODOI, Marciano Seabra de. “Tributo e solidariedade social”. In: *Solidariedade social e tributação*. Coord. GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. São Paulo: Dialética, 2005, p. 143.

<sup>166</sup> FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.276.

<sup>167</sup> Ibid.

<sup>168</sup> VIDAL GIL, Ernesto J. *Los derechos de solidaridad em el ordenamiento jurídico español*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2002, p. 235.

<sup>169</sup> Mais a frente será demonstrado que a responsabilidade social e pessoal sempre esteve em última escala dentro de diversas linhas de pensamento: ora a responsabilidade era transferida para vontade divina, ora para crenças sobrenaturais. A religião contribuiu imensamente para essas fugas!

<sup>170</sup> Nos dizeres de Ingo Sarlet, os direitos de terceira dimensão “trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Inserem-se nessa categoria, por exemplo, os direitos à paz, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos e têm como distinção o fato de serem universais, ou, quando menos, transindividuais ou metaindividuais.(SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, pp. 56-57)

diferenciada em três dimensões de direitos fundamentais, sendo ainda reconhecidas às possíveis quarta e quinta.

A idéia de solidariedade somente foi reconhecida na terceira dimensão de direitos fundamentais que segundo o Professor Pérez Luño são respostas ao fenômeno que ele denomina de “contaminação das liberdades” (*liberties pollution*), isto é, a erosão e degradação dos direitos fundamentais pelo uso indiscriminado das novas tecnologias<sup>171</sup>. Nesse ambiente, o conceito de solidariedade ganha duas dimensões complementares e condicionantes: a primeira ética/política, que se traduz em atitudes e práticas sociais que procuram identificar e compartilhar as necessidades alheias; e a segunda jurídica, que supõe o compromisso dos poderes públicos na busca pela igualdade substancial<sup>172</sup>. Essa compreensão jurídica da solidariedade opera de forma a justificar e fundamentar os direitos e deveres entre os membros da coletividade que reivindicam igualdade material.

Os direitos de terceira geração, na medida em que apontam para uma necessidade de pensar junto, sobretudo no que diz respeito aos bens e recursos naturais, também possibilitam uma leitura adequada dos direitos de primeira (menos Estado) e os de segunda dimensão (mais Estado). O cavaleiro solitário da primeira dimensão dá lugar a pessoa que está em relação de interdependência com os outros: não há mais espaço para o egoísmo, para a falta de participação pública e, sobretudo, para a indiferença. As relações humanas se tornam mais frutíferas e a hierarquia entre o *ser* e o *ter* perde sentido<sup>173</sup>.

Em verdade, esses direitos possuem como pedra de toque a qualidade de vida que nos é posta a desfrutar. Aqui, a garantia dos direitos ecológicos se torna a prioridade do Estado e da comunidade, eis que sem essas garantias não há sequer sentido em se falar em liberdade: para que lutar por liberdade, por saúde, comida e outros bens importantes se não há *água* e *ar*? Tal constatação nos leva a questionar quais são os bens primários para a consecução da dignidade.

---

<sup>171</sup> LUÑO, Perez. A. E. *El concepto de derechos humanos y su problemática actual*. Anuario de Derechos Y Libertades, 1993, 1, p.187.

<sup>172</sup> VIDAL GIL, Ernesto J. *Los derechos de solidaridad em el ordenamiento jurídico español*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2002, p. 234.

<sup>173</sup> Idem, p.235.

Isto posto, a solidariedade, como substrato ético e moral desta terceira geração de direitos, irá fundamentar direitos e deveres positivos<sup>174</sup>, convocando todos a cumprirem com seu dever de humanidade. Vale dizer, dever que não se justifica somente pela adesão moral a essas convicções, mas principalmente pela necessidade pragmática que a atual quadra da história nos impõe.

Seguindo trajetória semelhante, até porque os deveres correlacionados com direitos sempre existiram, os deveres fundamentais sofreram gradual alteração na medida em que as concepções de Estado foram mudando. No entanto, em alguns pontos sofreram alterações opostas aos direitos fundamentais.

Inicialmente, cumpre assinalar que ao contrário do que ocorreu com os direitos fundamentais no pós-guerra, os deveres parecem ter sofrido um boicote da doutrina constitucional e política, ou como prefere Nabais, foram alvo de um “pacto de silêncio”<sup>175</sup>. Tal fato fica ainda mais evidente quando da constatação do título de uma das obras mais importantes no que diz respeito à afirmação dos direitos humanos, o mais que conhecido “A era dos direitos” de Bobbio.

A influência liberal preponderou nas constituições dos Estados Democráticos a partir da metade do século passado, isto é, a liberdade aqui compreendida se manifesta nomeadamente pelo total desprezo por governos totalitários e absolutistas. Por este motivo e não outro, o tema dos deveres se apresentou como tabu, pois reportava a uma época de muitos deveres e poucos direitos, muitas vezes nenhum<sup>176</sup>. Um dos argumentos predominantes entre os liberais para rejeitar uma declaração de deveres encontrava respaldo na premissa de que em uma comunidade liberal os deveres se identificam com os direitos. A afirmação não é equivocada, mas ela só encontra respaldo se analisada sob o prisma dos deveres correlativos a direitos.

Em síntese, pode-se dizer que a evolução dos deveres fundamentais se deu da seguinte forma: (i) os deveres relacionados com o Estado Liberal foram, em especial, os deveres de proteção da pátria e de pagar impostos; (ii) temos os deveres consagrados na

---

<sup>174</sup> VIDAL GIL, Ernesto J. *Los derechos de solidaridad en el ordenamiento jurídico español*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2002, p. 236. No mesmo sentido: PECES BARBA, Gregório M. *Los deberes fundamentales*, *Doxa*, 4, 1987, pp.329-341.

<sup>175</sup> CASALTA NABAIS, José. “A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos” In *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p.164.

<sup>176</sup> *Ibid*, p.166.

revolução democrática como os de sufrágio e de participação política; (iii) por fim, o Estado social consagrou os deveres econômicos, sociais e culturais, como deveres de proporcionar um sistema de seguridade social, de proteção a saúde e de freqüentar o ensino básico<sup>177</sup>.

Os deveres fundamentais aqui defendidos não se limitam aos deveres correlativos a direitos (aqui os deveres seriam parte ou face passiva dos direitos fundamentais). Os deveres fundamentais como deveres autônomos constituem categoria jurídica constitucional própria, que diferente de como defendem os liberais (dever passivo ou imposição meramente moral), transcende uma dimensão moral e convoca a sociedade, à luz da teoria dos direitos fundamentais, a cooperar.

Segundo Casalta Nabais, os deveres como categoria autônoma são:

Deveres fundamentais [que] constituem uma categoria jurídica constitucional própria. Uma categoria que, apesar disso, integra o domínio ou a matéria dos direitos fundamentais, na medida em que este domínio ou esta matéria polariza todo o estatuto (activo e passivo, os direitos e os deveres) do indivíduo. Indivíduo que não pode deixar de ser entendido como ser livre e responsável, ou seja, como uma pessoa

Portanto, ao lado da teoria dos direitos fundamentais, é possível falar em teoria dos deveres fundamentais, teoria que busca na própria afirmação dos direitos fundamentais fundamento teórico e epistemológico.

Constatado isso, passaremos a analisar como os deveres fundamentais podem ser estudados, seu conceito e estrutura, até chegar na conclusão de que o ordenamento jurídico brasileiro reconheceu deveres que ora versam sobre redistribuição de bens, ora afirmam deveres de reconhecimento das diversidades, possuindo ambos como legitimador o princípio da solidariedade.

#### 2.4.2 Conceito de deveres

---

<sup>177</sup> Ibid, p.169

Adverte Peces-Barba que a primeira a primeira vez em que se positivou deveres foi a serviço de uma sociedade que desconfiava da liberdade e da soberania popular, visando garantir o patrimônio e a propriedade<sup>178</sup>.

De fato, os sistemas autoritários preferiam uma carta de deveres frente aos direitos, demonstrando que a idéia de direito subjetivo é uma questão de mero manejo político, haja visto que seu reconhecimento depende essencialmente dos regimes (liberais democráticos ou autoritários) políticos.

Portanto, para não cair na tentação das fundamentações extremistas e equivocadas que falseiam uma sociedade engajada e participativa, nos pautaremos em conceitos que se apresentam adequados ao constitucionalismo democrático.

Como já dito, os deveres fundamentais configuram categoria jurídico-constitucional que ora se correlaciona a direitos e ora se transformam em deveres autônomos, uma categoria que “como correctivo da liberdade traduz a mobilização do homem e do cidadão para a realização dos objectivos do bem comum”<sup>179</sup>.

Portanto, os deveres fundamentais são “deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem ser exigidos”<sup>180</sup>. São os deveres fundamentais posições jurídicas passivas, autônomas, subjetivas, universais, individuais, permanentes e essenciais<sup>181</sup>.

São passivas porque expressam a situação de dependência dos indivíduos frente ao Estado, sendo o indivíduo o próprio titular. Esta posição é oposta daquela que acontece com os direitos fundamentais, pois consubstanciam posições jurídicas ativas dos indivíduos frente ao Estado<sup>182</sup>; são autônomas, por não dependerem necessariamente de uma correlação com os direitos fundamentais; subjetivas, uma vez que se apresentam como posições subjetivamente imputadas ao indivíduo pela própria Constituição, e não necessariamente posições objetivas derivadas de uma positivação constitucional; individuais, pois têm por destinatário principal o indivíduo e só por analogia as pessoas

---

<sup>178</sup> MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Los deberes fundamentales*. Doxa, Nº4, 1987, pp.329-330

<sup>179</sup> CASALTA NABAIS, José. “Dos deveres fundamentais” In *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p.251.

<sup>180</sup> Ibid, p.252.

<sup>181</sup> Ibid, p.252.

<sup>182</sup> Ibid, pp. 252-253.



coletivas; e, por fim, universais e permanentes, eis que têm por base a regra da universalidade ou da não discriminação<sup>183</sup>.

Peces-Barba define os deveres fundamentais como sendo “deberes jurídicos que se refieren a dimensiones básicas de la vida del hombre en sociedad, a bienes de primordial importância, a La satisfacción de necesidades básicas”<sup>184</sup>.

Uma das primeiras manifestações positivadas de deveres do cidadão aparece na Constituição do Massachusetts, de 1780, na qual atribuía em seu artigo 10º, que cada cidadão está obrigado a contribuir mediante serviços pessoais ou equivalente para a proteção do contrato social<sup>185</sup>.

A declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão consagrou três deveres em seu texto, são eles: (i) o dever de obediência no art. 7º; (ii) o dever de pagar impostos no art. 13; e (iii) o dever de suportar desapropriação por utilidade pública<sup>186</sup>. Tais deveres são relacionados em boa parte com as declarações liberais clássicas.

No Estado liberal os deveres se resumiam aos de pagar impostos e de proteção da pátria. Tais deveres se constituíam em verdadeiros pressupostos de funcionamento do Estado e de algum modo, se revelam como a outra face da liberdade e da propriedade, pedras de toque dos direitos fundamentais liberais<sup>187</sup>.

Com o abandono das concepções clássicas de direitos fundamentais, outros direitos passam a integrar esse rol seletivo, dentre eles os direitos/deveres de participação, os direitos/deveres prestacionais ou sociais e os direitos ecológicos ou ambientais. É verdade que tais direitos representam exigências as quais os indivíduos não poderão reivindicar a qualquer momento. Por outro lado, tais direitos se caracterizam por algum grau de limitação a esses mesmos direitos exigindo os deveres que lhes são associados. Por exemplo, os direitos políticos impõe o dever de votar, constituindo um dever típico do Estado Democrático.

Os direitos sociais também trouxeram consigo um leque razoável de deveres. As Constituições sociais do início do século XX apresentaram em seu bojo deveres como os de

---

<sup>183</sup> Ibid, pp. 252-262.

<sup>184</sup> MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Los deberes fundamentales*. Doxa, N°4, 1987, p.336.

<sup>185</sup> Ibid, p.229.

<sup>186</sup> Idem,

<sup>187</sup> CASALTA NABAIS, José. “Dos deveres fundamentais” In *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p.232.

fornecer escolaridade obrigatória (art. 145º, I, da constituição de Weimar), da educação dos filhos por parte dos pais (art. 120º, I, Constituição de Weimar), dentre outros.

Já no último quarto do século XX os deveres passam a se relacionar com o direito ambiental, direito ao patrimônio cultural, etc. Tais direitos foram denominados como direitos de solidariedade, cujo conteúdo é definido em função do interesse comum. Tais direitos, como leciona Casalta Nabais, são “designados de ‘direitos *boomerang*’ ou ‘direitos com efeito *boomerang*’, já que eles são, por um lado, direitos e, por outro lado, deveres para o respectivo titular”. Isto é, direitos que dependendo da situação se voltam contra seu próprio titular<sup>188</sup>.

Enfim, os deveres fundamentais foram expandindo na medida que o Estado foi se desprovido de suas capacidades institucionais. Tal constatação nos leva a uma única conclusão: os deveres fundamentais não são meros deveres correlacionados aos direitos, eles são deveres autônomos que podem ser exigidos tanto do Estado, quanto da própria sociedade.

Apenas uma ressalva: o fato de se admitir a existência de deveres autônomos não pode abrir espaço para uma “euforia dos deveres”.

Os deveres fundamentais são, pois, “uma categoria que, como correctivo da liberdade, traduz a mobilização do homem e do cidadão para a realização dos objectivos do bem comum”<sup>189</sup>.

#### 2.4.3 Deveres Fundamentais autônomos e correlacionados a Direitos

Segundo o Professor Ricardo Lobo Torres, a assimetria entre direitos e deveres decorre principalmente da solidariedade, apresentando-se esta como fundamento da cidadania. Seguindo essa premissa, ele afirma que as liberdades fundamentais e os direitos sociais são usufruídos solidariamente porque são amparados pelos de deveres de solidariedade<sup>190</sup>.

---

<sup>188</sup> Ibid., pp. 238-239.

<sup>189</sup> CASALTA NABAIS, José. “Dos deveres fundamentais” In *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p.251.

<sup>190</sup> TORRES, Ricardo Lobo. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos”. In *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 317.

Os deveres fundamentais do cidadão tributam da Constituição (explícita ou implicitamente). Se positivados nos textos infraconstitucionais, serão deveres legais (desde que não contrariem a Constituição). Eles não são anteriores à Constituição, mas nascem com ela. “Todos eles são ‘constituídos’ no espaço aberto pela liberdade individual”<sup>191</sup>. Portanto, há de se afirmar que ambos não se confundem, a não ser, como já mencionado, em Estados totalitários<sup>192</sup> que impõe aos seus cidadãos muitos deveres e poucos direitos<sup>193</sup>.

Ademais, os deveres correlativos a direitos se traduzem em deveres de abstenção e promoção por parte do Estado e dos cidadãos, pois os deveres fundamentais para serem corretamente compreendidos devem ser analisados como categoria autônoma própria, isto é, como expressão imediata e direta de valores e interesses sociais diversos e contrapostos aos valores e interesses individuais consubstanciados nos direitos fundamentais<sup>194</sup>.

Portanto, os deveres fundamentais não constituem meros limites a direitos fundamentais (exemplo: o direito a integridade física de um indivíduo traz um dever de não violar a integridade física por outro indivíduo).

#### 2.4.4 Fundamentação jurídica dos deveres

No que diz respeito ao fundamento dos deveres fundamentais, a questão pode ser abordada de duas formas: (i) por sua razão de ser lógica e, (ii) por seu fundamento jurídico<sup>195</sup>.

No primeiro caso (fundamento lógico), pode-se assegurar que os deveres fundamentais são manifestações da soberania fundada na dignidade da pessoa humana: o que nos conduz a conclusão de que o Estado e a soberania do povo possuem como pedra de toque a dignidade da pessoa humana.

Daí os deveres fundamentais serem, em boa medida, inspiração do legislador constituinte. Em verdade, o legislador constituinte dispõe de uma margem de discricionariedade superior em matéria de deveres à de que dispõe em matéria de direitos

---

<sup>191</sup> Ibid., p.317.

<sup>192</sup> Ibid., p.318

<sup>193</sup> CASALTA NABAIS, José. “Dos deveres fundamentais” In *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p.278.

<sup>194</sup> Ibid., p.222.

<sup>195</sup> CASALTA NABAIS, José. “Dos deveres fundamentais” In *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2007, pp. 248 e ss.

fundamentais, uma vez que os direitos não são necessariamente objeto de criação pelo legislador constituinte como os deveres, mas sim reconhecimento deles.

Quanto ao fundamento jurídico, esse reside na Constituição, isto é, na sua concretização como norma constitucional. Sua ausência – explícita ou implicitamente – no plano constitucional obsta ao seu reconhecimento como fundamental, embora tais deveres possam se transformar em deveres legais: surge daí a questão da tipicidade ou lista fechada dos deveres fundamentais.

Tal noção torna-se relevante se considerarmos a Constituição brasileira e sua cláusula geral de deveres como a do art.3º, I, qual seja o objetivo/dever de *construir uma sociedade livre, justa e solidária*, alçou a solidariedade à categoria de princípio fundamental de nosso ordenamento.

Quanto ao regime geral dos deveres fundamentais, embora possuam autonomia e independência frente à figura ou categoria jurídica dos direitos fundamentais, participam do regime geral destes, eis que ambos pertencem ao regime referente ao estatuto constitucional do indivíduo, em termos mais claros, relativo aos direitos e aos deveres.

Casalta Nabais levanta a tese de que os deveres fundamentais não poderiam ser deduzidos diretamente da Constituição e aplicáveis aos seus destinatários subjetivos. O argumento por ele utilizado é o de que a Constituição não possui o conteúdo concretizado de tais deveres, sendo efetivados mediante legislação posterior.

Esta crítica também padece de substância. Tal como os direitos fundamentais, os deveres possuem semântica indefinida, sobretudo porque positivam no texto constitucional valores e princípios com alta carga axiológica. Negar a concretude dos deveres positivados é negar uma conquista realizada com muito esforço, isto é, é negar uma das colunas de sustentação do Estado Constitucional de Direito: a força normativa da Constituição.

Uma primeira conclusão que podemos chegar neste ponto, portanto, é que as normas constitucionais relativas aos deveres fundamentais são direcionadas, inicialmente, ao legislador ordinário. Sua efetivação por via judicial ainda encontra resistência na doutrina, muito embora não pareça ser essa posição que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pretenda seguir. Mais a frente veremos que quando do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.105/DF e 3.128/DF, que resultaram na validação

da contribuição dos inativos da previdência social, o STF entendeu que o art.4<sup>o</sup><sup>196</sup>, da Emenda Constitucional 41 de 2003, era plenamente compatível com os princípios da capacidade contributiva e da solidariedade

#### 2.4.5 Justificação e legitimação dos Deveres Fundamentais

Quanto a sua justificação e legitimação, os deveres fundamentais podem ser compreendidos como formais e materiais. Na perspectiva formal, busca suporte teórico na soberania do Estado Constitucional através de deveres de obediência, na estadualidade e na sociabilidade do indivíduo, através do dever de solidariedade. Por outro lado, os suportes materiais de justificação dos deveres fundamentais encontram, em cláusulas substantivas como a liberdade igual para todos e a dignidade da pessoa humana, suas elucidações<sup>197</sup>.

Nabais aponta que ambas as justificações possuem limitações. No que diz respeito a perspectiva formal, comenta que os deveres fundamentais acabam por se situar tanto acima, quanto abaixo da Constituição; acima, na medida que tal dever é pressuposto para o próprio Estado; e abaixo, na medida em que os deveres específicos materialmente contidos no dever de obediência são determináveis apenas pelo legislador ordinário<sup>198</sup>, subordinado ao regime de direitos fundamentais. Assim, afirma o Professor português que a solidariedade, como categoria ética por excelência, configura-se em dever puramente omissivo, não servindo de base para deveres ativos, fato que não ocorre com deveres materiais da dignidade e da igual liberdade<sup>199</sup>.

Embora em boa parte concordemos com a construção teórica do renomado Professor, creio que chegou o momento de nos distanciarmos, ao menos quanto a essa última afirmativa, de suas convicções teóricas.

---

<sup>196</sup> Emenda Constitucional 41/2003, Art.4º “Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos”

<sup>197</sup> CASALTA NABAIS, José. “Dos deveres fundamentais” In *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2007, pp. 240-241.

<sup>198</sup> Ibid., 241.

<sup>199</sup> Ibid., pp. 241-242.

Isto posto, as linhas que se seguem procuram afirmar a solidariedade como verdadeiro suporte material de deveres fundamentais positivos, deveres que no caso da Constituição brasileira, encontram na cláusula geral de deveres/objetivos fundamentais contidos no art.3º, I, isto é, os deveres de *construir uma sociedade livre, justa e solidária*. Tal afirmativa ganha ainda mais força se observarmos que não são raras as vezes em que o Supremo Tribunal Federal vem se pronunciando, como veremos, na direção de afirmar essa correlação dos deveres fundamentais esparsos no texto com o dever positivo de solidariedade.

Nesse sentido, entendemos que a solidariedade fundamenta uma série de deveres edificados nas exigências constitucionais de cooperação, pluralismo e responsabilidade social. Portanto, não há que se falar em separação estrita entre dignidade, liberdade e igualdade. Todos esses valores que se encontram na declaração de fundamentabilidade de nossa Constituição, antes se complementam e se relacionam do que se cingem hierarquicamente.

Por derradeiro, a fina percepção de Fabio Konder nos servirá de “bússula” nos capítulos seguintes. Diz o importante jurista brasileiro que “enquanto a liberdade e a igualdade põem as pessoas umas diante das outras, a solidariedade as reúne, todas, no seio de uma mesma comunidade. Na perspectiva da igualdade e da liberdade, cada qual reivindica o que lhe é próprio. No plano da solidariedade, todos são convocados a defender o que lhes é comum”<sup>200</sup>.

## 2.5 A Constituição brasileira e seu sistema de deveres fundamentais

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 traz em seu preâmbulo a afirmação de que “todas as pessoas são membros da família humana”. No seu art. 1º dispôs que todos “devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

A Constituição de 1988, logo em seu capítulo 1 (direitos e deveres individuais e coletivos), Título II (direitos e garantias individuais), apresenta suporte para a

---

<sup>200</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 577

fundamentação dos deveres fundamentais. Aliás, como já mencionado, uma verdadeira exigência para a existência destes.

Seguindo uma tendência internacional (além da Declaração de 1948, as Constituições portuguesa, espanhola e italiana são os melhores exemplos disso), a sociedade brasileira fez insculpir o princípio da solidariedade em sua Constituição. De forma expressa, ele surge como um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil: “Art. 3º. *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...].*” Antes, já no preâmbulo, consta que o constituinte teve como norte ideológico a construção de uma sociedade “fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Frente a essa conclusão, faz-se necessário uma análise mais detalhada dos possíveis deveres de solidariedade existentes no sistema constitucional positivo brasileiro. Destaca-se, porém, que embora existam deveres fundamentais espalhados por toda a Constituição, esta não criou um sistema próprio e organizado, fato que tem levado o Legislativo e especialmente o Judiciário a dispensarem esforços consideráveis na busca de compreender o alcance e sentido desses deveres.

### 2.5.1 A tipologia dos deveres fundamentais na Constituição de 1988

Os deveres fundamentais, como já mencionado, estão por todo texto constitucional, não possuindo um título ou capítulo próprio. No entanto, sua existência nos textos constitucionais tributa da própria constatação de que uma Constituição não se limita a conferir direitos, sendo também necessário conferir deveres aos indivíduos e ao Estado.

O fato de não haver na Constituição brasileira, dentro capítulo 1, Título II, menção expressa a deveres, não elimina a sua concretude constitucional enquanto dever fundamental. Isto porque a efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os sociais, constitui um dever positivo do Estado, e não simples omissões<sup>201</sup>.

A partir de uma leitura mais atenta do Art.5º, da Constituição de 1988, é possível encontrar deveres específicos direcionados ao Estado. O primeiro exemplo é o dever do

---

<sup>201</sup> DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p.76.

Estado de indenizar o condenado por erro judiciário (art.5º, LXXV). Trata-se de um dever correlacionado ao direito daquele que foi condenado equivocadamente pelo Estado<sup>202</sup>.

Da mesma forma, é possível extrair do texto magno os denominados deveres de criminalização do Estado, deveres que são estabelecidos pela Constituição frente ao legislador que tem o dever de punir e tipificar criminalmente determinadas condutas. No entanto, ainda resta uma controvérsia sobre a possibilidade de se extrair deveres implícitos de criminalização, haja vista que esses deveres não oferecem somente uma garantia aos direitos fundamentais dos ofendidos, mas também geram repercussões sobre os direitos fundamentais dos possíveis agressores, que não deixam de possuí-los por conta da agressão<sup>203</sup>.

Por outro lado, a Constituição brasileira estabeleceu alguns deveres aos cidadãos e à sociedade. Pode-se dar como exemplo o dever de servir ao exército (art.143 da CF); o dever de preservar a ordem pública (art. 144 da CF); o dever de pagar impostos (como dever implícito do Estado fiscal); o dever de votar (art.14, §1º da CF)<sup>204</sup>; o dever de dar função social a propriedade (art.5º, XXIII, da CF), dever este que se extraí da própria estrutura do direito de propriedade<sup>205</sup>; o dever de acatar a desapropriação por interesse público (art.5º, XXIV da CF); o dever de colaborar com a justiça eleitoral em época de eleições; o dever de participar do Júri popular, etc. Este rol exemplificativo é direcionado sobretudo ao indivíduo, podendo aqui receber a denominação de deveres individuais.

---

<sup>202</sup> Ibid., p.77.

<sup>203</sup> Idem,

<sup>204</sup> Richard Posner atribui alguns deveres morais à questão da participação política. Explicando o conceito de democracia que ele denomina de idealista, deliberativa e deweyana (conceito 1), diz que o mesmo “parte da premissa de que todo adulto que não seja incapaz tem o direito moral de participar em pé de igualdade da governança da sociedade. Junto com esse direito moral vêm os deveres morais: (1) ter interesse suficiente nos assuntos públicos para ser capaz de participar da governança de forma inteligente, (2) discutir questões políticas com outros cidadãos com a mente aberta e (3) basear suas opiniões e seus atos políticos (como o voto) numa opinião honesta, formada com base na devida deliberação, do que é melhor para a sociedade como um todo em vez de no estreito interesse próprio [...] O dever moral (3) apresentado pelo conceito 1 (o dever de votar no interesse público) torna os deveres morais (1) e (2) (os deveres de ter um interesse sério na política e de discutir questões políticas com outros cidadãos com a mente aberta) mais vigoroso do que seriam se não fosse isso. É muito mais fácil ter uma opinião informada sobre o que é bom para a sociedade como um todo do que determinar onde reside o próprio interesse (POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 101-102). Ver também: TORRES, Ricardo Lobo. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos”. In *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 319.

<sup>205</sup> DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p.76.



Mas a Constituição não se limitou aos deveres individuais, consagrando em seu sistema um leque razoável de deveres sociais, econômicos, culturais e difusos. No que diz respeito aos deveres econômicos e sociais, o Professor Ricardo Lobo Torres analisa a Constituição sob duas perspectivas. O primeiro sistema seria o dos impostos que incidiriam sobre todos os cidadãos brasileiros, com ensejo de financiar as prestações públicas relacionadas à saúde e à assistência; enquanto que o segundo abarcaria um sistema acessório, dedicado ao provimento de prestações previdenciárias. Ambos mantidos pelos próprios titulares dos direitos econômicos e sociais<sup>206</sup>.

Portanto, quanto aos deveres econômicos e sociais a Constituição cidadã elegeu os seguintes deveres explícitos e implícitos dentro de sua sistemática: (i) a promoção da assistência social como dever de todos e do Estado; (ii) a proteção e promoção da saúde como direito de todos e dever do Estado e (iii) o dever de custear as contribuições previdenciárias.

Por seu turno, os deveres culturais compreendem o dever de preservação do patrimônio cultural brasileiro (art. 216, da CF) e o dever de valorização e promoção das culturas (art.215º, da CF).

Ainda na Constituição social, o direito à educação enquanto direito de todos e dever do Estado e da família (art. 205º, da CF) será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, configurando uma clara possibilidade de eficácia horizontal do direito social à educação, como veremos no julgado do STF em que se discutiu a constitucionalidade de uma taxa que caberia aos alunos mais afortunados da Universidade Federal de Minas Gerais, no sentido de viabilizar a permanência de muitos alunos carentes nos *campi*.

Do mesmo modo, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente (art. 227º, da CF) “[...] com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

Também a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas (art.230º, da CF).

---

<sup>206</sup> TORRES, Ricardo Lobo. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos”. In *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 319-320. No mesmo sentido: NARITOMI, Sabrina. *Princípio constitucional da solidariedade: um direito-dever de redistribuição de reconhecimento?* 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005, p.58.

Portanto, clara é a opção constitucional por uma teoria dos deveres de solidariedade claramente viva e atuante, sobretudo no que diz respeito à participação dos cidadãos nessa empreitada.

Os direitos difusos correspondem, em alguma medida, a deveres que por sua vez são correspectivos aos direitos da solidariedade<sup>207</sup>. Tal dever relaciona-se com a proteção ao meio ambiente (art. 225 da CF), no sentido de impor a todos não só omissões, mas também ações positivas em prol do meio ambiente, pois como já dito aqui, a garantia dos direitos ecológicos se torna a prioridade do Estado e da comunidade, eis que sem essas garantias não há sequer sentido em se falar de liberdade: para que lutar por liberdade, por saúde, comida e outros bens importantes se não há *água e ar*?

Embora seja realmente um risco afirmar a existência de um direito/dever fundamental de solidariedade, entendemos que a posição de princípio fundamental a qual a solidariedade foi alçada em nossa Constituição, nos permite conjecturar em alguma medida sua incidência direta na garantia e efetividade de direitos e deveres. Parece-nos que os riscos apontados contra sua eficácia não se apresentam diferentemente dos riscos que redundam os direitos fundamentais. A indeterminação semântica e a possibilidade de uma intervenção estatal não nos parece ser um obstáculo intransponível, ensejando do Legislador e do Juiz a aplicação de tais deveres mediante o uso da proporcionalidade e seus sub-princípios.

A solidariedade é um valor autônomo, relacional e fundamento de direitos e deveres, sendo que em determinados casos, sobretudo diante de situações limite, ela poderá se transmutar em valor fundamental, a exemplo do que ocorreu na taxaço dos inativos da previdência social. Ressalta-se, porém, que essa não deve ser a regra. Como aqui defendido, a solidariedade se volta precipuamente para o legislador, podendo ser interpretada pelo Judiciário quando do silêncio daquele. É de se perceber que a solidariedade pode se transformar em discursos judiciais populistas, fato que reprovamos. Porém, o discurso contrário a sua afirmação enquanto um direito e dever fundamental sempre está a disposição dos que compartilham mais que o mínimo de dignidade, pois aqueles que nada possuem, sequer podem pensar em contribuir com esse dever social de solidariedade.

---

<sup>207</sup> TORRES, Ricardo Lobo. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos”. In *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 321.

Do mesmo modo, uma teoria que vislumbre só a garantia de direitos incorre em sérias injustiças, pois para existir direitos são necessários uma série de requisitos e condições. Imagine falar em direito do trabalho para que não tenha o direito ao trabalho? Igualmente retórico é falar em direito de propriedade em um país que a maioria das pessoas não possui moradia própria. Portanto, o medo da solidariedade como valor jurídico dotado de eficácia sempre foi e sempre será um empecilho na manutenção do *status quo*. Não se está aqui excluindo a obrigação primária do Estado, mas chegou a hora de todos assumirem sua co-responsabilidade na redução das desigualdades sociais<sup>208</sup>.

## 2.6 Conclusões prévias

Diante do exposto, parece-nos possível extrair algumas conclusões importantes quanto à ligação entre os deveres fundamentais e a solidariedade. Esta relação se revela, inicialmente, na constatação de que a solidariedade é o suporte de existência, justificação e validade de deveres (fundamentais ou legais).

Com base nos estudos de Daniel Sarmiento, foi possível observar duas possibilidades de justificação e validade deste princípio: (i) inicialmente, o princípio da solidariedade serve como suporte de justificação para políticas intervencionistas do Estado que possuem como objetivo à justiça distributiva; (ii) Por outro lado, a solidariedade também serve de fundamento para o reconhecimento de uma eficácia horizontal dos direitos sociais e econômicos, edificada sobre a premissa da co-responsabilidade social<sup>209</sup>.

Ademais, a solidariedade requer dos membros da sociedade respeito pelos valores e objetivos traçados pela Constituição. Assim, a garantia dos direitos sociais se destina, primordialmente, ao Estado, cabendo a sociedade um papel subsidiário.

Uma concepção atual de solidariedade se vincula a garantia dos direitos humanos por meio, sobretudo, dos deveres fundamentais, pois só assim a efetivação de tais direitos, em especial os sociais, deixará de significar caridade e benevolência, transformando-se em deveres juridicamente exigíveis<sup>210</sup>.

---

<sup>208</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*,...p.337.

<sup>209</sup> *Ibid.*,p.363.

<sup>210</sup> *Ibid.*, pp. 337-338.

Tais conclusões são possíveis por conta da positivação da solidariedade enquanto princípio/objetivo fundamental na Constituição brasileira, sendo que tal positivação afasta desde já qualquer pretensão de desconhecer algum grau de materialidade deste princípio. Sua semântica indeterminada e aberta não lhe retira de antemão uma eficácia imediata, muito menos lhe desqualifica como vetor interpretativo, consubstanciando obrigações e deveres jurídicos<sup>211</sup>.

Portanto, embora não seja possível a defesa de um dever fundamental à solidariedade, pode-se falar em deveres que dela são extraídos, isto é, ela irá fundamentar deveres fundamentais, como, por exemplo, o dever fundamental de pagar impostos, o dever de votar, o dever de mútua assistência entre cônjuges e o dever de proteção do meio ambiente.

A solidariedade entendida como valor relacional e autônomo fundamenta direitos e deveres constitucionais e legais, pois uma vez positivada adquire caráter normativo e se transforma em norma jurídica, dotada de todos seus atributos.

Isto posto, no decorrer deste trabalho, analisaremos os deveres constitucionais extraídos da Constituição de 1988. Antes da abordagem propriamente jurídica, que terá como norte identificar os limites e possibilidades da solidariedade como fundamento de direitos e deveres, faremos uma análise crítica de como esse processo se dá nos meandros da política, posto que, como afirmado, este seria o campo *a priori* de efetivação deste comando.

Nesta arena, coube-nos enfrentar a questão de como uma teoria que sempre se guiou pelo majoritismo se comporta diante de um mundo tão plural e diversificado. Aqui, o constitucionalismo solidário é uma exigência que se impõe perante o jogo político como um ponto de partida (incidência substantiva) e como desenho institucional (caráter procedimental), ampliando a noção de esfera pública na direção de uma democracia pluralista e solidária.

No entanto, como muitas medidas de reconhecimento e redistribuição demandam custos políticos (como por exemplo, a ação afirmativa), seus apelos normalmente são silenciados, cabendo a instância contramajoritária equilibrar essa balança a favor das

---

<sup>211</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*,...p.338.

minorias, uma vez que os deveres de solidariedade tendem a garantir direitos mínimos desses grupos.

### 3. Solidariedade e Democracia

#### 3.1 Nota prévia

Sendo a solidariedade o reconhecimento entre os indivíduos da necessidade de viverem em coexistência pacífica, faz com que a teoria democrática, sobretudo aquela ligada à democracia deliberativa, trabalhe com o princípio da solidariedade ou com a ideia de solidariedade social.

Teorias normativas, normalmente, entram em conflitos para identificar formas modernas de solidariedade que sejam compatíveis com liberdade individual e auto-realização, em contraposição às formas tradicionalistas que possuem aspectos autoritários.

Se a solidariedade envolve um tipo de coesão grupal baseada no reconhecimento de um bem comum – interesses ou valores compartilhados, então modos não-autoritários -, deveriam, presumivelmente, estar de acordo com duas condições. Primeiro, “o bem comum deve ser genuinamente comum, envolvendo os bens dos membros individuais”<sup>212</sup>; segundo, “o julgamento comum não deveria ser simplesmente imposto aos membros de uma maneira autoritária, mas, de certa forma, deve envolver sua aproximação e livre afirmação”<sup>213</sup>.

Na teoria democrática solidária, que se soma a democracia deliberativa e cooperativa, o “bem comum vale como tal apenas à medida que os indivíduos já

---

<sup>212</sup> Como exemplo de solidariedade instrumental que leva à cabo mais o aspecto individual que o social, ver: REHG, William. *Solidarity and the Common Good: An Analytic Framework*. Journal of Social Philosophy, Vol. 38 No. 1, Spring 2007, p.12. “Imagine, por exemplo, que vários solteirões juntem-se numa casa de veraneio para passar as férias. Cada um possui um interesse individual na casa, sendo ela um local de descanso, mas nenhum pode pagar por isso sozinho. Proponho aqui que esta casa de veraneio seja um bem particular: nenhum dos solteirões pode aproveitá-la a menos que a esteja ocupando unicamente. Ao mesmo tempo, pelo uso da casa ser temporariamente divisível, ela funciona como um bem comum para o grupo: uma única coisa que os membros podem dividir. Outro exemplo de tais associações poderiam incluir esquemas de investimentos em conjunto, casamentos baseados em vantagens pecuniárias mútuas e coalizões”.

<sup>213</sup> REHG, William. *Solidarity and the Common Good: An Analytic Framework*. Journal of Social Philosophy, Vol. 38 No. 1, Spring 2007, p.9.

identificaram seus interesses individuais”<sup>214</sup>. As solidariedades do mundo da vida dependem de um entendimento mútuo que os indivíduos podem alcançar e manter apenas por associarem-se no grupo e aplicar suas práticas.

O que se pretende afirmar com a teoria democrática solidária é que as diferenças são elementos hiper-valorizados, inclusive fundamentais, na medida em que são eles que permitirão aos indivíduos que possuem interesses diferentes não apenas aceitarem uma decisão democraticamente legitimada, mas também se convencer (e isso é fundamental) de que por mais que não seja um ideal a ser compartilhado, o direito à diferença (cultural, étnica, social, etc) é um elemento central em uma democracia, uma vez que aqueles que em determinada situação são “os diferentes” podem não ser em um debate futuro.

Assim, além da deliberação e da cooperação - elementos fundamentais para as teorias democráticas contemporâneas -, a solidariedade dentro dos grupos e entre os grupos divergentes deve se transformar em uma amplificação ideológica, possibilitando mecanismos de participação popular nas decisões fundamentais (tanto na esfera política como na judicial) dos mais diversos grupos, tornando o processo democrático mais legítimo.

### 3.2 Sobre Democracia

Amartya Sen, um dos mais importantes pensadores contemporâneos, afirma que um país não tem que se considerar adequado ou preparado para a democracia. Pelo contrário, ele deve, em lugar disso, se tornar adequado mediante a democracia<sup>215</sup>. Posto desta forma pode-se dizer que Sen alça a democracia a uma categoria que seria um fim em si mesmo. Sem ela, Governos ou Estados seriam ilegítimos.

Mesmo ainda não sendo um valor universalmente praticado e aceito, não impede a conclusão de que em nível mundial os governos democráticos alçaram um status identificável com a forma correta de governo: pesa sobre o ombro dos opositores da democracia oferecer justificção para sua recusa<sup>216</sup>.

---

<sup>214</sup> REHG, William. *Solidarity and the Common Good: An Analytic Framework*. Journal of Social Philosophy, p.15.

<sup>215</sup> SEN, Amartya. *El valor de La democracia*. El viejo topo. Mataró: Espanha, 2006, p.58.

<sup>216</sup> Ibid., p. 73.

A democracia, portanto, é um valor em si mesmo porque a liberdade política se constitui como parte importante da liberdade em geral, e, assim, o exercício dos direitos civis e políticos resulta crucial para a boa vida dos indivíduos entendidos como seres sociais. A democracia também possui uma função construtiva, pois só a partir dela será possível dissolver as necessidades dos indivíduos (econômicas, culturais, etc.) colocando no espaço público um intercâmbio de informações<sup>217</sup>.

Democracia é a capacidade de um povo se autogovernar, pois este regime se caracteriza, sobretudo pelo fato dos cidadãos serem concebidos não como meros destinatários das normas jurídicas e decisões políticas do Estado. São antes, co-autores, uma vez que os Estados Democráticos lhes asseguram uma efetiva participação no processo de elaboração destas normas<sup>218</sup>.

Como leciona Daniel Sarmento:

[...] a democracia está associada à liberdade política – ou “liberdade dos antigos” -, para usar a conhecida expressão de Benjamin Constant. Ela confere liberdade ao cidadão, ao possibilitar que ele seja partícipe do processo de construção da vontade coletiva da sua comunidade política; sujeito e não mero objeto de dominação no espaço público<sup>219</sup>

De fato, a democracia foi redescoberta ou rearticulada pelos filósofos Iluministas no século XVIII. No entanto, neste momento já não era mais possível abraçar o seu modelo direto, tal como fora na polis grega<sup>220</sup>. Dessa forma, a democracia passou a estar vinculada à representação política: “os cidadãos elegem periodicamente os seus governantes, que elaboram as normas e gerem a coisa pública em seu nome”<sup>221</sup>.

---

<sup>217</sup> SEN, Amartya. *El valor de La democracia*. El viejo topo. Mataró: Espanha, 2006, pp. 73-74.

<sup>218</sup> SARMENTO, Daniel. “A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.p 557 - 558.

<sup>219</sup> SARMENTO, Daniel. “A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos”, *ob. cit.*, p.558. Sobre o tema e a construção teórica acerca da liberdade dos antigos e liberdade dos modernos ler: Benjamin Constant. “The Liberty of the Ancients Compared with that of the Moderns”. In: *Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 314-321. No mesmo sentido: BERLIN, I. ‘Dois conceitos de liberdade’. In: *Estudos sobre a Humanidade: Uma antologia de ensaios*. São Paulo : Companhia das Letras, 2002.

<sup>220</sup> SARMENTO, Daniel. “A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos”, *ob. cit.*, p.558.

<sup>221</sup> Idem,

As democracias contemporâneas, em sua maior parte no mundo ocidental, abraçam o modelo da tripartição de poderes, sendo que neste modelo “dois [são] os poderes legitimados pelo voto popular: Legislativo e Executivo. No Brasil e na grande maioria das democracias modernas, os membros do Judiciário, além de não serem eleitos, gozam de independência em relação aos demais poderes”<sup>222</sup>.

Não gera maiores polêmicas o fato de que a passagem da Política ao Direito (a positivação dos objetivos fundamentais do Estado Democrático) tem sua expressão determinada pelo princípio democrático, uma vez que este terá a qualidade de garantia popular em direção às políticas públicas e sociais necessárias ao bem estar de todos.

Por esta razão é fundamental a contribuição teórica do filósofo alemão Jürgen Habermas, adotado aqui como um importante referencial, principalmente quando se enfoca o processo de construção e de vivenciamento de direitos. Em Habermas alcançamos a convicção de que, por haver uma relação infalível entre Política e Direito, as instituições do Estado de Direito devem garantir que o exercício da autonomia política dos cidadãos traduza-se na efetiva realização de fins coletivos comprometidos com a dignidade humana. Dentro desta perspectiva fundante, essencial é a categoria *esfera pública*, da qual nos valem para acentuar a importância dos atores sociais multidentitários no processo de instauração de uma cultura de direitos, sejam os direitos propriamente locais, sejam os direitos de maior envergadura e abrangência, cujo horizonte é a própria Carta Fundamental de 1988.

Em sua obra “A inclusão do outro” Habermas faz referência a três possíveis tipos de democracias existentes: (i) a democracia deliberativa procedimental (por ele adotada); (ii) a democracia liberal; e a (iii) democracia republicana. Não há menção, ao menos como corrente teórica, das proposições defendidas pelas denominadas “teorias do agonismo”<sup>223</sup> que – grosso modo – partem da ênfase no conflito. Em outras palavras, não contemplam a democracia como um jogo em que as pessoas buscam restaurar o consenso interrompido. Pelo contrário, defendem que só por meio da abertura democrática às várias

---

<sup>222</sup> SARMENTO, Daniel. “A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos”, *ob. cit.*, p.558.

<sup>223</sup> Essa é uma crítica muito comum a Habermas, sobre o tema: BENHABIB, Seyla. *Democracy and difference. Contesting the boundaries of the political*. Princeton: Princeton University Press, 1996, p. 8. Sobre os modelos de democracia por ele apresentados, ver: HABERMAS, Jürgen. “Três modelos normativos de democracia” In *A inclusão do outro: estudos de teoria políticas*. São Paulo: Loyola, 2002, pp. 277-292.



convicções e visões de mundo, será possível uma real democracia, pois o conflito e a divergência são o combustível que mantém a sociedade rumo ao progresso.

Habermas aponta as principais diferenças entre essas correntes democráticas, diferenças que residem “no papel que cabe ao processo democrático”<sup>224</sup>. Para os liberais “cumpra a tarefa de programar o Estado para que se volte ao interesse da sociedade”<sup>225</sup>, sendo ele “como aparato da administração pública, e a sociedade como sistema de circulação de pessoas em particular”<sup>226</sup>. Assim, “a política, sob essa perspectiva, e no sentido de formação política da vontade dos cidadãos, tem a função de congregar e impor interesses sociais”<sup>227</sup>.

Por outro lado, a concepção republicana vê a política para além de uma instância conciliadora, mas também constitutiva do procedimento de coletivização da sociedade de forma ampla. Portanto, a política se torna uma reflexão sobre um contexto de vida ético<sup>228</sup>.

Assim, a solidariedade para a concepção republicana de política é um ponto de partida e de chegada das escolhas públicas, assinala Habermas que:

[...] a política não se confunde com essa função mediadora; mais do que isso, ela é constitutiva do processo de coletivização social como um todo. Concebe-se a política como forma de reflexão sobre um contexto de vida ético. Ela constitui o *medium* em que os integrantes de comunidades solidárias surgidas de forma natural se conscientizam de sua interdependência mútua e, como cidadãos, dão forma e prosseguimento às relações preexistentes de reconhecimento mútuo, transformando-as de forma voluntária e consciente em uma associação de jurisconsortes livres e iguais. Com isso, a arquitetura liberal do Estado e da sociedade sofre uma mudança importante. Ao lado da instância hierárquica reguladora do poder soberano estatal e da instância reguladora descentralizada do mercado, **surge também a solidariedade como terceira fonte de integração social (ênfase nossa)**<sup>229</sup>

Embora não negando valor aos dois modelos, Habermas não poupa críticas a eles. O modelo republicano, ao supor uma comunidade homogênea, na qual o indivíduo deve se

---

<sup>224</sup> HABERMAS, Jürgen. “Três modelos normativos de democracia” In *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 277

<sup>225</sup> Ibid., pp. 277-278.

<sup>226</sup> Idem., p. 278.

<sup>227</sup> Idem,

<sup>228</sup> Idem,

<sup>229</sup> Idem,

reconhecer no outro como semelhante, além de ser um cidadão participativo e bom (ao menos *a priori*), distancia-se da realidade pluralista contemporânea:

O modelo republicano tem vantagens e desvantagens. Veja como vantagem o fato de ele se firmar no sentido radicalmente democrático de uma auto-organização da sociedade pelos cidadãos em acordo mútuo por via comunicativa e não remeter os fins coletivos tão-somente a um ‘ideal’ [uma negociação] entre interesses particulares opostos. Como desvantagem, entendo o fato de ele ser bastante idealista e tornar o processo democrático dependente das virtudes de cidadãos voltados ao bem comum. Pois a política não se constitui apenas – e nem sequer em primeira linha – de questões relativas ao acordo mútuo de caráter ético. O erro reside em uma condução estritamente ética dos discursos políticos<sup>230</sup>

Por outro lado, os liberais padecem de um elemento muito caro aos republicanos: a solidariedade social. Para o filósofo alemão esta concepção possui uma visão estática da política, na qual as pessoas só se aliam pela energia coercitiva do Estado de Direito.

É a partir daí que Habermas faz uma composição dos dois modelos ao afirmar que autonomia pública e privada são co-originais, sendo a escolha de participar ou não atributo inerente ao indivíduo que para ele é livre e igual<sup>231</sup>. Verticalizando posições por ele defendidas no passado, considera certos direitos individuais e mínimos sociais como viabilizadores da soberania popular, pois os “Direitos do homem, fundamentados na autonomia moral do indivíduo, só podem adquirir uma figura positiva através da autonomia política dos cidadãos”<sup>232</sup>. De fato essa proposta é correta, pois sem soberania popular o risco aos direitos humanos é latente. Não se pode dizer o significado e o alcance dos direitos humanos sem o debate democrático, que os atualiza e contextualiza, viabilizando seu conteúdo:

Esse procedimento democrático cria uma coesão interna entre negociações, discursos de auto-entendimento e discursos sobre a justiça, além de fundamentar

---

<sup>230</sup> HABERMAS, Jürgen. “Três modelos normativos de democracia”..., p. 284.

<sup>231</sup> “Através de um diálogo com liberais e comunitários, Habermas constrói o seu modelo procedimental de interpretação constitucional, resgatando, mas também recusando, compromissos fixados tanto por Dworkin, quanto por Ackerman. Com efeito, o modelo hermenêutico proposto por Habermas pretende compatibilizar o processo político deliberativo, tão caro para os comunitários, com uma interpretação constitucional que considera, como desejam os liberais, o sentido deontológico das normas jurídicas” (CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p.203).

<sup>232</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: estre faticidade e validade*, V.1....p.53.

a suposição de que sob tais condições se almejam resultados ora racionais, ora justos e honestos. Com isso, a razão prática desloca-se dos direitos universais do homem ou da eticidade concreta de determinada comunidade e restringe-se a regras discursivas e formas argumentativas que extraem seu teor normativo da base validativa da ação que se orienta ao estabelecimento de um acordo mútuo, isto é, da estrutura da comunicação lingüística<sup>233</sup>

Nesses moldes, a socialização é fortificadora da individualização conduzindo a comunidade na direção de um universalismo dialógico. Aqui o *justo* é resultado de uma interação dialógica delimitada por regras estabelecidas pelos próprios participantes: a comunicação é imperiosa e o ambiente, a esfera pública.

Em apertada síntese, pode-se dizer que o pensamento liberal enxerga as democracias modernas como “sociedades onde coexistem distintas concepções individuais acerca do bem”, enquanto que os republicanos as concebem como uma “multiplicidade de identidades sociais, específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico”<sup>234</sup>. Por fim, os procedimentalistas deliberativos miram nas sociedades contemporâneas ambas as possibilidades: “a diversidade das concepções individuais acerca da vida digna e a multiplicidade de formas específicas de vida que compartilham valores, costumes e tradições”<sup>235</sup>.

Nossa abordagem terá como pressuposto as seguintes críticas quanto aos três modelos brevemente expostos: *(i)* modelo liberal concebe um valor precedente ao indivíduo e sua autonomia, pregando respeito, tolerância e liberdade. Esse modelo peca por gerar uma liberdade com poucas responsabilidades sociais, colocando a idéia de tolerância, a nosso sentir, como uma tolerância vertical; *(ii)* já o modelo republicano, se limita em alguns momentos por colocar o grupo sempre acima do indivíduo. Os laços sociais são fortalecidos, mas a exposição das convicções da comunidade nem sempre são colocadas nas deliberações. Uma solução interessante parece ser a amplificação ideológica proposta por Sunstein que será a frente explicada; *(iii)* por fim, a crítica ao modelo procedimental reside na crença inabalável na razão e na opção por uma política da maioria<sup>236</sup>, restando pouco espaço para as culturas minoritárias.

---

<sup>233</sup> HABERMAS, Jürgen. “Três modelos normativos de democracia”..., p. 286

<sup>234</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva...* p.1.

<sup>235</sup> Idem,

<sup>236</sup> Não significa dizer que a corrente procedimental não se preocupou com o tema, mas sua ênfase com relação à política do reconhecimento é pequena diante da dimensão que o tema hoje comporta.

Cumpra dizer que para a realização do ideal de democracia solidária, as condições para a cooperação nos termos defendidos por Claudio Pereira de Souza Neto são verdadeiras pré-condições para sua concretização. No entanto, antes de tratarmos objetivamente do reconhecimento como condição para a cooperação, cumpre levantar uma questão que costuma ser negligenciada pelas teorias procedimentais: a crença em uma razão universal e absoluta.

### 3.2.1 A crítica ao racionalismo procedimental

Walzer no seu livro *Política e Paixão* diz que a deliberação entre indivíduos autônomos faz parte de uma história política democrática ainda recente e que os conflitos, normalmente negligenciados, permeiam boa parte da história política dos últimos séculos<sup>237</sup>. O que Walzer pretende dizer é que a crença em uma democracia de cidadãos que deliberam, a todo o momento, em busca de um acordo racional, não encontra respaldo empírico na teoria política.

A democracia deliberativa surgiu como uma alternativa americana aos projetos alemães de ação comunicativa e discurso ideal<sup>238</sup> que se preocupam mais com as organizações práticas e os resultados prováveis dos debates<sup>239</sup>. A nosso sentir, embora visto como ideal, entendemos que a democracia deliberativa dificilmente alcançará um processo verdadeiramente racional de discussão entre iguais, no qual todos são ouvidos e que os participantes examinam com cuidado todos os dados disponíveis, ponderando sobre qual deve ser o escolhido<sup>240</sup>.

Neste ponto é que nos distanciamos dos aportes pretendidos pelo filósofo alemão Jürgen Habermas. A crença em uma racionalidade imparcial pertencente aos indivíduos aponta, a nosso sentir, na direção de uma homogeneidade perigosa.

Se por um lado Habermas enxerga a necessidade realmente importante de haver um espaço público aberto a todos os participantes que se interessam – direta ou indiretamente -

---

<sup>237</sup> WALZER, Michael. *Política e paixão: rumo a um liberalismo mais igualitário*. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. XI.

<sup>238</sup> WALZER, Michael. “Deliberação...e o que mais? In *Política e paixão: rumo a um liberalismo mais igualitário*. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 131.

<sup>239</sup> Idem,

<sup>240</sup> Ibid, 132-133

pelo resultado do debate, por outro exagera em crer que os indivíduos são capazes de deliberar abrindo mão de sentimentos de preferência e que são capazes de chegar a um acordo livre de coação apenas pela esfera pública por ele defendida. Visto dessa forma, o ponto fraco reside no simples fato de que somos humanos em essência e que possuímos limitações de ordem natural e física.

Como nos lembra o Professor Luís Roberto Barroso “a crença iluminista no poder quase absoluto da razão tem sido intensamente revisitada e terá sofrido pelo menos dois grandes abalos”<sup>241</sup> que nos levam a questionar a pretensão de imparcialidade e de racionalidade que a postura procedimental sustenta.

Para demonstrar o abalo nesta crença, Barroso aponta os dois momentos ao longo dos dois últimos séculos em que esse fato ocorreu: o primeiro, ainda no século XIX, provocado por Marx, e o segundo, já no século XX, causado por Freud”<sup>242</sup> Continua o autor: “Marx, no desenvolvimento do conceito essencial à sua teoria – o materialismo histórico – assentou que as crenças religiosas, filosóficas, políticas e morais dependiam da posição social do indivíduo, das relações de produção e de trabalho, na forma como estas se constituem em cada fase da história econômica”<sup>243</sup>.

Já em Freud essa constatação aparece em três momentos:

O segundo abalo veio com Freud. Em passagem clássica, ele identifica três momentos nos quais o homem teria sofrido duros golpes na percepção de si mesmo e do mundo à sua volta, todos desferidos pela mão da ciência. Inicialmente com Copérnico e a revelação de que a Terra não era o centro do universo, mas um minúsculo fragmento de um sistema cósmico de vastidão inimaginável. O segundo com Darwin, que através da pesquisa biológica destruiu o suposto lugar privilegiado que o homem ocuparia no âmbito da criação e provou sua incontestável natureza animal. O último desses golpes – que é o que aqui se deseja enfatizar – veio com o próprio Freud: a descoberta de que o homem não é senhor absoluto sequer da própria vontade, de seus desejos, de seus instintos. O que ele fala e cala, o que pensa, sente e deseja é fruto de um poder invisível que controla o seu psiquismo: o **inconsciente**”<sup>244</sup>

---

<sup>241</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro...*, p.8.

<sup>242</sup> *Ibid.*, p.8.

<sup>243</sup> *Idem*,

<sup>244</sup> *Ibid.*, p.9.

A razão, portanto, como pilar que sustenta a teoria procedimental democrática, deve ser vista com ressalvas, pois a mesma já não pode ser admitida como “razão absoluta” em um mundo repleto de sociedades complexas<sup>245</sup>.

Não se pode esquecer que os indivíduos conflitam consigo mesmo, pois como pessoas que estão no mundo trazem consigo uma série de entendimentos e visões que fazem parte do seu cotidiano e saber lidar com as diferenças é um de seus grandes desafios.

Em passagem inspirada Fernando Pessoa já descreveu a dificuldade que é tentar entender as complexidades humanas, assim disse:

Encontrei hoje em ruas, separadamente, dois amigos meus que se haviam zangado. Cada um me contou a narrativa de por que se haviam zangado. Cada um me disse a verdade. Cada um me contou as suas razões. Ambos tinham razão. Ambos tinham toda a razão. Não era que um via uma coisa e outro outra, ou um via um lado das coisas e outro um lado diferente. Não: cada um via as coisas exatamente como se haviam passado, cada um as via com um critério idêntico ao do outro. Mas cada um via uma coisa diferente, e cada um, portanto, tinha razão. Fiquei confuso desta dupla existência da verdade<sup>246</sup>

Essa advertência nos leva a questionar a pretensão de imparcialidade e de racionalidade com que trabalham os procedimentalistas habermasianos.

Segundo o neurologista Antonio Damásio, considerado um especialista em nível mundial, as emoções são onipresentes, isto é, acontecem em todos os seres humanos de todas as idades, condições e culturas. Segundo ele, as emoções e sentimentos são de natureza diferente; as emoções associam-se a alterações fisiológicas, enquanto os sentimentos se associam à consciência dessas alterações, ou seja, as emoções levam ao sentimento. O sentimento é, portanto, a consciência ou experiência do que está a ocorrer no organismo no momento da emoção. Os sentimentos são estados voltados para o nosso interior, são privados; as emoções são observáveis e visíveis pelos outros. Sabemos que os nossos afetos se exprimem através das emoções. Os afetos ligam-nos às pessoas e às coisas;

---

<sup>245</sup> Essa advertência nos conduz a levar a sério as teorias construídas em nosso contexto, ao invés de continuarmos a valorizar mais o que vem de fora, pois assim incorreremos no risco já alertado por Sérgio Buarque de Holanda quando da importação acrítica do projeto positivista ao dizer que “Trouxemos de terras estranhas um sistema complexo e acabado de preceitos, sem saber até que ponto se ajustam às condições da vida brasileira e sem cogitar das mudanças que tais condições lhe importariam” (BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. *Raízes do Brasil*. Cia. Das Letras, 26ª edição, 2008, p. 160)

<sup>246</sup> Este trecho é citado por Roberto DaMatta na epígrafe do seu *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rocco, 6ª edição, 2006. Cabe ressaltar que essa passagem é uma de tantas pérolas ditas por PESSOA e que por isso não está em nenhuma de suas obras.

a isto damos o nome de valor afetivo. Assim, para o Professor português, quando temos que tomar uma decisão: (i) temos que ter conhecimento da situação; (ii) temos que conhecer as diferentes opções de ação; (iii) temos que conhecer as conseqüências de cada opção no presente e no futuro<sup>247</sup>.

Perante este cenário ficamos com a idéia que é a razão que cabe resolver toda esta situação. No entanto, Damásio demonstra que esta circunstância é, não só, um caso de raciocínio, mas também um acontecimento emocional.

Nesse sentido, a emoção bem dirigida é um sistema de apoio sem o qual o edifício da razão não pode funcionar eficazmente<sup>248</sup>. Podemos concluir que as emoções são indispensáveis nas nossas tomadas de decisão.

Sustenta o cientista que a ausência da emoção e dos sentimentos pode afetar a racionalidade. Assim assevera:

[...] os níveis inferiores do edifício neural da razão são os mesmos que regulam o processamento das emoções e dos sentimentos [...]. Esses níveis inferiores mantêm relações diretas e mútuas com o corpo propriamente dito, integrando-o desse modo na cadeia de operações que permite os mais altos vôos em termos da razão e da criatividade<sup>249</sup>

Nada obstante, o polêmico comunitarista Asladir MacIntyre, em sua famosa obra “Depois da Virtude”, também problematiza a pretensão de racionalidade de algumas teorias - sobretudo em discussões morais - e se apóia na corrente de pensadores denominada de sentimentalistas para chegar a algumas conclusões a seguir exploradas.

Inicialmente aponta que não “é só nas discussões morais com outrem que nos reduzimos tão rapidamente a afirmações e contra-afirmações; também é nas discussões que travamos dentro de nós mesmos”<sup>250</sup>. Nesse sentido, não podemos afastar do debate o fato dos indivíduos envolvidos nas deliberações públicas estarem sempre influenciados por sua pré-compreensão, sobretudo quando esses envolvam aspectos morais próximos à sua

---

<sup>247</sup> DAMÁSIO, A. R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, pp. 197 – 236.

<sup>248</sup> DAMÁSIO, Antonio. *O Sentimento de Si – O Corpo, a Emoção e a Neurobiologia da Consciência*. Mem-Martins: Publicações Europa-América. 2000, p.62

<sup>249</sup> DAMÁSIO, A. R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano...* p. 233.

<sup>250</sup> MACINTYRE, Asladir. *Depois da Virtude: um estudo de teoria moral*. Bauru/SP: EDUSC, 2001, p.25.

realidade<sup>251</sup>. Dessa forma, “[...] sempre que alguém entra no foro do debate público é provável que já tenha resolvido a questão, explícita ou implicitamente, na própria cabeça”<sup>252</sup>.

Esses modelos – procedimentais racionais - se fazem passar por “argumentações racionais impessoais e, assim, costumam ser apresentadas de maneira apropriada a essa impessoalidade”<sup>253</sup>. Tal afirmação é perigosa e não leva em consideração uma série de fatores, dentre eles os diversos ambientes de tomada de decisão.

Outro ponto não menos importante ressaltado por MacIntyre é o uso de citação de nomes, uso que pode nos levar a “subestimar a complexidade da história e da linhagem de tais argumentações; e pode levar-nos a procurar somente essa história e essa linhagem nos escritos de filósofos e teóricos”<sup>254</sup>. Deve-se observar que a noção de pluralismo é muito imprecisa, pois pode ser empregada a um diálogo ordenado de opiniões, tanto quanto em uma mistura desarmônica de fragmentos mal-organizados<sup>255</sup>.

A abstração do meio social do qual os filósofos viveram e pensaram concedendo uma falsa independência do resto da cultura é uma ferramenta que deve ser utilizada com muita prudência, pois assim Kant deixa de fazer parte da história da Prússia, Hume já não é mais escocês, etc<sup>256</sup>.

No terreno dos *factos* existem critérios racionais por meio dos quais podemos chegar a um acordo, mas os juízos morais por serem expressões de atitudes e sentimentos, não são

---

<sup>251</sup> É em linha similar a posição de Martin Heidegger. Nesse sentido ver: HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis, Vozes, 1988, I, pág. 207. “A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar isenta de pressuposições. (...) Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já “põe”, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia”.

<sup>252</sup> MACINTYRE, Asladir. *Depois da Virtude...*, p.25.

<sup>253</sup> MACINTYRE, Asladir. *Depois da Virtude...*, p.25. Para demonstrar a relativização do significado de racionalidade e razão, busca o pensador demonstrar como esses significados podem variar de acordo com os contextos e relações em ambientes decisórios. Asladir imagina uma ordem a alguém para “fazer algo”, a pessoa a quem é dirigida à ordem responde: “Por que devo fazer isso? O autor da ordem responde: por que eu quero! Nesse caso não se dá razão alguma! Mas se for um oficial da polícia, ou se a ordem é dirigida a alguém que ame a pessoa que deu a ordem, etc. Quando se diz “por que quero”, lhe dei alguma razão, mesmo que insuficiente, demonstrando a dependência do contexto pessoal da declaração.

<sup>254</sup> Idem, p.28.

<sup>255</sup> MACINTYRE, Asladir. *Depois da Virtude...*, p.28.

<sup>256</sup> Ibid., p.29



nem verdadeiros nem falsos, e não se chega a um acordo por meio de um método racional, pois não existe nenhum método impermeável às vicissitudes humanas<sup>257</sup>.

Então as discordâncias morais podem realmente ser resolvidas? Toda argumentação moral e valorativa é e tem sempre de ser interminável? Quais seriam as respostas para essas perguntas? Seria uma alternativa admitir que toda discordância moral é racionalmente interminável?

Neste trabalho optamos pelo caráter sempre temporário e relativo das decisões morais, pois são as mesmas fruto não só dos sentimentos e atitudes dos indivíduos, mas também servem para produzir tais resultados perante outras pessoas<sup>258</sup>.

O *agir comunicativo* continua sendo a pedra de toque na construção do Direito, o qual tem como um de seus princípios fundamentais, justamente, os imperativos de participação e de intervenção popular para a gestão democrática do país e para o exercício pleno de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais dos seus habitantes. Porém, persiste a toda evidência um tema cuja centralidade é indiscutível: a necessidade de que o processo de interpretação constitucional seja prerrogativa não apenas dos órgãos estatais e de outros técnicos, mas também de todos os cidadãos e grupos, de modo que o pluralismo social e a soberania popular formem um amálgama institucional e político que os tornem legitimadores da democracia e da cidadania<sup>259</sup>.

Os campos político e jurídico assumem atualmente o papel mediador entre valores pessoais e coletivos. Embora possamos afirmar que ambos possuem uma natureza própria, a experiência jurídica e a experiência política estão ligadas, sendo extremamente importantes para a convivência pacífica da sociedade<sup>260</sup>.

Sendo a solidariedade um valor que vai para além do campo jurídico, ele se torna uma forma de olhar para a sociedade como um todo dinâmico e complexo. No entanto, como já afirmara Gurvitch “o reino do direito, [é] verdadeiro astro condutor do Estado

---

<sup>257</sup> MACINTYRE, Asladir. *Depois da Virtude...*, p.30.

<sup>258</sup> *Ibid.*, p.31.

<sup>259</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002 (reimpressão), tradução de Gilmar Ferreira Mendes, p. 40.

<sup>260</sup> FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.275.

Democrático de Direito”<sup>261</sup>. O Discurso solidário é, portanto, fundado no Estado Democrático de Direito, pois este é indispensável e o único capaz para a realização do Direito no seio da sociedade<sup>262</sup>. Portanto, direito e democracia não são valores essencialmente incompatíveis, mas sim cooriginais e complementares.

### **3.3 Democracia deliberativa e as condições para a cooperação**

A teoria da democracia deliberativa se tornou, nos últimos anos, uma espécie de “miragem” do direito brasileiro. Diversas são as teses que adotaram como marco teórico a teoria da democracia deliberativa de Habermas a partir de seu agir comunicativo ético.

Sem negar o valor devido e merecido ao esforço científico deste grande pensador, a presente abordagem leva a sério as necessidades contingenciais brasileiras, isto é, pensa e oferece alternativa viável às nossas características e às nossas possibilidades. Como já afirmara Habermas por várias vezes: uma tese eficaz de deliberação democrática só pode ser levada a cabo em países que possuem características próprias e com isso ele se refere aos países da Europa continental<sup>263</sup>.

No entanto, uma crítica persiste na construção deste importantíssimo filósofo: o fato de não ter abordado profundamente as questões centrais no que diz respeito ao multiculturalismo e a participação das minorias no ideal de um Estado Democrático de Direito. Tais questões serão melhor exploradas em pensadores como Charles Taylor e Axel Honneth, muito embora uma teoria de participação não seja o principal marco teórico de ambos.

Cabe ressaltar, ainda, que as idéias deste grande pensador não são nem um pouco fáceis de serem atingidas e sofreram ao longo dos anos algumas críticas interessantes que serão apresentadas a seguir. De fato, a política possui inúmeros valores além da razão, alguns até conflitantes com ela, nos dizeres de Walzer, são eles: “a paixão, o

---

<sup>261</sup> GURVITCH, G. *L'Expérience juridique et la Philosophie Pluraliste du Droit*. Paris. Editions A. Pédone, 1935, p.82.

<sup>262</sup> FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*, p.275.

<sup>263</sup> Sobre a posição claramente manifestada do filósofo Jürgen Habermas, ver a obra de ENCARNAÇÃO, João Bosco da. *Filosofia do direito em Habermas: a hermenêutica*. 3. ed. Lorena: Stiliano, 1999.

comprometimento, a solidariedade, a coragem e a competitividade<sup>264</sup>, valores que levam as pessoas a raciocinar juntos, desde que estejam em condições para tal.

### 3.3.1 A (re) construção teórica da democracia deliberativa no Brasil: em busca das condições para a cooperação

Um dos principais pensadores brasileiros que buscaram uma alternativa interessante ao modelo proposto por Jurgen Habermas é Cláudio Pereira de Souza Neto. Dentre as várias qualidades de seu valioso trabalho sobre democracia deliberativa<sup>265</sup>, está a tentativa de encontrar um modelo razoável e realizável de cooperação social. Sem utopias infactíveis, Cláudio Prereira sustenta uma visão bem particular de deliberação pública que leva a sério a cooperação social e a necessidade de se garantir os pressupostos mínimos para uma real deliberação. Nesse sentido, deve-se ter igual respeito e consideração para com todos os envolvidos e não envolvidos diretamente no certame, não sendo, pois, uma mera deliberação formal e procedimental.

A teoria da democracia deliberativa é uma conquista civilizatória ainda muito recente. Ela surge somente no Século XX como alternativa às teorias da democracia até então existentes principalmente as idéias relacionadas à democracia representativa<sup>266</sup>.

Essas teorias possuem várias ramificações e comportam diversas e divergentes posições doutrinárias. Para os fins deste estudo cumpre apresentar a versão procedimental e a substantiva, a primeira representada por Habermas e a segunda por John Rawls.

---

<sup>264</sup> WALZER, Michael. *Política e paixão*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, pp. 134-148.

<sup>265</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>266</sup> Dois nomes figuram com total destaque nesse cenário: HEBERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, 1997; e tb. ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*, 1980. Já em uma visão substancial de democracia deliberativa RAWLS, John. *El Liberalismo Político*. Tradução de Antoni Domènech. Barcelona: Crítica, 2006. Ver também: RAWLS, John. Réplica a Habermas. In: Debate sobre el Liberalismo Político. Barcelona – Buenos Aires – México: Ediciones Paidós, 2000, p.76 “De las diferencias principales entre la posición de Habermas y la mía, la primera consiste em que su posición es comprensiva mientras que la mía es una explicación de lo político y se limita a ello. La primera diferencia es la más fundamental puesto que pone las bases y los límites de la segunda. Ésta se refiere a las diferencias entre nuestros mecanismos de representación, como yo los llamo: el suyo es la situación discursiva ideal como parte de su teoría de la acción comunicativa y el mío es la posición original. Estos mecanismos tienen diferentes objetivos y papeles, así como rasgos distintivos que sirven a diferentes propósitos”.

Não há como recusar o fato de que a proposta habermasiana e o modelo de Rawls possuem claros instantes de aproximação, na busca de um alinhamento entre o ideal de Justiça e o Direito em tempos plurais. Ambos associam o atingimento de uma justa deliberação a um dado procedimento, cujo desenlace autorizaria uma composição jurídico-política em uma sociedade naturalmente plural. Esse encontro, conforme já se argumentou, deriva de um compartilhamento epistemológico entre ambos os filósofos: a máxima kantiana da prioridade do *justo* sobre o *bem*.

Para ilustrar objetivamente, pois não é nosso objeto principal de estudo, a teoria Habermasiana pode ser demonstrada com o uso da metáfora da aposta. Formula-se o caso em questão de modo que seja possível decidir sobre “ganhou/perdeu”, delimitando o que *deve ser* o caso e o *momento* de sua ocorrência. Portanto, em torno do conteúdo da aposta – que é discutível – passa a existir um segundo nível.

Por meio do consenso dos parceiros de aposta se constrói um arcabouço aceito por todos. Dessa forma, se não é ignorado nada de essencial no acordo e o arcabouço é sólido, a decisão sobre quem ganhou a aposta é objetivamente possível, independentemente do desejo dos participantes: o consenso é alcançado não com base no conteúdo da aposta, mas sim com base nas condições formais de sua ocorrência<sup>267</sup>. Dessa forma, o plano formal é objeto de consenso; as condições da aposta só podem ser acordadas caso a caso.

Entretanto, no plano substancial não há consenso, *a priori*, chega-se a ele através do consenso no nível formal. A partir da observância dessas condições formais a “verdade” pode ser válida independentemente da opinião das pessoas.

Aqui, um acordo sobre pré-condições feito entre dois participantes valeria somente em termos relativos para esses participantes. Porém, se o acordo foi feito universalmente por todos, a relatividade estaria superada, uma vez que há consensos errôneos no passado e essa universalidade precisa ser estendida, ao menos conceitualmente, também para o futuro (ela deve se expor às futuras gerações, pois aqui pode existir o “Deus maligno” de que Habermas nos fala)<sup>268</sup>.

---

<sup>267</sup> REESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. Petrópolis: Vozes, 2009, p.p 22-23.

<sup>268</sup> REESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. Petrópolis: Vozes, 2009, p.23. Por outro lado, os liberais já não possuem, regra geral, esse pretensão Deus maligno.

No campo da democracia deliberativa, Habermas parte em busca de uma legitimação cosmopolita<sup>269</sup> do direito, tendo como um de seus elementos centrais o ideal de justificação política, na medida em que almeja construir um método de tomada de decisão que seja em si mesmo legítimo. Vale dizer, o ideal de democracia deliberativa implica que este esforço de justificação política seja realizado pelo procedimento deliberativo, concretizado entre sujeitos livres e iguais e que de fato não está à disposição das revisões judiciais<sup>270</sup>.

Habermas sustenta, em diversas passagens, a necessidade da adoção de uma solidariedade entre os participantes do debate, para que os mesmos estejam abertos às decisões que serão alcançadas por todos. Nesse sentido, ele nos fala sobre o patriotismo constitucional dizendo que “os cidadãos assimilam os princípios da Constituição não apenas em seu conteúdo abstrato, mas concretamente a partir do contexto histórico de sua respectiva história nacional”<sup>271</sup>. Portanto, qualquer valor constitucionalmente consagrado deve necessariamente manter a boa-fé com relação ao passado de sua sociedade. Porém, “se quisermos que os conteúdos morais de direitos básicos criem raízes nas mentalidades, o mero processo cognitivo não será suficiente”, pois convicções morais acerca de violações à Direitos Humanos levariam somente a uma integração tênue dos indivíduos de uma mesma sociedade mundialmente constituída. “Entre cidadãos, qualquer solidariedade abstrata e juridicamente intermediada só pode surgir quando os princípios de justiça conseguem imiscuir-se na trama bem mais densa das orientações de valores culturais”<sup>272</sup> e com isso Habermas nos alerta que a solidariedade deve ser vista como um valor juridicamente intermediado, capaz de ultrapassar as diferenças, pois só assim teremos uma sociedade capaz de conviver com as mesmas.

Contudo, embora Habermas jamais deixasse de revelar sua admiração por John Rawls e suas idéias, críticas não serão poupadas ao teórico norte-americano.

Em essência, Habermas adverte que o projeto rawlsiano ocupa-se em construir a fundamentação teórica dos princípios de justiça, sem, contudo, especificar a forma pela

---

<sup>269</sup> SOUZA NETO, C. P. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 p. 311.

<sup>270</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 301.

<sup>271</sup> HABERMAS, Jürgen. RATZINGER, Joseph. *Dialética da secularização: sobre razão e religião*. Tradução de Alfred J. Keller. Aparecida, SP: Cia. Das Letras, 2007, p.p 38-39.

<sup>272</sup> Ibid.

qual o *Direito*, em sua organicidade social (aplicação e legislação), irá se abrir a essas preferências principiológicas. Dito de outra forma, para Habermas existiria um hiato entre a *fundamentação* e a *concretização* de direitos nesta proposta de justiça<sup>273</sup>.

As fases de consumação do Direito não teriam, aqui, sua idiossincrasia bem delineada quanto à filosofia política arquitetada. Habermas reconhece, por outro lado, o problema — seminal na visão do pensador alemão —, do silêncio quanto à questão do equilíbrio entre a *facticidade* e a *validade*, com precedente renúncia de uma atitude crítica sobre as relações dinâmicas da sociedade real. Vale dizer, negligencia a etapa central da *reconstrução* por meio da deliberação argumentativa, como modo de reler constantemente os processos políticos a partir do desenho social, gerando a estabilidade do Estado de Direito pelos canais argumentativos.

Portanto, para Habermas, os princípios de justiça, padeciam nos escritos de Rawls de uma proposta sobre o arranjo institucional do Direito que permitisse, no momento de sua criação e aplicação, possibilitar a inserção no seio social as opções públicas, bem como delinear um arranjo que permitisse às gerações futuras participarem da reconstrução dos termos deliberativos, como nos padrões da ética discursiva habermasiana por ele construída.

É nesse caminho que Habermas apontará três aspectos<sup>274</sup> essencialmente vulneráveis no aporte teórico do filósofo John Rawls.

Inicialmente, Habermas teme a afeição à idéia de uma *posição original* como instrumentalizadora da imparcialidade em um processo deliberativo edificado em princípios de justiça — enquanto normas a serem observadas; num segundo plano, o sentido de *validade*, na ótica de Rawls, é enfraquecido na medida em que não promove uma divisão criteriosa entre questões de fundamentação e aceitação (por amparar-se em pretensa

---

<sup>273</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade*. Volume II. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 25: “No processo democrático, o conteúdo ideal da razão prática assume feições pragmáticas; ao passo que as formas de sua institucionalização revelam o grau de realização do sistema de direitos. Ora, a tradução sociológica da compreensão procedimental da democracia não pode ficar acima nem abaixo desse conteúdo normativo do Estado democrático de direito”.

<sup>274</sup> Nas palavras do próprio filósofo alemão, referindo-se ao aporte de Rawls: “Ello tiene consecuencias desafortunadas de entre las cuales voy a referirme en lo que sigue a tres: 1) ¿Pueden las partes el la posición original representar los intereses preferentes de sus clientes sobre la base de su egoísmo racional?; 2) ¿Se pueden asimilar los derechos básicos a bienes básicos?; 3) ¿Garantiza el velo de ignorancia la imparcialidad del juicio?”. V. HABERMAS, Jürgen. Reconciliación Mediante el Uso Público de la Razón. In: *Debate sobre el Liberalismo Político*. Barcelona – Buenos Aires – México: Ediciones Paidós, 2000. p. 45.

neutralidade, conjectura-se uma aceitação após à deliberação, fato que deveria ser justamente ao contrário, um pacto materializado *antes* do processo deliberativo, resguardando a coexistência de distintas cosmovisões no espaço de argumentação); por fim, e não menos importante, posiciona-se Habermas contra Rawls, pois este colocaria em evidência os direitos liberais básicos em prejuízo do princípio democrático de legitimação (após uma tentativa de cisão das “autonomias” política e moral), enfraquecendo sua pretensão de harmonizar as chamadas *liberdades dos modernos* com a *liberdade dos antigos*.

Em síntese, o temor de Habermas pode ser identificado em um “déficit estático” no modelo de Rawls, pois para obter um consenso racional em torno de princípios de justiça, mediante o uso *público* da razão (com as devidas ressalvas, como por exemplo, quanto à questão da validade), não se materializa nessa empreitada uma aptidão reconstrutiva, que seja capaz a readaptar e reprocessar criticamente diferentes reivindicações sociais surgidas a cada geração. Eis aí uma demanda teórica respeitável que nunca deveria ser desconhecida em tempos de apressada mutação social.

Em resposta a Habermas, Rawls assinalará a diferença de algumas premissas de seus desenhos filosóficos como a razão do debate e divergências entre ele e seu interlocutor alemão<sup>275</sup>.

Essencialmente, Rawls demandará a distância entre as duas proposições, não perdendo de vista que Habermas propõe uma doutrina abrangente (teoria do agir comunicativo), no momento que a *justiça como equidade* dá corpo a uma concepção de feição política. Dito de outra forma, Rawls oferece um modelo de adaptação de doutrinas abrangentes, não pretendendo que seja o seu próprio modelo, uma dessas doutrinas.

Destarte, replica Rawls no sentido de que decorrerão aspectos diferenciais compreensíveis entre os mecanismos de representação adotados por ambos, partindo Habermas da *situação ideal de fala* e Rawls da *posição original*, pois:

De las diferencias principales entre la posición de Habermas y la mía, la primera consiste en que su posición es comprensiva mientras que la mía es una explicación de lo político y se limita a ello. La primera diferencia es la más fundamental puesto que pone las bases y los límites de la segunda.

---

<sup>275</sup> RAWLS, John. ‘Réplica a Habermas’. In: *Debate sobre el Liberalismo Político*. Barcelona – Buenos Aires – México: Ediciones Paidós, 2000.

Ésta se refiere a las diferencias entre nuestros mecanismos de representación, como yo los llamo: el suyo es la situación discursiva ideal como parte de su teoría de la acción comunicativa y el mío es la posición original. Estos mecanismos tienen diferentes objetivos y papeles, así como rasgos distintivos que sirven a diferentes propósitos<sup>276</sup>

Sumariamente, pode-se dizer que a *posição original* tem por objetivo ideal distinto da idéia de *situação ideal de fala*, pedra de toque do agir comunicativo. Enquanto recurso de representação empregado por uma doutrina abrangente (*teoria do agir comunicativo*), a *situação ideal de fala* exporia um conjunto de premissas direcionadas para a consignação de uma dinâmica discursiva que se autenticaria na própria prática argumentativa aberta à participação de todos. A *posição original* de Rawls figura como expediente de representação na idéia de *justiça como equidade*, na qual, sem negar o devido valor à linguagem para as relações intersubjetivas (é neste ponto que Rawls identifica o agir comunicativo a uma doutrina abrangente), o que se busca é algo diferente. Não se constoe uma reflexão a partir de um modo mais *moderno* ou *realista* através do qual a sociedade se desenvolve, mas sim em um desenho procedimental que, acolhidas as diversas doutrinas (com todas as suas percepções), seja crível alcançar uma concepção política de justiça, segundo a qual, materializados os efeitos do consenso justaposto e do equilíbrio reflexivo, a sociedade descubra maior estabilidade e unidade em sua contínua existência.

A concepção defendida por Cláudio Pereira se destina a conciliar ambas as idéias, no sentido de que elas necessitam de aportes encontrados nos dois estudos, “pois o Estado de Direito deve ser estruturado com o propósito de garantir as condições que permitem e fomentam a ‘cooperação democrática’<sup>277</sup>. Portanto, “a democracia deliberativa fornece elementos não só procedimentais, mas também substantivos, para a tarefa de reconstrução da relação entre democracia e estado de direito”<sup>278</sup>.

De fato, os direitos que permitem e garantem a participação livre e igual dos membros de uma comunidade política no processo democrático, não são só os que

---

<sup>276</sup> RAWLS, John. ‘Réplica a Habermas’. In: *Debate sobre el Liberalismo Político*. Barcelona – Buenos Aires – México: Ediciones Paidós, 2000, p. 76.

<sup>277</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática”, In: *A Reconstrução democrática do direito público no Brasil*. (Org) Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.45.

<sup>278</sup> Ibid.



satisfazem condições imediatas, mas também aqueles que sendo observados farão com que todos se sintam motivados a se envolverem na busca de um bem comum<sup>279</sup>.

Nesse sentido, “o conceito de condições deve abarcar também aqueles requisitos que tornam possível a ‘cooperação social’ por um longo espaço de tempo em uma sociedade plural e democrática”<sup>280</sup>. Leciona Cláudio Pereira que:

Essa interação comunicativa só se realiza na prática se os participantes da comunicação se autocompreenderem como ‘dignos de igual respeito e consideração’ e se a comunidade política assim os trata, demonstrando deferência por todos os projetos pessoais de vida e por todas as identidades coletivas. Somente uma comunidade que respeita, em um contexto de pluralismo, generalizar o sentimento de que há um ‘nós’, o sentimento de pertencimento a uma comunidade política, que é fundamental para a cooperação democrática. Se isso não ocorre, não há interação comunicativa, não há deliberação com vistas à realização do bem comum, mas mera agregação ou conflito de interesses. As condições que possibilitam a instauração de um contexto adequado para a cooperação democrática são, por esse motivo, elementos constitutivos da democracia deliberativa, compondo o seu núcleo essencial<sup>281</sup>

Em teses mais fechadas como a de Habermas, direitos como a liberdade de expressão e liberdade religiosa que são extremamente importantes para as democracias, não são bem delineados sobre sua proteção ou não por um sistema normativo material, tendo em vista sua impossibilidade de demonstrar imediatamente certa funcionalidade democrática<sup>282</sup>, o que é um grande equívoco.

Nesse passo, a vertente denominada de “teoria discursiva ética”, clarificada principalmente nos estudos de Seyla Benhabib, sustenta que as pessoas de uma forma geral são possuidoras de certos direitos morais que são verdadeiras condições de existência coletiva, diz Benhabib que “a vida social implica tanto no conflito de interesses quanto cooperação. Até mesmo em situações em que interesses [...] sejam negativamente afetados, os procedimentos democráticos têm de convencê-los que as condições [...] permanecem

---

<sup>279</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática”, In: *A Reconstrução democrática do direito público no Brasil*. (Org) Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.48.

<sup>280</sup> Ibid., p.49.

<sup>281</sup> Ibid., pp. 49-50.

<sup>282</sup> No mesmo sentido: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática”, p.50.

legítimas”<sup>283</sup>. Segue a autora afirmando que “os modelos procedimentais de democracia permitem a articulação de conflitos de interesses sob condições de cooperação social que são aceitáveis para todos”<sup>284</sup>.

O modelo defendido por Cláudio Neto toma por base a matriz rawlsiana no sentido que é necessário haver “termos justos para a cooperação social”<sup>285</sup>. No entanto, o autor evita ultrapassar alguns limites, pois a dignidade implica na possibilidade de cada um buscar livremente o seu projeto pessoal de vida<sup>286</sup>. Dessa forma, torna-se necessária a justificação dos limites imanentes à própria democracia “sem chancelar a idéia de que a deliberação possa ser restringida, quanto aos seus resultados, através de princípios pré-políticos, ou através de princípios instituídos politicamente [...] no momento constituinte”<sup>287</sup>.

O modelo cooperativo não segue estritamente o modelo habermasiano e nem o rawlsiano. Ele sustenta que o modelo de democracia deliberativa ideal vê o núcleo material da Constituição como condições para a cooperação, em outras palavras, são essas condições que motivaram todo um contexto de possíveis interessados no debate e que assim possam objetivamente buscar o denominado bem comum. Assim, tanto a impossibilidade defendida por Habermas de haver previamente as decisões públicas um certo conteúdo, quanto a matriz rawlsiana que defende esses conteúdos prévios ao não admitir uma justificação democrático funcional para as condições da deliberação democrática, tornam-se substrato

---

<sup>283</sup> BENHABIB, Seyla. Toward a deliberative model of democratic legitimacy. In: *Democracy and difference: contesting the boundaries of the political*, 1996, p.p 73 e 78. Apud: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática”, In: *A Reconstrução democrática do direito público no Brasil*. (Org) Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.51. Sobre a posição de Seyla Benhabib ler o seu: “Modelos de espacio público: Hannah Arendt, la tradición liberal y Jürgen Habermas”. In: *El ser y el otro en la ética contemporánea: feminismo, comunitarismo e pormodernismo*. Trad. Gabriel Zadunaisky. Gedisa: Barcelona, p.p 105-138.

<sup>284</sup> Idem,

<sup>285</sup> Essa é a inspiração substantiva de Cláudio Neto fincada nas idéias de Rawls. Ver, nesse sentido: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática”, p.51.

<sup>286</sup> Parece-nos aqui haver uma aproximação de Claudio Pereira com Habermas “Pessoas, inclusive pessoas do direito, só são individualizadas por meio da coletivização em sociedade. Sob essa premissa, uma teoria dos direitos entendida de maneira correta vem exigir exatamente a política de reconhecimento que preserva a integridade do indivíduo, inclusive nos contextos vitais que conformam sua identidade. Para isso não é preciso um modelo oposto que corrija o viés individualista do sistema de direitos sob outros pontos de vista normativos; é preciso apenas que ocorra a realização coerente desse viés. E sem os movimentos sociais e sem lutas políticas, vale dizer, tal realização teria poucas chances de acontecer”. (HABERMAS, Jürgen. “A luta por reconhecimento no Estado democrático de direito”. In: *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 235)

<sup>287</sup> Idem,

teórico da democracia deliberativa cooperativa. “A teoria democrático-deliberativa procura se situar na esfera da neutralidade política, ao propugnar por um núcleo material da Constituição capaz de obter adesão das mais diversas doutrinas abrangentes e razoáveis”<sup>288</sup>, sem sustentar uma neutralidade política por parte do Estado, cabendo somente ao Judiciário esta tarefa, uma vez que a total abstenção do Estado pode beirar ao libertarianismo, algo inadmissível em contextos como o brasileiro<sup>289</sup>.

A liberdade dos cidadãos é, sem dúvida, uma condição essencial para que a soberania popular exista de fato, pois sem a mesma, a esfera pública autônoma jamais existirá<sup>290</sup>. Liberdades como a de expressão e religiosa exigem da esfera pública uma tolerância e compreensão das diferenças, sem a necessidade de que alguma posição religiosa ou intelectual seja superada, mas tão somente compreendida solidariamente pelos participantes. Segundo Pereira Neto, citando Cohen, a “restrição a tais liberdades configuraria uma negação da condição igualitária de pertencimento ao povo soberano para alguns cidadãos, ao impor formas que negam a força daquelas razões que, à luz de suas próprias convicções, são imperativas”<sup>291</sup>.

No mesmo sentido, cumpre dizer que a democracia deliberativa requer muito mais que uma liberdade formal dos participantes<sup>292</sup>, pois não permitir ou não possibilitar que cada membro de uma sociedade possua condições de exercer verdadeiramente o direito de liberdade, é, de certa forma, negá-lo.

Em países que vivem sobre profunda desigualdade social e econômica é necessário levar a sério uma política e uma filosofia social que busque igual oportunidade de

---

<sup>288</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática”, p.53.

<sup>289</sup> Sobre os riscos do libertarianismo ver o texto de Rodrigo Brandão: “Entre anarquia e o Estado de Bem-Estar social: aplicações do libertarianismo à filosofia constitucional” In *Filosofia e Teoria Constitucional contemporânea*. (coord) Daniel Sarmiento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 527 e ss.

<sup>290</sup> Essa afirmação nos remete às negociações para a reconciliação na África do Sul. Certo momento o então Presidente De Klerk envia uma carta a Mandela, ainda preso, para que este renuncie a luta armada. Mandela, em carta lida publicamente por sua filha Winne, responde a De Klerk dizendo que não renunciaria à luta armada tendo em vista a disparidade de condições de negociação entre ele e De Klerk, uma vez que um homem preso (tolido em sua liberdade) jamais teria as mesmas condições de negociação com um homem livre.

<sup>291</sup> COHEN, Joshua. ‘Procedure and substance in deliberative democracy’. In: BENHABIB, Seyla [org]. *Democracy and Difference: contesting the boundaries of the political*, 1996, p.104. Apud: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática”, p.55.

<sup>292</sup> Essa por sinal é a maior crítica recebida por Habermas dos teóricos que lidam com essa temática. Ver por todos: YOUNG, Íris Marion. “Comunicação e o outro: além da democracia deliberativa” In: *Democracia hoje. Novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Org. Jessé Souza. Brasília: Editora UNB, 2001, p.369.

condições, pois se há liberdade sem igualdade, os graus de liberdade são bem diferentes, por vezes ilusório.

Como assinala Dworkin, só há soberania democrática quando a igualdade for uma virtude levada a sério em uma sociedade. Não significa, porém, desprezo ou colocar a liberdade como virtude residual. Pelo contrário, o mencionado autor visa reconstruir um sistema normativo que possua liberdade e igualdade lado a lado, posto que só assim haverá uma real coerência política e moral<sup>293</sup>.

Nessa concepção, liberdade e igualdade seriam virtudes recíprocas capazes de realizar o mesmo ideal de associação política<sup>294</sup>, em outras palavras, seria o que Dworkin denomina de “estratégia da ponte”<sup>295</sup>, propiciada pela igualdade de recursos. No entanto, tal igualdade só será alcançada em uma sociedade fraterna e que possua um ideal de solidariedade, não só como valor compartilhado, mas como necessidade incontornável.

Nessa construção, seriam legítimas as diferenças decorrentes das escolhas individuais, pois esses poderão sofrer responsabilizações justamente. Para tanto, é necessária a distinção entre os velhos igualitários (ignoram as responsabilidades dos indivíduos pelas escolhas, embora afirmem uma responsabilidade coletiva da sociedade) e

---

<sup>293</sup> DWORKIN, Ronald. *Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. XI. Na introdução de sua obra o autor faz uma série de questionamentos que nos levam a uma reflexão sobre o papel da igualdade nas sociedades contemporâneas, mais a frente ele trabalha os questionamentos. Pergunta Dworkin “[...]se uma sociedade desce, deveria ter como meta que seus cidadãos tivessem riquezas iguais, ou que tivessem oportunidades iguais, ou somente que cada um tivesse o bastante para satisfazer suas necessidades mínimas? Por que não esquecer a igualdade abstrata e nos concentramos, pelo contrário, nessas questões obviamente mais precisas?”

<sup>294</sup> DWORKIN, Ronald. *Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*, p.178 “ Se prezarmos a liberdade, devemos tentar reconciliar a liberdade e a igualdade, pois qualquer conflito genuíno entre as duas é uma querela que a liberdade fatalmente perde. Devemos agora distinguir duas estratégias para tentar realizar tal reconciliação: uma estratégia em duas etapas fundamentada em interesses e uma estratégia constitutiva em uma só etapa. As duas estratégias diferem nas ligações que presumem entre a definição de uma distribuição ideal de recursos, de um lado, e os direitos que constituem a liberdade, de outro”.

<sup>295</sup> DWORKIN, Ronald. *Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*, p.199 “A defesa da estratégia da ponte é uma objeção a estratégia constitutiva, pois segundo Dworkin esta é uma estratégia que começa próxima do fim, uma vez que define a distribuição igualitária de maneira que a liberdade já esteja presente na própria definição de igualdade [...] por esse motivo, igualdade e liberdade não podem entrar em conflito”. Assim, Dworkin lança mão da estratégia da ponte e afirma que “Não partirmos de uma definição porque a igualdade de recursos não é o alicerce de nosso argumento. Começamos bem antes, no mais abstrato princípio igualitário, que exige que a comunidade trate todos os membros com igual consideração. Aceitamos esse princípio e, [...] admitimos a igualdade de recursos como melhor interpretação ou concepção dele”. No mesmo sentido afirma Cláudio Pereira de Souza Neto “Cabe, portanto, à comunidade política prover as condições necessárias para que cada um realize, em igualdade de condições com os demais, o seu projeto pessoal de vida. Por outro lado, são legítimas as diferenças decorrentes das escolhas individuais, na medida em que os indivíduos possam ser responsabilizados por elas”.

os liberais conservadores (ênfatisam uma responsabilidade pessoal, sem haver responsabilidade coletiva).

Portanto, um modelo razoável de democracia deliberativa deve pretender garantir a liberdade real e positiva, pois meras garantias negativas (liberdades), em contextos extremamente desiguais, tenderão à manutenção do *status quo*, calando uma maioria (quantidade) que acaba por se tornar uma minoria (capacidades).

Uma sociedade só poderá idealizar uma democracia real, com cooperação social, se levar a sério a solidariedade entre os indivíduos, uma vez que só dessa forma todos poderão se sentir pertencentes a uma comunidade política. Vale dizer, tal concepção não exige sentir pelo próximo o ideal de solidariedade, mas basta entender que a liberdade de cada um depende essencialmente, da liberdade do próximo.

Da mesma forma, não há como negar que o núcleo material indispensável para a democracia deliberativa-cooperativa está nos direitos básicos representados pelos direitos sociais. De fato, tais direitos encontram seu fundamento e sua legitimidade no princípio da solidariedade, como dever de redistribuição, que ao lado da liberdade de expressão, configuram-se em verdadeiros *trunfos* contra os descasos dos poderes públicos e até mesmo da sociedade. Portanto, a conclusão de que a redistribuição justa dos bens socialmente relevantes é primordial para uma real democracia, só corrobora que os deveres de solidariedade – redistribuição são caríssimos tanto para o Direito quanto para a política. Assim, discutir política, sem garantir os mínimos básicos, é um discurso malicioso e simbólico de justiça.

### 3.3.2 O reconhecimento como condição para a cooperação

A igualdade e a liberdade são as condições fundamentais para o bom andamento da democracia cooperativa, sendo que ambas não se justificam somente em termos procedimentais ou suprapoliticamente<sup>296</sup>. Dessa forma, a autonomia privada, que vai para além da dimensão política, só será efetiva mediante as “condições para a cooperação na deliberação democrática [que] abrange também liberdades como a religiosa e a de escolha

---

<sup>296</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática”, pp. 80-81.

de profissão”, pois só assim as pessoas estarão dispostas a cooperar em busca do bem comum<sup>297</sup>. No que tange a igualdade, esta deve proporcionar igualdade de oportunidades e de capacidades, configurando sua dimensão econômica. Já sua dimensão cultural visa o reconhecimento, *pois sem esse reconhecimento não haverá disposição para a cooperação*.

É neste ponto que a democracia solidária enxerga na igualdade um perigo de uniformização. Em sociedades heterogêneas em que as desigualdades econômicas e culturais caminham lado a lado, o clamor por igualdade pode resultar em um silenciamento dos grupos culturalmente minoritários (embora na maior parte das vezes sejam maioria). Reconhecer as diferenças e tratá-las como elementos importantes em uma democracia é fundamental, uma vez que aquele que não compartilha do ideal proposto e aceito na deliberação não se verá compelido a aceitá-lo pela imposição da igualdade (econômica e cultural), pois de fato as pessoas não são iguais. O importante é que os grupos que eventualmente não prosperem em uma deliberação, vejam nos demais grupos diferenças que só somarão e enriquecerão suas visões de mundo. E definitivamente isso está para além da igualdade, sendo possível somente através do manto da solidariedade de modo a permitir com que cada um seja feliz à sua maneira; e que é fundamental entender as diferenças e tratar as pessoas de acordo com a forma que realiza a dignidade delas, sem preconceitos.

A natureza dialética da política exige o pluralismo, na medida em que as deliberações de muitos ao menos tendem a estar mais próximas do correto do que a de um só. Este é um processo de expansão da consciência, a razão prática da mentalidade alargada possibilita assumir o maior número de pontos de vista possíveis.

O campo da política é, por excelência, o local propício para lutas por reconhecimento, sendo a solidariedade uma exigência de estima social de todos os participantes. Nas teorias de reconhecimento de Honneth e Taylor, fica patente que esta é uma luta intersubjetiva e aceitar que se trata de uma luta é declarar que o reconhecimento não pode ser outorgado, arranjado ou dado. Ele não está adstrito a fins particulares, muito menos limitados a garantia de direitos pelo Estado. Ele não é uma recompensa que liberta grupos oprimidos (e este é um receio que muito nos preocupa: o da liberdade outorgada). O reconhecimento é uma conquista! A luta por reconhecimento pode ter muitas manifestações diferentes, na medida em que ela não é nada mais do que um processo permanente em que a

---

<sup>297</sup> Idem,

sociedade reflexivamente se transforma e altera padrões de relação social<sup>298</sup> e o não reconhecimento ou o reconhecimento não adequado pode se transformar em uma ofensa ou injustiça.

Falar em reconhecimento, antes de tudo, é superar o paradigma da divisão da sociedade em castas ou classes. A sociedade hierarquizada tinha como pressuposto a honra, sendo os privilégios, por que não dizer os direitos, destinados a um número limitado de pessoas. Portanto, o *locus* aqui empreendido é o da transformação da honra em dignidade, na direção da autenticidade<sup>299</sup> e do reconhecimento<sup>300</sup>.

As aspirações sociais por identidade e reconhecimento na pré-modernidade não se projetaram para o debate político e social com maior envergadura por estarem submetidas a uma divisão social de castas. Pode-se dizer, inclusive, que era quase que fora de debate a hipótese de existir um mundo tão heterogêneo como o de hoje.

A contemporaneidade trouxe o rompimento das hierarquias sociais, ao menos aquelas estamentadas, recrudescendo o debate acerca da construção das diversas identidades, alçando a luta por reconhecimento à categoria de extrema relevância nos debates políticos, jurídicos e filosóficos, etc. Só se adquirir liberdade no seio de uma coletividade, sendo essa sociabilidade parte fundamental na ação de aquisição da subjetividade que jamais se dará de forma monológica.

---

<sup>298</sup>MENDONÇA, Ricardo Fabrino. “Reconhecimento em debate: os modelos de Honneth e Fraser em sua relação com o legado habermasiano”. *Revista brasileira de ciências sociais* - Vol. 24 Nº 70, junho/2009. pp. 143-187

<sup>299</sup> No século XVIII ocorre a substituição da honra pela dignidade. Taylor chama essa mudança de ideal de autenticidade, ou seja, o surgimento de uma identidade individualizada. Diz o autor: “Esse novo ideal de autenticidade também foi, tal como a idéia de dignidade, em parte, um rebento do declínio da sociedade hierárquica. Nessas sociedades anteriores, aquilo que hoje chamamos de identidade era fixado em larga medida pela posição social de cada um. [...] o que solapa de modo decisivo essa identificação socialmente derivada é o ideal de autenticidade. Quando emerge, por exemplo, com Herder, esse ideal me conclama a descobrir minha própria maneira original de ser. Por definição, esse modo de ser não pode ser derivado em termos sociais, tendo de ser gerado interiormente” (TAYLOR, Charles. “A política do reconhecimento”. In *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000, pp. 242-245)

<sup>300</sup> Charles Taylor elucida muito bem a passagem da sociedade de “honra” institucionalmente dividida para a sociedade da “dignidade”, assim diz: “Opõe-se a essa noção de honra a noção moderna de dignidade, agora usada num sentido universalista e igualitário que nos permite falar da “dignidade [inerente] dos seres humanos ou de dignidade do cidadão. A premissa de base aqui é que todos partilham dela É óbvio que esse conceito de dignidade é o único compatível com uma sociedade democrática, sendo inevitável que o antigo conceito de honra fosse sobrepujado. Mas isso também significou que as formas de reconhecimento igual têm sido essenciais à cultura democrática”. (TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000, p.242.)

A política da diferença cria uma nova noção de identidade<sup>301</sup>. As peculiaridades passam a se tornar reivindicações, como aponta Taylor, onde a política da dignidade universal lutava “por formas de não discriminação que fossem deveras ‘cegas’ às maneiras pelas quais os cidadãos diferem, a política da diferença redefine com frequência a não discriminação como algo que requer que façamos dessas distinções a base do tratamento diferenciado”<sup>302</sup>. Diferente do que acontece com a política da dignidade, a política da diferença busca condições das pessoas formarem e (re) definirem a sua identidade.

Para Taylor, a política da dignidade conflita com a política da diferença que demanda o reconhecimento de características particulares. É neste momento que críticas são elaboradas na direção de: Rawls, Habermas e Dworkin, como pensadores, segundo ele, que compartilham de um liberalismo universalizante de alguns valores, tornando-se teorias indiferentes às diferenças, generalizando algumas questões, como por exemplo, a cultura ocidental.

O novo liberalismo por ele empreendido é mais tolerante, capaz de gerar identidades culturais no sentido de que estas mereçam igual respeito e valor, pois esse liberalismo “[...] se dispõe a sopesar a importância de certas formas de tratamento uniforme com relação à importância da sobrevivência cultural, e optar por vezes por esta última”<sup>303</sup>. É preciso “fundir os horizontes”<sup>304</sup> a favor de uma inovada concepção, desvestida da má vontade ou do preconceito, pois, diferente do que ocorre em uma reivindicação por bens materiais, a luta por reconhecimento de tradições culturais oprimidas depende sobremaneira do contorno que o sistema de direitos é compreendido

[...] uma democracia constitucional deve, sobretudo, assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos, conferindo um papel proeminente à Constituição e ao sistema de direitos nela inscritos. Contra eventuais procedimentos majoritários que possam ameaçar a neutralidade liberal que assegura o espaço de desacordo razoável, a Constituição deve fixar um âmbito de liberdade imune a interferências externas indevidas.<sup>305</sup>

Portanto, toda e qualquer escolha política e jurídica que silencie as minorias oprimidas ou não lhes dê a devida atenção, estará por violar o objetivo-princípio

---

<sup>301</sup> TAYLOR, Charles. “A política do reconhecimento” In *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000, p. 250.

<sup>302</sup> Ibid., p. 251.

<sup>303</sup> Ibid., p.266.

<sup>304</sup> Expressão Hegeliana

<sup>305</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva...* p.183.



fundamental da solidariedade (Art.3, Inciso I, da CF88), cabendo à instância contramajoritária corrigir as distorções causadas pelas maiorias, interpretando, quando for o caso, o princípio fundamental da solidariedade de forma a conciliar liberdade e igualdade ou, noutro giro, igualdade e diferença.

A democracia deliberativa e cooperativa tem como fim alcançar um ponto comum. Entretanto, um dos princípios fundamentais desta democracia é o princípio da participação, protegido e amparado pelos princípios da igualdade, liberdade e da solidariedade.

Quando não estiverem presentes as condições da liberdade, igualdade e solidariedade nas deliberações, elas serão incapazes de almejar seu potencial da razão prática legitimadora. Como assevera Cláudio Neto, é nesse ponto que “[...] o Poder Judiciário exerce um papel subsidiário de grande importância, ao concorrer para a concretização daquelas precondições”<sup>306</sup>, sendo que suas decisões devem ser justificadas “através de argumentos restritos à esfera da razão pública, de modo a reafirmar em face dos diversos grupos plurais, o compromisso com a cooperação”<sup>307</sup>. Aqui também não haverá maiores complicações, uma vez que a solidariedade, ao lado da justiça e da liberdade, formam a tríade de objetivos eleitos pelo constituinte, objetivos que se traduzem em princípios fundamentais. O Judiciário, nesse ambiente, deve estar cada vez mais em sintonia com a sociedade, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, pois nas decisões fundamentais em um Estado republicano e democrático de direito, os intérpretes e aplicadores do direito devem manter mecanismos de diálogo<sup>308</sup>, transformando as decisões em escolhas de uma sociedade aberta de intérpretes<sup>309</sup>.

Ronald Dworkin segue esse signo e defende que valores como igualdade, liberdade e solidariedade fundamentam o ordenamento jurídico de forma que a produção e aplicação

---

<sup>306</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática”, p.82.

<sup>307</sup> Ibid.

<sup>308</sup> O Supremo Tribunal Federal vêm exercendo de forma razoável esse mecanismo de diálogo, principalmente através das audiências públicas e da participação de *Amicus Curiae*. Tal postura possibilita decisões que se não agradam a todos (é evidente que a parte derrotada na demanda não agrada da decisão contrária a seus interesses), ao menos será aceita por conta de sua carga de legitimidade.

<sup>309</sup> Nesse sentido: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

das normas jurídicas ambicionem tais valores, afastando uma falsa contradição entre constitucionalismo e democracia.

Através da leitura moral da constituição será possível compreender melhor a dimensão que ela dá aos valores como a igualdade, a liberdade e a solidariedade, tocando ao Poder Judiciário a leitura desses princípios. Por outro lado, esses valores não podem ser declarados pelos juízes de acordo com suas convicções morais e sim com o que a Constituição estabelece: “os juízes devem submeter-se à opinião geral e estabelecida acerca do caráter do poder que a Constituição lhes confere. A leitura moral lhes pede que encontrem a melhor concepção dos princípios morais constitucionais”<sup>310</sup>.

Assim, a democracia deliberativa solidária é uma crença na capacidade da pessoa humana que alcança seu potencial de mudança na realidade e no contexto de uma construção coletiva e compartilhada<sup>311</sup>. Como bem afirma Jose Eduardo Farias “A solidariedade, como um dos fundamentos da democracia, supõe combinar sempre três dimensões: o consenso, que é a referência às orientações culturais comuns; o conflito, que opõe os adversários; o compromisso, que combina esse conflito com o respeito de um quadro social – em particular jurídico – que o limita”<sup>312</sup>.

O diálogo é uma importante forma de transpor a violência rumo a uma verdadeira democracia dialógica que entende as divergências e conflitos ideológicos como fomentadores e legitimadores das opções públicas<sup>313</sup>. Assim, as diferenças étnicas, sexuais, culturais, de personalidade e comportamento, podem até se tornar meios de hostilidade. No entanto, possibilitam a criação de um entendimento e solidariedade mútuos, pois entender e estar em contato com o ponto de vista do outro possibilita uma autocompreensão.

Só a solidariedade é capaz de compreender e lidar com as diversidades, uma vez que uma sociedade plural só alcança seus ideais pelo mútuo respeito e consideração. Se

---

<sup>310</sup> DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade. A leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 16.

<sup>311</sup> DI LORENZO, Wambert Gomes. *Teoria do Estado de Solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.99.

<sup>312</sup> FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade...* p. 284.

<sup>313</sup> GIDDENS, Anthony. *Para além da esquerda e da direita*. São Paulo: Unesp, 1996, pp. 25-24. Para o autor a democracia dialógica seria um processo ao qual poderíamos nos referir como democratização da democracia e isso se daria através de uma maior transparência do governo, e de outras arenas não apenas política, sendo estimulada em outros contextos, com o desenvolvimento das relações pessoais nos quais a confiança ativa é mobilizada e sustentada por meio da discussão e do intercâmbio de idéias, e não por um poder arbitrário; bem como por meio das atividades de grupos de auto-ajuda e movimentos sociais abrindo espaços para o diálogo em público com relação aos assuntos pelos quais se interessem.

estivermos diante de uma sociedade perfeita e igual em termos formais e materiais, até poder-se-ia não falar em solidariedade, mas este não é o caso.

### 3.4 Construindo o modelo plural de democracia: conflito e identidade

#### 4.1 Do legado oligárquico de entraves à formação da esfera pública no Brasil ao modelo solidário

Pensamos que a abordagem do fenômeno da deflagração dos movimentos sociais<sup>314</sup> no Brasil e a sua relação congênita com a formação das esferas públicas<sup>315</sup> entre nós – temas que atinem visceralmente à construção da cidadania – para serem compreendidas em toda sua grandeza institucional, demandam a compreensão preliminar da herança histórica que recebemos, a qual demonstra o quanto as nossas elites<sup>316</sup> sempre foram refratárias, resistentes a todo tipo de movimento ou mobilização que, de alguma forma, pudesse significar a possibilidade do povo se ver como potencial sujeito de seu destino ou virtual construtor de sua emancipação. Os interesses das elites sempre tentaram tornar as instituições impermeáveis a qualquer tentativa de alternância ou de participação que viesse da parte daqueles que, por uma ou outra razão, estivessem fora deste sistema de poder. Em síntese, esta constatação se consubstancia na evidência de que, entre nós, sempre se interpuseram obstáculos para que não tivéssemos, efetivamente, uma sociedade marcada

---

<sup>314</sup> Na linha de Maria da Glória Gohn (GOHN, Maria da Glória. *Movimentos sociais no início do século XXI: antigos e novos atores sociais*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2003, p. 13), reitere-se, entendemos *movimentos sociais* como “(...) ações sociais coletivas de caráter sociopolítico e cultural que viabilizam distintas formas da população se organizar e expressar suas demandas. Na ação concreta, essas formas adotam diferentes estratégias que variam da simples denúncia, passando pela pressão direta (mobilizações, marchas, concentrações, passeatas, distúrbios à ordem constituída, atos de desobediência civil, negociações etc.)”.

<sup>315</sup> Ao invocarmos a categoria *esfera pública*, nosso marco teórico está em Jürgen Habermas, notadamente quanto às possibilidades que sua teoria abre quanto à articulação entre legitimidade democrática, soberania popular e cidadania. Nosso intuito, portanto, outro não é senão o de aproximar estas elaborações da questão dos movimentos sociais. Nesta aproximação reside o eixo de nossa reflexão: a participação e a mobilização como idéias-força para a construção da cidadania e da legitimação democrática.

<sup>316</sup> O denso significado do termo *elite* demandaria uma análise que vai além do nosso objeto. Contudo, à guisa de fixar um necessário parâmetro conceitual, tomamos o termo no sentido de identificar uma minoria que ocupa “posições estratégicas na estrutura social em que estão concentrados os instrumentos de poder, de riqueza e a celebridade”, conforme o registro abalizado de Wright Mills, citado por Bobbio (BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 2 volumes. Brasília: UnB, 1991, p. 388). Considero que esta idéia encontra-se acorde com o *modus atuandi* das elites brasileiras.

pela autonomia.<sup>317</sup> Esta herança histórica traduz aquilo que José Murilo de Carvalho caracteriza, com sintético acerto, como “o peso do passado”<sup>318</sup>.

As diversas estraves à autonomia social remontam ao momento pontual da nossa trajetória histórica, quando começaram a ser formadas aquelas configurações que, confirmadas em longo prazo, tiveram o condão de fixar as grandes linhas de nosso *ethos* institucional.

Sobre o início de nossa experiência institucional, consideramos elucidativa a passagem de Fábio Konder Comparato, lembrando Alceu Amoroso Lima, tecida no seu discurso de posse como professor titular da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco:

Quando Tomé de Souza desembarcou na Bahia, em 1549, munido de seu famoso Regimento de Governo, e franqueado de um ouvidor-mor, um provedor-mor, clero e soldados, a organização político-administrativa do Brasil, como país unitário, principiou a existir. Tudo fora minuciosamente preparado e assentado, em oposição ao descentralismo feudal das capitânicas hereditárias. Notava-se apenas, como disse um historiador, uma ligeira ausência: não havia povo. A população indígena, estimada na época em um milhão e meio de almas, não constituía, obviamente, o povo do novel Estado: tampouco o formavam os 1.200 funcionários - civis, religiosos e militares – que acompanhavam o Governador Geral. Tivemos Estado antes de ter povo. Foi este, na verdade, o primeiro ato, de uma longa série de eventos, em que começamos pelo fim, numa incontida impaciência de colher os frutos antes de plantar as árvores<sup>319</sup>

Como se pode constatar, a nossa experiência institucional tem início sob o signo desta deformidade histórica. Neste contexto são as ponderações de Darci Ribeiro, que põem em evidência, com igual ênfase, a inexistência da categoria *povo*:

O Brasil foi regido primeiro como uma feitoria escravista, exoticamente tropical, habitada por índios nativos e negros importados. Depois, como um consulado, em

---

<sup>317</sup> Não é aleatório, aqui, o uso da palavra *autônoma*. Etimologicamente, esta palavra significa, segundo a orientação de Houaiss (p. 351), alguém ou algo que é “regido por leis próprias, independente”. No caso da nossa reflexão, tal significado ganha densidade quando percebemos que esta condição da sociedade brasileira, da qual ela procura a partir dos movimentos sociais da década de 1970, significa, para a questão da cidadania, a ausência de protagonistas *autos nomos*, vale dizer, protagonistas incapazes de se autoconferirem direitos, de os construírem a partir de sua atuação e da formulação de demandas que sejam conducentes à formulação de direitos ainda não positivados.

<sup>318</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p.17.

<sup>319</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Revista da Faculdade de Direito da USP. São Paulo: Editora da USP, 1976, volume LXXI, pp. 331 e 332. A citação no original está em: LIMA, A.A. “Políticas e Letras” In Vicente Licínio Cardoso (org) *À margem da história da República*. Tomo II, Brasília: Câmara dos Deputados e Editora Universidade de Brasília, 1981, p.51.

que um povo sublusitano, mestiçado de sangues afros e índios, vivia o destino de um proletariado externo dentro de uma possessão estrangeira. Os interesses e as aspirações do seu povo jamais foram levados em conta, porque só se tinha atenção e zelo no atendimento dos requisitos de prosperidade da feitoria exportadora. O que se estimulava era o aliciamento de mais índios trazidos dos matos ou a importação de mais negros trazidos da África, para aumentar a força de trabalho, que era a fonte de produção dos lucros da metrópole. Nunca houve aqui um conceito de povo, englobando os trabalhadores e atribuindo-lhes direitos. Nem mesmo o direito elementar de trabalhar para nutrir-se, vestir-se e morar<sup>320</sup>

Os seus desdobramentos, entre outros aspectos, caracterizar-se-ão pela crônica intervenção centralizadora do Estado, de modo a caracterizar um premeditado processo de exclusão de segmentos da sociedade da participação política, salvo, é claro, a elite, que faz do uso do poder uma atividade exercida por restrito círculo de “iluminados”. De toda sorte, falar sobre a maneira como se deu a nossa configuração econômica, social e cultural é evocar a predominância de uma tendência nomeadamente *patriarcalista*, *patrimonialista* e *oligárquica*, que tem como matriz<sup>321</sup> econômica, política, institucional e social o modelo de produção colonial-escravista<sup>322</sup>, que levou a cabo a combinação de trabalho forçado, dominação étnica e propriedade latifundiária. Sob esta triste e infeliz influência foram plasmadas nossas instituições e cuja presença, tão arraigada, erigiu obstáculos notáveis para a concretização das transformações sociais de que sempre tanto nos ressentimos.

Esta concentração do poder econômico e político nas mãos de pequenos grupos origina uma elite dirigente a que Faoro denomina “estamento político” e que assinala a ocorrência do que é assim descrito por este autor: “o patrimonialismo pessoal se converte em patrimonialismo estatal”<sup>323</sup>

---

<sup>320</sup> RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 441.

<sup>321</sup> A síntese conformadora desta tríade de fenômenos, a nosso sentir, pode ser identificada numa palavra: autoritarismo. Este *ethos* autoritário, baseado sempre no padrão assimétrico e verticalizante das nossas relações societárias (quer no nível das pessoas entre si, quer no nível das relações Estado-sociedade), tem o seu epítome, magistralmente descrito por Damatta, na conhecida expressão: “você sabe com quem está falando?” Este “quem” é por vezes o Estado opressor e, por outras, o aristocrata, o oligarca, enfim, categorias que encarnam o fenômeno autoritário.

<sup>322</sup> Esta estrutura durou nada menos que três séculos: desde meados do século XVI (a colonização só começaria efetivamente em 1530), até o século XIX. Entre as suas características, encontramos: inexistência de classe média, concentração de renda nas mãos da classe dominante e – de forma muito pronunciada – um modelo de sociedade aristocratizada (MOCELLIN, Renato. *A história crítica da nação brasileira*. São Paulo: Editora do Brasil, 1987)

<sup>323</sup> BARBOSA JÚNIOR, João Batista, Op. Cit.

Desta forma, o patrimonialismo designa um tipo de concepção, ao mesmo tempo política, social e institucional, pela qual o Estado é tido e havido com um bem realmente pessoal, um patrimônio<sup>324</sup> que deve ser usufruído ao bel-prazer daqueles que julgam ter sobre ele “direitos”. Em termos mais rígidos, o patrimonialismo é assim assinalado por Renato Janine Ribeiro “[...] numa extensão mais atual, diz-se patrimonialista o modo pelo qual governantes de qualquer nível, do presidente ao simples funcionário, se valem do bem comum para a sua vantagem privada<sup>325</sup>

Dir-se-ia, portanto, que a apropriação e o monopólio privado destes processos, tornando-os restritos às elites, é uma demonstração inequívoca da convicção de que, se o Estado era visto, sentido e apropriado como coisa privada, também deviam sê-lo todos os meios de manifestação política. Daí a nossa hipótese quanto à *oligarquização dos processos políticos*. Assim sendo, independente de vontade popular, as opções sobre o destino nacional passavam necessária e inevitavelmente pela decisão das elites, o que fundou o mito segundo o qual o Brasil só podia ser pensado como Estado e como nação a partir da ação e da organização de suas elites, a cujo controle restrito se achavam a esfera das deliberações e o traçado das possibilidades.

É Belmiro Castro, lembrando Guerreiro Ramos, sintetizar nossa trajetória de formação institucional, ao assinalar que o Estado firmou-se antes da nação, em síntese, a estrutura burocrático-estatal “precedeu a sociedade”. O nosso cenário foi desde logo povoado por manifestações desta estrutura, quer sejam ouvidores, funcionários, cartórios e burocratas, quer sejam alvarás, ordenações e leis<sup>326</sup>.

### 3.4.2 Democracia deliberativa, comunicação e o outro

A democracia atual, como já afirmado, vai para além dos modelos tradicionalmente conhecidos, isto é, ela deixa de ser uma democracia representativa e passa a ser uma democracia ativa e participativa, na qual os cidadãos de determinada comunidade se tornam

---

<sup>324</sup> Lembrando que, etimologicamente, *patrimônio* traduz a propriedade que vem do pai e passa, pelo vínculo da herança, aos seus herdeiros.

<sup>325</sup> RIBEIRO, Renato Janine. *A república*. São Paulo: Publifolha, 2001, pp. 38-39.

<sup>326</sup> CASTOR, Belmiro Valverde Jardim. *Burocracia e reforma do Estado*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 10.

os principais atores de suas histórias e não mais mero delegadores de poder. Isso se dá, sobretudo, por meio da democracia deliberativa.

Através da deliberação pública as pessoas procuram transformar suas preferências em acordos com os fins de ordem pública, raciocinando juntos sobre a natureza desses fins e sobre os melhores meios de atingi-los. Os participantes cuidam de separar os bons motivos dos maus e os argumentos válidos dos inválidos.

Nessa deliberação, cumpre dizer, as diferenças devem ser usadas como recursos na compreensão da discussão e não como divisões a serem superadas<sup>327</sup>.

A democracia deliberativa exige voz igual de todos os participantes na pressão por suas reivindicações, independente de posição social ou poder. Ao contrário da democracia dos interesses que leva em consideração dinheiro e números como fatores de influência para as decisões.

Joshua Cohen, citado por Íris, assim define um ideal de democracia deliberativa:

No ideal de democracia deliberativa, os participantes chegam a um problema político com mente aberta sobre sua solução: não estão atados pela autoridade de normas ou requisitos prévios. O processo de discussão política consiste em argumentação racionalmente fundamentada. Os participantes apresentam a criticam e só sancionam determinada conclusão em virtude da força do melhor argumento. Para que essa sanção seja racional, os participantes devem ser livres e iguais. Cada um deve ter oportunidade igual para apresentar propostas e criticar, e devem estar livres de qualquer tipo de dominação ao expressar-se. Ninguém pode estar em posição que permita ameaçar ou coagir outros a aceitar ou rejeitar determinada proposta. O objetivo da deliberação é atingir o consenso: mesmo se não for possível e se os participantes tiverem de recorrer à votação, o resultado será um julgamento coletivo e não uma agregação de preferências privadas<sup>328</sup>.

Adotar o modelo de democracia deliberativa, como proposto pela autora norte-americana Íris Young, seria uma alternativa à falta de vontade e interesse na troca de idéias entre as diversas concepções existentes.

Ele aponta para a superação da idéia de que uma deliberação deve pressupor unidade. Em contraposição ao modelo da democracia deliberativa que supõe unidade, os

---

<sup>327</sup> YOUNG, Íris Marion. “Comunicação e o outro: além da democracia deliberativa” *In: Democracia hoje. Novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Org. Jessé Souza. Brasília: Editora UNB, p.369.

<sup>328</sup> YOUNG, Íris Marion, “Comunicação e o outro: além da democracia deliberativa”..., p.369

participantes de uma democracia comunicativa partem frequentemente com diferenças de cultura, perspectivas e interesses, mas o objetivo da discussão é localizar ou criar interesses comuns que todos possam compartilhar.

Para chegar a esse bem comum poderá ser necessário trabalhar com as diferenças, mas a diferença em si é algo a transcender, pois é parcial e divisiva. Em um debate que os participantes são diferentes, cultural, social e economicamente, e que alguns grupos têm privilégios materiais ou simbólicos maiores que outros, os apelos a um “bem comum” tenderão a perpetuar tais privilégios. Nesse bem comum no qual todos devem deixar para trás suas experiências e interesses particulares, as perspectivas dos privilegiados dominarão, provavelmente, a definição desse bem comum. (bem público, mas contra eles)<sup>329</sup>.

Nesse ambiente, as preferências devem transcender as questões que se afigurem realmente importantes, pois essa troca de conhecimento tende a trazer mais benefícios do que malefícios, posto que a (1) confrontação com perspectivas, interesses e significados culturais diferentes ensinam uma parcialidade própria e colocam experiências em perspectiva; (2) saber que estamos em situação de resolução de problemas coletivos com pessoas que possuem perspectivas diferentes, com valores diferentes, sabendo que podem discordar, força-nos a transformar expressões de interesses próprios em apelos à justiça (políticas não necessitam ser de interesse geral). Perspectivas públicas plurais requerem que as reivindicações atravessem as diferenças, *i.e.*, que preencham uma lacuna de entendimento existente; (3) questionar e desafiar conhecimentos diferenciados contribui ao conhecimento social de todos. Ao internalizar esse entendimento mediado das posições plurais – sem abandonar as suas – os participantes ganham uma visão mais ampla<sup>330</sup>.

Portanto, para que qualquer opção política e jurídica alcance um grau de legitimidade em nosso país, torna-se indispensável um debate aberto, franco e honesto, no qual todos sejam tratados como pessoas livres e iguais.

#### 3.4.2.1 Solidariedade e amplificação ideológica: a proposta de Cass Sunstein ao modelo teórico de Íris Young

---

<sup>329</sup> YOUNG, Íris Marion, “Comunicação e o outro: além da democracia deliberativa” ..., p.376.

<sup>330</sup> YOUNG, Íris Marion, “Comunicação e o outro: além da democracia deliberativa”..., p.377.



Íris Marion Young desde sempre se posicionou contrariamente à idéia de que aqueles que participam na política deveriam deixar seus interesses particulares de lado; pelo contrário, esses interesses têm uma importante parcela do debate político, pois as pessoas são designadas e eleitas para reafirmá-los na busca de uma discussão por mudanças<sup>331</sup>.

Tais afirmações amadureceram em sua importante e ambivalente pesquisa a respeito da democracia deliberativa presente na obra *Inclusão e Democracia*<sup>332</sup>. Ali, Young traz à evidência algumas questões sobre procedimentos-padrão de deliberação política, sugerindo que eles privilegiam “unidade” e “entendimento compartilhado”. Articulando a manutenção deste desafio, ela clama fortemente por um ideal de “solidariedade diferenciada”<sup>333</sup>, um ideal que “permita um certo grau de separação entre as pessoas que busquem umas às outras devido a afinidades culturais ou sociais já existentes entre elas e que não são compartilhadas com outras”<sup>334</sup>. Assim, afirma Sunstein que “o ideal de solidariedade diferenciada, enfatizando respeito e inclusão cívicos” e, ao mesmo tempo, sublinhando “mais expressão e auto-afirmação particulares e locais” são o cerne do trabalho de Young<sup>335</sup>.

Inicialmente cumpre relatar um pequeno experimento acerca da democracia que foi feito no Colorado em 2005. Cerca de sessenta cidadãos americanos foram reunidos em dez grupos, cada um contendo seis pessoas. Membros de cada grupo foram indagados para deliberar sobre três dos assuntos mais controversos do dia. Deveria os Estados permitir casais de mesmo sexo compartilhar uma união civil? Os empregadores deveriam se comprometer em “ação afirmativa”, dando preferência a membros de grupos tradicionalmente preteridos pela sociedade? Os Estados Unidos deveriam assinar um tratado internacional para combater o aquecimento global?<sup>336</sup>

Quando a experimentação foi estabelecida, os grupos eram compostos de membros “liberais” e “conservadores” – os primeiros de *Boulder*<sup>337</sup>, os últimos de *Colorado*

---

<sup>331</sup> SUNSTEIN, Cass. R. *Ideological Amplification*. Constellations: Volume 14, No 2, 2007.

<sup>332</sup> YOUNG, Íris Marion. *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

<sup>333</sup> SUNSTEIN, Cass. R. *Ideological Amplification*. Constellations: Volume 14, No 2, 2007.

<sup>334</sup> Idem,

<sup>335</sup> Ibid.

<sup>336</sup> Ibid.

<sup>337</sup> Cidade de Boulder é uma cidade que fica no Estado de Nevada, Estados Unidos, estando a aproximadamente 20 milhas da cidade de Las Vegas. Trata-se de uma cidade notadamente conhecida por aderir aos pressupostos liberais.

*Springs*<sup>338</sup>. É de conhecimento público que em *Boulder* tende-se a ser liberal e em *Colorado Springs* tendem ao conservadorismo. Pelo fato dos grupos serem constituídos estritamente pelo fator geográfico, o experimento envolveu uma situação na qual as pessoas, de uma certa forma, fizeram seleções voluntárias; aquelas que escolhem viver em *Boulder* ou *Colorado Springs* são, às vezes, influenciadas diretamente por preferências políticas. Os grupos eram designados para assegurar que seus membros, geralmente, ficassem conformados com esses estereótipos. Nos comícios dos anos eleitorais, havia cinco grupos “Azuis” e cinco grupos “Vermelhos” – cinco grupos cujos membros inicialmente tendiam a posições liberais em geral, e cinco cujos membros tendiam a posições geralmente conservadoras. Era solicitado as pessoas que atestassem suas opiniões anonimamente, antes e depois de cada quinze minutos de discussões em grupo, e que elas tentassem chegar a um veredicto público antes da declaração anônima final. Segundo as especificações do experimento, os participantes seguiam normas cívicas de respeito; e segundo Sunstein, “é justo dizer que para a maioria dos participantes havia um esforço para transformar desejos particulares, íntimos, em apelos públicos por justiça”<sup>339</sup>. E qual foi o efeito da discussão?

Os resultados foram os seguintes: em quase todos os grupos, os membros acabavam com posicionamentos mais extremos após conversar uns com os outros. As discussões tornaram as uniões civis mais populares entre os liberais, porém menos populares entre os conservadores. Os liberais eram a favor de um tratado internacional para controle do aquecimento global antes da discussão; após, eles se tornaram ainda mais fervorosos. Os conservadores eram neutros sobre o mesmo assunto, antes; depois, tornaram-se fortemente opostos à idéia. Suavemente a favor das ações afirmativas antes da discussão, os liberais posicionaram-se intensamente favoráveis a tal assunto. Já os conservadores, que já eram negativos às ações antes das discussões, após estas, ficaram ainda mais<sup>340</sup>.

Deixando de lado o extremismo crescente, o experimento teve também um efeito independente: fez das opiniões, tanto liberais quanto conservadoras, significativamente mais homogêneas – e assim *silenciaram diversidades*. Explica Sunstein que antes dos membros começarem a conversar, muitos grupos demonstravam alguns pequenos desentendimentos.

---

<sup>338</sup> Cidade americana localizada no Estado de Colorado com nítidas tendências conservadoras.

<sup>339</sup> SUNSTEIN, Cass. R. *Ideological Amplification*. *Constellations*: Volume 14, No 2, 2007.

<sup>340</sup> *Ibid.*

Estes foram reduzidos num mero prazo de quinze minutos de discussão. Mesmo em suas declarações anônimas, os membros dos grupos mostraram um consenso muito maior após as discussões, auxiliando, assim, a delimitar ainda melhor as diferenças entre ambas as visões políticas nos três tópicos. Antes das conversas, alguns grupos liberais possuíam, em alguns tópicos, idéias praticamente similares às dos conservadores. O resultado foi dividi-los mais expressivamente<sup>341</sup>.

O experimento de Colorado é evidência empírica de um fenômeno que Cass Sunstein chama de *amplificação ideológica*<sup>342</sup>. O termo se refere ao fato de que após uma deliberação fechada, as pessoas tendem a uma visão ideológica mais extremada, às quais os membros do grupo estavam originalmente inclinados. *Amplificação ideológica* é um caso especial do fenômeno maior de polarização grupal, o qual já foi encontrado em mais de uma dúzia de nações. A polarização grupal, estendendo-se bem além da política, ocorre quando grupos adotam uma versão mais extrema de qualquer visão que os membros sejam favoráveis. Considere alguns exemplos de amplificação ideológica empreendidos pelo Professor de Havard:

Nomeados judiciais republicanos, em comissões de três juízes, mostram padrões de votação especialmente conservadores, quando são designados apenas com companheiros nomeados republicanos; já nomeados democratas mostram padrões de votação liberais, quando designados com companheiros democratas apenas.

Após discussões, cidadãos franceses tornaram-se mais críticos para com os Estados Unidos e suas intenções a respeito de auxílio econômico.

Após discussões, brancos predispostos a demonstrar preconceito racial oferecem mais respostas negativas às questões relacionadas ao racismo ser responsável pelas condições que se encontram os Afro-Americanos em cidades Americanas.

Após discussões, brancos predispostos a não demonstrar preconceito racial oferecem mais respostas positivas às mesmas questões.

Membros de um grupo de mulheres pró-feminismo moderadas tornam-se mais radicais depois das discussões<sup>343</sup>

O fenômeno da amplificação ideológica tem notável importância em qualquer processo de auto-seleção voluntária, nos quais grupos de distintas identidades, freqüentemente se engajam em debates e discussões. Efeitos dos moldes já descritos

---

<sup>341</sup> SUNSTEIN, Cass. R. *Ideological Amplification*. Constellations: Volume 14, No 2, 2007.

<sup>342</sup> SUNSTEIN, Cass. R. *Ideological Amplification*. Constellations: Volume 14, No 2, 2007.

<sup>343</sup> SUNSTEIN, Cass. R. *Ideological Amplification*. Constellations: Volume 14, No 2, 2007.

deveriam ser esperados por organizações políticas de todos os tipos. Se o público contém grupos variados, e se tais grupos possuem diferentes experiências e perspectivas, a consequência da auto-seleção não será meramente a mesma, mas ainda mais subdividida, à medida que os membros dos grupos direcionam-se a posições cada vez mais extremas, de acordo com suas tendências iniciais. Ao mesmo tempo, diferentes grupos deliberantes, cada um constituído de pessoas com as mesmas linhas de pensamento serão cada vez mais separados, simplesmente pelo fato de que suas discussões serem feitas entre si. Está claro que a amplificação ideológica levanta dúvidas acerca de qualquer tipo de democracia, incluindo a de Young, que permite um alto grau de auto-seleção de acordo com as linhas que as pessoas defendem.

Para que se atinja a denominada *amplificação ideológica*, é necessário entender o porquê disto ocorrer e, nesse particular, há três possíveis explicações.

A primeira explanação enfatiza o papel dos argumentos persuasivos e das informações. O ponto inicial é que qualquer posicionamento do indivíduo, em qualquer questão, é uma função, ao menos em parte, de quais argumentos parecem convincentes. Felizmente, para os defensores de procedimentos democráticos deliberativos, a maioria das pessoas são propensas a prestar atenção à informação obtida e revelada por membros do grupo. E, se uma posição de um membro tender a mudar de direção como resultado de uma discussão, é mais provável que esta mudança vá *ao* encontro da posição defendida com maior persuasão dentro do grupo. Se os membros do grupo já estiverem inclinados a uma determinada direção, eles oferecerão um número desproporcional de argumentos na mesma direção, e um número desproporcionalmente menor na outra. Finalmente, a consequência da discussão será direcionar as pessoas ainda mais na direção de suas inclinações iniciais<sup>344</sup>.

Assim, por exemplo, um grupo cujos membros tendem a favor dos programas de ação afirmativa, proverá uma vasta gama de argumentos favoráveis a tais programas e os argumentos antagônicos serão mais escassos e fracos. Os membros dos grupos, tendo em vista certas variações e mudanças, tenderão a uma posição mais extremada a favor de programas de ação afirmativa. E o grupo como um todo, se uma decisão deste for requerida, não ficará estagnada no meio termo, mas a um ponto mais extremo.

---

<sup>344</sup> SUNSTEIN, Cass. R. *Ideological Amplification*. *Constellations*: Volume 14, No 2, 2007.

Sunstein diz que este tipo de processo foi observado especificamente no experimento de Colorado, à medida que os cidadãos se davam conta dos argumentos oferecidos pelos membros. De acordo com esta explanação, o fator central por trás da amplificação ideológica é a existência de uma *banheira de argumentos limitados* que tende numa direção em particular<sup>345</sup>.

O segundo mecanismo, envolvendo comparação social, começa com a sugestão razoável de que pessoas querem ser “percebidas” favoravelmente por outros membros, e, igualmente, “percebê-los” favoravelmente. A socióloga alemã Elisabeth Noell-Neumann, aqui lembrada por Sunstein, tem usado tal idéia para alicerçar uma teoria geral de opinião pública, envolvendo uma “espiral do silêncio”, na qual pessoas com posições minoritárias silenciam-se, potencialmente excluindo estas posições da sociedade com o passar do tempo<sup>346</sup>. Este ponto é de primordial concernência para Young, e ajuda a motivar suas preocupações a respeito de “integração” e “bem comum” como ideais animadores<sup>347</sup>.

Suponhamos, por exemplo, que pessoas de certo grupo tendem a ser radicalmente opostas à união civil de casais do mesmo sexo, e que eles, igualmente, querem aparentar tal oposição. Se eles se encontram num grupo cujos membros pensam da mesma maneira com relação a tal instituto, eles poderão tender ainda mais bruscamente neste sentido após observar o que os outros do grupo pensam. Em incontáveis estudos, exatamente este padrão é atestado. Sem dúvida, aqueles que possuem um claro senso do que pensam, não serão influenciados pela opinião alheia. No entanto, na maioria das vezes, as pessoas não são convictas de suas visões.

Uma explanação final da amplificação ideológica acentua as ligações íntimas entre confiança, extremismo e a corroboração por outros. Em muitos quesitos, as pessoas não têm tanta certeza do que querem ou pensam, e sua falta de certeza inclina-as ao meio termo. À medida que ganham confiança, elas normalmente se tornam mais extremadas em suas crenças. A concordância de outros faz aumentar a confiança, e, por esta razão, pessoas compatíveis, tendo deliberado umas com as outras, tornam-se mais absolutas em suas certezas e, assim, mais extremas.

---

<sup>345</sup> SUNSTEIN, Cass. R. *Ideological Amplification...*

<sup>346</sup> SUNSTEIN, Cass. R. *Ideological Amplification...*

<sup>347</sup> SUNSTEIN, Cass. R. *Ideological Amplification...*

Segundo Sunstein, um ponto particularmente importante que certamente Young enfatizaria, está relacionado a percepções de identidade e participações em grupos. A amplificação ideológica será aumentada significativamente se as pessoas se considerarem, antecipadamente ou não, como parte de um grupo em que compartilhem uma identidade e um grau de *solidariedade*.

Outro bom exemplo é mostrado por Sunstein: suponhamos que Jones participe de um grupo de discussão pela internet, mas ele acha que outros membros do grupo não comungam de seus compromissos e valores. Se assim o for, Jones será muito menos impulsionado a tender a suas opiniões. Dessa forma, a percepção de uma identidade de grupo compartilhada elevará o efeito das visões de outrem, enquanto que uma percepção de identidade não-compartilhada, e de diferenças relevantes, reduzirá aquele efeito, e, possivelmente, até o eliminarão<sup>348</sup>.

Estas descobertas não deveriam ser surpreendentes. Lembre-se que em casos comuns, a amplificação ideológica é um produto da banheira de argumentos limitados, influências sociais e efeitos da corroboração. Sendo assim, é razoável que quando membros do grupo consideram-se uns aos outros como similares em uma dimensão saliente, ou se algum fator externo (política, geografia, raça, sexo) os une, a amplificação será fortificada. Se a identidade for compartilhada, argumentos persuasivos tendem a ser ainda mais intensificados; a identidade daqueles que os criam, dá a eles um tipo de qualificação ou estímulo; ainda mais: as influências sociais terão ainda mais força, e o efeito da corroboração será ampliado.

A amplificação ideológica é um desafio às reivindicações de Young a respeito de *solidariedade* e *auto-governabilidade*. Se não assim, o argumento pode começar com uma sugestão de que nada podemos afirmar. Ninguém duvida que a tendência extremada pode vir a ser mais benéfica que maléfica; de fato, a amplificação ideológica, alimentada por discussões entre pessoas afins, ajudou a abastecer muitos movimentos de grande valor – incluindo, por exemplo, o movimento dos direitos civis, o movimento anti-escravatura e o movimento por igualdade sexual.

É nesse sentido que Íris Young trabalha com o conceito de *deliberação enclausurada*, como forma de deliberação existente entre grupos que se envolveram em

---

<sup>348</sup> SUNSTEIN, Cass. R. *Ideological Amplification*. *Constellations*: Volume 14, No 2, 2007.

auto-seleção, ou que foram selecionados, seja por intermédio de práticas de discriminação ou opressão em domínios relativamente homogêneos. Young evidentemente acredita que uma deliberação enclausurada seja extremamente importante numa sociedade heterogênea, apesar do fato de que membros de grupos fracos tendem a ser especialmente quietos quando participam de corpos deliberativos mais amplos<sup>349</sup>.

Sob esta égide, uma vantagem especial da deliberação enclausurada é que esta promove o desenvolvimento de posições que seriam, de outra forma, invisíveis, silenciosas ou suprimidas em debates gerais. Os esforços de grupos marginalizados para excluir pessoas de fora podem ser justificados em termos similares<sup>350</sup>.

O ponto empírico central aqui é que em corpos deliberativos, membros da alta-sociedade tendem a falar mais que outros, e suas idéias são mais influentes – em parte porque membros de classe baixa carecem de confiança em suas habilidades, em parte porque têm medo da reciprocidade. Por exemplo, as idéias das mulheres são comumente menos influentes e às vezes suprimidas. Em circunstâncias comuns, minorias culturais possuem desproporcional influência em decisões em grupos culturalmente miscigenados. Sob a luz da existência inevitável de algumas hierarquias de base, faz sentido estar receptivo a deliberações enclausuradas nas quais membros de múltiplos grupos podem falar entre si e desenvolver seus pontos de vista<sup>351</sup>.

Contudo, há ainda um perigo importante em tais enclaves. O perigo é que por meio de mecanismos de argumentos persuasivos, influências sociais e corroboração, membros mudarão para posições que carecem de mérito, mas são conseqüências previsíveis de algumas circunstâncias particulares em deliberações enclausuradas. E é possível afirmar, abstratamente, que aqueles que se auto-selecionam para estes enclaves, geralmente mudarão de opinião na direção do que é desejado pela sociedade mais abrangente ou mesmo de acordo com os interesses de seus membros. É fácil lembrar de acontecimentos contrários, como, por exemplo, na ascensão do Nazismo, grupos de ódio, terroristas e cultos dos mais variados tipos. Sempre que um grupo de discussão tende a levar as pessoas a versões mais exacerbadas daquelas já deliberadas desde o início, há uma razão legítima para se preocupar.

---

<sup>349</sup> SUNSTEIN, Cass. R. *Ideological Amplification*. Constellations: Volume 14, No 2, 2007.

<sup>350</sup> Idem,

<sup>351</sup> SUNSTEIN, Cass. R. *Ideological Amplification*. Constellations: Volume 14, No 2, 2007.

Seria tolo sugerir que todas as discussões devessem ocorrer, mesmo que num ideal, com todos os outros participantes. O grande benefício de deliberações enclausuradas é que posicionamentos podem surgir, o que do contrário não ocorreria, e que merecem ter um papel amplo, tanto dentro do enclave quanto num público heterogêneo. Propriamente compreendidas, as deliberações enclausuradas aperfeiçoarão as deliberações sociais, democráticas ou não, precisamente porque uma deliberação enclausurada é freqüentemente requerida para gerir novas idéias e perspectivas que acrescentarão muito para o debate público. Mas para que essas melhorias ocorram, os membros não devem se isolar quando competindo por posições. O fenômeno da amplificação ideológica sugere que qualquer tipo de auto-escolha pode produzir sérios problemas para indivíduos e sociedades, sendo que tais problemas ocorrerão por um tipo de lógica de ferro das interações sociais como afirma Sunstein<sup>352</sup>.

Se qualquer destas reivindicações levantarem questionamentos sobre o trabalho de Young a respeito da democracia, assim será, pois ela devotou mais atenção aos riscos associados com a “aglomeração de pessoas que sentem afinidades em particular umas com as outras devido a questões como religião ou práticas culturais e/ou por partilhar dificuldades similares e estigmas que podem ser resistidos, se estiverem unidos”<sup>353</sup>. Assim, amplificação ideológica pode maltratar e silenciar certos grupos.

### 3.4.3 Espaço, dinâmica e participação

Na linha das idéias acima expostas, torna-se necessário perceber a importância da diversidade de identidades na construção da cidadania, sobretudo em razão do fato de que os grupos se mostram um mecanismo essencial de socialização e uma fonte importante para a compreensão da ordem social<sup>354</sup>.

---

<sup>352</sup> Idem,

<sup>353</sup> SUNSTEIN, Cass. R. *Ideological Amplification...*

<sup>354</sup> Sobre esse propósito nos marcou a narrativa do então vereador do município de Juiz de Fora (MG) ao relatar mobilização popular contra a colocação de antenas de celulares em locais que causariam danos a certas comunidades. Nesse trecho se faz notar o uso do termo solidariedade como sentimento e valor compartilhado por um grupo que se uniu para reivindicar direitos. Assim diz João Batista Barbosa Júnior “À guisa de dar concretude a estas considerações, a recente experiência de um grupo de moradores de um determinado bairro de Juiz de Fora nos dá exemplo emblemático do poder do espaço local e do respectivo grupo local nele estabelecido. Comprovadamente molestados em sua saúde e na sua integridade física, em razão das atividades nocivas de uma antena de celulares, estes moradores mobilizaram-se e, através de uma Audiência Pública na



De toda sorte, fica patenteado que a consciência de cidadania, articulada no nível do espaço público e sob a égide dos interesses compartilhados, vivenciados e sofridos, conduz à sua instrumentalização e à concretização da cidadania coletiva<sup>355</sup>.

Ao avançarmos no plano da teoria, deparamo-nos com as reflexões contidas na obra de Jürgen Habermas. Dentre elas, especial importância conferimos, para os horizontes desta mesma investigação, às categorias *sociedade civil*, *ação comunicativa* e, nomeadamente, *esfera pública*. Tal percepção, no entanto, não se reflete em ausência de críticas e este renomado pensador.

Estas categorias nos pareceram decisivas no sentido de responder a algumas indagações centrais, como por exemplo: como possibilitar a existência de uma hegemonia cidadã, ou seja, como as pessoas podem exercer influência nos processos decisórios do Estado Democrático? Como transpor os obstáculos historicamente erigidos por uma tradição política marcadamente oligárquica e, *ipso facto*, distanciada e descomprometida com o interesse mais abrangente de toda a sociedade? Como superar a difícil questão sobre as diferenças na esfera pública? Quem deve fazer parte? Só aquele que se sentem envolvido? Os clérigos católicos quando uma mulher evangélica ou atéia quiser fazer um

---

Câmara Municipal, reuniram provas de tal atividade nociva e ameaçaram divulgar para toda a cidade o que estava acontecendo com eles, de forma a gerar um possível e justo boicote aos interesses comerciais da empresa que explorava a telefonia celular. Numa reunião marcada pela tensão e pelos depoimentos contundentes de vários parentes de vítimas, a comunidade se fez acompanhar de professores e de alunos da Escola Pública local, que ao final lograram da empresa o compromisso público de remoção a quanto possível imediata da antena mortífera. Registre-se que isto foi mérito quase que exclusivo da comunidade envolvida, que obteve esta conquista sem que houvesse qualquer intervenção mais efetiva, quer seja do Poder Executivo Municipal, quer seja da Câmara Municipal ou do Ministério Público.

No curso da referida Audiência Pública, o que nos chamou a atenção foi a fala de uma senhora, mãe de um dos alunos da Escola local, que foi precisa e concisa nas suas considerações: *'quem sabe o melhor para a nossa comunidade não são os vereadores nem é o prefeito, mas somos nós mesmos: os moradores da comunidade'*! Outra senhora, cuja filha havia sido vítima do problema, também se manifestou em termos semelhantes. Ponderou ela que *'se a gente não vem aqui e reclama, ninguém pensa na gente. Ninguém paga o médico, ninguém compra o remédio, ninguém sofre pela gente, só a gente!'*

Outro aspecto por nós percebido neste episódio refere-se à maneira reiterada como certas palavras e certas expressões eram utilizadas pelos que reivindicavam as necessárias providências pela empresa responsável pela antena. Dentre estas palavras, uma das mais usadas foi, decerto, a palavra **solidariedade**, que parecia traduzir o sentimento dominante dos presentes e participantes. De forma mais ou menos consciente, as pessoas pareciam dar-se conta de que, naquele pleito, não estava em jogo o destino de um ou de uns, a saúde de uma família ou de algumas famílias, mas o destino e a saúde de todos os moradores da comunidade, já que os males atingiam a todos, indistintamente: alfabetizados ou não, negros ou não, jovens ou não, proprietários ou não de casa própria na comunidade, para fazer referências a alguns diferenciadores sociais que podem significar possível "distinção" entre as pessoas quanto à participação delas em alguma reivindicação social. (BARBOSA JÚNIOR, João Batista. Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em sociologia do direito da Universidade Federal Fluminense: Niterói, 2004)

<sup>355</sup> BARBOSA JÚNIOR, João Batista..., 2004, p.84.

aborto? O direito de fala e de voto devem ser ordenados em graus de envolvimento? Como se evita, através da delimitação temática, excluir os realmente envolvidos? Quem é o envolvido em tais debates sobre regras de procedimento?

As respostas a estas indagações impuseram a constatação de que a conquista dos direitos de cidadania e o vivenciamento dos mesmos só se tornam factíveis com base na ampliação da arena política, o que traz consigo o imperativo da participação autônoma e indutora dos vários segmentos sociais. Em nosso caso, interessou-nos a ampliação desta arena, sobretudo no contexto da chamada amplificação ideológica e da abertura desta arena aos diversos grupos sociais nela existentes, principalmente minorias, já que os obstáculos à consecução da cidadania são mais diretamente observados neste nível e sob esta perspectiva.

Nesta ordem de idéias, o processo de construção da cidadania e da democracia passa pelo imperativo de “compreensão da dinâmica da sociedade civil no mundo contemporâneo”<sup>356</sup>. E, no contexto desta contemporaneidade, a necessidade de um caráter verdadeiramente pluralista da esfera pública é um dado sobremaneira decisivo para o encaminhamento de nossa reflexão, sobretudo porque a questão da cidadania, suscita, justamente a heterogeneidade dos atores sociais e a respectiva diversidade dos problemas que tais atores tematizam. Daí, portanto, a importância da dimensão inclusiva presente na configuração atual desta esfera pública:

Uma esfera pública, da qual certos grupos fossem excluídos, não é apenas, digamos, incompleta, muito mais: ela nem sequer é uma esfera pública. [...] O sujeito do Estado de Direito burguês antecipa, em suas considerações, o pertencimento, por princípio, de todos os homens a ela<sup>357</sup>

A despeito das críticas formuladas à esfera pública burguesa – notadamente quanto ao aspecto de ser ela possivelmente uma ilusão, já que declara iguais seres que são socialmente desiguais – ela é que “oferece as bases para o avanço democrático à medida que amplia as condições de acesso e pertencimento a ela”<sup>358</sup>. Dessa forma, uma crítica

---

<sup>356</sup> MIRANDA, Napoleão. Esfera Pública, Ação Comunicativa e Sociedade Civil: Algumas reflexões em torno de Habermas. In: MELLO, Marcelo Pereira de (organizador). *Justiça e sociedade: temas e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2001, p.183.

<sup>357</sup> HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Biblioteca Tempo Universitário, n. 76. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p.206

<sup>358</sup> HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Biblioteca Tempo Universitário, n. 76. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p.195.

pontual e, a nosso sentir, correta é a de que Habermas não emprestou a devida importância ao decisivo papel desempenhado pelo surgimento dos novos atores sociais – os movimentos sociais – no sentido de ampliar e democratizar a esfera pública<sup>359</sup>. De qualquer modo, estas categorias nos foram úteis, já que se mostraram, apesar disso, em alguma medida adequadas à compreensão dos fenômenos aqui investigados.

Outro elemento de extrema importância, no que diz respeito a uma democracia proxêmica<sup>360</sup> e que pouco foi tratado pelas vertentes da democracia deliberativa, é o fato de que nem sempre se delibera por palavras. Quando se fala de minorias, sobretudo àquelas de alta carga cultural, é preciso compreender que muitas vezes seus apelos por igualdade, liberdade, justiça e solidariedade, se dão por meio de manifestações muito mais expressivas do que comunicativas.

Ademais, falar em proxêmica é dizer que a comunicação não se restringe ao campo lingüístico, mas antes se abre as mais variadas formas de linguagem<sup>361</sup>. Para a proxêmica o espaço fala por si, isto é, minhas formas de expressão, de sentar, agir e olhar, manifestam inúmeros significados<sup>362</sup>.

Para ilustrar o que seria proxemia, Humberto Eco lembra a construção de Brasília, cidade que, segundo o autor, foi concebida arquitetonicamente para passar uma idéia de vida democrática e pioneira, de um país rumo ao futuro<sup>363</sup>.

Portanto, quanto maior for o espaço para a multiplicidade de gestos e expressões - que nem sempre são formais -, maior será a solidariedade entre os indivíduos que compõem uma mesma sociedade. Para ilustrar a relevância dessa forma de comunicação, recorremos ao exemplo de Mandela na África do Sul. Durante o processo de redemocratização em seu país, assumindo a postura de líder dessa transição, Mandela, por diversas vezes, vinha a público com roupas extravagantes e coloridas. Sua intenção era mostrar que seu país, profundamente marcado pela segregação racial, naquele momento, havia se transformado

---

<sup>359</sup> MIRANDA, Napoleão. Esfera Pública, Ação Comunicativa e Sociedade Civil: Algumas reflexões em torno de Habermas. In: MELLO, Marcelo Pereira de (organizador). Justiça e sociedade: temas e perspectivas. São Paulo: LTr, 2001, p.203.

<sup>360</sup> Proxêmica é um termo cunhado por Edward T Hall para designar as observações e teorias inter-relacionadas do emprego que o homem faz do espaço, que é uma elaboração especializada da cultura, isto é, teorias inter-relacionadas acerca do emprego do espaço pelo homem. Vide: HALL, Edward T. *La dimensión oculta*. Madrid: Espanha: Siglo XXI editores, 1999, pp. 6 e 125.

<sup>361</sup> ECO, Umberto. *A Estrutura Ausente*. São Paulo: Perspectiva, 2004, pp.232-234

<sup>362</sup> Idem,

<sup>363</sup> Idem,

em uma Nação “arco íris”, na qual todos valeriam como iguais, independentemente da cor de pele, e isso valeria, inclusive, para os brancos.

Assim, quando os gays e simpatizantes organizam suas manifestações aos domingos, não estão pensando somente em um momento de diversão, estão, em verdade, no legítimo exercício de suas liberdades democráticas: e não há quem discorde que essas manifestações fizeram, mesmo que agudamente, a tolerância e compreensão para com esse segmento aumentar.

Do mesmo modo, quando um grupo decide ir a rua defender a “*legalização* do uso da maconha”, ele também está exercendo, não só sua expressão, mas expondo a sociedade que muitas vezes o vê de forma depreciativa, que existem motivos menos convencionais para se requerer esse direito.

Recorrendo, novamente, a Iris Young, agora lembrada por Sarmiento, os grupos excluídos nem sempre se ajustam as normas de civilidade, sendo que o debate deve abrir espaço para outros tipos de manifestações: muitas vezes um símbolo de protesto, como a queima de uma bandeira, tem no espaço público a força de mil argumentos<sup>364</sup>.

#### 3.4.4 A dinâmica dos conflitos sociais no espaço público

A modernidade trouxe para o convívio social, devido a inúmeros fatores, a possibilidade de integração entre diferentes culturas, o que acaba afastando as bases sólidas nas quais se apoiavam a teoria do Estado e da Constituição.

Deve-se garantir condições para que as minorias possam se tornar majorias num amanhã, efetivando uma igualdade substancial proporcionada pela democracia. É, em definitivo, como assinala o próprio Ignacio Gutiérrez, a Constituição, entendida nos termos de Hesse, como ordem jurídica fundamental da comunidade<sup>365</sup>.

---

<sup>364</sup> SARMENTO, Daniel. “A liberdade de expressão e o problema do Hate Speech” In *Livres e Iguais*. Lumen Juris, 2006, p.240. Outros exemplos que poderiam ser mencionados são a queima dos sutiãs e o painéis dos movimentos feministas.

<sup>365</sup> GUTIÉRREZ Ignacio Gutiérrez. “Derecho constitucional para a sociedade multicultural” In DENNINGER, Erhard. GRIMM Dieter. GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Edição e tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madri: Editorial Trotta, Espanha, 2007. pp.10-11.

Denninger, no mesmo sentido, professa o reconhecimento de todos os membros da sociedade como livres e iguais e como excelente conhecedor de Kant que é, não duvida que o homem, além de livre e igual, tem que ser necessariamente cidadão<sup>366</sup>. A legitimidade do Estado Constitucional não tolera sujeitos ao Direito que não sejam sujeitos de Direito. A superação do efeito da multiculturalidade depende das possibilidades abertas à plena participação de todos no processo democrático. É nesse sentido que Dieter Grimm chama a atenção sobre o papel dos direitos fundamentais como base permanente da integração social. Trata-se de enfrentar os novos desafios conforme as possibilidades e os limites que estes abrem como sustento da liberdade e da diferença, mas, ao mesmo tempo, como fronteira para a repressão; como porta aberta pelo Estado Constitucional à multiculturalidade, mas também como espaço de liberdade individual frente a qualquer cultura<sup>367</sup>.

Denninger evoca a insurgência de uma nova visão constitucional baseada na segurança, solidariedade e diversidade, em face de um novo paradigma, formado pela influente presença do multiculturalismo. Tal concepção destaca a essencial função do Direito e do procedimento jurídico enquanto conformadores desse pluralismo, possibilitando a racional convivência entre os mais variados e díspares posicionamentos.

A qualidade de tais leis influencia, de modo direto, nas virtudes dos cidadãos: os bons modelos de virtudes cívicas decorrem da boa educação, que, por sua vez, resulta de boas leis, oriundas dos conflitos que muitos condenam sem a devida interpretação<sup>368</sup>.

O conflito apresentaria, então, uma função positiva de integração social. Norberto Bobbio reafirma o que já fora dito por Immanuel Kant: “não há calma sem conflito, é a mola que impulsiona o progresso”<sup>369</sup>. Kant defendia a idéia da ambivalência elementar de

---

<sup>366</sup> DENNINGER, Erhard. “Derecho y procedimiento jurídico como engranaje em uma sociedad multicultural” In DENNINGER, Erhard. GRIMM Dieter. GUTIÉRREZ Ignacio Gutiérrez. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Edição e tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madri: Editorial Trotta, Espanha, 2007. pp.34-35.

<sup>367</sup> GRIMM Dieter. “Multiculturalidad y derechos fundamentales”. In DENNINGER, Erhard. GRIMM Dieter. GUTIÉRREZ Ignacio Gutiérrez. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Edição e tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madri: Editorial Trotta, Espanha, 2007. p.53.

<sup>368</sup> DENNINGER, Erhard. “Derecho y procedimiento jurídico como engranaje em uma sociedad multicultural”...p.35.

<sup>369</sup> BOBBIO, Norberto. *L'età dei diritti*, Torino, 1990, pp.143 Apud DENNINGER, Erhard. “Derecho y procedimiento jurídico como engranaje em uma sociedad multicultural”...p.35.

sentidos no conflito, atuando como um meio propagador de discórdia e como um forte integrador social.

Decisões e normatizações legislativas não conduzem a uma solução duradoura do conflito quando envolvem posições religiosas, ideológicas ou morais, mas apenas adquirem um caráter de “interrupção momentânea das hostilidades”. Estas leis já nascem carentes de reforma, portanto, como as que tentam regular as questões de proteção aos embriões e o estudo de células-tronco de origem embrionária, por exemplo<sup>370</sup>.

#### 3.4.4.1 A função positiva do conflito

Seyla Benhabib já mencionou em seus escritos que possui características que a aproximam – em alguma medida – das autoras Chantal Mouffe e Iris Young (essa última por convicção nossa) e para sintetizar essa interseção ela lhe dá o nome de “teorias do agonismo”<sup>371</sup>. Essa concepção do político tem, á toda evidência, o elemento conflito como mais importante. É nesse momento que a visão cética de Mouffe quanto à democracia deliberativa procedimental se torna uma alternativa interessante.

O modelo “agonístico” não é, por exemplo, contemplado como referencial teórico nos três modelos de democracia propostos por Habermas (ao menos explicitamente): quais sejam: democracia deliberativa (defendido por Habermas), democracia liberal e democracia republicana.

A possível quarta vertente defendida por Chantal Mouffe acerca de uma teoria política de participação democrática articula-se em torno de uma esfera pública agonista e heterogênea, na qual os conflitos são a pedra de toque de uma sociedade política. A autora busca no seu conhecido debate “com Schmitt e contra Schmitt” as bases teóricas de sua proposta, deixando bem claro que possui algumas divergências importantes com o pensador nazista, sobretudo a difundida noção de “inimigo”, transformando-o em “adversário”<sup>372</sup>, uma vez que os pleitos por este requerido devem ser considerados tão legítimos quanto o de qualquer outra pessoa, havendo apenas limites impostos pelas bases inquestionáveis da

---

<sup>370</sup> Ibid.

<sup>371</sup> BENHABIB, Seyla. *Democracy and difference. Contesting the boundaries of the political*. Princeton: Princeton University Press, 1996, p. 8.

<sup>372</sup> MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Lisboa: Gradiva, 1996, pp. 12-13

democracia, isto é, pelos próprios participantes. Há de se preservar a igualdade e a liberdade independentemente da concepção de bem que sustentem.

Junto a Derrida, Mouffe fala da diferença como possibilitadora de sentidos, pois não é só a partir do íntimo que os sentidos se formam<sup>373</sup>. Nossa construção como pessoa leva em consideração o que o outro nos deixa. A política, da mesma forma, não é catalizadora e unificadora de uma moral transcendental. É preciso haver um mínimo de substancialidade para alcançar uma identidade política em torno do respeito à diferença. Portanto, deve-se construir uma forma de associação política que mesmo sem postular um bem comum substantivo, mesmo sem estar embuído em uma idéia de comunidade, seja capaz de formar um elo ético e político ensejador de uma aproximação entre os particulares<sup>374</sup>.

Uma democracia radical e agonística não se constrói a partir de uma compreensão de bem-comum substantiva, pelo contrário, ela é fortemente marcada pelo rompimento do ideal identitário e homogêneo da substância.

Em direção oposta à unificação, Mouffe critica o modelo procedimental de democracia por não acreditar na possibilidade de haver consensos sem exclusões<sup>375</sup>. Nesse sentido, ela diverge de Habermas por não crer no domínio da razão por intermédio de um procedimentalismo forte, através do qual poderiam ser estabelecidos princípios universais<sup>376</sup>. Neste ponto o objetivo da autora é arquitetar uma identidade política em torno da diferença e do antagonismo, defendendo o alargamento de uma configuração de vida democrática que não seja substancial em sentido forte, mas, igualmente substancial, na medida em que é uma perspectiva legítima como qualquer outra.

Uma cidadania verdadeiramente forte, não se edifica somente a partir de interesses particulares, tal como não se constrói meramente de interesses coletivos. Sua força reside na contradição que mina simultaneamente aspirações individuais e coletivas. Nessa

---

<sup>373</sup> Segundo Derrida “A diferença é o que faz com que o movimento da significação não seja possível a não ser que cada elemento dito ‘presente’, que aparece sobre a cena da presença, se relacione com outra coisa que não ele mesmo, guardando em si a marca do elemento passado e deixando-se já moldar pela marca da sua relação com o elemento futuro, relacionando-se o rastro menos com aquilo a que se chama presente do que aquilo a que se chama passado, e constituindo aquilo a que chamamos presente por intermédio dessa relação mesma com o que não é ele próprio (DERRIDA, Jacques. *Margens da filosofia*. Trad. Joaquim Torres Costa e Antonio Magalhães. Campinas: Papyrus, 1972, p.45)

<sup>374</sup> MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Lisboa: Gradiva, 1996, p. 91.

<sup>375</sup> MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Lisboa: Gradiva, 1996, p. 91.

<sup>376</sup> MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Lisboa: Gradiva, 1996, p. 92.

construção, o cidadão só postula seus direitos quando reconhece o direito do outro. As aspirações radicais de Mouffe possuem como *locus* a alteridade na vida política.

Deve-se questionar a metafísica e a racionalidade universal, pois só assim será possível compreender o que é estar só e o que é estar junto.

#### 3.4.4.2 O valor da tolerância

Bernard Williams nos diz que a tolerância exige aceitar as pessoas e consentir suas práticas mesmo quando as desaprovamos fortemente<sup>377</sup> e que ceticismo e indiferença, pelo contrário, não expressam tolerância. É preciso, portanto, buscar mais a fundo o que seria tolerância, pois esta não se confunde com indiferença, mas se nunca houve outra coisa que não indiferença, dificilmente haverá espaço para tolerância.

De fato, quando a indiferença ou a ausência de reprovação se tornam a regra, referências à tolerância podem parecer inapropriadas ou até ofensivas. Veja, por exemplo, o caso de um casal homossexual residente em um bairro qualquer: provavelmente ficariam ofendidos se percebesse que os vizinhos “toleram” sua convivência. Com efeito, esse exemplo demonstra claramente como a tolerância ou o termo tolerância é normalmente usado, representando uma relação assimétrica: a noção é tipicamente invocada quando um grupo mais poderoso tolera um grupo menos poderoso<sup>378</sup>.

No entanto, a tolerância que aqui se pretende difundir é aquela que surge quando um indivíduo ou grupo possui uma forte concepção sobre determinado assunto; quando o agente acredita que estão erradas as pessoas cujas concepções conflitam com a sua, mas, ao mesmo tempo, entende que deve ser permitido aos outros terem concepções diversas, podendo manifestá-las publicamente. A tolerância implica a crença de que o outro tem o direito de não ser constrangido no que se refere às concepções que sustenta e expressa<sup>379</sup>.

É nesse sentido que Thomas Scanlon fala em tolerância como “justa medida entre uma aceitação absoluta e uma oposição imoderada”<sup>380</sup>. Há diversas formas de se definir e

---

<sup>377</sup> WILLIAMS, Bernard. *Tolerância: uma questão política ou moral?* Tradução de Denílson Luis Werle. Novos Estudos Cebrap, n° 84, Julho 2009, p.48.

<sup>378</sup> Idem,

<sup>379</sup> Ibid., pp. 49-50.

<sup>380</sup> SCANLON, Thomas M. *A Dificuldade da Tolerância*. Tradução: Mauro Victoria Soares. Novos Estudos Cebrap, n° 84, Julho 2009, p.34.



regular um fórum público e esses modos de expressão permitidos e protegidos não precisam ser os mesmos em todo lugar. Portanto, os requisitos da tolerância vão além desse ramo da política formal, em direção ao que pode ser chamado de política informal da vida social<sup>381</sup>.

A divergência entre grupos religiosos é um bom exemplo dessa política informal. Grupos e indivíduos se envolvem em lutas políticas a todo tempo e uma sociedade tolerante é aquela cuja política informal é democrática.

Essa construção democrática da tolerância também é uma questão de direito e de instituições, mas é também, em grande parte, uma questão de atitude. Certamente essa ampla tolerância envolve riscos e receios e não é de fácil realização, mesmo em nossas próprias atitudes, quanto mais na sociedade como um todo<sup>382</sup>.

No entanto, os riscos em se limitar as diversas formas de expressão por uma imposição moral também são perigosos. O desejo de se evitar que aqueles dos quais discordamos influenciem a evolução de nossa sociedade tem sido um dos principais motivos para a restrição da expressão.

E ver a tolerância como valor reside na relação entre os concidadãos que a tolerância torna possível. É fácil perceber que uma pessoa tolerante e uma intolerante têm atitudes diferentes com relação àqueles na sociedade de quem eles discordam.

A atitude da pessoa tolerante leva na direção do outro, pois embora discordem, são membros plenos da sociedade, assim como qualquer um. Possuem o mesmo direito às garantias da lei e o mesmo direito de viver da forma que escolher. Além disso, essas perspectivas são apenas duas dentre as potencialmente válidas, cada qual com igual direito de se expressar ativamente como um modo de vida que outros podem adotar

Os intolerantes recusam isso. Eles reivindicam uma posição especial para seus próprios valores e formas de vida. Aqueles que vivem de forma diferente — turcos na Alemanha, muçulmanos na Índia e homossexuais em algumas partes dos Estados Unidos, por exemplo — não são, segundo sua visão, membros plenos de sua sociedade, e os intolerantes reivindicam o direito de suprimir essas outras formas de vida em nome da proteção à sociedade e aos “valores dela”<sup>383</sup>.

---

<sup>381</sup> Idem.,

<sup>382</sup> Ibid., p.35.

<sup>383</sup> Ibid., p.37.

A tolerância envolve uma relação mais interessante e atraente entre os grupos opostos em uma sociedade, pois em qualquer sociedade, não importa o quão homogênea seja, incluirá pessoas que discordam em relação a como viver e a como querem que seja a sociedade em que vivem. Em verdade, os desentendimentos acontecem a todo momento e aqueles que discordam precisam de algum modo viver juntos.

O argumento em prol da tolerância que se está delineando é baseado na idéia de sociedade e na idéia de que a relação de “concidadania” nela envolvida é algo que temos razão para valorizar.

Para que a tolerância faça sentido, portanto, devemos distinguir entre nossa atitude com relação ao que é defendido por nossos oponentes e nossa atitude com relação aos próprios oponentes: não é que seus *pontos de vista* tenham o direito de ser representados, mas são *eles* (como concidadãos, não como detentores daquele ponto de vista) quem têm o direito de ser ouvidos<sup>384</sup>.

Acreditamos na tolerância a despeito desses riscos, porque nos parece que qualquer alternativa nos colocaria em uma relação antagônica e alienada com meus concidadãos, tanto amigos como desconhecidos e adversários.

#### 4.4.3 A liberdade de expressão como fomentadora da solidariedade

O direito das pessoas se expressarem livremente esteve presente nas primeiras elaborações sobre democracia, já que este era tido como condição fundamental para a garantia de um regime que se diferenciava das oligarquias e das autocracias.

A democracia em Atenas teve como um dos pilares a possibilidade dos cidadãos expressarem suas idéias no Areópago. A verdade é que a livre circulação das opiniões sempre foi muito cara aos filósofos gregos, sendo que essa importância transcendia o direito de se expressar, alcançando também a necessidade de se debaterem posições opostas, o que marcou o caráter essencialmente dialético dos debates na *pólis* grega, sobretudo em Atenas.

Os diálogos presentes nos trabalhos de Platão (427-347 a.C.) e nos relatos das obras socráticas (469-399 a.C.) são ilustrativos do entendimento grego de que o conhecimento

---

<sup>384</sup> Ibid., p.43.

somente poderia ser alcançado a partir da contraposição de opiniões e pontos de vista complementares ou antagônicos. Nesse passo, o direito à liberdade de expressão caminha conjuntamente com a defesa de que uma real democracia só será alcançada com a garantia de que a pluralidade de visões, inevitavelmente presentes nas sociedades, encontre repercussão nos espaços públicos de debate.

A experiência grega serviu de inspiração para vários projetos de Estado que se seguiram, alicerçados, sobretudo, na influência do direito a informar e a se informar. Na Idade Média, esteve vinculado à redução de informações disponíveis às pessoas, ao passo que no Renascimento ocorreu a ampliação.

Um dos aparatos mais contundentes de controle da liberdade de expressão na Idade Média foi a Inquisição, fomentada e apadrinhada pela Igreja Católica, que tinha nisso um projeto de ampliação e de fortalecimento do seu poder, fato que demonstra os riscos de se limitar posições opostas nos debates públicos.

Isto posto, é perfeitamente razoável sustentar que a construção do direito à liberdade de expressão nos últimos quinhentos anos caminha conjuntamente com a luta pelo direito à tolerância e à liberdade religiosa. O tolhimento à liberdade de se expressar levado a cabo pela Igreja durante seguidos séculos visava, sobretudo, impedir o surgimento e a profissão de outros credos, o que suscitaria, a toda evidência, a possibilidade de crítica e de contestação do *status quo* instituído pelo clero católico, demonstrando empiricamente a necessidade de se observar padrões mais contestatórios nas democracias, sob pena de silenciamento das minorias.

Já no século XVII, o pensador John Milton (1608-1674) escreveu a obra *Areopagítica*, alusão ao Areópago, Supremo Tribunal de Atenas, notável pela sabedoria de suas decisões. O importante texto é dirigido ao Parlamento Inglês na forma de uma sugestão para que deixassem circular livremente as doutrinas antagônicas. A praça pública é o foro adequado para separar o joio do trigo<sup>385</sup>. E sobre o embate de idéias, afirma Milton: Deixemos que a verdade e a falsidade se batam. Quem algum dia viu a verdade levar a pior num combate franco e livre?<sup>386</sup>. Já aqui se percebe uma das pedras de toque do

---

<sup>385</sup> MILTON, John. *Aeropagítica*. MesaView Classic Series, p.22. ISBN:1-58515-free-833 (versão eletrônica Disponível em: [http://www.planetfreebook.com/Classic\\_collection/classic\\_books\\_author\\_M\\_PDF\\_edited\\_files/Milton.%20John!Areopagitica%20.pdf](http://www.planetfreebook.com/Classic_collection/classic_books_author_M_PDF_edited_files/Milton.%20John!Areopagitica%20.pdf))

<sup>386</sup> Idem,

pensamento liberal: a liberdade de expressão como atributo essencial dos indivíduos dotados de autonomia crítica.

Portanto, *Areopagítica* é uma obra que reprova a censura à imprensa da época de Milton. Nessa discussão, ele defendeu que o indivíduo é quem deve avaliar os escritos que chegam às suas mãos, pois o próprio sujeito deve possuir olhos críticos para o discernimento de sua leitura. Na escolha da leitura e na decisão sobre ler ou não, sugere uma opção espiritual baseada na razão de cada indivíduo, o que pode conduzi-lo em suas ações para o bem comum, tornando a palavra o impulso necessário para a busca de indivíduos mais conscientes e livres. No combate contra a censura, lança mão da denominada Divina Providência, já que esta defere ao homem “a razão, a liberdade para escolher, pois o que é razão senão escolha”<sup>387</sup>.

Para Milton, a liberdade de expressão sempre foi um direito imanente às pessoas, isto é, ela não poderia ser dada por autoridades, só podendo, em circunstâncias restritas, ser restringida por razões de preservação das próprias liberdades democráticas, sem as quais a própria liberdade de expressão fica em perigo.

No ponto, cumpre lembrar que as liberdades de expressão e de imprensa têm suas trajetórias históricas vinculadas à chamada liberdade negativa (dos antigos), isto é, à liberdade de indivíduos ou grupos de indivíduos de expressarem suas opiniões sem interferência externa. De fato, em suas origens, essas liberdades se referiam à ausência de restrições exercidas pelo poder absolutista, autoritário, não-democrático e, portanto, negador da autonomia dos indivíduos.

Para os teóricos Iluministas, notadamente Locke, o homem é naturalmente bom e todos nascem iguais. Ele é pervertido pela própria sociedade, seja pelas injustiças, opressão e escravidão. Para transformar a sociedade, dever-se-ia garantir a todas as pessoas as liberdades de expressão e de culto, fornecendo mecanismos de defesa contra o arbítrio e a prepotência, contra os quais o liberalismo empreendeu seus melhores esforços intelectuais<sup>388</sup>.

Locke não acreditava na possibilidade da existência de uma liberdade absoluta dos indivíduos, já que tal espécie de liberdade cria uma barreira à própria existência do pacto

---

<sup>387</sup> MILTON, John. *Aeropagítica*. MesaView Classic Series..., p.22

<sup>388</sup> LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*. São Paulo: Nova Cultural, Coleção Pensadores, 1978., pp.35 e ss.

social constituinte do Estado. Neste contexto, ele sustentou que a liberdade possível só pode existir onde houver liberdade política e liberdade de consciência alicerçada num sistema legal que seja consensualmente aceito pela maioria dos cidadãos. Uma decisão da maioria necessita da liberdade individual para que seja autêntica, e da liberdade para formular sua opinião e trocar pontos de vista com os demais. Isto requer liberdade de expressão, de imprensa, de formar livremente sociedades e partidos, sem medo de repressão<sup>389</sup>.

No século XIX, o filósofo inglês Stuart Mill (1806-1873) chega a afirmar que a liberdade de expressão é tão fundamental que sequer necessita ser discutida mais profundamente. Em clássica obra, *On Liberty* (1854) ele defende não apenas a liberdade de pensamento e de expressão, mas também a liberdade de cada um desenvolver sua própria individualidade, isto é, de não se submeter ao estabelecido e de não se deixar sufocar pela opinião pública. Dessa forma, os argumentos utilitaristas de Mill contra a restrição da liberdade de expressão sob o pretexto de defesa e da busca da verdade<sup>390</sup>, podem ser assim resumidos: (i) a inexistência de verdades absolutas e completas torna necessário um debate constante e aberto, para que cada vez mais nos aproximemos da verdade; (ii) o debate constante e aberto evita que as idéias sejam simplesmente repetidas, transformando-se em dogmas ou preconceitos; (iii) o debate constante e aberto contribui para a manutenção dos significados das idéias e para a vivacidade intelectual de um povo<sup>391</sup>.

Portanto, a construção de um Estado Liberal, ainda que não necessariamente democrático, está intimamente conectada à capacidade de se assegurarem os direitos civis,

---

<sup>389</sup> Idem,

<sup>390</sup> Sobre a busca da verdade, afirma Mill que “Há sempre necessidade de pessoas que não só descubram verdades novas e indiquem quando o que foi verdade deixou de o ser, como ainda iniciem novas práticas e dêem o exemplo de um melhor gosto e senso da vida humana. Isso não o pode desconhecer quem não acredite tenha já o mundo atingido a perfeição em todos os seus métodos e práticas. É verdade que não é qualquer um que pode prestar esse benefício: há apenas alguns poucos, no conjunto da humanidade, cujos experimentos, se adotados pelos outros, constituíram um aperfeiçoamento da prática estabelecida. Mas esses poucos são o sal do mundo, sem eles a vida humana se tornaria uma lagoa estagnada. Não somente introduzem as boas coisas anteriormente inexistentes, como ainda conservam a vida nas que já existem. Se nada de novo houvesse a fazer, deixaria o intelecto humano de ser necessário? Seria isso uma razão para que os que fazem velhas coisas esquecessem por que se fazem e as fizesse como se fossem gado, e não seres humanos?” (STUART MIL, John. *Sobre Liberdade*. Trad. de Alberto da Rocha Barros. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1991. pp. 105-106)

<sup>391</sup> STUART MIL, John. *Sobre Liberdade*. Trad. de Alberto da Rocha Barros. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1991. pp. 62 e ss.

dentre os quais a liberdade de expressão constitui um princípio fundamental e irrenunciável.

Contemporâneo de Mill, Aléxis de Tocqueville (1805-1859) chama a atenção para a importância dos jornais, da liberdade de imprensa e de expressão para a construção da democracia. Ressalta o pensador francês que nos povos democráticos os jornais muitas vezes levam os cidadãos a tomarem em comum iniciativas insensatas; mas, se não houvesse jornais, quase não haveria ação comum. O mal que eles produzem é, portanto, bem menor do que o mal que curam.

Essa argumentação empreendida por Tocqueville está em consonância com Thomas Jefferson (1743-1826), um dos precursores da democracia norte-americana. No contexto histórico da Declaração da Independência dos Estados Unidos, em 1776, Thomas Jefferson afirma que o povo possui a liberdade de expressar opiniões perante o poder, e até mesmo destruir as formas opressivas deste, sempre sob a égide do que ele mesmo denomina *right to pursuit of happiness*, vale dizer, o direito de cada pessoa buscar a sua felicidade, para o que a liberdade de expressão se afigura essencial.

Na atual quadra histórica, novos argumentos reforçam a necessidade de se ter a liberdade de expressão como uma liberdade preferencial e de crucial importância para o funcionamento da democracia e do Estado. Portanto, começo pelas idéias que colocam a liberdade de expressão como garantia de uma democracia representativa mais intensa.

O primeiro argumento tem por auto-evidente permitir aos eleitores que tenham acesso a um conjunto de informações relevantes para tomarem suas decisões sobre quem ocupará os postos de representação popular. Em outras palavras, a liberdade de expressão é fundamental para que todos os conflitos políticos e correspondentes propostas sobre como solucioná-los se apresentem à sociedade com clareza, transparência e abertura<sup>392</sup>.

O segundo tem a ver com o fato de a imprensa estar fortemente conectada à liberdade de expressão. Os próprios federalistas norte-americanos sustentavam que as ligações entre liberdade de imprensa e de expressão são partes integrantes do sistema de freios e contrapesos inerente ao ensaio democrático. Disto resulta que não há mecanismos responsáveis (*accountability*) efetivos por parte dos governantes eleitos sem liberdade de

---

<sup>392</sup> DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora UNB, 2001, p.110.

expressão e sem uma imprensa livre. Em outras palavras, a ausência deste tipo de liberdade contribui para que um governo perverso não seja tão perverso assim.

Um terceiro aspecto que nos parece altamente relevante é o de que a construção de uma esfera pública de discussões, central para o aprimoramento da democracia, só é possível em um ambiente onde haja liberdade de expressão e de imprensa.

Mesmo as definições mais detalhistas de democracia de viés procedimental, não se furtam de chamar a atenção para a pertinência de se assegurar a liberdade de expressão através do Estado Democrático de Direito e grifam o papel da liberdade de expressão para as suas definições de democracia.

O fato é que calorosos debates acerca da liberdade de expressão têm estado na agenda das democracias ao redor do mundo, sobretudo nos Estados Unidos, país com discurso mais sofisticado sobre o tema. De um lado, existem os que afirmam que a liberdade de expressão não deve tão-somente proteger a difusão de idéias simpáticas e comuns a todos, mas também aquelas com as quais nós não concordamos.

Nesse sentido, o remédio contra as más idéias deve ser a divulgação de boas idéias e a promoção do debate, e não da censura. Todavia, há os que pensam de forma diversa e sustentam que as manifestações de intolerância não devem ser admitidas, porque violam princípios fundamentais de convivência social, como os da igualdade e da dignidade humana, e atingem direitos fundamentais dos ofendidos<sup>393</sup>.

O pensador norte-americano Ronald Dworkin formula duas justificações para a liberdade de expressão: uma instrumental e outra constitutiva. A primeira sustenta que a mais ampla liberdade de expressão permite a melhor escolha política, protegendo o povo contra a tirania e inibindo a corrupção. Já a constitutiva, por seu turno, apóia-se na idéia de que o Estado deve tratar seus cidadãos como agentes morais individuais e responsáveis, que devem poder ter acesso a qualquer tipo de informação ou de opinião, para, assim, tomar suas decisões<sup>394</sup>. Nesse sentido, diz o autor que “o Estado insulta seus cidadãos e nega a

---

<sup>393</sup> SARMENTO, Daniel. “A liberdade de expressão e o problema do Hate Speech” In *Livres e Iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>394</sup> DWORKIN, Ronald. “Expressão, consciência e sexo” In *O Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp.318-319.

eles a sua responsabilidade moral, quando decreta que não se pode confiar neles para ouvir opiniões que possam persuadi-los a adotar convicções perigosas ou ofensivas”<sup>395</sup>.

Uma democracia real requer um espaço público fortalecido, aberto e que permita o confronto franco e liberal das idéias ali expostas. É nesse sentido que Robert Post defende a livre circulação de idéias, mesmo que essas venham acompanhadas de palavras “fortes” (como as derivadas de racismo ou xenofobia). Segundo ele, proibir essas expressões é retirar do espaço público seus defensores, fato que compromete a integridade da democracia, pois a esfera de discurso público tem de se basear num princípio meramente formal de igualdade, pelo qual todos devem ter a capacidade de expor suas idéias, e não em uma perspectiva substantiva da isonomia, como a que proíbe a manifestação do racismo, por exemplo<sup>396</sup>.

Íris Marion Young, reforçando em parte os argumentos de Post, não concebe a deliberação abarcada por regras de civilidade de uma cultura dominante. Sustenta a teórica feminista que os grupos excluídos nem sempre se ajustam a essas normas de civilidade, sendo que o debate deve abrir espaço para outros tipos de manifestações e exemplifica dizendo que muitas vezes um símbolo de protesto, como a queima de uma bandeira, tem no espaço público a força de mil argumentos<sup>397</sup>.

Por fim, deve-se ressaltar que a potencialização da autonomia individual é, sem dúvida, um dos mais importantes fundamentos da liberdade de expressão. A comunicação com o outro vai para além de ser uma mera alternativa, mas antes constitui preciosa necessidade. Nossa aptidão e vontade de exprimir o que pensamos, o que somos e o que sentimos revelam-se como importante dimensão da nossa humanidade, caracterizando-se o ser humano, entre outros atributos essenciais e irrenunciáveis, como ser que fala, ou seja, o *homo loquens*. De fato, para que cada indivíduo desenvolva sua personalidade, forme opiniões e eleja seus planos de vida, deve-se-lhe assegurar o acesso às mais variadas informações e pontos de vista existentes numa sociedade plural sobre cada tema<sup>398</sup>.

---

<sup>395</sup> DWORKIN, Ronald. “Expressão, consciência e sexo”, ...p.319.

<sup>396</sup> SARMENTO, Daniel. “A liberdade de expressão e o problema do Hate Speech” In *Livres e Iguais*. Lumen Juris, 2006, pp. 239-240.

<sup>397</sup> SARMENTO, Daniel. “A liberdade de expressão e o problema do Hate Speech” In *Livres e Iguais*. Lumen Juris, 2006, p.240.

<sup>398</sup> *Ibid.*, p. 241.



Por derradeiro, conclui-se que as vantagens de tolerar a liberdade de expressão ultrapassam as desvantagens de abusar dela. Como lembra Amartya Sen, a liberdade de expressão ajuda até a minorar catástrofes naturais como a fome coletiva, porque revela as formas através das quais aqueles poucos que têm alguma coisa exploram os que nada têm. O cerceamento da liberdade de expressão é fato comum, especialmente nos regimes totalitários do século XX, como o comunista e o nazista, já que os mesmos têm, na sua inspiração de base, o repúdio e o ódio à diversidade, ao pluralismo, à tolerância e à autonomia das pessoas<sup>399</sup>.

A liberdade de expressão que fomenta a democracia solidária é aquela idealizada por John Kennedy<sup>400</sup> em seu célebre e famoso discurso contra as “sociedades secretas”, no qual afirma que:

A palavra ‘segredo’ é repugnante numa sociedade aberta e livre, e nós como povo somos intrinsecamente e historicamente contra as sociedades secretas [...] [...] Decidimos a muito que os perigos do excessivo e injustificado encobrimento de fatos relevantes é mais grave do que os perigos que são citados para o justificar [...], pois os erros são enterrados e não divulgados. **Os desacordos são silenciados, e não louvados.** Nenhuma despesa é questionada, nenhum segredo é revelado. Essa foi a razão pela qual o legislador Grego Sólon considerou crime a qualquer cidadão que se acovardasse perante uma discussão” (grifo nosso)<sup>401</sup>

A democracia Fraternal, afirma o Ministro Carlos Ayres Britto, “promove a integração humana através do acesso à informação. E é através de informações transparentes que o Estado tem que agir, pois vivemos hoje em uma sociedade que tem curiosidade sobre o Poder”<sup>402</sup>.

Se a liberdade de expressão por um lado promove a democracia solidária, deve-se ter cautela com o seu uso desmedido. Embora seja um direito fundamentalíssimo, seu uso é limitado pelos demais direitos fundamentais consagrados pela Constituição. De fato, nossas tradições não endossam concepções ultra-liberais de liberdade de expressão que encontram na doutrina do *hate speech* sua pedra de toque. Tal doutrina consiste na declaração de ódio às raças, etnias, nacionalidades, minorias e, até mesmo, aos

---

<sup>399</sup> SEN, Amartya. *El derecho a no tener hambre*. trad. Everaldo Lamprea Montealegre: Universidad Externado de Colombia, 2006.

<sup>400</sup>Sobre discursos e biografia do Presidente americano assassinado acessar: <http://www.jfklibrary.org/Historical+Resources/Archives/Reference+Desk/Speeches/JFK/003POF03NewspaperPublishers04271961.htm> ou <http://www.whitehouse.gov/about/presidents/johnfkennedy>

<sup>401</sup> Tradução livre com pequenas adequações

<sup>402</sup> Essas foram as palavras do Eminente Ministro quando do encerramento do evento em homenagem à semana do magistrado na Bahia, evento promovido pela Associação dos Magistrados da Bahia.

homossexuais. Este discurso pode ser feito de forma explícita, como em palestras, passeatas, sendo assim, mais fácil sua coerção; ou de forma implícita, como em livros, falsas estatísticas, mascarando a pregação de intolerância, etc.

Foi nesse sentido que o Supremo tribunal Federal se manifestou contrário ao discurso preconceituoso e discriminatório. Em caso emblemático o STF julgou o editor e escritor de livros Siegfried Ellwagner por crime de racismo contra a comunidade judaica e afastou qualquer possibilidade da liberdade de expressão proteger tal prática<sup>403</sup>. Assentou a Corte que “a liberdade de expressão não é absoluta”, possuindo “limites morais e jurídicos”. Assim, o direito à livre expressão não pode abrigar manifestações de “conteúdo imoral que implicam ilicitude moral”. O preceito fundamental da liberdade de expressão, portanto, não consagra o direito à incitação ao racismo.

Nesse sentido, a liberdade de expressão encontra na dignidade humana, e na solidariedade, limitações materiais em seu uso, não servindo de proteção constitucional para os que defendem uma sociedade dividida em estamentos. No dizeres do Min. Celso Mello:

[...] nem gentios, nem judeus; nem patrícios, nem plebeus. Sem qualquer hierarquia ou distinção de origem, de raça, de orientação confessional ou de fortuna, **somos todos pessoas**, essencialmente dotadas de igual dignidade e impregnadas de razão e consciência, identificadas pelo vínculo comum que nos projeta, **em unidade solidária**, na dimensão **incindível** do gênero humano (negritos no original)<sup>404</sup>

Da mesma forma, ao *uso* da liberdade de expressão não pode ser confundido com seu *abuso*<sup>405</sup>, daí a solidariedade e a dignidade humana tornarem-se verdadeiras limitações ao abuso desta liberdade. Tais valores constitucionais servem de apropriadas garantias para que a liberdade de expressão não seja um instrumento de discriminação, perseguição ou preconceito.

Deste modo, o sistema constitucional brasileiro impôs ao Estado não só um dever de abstenção, mas também obrigações positivas, seja para proteger a liberdade de expressão frente às ameaças de terceiros, seja para garantir as condições mínimas materiais para os

---

<sup>403</sup> HC 82.424-2/ Rio Grande do Sul. 17.09.2003, Rel. Min. Moreira Alves.

<sup>404</sup> HC 82.424-2/ Rio Grande do Sul. 17.09.2003, Rel. Min. Moreira Alves, p.102.

<sup>405</sup> Essa foi a distinção traçada pelo Eminentíssimo Min. Carlos Ayres Britto no HC 82.424-2/ Rio Grande do Sul.17.09.2003, Rel. Min. Moreira Alves, pp. 285 e ss.

mais pobres. Sua atuação deve permitir um amplo acesso do cidadão às informações de interesse diversificados, ampliando os horizontes.

### 3.5 Considerações finais sobre democracia e participação

Dante do exposto, pode-se concluir que três aspectos são fundamentais para a realização da democracia solidária baseada na amplificação ideológica, nos conflitos e na discordância, são eles: (i) o aspecto individual; (ii) o aspecto interpessoal e o (iii) coletivo<sup>406</sup>.

O *aspecto individual* onde normalmente se manifestam atitudes seletivas de participação, deve-se abrir a opção anti-elitista e “reconhece a cada cidadão, enquanto tal, a capacidade e a responsabilidade de participação do mandato eletivo por toda a sua duração”<sup>407</sup>. Dessa forma, a solidariedade apresenta-se como “relação de pertencimento recíproco, baseada na igual dignidade dos sujeitos, decorrente da referência a um quadro unitário”<sup>408</sup>.

Quanto ao *aspecto interpessoal*, este aceita a possibilidade de haver interesses inconciliáveis como expressões de identidades rígidas e irredutíveis, tornando em “espaço de diálogo transversal entre diversas filiações ideológicas e partidárias [...] aceita o envolvimento concreto dos cidadãos, sua aprovação e seu apoio, como também sua divergência e sua crítica”<sup>409</sup>. É aí que a solidariedade aparece como “princípio de construção social que aceita o dinamismo da composição dos interesses, garante as diversas identidades pessoais”. Essa aceitação não “desvaloriza, mas antecede e fundamenta com base na afirmação de uma identidade coletiva comum”<sup>410</sup>.

Por fim, o aspecto coletivo prestigia a iniciativa vertical, isto é, possibilita formas de participação mais controláveis, ampliando o espaço de ação social e favorecendo a auto-organização. Aqui, o próprio grupo se vê como sujeito político, pois é agente real na

---

<sup>406</sup> ROPELATO, Daniela. ‘Notas sobre a participação e fraternidade’ In *O Princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Organizador: Antônio Maria Baggio. São Paulo: Ed. Cidade Nova, 2008, p.104.

<sup>407</sup> ROPELATO, Daniela. *Notas sobre a participação e fraternidade...*, p.105

<sup>408</sup> Idem,

<sup>409</sup> ROPELATO, Daniela. ‘Notas sobre a participação e fraternidade’ In *O Princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Organizador: Antônio Maria Baggio. São Paulo: Ed. Cidade Nova, 2008, p.106.

<sup>410</sup> Idem,

efetivação de políticas. Não basta somente votar e entregar uma “procuração” ao agente político eleito; é preciso, também, que cada um dos cidadãos, sobretudo os eleitores, tomem consciência de um vínculo que promove reciprocidade e continuidade. Aqui a solidariedade é compartilhada na produção de bens públicos “em que a função política de mediação reforça as relações de reciprocidade entre os diversos bens legítimos, próprios da sociedade civil”<sup>411</sup>.

O espaço da democracia solidária é o espaço da democracia da contestação<sup>412</sup> e dos desacordos, pois só ela é capaz de (re)construir e (re) articular os conhecimentos humanos. Sendo o homem um ser inacabado e em constante aperfeiçoamento, a solidariedade é a conciliadora desses conhecimentos unindo o “eu” e o “outro” na busca de uma finalidade maior: a felicidade!

A dinâmica dos movimentos sociais, mais propriamente a maneira como em seus contextos se torna possível absorver e processar os mais variados temas e opiniões e fazê-los chegar ao sistema político, é a manifestação evidente dos fluxos de comunicação que são produzidos no dia-a-dia das pessoas e que, através dos centros de ressonância das esferas públicas, logram influenciar os vários centros decisórios locais. Este fenômeno induz a um salto qualitativo quanto à legitimidade nas intermediações de interesse então gestadas, já que estas intermediações têm o condão de romper com os padrões oligárquicos de prática política, baseados em critérios autoritários e de negação da autonomia da sociedade. O seu conteúdo essencial, pensamos, pode ser apreendido naquilo que Glória Gohn denomina “Participação Cidadã” e que pode ser assim compreendida:

A Participação Cidadã é lastreada num conceito amplo de cidadania, que não se restringe ao direito ao voto, mas constrói o direito à vida do ser humano como um todo. Por detrás dele há um outro conceito, de cultura cidadã, fundado em valores éticos universais, impessoais. A Participação Cidadã funda-se também numa concepção democrática radical que objetiva fortalecer a sociedade civil no sentido

---

<sup>411</sup> Idem,

<sup>412</sup> Sobre a importância da contestação nos modelos de democracia Philip Pettit ressalta que “ A democracia, como é comumente entendida, está vinculada ao consentimento [...] sem querer forçar indevidamente os fatos, pode-se entender a democracia como parte de um modelo primário mais contestatário que consensual. Nesse modelo, um governo será democrático, ou seja, representará uma forma de mando controlado pelo povo, na medida em que este povo, individual ou coletivamente, possa usufruir permanentemente o direito de contestação perante as decisões do governo” (PETTIT, Philip. “Democracia e contestabilidade” In *Direito e Legitimidade*. Orgs Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2003, p.372. No mesmo sentido: SHAPIRO, Ian. *Political Criticism*. Berkeley: University of Califórnia Press, 1990, p.266.)

de construir ou apontar caminhos para uma nova realidade social – sem desigualdades, exclusões de qualquer natureza. Busca-se a igualdade, mas reconhece-se a diversidade cultural. Há um novo projeto emancipatório e civilizatório por detrás dessa concepção que tem como horizonte a construção de uma sociedade democrática e sem injustiças sociais<sup>413</sup>

Somos instados a entender, portanto, que a compreensão desta importância ímpar conferida à participação aberta, ampla, contestatória e tolerante, viabiliza canais de manifestação legítimos da soberania popular nos meandros institucionais do Poder Legislativo (em todas as esferas), instância por excelência e epicentro de articulação dos novos arranjos conducentes à ampliação dos espaços de manifestação de sujeitos sociais conscientes e mobilizados, em face de um objetivo: a construção e o aprofundamentos de uma cultura reivindicatória e vivenciadora de direitos.

Neste aspecto, interessar-nos-ão os canais de manifestação da soberania popular construídos, com luta e com determinação, por estes sujeitos na contra-mão dos interesses corporativos de um modelo de Parlamento, pouco ou nada receptivo aos influxos advindos da sociedade civil. Canais de conexão como as tribunas livres<sup>414</sup>, as audiências públicas e o Legislativo itinerante, traduzem conquistas essenciais da esfera pública, possibilitando uma rede de informações extremamente poderosa e aproximando os Poderes dos verdadeiros detentores do Poder.

A solidariedade aqui, como ponto de partida (com algum grau de substantividade ) e ponto de chegada (resultado de uma esfera pública realmente aberta e contestatória) das sociedades plurais contemporâneas, impulsiona uma legítima e progressiva individuação, premiando o esforço individual com prestígio social, contribuindo para o fortalecimento de práticas sociais passíveis de serem reconhecidas juridicamente num estágio posterior.

---

<sup>413</sup> GOHN, Maria da Glória. *Movimentos sociais no início do século XXI: antigos e novos atores sociais*. Petrópolis: Vozes, 2003, p.18.

<sup>414</sup> Merece destaque o pioneirismo da cidade de Juiz de Fora em Minas Gerais. A Assembléia Municipal Constituinte e a respectiva promulgação da Lei Orgânica Municipal, em finais dos anos 80 e início dos anos 90, trouxe mecanismos que viabilizaram uma cidadania ativa de seus cidadãos. A Tribuna Livre e a Câmara itinerante se tornaram verdadeiras ferramentas de cidadania ativa.

## 4. O Constitucionalismo solidário brasileiro e a luta por reconhecimento

Não seria possível discutir uma teoria constitucional da solidariedade sem falar do cidadão ou do sujeito constitucional que se espera em uma sociedade razoavelmente ordenada. De fato, pensar a teoria sem percorrer a difícil missão de delimitar para quem ela se destina, seria, a nosso sentir, esquecer que as ciências sociais, de forma geral, e o direito, de forma específica, têm por finalidade satisfazer aquilo que, desde sempre, foi a utopia de toda humanidade: a efetivação da dignidade de todos os homens.

Sendo o homem o ponto de partida e o ponto de chegada do Direito, cabe aqui a identificação deste homem e do quanto uma sociedade pode exigir dele na construção do Estado constitucional solidário.

### 4.1 Em busca de um constitucionalismo solidário

A análise do discurso desconstrutivo da negação, da metáfora e da metonímia proporciona, aos estudiosos da ciência do direito novas perspectivas de abordagem sobre o constitucionalismo. Esta tarefa é desempenhada através da reapropriação crítica da história constitucional de um povo para a contextualização concretizante do direito constitucional desse mesmo povo<sup>415</sup>.

Inexiste espaço público sem respeito aos direitos privados à diferença, tão pouco direitos privados que não sejam, em si, designados a conservar o respeito público às diferenças individuais e coletivas na vida social. Ademais, não existe democracia – e soberania popular – sem a persecução dos perímetros constitucionais à vontade das

---

<sup>415</sup> O presente capítulo tem como ponto de partida a construção teórica do autor norte-americano Michel Rosenfeld no seu: *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

maiorias eventuais, pois aí reside, em verdade, ditadura; muito menos constitucionalismo sem legitimidade popular, pois aí há autoritarismo.

A Igualdade e a Liberdade de modo constitucional só podem significar a igualdade do respeito às diferenças, pois embora tenhamos diferentes condições sociais, cor de pele, credos, opções sexuais, etc., nós nos respeitamos como se iguais fôssemos, não importando as diferenças, sendo a *solidariedade* o instrumento capaz de viabilizar tal reciprocidade. Cidadania significa a permanente reconstrução do que se entende por direitos fundamentais, uma vez que somente o exercício da cidadania produz cidadãos<sup>416</sup>.

É no contexto dos desafios do constitucionalismo contemporâneo – e do pluralismo que lhe é inerente – que se dá a formação da identidade do sujeito constitucional. Por um lado, a identidade constitucional de um povo deve ser fiel à tradição político-cultural e aos objetivos da comunidade constitucional. Por outro lado, o processo de intensificação das relações entre os povos e indivíduos, experimentados nas últimas décadas, introduziu novos elementos para a formação desta identidade: a sociedade internacional busca a realização de objetivos comuns e diversos, impondo ao constitucionalismo novos desafios.

Outros obstáculos relativos ao conceito de identidade constitucional, é que esta pode ser sempre reinterpretada ou reconstruída, visto que, além da natural alteração com o tempo, há também as relações com outras identidades, como as nacionais, as étnicas e as culturais. Este encontro torna-se inevitável pela tensão entre o pluralismo, inerente ao constitucionalismo contemporâneo e a tradição. Deste modo, tomando-se um país de forte compromisso constitucional com o pluralismo religioso, a identidade constitucional deve se discernir de qualquer identidade religiosa, bem como se tornar subserviente aos dogmas fundamentais de qualquer religião. Nos dizeres de Michel Rosenfeld “A identidade constitucional é problemática porque além de permanecer distinta e oposta a outras identidades relevantes, é inevitavelmente forçada a incorporá-las parcialmente para que possa adquirir sentido suficiente determinado ou determinável”<sup>417</sup>.

---

<sup>416</sup> Ver por todos a fina percepção de TORRES, Ricardo Lobo. "A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos". In : TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.p 243-342.

<sup>417</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p.22.

Nada obstante, ainda há a questão dos intérpretes constitucionais, pois mesmo que fosse desejável, de fato eles não podem se despir completamente de sua identidade nacional ou cultural:

Assim, é que a questão chave passa a ser de como a identidade constitucional pode se distanciar o suficiente das outras identidades relevantes contra as quais ela precisa forjar sua própria imagem, enquanto, ao mesmo tempo, incorpora elementos suficientes dessas identidades para continuar viável no interior de seu próprio ambiente sociopolítico<sup>418</sup>

Conclui-se, previamente, que a identidade constitucional é o produto de um processo dinâmico, sempre aberto à elaboração e à revisão, sendo fragmentada e parcial, condenada a permanecer incompleta e suscetível de uma maior definição. O processo de criação de uma nova identidade constitucional requer, ainda, a introdução de medidas que a diferenciem da identidade constitucional anterior, mas também projetando em direção ao futuro uma identidade que seja capaz de ser reconhecida pelas gerações por vir<sup>419</sup>. Deste modo, a nova identidade constitucional – que em certa medida rompe com as gerações passadas em busca da proteção das gerações futuras – é fortemente fundamentada pelos deveres de solidariedade, uma vez que a pluralidade de identidades e a sociedade de risco em que vivemos, torna essa missão inconcebível somente pela igualdade (homogeneidade inexistente) e pela liberdade (individualismo exacerbado)<sup>420</sup>

Em síntese, a identidade constitucional só é suscetível de determinação parcial mediante um processo de reconstrução orientado no sentido de se alcançar um equilíbrio entre a assimilação e a rejeição das demais identidades expressas acima, ou seja, deve-se buscar alcançar um equilíbrio em um cenário sociopolítico sempre mutante.

Tal equilíbrio deve entender as diferenças, sendo a solidariedade o valor constitucional que não exige dos indivíduos que deixem as diferenças de lado, mas que as compreendam e as tolere, pois quem pensa diferente não pode ser visto como inimigo, mas sim um sujeito que o complementa.

---

<sup>418</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*...p.23.

<sup>419</sup> ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*. Duke University Press, 1994.

<sup>420</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*, passim...



#### 4.1.1 A reconstrução do sujeito constitucional

O constitucionalismo moderno reconhece o contraste entre o “eu” (self) e o “outro” em face do pluralismo que lhe é inerente<sup>421</sup>. O “outro”, em um nível, pode ser a tradição que se mantém integrada à sua ordem sociopolítica pré-moderna – o qual seria um “outro externo”. Há ainda outro nível, que requer que um grupo que se constitua em um “eu” coletivo reconheça grupos similares, e/ou que cada “eu” individual trate os demais indivíduos como outros “eu”, como outras pessoas, sendo considerado o “outro interno”.

Na medida em que o constitucionalismo deve se articular com o pluralismo, ele precisa levar em conta o “outro” de forma devida, o que significa que os constituintes devem forjar uma identidade que transcenda os limites de sua própria subjetividade. Assim, do ponto de vista dos constituintes, a identidade do sujeito constitucional surge como um vazio, uma ausência gerada pela distância que separa a auto-imagem dos constituintes daquela comunidade política constitucional pluralista. A elaboração da Constituição pode ser considerada como uma tentativa de preencher este vazio, mediante o alcance do outro para tecer uma identidade comum enraizada em um texto constitucional compartilhado<sup>422</sup>.

Ao contrário de buscarem uma auto-identidade do todo, tanto a identidade nacional quanto a dos Estados federados devem lutar por sua auto-identidade específica, porém coerente com a comunidade política constitucionalmente estruturada no todo.

Como o texto constitucional está sujeito a um contexto variável e passível de constantes transformações, “[...] o sujeito constitucional precisa recorrer ao discurso constitucional para inventar e reinventar sua identidade”<sup>423</sup>.

Destarte, a identidade constitucional circula em torno das antinomias entre a faticidade e validade, entre fatos e normas, entre real e ideal; pois o real deve ser suplementado pelo ideal, ou seja, os fatos devem ser enriquecidos pela imaginação contrafactual. Por isso, deve-se valer de uma construção, bem como de uma reconstrução.

Rosenfeld descreve que a antinomia entre fato e norma manifesta-se pela justaposição das normas constitucionais e os fatos sociopolíticos e históricos, bem como

---

<sup>421</sup> Sobre o tema a obra de Charles Taylor merece uma atenção especial, vide: *As fontes do Self: a reconstrução da identidade moderna*. Edições Loyola: São Paulo, 2005.

<sup>422</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*...p.36.

<sup>423</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*...p.40.

por meio do conflito entre uma Constituição efetivamente vigente e os requisitos normativos do constitucionalismo<sup>424</sup>.

Neste ponto, a noção de interpretação judicial reconstrutiva sugerida por Ronald Dworkin<sup>425</sup> nos traz um importante auxílio, no sentido de que a aceitação de certos princípios deontológicos – tal como o direito de cada pessoa a igual respeito e consideração e princípio da solidariedade (fraternidade)<sup>426</sup> – deve se aliar aos limites normativos inerentes ao constitucionalismo<sup>427</sup>. Tais limites normativos – o governo limitado, o princípio do Estado de Direito e a proteção dos direitos fundamentais – atuam na promoção do reconhecimento recíproco entre o “eu” e o “outro”, mantendo o “eu” e o “outro” no mesmo patamar de dignidade.

## 4.2 O constitucionalismo brasileiro da solidariedade

Sem negar a relevante contribuição das idéias vindas de fora do país, como feito nos tópicos anteriores, cumpre neste ponto lançar um olhar crítico sobre o processo civilizatório brasileiro e analisar quem é o seu sujeito constitucional, bem como tentar identificar qual o sentimento ou fé constitucional podemos esperar dele.

Portanto, para enfrentar essa questão, é de fundamental relevância interrogar-se sobre a interpretação a ser dada ao princípio da solidariedade expresso na Constituição brasileira, princípio este que se manifesta de forma irradiadora no artigo 3º, inciso I.

Para tanto, é preciso buscar, na interpretação dos Tribunais, principalmente no Supremo Tribunal Federal, as cabíveis explicações que, independente de serem boas ou não, manifestam-se como legítimas aspirações antropologicamente adequadas à nossa realidade, isto é, um pouco de sincretismo, um pouco de “idéias fora do lugar” e uma

---

<sup>424</sup> Ibid.,

<sup>425</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>426</sup> Embora não esteja explícita a adoção do princípio da solidariedade por Ronald Dworkin como aqui trabalhado, é patente que em todas as obras do autor o ideal de fraternidade é uma questão central, e se essa fraternidade não é a “solidariedade dos modernos”, como já descrito neste trabalho, muito se aproxima com suas premissas.

<sup>427</sup> WALKER, Neil. *Taking Constitutionalism Beyond the State*. *Political Studies*, volume 56, 2008, pp. 519-543.

pitada de emotivismo<sup>428</sup>, pois, afinal de contas, somos um povo emotivo e nos identificamos sempre com os mais fracos. Se isso é ruim? Talvez seja! Mas a verdade é que somos verdadeiramente assim e, uma tese ou teoria que pretenda convencer seus leitores deve, criticamente, acomodar o mundo externo ao nosso mundo e não o contrário (acomodar nosso mundo ao mundo dos outros).

Afinal de contas, sou brasileiro de um Brasil com (B) maiúsculo e não com (b) minúsculo, como de praxe é referenciado. Sou brasileiro, como diria Roberto DaMatta “porque falo português e não inglês; porque, ouvindo música popular, sei distinguir imediatamente um frevo de um samba; porque futebol para mim é um jogo praticado com os pés e não com as mãos”<sup>429</sup> e assim sei que não vivo sozinho no mundo, pois não sou liberal e nem comunitário, sou brasileiro, e isso implica em uma série de características que possibilitam a construção de uma identidade cultural própria<sup>430</sup>.

Portanto, como forma de antecipar os tópicos que seguem, pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal acena para uma aplicação viva do princípio da solidariedade, extraíndo tanto do princípio fundamental esculpido no Art.3º,I, da CF88, quanto de suas manifestações pelo corpo da Constituição e pelos subsistemas, uma verdadeira teoria constitucional da solidariedade que alcança diversas questões relativas ao reconhecimento e a identidade de grupos socialmente martirizados. Vale dizer, afirmando o postulado de que a solidariedade é a via alternativa aos projetos liberais e sociais de Estado, talvez o que se mostrou até hoje mais capaz de solucionar o que parecia insolúvel.

---

<sup>428</sup> Sobre o emotivismo, ver: MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: EDUSC, 2001, p.31. O emotivismo é a expressão de uma sociedade em que moral está enfraquecida, restringindo as questões morais a uma questão individual. É característica dessas sociedades a dificuldade para enfrentar discussões internas de seus conflitos, conduzindo e ocultando a profundidade deles. Destarte, a consequência natural é a busca pelo campo do direito para atingir o assim chamado “consenso racional”. Sobre o tema, também oportuna a leitura de RORTY, Richard. *Objetivismo, relativismo e verdade. Escritos filosóficos I*. Tradução de Marco Antônio Casanova. 2 ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002. Cabe destacar, portanto, que há dentre o que colocamos duas noções de emotivismo. A primeira, que trata das dificuldades para lidar com discussões internas, representa uma característica ruim das tradições brasileiras. No entanto, quando falamos de emotivismo no sentido de nos preocuparmos com os mais fracos, colorimos esse traço ímpar de nossa tradição. Sobre os valores mais importantes para a sociedade brasileira, ver o PNUD 2010 da ONU, no qual se constatou que os valores ligados à solidariedade são os preferidos de nossa sociedade.

<sup>429</sup> DaMatta, Roberto. *O que faz o Brasil, Brasil?*. Rio de Janeiro: Rocco, 1986, p.p. 16-17.

<sup>430</sup> Essa constatação feita por DaMatta é de extrema importância, pois o sentido dos valores variam de acordo com a sociedade em que se propõe uma teoria. No caso brasileiro, ficou comprovado pelas pesquisas da ONU para o PNUD 2009/2010, que o Brasil possui um forte laço de solidariedade entre os cidadãos. Dentre os valores mais importantes eleitos pelas pessoas, ficaram o bem-estar da humanidade e da natureza, valores notadamente solidários.

A busca pela transparência dos padrões a serem adotados deve expor nossas construções sociais para que assim possamos nos tornar plenamente conscientes de nossas opções. De fato, a ciência social não é tão somente uma questão de descrição, sendo também interpretativa, pois a interpretação e a hermenêutica são inevitáveis. O perigo das “idéias fora do lugar”<sup>431</sup> sempre foi um risco que rondou as teorias sociais no Brasil, uma ameaça que será a todo momento evitada no decorrer deste trabalho.

#### 4.2.1 O início

Como nos lembra Luís Roberto Barroso, “Começamos tarde. Somente em 1808 – trezentos anos após o descobrimento -, com a chegada da família real, teve início verdadeiramente o Brasil”<sup>432</sup>. Cerca de 98% da população era analfabeta e um a cada três brasileiros estavam condicionados à escravidão<sup>433</sup>. Como se não bastasse, éramos colônia de uma metrópole em decadência, pois a ciência e a medicina estavam condicionadas às aspirações religiosas. A economia era extrativista e mercantilista, vale ressaltar, em plena efervescência da Revolução Industrial<sup>434</sup>.

Mas e o povo brasileiro? Fabio Konder relata em curiosa passagem o início: “Quando Tomé de Souza desembarcou na Bahia, em 1549, munido do seu famoso Regimento do Governo, e flanqueado de um ouvidor-mor, um provedor-mor, clero e soldados, a organização político-administrativa do Brasil, como país unitário, principiou a existir”<sup>435</sup>. No entanto, algo surpreende a todos, pois tudo estava minuciosamente preparado em oposição ao descentralismo feudal das capitanias hereditárias “Notava-se apenas [...], uma ligeira ausência: não havia povo. A população indígena, estimada na época em um milhão e meio de almas, não constituía, obviamente, o povo do novel

---

<sup>431</sup> Sobre o tema existe a valiosa contribuição de: SHWARZ, Roberto, *Cultura e política*. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p.p 59 – 84, “Assim, posto de parte o raciocínio sobre as causas, resta na experiência aquele “desconcerto” que foi o nosso ponto de partida: a sensação que o Brasil dá de dualismo e factício – contrastes rebarbativos, desproporções, disparates, - anacronismos, contradições, conciliações e o que for – combinações que o Modernismo, o Tropicalismo e a Economia Política nos ensinaram a considerar”, p.71.

<sup>432</sup> BARROSO, Luís Roberto. ‘*Vinte anos de Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos*’, In: Temas de Direito Constitucional - Tomo IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.5.

<sup>433</sup> Idem,

<sup>434</sup> Idem,

<sup>435</sup> KONDER COMPARATO, Fábio. *Discurso de posse de Professor Titular*. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, Volume LXXI. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1976, p.331.

Estado”<sup>436</sup>. Passa a surgir algo peculiar na história brasileira: o Brasil tivera Estado antes de ter Povo. “Foi este, na verdade, o primeiro ato, de uma longa série de eventos, em que começamos pelo fim, numa incontida impaciência de colher os frutos antes de plantar as árvores”<sup>437</sup>.

Passaram-se 180 anos desde a chegada da família real até a promulgação da Constituição brasileira de 1988, o começo verdadeiro. Nesses quase dois séculos de história constitucional há muito que comemorar, mas também há muito que reconhecer como o vício antigo de começar tudo pelo avesso, vício que dificulta, cada vez mais, a identificação de seus cidadãos com sua cultura constitucional.

Em célebre frase, Alceu Amoroso Lima retrata a nossa identidade constitucional, ao dizer que:

[...] o Brasil se formara às avessas, começara pelo fim. Tivera Coroa, antes de ter Povo. Tivera parlamentarismo, antes de ter eleições. Tivera escolas superiores, antes de ter educação popular. Tivera bancos antes de ter economias. Tivera artistas antes de ter arte. Tivera conceito exterior, antes de ter consciência interna. Fizera empréstimos, antes de ter riqueza consolidada. Aspirara à potência mundial, antes de ter a paz e a força interior<sup>438</sup>

A Constituição de 1988 representa um recomeço, ou como nos lembra Barroso, “A Constituição de 1988 foi o marco zero de um recomeço [...]. Sem as velhas utopias, sem certezas ambiciosas, mas com o caminho a ser feito ao andar [...] com uma carga de esperança e um lastro de legitimidade sem precedentes”<sup>439</sup>.

---

<sup>436</sup> Idem,

<sup>437</sup> Idem,

<sup>438</sup> LIMA, Alceu Amoroso. Política e letras, In Vicente Licínio Cardoso (org.), *À margem da história da República*, tomo II. Brasília: Câmara dos Deputados e Editora Universidade de Brasília, 1981, p.51

<sup>439</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. “O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro”. In: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2º ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 327-380. BARROSO, cit. pp. 327-329 “A experiência política e constitucional do Brasil, da independência até 1988, é a melancólica história do desencontro de um país com sua gente e com seu destino. Quase dois séculos de ilegitimidade renitente do poder, de falta de efetividade das múltiplas Constituições e de uma infundável sucessão de violações da legalidade constitucional. Um acúmulo de gerações perdidas. A 'ilegitimidade' ancestral materializou-sena dominação de uma elite de visão estreita, patrimonialista, que jamais teve um projeto de país para toda a gente. Viciada pelos privilégios e pela apropriação privada do espaço público, produziu uma sociedade com 'deficit' de educação, de saúde, de saneamento, de habitação, de oportunidades de vida digna. Uma legião imensa de pessoas sem acesso à

Lançando um olhar no passado, retornamos ao ano de 1143, no que podemos identificar como o primeiro século de independência de Portugal, em meio a Reconquista, em um estado de guerra que duraria até 1249, momento no qual os mouros foram expulsos de Portugal<sup>440</sup>.

Naquele momento vigia o denominado “pluralismo legal”, advindo do direito romano, instituto que reconhecia o princípio da personalidade do direito, ou seja, a lei aplicável a determinadas pessoas levava em consideração o grupo social e jurídico ao qual pertenciam<sup>441</sup>.

De fato, a tradição do “pluralismo legal” permaneceu por toda a Reconquista, sobretudo quando os Reis portugueses concebiam privilégios legais especiais por meio de decretos municipais conhecidos como forais, sendo esses uma espécie de adaptação de contratos e constituições, recheados de regras e privilégios para os governos locais<sup>442</sup>.

Dessa forma, a cultura brasileira política, social e jurídica se acostumou a tratar as pessoas de forma diferenciada, tendo como traço distintivo a posição social que ocupava em uma relação, fato que nem sempre envolvia a questão financeira, mas considerava, sobretudo, a relação de poder<sup>443</sup>.

---

alimentação adequada, ao consumo e à civilização, em um país rico, uma das maiores economias do mundo. A 'falta de efetividade' das sucessivas Constituições brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata. [...] A Constituição de 1988 foi o marco zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova história. Sem as velhas utopias, sem certezas ambiciosas, com o caminho a ser feito ao andar. Mas com uma carga de esperança e um lastro de legitimidade sem precedentes, desde que tudo começou. E uma novidade. Tardiamente, o povo ingressou na trajetória política brasileira, como protagonista do processo, ao lado da velha aristocracia e da burguesia emergente. Nessa história ainda em curso, e sem certeza de final feliz, é fato, quanto à ilegitimidade ancestral, que a elite já não conserva a onipotência e a insensibilidade da antiga plutocracia. Seus poderes foram atenuados por fenômenos políticos importantes, como a organização da sociedade, a liberdade de imprensa, a formação de uma opinião pública mais consciente, o movimento social e, já agora, a alternância do poder”

<sup>440</sup> ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.21.

<sup>441</sup> Ibid., p.20.

<sup>442</sup> ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.21. Citando Marcelo Caetano relata Keith Rosenn que “[...]os Reis portugueses concederam também privilégios legais especiais aos múltiplos estados coletivos que constituíam a sociedade medieval. A nobreza, os militares, o clero, professores e estudantes de universidades, comerciantes e várias outras associações eram geralmente excluídos da jurisdição ordinária de corte do rei, e governados por seus próprios forais, que criavam leis e cortes especiais”.

<sup>443</sup> Sobre o tema ver o Capítulo IV “Sabe com quem está falando? Ensaio sobre a distinção entre indivíduo e pessoa no Brasil” de: MATTA, Roberto da. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, p.p 187 – 259. Este capítulo demonstra de forma cristalina a dificuldade em separar “indivíduo” e “pessoa”.

Por outro lado, também surge o “homem cordial”, termo cunhado por Sérgio Buarque de Holanda. Para o pensador brasileiro, esse “sujeito” possui uma característica excêntrica no seu modo de ser: a cordialidade. Entretanto, diversamente do que pode parecer, o homem cordial não é o mesmo que um homem afetuoso/agradável, mas antes age levado pela emoção, sendo incapaz de diferenciar entre o público e o privado, sendo adverso às formalidades, subjugando ética, impessoalidade e moralidade. Tais características antropológicas podem ser conferidas a um contraditório estilo emocional do cidadão brasileiro que fez brotar e disseminar uma histórica habilidade a caminho da informalidade.

Ainda com Alceu Amoroso Lima e o “Brasil às avessas”, é importante destacar o fato evidente de que as Instituições brasileiras foram arquitetadas de forma coercitiva e unilateral: em uma total ausência de diálogo entre governantes e governados, havendo somente imposição de uma lei e de uma ordem considerada artificial, quando não desonesta, a favor dos interesses das elites políticas e econômicas de então.

Na vida cotidiana, tornava-se comum ignorar as leis em favor das amizades. Desmoralizadas, incapazes de se imporem, as leis não tinham tanto valor quanto, por exemplo, a palavra de um “bom” amigo; além disso, o fato de afastar as leis e seus castigos típicos era uma prova de boa-vontade<sup>444</sup> e um gesto de confiança, o que favorecia boas relações de comércio e tráfico de influência. De acordo com testemunhos de comerciantes holandeses, era impossível fazer negócio com um brasileiro antes de se fazer amizade com este. Um adágio da época dizia que “aos inimigos, as leis; aos amigos, tudo”. A informalidade era – e ainda é – uma forma de se preservar o indivíduo.

Dessa forma, Fernando Henrique Cardoso, lembrando Sergio Buarque, já mencionou certa feita o problema do homem cordial no Brasil e assim afirmou que:

Sérgio Buarque não via como construir um ambiente democrático a partir da informalidade criada pela linguagem da emoção. Sabia que essa informalidade parecia diluir diferenças, reduzir distâncias [...] Só que era exatamente esse apreço pela ausência de normas, alertava Sérgio, que nos afastava da democracia. A diluição de regras somente facultaria espaço àqueles habilitados a utilizar a falta de ordem ou anomia em proveito pessoal. Os “menos iguais”

---

<sup>444</sup> Caberia aqui até um contraponto entre “boa vontade” e “solidariedade”, uma vez que a solidariedade como boa vontade por muitas vezes é encarada como um ato de companheirismo ou amizade, levando em consideração somente às pessoas que fazem parte de um grupo.

ficariam ao desamparo da lei. Sem o respeito a normas não havia como generalizar situações de igualdade<sup>445</sup>

Portanto, por uma sucessiva e crônica ausência de cultura de cidadania e de sentimento constitucional, as relações sociais verticais (Estado-Cidadão) e horizontais (Cidadão-Cidadão) passam a refletir uma ausência de confiança dos cidadãos nas Instituições brasileiras, bem como das Instituições nos cidadãos<sup>446</sup>, pois passamos a viver em estado recíproco de desconfiança e ausência de solidariedade, uma vez que essa postura só induz à vida privada isolada e etnocêntrica, criando culturas paralelas.

#### 4.2.2 Do Estado da insolidariedade ao Estado da solidariedade

Desde sempre, fomos o país da cidadania sem direitos e repleta de deveres, sendo este o referencial básico da massificação que a sociedade brasileira luta contra por anos<sup>447</sup>. O brasileiro acostumou a ser um desterrado em sua terra<sup>448</sup>, vivendo sob uma instabilidade constante, sempre presente em sua vida social<sup>449</sup>, sendo que esta valorizava a autonomia individual em detrimento da coesão nacional solidária<sup>450</sup>.

De fato, a solidariedade só existia onde havia vinculação sentimental, sobretudo nos “círculos forçosamente restritos, particularistas e antes inimigos que favorecedores das associações estabelecidas sobre plano mais vasto, gremial ou nacional”<sup>451</sup>.

---

<sup>445</sup> CARDOSO, Fernando Henrique. *Sérgio, um jovem eterno*. Globo On-line, Segundo Caderno, 13/07/2002, Sérgio Buarque de Holanda – 100 anos, Arquivo, Campinas :Disponível em [http://www.unicamp.br/siarq/sbh/jovem\\_eterno.html](http://www.unicamp.br/siarq/sbh/jovem_eterno.html) Acesso em: 26/08/2009.

<sup>446</sup> Tal fato fica claro e evidente com os exemplos trazidos por Keith Rosenn, diz o autor que “A presunção [no Brasil] parece ser de que todo cidadão está mentindo. Até que ele produza prova documental escrita de que está dizendo a verdade. O sistema legal formal, quer no ato de averiguar culpa criminal, quer na concessão de benefícios trabalhistas, demonstra grande tendência a acreditar apenas em documentos, não nas pessoas” p.59. Ainda sobre essa relação estratégica o autor comenta a leitura da sociedade acerca do princípio da legalidade exposto no Art.5º, Inciso II, CF/88, que reza “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Diz Rosenn que “a liberdade de tomar qualquer iniciativa é bastante limitada porque o país possui uma infinidade de leis e decretos que regulam com notável especificação todos os aspectos da vida brasileira, bem como alguns aspectos de vida não encontrada no Brasil. A impressão é que se o ato não é proibido por lei, então só resta ser obrigatório. Nada é juridicamente irrelevante.” P.54.

<sup>447</sup> DAMATTA, Roberto. “As raízes da violência no Brasil: reflexões de um antropólogo social”. In: PAOLI, Maria Célia Pinheiro Machado, et al. *A Violência brasileira*. São Paulo: Brasiliense, 1982, p.40.

<sup>448</sup> HOLLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*...p.31.

<sup>449</sup> Ibid, p.40

<sup>450</sup> Ibid, 32 e 33.

<sup>451</sup> HOLLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*...p.39.



No Brasil sempre vigorou uma espécie de “frouxidão da estrutura social”, uma “falta de hierarquia organizada” que culminou na “cumplicidade ou a indolência displicente das instituições e costumes”. Daí não haver vínculos de solidariedade consolidados. Como afirmara Sérgio Buarque: “[...] os decretos dos governos nasceram em primeiro lugar da necessidade de se conterem e de se refrearem as paixões particulares momentâneas, só raras vezes da pretensão de se associarem permanentemente forças ativas”<sup>452</sup>. Assim, viveu-se desde sempre – e ainda vive-se – com uma constante inquietação histórica e social de impor limites (obrigações negativas), enquanto permanece certo descaso histórico na construção de solidariedades (obrigações positivas)<sup>453</sup>.

Tais origens nos permitem diagnosticar a nascente de nossa falta de coesão social, resultando em uma incapacidade latente e óbvia de resolver os conflitos sociais através do jogo democrático. Deste modo, o Brasil se caracterizou como sociedade que não aceita o conflito como algo a ser corrigido, debatido e solucionado, mas antes um “sinal de catástrofe”<sup>454</sup>. Assim, as divergências antes são algo a ser reprimido do que resolvido dialogicamente e, onde não há diálogo, o que há é violência<sup>455</sup>.

No período colonial, o sistema de distribuição de terras causava uma espécie de centrifugismo em oposição a uma aglomeração comunal<sup>456</sup>. De fato, os engenhos e fazendas funcionavam como autarquias econômicas e auto-suficientes, causando o isolamento e permitindo com que cada “clã parental”<sup>457</sup>, vivesse sem necessidade de

---

<sup>452</sup> HOLLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil...*p.33.

<sup>453</sup> CORRÊA, André Rodrigues. *Solidariedade e responsabilidade: o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.86.

<sup>454</sup> DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, p.183.

<sup>455</sup> Um exemplo a ser abordado na presente tese é o “debate democrático” acerca das políticas de cotas nas Universidades Públicas brasileiras. Ambos os lados se manifestaram através de cartas assinadas pelos “intelectuais” e posteriormente direcionadas ao Congresso Nacional. Tal fato demonstra a total ausência de debate público acerca de temas polêmicos no Brasil. Neste caso, os defensores das cotas são taxados de “oportunistas” e “radicais”, ao passo que os questionadores da sua validade são de antemão taxados de “racistas”. Assim, somente uma teoria democrático-deliberativa solidária será capaz de convergir interesses antagônicos em políticas de solidariedade para àqueles que realmente são “despossuídos”. As pessoas que pensam diferente na democracia constitucional solidária, não são inimigas, mas antes parceiras na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

<sup>456</sup> VIANNA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 1999, p.131. No mesmo sentido: CORRÊA, André Rodrigues. *Solidariedade e responsabilidade: o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.86 e ss.

<sup>457</sup> VIANNA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 1999, p.226. No mesmo sentido: CORRÊA, André Rodrigues. *Solidariedade e responsabilidade: o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.86 e ss.

estabelecer laços sociais e por isso “os laços de solidariedade social, os hábitos de cooperação destas famílias na obra do bem público local não podiam formar-se”<sup>458</sup>.

Durante esse atrapalhado percurso, houve espaço para um liberalismo de fachada que aqui se instalou um liberalismo importado “[...] da Inglaterra e da França, mas que não se aclimatara bem à atmosfera cultural brasileira, influenciada pela herança anti-liberal da colonização portuguesa”<sup>459</sup>. Em feliz percepção afirma Daniel Sarmiento que “Sob o verniz da Constituição, mantinha-se e se alimentava o patrimonialismo, o desprezo pelos direitos fundamentais, e – maior das chagas da história nacional – a escravidão”<sup>460</sup>.

É por esses e diversos outros motivos que a sociedade brasileira se formou com influência exagerada de um “individualismo familiar”<sup>461</sup>, havendo, portanto, espaço para a solidariedade somente dentro dos “clãs parentais” em uma relação de “deveres públicos de solidariedade parental”<sup>462</sup>.

No entanto, embora prevalecesse a solidariedade parental, havia espaços tênues para a manifestação de laços de solidariedade social<sup>463</sup>, laços que eram vistos como um estado subalterno ou situação de carência<sup>464</sup>. Dessa forma, “os mutirões – realidade que persistiu em nossos centros urbanos, por exemplo, na construção das moradias entre as classes menos favorecidas – consistiam em uma prática realizada pelos necessitados”<sup>465</sup>. Assim sendo, tais práticas não contavam com apoio dos “que dispõem de recursos, ou que podem valer por si mesmos, recusando-se mesmo nestes casos os vizinhos a contribuírem”<sup>466</sup>.

Portanto, a falta de identificação do Brasil com seu povo e a total omissão das elites intelectuais e financeiras em construir um país para todos, gerou uma ausência de

---

<sup>458</sup> VIANNA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 1999, p.140.

<sup>459</sup> SARMENTO, Daniel. “Trajetória constitucional brasileira” In *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.16.

<sup>460</sup> Idem,

<sup>461</sup> VIANNA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 1999, p.141.

<sup>462</sup> VIANNA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 1999, p.226.

<sup>463</sup> CORRÊA, André Rodrigues. *Solidariedade e responsabilidade: o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.72.

<sup>464</sup> Como já foi apontado neste estudo, a solidariedade sempre esteve muito próxima à idéia de “caridade”, uma vez que a Igreja Católica sempre se articulava no sentido de ajudar os pobres e desamparados como um dever de um bom cristão. Diante disso, não fica difícil deduzir que a solidariedade como caridade é um ato que só um bom cidadão pratica, sem haver nenhuma forma de exigir daquele que não deseja ser caridoso.

<sup>465</sup> CORRÊA, André Rodrigues. *Solidariedade e responsabilidade: o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.86. No mesmo sentido: KOWARICK, Lúcio. *Escritos Urbanos*. São Paulo: Editora 34, 2000, p.29.

<sup>466</sup> VIANNA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 1999, p.525.

solidariedade na sociedade brasileira, vista somente como caridade. Tal processo percorre um longo e duradouro trajeto na história política, social e constitucional de nosso país. No entanto, a Constituição de 1988 trouxe novas aspirações, sentimentos renovados e esperanças sem precedentes na história brasileira. Dentre essas novas esperanças a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CF/88) e a solidariedade (Art. 3º, I, CF/88), figuram como fundamentos e objetivos a serem perseguidos pelo estado democrático brasileiro, isto é, direitos que gozam de supremacia axiológica e condicionam a leitura e aplicação das demais normas do ordenamento jurídico.

#### 4.2.3 A Constituinte e o resgate da cidadania

É inegável que o movimento popular que envolveu a constituinte de 1986-1988 foi fato raro na história da humanidade, obviamente do Brasil. Com todas as vicissitudes – e a ausência de uma verdadeira ruptura é uma delas – o movimento democrático participativo resgatou (ou fez nascer) um sentimento de cidadania sem precedentes.

A solidariedade social, como uma das aspirações daquele movimento, tornou-se posteriormente um dos objetivos a serem perseguidos pela República Federativa do Brasil (Art. 3º, Inciso I, CF/88).

A Constituição brasileira representa uma história de lutas e conquistas: “ a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado democrático de Direito”<sup>467</sup>. Na sua elaboração havia representação de diversas classes e credos, um verdadeiro sincretismo ideológico e social, fato que, se não ajudou a organizar de forma ótima os trabalhos, legitimou pela proximidade da sociedade. Esta Constituição cidadã já consolidou um fato inédito na história brasileira: vinte um anos de estabilidade no poder.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu de duas formas seus princípios fundamentais. Inicialmente, tratou daquilo que denominou de “fundamentos”, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana (Art. 1º). No entanto, no seu Art. 3º, ela traça o que denominou de “objetivos”, que é construir uma sociedade justa, livre e solidária. Dessa forma, pode-se afirmar que a Constituição prestigiou e deu certa prevalência axiológica aos

---

<sup>467</sup> BARROSO. Luís Roberto. *Vinte anos de Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos*, In: Temas de Direito Constitucional - Tomo IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.19

seus fundamentos e objetivos, alçando a dignidade da pessoa humana e a solidariedade ao centro de seu sistema<sup>468</sup>.

Como leciona José Afonso da Silva “objetivo é um signo que aponta para frente, indicando um ponto adiante a ser alcançado pela prática de alguma ação – aqui: ação governamental”<sup>469</sup>. Quanto aos objetivos serem “fundamentais”, pode-se afirmar que “fundamental, aqui, é adjetivo que se refere ao que se tem como mais relevante no momento, ao que é prioritário e básico”<sup>470</sup>. Dessa forma, não é equívoco afirmar que a locução “construir” presente neste dispositivo, possui sentido contextual, como se afirmasse que a sociedade existente no momento da elaboração da Constituição fosse carente de justiça, liberdade e solidariedade<sup>471</sup>.

Portanto, a República Federativa do Brasil tem por objetivo constitucional fundamental um comando à classe política e aos cidadãos de condutas que construam “uma ordem de homens livres, em que a justiça retributiva e distributiva sejam um fator de dignificação da pessoa e que o sentimento de responsabilidade e apoio recíprocos solidifiquem a idéia de comunidade fundada no bem comum”<sup>472</sup>.

Ora, se foi intenção do Constituinte afirmar a solidariedade como objetivo da República Federativa ao lado da justiça e liberdade<sup>473</sup>, alçando sua posição no texto a princípio fundamental, há de se questionar o motivo de não haver, na doutrina pátria, manifestação em prol do princípio da solidariedade como fundamental.

A resposta não é difícil. Como já dito acima, a idéia de solidariedade sempre esteve vinculada a grupos particulares desde sempre na cultura política e social brasileira. Tal constatação leva à conclusão de que a ausência de debate e fundamentação sobre este princípio é derivado de nossas próprias incapacidades: institucionais, políticas e sociais.

Adiciona-se a isso a dificuldade no Brasil “em qualquer debate que afete o *status quo*, vale dizer, as distribuições de poder e de riqueza na sociedade. Uma certa retórica

---

<sup>468</sup> ÁVILA, Humberto. “Limites à tributação com base na Solidariedade Social”. In *Solidariedade Social e Tributação*. Coordenadores: Marco. A. G; Marciano Seabra G. São Paulo: Dialética, 2005, pp. 68-69.

<sup>469</sup> SILVA, José Afonso da, *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.46.

<sup>470</sup> Idem,

<sup>471</sup> Idem,

<sup>472</sup> SILVA, José Afonso da, *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.46.

<sup>473</sup> A Constituição brasileira, assim como a italiana, inspirou-se claramente na Constituição Portuguesa de 1976 que declara, em seu art. 1º, o dever da República construir uma “sociedade livre, justa e solidária”.

vazia, demagógica, torna-se aliada da inércia, e tudo permanece como sempre foi”<sup>474</sup>. É preciso repensar o país com pressupostos igualitários e solidários, convocando, sobretudo a classe dominante, a se comprometer com os rumos do Estado, e não mais só se agitarem diante das ameaças aos seus privilégios.

Se os objetivos fundamentais não são “constitutivos e indicativos das idéias directivas básicas de toda a ordem constitucional”<sup>475</sup> o que seriam então?

É nesse sentido que Daniel Sarmiento afasta a pretensão de enfraquecer a eficácia do princípio da solidariedade e defende que “é possível afirmar que quando a Constituição estabelece como um dos objetivos fundamentais da República brasileira ‘construir uma sociedade justa, livre e solidária’, ela não está apenas enunciando uma diretriz política desvestida de qualquer eficácia normativa” Segundo o autor, muito pelo contrário, quando a Constituição “expressa um princípio jurídico, que, apesar de sua abertura e indeterminação semântica, é dotado de algum grau de eficácia imediata e que pode atuar, no mínimo, como vetor interpretativo da ordem jurídica como um todo”<sup>476</sup>.

Portanto, embora ainda em construção na doutrina constitucional brasileira, o princípio da solidariedade encontra dentro do sistema da Constituição fundamento para sua aplicação<sup>477</sup>.

Para os fins deste capítulo, nos concentraremos na solidariedade como princípio fundamental da República que tem por objetivo construir uma sociedade sem preconceitos de origem, sexo, raça, cor e idade, na direção de uma sociedade mais justa, onde a igualdade e a liberdade possam estar a disposição de todos. Entendemos que a igualdade

---

<sup>474</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Constitucionalidade e legitimidade da Reforma da Previdência (ascensão e queda de um regime de erros e privilégios)”. In: Temas de Direito Constitucional, Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 180.

<sup>475</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 6º ed. Coimbra: Almedina, 2002, p.1159.

<sup>476</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.338.

<sup>477</sup> Nesse sentido o Agravo Regimental no RE 363.999-4, Min. Gilmar Mendes, trabalhou a responsabilidade objetiva do Estado por conta de omissão na prestação adequada dos serviços de saúde. Embora uma primeira leitura desatenta leve à conclusão de que a contaminação do vírus do HIV pelos hemofílicos ocorreu por “ação própria e direta da Administração causadora do mal”, o fato é que a contaminação ocorreu pela omissão do Estado em prestar um serviço minimamente digno e adequado aos portadores de hemofilia. Nesta senda, entendeu o Supremo Tribunal que “toda a sociedade deve, **por solidariedade**, comparecer para indenizar o dano injusto [...] É, pois, razoável, a socialização do prejuízo, dentro dos claros ditames do princípio da solidariedade”. Dessa forma, a eficácia do princípio da solidariedade foi desencadeada por erro na prestação de um serviço básico por parte do Estado, fato que imputou responsabilidade civil do mesmo, convocando à sociedade a comparecer e prestar auxílio financeiro àquelas pessoas, ou como preferiu denominar a Corte constitucional brasileira “socialização dos prejuízos dentro dos claros ditames do princípio da solidariedade”

material da forma que é utilizada para fundamentar as políticas afirmativas antes separa do que une as pessoas. No entanto, a fraternidade é o princípio regulador desses dois princípios: se vivida fraternalmente, a liberdade não se torna arbítrio do mais forte, e a igualdade não degenera em igualitarismo opressor.

### 4.3 Multiculturalismo, diferença e reconhecimento: pela construção de um constitucionalismo inclusivo

O século XX foi marcado pelo triunfo da razão cínica, embalado pelos *dobres de finados*: o fim da ideologia, o fim da história, o fim da filosofia e o fim da ciência. De fato, o “Breve Século XX” de Eric Hobsbawm começa em 1914 e se encerra com o fim da União Soviética. Cabe ressaltar, nada é por acaso nesse diagnóstico cronológico: dos anos de efervescência da Primeira Guerra Mundial a falência da URSS “formam um período histórico coerente já encerrado”. Sem supressão de outros episódios, o que adere coerência e definição a um “século de oito décadas” é o caráter global dos episódios traumáticos que o marcaram, notadamente a transnacionalidade das crises que atingiram em boa medida várias partes do mundo. Não há precedentes na história mundial de uma “economia mundial única, integral e universal” capaz de transcender as características particulares das diferentes formações nacionais<sup>478</sup>.

O Século XXI não parece retroceder nesse sentido: utopia, desejo infinito e inquietação: não há espelhos a serem quebrados, nem limites a serem rompidos. Próspero não reflete Caliban<sup>479</sup>: refém da alteridade e por ela responsável, a proximidade é sua fronteira, a sensibilidade seu limite.

---

<sup>478</sup> HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX, 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 15,19. Seguindo seus diagnósticos sobre o Séc. XX, afirma Hobsbawm que “A destruição do passado – ou melhor, dos mecanismos sociais que vinculam nossa experiência pessoal à das gerações passadas – é um dos fenômenos mais característicos e lúgubres do final do século XX. Quase todos os jovens de hoje crescem numa espécie de presente contínuo, sem qualquer relação orgânica com o passado público da época em que vivem. Por isso os historiadores, cujo ofício é lembrar o que outros esquecem, tornam-se mais importantes que nunca”, P.13.

<sup>479</sup> Caliban é um personagem da peça de teatro *A Tempestade* de William Shakespeare e Alexander Pope. Essa peça foi escrita por volta de 1611, e apresenta grandes complexidades no que diz respeito à alteridade na relação entre europeus (colonizadores) e nativos (colonizados), trazendo diversas perspectivas do novo mundo em sua época. Na abertura da peça (ato I, cena II), Próspero (colonizador) refere-se a Caliban (colonizado) como sendo “um filho sarnento, um filhote de bruxa”, Miranda, sua filha, também o humilha o espírito quando afirma que “Caliban não é gente”, [...] e que não gosta de olhar para ele (ato I, cena II). A alteridade é

A afirmação de valores humanos universais faz com que os direitos humanos se transformem em parâmetros ético-jurídicos para uma pretensa regulação mundial, fundada em uma ordem internacional de proteção do ser humano. Por outro lado, o aumento nas complexidades sociais acarreta ao Direito uma complicada empreitada nesse campo, uma vez que a questão cultural e étnica se torna um complicador nessa pretensão de universalidade. Daí o paradoxo: como afirmar valores universais diante da diversidade? Até que ponto a alteridade é uma ética capaz de resolver tais contrastes? Quem é responsável por delimitar o que é universal e o que não é? Tais perguntas são extremamente difíceis de serem respondidas, o que não significa que devem ficar em aberto<sup>480</sup>.

#### 4.3.1 O Multiculturalismo

Em sociedades multiculturais nas quais convivem concepções étnico-culturais e religiosas contraditórias e antagônicas, as dificuldades de formação de um consenso social se multiplicam, uma vez que se torna complexo construir uma base jurídica comum capaz de suportar tal pressão. O problema gerado pelos choques culturais tem natureza complexa

---

negada ao colonizado, no caso Caliban, que passa a ser excluído pelo discurso de poder, havendo uma massificação em detrimento da singularidade do sujeito, que passa a ser objeto, coisa. Sobre a peça ver: SAHAKESPEARE. W. *A Tempestade*. Tradução de Beatriz Viegas Faria. Porto Alegre: L & MP, 2002, p.p. 24-25.

<sup>480</sup> Um bom exemplo dessas complexidades é a discussão francesa sobre a proibição da entrada de mulheres de burca (que para algumas pessoas é uma ostentação pública e explícita dos preceitos religiosos muçulmanos sobre as mulheres) na França. Tal proibição afetaria até mesmo as mulheres que a seu modo se sentem confortáveis e protegidas com tal vestimenta. Caberia a quem julgar? A autonomia da mulher que veste a burca, ou o Estado Francês a partir de uma concepção universal de direitos humanos? Parece-me de difícil sustentação filosófica a imposição do Estado francês ao se deparar com tal situação, sob o argumento de que tal símbolo ofende todas as mulheres e por isso não pode ser usado em seu país. A França é uma das nações pioneiras com a laicidade: por lá os crucifixos foram retirados dos tribunais e dos colégios em 1880. Na mesma década, o ensino religioso foi suprimido das escolas públicas, e magistrados e militares foram proibidos por lei de participar em caráter oficial de festas católicas. O alge do movimento veio em 1905, com a edição da Lei da Laicidade, que rompe unilateralmente a concordata entre Paris e o Vaticano, confisca bens da igreja e suspende todas as subvenções que eram concedidas a ministros e cultos. Mais recentemente, os franceses voltaram à carga anti-religiosa, deixando de ser alvo a Igreja Católica e passando a ser o islamismo. Em 2004, o Parlamento emendou a Lei da Laicidade para proibir alunos de escolas públicas de usar ícones religiosos ostensivos como os "hujub" (véus muçulmanos). Nos EUA, embora a laicidade também esteja na Constituição, o anticlericalismo nunca esteve na ordem do dia. Pelo contrário, os EUA são, de longe, a nação mais religiosa do mundo desenvolvido. Instada a manifestar-se sobre símbolos religiosos em tribunais, uma Suprema Corte, dividida, resolveu sair pela tangente. Em 2005, tomou uma decisão ambígua, na qual permitiu a um tribunal manter um monumento com os Dez Mandamentos, mas proibiu duas outras cortes de fazer o mesmo. A diferença apontada pelos juízes era o contexto. No primeiro tribunal o monumento estava ao lado de outras obras. Nos demais, os Dez Mandamentos apareciam isoladamente, no que foi interpretado como uma violação ao princípio da laicidade do Estado.

e por vezes resulta em controvérsias jurídicas e como afirma Grimm, “o Direito não pode se furtrar de resolvê-las”<sup>481</sup>.

Desde a segunda metade do século passado algumas mudanças aconteceram quanto ao tratamento dispensado às minorias étnico-culturais. Modelos de Estado mais conservadores foram desafiados e acabaram por ceder espaço aos modelos alternativos, também denominados multiculturais de Estado<sup>482</sup>. Essa constatação se dá diante de um quadro jurídico, legislativo e social que amplamente garante os direitos das minorias.

Por outro lado, vários argumentos são brandidos contrariamente a garantia dos direitos das minorias, posto que o relativismo cultural que essas garantias comportam coloca em cheque o projeto iluminista de um universalismo moral.

Em breves linhas, a concepção multicultural ou relativista defende o direito de manter as tradições culturais protegidas contra os discursos universalistas; em contrapartida, os universalistas defendem que o multiculturalismo só será legítimo se respeitar os valores morais inerentes aos indivíduos, como as normas que garantem direitos humanos universais<sup>483</sup>.

O multiculturalismo que aqui se advoga é aquele em que a garantia das diferenças é efetivada mediante e à luz dos princípios de direitos humanos universais. Em síntese, o modelo defendido brota do liberalismo igualitário “é, pois, tanto guiado quanto restringido por um compromisso de origem com os princípios da liberdade individual e da igualdade”<sup>484</sup>.

Quanto ao modelo fechado e relativista, há de se ter cautela com sua adoção. Embora seja de extrema importância o fortalecimento dos diversos grupos minoritários, sobretudo por meio da afirmação forte de seus desejos, não se deve negligenciar a imensa necessidade de se contraporem essas visões com a dos outros. O problema que avistamos nas visões mais fechadas é que os apelos à identidade muitas vezes são invocados como

---

<sup>299</sup> GRIMM Dieter “Multiculturalidad y Derechos Fundamentales”. In DENNINGER, Erhard. GRIMM Dieter. GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Edição e tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madri: Editorial Trotta, Espanha, 2007, pp. 53 e ss.

<sup>482</sup> KYMLICKA, Will. “Multiculturalismo Liberal e Direitos Humanos” In *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Coordenadores: IKAWA, Daniela. SARMENTO, Daniel. PIOVESAN, Flávia, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010 (2º tiragem) pp.217.

<sup>483</sup> KYMLICKA, Will. “Multiculturalismo Liberal e Direitos Humanos”..., p.218.

<sup>484</sup> Ibid.,



“trunfos” para evitar o debate democrático<sup>485</sup>, sendo que vislumbramos como caminho mais adequado aquele em que “a prática cultural específica é parte da minha ‘identidade’ é algumas vezes um modo de convidar os outros a considerar o seu valor e significância”<sup>486</sup>

Nos dizeres de Kymlicka:

[...] interpretar o multiculturalismo como um direito de preservar tradições culturais autênticas acarreta diversos perigos potenciais: pode inibir relações construtivas entre culturas (por privilegiar pureza cultural em detrimento do hibridismo cultural); pode ilidir a liberdade dos indivíduos dentro dos grupos (ao privilegiar elites autoritárias e conservadoras em detrimento de reformadores internos); pode ser invocada para negar a existência de direitos humanos universais e pode ameaçar o espaço de debate civil e de negociação democrática sobre conflitos culturais<sup>487</sup>

Portanto, deve haver espaço para a convivência pacífica entre diversidade e direitos humanos, até porque não há concepção mais razoável do que conceber a primeira como consequência deste último, isto é, quanto maior for o espaço para a efetivação e garantia dos direitos humanos universais, maior será a aceitação das diferenças.

Diferenças que não levam em consideração a liberdade de escolha como corolário da autonomia da vontade, não são manifestações legítimas de diversidade, pelo contrário, são manifestações autoritárias que a atual quadra da humanidade, no que diz respeito às conquistas dos direitos humanos, repudia a toda evidência.

De qualquer forma, o multiculturalismo que se pretenda coerente necessita de viés liberal-democrático, pois como constatado por Kymlicka, nunca na história recente do Ocidente houve apoio a um multiculturalismo que não fosse desse viés. Não significa dizer, além disso, que se prega aqui um universalismo que esconde ou uniformiza as diferenças. A

---

<sup>485</sup> Como exemplo não recordamos de fato interessante narrados por Thomas Sowell durante o período de efervescência nos debates sobre cotas nos Estados Unidos, lembra Sowell que “quando alguns membros do congresso se opuseram publicamente a esses programas, o deputado Charles Rangel, do Harlem, comparou-os a Hitler e considerou qualquer tentativa de redução da ação afirmativa um ataque a todos os negros” (SOWELL, Thomas. *Ação Afirmativa ao Redor do Mundo: Estudo Empírico*. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2004. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. p.119). Fato parecido vem ocorrendo no Brasil. Recentemente fez parte dos noticiários as reivindicações de grupos a favor e contra as cotas. Porém, o curioso é que ambos os lados – ora denominados de intelectuais – se manifestaram por carta ao Congresso Nacional ao invés de se reunirem publicamente buscando a compreensão e entendimento de suas diferenças. Louvável foi a postura do Ministro do STF Ricardo Levandowski ao convocar audiência pública e colocar frente a frente os dois mundos.

<sup>486</sup> KYMLICKA, Will. “Multiculturalismo Liberal e Direitos Humanos”..., pp.235-236.

<sup>487</sup> KYMLICKA, Will. “Multiculturalismo Liberal e Direitos Humanos”..., p.236.

teoria do reconhecimento que a seguir será exposta pretende ser uma resposta razoável aos problemas aparentemente insolúveis entre universalismo e diferença.

#### 4.3.2 Diferença e reconhecimento na era da diversidade

A configuração política do início do século tem apresentado paradigmas desafiadores à teoria do Estado e à teoria constitucional. As formas de reivindicação política que transcendem o debate econômico ganham cada vez mais espaço nas academias.

É nesse sentido que Jessé Souza levanta a questão sobre como articular as formas de luta por reconhecimento de diferenças culturais, de orientação sexual, de gênero ou de raça. Enfim, propõe uma reflexão sobre como lidar com as lutas políticas que desafiam as ciências sociais de nosso tempo<sup>488</sup>.

Com forte herança hegeliana, as teses sobre reconhecimento se debruçam sobre um “registro não metafísico e aberto a investigação empírica”<sup>489</sup>. Segundo o próprio Jessé, Axel Honneth e Charles Taylor são os precursores no resgate da concepção dialógica da identidade social e cultural, fato que os tornam comunitaristas menos conservadores, rearticulando a perspectiva culturalista da eticidade com o princípio moderno da liberdade individual<sup>490</sup>.

A dinâmica do reconhecimento mútuo segue um desenvolvimento espiral onde a cada nova forma de reconhecimento social, o indivíduo aprende a conhecer e realizar novas dimensões de sua própria identidade:

O conflito deixa de ser algo negativo e transitório e passa a indicar o momento positivo de formação e desenvolvimento do processo social, que de outro modo permaneceria opaco e inconsciente, sendo o próprio motor da lógica do reconhecimento<sup>491</sup>

---

<sup>488</sup> SOUZA, Jessé. *Uma teoria crítica do reconhecimento*. Lua Nova, nº50, 2000, p.133. Digno de nota é a participação fundamental do Professor Jessé Souza na construção de uma teoria crítica no Brasil.

<sup>489</sup> SOUZA, Jessé. *Uma teoria crítica do reconhecimento*. Lua Nova, nº50, 2000, p.134.

<sup>490</sup> Soma-se aos dois pensadores o canadense Will Kymlicka. A posição deste autor está muito bem exposta em: “Multiculturalismo Liberal e Direitos Humanos” In *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Coordenadores: IKAWA, Daniela. SARMENTO, Daniel. PIOVESAN, Flávia, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010 (2º tiragem) pp.217-246.

<sup>491</sup> SOUZA, Jessé. *Uma teoria crítica do reconhecimento*. Lua Nova, nº50, 2000, p.136.

Diferente dos contratualistas, Hegel defendeu a existência de alguma forma de aceitação recíproca e intersubjetiva que o contrato deve estabelecer explícita e conscientemente. Deste modo, o contrato tornar-se-ia algo que almeja uma “realização reflexiva de direitos”. Em exemplo claro e didático, explica Jessé Souza que “a ameaça à propriedade alheia não é respondida pelo agredido em sua forma mais básica e elementar, com o sentimento de medo, mas com o sentimento de injustiça pelo fato de ter sido ignorado e não reconhecido pelo outro”<sup>492</sup>. Recorre o sociólogo brasileiro a chamada revolução dos costumes (expressivismo romântico e nas artes do século XIX e XX) que na década de sessenta do século passado, influenciou todo o mundo. Aponta que a eficácia social por esta “revolução” alcançada deriva dos princípios que foram incorporados ao senso comum de toda uma geração. Tal concepção inovara ao afirmar uma idéia de “individuação mais completa”, pois cada indivíduo é único e assim deve ser. A questão não é mais de se reconhecer as diferenças, “o novo é a percepção de que essas diferenças não são simples variações sobre o mesmo tema, e que elas implicam o dever e a obrigação de se viver de acordo com essa originalidade”<sup>493</sup>.

Um das principais críticas direcionadas aos “kantianos formalistas” é que estes desconsideram ou não dão a devida atenção ao componente emocional (essa é a pedra de toque, por exemplo, da tese de democracia deliberativa de Iris Young). Por outro lado, em Hegel, a dinâmica do reconhecimento é suficientemente ampla para abarcar relações afetivas, relações sociais abarcadas pelo direito, bem como o componente meta-jurídico da solidariedade<sup>494</sup>.

E este componente – o da solidariedade – é extremamente importante na construção de qualquer teoria social que se queira aberta aos desafios que o mundo contemporâneo apresenta. Essas complexidades da pós-modernidade, uma era marcada pela diversidade em todos os sentidos, não era visível, por exemplo, para os teóricos do solidarismo que em sua maioria, escreveram entre o fim do século XIX e início do XX. Daí a necessidade de se distanciar, em boa medida, das premissas filosóficas de uma solidariedade atual para a solidariedade observável por aqueles pensadores.

---

<sup>492</sup> SOUZA, Jessé. *Uma teoria crítica do reconhecimento*. Lua Nova, n°50, 2000, p.136.

<sup>493</sup> Ibid, p.148.

<sup>494</sup> SOUZA, Jessé. *Uma teoria crítica do reconhecimento*. Lua Nova, n°50, 2000, p.151.

O que se está em jogo na solidariedade atual é o reconhecimento social das singularidades individuais que se opõe à igualdade que uniformiza as diferenças, atual apanágio do direito<sup>495</sup>.

O reconhecimento social acontece pela participação e contribuição diferenciada de certos valores sociais compartilhados coletivamente: “é a auto-estima, por oposição à dignidade de todos os sujeitos de direito que se manifesta aqui. A relação entre as dimensões do direito”<sup>496</sup>.

A construção das identidades –coletivas ou individuais – está relacionada com o reconhecimento *do* outro e *pele* outro. De fato o reconhecimento sobressai na significação acerca de quem somos e de como almejamos que o outro nos veja.

Os teóricos que se aventuram pela discussão sobre reconhecimento não possuem necessariamente uma uniformidade sobre o que seria o reconhecimento<sup>497</sup>. Por outro lado, um ponto em comum parece ser a questão central de todas as abordagens, ao menos as mais debatidas: a luta por reconhecimento são lutas simbólicas ou um novo jeito de falar de lutas pela valorização de identidades.

Atualmente, o reconhecimento é visto erroneamente como a luta de grupos minoritários para estimar especificidades culturais, fato que diminui por demais uma construção teórica extremamente engajada: “É essa visão que leva alguns autores a criticar Honneth e Taylor por re-essencializar identidades, fomentar a idéia do self-soberano e negligenciar o fato de haver reivindicações socialmente injustificáveis”<sup>498</sup>.

A *luta por reconhecimento*<sup>499</sup> de Honneth possui três dimensões intersubjetivas: “amor”, “direito” e “solidariedade”, sendo tais dimensões viabilizadoras de: autoconfiança, auto-respeito e auto-estima.

Uma das premissas de Honneth é apontar para um equívoco de Habermas ao propor que a racionalidade comunicativa seria anterior ao conflito social, deixando para um

---

<sup>495</sup> Idem,

<sup>496</sup> SOUZA, Jessé. *Uma teoria crítica do reconhecimento*. Lua Nova, n°50, 2000, pp. 151-152.

<sup>497</sup> Para nós as visões de Honneth e Carles Taylor (autores que revitalizam idéias hegelianas) e da americana Nancy Fraser (uma leitura que segundo a própria autora é compatível com a tese de Honneth) serão as que comportarão maior atenção.

<sup>498</sup> MENDONÇA, Ricardo Fabrino. *Dimensão intersubjetiva da auto-realização: em defesa da teoria do reconhecimento*. Rev. bras. Ci. Soc. vol.24 n°70 São Paulo: Junho de 2009. A referência, em especial, é direcionada a americana Nancy Fraser.

<sup>499</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003, p.p 155-212.

patamar inferior a luta por reconhecimento que no seu entender, é ela que estrutura a subjetividade e a identidade individual e coletiva<sup>500</sup>.

Assim, as dimensões e padrões de reconhecimento para a formação do *todo*, podem ser coordenados por modalidades recíprocas de desrespeito e, assim trabalhadas, possibilitariam a leitura dos conflitos sociais pelo padrão do reconhecimento, facilitando a emancipação do homem.

Mead, lembrado por Honneth, diz que ao se tomar consciência da subjetividade sob a coação de uma dificuldade prática, o indivíduo é convidado a reelaborar a interpretação da situação, sendo o “eu prático” que passa a atuar. No mesmo sentido assevera que o indivíduo só aceita a consciência de si mesmo na forma de objeto. Assim, surge uma eticidade intersubjetiva no momento em que desenvolvo a minha identidade, quando o indivíduo se torna capaz de apreender a minha própria ação na perspectiva do outro. Os conceitos que ele usa são o do “I” (Eu) e o “Me” (Mim). O primeiro representa o sujeito; o segundo, a sua descentralização, a sua capacidade de se colocar na perspectiva do outro na relação consigo<sup>501</sup>.

O sujeito só obtém sua identidade através do deslocamento ou da descentralização. Assim, quanto maiores as necessidades de rupturas com a coletividade o “Eu” oferecer, em outras palavras, quanto mais especificidades quiser ver respeitadas, mais o “Me” tenderá a conferir no que diz respeito ao reconhecimento subjetivo, sem o “Eu” deixar de conservar a sua identidade pessoal.

Honneth enxerga uma interdependência entre autonomia privada e autonomia pública, sendo o “Eu” anterior a comunidade jurídica na qual está. As forças que conduzem o movimento de reconhecimento são os impulsos incontroláveis do “Eu” que se expressam prontamente quando encontram a concordância do outro generalizado. Ao estarem decididos pela não legitimação das normas, a desafiam (necessidade psíquica) e passam a se dedicar pela ampliação de reconhecimento jurídico, sendo este um padrão de reconhecimento amplo, universal, direcionado a toda a comunidade. Esse “enriquecimento”

---

<sup>500</sup> NOBRE, Marcos. Introdução. In: HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

<sup>501</sup> MEAD, G.H. apud HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...* pág. 135

da comunidade, diz Honneth na esteira de Mead, é o que se pode chamar de luta por reconhecimento<sup>502</sup>.

Assim posto, a solidariedade como auto-estima social é ensejadora da valorização das singularidades e da identidade. O sentimento de solidariedade daí nascido se baseia nas relações simétricas entre os membros da sociedade, transformando-se estas em garantia a qualquer sujeito de ter a possibilidade de ver reconhecida suas características como preciosas e indispensáveis para a sociedade.

#### 4.3.2.1 Desenhando a luta por reconhecimento

Se há um consenso mínimo quanto as formas de reconhecimento é que essas partem da necessidade de consideração do que existe de diferente no outro, pois só assim será possível construir uma identidade social e individual.

Seguindo esse signo é que Charles Taylor advoga a necessidade de se ver a luta por reconhecimento como formadora de identidades<sup>503</sup>, sendo que a “identidade consiste na interpretação que uma pessoa faz de si mesma e das características fundamentais que a definem como ser humano”<sup>504</sup>, pois o reconhecimento é essencial às necessidades humanas, uma vez que a ausência deste ou sua negação, transformar-se-iam em manifestações de opressão levando o sujeito a se ver como menor, enfraquecido e subjugado<sup>505</sup>.

Portanto, é através do reconhecimento e deferência pelas diferenças que se afirmam as particularidades culturais que fomentam e permitem a existência de culturas diversas, fortalecendo, assim, o pleno exercício de suas identidades.

Em conhecida formulação teórica Axel Honneth lança mão de um processo de formação social das identidades social e coletiva, na qual indivíduos perseguem o reconhecimento dos demais membros de uma sociedade. Para isso, ele constrói um

---

<sup>502</sup> HONNETH, A. *Luta por Reconhecimento...* pág 145.

<sup>503</sup> TAYLOR, Charles. *El Multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p.18.

<sup>504</sup> NARITOMI, Sabrina. *Princípio constitucional da solidariedade : um direito-dever de redistribuição de reconhecimento?* 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005, p.72.

<sup>505</sup> NARITOMI, Sabrina. *Princípio constitucional da solidariedade : um direito-dever de redistribuição de reconhecimento?* No mesmo sentido de: TAYLOR, Charles. *El Multiculturalismo y lá política del reconocimiento*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p.43.

arcabouço teórico com base em três pilares a seguir trabalhados: Amor, Direito e Solidariedade.

Das relações emotivas surge uma ligação de dependência e autonomia, fundamental para que as pessoas cresçam em autoconfiança. Por sua vez, os direitos efetivariam a universalização da dignidade, promovendo o auto-respeito, pois permitem as pessoas se verem como iguais e dignas de igual respeito. Quanto à estima social, esta pertence à sociedade de valores que se revela no exame dos potenciais apoios sociais e das realizações de indivíduos. Aqui a solidariedade é a fomentadora das realizações de auto-estima

Nas sociedades atuais, a auto-realização individual só é obtida quando os sujeitos apreciam o reconhecimento intersubjetivo não apenas de sua autonomia pessoal, mas, sobretudo, de seus anseios específicos e aptidões particulares<sup>506</sup>.

Passemos então a analisar cada um dos padrões de reconhecimento.

#### 4.3.2.1.1 A esfera do Amor

O amor é o que materializa as carências humanas, constituindo-se, assim, na primeira etapa do reconhecimento, pois, como seres carentes, dependemos de afetuosidade pelo outro.

Assim, o amor parte das relações primárias emotivas, tais como entre pais e filhos, entre amigos e daqueles que possuem um convívio bastante próximo.

Advoga Honneth que as relações amorosas são: (i) primárias, entendidas como “ligações emotivas fortes entre poucas pessoas”<sup>507</sup>; e (ii) relações eróticas entre dois parceiros; (iii) e a relação entre pais e filhos e as relações de amizade. Portanto, nos dizeres de Hegel, aqui lembrado por Honneth, o amor é “ser-si-mesmo em um outro”<sup>508</sup>, pois as relações afetivas se encontram em “equilíbrio precário entre autonomia e ligação”<sup>509</sup>. Assim, as tensões comunicativas ancoradas nas experiências de “estar só” ou “estar junto”

---

<sup>506</sup> HONNETH, A. *Luta por Reconhecimento...* p. 189.

<sup>507</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003, p.159.

<sup>508</sup> HEGEL, G.W.F. *System der Sittlichkeit*. Nachdruck der lassung. Ausgabe: Hamburgo 1967, p.17 Apud HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003, p.160.

<sup>509</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003, p.160.

se apresentará como virtuosa na medida em que os indivíduos ali envolvidos possam extrair da articulação um recíproco “ser-si-mesmo em um outro” (Hegel).

Hegel entende que o amor é elemento necessário aos particularismos morais, pois nele está o cerne da eticidade: só uma ligação simbioticamente alimentada, tributária de uma delimitação livremente escolhida, gera autoconfiança individual, sendo ela a base indispensável para proporcionar a autonomia necessária à participação na vida pública<sup>510</sup>.

Portanto, o padrão do amor permite que das relações emotivas brotem ligações de dependência, mas não uma dependência que prende e limita, mas sim uma dependência que emancipa e torna o sujeito autônomo.

A experiência do amor, presumivelmente mais importante para Honneth, é fundamental para que os sujeitos possam constituir uma identidade estável e uma personalidade intacta<sup>511</sup>. Por outro lado, diante das complexidades que as sociedades modernas globais impõem às teorias sociais, o próprio Honneth é obrigado a ceder em suas convicções e diz que nessas sociedades há uma primazia da relação jurídica de reconhecimento. Ela, a princípio, exorta todos os sujeitos, de maneira igual, ao respeito mútuo e, por isso, possui a maior força de inclusão<sup>512</sup>.

#### 4.3.2.1.2 As relações jurídicas de reconhecimento

O segundo modelo de socialização trabalhado por Honneth é o Direito, pois a condição de sujeitos de direitos está fortemente relacionada com a consciência dos deveres e obrigações que possuímos para com os demais indivíduos.

A partir do momento que os sistemas jurídicos e o Estado de Direito foram tratados como epicentro de interesses universais e diversificados, qualquer pretensão de arbítrio ou privilégios deveriam ser questionados. Aqui o direito exige um reconhecimento dos sujeitos independentemente da estima por suas realizações pessoais.

Portanto, no campo do reconhecimento representado pelo direito, o que se pretende é permitir as condições necessárias para a participação de todos os cidadãos,

---

<sup>510</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, p.178.

<sup>511</sup> Sobre a prioridade léxica que Honneth concebe ao amor no que diz respeito aos três padrões de reconhecimento, ver entrevista feita por Marcos Nobre e Luiz Repa com o autor. “Honneth esquadrinha ‘déficit sociológico’” Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u37729>

<sup>512</sup> Idem,



independentemente de suas preferências e concepções particulares, nas decisões políticas da sociedade em que atuam.

Aponta Honneth que a conquista e consolidação dos direitos fundamentais esteve inevitavelmente correlacionadas com as reivindicações de grupos normalmente vinculados às minorias.

Com Hegel, a dimensão jurídica é uma forma de reconhecimento recíproco:

No Estado, [...] o homem é reconhecido e tratado como ser racional, como livre, como pessoa; e o singular, por sua parte, se torna digno desse reconhecimento porque ele, com a superação na naturalidade de sua autoconsciência, obedece a um universal, a vontade sendo em si e para si, à lei, ou seja, se porta em relação aos outros de uma maneira universalmente válida, reconhece-os como o que ele próprio que valer – como livre, como pessoa<sup>513</sup>

Como se percebe, a autonomia individual do singular se deve a um modo particular de reconhecimento recíproco, que se insere no direito positivado. A disposição para obedecer às normas jurídicas só será viável entre parceiros de interação quando eles puderem assenti-las como seres livres e iguais<sup>514</sup>.

Deste modo, o direito como padrão de reconhecimento intersubjetivo se traduz em uma ordem jurídica universal, na qual os sujeitos possam participar com paridade de armas na construção de um acordo racional e que se reconheçam reciprocamente como capazes de elegerem livremente as normas morais da comunidade.

A luta por reconhecimento, nessa quadra, se comprova pela própria evolução dos direitos fundamentais: na primeira dimensão sobressaem-se os direitos negativos de liberdade; já na segunda dimensão os direitos de participação nas escolhas públicas, configurados igualmente em prestações positivas; e, por fim, na terceira dimensão com as promessas do Estado social e uma partilha justa dos bens<sup>515</sup>. Diante do exposto, fica claro, como ressalta Sabrina Naritomi que “Deste processo histórico de consolidação dos direitos

---

<sup>513</sup> HEGEL, G. W. F. “Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften III” In *Werke: in 20 Bänden* (Ed. De Karl Markus Michel/Eva Moldenhauer). Frankfurt, 1970, vol.10, p.221 ss. Apud HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, p.179.

<sup>514</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, pp.181-182

<sup>515</sup> NARITOMI, Sabrina. *Princípio constitucional da solidariedade: um direito-dever de redistribuição de reconhecimento?* No mesmo sentido de: TAYLOR, Charles. *El Multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p.82. Para tanto a autora recorre a Honneth, vide: HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, p.189.

fundamentais pode-se deduzir que a imposição de cada nova classe de direitos e deveres esteve relacionada à pressão de grupos desfavorecidos”<sup>516</sup>.

Portanto, para ser completa, a relação jurídica de reconhecimento deverá expressar positivamente as diferenças individuais entre membros de uma coletividade<sup>517</sup>. O Sistema jurídico deve ser compreendido como manifestação de interesses universalizáveis de todos os sujeitos, sem a existência de privilégios e exceções, pois só assim a deferência pelas normas jurídicas será alcançada, na medida em que os parceiros de interação puderem assenti-las como dignas de igual respeito e consideração. Daí brota o reconhecimento do direito como uma nova forma de reciprocidade, uma vez que “obedecendo à mesma lei, os sujeitos de direito se reconhecem reciprocamente como pessoas capazes de decidir com autonomia individual sobre normas morais”<sup>518</sup>.

A não participação no processo de construção do direito, bem como a negação de um direito, coloca em xeque a igualdade moral entre os membros de uma comunidade, configurando-se em perda de auto-respeito, gerando, como consequência, a limitação da autonomia moral. Por outro lado, a negação de um direito como forma de desrespeito, pode fomentar uma inquietação, que nasce da indignação moral: força emancipatória da interação.

Em síntese, a forma de reconhecimento por meio das relações jurídicas corresponde à forma de desrespeito denominada privação de direitos. Seu não reconhecimento ameaça a integridade social como componente da personalidade, e o auto-respeito como característica da auto-relação.

#### 4.3.2.1.3 A Solidariedade

O terceiro e último padrão proposto por Honneth é o que mais nos interessa: a solidariedade. Esta forma de reconhecimento tributa da necessidade de haver valores intersubjetivamente compartilhados, pois só assim será possível gerar estimas recíprocas, estimas que viabilizarão o entendimento e a compreensão daquilo que um indivíduo poderá

---

<sup>516</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, p.191. No mesmo sentido: NARITOMI, Sabrina. *Princípio constitucional da solidariedade: um direito-dever de redistribuição de reconhecimento?*...p.82.

<sup>517</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, p.139.

<sup>518</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, p.182.

acrescentar ao seu semelhante, isto é, contribuir mediante propriedades pessoais para com o outro, ao ponto de se ver nele.

Ao contrário do direito, neste ponto Honneth direciona sua análise às características gerais do ser humano. É no contexto social que essas peculiaridades permitem aos sujeitos dialogarem as diferenças, pondo em perspectiva as singularidades. Aqui, a solidariedade se transforma em um tipo normativo que corresponde às diversificadas formas de auto-relação<sup>519</sup>.

Desde a modernidade, a individualização é uma constatação pragmática, e assim sendo, a solidariedade, como padrão de reconhecimento, possibilita um ambiente social no qual as diferenças entre os sujeitos sejam vinculativas, amplas e intersubjetivas<sup>520</sup>.

A solidariedade como forma de reconhecimento tem como pressuposto uma vida em comunidade, sendo as perspectivas pessoais de seus membros avaliadas intersubjetivamente, caminhando na direção de uma abertura de horizontes, permitindo, a todos os sujeitos, formas diferentes de auto-realização<sup>521</sup>.

Essa abertura de horizontes inevitavelmente provoca tensões, isto é, um constante processo de luta, eis que esta forma de organização coloca de um lado pretensões e desejos individuais e de outro um amplo espectro social responsável por fazer a avaliação dessas diversas pretensões de auto-realização<sup>522</sup>.

O lado positivo da tensão social que daí germina, colocando frente a frente concepções individuais e morais (avaliação social da moralidade), faz surgir no seio da sociedade, um palco no qual se desenvolve uma luta constante por reconhecimento, pois só assim, mediante ampla participação na vida pública, as concepções podem fazer parte de um sistema social de referência que nada mais é do que a autocompreensão moral e cultural da sociedade da qual fazem parte.

A individualização das formas de reconhecimento permite um contorno específico de auto-relação que encontra, na solidariedade, relações simétricas de respeito e consideração (estima) entre sujeitos autônomos que buscam realização. Destarte, os sujeitos autônomos passam a nutrir uma maior consideração quando enxergam no outro

---

<sup>519</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, p. 199.

<sup>520</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, pp.203-205

<sup>521</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, p. 200.

<sup>522</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, p. 207.

características fundamentais para a vida em sociedade. Justamente quando ocorre o interesse recíproco de características pessoais, os objetivos comuns começam a se construir.

Portanto, quando não se leva a sério as estimas sociais, desqualificando certas concepções de vida, tornando-as inferiores, retira-se dos seres humanos o valor social de seus desejos, fazendo com que eles deixem de ter significado positivo para ele mesmo. Enquanto sujeitos livres e iguais, necessitamos que o outro nos veja e seja capaz de refletir nossos pontos de vista, desejos, sentimentos e reivindicações.

Os conflitos e reivindicações como manifestações legítimas e responsáveis, só contribuiram para a evolução do homem e da sociedade. A seguir passaremos a analisar algumas questões pontuais sobre a luta por reconhecimento de alguns grupos socialmente estigmatizados em suas reivindicações.

No ponto, cumpre ressaltar que por questões de coerência não será nosso objetivo tratar minuciosamente da evolução histórica de cada um desses grupos e dos obstáculos por eles vencidos, até porque os preconceitos sofridos por eles não é de difícil percepção, sendo praticados em outros tempos (mas também ainda hoje) pelo próprio Estado.

Sem embargo, questões relativas a gênero, opção sexual, deficiência física, religião, idade e “raça”, estão na ordem do dia no debate político e jurídico de nosso país, fato que nos força tratar destas questões de forma alocativa, isto é, tendo como perspectiva o sistema social brasileiro.

Isto posto, para demonstrar a possibilidade de aplicação e fundamentação do princípio da solidariedade, nos coube delimitar uma vez mais nossa abordagem. Neste momento, colocaremos a prova a teoria do reconhecimento frente a um caso que vem mexendo com a sociedade e com o Supremo tribunal Federal: a cota “racial” nas Universidades Públicas.

#### 4.4 A luta por reconhecimento no direito constitucional brasileiro: o caso paradigmático das cotas raciais

##### 4.4.1 Ação afirmativa e o dever de reconhecimento

A temática das “ações afirmativas” ou “discriminações positivas”, assunto de extrema controvérsia, tanto na área jurídica como na educacional, vem despertando

intensos debates no Brasil, sobretudo no que diz respeito a sua ligação com as minorias “raciais”, apesar de atualmente ser impossível ou ao menos acientífico classificar as pessoas em “raças”<sup>523</sup>.

Com efeito, a adoção de políticas públicas objetivando a concessão de maiores oportunidades dirigidas a grupos minoritários, teoricamente desfavorecidos socialmente, tais como negros, índios, mulheres, pessoas com deficiência, homossexuais, idosos, etc., com base em experiências em outros países, suscita, nos dias atuais, uma maior discussão quanto ao seu real significado para sociedade brasileira, cujos recentes debates vêm centrados em uma das vertentes das ações afirmativas: a implementação da política de cota nas universidades públicas.

O tema é angustiante e nem de perto pacífico, muito pelo contrário, está longe de se apresentar unânime, trazendo controvérsias entre doutrinadores, legisladores, educadores e antropólogos a respeito de sua aplicabilidade. Para muitos, tais medidas seriam inconstitucionais, eis que destinadas a conceder “privilégios” a determinados grupamentos, em contraposição ao postulado da igualdade, redundariam numa discriminação reversa e desproporcional. Por outro lado, preconiza-se que, em verdade, estar-se-ia diante de uma desigualação positiva a promover uma efetiva igualação jurídica, sendo a ação afirmativa verdadeira forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que acham sujeitas as minorias.

Na presente abordagem as denominadas ações afirmativas serão estudadas sob dois enfoques. O primeiro analisará as ações afirmativas genéricas, destinadas a elevar o padrão de vida dos grupos “menos afortunados”<sup>524</sup>. O segundo estudará as ações afirmativas em

---

<sup>523</sup> Sobre essa polêmica de classificação das pessoas em “raças”, faz-se interessante observar parecer do professor Sérgio Danilo Pena, titular da cadeira de bioquímica da Universidade Federal de Minas Gerais, esclarecendo algumas das descobertas do projeto Genoma: “Todos os estudos genômicos realizados até agora têm destruído completamente a noção de raças. Em outras palavras, a espécie humana é jovem demais para ter tido tempo de se diferenciar em raças. Do ponto de vista genômico, raças não existem [...] com tudo o que nós sabemos sobre raças, hoje em dia, ou sobre a ausência de raças, já ficou claro que a variabilidade dentro dos chamados grupos raciais é muito maior agora, 19 vezes maior, do que entre os grupos raciais [...] Em outras palavras, isso significa que as diferenças genômicas entre qualquer pessoa no Brasil são tão grandes quanto às diferenças genéticas entre um brasileiro e um africano, a inexistência de raças não significa que todo mundo é igual. E que todo mundo é igualmente diferente”. Opinião retirada do voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Maurício Corrêa no *Habeas Corpus* 82.424/RS. Vide *Crime de Racismo e Anti-semitismo: um julgamento histórico do STF: Habeas Corpus nº 82.424/RS*. Editora Brasília Jurídica, Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004. p. 25-26.

<sup>524</sup> Expressão utilizada por Thomas Sowell para classificar as minorias. Thomas Sowell é um respeitado intelectual norte americano e PhD em economia pela Chicago University, pesquisador sênior de políticas

sua perspectiva altamente específica, na qual elas seriam criadas para privilegiar determinados grupos da população, abordagem esta denominada cotas preferenciais.

Um risco que será a todo o momento evitado é o de usar as idéias aristocráticas de Aristóteles acerca da igualdade para defender uma política pública ou se posicionar judicialmente. A igualdade não é meramente formal ou material. Como valor e princípio ela é vazia, sendo que a delimitação de seu conteúdo só será alcançada mediante uma situação fática concreta. O uso desmedido da igualdade material idealizada pelo Estado Social só beneficiou uma minoria e tornou mais obstaculizada a vida de todo o resto.

No paradigma brasileiro, as cotas vêm sendo implantadas ante duas premissas: a de que seria o resgate de uma dívida que o Brasil teria para com os negros e de que seria a forma mais justa de se garantir acesso à população mais carente ao ensino superior. O grande problema são as formas pelas quais estas estão sendo aplicadas e discutidas, tornando-se motivo de críticas e contradições, que nem seus defensores sabem explicar, transparecendo um discurso falacioso e retórico de justiça social.

A idéia de que as ações afirmativas possam recuperar o respeito próprio das minorias e reduzir o grau de rejeição da sociedade deve ser trabalhada de forma bem ampla, porém cautelosa. Isto porque novas formas de discriminação podem passar a existir. Veja-se, como exemplo, o caso de um negro que assume uma cadeira na Universidade em razão de ações afirmativas (cotas). O candidato branco, de quem ele poderia ter tomado a vaga, se não sentia qualquer ressentimento racial, poderá passar a nutri-lo. O desafio neste ponto é demonstrar para os demais membros da sociedade, sobretudo àqueles que terão seu acesso mais dificultado nas Universidades, que ele não está sendo violentado em sua liberdade de ofício, bem como que a chance dada a outra pessoa não deriva de uma dívida por ele contraída, mas que por um dever de solidariedade e de cidadania a oportunidade diferenciada concebida a um *igual* tributa da idéia de que a comunidade estará melhor e mais justa assim.

A opção por cotas e políticas afirmativas dirigidas a grupos específicos da população, nos mais diversos cantos do mundo, vem sempre acompanhada das melhores

---

públicas da cadeira de Rose e Milton Friedman da Hoover Institution na Stanford University. Autor de vários livros. Escreve uma coluna publicada simultaneamente em mais de 150 jornais e contribui para revista *Forbes*. Foi professor em diversas universidades, notadamente Cornell, Amherst e University of Califórnia Los Angeles – UCLA. **Sowell é negro.** in: SOWELL, Thomas. *Ação Afirmativa ao Redor do Mundo: Estudo Empírico*. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2004. Trad. Joubert de Oliveira Brízida.

intenções, da mais exibida compaixão pelos mais fracos. “Embora seja verdade que uma análise mais atenta dos argumentos apresentados revele tolices assombrosas, falsidades históricas e manipulação estatística, sempre resta o fato de que as intenções originais são louváveis”<sup>525</sup>.

No caso dos mais pobres, a inexistência de ações afirmativas genéricas combina com o sistema de cotas e assistencialismo, *protege mais a pobreza do que os pobres*. No que se refere à questão dos negros, por outro lado, as cotas geram o risco de fazer transparecer ou brotar uma segregação racial.

Por fim, deve-se controlar os vícios populistas que assolam nossa cultura: Educação e diploma são coisas diferentes e políticas que não se preocupam efetivamente com a educação e o reconhecimento estão fadadas ao fracasso<sup>526</sup>.

#### 4.4.1.1 Ação afirmativa: conceito e evolução histórica (entre o passado e o presente)

O termo “ação afirmativa” ou *affirmative action* foi criado pelo Presidente norte-americano John F. Kennedy, na *executive order n° 10965, de 6 de março de 1963*”. Porém, a idéia de ações afirmativas surgiu nos Estados Unidos da América (EUA), durante a histórica e permanente luta dos negros contra o racismo de que eram, e não é errado admitir que ainda sejam, as principais vítimas<sup>527</sup>. No ano de 1941, o Presidente Franklin Roosevelt proibiu, por decreto, a discriminação racial contra negros quando da seleção e recrutamento do pessoal para trabalhar no Governo dos Estados Unidos, prática comum até aquele momento. No âmbito da iniciativa privada americana, a discriminação racial contra negros somente foi abolida em 1964, pelo então Presidente Lyndon Johnson, com a promulgação da *Civil Rights Act*, Lei dos Direitos Civis.

O tema, como se frisou na parte introdutória, é polêmico. A começar pela questão de sua própria definição. Enquanto alguns autores restringem-se a determinados tipos de

---

<sup>525</sup> SOWELL, Thomas. *Ação Afirmativa ao Redor do Mundo: Estudo Empírico...*, p.3.

<sup>526</sup> Neste ponto divergimos, por exemplo, de Roberta Fragoso que sustenta que o Estado brasileiro não apoiou a banalização da vida humana durante a escravidã no Brasil. A nosso sentir, se não o fez por ação, no mínimo foi omissivo! Vide: KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações Afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2007.

<sup>527</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Sousa. *O Direito a diferença. As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.184.

discriminação, outros falam da obrigatoriedade de seu caráter temporário, ou, mesmo, só as concedem diante das iniciativas do poder público.

Para Álvaro Ricardo de Sousa Cruz, as ações afirmativas podem ser entendidas como “medidas públicas e privadas, coercitivas ou voluntárias, implementadas na promoção e integração de indivíduos e grupos sociais tradicionalmente discriminados em função de sua origem, raça, sexo, orientação sexual, idade, religião, etc”<sup>528</sup>.

Já para Joaquim Barbosa Gomes, Ministro do Supremo Tribunal Federal e um dos mais influentes defensores dessa política, as ações afirmativas podem ser definidas na atualidade como:

[...] um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo e voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir e mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego<sup>529</sup>

A ação afirmativa é, portanto, atos de discriminação lícitos e necessários à atuação comunicativa da sociedade. Logo, não devem ser vistos como “esmolos” ou “clientelismo”, mas como um elemento essencial à conformação do Estado Democrático de Direito, mormente quando nos damos conta de que, entre os objetivos perseguidos pela República brasileira, está o de construir uma “sociedade livre, justa e solidária”, conforme expressamente estabelecido no artigo 3º, inciso I, da Carta Política de 1988. A isso se soma a importância central que é atribuída, em sede principiológica, à questão da dignidade da pessoa humana, erigida à categoria de valor fundante da nossa ordem constitucional.

Portanto, o debate aqui proposto se mostra totalmente a favor da ação afirmativa instituída pelo princípio da solidariedade e nele fundamentado (a solidariedade aqui informa a igualdade).

---

<sup>528</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Sousa. *O Direito a diferença. As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.185

<sup>529</sup> GOMES, Joaquim Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: Renato Emerson dos Santos e Fátima Lobato (orgs.). *Ações Afirmativas: Políticas públicas contra as desigualdades raciais* – Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p.27.



Nesse sentido, interessante se faz observar com bastante atenção a experiência norte-americana, pois ela é a história mais (in) evoluída neste campo. Ressalta-se, porém, que mesmo por lá a temática não é nem de perto tranqüila.

Quando criou a ação afirmativa, Kennedy dirigiu seus esforços no sentido de arquitetar uma comissão por oportunidades iguais de emprego. Em suma, não deveria haver absolutamente cota ou preferências, apenas uma preocupação especial para garantir que aqueles que tinham sido discriminados no passado não mais o fossem no futuro e que passos concretos fossem dados para que todos tomassem conhecimento disso.

Assim, ação afirmativa seria qualquer iniciativa pública ou particular que pretendesse promover a inclusão de pessoas que sofrem com algum tipo de preconceito, seja ele de qualquer natureza. Nesse raciocínio, a implementação de um percentual reservado a deficientes físicos em concursos públicos, por exemplo, seria uma atitude louvável, pois dizer que uma pessoa desprovida de parte do corpo, essencial a atividade humana, está em iguais condições de competir com pessoas que não sofrem de alguma deficiência, é no mínimo demagogia.

Partindo do conceito de ação afirmativa genérica, vários tipos específicos foram desenvolvidos. Dentre eles podemos mencionar outras opções que podem ser consideradas para a efetivação das ações afirmativas que não o sistema de cota: o método do estabelecimento de preferências. Um sistema de bônus, por exemplo, ou incentivos fiscais (como instrumento de motivação do setor privado), seriam bem mais interessantes para se atingir a eficácia das ações afirmativas, além, é claro, de um sistema educacional muito mais estruturado<sup>530</sup>.

Com efeito, outras medidas menos gravosas podem ser adotadas com sucesso no que diz respeito à promoção dos direitos dos cidadãos negros. Nos Estados Unidos, mecanismos que estimulam entidades públicas e civis a compor os seus quadros com representantes de grupos minoritários ou a oferecer-lhes oportunidades de qualificação

---

<sup>530</sup> Joaquim Barbosa Gomes alerta que falta ao Direito brasileiro um maior conhecimento das modalidades e das técnicas que podem ser utilizadas na implementação de ações afirmativas: “Entre nós, fala-se quase exclusivamente do sistema de cotas, mas esse é um sistema que, a não ser que venha amarrado a um outro critério inquestionavelmente objetivo, deve ser objeto de uma utilização marcadamente marginal”. GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: O direito como instrumento de transformação social*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 9-10.

profissionais são sempre preferidos ao estabelecimento de “cotas rígidas”, na linha do que recomenda a Suprema Corte.

No Brasil, também existem medidas a serem aplaudidas. O Ministério da Justiça, mediante a Portaria nº 1.156, de 20.12.2001, instituiu o seu programa de ações afirmativas que se limita a fixar metas de ocupação dos cargos de direção, não sujeitos a concurso, por afrodescendentes, mulheres e portadores de necessidades especiais; e a dar preferência, nas licitações públicas e nas contratações de empresas prestadoras de serviços públicos, a quem comprovar preocupar-se com tais minorias, atendendo a metas de aproveitamento.

No entanto, a distância que existe entre os “possuídos” e os “despossuídos” em nosso país, demonstra que somente a ação afirmativa genérica não é capaz diminuir essa distância. Daí surge a necessidade de criar argumentos razoáveis e ponderados a favor de ações afirmativas específicas. Defender cota como dívida social deve ser um argumento apenas residual dentro de uma “banheira” de argumentos. As chances de tal empreitada falhar seguindo essa perspectiva, a nosso sentir, são grandes. Tais tentativas antes afastam do que colocam em perspectiva visões de mundo diferentes, não trazendo a devida auto-estima e consideração.

#### 4.4.1.1.1 Ação afirmativa específica

Quando John F. Kennedy criou o termo ação afirmativa tinha a pretensão de que os candidatos a algum emprego fossem respeitados de igual forma sem levar em conta a “raça”, credo, cor ou origem nacional, e não de criar cota e preferências para certos grupos. Ao contrário, mandava que os empregadores contratassem sem levar em conta filiações a grupos – e que tornassem tal fato evidente para todos. Tratava-se de ação afirmativa genérica. Essa ação afirmativa genérica vem contando de há muito com o apoio do público em geral, aumentando o sentimento de fraternidade e solidariedade.

No entanto, no início da década de setenta, durante o Governo Nixon, diretrizes fizeram referência a “procedimentos orientados para resultados”, insinuando o que poderia vir a ocorrer. Em dezembro de 1971 saíram às diretrizes decisivas esclarecendo que os objetivos e cronogramas significavam “aumentar materialmente o emprego de minorias e mulheres”, e que por “subutilização” se entendesse a “menor existência de minorias e

mulheres em determinadas categorias de trabalho do que se poderia razoavelmente esperar em função de sua disponibilidade”. Requereu-se dos empregadores que confessassem “deficiência na utilização de minorias [...] O ônus da prova – e do remédio – foi deixada ao empregador”<sup>531</sup>

A partir daí, a “ação afirmativa” estava transformada em um conceito numérico, fosse ele chamado de “objetivo” ou de “cota”. Portanto, esse sentido específico foi um produto norte-americano na década de setenta<sup>532</sup>.

Segundo o professor Gary Orfield de Havard, as políticas de ação afirmativa se inserem no quadro das políticas concebidas nas décadas de 60 e 70, que “buscavam resultados concretos para melhorar as condições de vida das minorias, não visando apenas à igualdade individual”<sup>533</sup>.

A cota é uma segunda etapa da ação afirmativa. Constatada nos EUA a ineficácia dos procedimentos clássicos de combate à discriminação, deu-se início a um processo de alteração conceitual destas medidas, que passaram a idéia, mais ousada, de realização da

---

<sup>531</sup> SOWELL, Thomas. *Ação Afirmativa ao Redor do Mundo: Estudo Empírico*,...p. 125.

<sup>532</sup> É nesse sentido, o de se utilizar dados e números, que Daniel Sarmento defende uma teoria do impacto desproporcional e diz que “a melhor forma de se aferir a violação desta dimensão do princípio da igualdade [ofensa ao princípio da igualdade perante a lei] é através de recurso à estatística. Por exemplo, se ficar comprovado que o percentual de negros reprovados em testes orais em determinado concurso público é proporcionalmente muito superior ao de candidatos brancos, esta pode ser uma prova importante de violação do princípio da igualdade” (SARMENTO, Daniel. “A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa” In *Livres e Iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 147). A nosso sentir esse argumento em um país como o Brasil, marcado pela miscigenação, pode acabar gerando efeito contrário e servir de argumento para os que são contrários a políticas afirmativas específicas. Sobre esse assunto, de fundamental importância é a matéria divulgada na revista Ensino Superior no mês de abril de 2005 com o título “Choque com a realidade: levantamento mostra que cotas são desnecessárias”. O próprio nome da matéria adianta a polêmica em torno dessa questão, veja este trecho: “A divulgação de uma primeira versão da pesquisa – patrocinada pelo próprio MEC -, que levanta o perfil socioeconômico e cultural dos alunos de graduação das instituições federais, causou alvoroço no próprio governo federal justamente por contrariar os argumentos dos defensores dos sistemas de cotas (...) Os dados mostram, por exemplo, que há um número significativo de estudantes egressos de escolas públicas nas universidades federais, ao contrário dos que afirmam os defensores das cotas (...) o levantamento feito derruba o mito de que apenas alunos ricos conseguem vagas nessas universidades (...) A pesquisa mostrou que 65% dos estudantes são de famílias com renda média mensal entre R\$ 207 e R\$ 1.600,00, sendo que 42,8% têm renda familiar de até R\$ 927. Pelo menos 46,2% dos estudantes entrevistados chegaram a universidade depois de passar pelo ensino médio da rede pública, incluindo-se neste percentual os que fizeram todo período nestas escolas ou apenas parcialmente. Outros 53% saíram de escolas particulares. Ao contrário dos que muitos acreditam, a maior parte dos estudantes das universidades públicas federais é da classe C, D e E”. No levantamento, a maioria dos universitários se declarou branca (59,4%) Outros 28,3% disseram ser pardos e 5,9%, negros. Os dados disponíveis na pesquisa nacional por amostra de domicílio (PNAD) de 2003 mostram que tanto para negros como para brancos os percentuais são semelhantes aos declarados pela população em geral (FIUZA, Cyro Queiroz. “Choque com a realidade: levantamento mostra que cotas são desnecessárias”. Revista Ensino Superior. Ano 7, n. 79, abr. 2006. pp.22-23)

<sup>533</sup> ORFIELD, Gary. “EUA debatem políticas de ação afirmativa”, *Folha de São Paulo*, 25 ago. 2001, p. A13.

igualdade de oportunidades através da imposição de cotas rígidas de acesso de representantes de minorias a determinados setores do mercado de trabalho e a instituições educacionais. Data também desse período a vinculação entre ação afirmativa e o atendimento de certas metas estatísticas concernentes à presença de negros e mulheres num determinado setor do mercado de trabalho ou numa determinada instituição de ensino.

#### 4.4.1.2 A contribuição americana para a doutrina da ação afirmativa

A mobilização popular, ocorrida particularmente nas décadas de cinquenta e sessenta, mudou a postura do Estado e da sociedade americana. Martin Luther King se foi, mas seus exemplos de vida e de lutas permaneceram, seus sonhos ainda ecoam pelos corações e mentes de muitas pessoas. Sua voz e sua vida geraram frutos e permitiram uma considerável agregação de valores na consciência individual e coletiva dos americanos, sempre firme num ideal de igualdade fraterna.

A integração das minorias não é um fenômeno associado exclusivamente a ações oriundas de políticas públicas. Ao contrário, o Estado mudou em função da participação de um dos processos de integração das minorias.

A evolução histórica da ação afirmativa nos Estados Unidos seria difícil de entender sem levar em conta, primeiro, os obstáculos jurídicos que tais políticas tiveram que ultrapassar nos tribunais americanos, bem como na arena política.

O estatuto principal dessa evolução foi a Lei dos Direitos Civis, de 1964, e o grupo principal - cujos pleitos proporcionaram o estímulo dessa Lei - foi o dos negros.

##### 4.4.1.2.1 A palavra da Suprema Corte americana

A primeira controvérsia levada a julgamento na mais alta corte dos EUA relaciona-se com o programa de admissão preferencial, o qual foi adotado por algumas universidades norte-americanas e foi analisado, em 1971, no caso *DeFunis v. Odegar*.

Como assinala Ronald Dworkin, o programa de admissão instituído pela Faculdade de Direito da Universidade de Washington era muito abrangente. Os candidatos provenientes de grupos majoritários eram submetidos a uma triagem, que levava em conta a

média alcançada nas notas obtidas na própria faculdade (*college*) e em outros exames de aptidão. Já os grupos considerados minoritários eram submetidos a uma comissão especial formada por professores negros e brancos, os quais lecionavam em programas destinados a auxiliar estudantes negros.

DeFunis candidatou-se a uma das vagas no grupo majoritário e foi recusado. No entanto, teria sido admitido se as notas dos seus exames fossem auferidas diante da triagem reservada aos grupos minoritários (negros, índios, etc.)<sup>534</sup>

Com base nessa argumentação, DeFunis pleiteou judicialmente o direito em ingresso na referida Faculdade de Direito. No entanto, a Suprema Corte entendeu não julgar o mérito da questão por falta de objeto, pois um Tribunal de primeira instância já havia decidido de forma favorável ao requerente, ao mesmo tempo em que a faculdade de Direito da Universidade de Washington autorizava DeFunis a formar-se naquela instituição, independentemente da decisão final do Judiciário. Ainda assim, o juiz Douglas redigiu um voto dissidente de seus pares e manifestou-se sobre a questão principal que envolvia o litígio, considerando não ser conveniente a utilização de critérios raciais.

Outro caso é o *Regents of The University of Califórnia v. Bakke*, julgado em 1978, considerado o mais emblemático caso entre os precedentes judiciais da Suprema Corte, relacionado às ações afirmativas na área da educação<sup>535</sup>.

Ronald Dworkin explica que no caso Bakke a Escola de Medicina da Universidade da Califórnia mantinha um programa de ação afirmativa, cujo intento era privilegiar a admissão de minorias. No total de cem vagas, destinavam-se dezesseis para os membros de

---

<sup>534</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 327-329

<sup>535</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Sousa. *O Direito a diferença. As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.192-193. O autor transcreve bem a importância desse caso: “em 1978 a Suprema Corte Americana iria decidir um processo que daria início, definitivamente, à implementação pelo executivo de ações afirmativas em relação a educandários. Foi o caso *Regents of The University of Califórnia v. Bakke*, 438 U. S 265 (1978). A Faculdade de medicina dessa universidade estabeleceu programa voluntário de ação afirmativa, destinando 16% de suas vagas a estudantes pertencentes à minoria negra. Dessa forma, os membros dessa minoria poderiam concorrer tanto na seleção regular (84% das vagas) quanto naquelas vagas que lhes eram prioritariamente reservadas. Alan Bakke, um estudante branco candidato a essa faculdade, ajuizou ação, sustentando violação ao princípio da igualdade, ao considerar ilícita essa discriminação reversa voluntária. Ao chegar à Corte Suprema dos Estados Unidos, o processo teve a relatoria do Justice Powell. Submetendo o programa a um standard de um julgamento denominado “strict scrutiny test”, Powell entendeu que programas afirmativos voluntários deveriam demonstrar, em primeiro lugar, a existência de seu “compelling governmental interest” e, depois, a exata pertinência do formato do programa a esse interesse (...) No caso Powell entendeu que o programa estabelecido não era adequado a reverter os efeitos maléficos da discriminação, rejeitando a constitucionalidade do programa.”

grupos minoritários. As oitenta e quatro vagas restantes eram disputadas pelos demais candidatos. Alan Bakke, candidato branco, concorreu a estas vagas remanescentes, mas foi preterido por não haver alcançado a média exigida, embora suas notas fossem superiores aos demais candidatos do programa preferencial de admissão. Irresignado, Bakke resolveu processar a referida Universidade, argumentando que teria sido privado de seus direitos constitucionais em função de sua “raça”. A Suprema Corte do Estado da Califórnia deu ganho de causa a Bakke e ordenou que a escola de Medicina o admitisse. Essa última, a seu turno, recorreu a Suprema Corte Norte-Americana<sup>536</sup>.

Bakke suscitou dois fundamentos referentes às cotas instituídas pela Universidade da Califórnia. Primeiramente, o programa era ilegal, pois violava o título VI do *Civil Right Act* de 1964 (Lei dos Direitos Civis), o qual prevê que ninguém, em razão da raça, cor, origem nacional, pode deixar de ser beneficiado por programas subsidiados por verbas federais (a Escola de Medicina recebia auxílio do Governo Federal). Em segundo lugar, o programa era inconstitucional porque negava a Bakke a igual proteção prevista na 14<sup>o</sup> Emenda da Constituição Norte-Americana<sup>537</sup>.

Dos nove juízes, quatro deles, Brennan, White, Marshal e Blackmun, sustentaram que Bakke não poderia ser admitido e que o programa da Universidade da Califórnia não era contrário ao Título VI do *Civil Right Act de 1964* e nem à Constituição. Outros quatro, Burger (Presidente da Corte), Stewart, Rehnquist e Stevens, deram razão a Bakke, sob o primeiro fundamento, qual seja, a violação da Lei dos Direitos Civis, e deixaram de considerar o segundo fundamento baseado no afronto à Constituição<sup>538</sup>.

O voto decisivo, pelo qual se guiou a maioria, considerado uma referência, até hoje, apesar de padecer de fraquezas fundamentais, segundo Dworkin<sup>539</sup>, foi proferido pelo juiz Lewis Powell, relator do processo. Powell admitiu o desrespeito ao Título VI do *Civil Right Act* de 1964, anulando a decisão da Universidade da Califórnia. Alegou, também, que a cláusula de igual proteção da Constituição proibia a reserva de vagas (cotas rígidas), a não ser que se demonstrasse, explicitamente, a importância desses objetivos e a efetiva

---

<sup>536</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Trad. Luis Carlos Borges. p.437.

<sup>537</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*,...p.454.

<sup>538</sup> Ibid.,

<sup>539</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*,...pp. 461-462

concorrência de discriminação, não tendo, quanto a esse ônus de prova, assim procedido aquela Universidade.

Powell também lançou outro debate no meio jurídico americano, como registra Joaquim B. Gomes, ao decidir que casos envolvendo “classificações suspeitas” (como critérios baseados em “raça” e etnia) deveriam ser examinados pelo denominado “*strict scrutiny*”, isto é, pelo exame rigoroso de julgamento, segundo o qual a entidade pública tem a obrigação de demonstrar dois requisitos: a medida contestada deve atender a um “interesse governamental imperativo” e, ainda, que seja dirigida, estritamente, para a “consecução de certo objetivo”<sup>540</sup>.

Passados 25 anos do caso Bakke, nova polêmica em torno das ações afirmativas foi levada à Suprema Corte Americana, desta vez envolvendo os casos “*Gratz and Hamacher v. Bollinger*” e “*Grutter v. Bollinger*”. “Ambos tiveram início perante a Corte Distrital de Michigan, respectivamente, em 1997, tendo sido, ao final, julgados em conjunto, em 23 de junho de 2003”<sup>541</sup>.

A Escola de Literatura, Ciências e Artes da Universidade de Michigan, em seu programa de admissão, leva em conta vários fatores: qualidade do ensino secundário, currículo, interação com os demais alunos, liderança e o critério por raça. “Nesse levantamento, os candidatos afro-americanos, hispânicos e nativos americanos são considerados minorias sub-representadas e, nessa qualidade, recebem, automaticamente 20 pontos, no total de 100, necessários para garantir sua admissão”<sup>542</sup>.

Jennifer Gratz e Patric Hamacher, estudantes brancos, submeteram-se ao exame desta instituição sem lograr êxito. Inconformados, ingressaram no ano de 1997 com uma ação judicial perante a Corte Distrital de Michigan, contra a referida Universidade, alegando prejuízos pelo uso de preferências raciais por parte daquela instituição, o que violava a cláusula de igual proteção da 14ª Emenda da Constituição Americana e o Título VI do “*Civil Right Act de 1964*”. Chegando, o processo, em 2002, à Suprema Corte dos Estados Unidos para julgamento.

---

<sup>540</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: O direito como instrumento de transformação social. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001. pp.109-110.

<sup>541</sup> SARMENTO, Daniel. “A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa” In *Livres e Iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 160-161.

<sup>542</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: O direito como instrumento de transformação social. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001. pp.109-110.

Em conclusão, no caso “*Gratz and Hamacher v. Bollinger*”, por seis votos a três, a Suprema Corte julgou inconstitucional o programa de admissão da Escola de Literatura, Ciência e Artes da Universidade de Michigan. Em verdade, a Suprema Corte reafirmou o que fora decidido no caso Bakke: as ações afirmativas não violam a Constituição desde que utilizadas adequadamente.

Da análise do que foi exposto, percebe-se que a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que as políticas de ações afirmativas devem se restringir a alguns parâmetros. No entanto, com assinala a *American Civil Rights Institute*, a falta de consenso quanto aos seus reais limites leva defensores e opositores de tais políticas a intermináveis debates quanto a sua permissibilidade ou não<sup>543</sup>.

---

<sup>543</sup> Thomas Sowell faz um alerta para a manipulação que se pode fazer dos dados sobre a efetividade da ação afirmativa, pois muitas vezes elas são utilizadas para benefícios políticos. Atualmente, os negros são descritos como um grupo cujas disparidades sociais e econômicas de hoje são conseqüências diretas da escravidão e de maus-tratos no passado, bem como de racismo e discriminação no presente. A ascensão sócio-econômica dos negros na segunda metade do século XX tem-se atribuído às leis e às políticas contra a discriminação. “Na prática, todas essas explicações muito difundidas sobre a patologia social entre americanos negros são demonstravelmente falsas”. De fato, os negros foram maltratados e escravizados por mais de dois séculos. Porém, nem a pobreza inicial dos negros nem a saída posterior deles daquela pobreza seguiram o caminho descrito pelos que promovem políticas preferenciais. Os fatos históricos desmentem muito da interpretação que hoje existe. Os padrões drasticamente diferentes que se vêem hoje começaram depois dos anos sessenta. É fora de dúvida que a discriminação racial contribuiu para que os negros tivessem, historicamente, rendas menores que os brancos. Mas é necessário que se demonstre, verdadeiramente, quanto contribuiu e de que forma. Não se poderia supor simplesmente que os negros teriam rendas parecidas com as dos brancos sem a discriminação racial. Ademais, como bem destaca Sowell, “uma das mais sérias formas de segregação contra os negros tem sido, historicamente, a discriminação pelo governo na alocação de verbas para a educação”. O que vem ocorrendo quando se debate a política de ações afirmativas é que nem sempre os que defendem essas políticas se baseiam em estudos empíricos ou mesmo em dados concretos que lhes permitam analisar não só o que é conveniente. Mais uma vez Sowell foi enfático ao demonstrar que a ascensão da comunidade negra não se deu razão somente das leis e políticas públicas que promoviam as ações afirmativas. Essa ascensão se deu, principalmente, em razão do próprio esforço da população negra, veja: “Em 1940, os homens não-brancos completavam apenas 5,4 de escolaridade, em média, comparados aos 8,7 anos dos brancos. Nos adultos entre 25 e 29 anos de idade, a diferença negro-branco de escolaridade era de quatro anos. Vinte anos mais tarde, a diferença em anos de escolaridade entre homens negros e brancos naquela faixa etária diminuiu para menos de dois anos. Por volta de 1970, caiu para menos de um ano – 12,1 anos em média de escolaridade para os jovens negros e 12,7 anos para os jovens brancos (ênfase minha). Em suma, a educação dos negros aumentou bastante, em termos absolutos com em relação à educação dos brancos, nas décadas que precederam a legislação sobre os direitos civis nos anos 60 e as políticas de ação afirmativa que começaram nos anos 70. Que mudanças econômicas acompanharam essa melhor educação dos negros? Em 1940, 87% das famílias negras tinham rendas abaixo do nível da pobreza. Em 1960, a taxa caiu para 47% das famílias negras. A impressionante diferença de 40 pontos percentuais ocorreu numa fase em que não existia legislação federal de vulto sobre direitos civis Sintetizando, aqueles foram tempos em que uma vasta quantidade de negros saiu da pobreza por seus próprios méritos, sem precisar de cotas ou outra política qualquer. Nos Estados Unidos a ação afirmativa tem sido uma bênção para os já cobertos de sorte. “Um estudo de amostragem aleatória das minorias beneficiárias dos contratos do governo reservados pela Small Business Administration mostrou que mais de dois terços desses beneficiados tinham ativos, cada um, superiores a um milhão de dólares [...] Ainda sim, quando alguns membros do congresso se opuseram publicamente a esses programas, o deputado Charles Rangel, do Harlem, comparou-os a Hitler e considerou qualquer tentativa de



Como se constata com base nestes relatos, não se pode olvidar que a Suprema Corte Americana está longe de pacificar a polêmica, pois a oscilação das decisões judiciais torna o debate mais caloroso, anunciando, talvez, um presságio do que poderá ocorrer em terras brasileiras.

Diversos são os países que adotaram políticas de ação afirmativa em questões étnicas, á título exemplificativo destaca-se as experiências de Nigéria, Siri lanka, Índia, Malásia, China, Austrália, Nova Zelândia, etc<sup>544</sup>.

Resta saber, de resto, como o Brasil pode trabalhar essa questão. A adoção dessas políticas seria compatível com a Constituição brasileira? Qual seria seu fundamento constitucional? A igualdade material?

Para antecipar as linhas que se seguem, cabe somente dizer que para nós a igualdade, mesmo a material, é insuficiente para a adoção de ação afirmativa que vise garantir vagas (cota) em Universidades públicas para negros. Tal construção somente é possível pelas premissas do constitucionalismo solidário, sendo este a via capaz de tratar as diferenças sem exigir que as diferenças deixem de existir.

A igualdade se mostra incapaz de lidar com os dilemas dessa empreitada, sobretudo porque ela se funda principalmente nas teorias compensatórias, exigindo o pagamento de uma dívida histórica, cobrando um “cheque” de pessoas que não o endossaram; e por outro lado, recorrem a números e dados que acabam por corroborar as correntes contrárias a essas medidas.

#### 4.4.1.3 A experiência brasileira: história, racismo, escravidão e a cota

---

redução da ação afirmativa um ataque a todos os negros”. Em suma, a era da ação afirmativa nos EUA viu os negros mais afortunados se beneficiarem, enquanto os menos afortunados tiveram a renda diminuída. Porém, nem os ganhos e nem as perdas podem ser atribuídas à ação afirmativa, mas tampouco pode a ação afirmativa arregar-se responsabilidade por um progresso dos negros de baixa renda quando, na realidade, estes negros recuaram em seus ganhos. (SOWELL, Thomas. *Ação Afirmativa ao Redor do Mundo: Estudo Empírico*,...pp. 117-120)

<sup>544</sup> SARMENTO, Daniel. “A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa” In *Livres e Iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.161. Para uma visão mais aprofundada das ações afirmativas pelo mundo ver a obra de Thomas Sowell amplamente utilizada neste estudo.

A inserção da política de ação afirmativa no Brasil, principalmente pela implementação de cota no ensino superior, é por demais polêmica. Não existe ainda um consenso, inclusive entre seus defensores, de como essa política seria aplicada de forma justa e, ainda, de quais seriam suas reais bases teóricas, jurídicas, históricas, filosóficas e sociais.

No Brasil, os motivos também são os mais nobres: proteger os pobres e acabar com o racismo e outras formas de discriminação. Não surpreende que sucessivos governos não saibam como encaminhar a erradicação da pobreza<sup>545</sup>. Mas, surpreende, e muito, a forma desinibida pela qual se trata o tema das relações raciais. O Professor de História da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, José Roberto Pinto de Góes, ao apresentar a obra de Thomas Sowell, descreve a desconformidade das políticas brasileiras nessa seara:

As políticas afirmativas dirigidas ao ‘negro’ e as cotas raciais, no Brasil, conquanto se façam acompanhar das mesmas constâncias analisadas por Sowell em diversos países, tem lá as suas peculiaridades. Porque uma coisa é adotá-las numa sociedade com uma história de segregação recente, como foi o caso dos Estados Unidos, onde até os anos 1960 os negros estavam proibidos de freqüentar lugares exclusivos para brancos, e outra, e bem diferente, é adotá-las numa sociedade como a brasileira, onde, pelo menos até ontem, a mestiçagem era motivo de orgulho nacional<sup>546</sup>

A sociedade brasileira tem uma forma muito peculiar de se relacionar com o mundo, apropriando-se de conceitos e idéias que mais interessa aos outros, principalmente a norte-americana ou como diz Góes, os que “controlam nossas alfândegas”<sup>547</sup> e adaptando-as à realidade local. Por que optar por imitar as cotas raciais e não o profundo respeito pelos direitos individuais que caracteriza a cultura política norte-americana?

Os dias de hoje guardam notável semelhança com o último quartel do século XIX no quesito “raça”. Comentando aquela época, escreveu Silvio Romero, citado por Góes: “um bando de idéias novas esvoaçavam sobre nós de todos os pontos do horizonte”<sup>548</sup>. Dentre elas, as que convertiam o conceito de raça em chave explicativa do destino de

---

<sup>545</sup> Segundo recente levantamento da ONU, o Brasil sofre se um grande vício que acaba por ampliar mais a pobreza. A pesquisa apontou que não é por questões quantitativas que as políticas públicas no Brasil não são eficazes, mas sim por questões qualitativas, pois a maioria delas é inadequada a persecução do fim amejado.

<sup>546</sup> GÓES, José Roberto Pinto de. prefácio de: SOWELL, Thomas. *Ação Afirmativa ao Redor do Mundo. Estudo Empírico*. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2004. Trad. Joubert de Oliveira Brízida, p.X.

<sup>547</sup> Ibid., p.XII

<sup>548</sup> Ibid., p. XIII.

indivíduos, povos e sociedades. Que a humanidade era formada por raças diferentes, cada uma delas com atributos físicos, morais e intelectuais próprios, era coisa certa atestada pela ciência<sup>549</sup>.

Porém, a idéia de “raças” em bases científicas não durou muito tempo<sup>550</sup>. Foi varrida pelos ventos modernistas, logo no início do século XX, e substituída pelo orgulho da mestiçagem, logo transformado em traço de identidade brasileira. Para Góes, acreditar que o “negro” é um excluído, entre nós, é preciso encontrar-se em um estado de delírio avançado, prossegue ele:

Houve razões demográficas, antes de tudo. Para o Brasil foram trazidos quase 4 milhões de africanos, num total estimado em 10 milhões que o tráfico transportou para o Novo Mundo. Depois, houve escolhas, ditadas como sempre pelas circunstâncias. Refiro-me ao intenso processo de miscigenação, que há pouco fez 500 anos. Enquanto houve índia, houve mamelucos. Faltavam mulheres brancas para tanto português que vinha fazer a vida na colônia, mas não faltou mulher: as africanas são belas e quase todas eram escravas. Isto não quer dizer que as relações sexuais entre brancos e negras fossem efeitos apenas da violência. Muitas mulheres negras deixaram muitos brancos apaixonados, do jeito que o Padre Antonio Vieira descreveu os apaixonados em 1644, condenados a “*andar sempre penando, fora de si, por uma imaginação fantástica*”<sup>551</sup>

Quanto ao mapa genético da população brasileira, foi realizado por uma equipe de geneticistas da Universidade Federal de Minas Gerais, dirigida pelo Professor Sergio Danilo Pena, uma pesquisa que detectou que nada menos que 60% dos brasileiros que se declaram brancos (54% da população se declara branca) tem uma ascendência indígena ou africana<sup>552</sup>.

A inclusão do “negro” na vida brasileira foi enormemente facilitada por uma outra característica da nossa sociedade escravocrata: a inusual recorrência com que os escravos deixavam de ser escravos e se tornavam homens livres. Segundo Góes, o fato está amplamente documentado: “sobressaem-se os estudos sobre um livro de batizado de

---

<sup>549</sup> Diz Roberto DaMatta que “[...] não custa lembrar que as teorias racistas européias e norte-americanas não eram tanto contra o negro ou amarelo (o índio, genericamente falando, também discriminado como inferior), que eram nítida e injustamente inferiorizados relativamente ao branco, mas que também eram vistos como donos de poucas qualidades positivas enquanto ‘raça’” (*O que faz o Brasil, Brasil...*, p.38)

<sup>550</sup> Ibid.

<sup>551</sup> GÓES, José Roberto Pinto de. prefácio de: SOWELL, Thomas. *Ação Afirmativa ao Redor do Mundo. Estudo Empírico*. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2004. Trad. Joubert de Oliveira Brízida, p.XIII

<sup>551</sup> Ibid, p.XIV

<sup>552</sup> Idem,

peças livres, de uma freguesia rural do Rio de Janeiro, da primeira metade do século XIX, e sobre uma série de 5 mil cartas de alforria, dos anos 1840, guardadas no Arquivo Nacional”<sup>553</sup>.

A carta de alforria, obtida de graça ou comprada, estava sempre no horizonte e, em meados do século XIX, no Rio, beneficiava igualmente crioulos (ladino) e africanos (boçal), homens e mulheres. No livro de batismo das pessoas livres da freguesia de Inhaúma, da mesma época, 30% das mães registradas haviam obtido carta de alforria, eram ex-escravas (10% dos pais eram ex-escravos). Quase um terço das mulheres livres da freguesia eram libertas: quantas não seriam filhas de libertas e netas? Muitos africanos e, provavelmente, mais ainda os descendentes deles viraram homens livres no Brasil. Os números são impressionantes, quando comparados aos dos Estados Unidos. Para lá foram levados cerca de 400 mil africanos no total. Às vésperas da guerra civil, havia lá cerca de 4 milhões de escravos. Em 1872, havia aqui 1 milhão e 200 mil escravos. Claro que portugueses e brasileiros não eram mais cruéis ou beliciosos que ingleses e norte-americanos. O que ocorre é que a fronteira entre livres e escravos era muito mais porosa no Brasil. Às vésperas da abolição, nos Estados Unidos, cerca de 6% da população livre era “de cor”. No Brasil, metade da população<sup>554</sup>.

Outra mácula que merece ser desmascarada é quanto à suposta crueldade cometida pela comunidade “branca” da época. A verdade é que os brancos não tinham o monopólio da crueldade. Uma vez livres, restava aos ex-escravos tornarem-se proprietários. Vários conseguiram e os descendentes deles mais ainda. Já no final do século XVIII, cerca de um terço dos proprietários de escravos da região dos Campos dos Goytacazes (RJ), importante produtora de açúcar, era de pessoas “de cor”, como informam os censos da época. Coisa parecida acontecia na Bahia, em Pernambuco ou em Minas Gerais<sup>555</sup>.

Isso nos remete a Machado de Assis e mais especificamente ao personagem Prudêncio, do romance *Memórias Póstumas de Braz Cubas*. Prudêncio, nascido escravo,

---

<sup>553</sup> Ibid, p.XVI.

<sup>554</sup> FLORENTINO, Manolo e GÓES, J. R. P. *A Paz das Senzalas*. Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira, 1997.

<sup>555</sup> Sobre o tema: FARIA, Sheila de C. *A colônia em Movimento*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1998; PAIVA, Clotilde. *População nas Minas Gerais no século XIX*. São Paulo, Usp, 1996 (tese de doutoramento); LUNA, Francisco Vidal e Costa, Iraci Del Nero. *Minas Colonial: economia e sociedade*. São Paulo. FIPE & Pioneira, 1982; COSTA, Iraci. *Arraia-Miúda*. São Paulo, MGSP Editores, 1992; BARICKMAN, Bert. “As cores do Escravismo: escravistas pretos, pardos e cabras no Recôncavo baiano, 1835.” In: *População e Família*, 2, 1999.

servia de brinquedo de nhôzinho. Já adulto e liberto, o antigo e pequeno amo, Brás Cubas, o reencontrou surrando um escravo, em pleno passeio público, ante a complacência de um ajuntamento de homens livres. O escravo suplicava: “Meu senhor!”. Enquanto ele batia e gritava: “Cala a boca, besta!” Prudêncio era um daqueles escravos que se instalavam na Casa Grande, colonizando e sendo por ela colonizada<sup>556</sup>.

O fato é que a escravidão, entre nós, não encontrou legitimidade em bases somente raciais<sup>557</sup>. A sua vitalidade, a sua força moral estava na capacidade que tinha de manter a porta aberta a todos: ricos ou pobres, pretos ou brancos, nacionais ou estrangeiros. São palavras de Joaquim Nabuco. E que força moral: o Brasil foi o último país do mundo a abolir e promover a abolição. E isso aconteceu, como observou o mesmo Nabuco, sem “azedar” a alma do negro contra o branco e vice-versa<sup>558</sup>.

A valorização da mestiçagem, que caracterizou grande parte do século XX, agora esta em xeque. As adoções de políticas afirmativas com recorte racial (cotas) obrigam os brasileiros a decidirem se são “negros” ou “brancos”. Trata-se de uma empreitada difícil, mas não impossível, como pode comprovar o andar da carruagem, pois o conceito de “raça”, já abolido pela ciência, voltou a adquirir legitimidade para esses fins. No ambiente acadêmico, há os que reivindicam a legitimidade do uso político do conceito, uma vez que

---

<sup>556</sup> A parte do texto na íntegra é o seguinte: “Tais as reflexões que eu vinha fazendo, por aquele Valongo fora logo depois de ver e ajustar a casa. Interrompeu-mas um ajuntamento era um preto que vergalhava outro na praça. O outro não se atrevia a fugir; gemia somente estas únicas palavras: - “Não, perdão meu senhor; meu senhor, perdão!” Mas o primeiro não fazia cada súplica, respondia com uma vergalhada nova. - Toma, diabo! dizia ele; toma mais perdão, bêbado! - Meu senhor! gemia o outro. Cala a boca, besta! replicava o vergalho.

Parei, olhei... Justos céus! Quem havia de ser o do verganho? Nada menos que o meu moleque Prudêncio, o que meu pai libertara alguns anos antes. Cheguei-me; ele deteve-se logo e pedir e a bênção; perguntei-lhe se aquele preto era escravo dele. - É sim, nhonhô. - Fez-te alguma cousa?

- É um vadio e um bêbado muito grande. Ainda hoje deixei ele na quitanda, enquanto eu ia lá embaixo na cidade, e ele deixou a quitanda para ir na venda beber. (ASSIS, Machado de. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. Ministério da Cultura, p.97 (disponível em : [http://virtualbooks.terra.com.br/freebook/port/download/Memorias\\_Postumas\\_de\\_Bras\\_Cubas.pdf](http://virtualbooks.terra.com.br/freebook/port/download/Memorias_Postumas_de_Bras_Cubas.pdf))

<sup>557</sup> Outro exemplo interessante demonstrado por Góes e que confirma que a escravidão não foi “privilégio” só dos chamados brancos, é o livro de registros de óbito que encontrou no Museu Nacional e que tinha o seguinte relato: “José Antônio, nascido escravo no Brasil, de cor preta, morreu homem livre, em 1830, na cidade do Rio de Janeiro. Possuía 5 cativos (três deles africanos de 20 anos, idade na qual o preço atingia o ápice) e duas canoas, entre outros bens”. Provavelmente, era um empresário do ramo de transporte da Baía de Guanabara. O seu inventário está guardado no Arquivo Nacional. Como ele, havia muitos outros. Disponível em: [http://www.lpp-uerj.net/olped/AcoesAfirmativas/exibir\\_opiniao.asp?codnoticias=2322](http://www.lpp-uerj.net/olped/AcoesAfirmativas/exibir_opiniao.asp?codnoticias=2322). (acesso realizado em 19/06/10)

<sup>558</sup>Ver, por todos NABUCO, Joaquim. *O Abolicionismo*. Petrópolis, Vozes, 1998.

isso pode ajudar na luta contra a opressão racial supostamente existente no Brasil, mas reconhecem que “raça” é uma construção da sociedade e não um dado da natureza.

E há também os mais apressados, que agem como se “raças” objetivamente existissem. O conceito também adquiriu legitimidade na mídia e entre os formadores de opinião.

CrITÉRIOS raciais têm sido equivocadamente adotados, de forma sistemática, para regular o acesso às oportunidades. Recursos públicos, que deveriam ser destinados a uma educação fundamental de qualidade, têm sua aplicação condicionada a pertencimentos raciais, sem possibilitar uma real ascensão desse grupo.

Em certas oportunidades chega-se a níveis inaceitáveis para uma sociedade que se diz democrática e que pretende tratar todos como seres livres e iguais. A Universidade de Brasília, em 2004, mandou fotografar os candidatos ao vestibular, para, em caso de suspeita de estelionato racial, poder levar o caso para o judiciário<sup>559</sup>.

---

<sup>559</sup> O caso da Universidade de Brasília é um péssimo exemplo de procedimento no que diz respeito às políticas afirmativas, veja o caso a seguir: “Nesses tempos de “comissão de especialistas” da UNB para determinar a “cor/raça” dos vestibulandos, é instrutivo ler “O negro em nosso meio escolar: Contribuição ao estudo do índice de Lapicque, de 1935. Na ocasião, era premente definir critérios para distinguirem negros e brancos nas escolas cariocas. Cor da pele e do cabelo, tipo de nariz e formato dos lábios não se mostravam muito confiáveis. O Índice foi criado pelo francês Louis Lapicque em 1906. É de uma simplicidade estonteante. Basta medir (A) comprimento do osso rádio (aquele entre o cotovelo e o pulso) e (B) a largura da bacia pélvica. A seguir divide-se (A) por (B). Agora o pulo do gato. Aqueles com índices superiores a 1 (rádio pélvis) são da raça negra; abaixo de 1 (pélvis rádio), brancos. E por que isso? Gorilas e Chimpanzés têm aqueles braços longos em relação a outras partes do corpo, certo? Nos tempos de Lapicque, supunha-se que pessoas negras e macacos eram mais aparentados, com os brancos numa segura distância. Ávila e equipe mediram centenas de crianças para ver se o índice era um critério confiável no Brasil.

Os resultados não foram muito animadores. Crianças negras com índices de brancas, brancas com os de negras, e por aí foi. Daí a conclusão: “o índice de Lapicque nem sempre é verificável em indivíduos de inegável ascendência africana [...] Ávila era um respeitado intelectual, professor do Museu Nacional e da Universidade do Brasil, e autor de inúmeras obras [...] A UNB institui uma comissão que terá por tarefa, a partir do exame de fotos, quem é e quem não é negro (pardo e preto). Dela participarão “especialistas” do tema (?), que perscrutarão as imagens para averiguar “fenótipo, cor da pele e características gerais da “raça” negra”.

No vestibular de cotas da UNB, não basta se declarar preto ou pardo, como nos censos do IBGE. Alguém vai ter que conferir se os vestibulandos estão mentindo ou dizendo a verdade. Fico com o maior comichão de enviar os livros de Ávila para tal comissão da UNB. E que serão os “especialistas em raciologia”? Arrisco a dizer que Ávila esta melhor preparado que qualquer membro dessa comissão [...] Mas que a antropologia racial de nossos personagens repouse em paz, afinal são idéia de outros tempos. O difícil é acreditar que está ressurgindo com vigor no Planalto Central brasileiro na aurora do século 21. Por fim, uma sugestão aos vestibulandos de todas as cores, quer sejam a favor ou contra as cotas: exijam, nas minúcias, o “gabarito racial”. E não aceitem Lapicque! Decerto ainda é possível reverter essa equivocada iniciativa da UNB. Há de se promover inclusão social por outros. (SANTOS, R.V. *Cotas, UnB e raciologia contemporânea*. **Correio Brasiliense**, Brasília, Revista D, 18 abr. 2004, p.30). Como se não bastasse, a mesma Universidade voltou aos holofotes quando da seleção para candidatos cotistas negros naquela Universidade. A decisão da banca da universidade classificou um dos irmãos gêmeos univitelinos, e reprovou o outro no vestibular de 2007.

Como visto, as alternativas apresentadas, seja em sede de fundamentação, seja em verificações empíricas, parecem fazer parte de uma retórica vazia, descontextualiza, que parece querer desviar do caminho.

Diante disso, proporemos uma abordagem que ultrapasse os desgastantes argumentos vazios que buscam na jurisprudência americana sua base teórica. Isto posto, os desafios acerca da implementação das cotas raciais no Brasil deve ir à direção do constitucionalismo solidário.

#### 4.4.1.4 A inflexão da igualdade

O Princípio da Igualdade amolda-se dentro dos direitos fundamentais do homem, também chamados de direitos humanos, que integram a atual Constituição brasileira. Tal preceito consagrou-se como um dos pilares da manifestação constituinte originária de 1988, seguindo a linha democrática embaixadora do Estado Democrático de Direito.

A partir das Revoluções do final do século XVIII, marcadas por intensas lutas sociais – em especial a Revolução Francesa de 1789 –, a noção de igualdade, baseada nos ideais iluministas, tornou-se princípio constitucional nos Estados Democráticos de Direito, derrubando os regimes absolutistas e construindo a idéia de que todos, pura e genericamente, são legalmente iguais, sem qualquer prerrogativa ou diferenciação, de forma que, quando da interpretação e da aplicação da lei, os operadores do direito agissem com a necessária isenção diante dos acontecimentos fáticos e das pessoas neles envolvidas.

No entanto, no Estado Social a isonomia ganhou uma nova dimensão, sendo diferenciada de duas formas: a igualdade formal e a igualdade material ou substancial.

A política do *Welfare State* foi construída sobre a égide desta igualdade material, sendo ela relativizada com o advento do Estado de Direito<sup>560</sup>. Uma concepção mais atual de igualdade deriva dos julgados da Corte Constitucional alemã da década de oitenta que passou a sustentar que a igualdade seria violada quando grupos de destinatários diferentes de uma lei fossem tratados de modo desigual. Destarte, não existe diferença de qualquer

---

<sup>560</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.171.

qualidade ou peso que justifique o tratamento diferenciado<sup>561</sup>. Assim, como afirma o Professor Ricardo Lobo Torres:

[...] a nova visão de igualdade permitiu que a Corte Constitucional ampliasse, na década de 90, o horizonte do mínimo existencial, declarando que o Estado não pode colocar no mesmo nível e tratar de igual maneira ‘os meios indispensáveis para a subsistência dos filhos e os meios necessários à satisfação de outras necessidades’<sup>562</sup>

Constata-se, diante disso, uma euforia principiológica com o uso da igualdade material no Brasil, independentemente de autorização legislativa, fato que tem levado a uma banalização do instituto e a uma “justiça social” equivocada<sup>563</sup>.

O uso puro e simples da igualdade material não é capaz de lidar com as dificuldades que a efetivação da política de cota apresenta. Neste caso, os grupos que clamam por justiça não querem ser igualados, pelo contrário, lutam por uma inclusão social que mantenha intacta suas principais características, nutrindo, no seio da sociedade a tolerância e o reconhecimento destes grupos como livres e iguais. O que eles desejam é uma igualdade de oportunidades! Inclusão e igualdade são coisas distintas, embora correlacionadas!

Com a inserção desse novo pensamento, os direitos fundamentais inerentes ao ser humano passaram a ser exaltados e vistos não somente como simples limitações das ações estatais, mas também como efetivos instrumentos para assegurar a plenitude do desenvolvimento humano, de forma a valorizar sua dignidade, sua liberdade, enfim, dando-lhe condições totais e reais para prosperar enquanto cidadão de um Estado Democrático de Direito, entre cujos postulados está, justamente, a mais emblemática declaração de respeito ao ser humano: o princípio da dignidade essencial de todas as pessoas.

---

<sup>561</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 172-173.

<sup>562</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 173.

<sup>563</sup> Sempre que se reivindica alguma justiça social material o recurso a tese de Celso Antônio Bandeira de Mello é argumento obrigatório. Vale dizer que não se trata de mera coincidência, mas sim de uma relação proposital nossa. Diz o Administrativista que para se alcançar a igualdade material é necessário que a medida ultrapasse algumas etapas para se tornar legítima, ou seja, deve-se observar alguns critérios para identificação do desrespeito a isonomia: “Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões: a) a primeira diz com elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte judicizados” (MELLO, Celso A. B. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª edição, 13ª tiragem. Malheiros: São Paulo, 2005)



Boaventura de Souza Santos em célebre frase já afirmou que “as pessoas e os grupos sociais tem o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”<sup>564</sup>. Dessa forma, o Professor português trabalha com duas máximas, sendo a primeira o que ele chama “das diferentes versões de uma dada cultura, devendo ser escolhida aquela que representa o círculo mais amplo de reciprocidade dentro dessa cultura, a versão que vai mais longe no reconhecimento do outro” e do “direito de sermos iguais quando a diferença nos inferioriza e diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”<sup>565</sup>, como já mencionado. Assim, a igualdade como reconhecimento descaracteriza os grupos, não possibilitando a eles uma afirmação histórica, soando como um benefício concebido em uma sociedade hierarquizada, tal como se viu com a caridade.

De fato, se observarmos ao nosso redor, veremos que as pessoas não são iguais, pois os aspectos físicos, intelectuais e culturais demarcam claramente as diferenças. Como afirma Peter Singer “O fato é que os seres humanos diferem entre si e que as diferenças remetem a tantas características, que a busca de uma base factual sobre a qual se pudesse erigir o princípio da igualdade parece inalcançável”<sup>566</sup>. Fica aqui evidente – ao menos é essa nossa percepção – que um juízo ético que se projeta de um indivíduo a outro necessita do assentimento deste último, sobretudo se eles se encontram nas mesmas condições. É neste ponto que a igualdade se depara com sua quase intransponível dificuldade de fazer justiça para os membros de uma mesma sociedade, pois se aplicarmos a igualdade material, fatalmente alguém será privado de uma dose de liberdade real, ao passo que se a igualdade for aplicada formalmente, esta estará por perpetuar as injustiças sociais, típicas de um liberalismo capitalista e de sociedades padronizadas.

Ainda com Singer:

Para serem eticamente defensáveis, é preciso demonstrar que os atos com base no interesse pessoal são compatíveis com princípios éticos de bases mais amplas, pois a noção de ética traz consigo a idéia de alguma coisa maior que o individual.  
**Se vou defender a minha conduta em bases éticas, não posso mostrar apenas**

---

<sup>564</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Por Uma Conceção Multicultural de Direitos Humanos*. Revista crítica de ciências sociais da Faculdade de Economia de Coimbra, Nº 48, junho de 1997.

<sup>565</sup> Ibid.,

<sup>566</sup> SINGER, Peter. *Ética Prática*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3º edição, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.27.

**os benefícios que ela me traz. Devo reportar-me a um público maior** (negrito nosso)<sup>567</sup>

O raciocínio linear do polêmico filósofo australiano nos conduz a um ponto fundamental: a difícil tarefa de se demonstrar pela igualdade – material ou formal, sobretudo a primeira – os benefícios gerais que uma medida baseada na igualdade pode trazer a todos os membros da sociedade, isto é, ao público maior do qual ele nos fala.

Portanto, a incontestável digressão de haver traços distintivos entre os seres humanos, o que não significa essencialmente uma diferente dignidade, deve levar a certas diferenças nos direitos a serem atribuídos a uns e outros. Quando se utiliza um princípio de justiça, tal como as modernas “teorias de justiça” o fazem, não se pretende caminhar para uma identidade incondicional de direitos. Para ilustrar, basta imaginar a hipotética e irrazoável liberdade de aborto a um homem. É a “consideração” que deve ser conservada como igual. Assim, a estima que merecem os distintos indivíduos conduz a diferentes direitos.

Em verdade, a igualdade deve ser regida senão pelo princípio da igual consideração de interesses, pois este “pode ser uma forma defensável do princípio segundo o qual todos os seres humanos são iguais”<sup>568</sup>, uma vez que o princípio mínimo de igualdade não idealiza um princípio igualitário perfeito e consumado<sup>569</sup>.

É nesse ponto que a solidariedade se apresenta como mediadora eficaz e capaz de conciliar o antigo e interminável embate entre igualdade e liberdade. É firme nessa convicção que o Ministro Poeta Carlos Ayres Britto lembra a arguta percepção de Antônio Maria Baggio, ao dizer que:

O pensamento moderno desenvolveu a liberdade e a igualdade como categorias políticas, mas não fez o mesmo com a fraternidade – embora esta seja o alicerce das outras duas –, seja por fraqueza, por medo das suas implicações, seja pela eclosão do conflito entre religião e modernidade, que tornou particularmente cheio de obstáculos o terreno da fraternidade. No entanto, a fraternidade é o princípio regulador dos outros dois princípios: se vivida fraternalmente, a liberdade não se torna arbítrio do mais forte, e a igualdade não degenera em igualitarismo opressor. A fraternidade poderia ajudar na realização do projeto da modernidade. Esta

---

<sup>567</sup> SINGER, Peter. *Ética Prática*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3º edição, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.18.

<sup>568</sup> SINGER, Peter. *Ética Prática*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3º edição, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.p 32-33.

<sup>569</sup> *Ibid.*, p.35.

última, de fato, não deve ser negada; ao contrário, seu projeto deve ser retomado, adequando-o, porém, à plenitude de conteúdo dos valores que ele proclama

É preciso convencer as pessoas que a infelicidade e a pobreza de um indivíduo, não é somente o ocaso dele, mas sim uma perda para toda a humanidade. O apelo ao dever de reconhecimento instituído pelo princípio da solidariedade, como ferramenta argumentativa especialmente, é a alternativa razoável a inércia e a retórica do *status quo* presente em nossa sociedade.

#### 4.4.1.5 Cota, solidariedade e reconhecimento

Como de praxe, questões envolvendo um desacordo moral muito forte acabam transferindo decisões importantes da política para o judiciário. Essa situação ocorre com mais frequência em países em que os Poderes Executivo e Legislativo gozam de menos prestígio institucional. Ao lado disso, discussões morais muito delicadas geram custos políticos que muitas vezes os representantes eleitos não estão dispostos a pagar.

Atualmente no Supremo Tribunal tramitam diversas ações que visam dar cabo a constitucionalidade e legitimidade do sistema de cota, dentre elas cabe citar Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, o Recurso Extraordinário 597.285/RS e a ADI 3.197 (contra lei estadual do Rio de Janeiro nº 4.151/2003 que estatui quotas na UERJ e UENF). No início de 2010 o relator da ADPF 196, Min. Ricardo Lewandowski, convocou audiência pública para que as várias percepções sobre o tema pudessem “abrir os poros” dos Ministros daquela Corte Suprema na direção de uma decisão mais justa e mais adequada ao contexto social brasileiro. Louva-se mais esta medida da Corte brasileira, pois não sendo uma instância tão democrática como os Poderes eleitos, legitima sua atuação ao abrir as portas da justiça para todos, aproximando a sociedade do debate.

Em medida cautelar debatida na referida ADPF<sup>570</sup>, o então Presidente da Corte Constitucional, Gilmar Mendes, manifestou sensível preocupação com os rumos do debate que pautavam os argumentos da presente ação:

---

<sup>570</sup> ADPF 186 MC / DF - Distrito Federal Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 31/07/2009.

Não posso deixar de levar em conta, no contexto dessa temática, as assertivas do Mestre e amigo Professor Peter Häberle, o qual muito bem constatou que, na dogmática constitucional, muito já se tratou e muito já se falou sobre liberdade e igualdade, mas pouca coisa se encontra sobre o terceiro valor fundamental da Revolução Francesa de 1789: a fraternidade (**grifo nosso**)

As palavras que se seguem na decisão do Eminentíssimo jurista são igualmente intrigantes e reveladoras de uma nova percepção em matéria de direitos fundamentais.

Segundo Mendes:

No limiar deste século XXI, liberdade e igualdade devem ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade. Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade

Lembrando a tragédia do onze de setembro de dois mil e um, alerta para os “fundamentalismos de todo tipo para os pilares da liberdade e igualdade. Fazemos parte de sociedades multiculturais e complexas e tentamos ainda compreender a real dimensão das manifestações racistas, segregacionistas e nacionalistas, que representam graves ameaças à liberdade e à igualdade”.

É preciso promover a tolerância nas sociedades multiculturais, uma vez que estas se apresentam como questões centrais a que este século nos convidou a enfrentar em tema de liberdade e igualdade.

Não fugindo a polêmica, em tom peremptório sustenta que:

Pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos os seus aspectos. A tolerância em tema de igualdade, nesse sentido, impõe a igual consideração do outro em suas peculiaridades e idiosincrasias. Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias. **A questão da constitucionalidade de ações afirmativas voltadas ao objetivo de remediar desigualdades históricas entre grupos étnicos e sociais, com o intuito de promover a justiça social, representa um ponto de inflexão do próprio valor da igualdade.** Diante desse tema, somos chamados a refletir sobre até que ponto, em sociedades pluralistas, a manutenção do *status quo* não significa a perpetuação de tais desigualdades. Se, por um lado, a clássica concepção liberal de igualdade como um valor meramente formal há muito foi superada, em vista do seu potencial de ser um meio de legitimação da

manutenção de iniquidades, por outro o objetivo de se garantir uma efetiva igualdade material deve sempre levar em consideração a necessidade de se respeitar os demais valores constitucionais (negrito nosso)

Assim, o mandamento constitucional de reconhecimento e proteção igual das diferenças impõe um tratamento desigual por parte da lei. O paradoxo da igualdade, portanto, suscita problemas dos mais complexos para o exame da constitucionalidade das ações afirmativas em sociedades plurais.

Deste modo, é preciso rearticular o discurso hegemônico de igualdade que pertencia ao *Welfare State*, pois este não foi construído de forma a lidar com direitos de reconhecimento de minorias, uma vez que sua maior preocupação eram as questões de redistribuição. Nessa construção, portanto, o espaço para as diferenças culturais seria inexistente.

Nesse sentido, os argumentos que devem nortear essa luta por reconhecimento necessitam unir a dimensão econômica e cultural. A começar pela “constatação empírica da situação de terrível desvantagem social dos negros em geral hoje, [que] justifica a adoção de medidas que tentem favorecê-los perante os brancos”<sup>571</sup>. Tal diagnóstico permitiria uma distribuição adequada e justa dos bens socialmente relevantes, tornando as relações raciais mais eqüitativas<sup>572</sup>.

Essa redistribuição e sua conseqüente diminuição das desigualdades podem produzir benefícios gerais, “eis que reduz os ressentimentos e tensões que a profunda injustiça na distribuição dos ônus e vantagens entre as diferentes etnias tende a produzir no meio social”<sup>573</sup>.

A diversidade étnica é e sempre foi um traço distintivo brasileiro, traço do qual nos orgulhamos e deliciamos<sup>574</sup>. No entanto, para a ampliação dessa virtude é preciso que

---

<sup>571</sup> SARMENTO, Daniel. “A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa” In *Livres e Iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 155.

<sup>572</sup> Idem,

<sup>573</sup> Idem,

<sup>574</sup> DaMATTA, Roberto. *O que faz do brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1986, pp. 37-38.

exista um contato real entre os sujeitos das diversas etnias. Deve-se romper com o modelo conservador e velado que segrega e põe o negro em posições subalternas<sup>575</sup>.

Nessa edificação, a sala de aula, os escritórios de advocacia, o fórum, etc. podem se tornar ambientes de troca de experiências humanas, possibilitando relações humanas mais ricas e plurais em termos raciais<sup>576</sup>, trazendo junto consigo a auto-estima e o devido respeito, bem como um sistema jurídico e social melhores.

Ademais, as políticas afirmativas ao romperem com estereótipos, geram um aumento de afrodescendentes bem sucedidos e detentores de posições sociais prestigiadas. Tal fato permite que as futuras gerações tenham alguém em quem se inspirar fato que só fortalece sua auto-estima, suscitando uma cadeia de solidariedades<sup>577</sup>.

Por fim, esse reconhecimento permitirá como consequência, uma redistribuição mais justa dos bens socialmente relevantes<sup>578</sup>, pois não há como negar o fato dos negros estarem em posições sociais economicamente desfavorecidas<sup>579</sup>.

---

<sup>575</sup> SARMENTO, Daniel. “A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa” In *Livres e Iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 155.

<sup>576</sup> Idem,

<sup>577</sup> Idem,

<sup>578</sup> Essa crença, por exemplo, é a que separa ideologicamente a autora Nancy Fraser de Axel Honneth. Enquanto Honneth acredita que a redistribuição é consequência do reconhecimento, Fraser não vislumbra uma coisa sem a outra, mas as dimensões devem ser efetivadas concomitantemente. Em entrevista concedida no Brasil Honneth diz que “Nas questões normativas concordamos em mais coisas do que era claro de início. Nós dois entendemos que o objetivo da justiça social é possibilitar uma participação de todos os membros da sociedade no processo comunicativo da vida da sociedade. Contudo cada um de nós soletra essas condições de maneira diversa. Eu, com os conceitos de uma teoria do reconhecimento; Nancy Fraser, com uma teoria da participação. Em relação à questão central, redistribuição ou reconhecimento, a diferença consiste em que eu vejo somente a possibilidade de justificar as finalidades da redistribuição com as categorias do reconhecimento social” (Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u37729.shtml> Acesso realizado em 19.07.2010). Sobre a posição da autora americana ver: FRASER, Nancy. “Da Redistribuição ao Reconhecimento? Dilemas da Justiça na Era Pós-Socialista”. In SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia Hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Ed. UnB, 2001, pp.245-282

<sup>579</sup> Para mais detalhes sobre a situação dos negros no Brasil ver recente estudo da ONU denominado “As Nações Unidas e as Políticas de Redução da Desigualdade Racial” (Disponível em: <http://www.onu.org.br/doc/ONUeasPoliticaddeReducaodaDesigualdadeRacial.pdf> Acesso realizado em 30.07.2010) Um breve trecho logo no início já aponta os vícios “raciais” no Brasil: “Apesar desses avanços, as disparidades raciais persistem e em alguns aspectos aumentam. A expansão do ensino superior – o verdadeiro motor do crescimento econômico e da igualdade social – durante o período, contudo, ao beneficiar desproporcionalmente a população branca, produziu um crescente hiato no acesso à educação, especialmente no nível universitário”

## **5. A EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE PELA LENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

### 5.1 Nota prévia

O presente capítulo tem por objetivo analisar em que medida as decisões do Supremo Tribunal Federal contribuem para a construção do conceito jurídico do princípio da solidariedade. Desta forma, não serão objeto de análise as questões antropológicas e históricas dos grupos tratados nas decisões. Neste ponto, o que nos interessa é compreender como a solidariedade se projeta para as relações jurídicas e, nada mais pertinente, do que a jurisprudência da Suprema Corte de um país para apontar essa projeção.

Antes de qualquer coisa, cumpre ressaltar que não há, na jurisprudência do STF, parâmetros objetivos de aferição do que seria solidariedade ou não. Como princípio ainda pouco trabalhado dogmaticamente, diversas argumentações se tornam sustentações pragmáticas de uma solidariedade social que normalmente se remete ao modelo Bismarkiano de solidariedade, o que é muito pouco para um princípio fundamental. Ademais, como veremos, certos Ministros chegam a alçar a solidariedade a princípio estruturante, desvirtuando por completo seu papel, levando o debate para um campo pouco produtivo.

Assim, nosso objetivo será o de costurar as diversas posições em busca de uma substancialidade mínima desse princípio.

### 5.2 Solidariedade, igualdade e gênero

O feminismo atravessou, ao longo dos anos, várias etapas em sua afirmação, duas em especial merecem destaque: o primeiro momento ocorre no fim do século XIX e início do século XX, no Reino Unido, França e Estados Unidos. As reivindicações nesse momento partiam, principalmente, de filiações de mulheres de classe média, com o objetivo de postularem o direito ao voto e uma melhor educação. Tal mobilização ficou conhecida como “primeira onda” do feminismo.

A segunda, por outro lado, surgiu na década de sessenta do século passado, sendo este período marcado pelas indagações acerca da situação empírica em que as relações sociais e políticas entre homens e mulheres se encontravam. O entusiasmo feminista se uniu na Inglaterra com a finalidade de transformar as estruturas sociais ali existentes. Várias manifestações feministas foram associadas a essa segunda fase do movimento, como, por exemplo, o concurso Miss América e a queima de sutiãs.

Muito embora o feminismo tenha como pedra de toque a abolição da subordinação feminina, existe um extenso leque de teorias que divergem tanto no que diz respeito às suas premissas quanto às suas conclusões. Tais perspectivas são por demais ampliadas e se vinculam com variadas correntes da filosofia política, como o libertarianismo, marxismo e o liberalismo, ocupando-se também de perspectivas pós-estruturalistas e psicanalíticas<sup>580</sup>.

Portanto, por questões óbvias, não será possível traçar distinções e maiores detalhes sobre cada uma dessas correntes. A opção aqui adotada foi a de fazer um breve histórico sobre as conquistas feministas no Brasil e no mundo durante o século XX, conquistas marcadas por um traço muito peculiar a esse movimento: a maioria das decisões judiciais e das legislações que institucionalizaram o reconhecimento das mulheres vieram após tais conquistas já terem se consolidado dentro do tecido social.

A origem do dia internacional da mulher possui uma relação direta com eventos marcados por sua afirmação enquanto iguais. Um desses eventos aconteceu em 1857 na cidade de Nova York, onde eclodiu uma greve de costureiras nas indústrias têxteis que acabou por alcançar grandes proporções. As operárias, durante suas manifestações pacíficas, sofreram fortes repressões por parte da polícia e, por diversas vezes, foram presas, torturadas e ameaçadas. A reivindicação era simples: a equiparação de salários com os homens<sup>581</sup>.

Outro evento marcante ocorreu na *Triangle Schirwaist Company* em 1911. Nesta página triste da história da humanidade, cento e quarenta e sete mulheres morreram carbonizadas por estarem trancadas na fábrica, fato soteraamente explicado como acidente.

---

<sup>580</sup> KYMLICKA, Will. "Feminismo" In *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.303. Essa mesma afirmação pode ser encontrada em: MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Lisboa: Gradiva, 1996, pp. 103-106.

<sup>581</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Sousa. O Direito a diferença. As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.82.



A coincidência pouco mencionada é que boa parte daquelas mulheres faziam parte do movimento sindical.

Nos Estados Unidos a *XIX Emenda* garantiu às mulheres o direito ao voto, fato que só veio a ser consolidado no Brasil em 1932, por meio do decreto nº 21.076/32, que aprovou o Código Eleitoral<sup>582</sup>.

Com a possibilidade de cursarem faculdade, as mulheres começaram posteriormente a postular posições no mercado de trabalho e um fato curioso ocorreu quanto ao exercício da advocacia por elas.

Em Bruxelas, o Tribunal de Apelação desenvolveu uma idéia de que o “pudor” feminino e seu pendor para ser esposa e mãe lhe vedavam o exercício da advocacia<sup>583</sup>. Na Corte de cassação, a fundamentação agregou o argumento da vocação masculina para a advocacia<sup>584</sup>.

Por seu turno, a Corte americana declarou a *XIV Emenda* inaplicável no que diz respeito à igual proteção dos sexos para o exercício da advocacia. Os argumentos do *Justice Bradley* beiram o absurdo (talvez não para aquele momento). Disse o *Justice* que o homem e a mulher foram concebidos para atuarem em esferas distintas, pois receberam do Criador funções sociais diferentes<sup>585</sup>. Ainda nos Estados Unidos, em 1875, a Corte rejeita requerimento de uma mulher que a partir da *Due Process Clause da XIV*, pleiteava o direito ao sufrágio. Segundo a Corte, a referida Emenda não possuía o condão de garantir às mulheres direitos que elas não usufruíam anteriormente<sup>586</sup>. Esses acontecimentos são apenas algumas amostras de situações concretas acerca da discriminação estatizada contra as mulheres no mundo.

No Brasil os exemplos também são incontáveis. O direito ao divórcio, por exemplo, só foi garantido em 1970. O machismo que ainda vive em nossa sociedade era

---

<sup>582</sup> Embora a Constituição republicana de 1891 não vedasse expressamente o voto feminino, seu silêncio foi interpretado em desfavor das mulheres, seja em sede doutrinária, legislativa ou jurisprudencial. Sobre o tema: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança na Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, pp. 39-40.

<sup>583</sup> Tribunal de Apelação de Bruxelas, 12 de dezembro de 1888, *Popelin, Pas*, 1889, II, 48 Apud RIGAUX François. *A lei dos Juizes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.34.

<sup>584</sup> *Ibid.*,

<sup>585</sup> *Ibid.*,

<sup>586</sup> RIGAUX François. *A lei dos Juizes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 34-35.

facilmente detectado nas relações sociais, basta destacar o papel simbólico das varandas das casas como único lugar de contato da mulher com o mundo de verdade<sup>587</sup>.

Diversas são as conquistas que as mulheres brasileiras alcançaram nos últimos anos, sendo a maioria delas pela própria mudança de mentalidade que ensejou uma auto-estima entre elas, gerando uma rede de solidariedades capaz de absorver suas lutas e reivindicações. A mais relevante delas veio com a lei nº 9.504/97 que estatuiu normas gerais para as eleições. A referida lei, em seu artigo 107, §3º, estabelece que cada partido ou coligação deverá reservar no mínimo 30% (trinta por cento) e no máximo 70% (setenta por cento) para candidatura de cada sexo. O estabelecimento dessas quotas, ao contrário do que pode parecer, cria uma arena política propícia ao diálogo amplo e aberto a novas perspectivas, colocando os demais segmentos sociais, em especial os homens, em contato com demandas que desconhecem, por não serem capazes de compreendê-las sem estarem de frente com elas. Em sede constitucional, pode-se mencionar a proteção à maternidade como um direito social fundamental (Art. 6º, caput, CF/88) e a proteção no mercado de trabalho da mulher (Art. 7º, inciso XX, CF/88).

Página importante na conquista do reconhecimento das mulheres, enquanto dignas de um tratamento adequado ao seu papel na sociedade brasileira, foi a controvertida discussão, em sede previdenciária, quanto à responsabilidade em suportar o pagamento da remuneração da segurada, superior ao teto da previdência, em licença maternidade.

A questão ganhou capítulo especial quando do julgamento da ADI nº 1946-5/DF<sup>588</sup>, em 2003. Ação em que se examinou a constitucionalidade da incidência do teto

---

<sup>587</sup> DaMATTA, Roberto. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1986, p.36.

<sup>588</sup> EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988, cujo art. 6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada "na forma desta Constituição", ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: "licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias". 2. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado. 3. Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por

previdenciário, estabelecido pela Emenda Constitucional nº 20, refletida sobre o salário maternidade.

Lançando mão de uma interpretação conforme a Constituição, à luz do art. 7º, incisos XVIII e XXX, em conjunto com o inciso IV do art. 3º, da CF, o STF entendeu pelo direito da mulher de receber integralmente, independente do teto, o salário que teria direito se não estivesse em licença maternidade<sup>589</sup>, esclarecendo qualquer dúvida sobre o sentido e alcance do art. 14 da EC 20/98<sup>590</sup>. Sustentou o Min. Sydney Sanches que a proteção dispensada à gestante cada vez mais era um encargo previdenciário, razão pela qual não seria correto presumir, na falta de previsão expressa, tivesse o legislador a intenção de revogar o inciso XVIII do art. 7º, fato que redundaria em retrocesso histórico<sup>591</sup>.

Ademais, se o entendimento fosse no sentido de impor ao empregador a diferença excedente ao teto, estar-se-ia nutrindo a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da CF88). Dessa forma, não demoraria

---

R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, proibida a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais conseqüências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade. 4. A convicção firmada, por ocasião do deferimento da Medida Cautelar, com adesão de todos os demais Ministros, ficou agora, ao ensejo deste julgamento de mérito, reforçada substancialmente no parecer da Procuradoria Geral da República. 5. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, e nessa manifestação do Ministério Público federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal. 6. Plenário. Decisão unânime.

<sup>589</sup> No corrente ano tramita no Congresso Nacional a PEC que amplia de quatro para seis meses o prazo de licença-maternidade. A proposta obteve 54 votos favoráveis e nenhum contrário, estando atualmente sob análise da Câmara dos Deputados. O projeto é de autoria da Senadora Rosalba Ciarlini (DEM-RN) e tornará obrigatória a licença de 180 dias para empresas públicas e privadas. Na prática, a proposta amplia o alcance da Lei número 11.770, de 2008, de autoria da senadora Patrícia Saboya (PDT-CE), que faculta às empresas a concessão da licença de seis meses. Cabe ressaltar que essa lei, em compensação, garantia a dedução das despesas extras do Imposto de Renda.

<sup>590</sup> EC 20/98, Art. 14 – “O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social”

<sup>591</sup> ADI nº1946-5/DF, MC, Rel. Min. Sydney Sanches. 14.09.2001.

muito o mercado de trabalho reagir, dando preferência, nas contratações, ao sexo masculino e oferecendo salários inferiores às mulheres.

Portanto, andou bem o Supremo Tribunal Federal em imputar ao Estado o ônus financeiro do salário maternidade. Seus argumentos costuraram diversas partes da Constituição em busca de uma concordância prática entre igualdade e os demais valores constitucionais, sendo a pedra de toque dos fundamentos a situação peculiar que a mulher possui como mãe e cidadã. Para tanto, nos parece clara a direção da decisão em reconhecer um dever de solidariedade-reconhecimento, pois, ao respeitar as características peculiares das mulheres, o Supremo Tribunal lhes confere uma devida valorização social gerando mais auto-estima e realização. Tal consideração possibilita que cada vez mais mulheres busquem o mercado de trabalho, podendo exercer um dos atributos mais básicos da condição humana<sup>592</sup>. Como já dito acima, a formação da identidade do sujeito é outro aspecto da solidariedade que viabiliza o reconhecimento intersubjetivo. Assim, a solidariedade, enquanto padrão de reconhecimento, permite um tratamento diferenciado, sem ofender a igualdade.

### 5.3 A identidade cultural enquanto direito-dever de reconhecimento

A solidariedade como um dever de reconhecimento cultural pode ser extraída da análise do artigo 215, CF/88, ao dizer que “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”. Tal dispositivo se dispõe a garantir o pleno exercício dos direitos culturais, bem como o acesso às suas fontes<sup>593</sup>.

Os direitos culturais são elementos fundamentais na formação das identidades nacionais, permitindo aos concidadãos um recíproco reconhecimento. Nesse sentido, cabe

---

<sup>592</sup> Hannah Arendt, em sua obra *A Condição Humana*, ao apresentar os conceitos do que considera as três atividades humanas fundamentais, destaca o labor como atividade diretamente relacionada à própria vida, que assegura a sobrevivência do indivíduo e a vida da espécie. (ARENDR, Hannah. *A Condição Humana*. Trad, Roberto Raposo. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p.57). No mesmo sentido BOBBIO, no seu *A Era dos Direitos*, destaca o trabalho como um dos três direitos sociais fundamentais, afirmando, em tom peremptório, que: “a reivindicação do direito ao trabalho como direito fundamental – tão fundamental que passou a fazer parte de todas as Declarações de Direitos contemporâneas – teve as mesmas boas razões da anterior reivindicação do direito de propriedade como direito natural”(BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992, p.71)

<sup>593</sup> NARITOMI, Sabrina. Cit., p. 113.

ao Estado, além do dever de proteção das mais variadas manifestações culturais, proporcionar, por meio de deveres positivos, a concretização e afirmação de tais direitos.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem entendendo pela aplicação do princípio da solidariedade nas relações jurídicas que afirmam o reconhecimento de grupos que possuem características peculiares, utilizando da disposição genérica constante do Art.3º, Inciso I, em conjunto com as disposições constitucionais pertinentes, sobretudo aquelas que mencionam “o dever do Estado e da sociedade”. Dessa forma, o Tribunal se posiciona claramente pela adoção da solidariedade como um direito fundamental.

Na ação popular (petição 3388/RR-Roraima) que discutia a demarcação indígena da reserva Raposa do Sol, o Relator Carlos Ayres Britto se refere ao caso como “capítulo avançado do constitucionalismo fraternal”. Segundo o mesmo Ministro, os artigos 231 e 232 da Constituição “são de finalidade nitidamente fraternal e solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias que só têm experimentado, historicamente [...] desvantagens comparativas com outros segmentos sociais”.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 estaria destinada a perseguir a integração comunitária do povo brasileiro, integração esta clarificada em seu preâmbulo, mediante a expressão “sociedade fraterna” e que se apresenta como o terceiro dos objetivos fundamentais<sup>594</sup>. É nessa linha de argumentação que se demanda a interpretação dos arts. 231 e 232 da CF/88:

[...] é que os arts. Constitucionais de n.ºs. 231 e 232 têm que ser interpretados como densificadores da seguinte idéia-força: o avançado estágio de integração comunitária é de se dar pelo modo ativo e respeitoso de protagonização dos segmentos minoritários. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, lingüística e cultural, razão de ser de sua incomparável originalidade

Diante do exposto, fica clara a preferência em se prestigiar a solidariedade como instrumento concretizador das identidades culturais, pois como afirmado pelo Ministro Ayres Britto, só a solidariedade é capaz de assegurar meios dignos de subsistência

---

<sup>594</sup> STF, Ação popular (petição 3388/RR-Roraima), Relatoria Carlos Ayres Britto, 19.03.2009. O ideal de constitucionalismo fraternal está amplamente difundido no voto do relator da presente ação

econômica para os índios mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, lingüística e cultural.

Neste caso, não apenas emprestou a eficácia interpretativa aos arts. 231 e 232 da Constituição, mas extraiu também de sua matriz principiológica (art. 3º, I, CF/88) os comandos necessários para afirmar os direitos dos índios residentes naquela reserva indígena, reconhecendo que a cultura desses povos está fortemente ligada a sua terra, sendo uma privação de respeito não reconhecê-las.

Durante as polêmicas que ensejaram a demarcação da reserva indígena Raposa do Sol, um fato inédito aconteceu quando da possibilidade de se convocar um indígena para ser interrogado em CPI que tinha por finalidade esclarecer fatos incomuns naquela região.

Na ocasião, o STF, no HC 80240/RR, de relatoria do Eminentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence, entendeu que a intimação de indígena para prestar depoimento, na condição de testemunha, fora do seu habitat, violaria as normas constitucionais que conferem o dever de reconhecimento e a proteção específica aos povos indígenas (CF, arts. 215 , 216 e 231) e lavrou o seguinte acórdão:

EMENTA: I. Habeas corpus: cabimento, em caráter preventivo, quando se questiona da legitimidade da intimação para depor em comissões parlamentares de inquérito: precedentes (v.g. Plenário, HC 71.193, 06.04.94, Pertence, DJ 23.03.01; HC 71.261, 11.05.94, Pertence, RTJ 160/521; HC 71.039, 07.04.94, Brossard, RTJ 169/511). II. STF: competência originária: habeas corpus contra ameaça imputada a Senador ou Deputado Federal (CF, art. 102, I, alíneas i e c), incluída a que decorra de ato praticado pelo congressista na qualidade de Presidente de Comissão Parlamentar de Inquérito: precedentes. III. Comissão Parlamentar de Inquérito: conforme o art. 58, § 3º, da Constituição, as comissões parlamentares de inquérito, detêm o poder instrutório das autoridades judiciais - e não maior que o dessas - de modo que a elas se poderão opor os mesmos limites formais e substanciais oponíveis aos juízes, dentre os quais os derivados de direitos e garantias constitucionais. IV. Comissão Parlamentar de Inquérito: intimação de indígena para prestar depoimento na condição de testemunha, fora do seu habitat: violação às normas constitucionais que conferem proteção específica aos povos indígenas (CF, arts. 215 , 216 e 231). 1. A convocação de um índio para prestar depoimento em local diverso de suas terras constrange a sua liberdade de locomoção, na medida em que é vedada pela Constituição da República a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo exceções nela previstas (CF/88, artigo 231, § 5º). 2. A tutela constitucional do grupo indígena, que visa a proteger, além da posse e usufruto das terras originariamente dos índios, a respectiva identidade cultural, se estende ao indivíduo que o compõe, quanto à remoção de suas terras, que é sempre ato de opção, de vontade própria, não podendo se apresentar como imposição, salvo hipóteses excepcionais. 3. Ademais, o depoimento do índio, que não incorporou ou compreende as práticas

e modos de existência comuns ao ‘homem branco’ pode ocasionar o cometimento pelo silvícola de ato ilícito, passível de comprometimento do seu *status libertatis*. 4. Donde a necessidade de adoção de cautelas tendentes a assegurar que não haja agressão aos seus usos, costumes e tradições. V. Deferimento do habeas corpus, para tornar sem efeito a intimação, sem prejuízo da audiência do paciente com as cautelas indicadas na impetração<sup>595</sup>

Apontou a Suprema Corte brasileira que a convocação de um índio para prestar depoimento em local diverso de suas terras constrangeria sua liberdade de locomoção, pois nos termos do artigo 231, § 5º, CF/88, é vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo exceções nela previstas, o que não era o caso<sup>596</sup>.

Também afirmou que a tutela constitucional dos grupos indígenas visa à proteção, a posse e usufruto de suas terras originárias. A identidade cultural, no caso dos índios, se estende ao indivíduo que a compõe e, quanto à remoção de suas terras, que é sempre ato de opção, de vontade própria, não pode se apresentar como imposição.

Ademais, salientou o acórdão supra que o depoimento do índio não compreende as práticas e modos de existência comuns ao “homem branco”, podendo ocasionar o cometimento pelo silvícola de ato ilícito, passível de comprometimento do seu *status libertatis*. Deste modo, há uma imperiosa necessidade de se adotar com cautela certas medidas para que não haja agressão aos seus usos, costumes e tradições.

Portanto, o Supremo, ao tratar de forma diferenciada os índios nos dois casos, só o fez em virtude das necessidades especiais inerentes às suas condições de fato, condições que os tornam merecedores de tratamento diferenciado, corrigindo a insuficiência da igualdade e reconhecendo sua condição peculiar em nossa sociedade.

---

<sup>595</sup> STF, HC 80240/RR, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, DJ 14-10-2005, LEXSTF v. 27, n. 324, 2005, p. 344-357

<sup>596</sup> CF/88 Art. 231. “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”

[...]

“§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco”

Outro caso interessante sobre o dever de solidariedade-reconhecimento das identidades culturais foi o RE 153.531-8/SC<sup>597</sup>, no qual se discutiu se a manifestação cultural conhecida como “farra do boi” poderia ou não ser protegida pela Constituição.

O caso foi impulsionado por uma Ação Civil Pública proposta contra o Estado de Santa Catarina para que esse não permitisse mais a “farra do boi” ou qualquer manifestação parecida. O Estado, por sua vez, alegou que a “farra do boi” é uma manifestação cultural legítima que não se equipara a atos de violência. Para tanto, argumentou que a prática cultural é amparada pelo art. 215, §1º da CF<sup>598</sup>, pois integra o patrimônio cultural de natureza imaterial do povo catarinense e expressa a memória de grupos, no caso, os açorianos, formadores da sociedade brasileira.

Portanto, a Suprema Corte se viu diante de uma colisão entre meio ambiente e o exercício dos direitos culturais, sendo a posição vencedora a que se manifestou contra a prática da “farra do boi”. O relator Francisco Rezek, fazendo referência ao advogado da sociedade protetora dos animais - autora da Ação Civil Pública -, bem lembrou que:

[...] as manifestações culturais são práticas existentes em outras partes do país, que também envolvem bois submetidos à farra do público, mas de pano, de madeira, de ‘papier maché’; não seres vivos, dotados de sensibilidade e preservados pela Constituição da República contra esse gênero de comportamento

Nesse sentido, pela defesa e proteção do meio ambiente, entendeu o relator que tal prática não se enquadra em manifestação cultural, uma vez que seres vivos não podem ser objeto de atitude tão atentatória ao meio ambiente.

Interessante ponderação foi feita pelo Ministro Néri da Silveira ao colocar frente a frente os valores constitucionais que, segundo ele, poderiam estar em colisão. Diz o Eminentíssimo Ministro que “a cultura pressupõe desenvolvimento que contribua para a realização da pessoa humana e da cidadania e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Esses valores não podem estar dissociados da compreensão do exercício dos direitos culturais”. Diante disso, concluiu que a manifestação cultural, no presente caso, tornaria inviável a regra que protege a fauna e a flora, pois segundo ele “A Constituição

---

<sup>597</sup> STF, 2º turma, RE 153.531-8/SC, Rel. Min. Francisco Rezek, 03.06.1997.

<sup>598</sup> Art 215, §1º “O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”



tornou isso [a proteção ao meio ambiente] pela primeira vez um preceito constitucional e, assim, não parece que se possa conciliar determinados procedimentos, certas formas de comportamento social, tal como denunciado nos autos, com esses princípios”.

O mesmo entendimento foi exposto pelo Min. Marco Aurélio ao dizer que “[...]Não se trata, no caso, de uma manifestação cultural que mereça agasalho na Carta da República. Cuida-se de uma prática cuja crueldade é impar e decorre das circunstâncias de pessoas envolvidas por paixões condenáveis buscarem, a todo custo, o próprio sacrifício animal”.

Percebe-se, portanto, que na linha do relator, os Ministros Néri da Silveira e Marco Aurélio deram primazia ao direito-dever de proteção ao meio ambiente por entenderem não haver adequação da “farra do boi” como prática cultural.

Por outro lado, o Ministro Maurício Corrêa, a partir de uma análise antropológica, defendeu a prática por entender que o benefício trazido pelo impedimento não justificaria o custo gerado pelo sacrifício de um costume de mais de duzentos anos, pois, segundo ele, a “farra do boi” seria “um culto [...] que tem forte conotação religiosa, pois o boi na farra é símbolo do paganismo e por isso é ‘violado’ transubstanciado em alimento”. Ademais, argumentou que a crueldade que passou existir não é elemento intrínseco à prática, sendo prática por poucos, fato que deveria ser reprimido a todo custo<sup>599</sup>.

Portanto, a decisão contrária a “farra do boi” se baseou na idéia de que a cultura e sua livre manifestação não se desvinculam da realização da dignidade humana, da cidadania e, sobretudo, da solidariedade social. Em verdade, a solidariedade foi o princípio que garantia substrato material aos dois direitos fundamentais, pois se de um lado havia o dever-direito de proteção ao meio ambiente, do outra havia o dever-direito de preservação cultural que encontra na solidariedade uma determinação de preservação das identidades individuais e coletivas.

Diante disso, parece-nos possível deduzir que em algumas ocasiões poderá haver colisão entre dois direitos-deveres que encontram no princípio da solidariedade seu suporte material. Nesses casos, os postulados da proporcionalidade e da concordância prática servirão de parâmetro para as escolhas a serem feitas. Neste último caso trabalhado, nota-se que a concordância prática não foi levada a cabo por não ter havido a devida deferência

---

<sup>599</sup> No caso o Ministro Marco Aurélio entendeu ser impossível que o Estado por meio do poder de polícia consiga durante a “farra do boi” controlar o que seria ou não abuso e por isso preferiu pela sua não aprovação.

para com os direitos-deveres culturais dos açorianos<sup>600</sup>. Conforme anunciou o Min. Maurício Corrêa em seu voto vencido “poder-se-ia sujeitar a farra do boi a determinadas restrições, ao invés de simplesmente proibi-las”.

Assim, conclui-se que a solidariedade, enquanto direito-dever de respeito às culturas, funciona como princípio que corrige a isonomia e a liberdade, uma vez que permite que as pessoas gozem de suas identidades culturais, sem que ultrapassem a proteção de outros valores protegidos pela Constituição, que neste foi o direito-dever de proteção do meio ambiente. Da mesma forma, é possível extrair deste último caso a existência de colisões entre direitos e deveres que encontram na solidariedade seu suporte de legitimação e justificação, daí sendo necessário lançar mão da proporcionalidade e da concordância prática para averiguar qual direito-dever prevalecerá no caso concreto. Por fim, cumpre ressaltar que quando da aplicação de um direito-dever de reconhecimento das identidades culturais, o STF, na maioria dos casos, fundamenta suas decisões nos deveres específicos em conjunto com a cláusula geral do objetivo/dever de solidariedade do art.3º, inciso I, da CF88, isto é, com o dever de construir uma sociedade livre, justa e *solidária*.

#### 5.4 A solidariedade como suporte de eficácia do direito ao meio ambiente

A solidariedade, como afirma Ricardo Lobo Torres, também fortalece a justiça, uma vez que gera um vínculo mútuo entre os indivíduos que fazem parte de grupos beneficiários de redistribuição dos bens sociais<sup>601</sup>. Tanto os direitos sociais, quanto questões de justiça social e de redistribuição passam pela afirmação da solidariedade como direito, não negligenciando o fato de também haver uma correlação lógica com a tutela de alguns direitos coletivos ou difusos<sup>602</sup>.

É nesse sentido que o meio ambiente é entendido como um direito que materializa a solidariedade. A preservação do meio ambiente (art. 225, CF/88) é prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade, configurando direito de terceira geração (ou de

---

<sup>600</sup> NARITOMI, Sabrina, 2005, cit, p.193.

<sup>601</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.146.

<sup>602</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.146 “A justiça social e a justiça distributiva passam pelo fortalecimento da solidariedade, da mesma forma que os direitos sociais também dependem dos vínculos de fraternidade. A mesma coisa acontece com alguns direitos coletivos ou difusos, como os dos consumidores, inquilinos, etc.”

novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade como valor fundamental<sup>603</sup>. Dessa forma, qualquer ato ou norma jurídica que confronte o sistema constitucional ambiental, reforçado pelo princípio da solidariedade, que encontra na proteção ao meio ambiente uma de suas manifestações, terá sua incidência afastada mediante incompatibilidade. No entanto, se estivermos falando de princípios constitucionais – portanto de igual peso e importância - que confrontem a solidariedade, ambos devem ser colocados na balança da ponderação para a fim de obtermos no caso concreto qual dos princípios realiza de forma melhor os fins constitucionais.

Deste modo, a solidariedade vai fundamentar e proteger os direitos e deveres “difusos ecológicos, que muitas vezes se definem como *direitos da solidariedade* e dos quais se extraí o mínimo existencial ecológico”<sup>604</sup>, pois toda pessoa humana possui um direito inalienável de viver em um ambiente equilibrado e sadio, bem como o dever de respeitar a natureza que o cerca<sup>605</sup>.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou por diversas vezes sobre o dever de solidariedade do Estado e de toda coletividade na proteção do meio ambiente<sup>606</sup>, dever que a todos se impõe para que não se instaure no seio da sociedade um conflito intergeracional marcado pelo desrespeito a esse patrimônio universal.

---

<sup>603</sup> ADI 3540 MC / DF – MC. Relator Min. Celso de Mello. 01.09.2005

E M E N T A: MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGENERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) - ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE - MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial - relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (cf, art. 225) - colisão de direitos fundamentais - critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes - os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos [...] a atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente.

<sup>604</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial...*p.146.

<sup>605</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos...*p.300.

<sup>606</sup> Ver: MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, DJ de 17-11-1995. No mesmo sentido: RE 134.297, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-6-1995, Primeira Turma, DJ de 22-9-1995; ADI 3.540-MC Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-9-2005, Plenário, DJ de 3-2-2006; ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 24-6-2009, Plenário, Informativo 552.

No MS 22.164/SP, o relator Celso de Mello se posicionou no sentido de afirmar que os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva, atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade<sup>607</sup>.

---

<sup>607</sup> MS 22.164/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, DJ de 17-11-1995  
EMENTA: REFORMA AGRARIA - IMÓVEL RURAL SITUADO NO PANTANAL MATO-GROSSENSE - DESAPROPRIAÇÃO-SANÇÃO (CF, ART. 184) - POSSIBILIDADE - FALTA DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL E PREVIA DO PROPRIETARIO RURAL QUANTO A REALIZAÇÃO DA VISTORIA (LEI N. 8.629/93, ART. 2., PAR. 2.) - OFENSA AO POSTULADO DO DUE PROCESS OF LAW (CF, ART. 5., LIV) - NULIDADE RADICAL DA DECLARAÇÃO EXPROPRIATORIA - MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. REFORMA AGRARIA E DEVIDO PROCESSO LEGAL. - O POSTULADO CONSTITUCIONAL DO DUE PROCESS OF LAW, EM SUA DESTINAÇÃO JURÍDICA, TAMBÉM ESTA VOCACIONADO A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE. NINGUEM SERÁ PRIVADO DE SEUS BENS SEM O DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5., LIV). A UNIÃO FEDERAL - MESMO TRATANDO-SE DE EXECUÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DO PROGRAMA DE REFORMA AGRARIA - NÃO ESTA DISPENSADA DA OBRIGAÇÃO DE RESPEITAR, NO DESEMPENHO DE SUA ATIVIDADE DE EXPROPRIAÇÃO, POR INTERESSE SOCIAL, OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE, EM TEMA DE PROPRIEDADE, PROTEGEM AS PESSOAS CONTRA A EVENTUAL EXPANSÃO ARBITRARIA DO PODER ESTATAL. A CLÁUSULA DE GARANTIA DOMINIAL QUE EMERGE DO SISTEMA CONSAGRADO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA TEM POR OBJETIVO IMPEDIR O INJUSTO SACRIFICIO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E VISTORIA EFETUADA PELO INCRA. [...] A PROPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA, AO IMPOR AO PODER PUBLICO O DEVER DE FAZER RESPEITAR A INTEGRIDADE DO PATRIMÔNIO AMBIENTAL, NÃO O INIBE, QUANDO NECESSARIA A INTERVENÇÃO ESTATAL NA ESFERA DOMINIAL PRIVADA, DE PROMOVER A DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEIS RURAIS PARA FINS DE REFORMA AGRARIA, ESPECIALMENTE PORQUE UM DOS INSTRUMENTOS DE REALIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE CONSISTE, PRECISAMENTE, NA SUBMISSÃO DO DOMÍNIO A NECESSIDADE DE O SEU TITULAR UTILIZAR ADEQUADAMENTE OS RECURSOS NATURAIS DISPONÍVEIS E DE FAZER PRESERVAR O EQUILÍBRIO DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 186, II), SOB PENA DE, EM DESCUMPRINDO ESSES ENCARGOS, EXPOR-SE A DESAPROPRIAÇÃO-SANÇÃO AQUE SE REFERE O ART. 184 DA LEI FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO - PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. - O DIREITO A INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE - TÍPICO DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO - CONSTITUI PRERROGATIVA JURÍDICA DE TITULARIDADE COLETIVA, REFLETINDO, DENTRO DO PROCESSO DE AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, A EXPRESSÃO SIGNIFICATIVA DE UM PODER ATRIBUÍDO, NÃO AO INDIVÍDUO IDENTIFICADO EM SUA SINGULARIDADE, MAS, NUM SENTIDO VERDADEIRAMENTE MAIS ABRANGENTE, A PROPRIA COLETIVIDADE SOCIAL. ENQUANTO OS DIREITOS DE PRIMEIRA GERAÇÃO (DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS) - QUE COMPREENDEM AS LIBERDADES CLASSICAS, NEGATIVAS OU FORMAIS - REALCAM O PRINCÍPIO DA LIBERDADE E OS DIREITOS DE SEGUNDA GERAÇÃO (DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS) - QUE SE IDENTIFICA COM AS LIBERDADES POSITIVAS, REAIS OU CONCRETAS - ACENTUAM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE, OS DIREITOS DE TERCEIRA GERAÇÃO, QUE MATERIALIZAM PODERES DE TITULARIDADE COLETIVA ATRIBUÍDOS GENERICAMENTE A TODAS AS FORMAÇÕES SOCIAIS, CONSAGRAM O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E CONSTITUEM UM MOMENTO IMPORTANTE NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO, EXPANSÃO E RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS,

Na referida ação foi questionada a desapropriação-sanção derivada de atividade predatória que cause dano ao meio ambiente, mas como o procedimento expropriatório não seguiu as formalidades legais, o Supremo garantiu ao proprietário a manutenção de suas terras. Todavia, deve-se ressaltar que a decisão firmou o entendimento de que o direito de propriedade pode ser sacrificado em favor do programa de reforma agrária e das exigências de preservação ambiental.

Neste primeiro caso, portanto, fica evidente que a regra constitucional do art. 184 em c/c art. 186, inciso II da CF/88<sup>608</sup>, instituídas pelo princípio da solidariedade, impedem o exercício arbitrário e ilimitado do direito de propriedade, típico direito de liberdade tutelado pela regra do art. 5º, *caput*, XXII da CF/88.

Outro caso que merece destaque é a ADPF 101<sup>609</sup>, ajuizada pelo Presidente da República, ação em que se discutiu as decisões judiciais que autorizavam a importação de pneus usados. Os argumentos contrapostos a essa atividade tomavam por base os preceitos inscritos nos artigos 196 (direito-dever à saúde)<sup>610</sup> e 225 (direito-dever ao meio ambiente)<sup>611</sup> da CF.

A relatora, Min. Carmen Lúcia, ao iniciar o exame de mérito, destacou que, na espécie em causa, se colocaria, de um lado, a proteção aos preceitos fundamentais relativos ao direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cujo descumprimento estaria a ocorrer por decisões judiciais conflitantes; e, de outro, o desenvolvimento econômico sustentável, a livre iniciativa e concorrência, nos quais se abrigaria, na

---

CARACTERIZADOS, ENQUANTO VALORES FUNDAMENTAIS INDISPONÍVEIS, PELA NOTA DE UMA ESSENCIAL INEXAURIBILIDADE. CONSIDERAÇÕES DOCTRINARIAS.

<sup>608</sup> Art. 184. “Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei”.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

[...]

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

<sup>609</sup> ADPF 101/DF, rel. Min. Carmen Lúcia, 11.3.2009

<sup>610</sup> CF/88, Art. 196. “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”

<sup>611</sup> CF/88, Art. 225. “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”

compreensão de alguns, a importação de pneus usados para o seu aproveitamento como matéria-prima utilizada por várias empresas que gerariam empregos diretos e indiretos.

Nesse sentido, salientou a Ministra que existe uma série de entraves para a utilização consciente desse material, tais como: as dificuldades na decomposição dos elementos químicos que compõem o pneu, do seu armazenamento, os problemas que advém com sua incineração, o alto índice de propagação de doenças, como a dengue, decorrente do acúmulo de pneus descartados ou armazenados a céu aberto e o aumento do passivo ambiental (principalmente em face do fato de que os pneus usados importados têm taxa de aproveitamento para fins de recauchutagem de apenas 40%, constituindo o resto matéria inservível, ou seja, lixo ambiental), e assim considerou demonstrado o risco da segurança interna, compreendida não somente nas agressões ao meio ambiente que podem ocorrer, mas também à saúde pública.

Da mesma forma, rejeitou o argumento dos interessados de que haveria ofensa ao princípio da livre concorrência e da livre iniciativa, ao fundamento de que, se fosse possível atribuir peso ou valor jurídico a tais princípios relativamente ao da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, preponderaria à proteção destes, cuja cobertura abrange a atual e as futuras gerações. Concluiu que, apesar da complexidade dos interesses e dos direitos envolvidos, a ponderação dos princípios constitucionais revelaria que as decisões que autorizaram a importação de pneus usados ou remoldados teriam afrontado os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especificamente, os princípios que se expressam nos artigos 170, I e VI, e seu parágrafo único<sup>612</sup>, 196 e 225, todos da CF.

Portanto, os direitos-deveres de respeito e proteção ao meio ambiente, baseados no princípio da solidariedade, servem de corretivo das liberdades, pois em um Estado solidário as liberdades devem ser exercidas com responsabilidade. O dever de proteção ao meio

---

<sup>612</sup> CF/88, Art. 170. “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”:

I – “soberania nacional”;

[...]

VI – “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”;

[...]

Parágrafo único. “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

ambiente é o mais peculiar de todos, pois encontra no indivíduo e na coletividade, concomitantemente, os sujeitos ativos e passivos dessa relação.

Por fim, cumpre ressaltar que a jurisprudência do STF já fez menção a um possível “postulado da solidariedade”<sup>613</sup> enquanto fundamento da preservação do meio ambiente. A nosso sentir, tal nomenclatura é inadequada para se referir ao princípio da solidariedade. Embora possua um potencial agregador entre liberdade e igualdade, o princípio da solidariedade quando da aplicação do direito estará sujeito à restrição mediante ponderação como qualquer outro direito ou dever fundamental, mas não como postulado, pois este se refere a deveres estruturais que vinculam e relacionam determinados elementos para a aplicação de regras e princípios<sup>614</sup>.

## 5.5 Solidariedade e Direitos Sociais

---

<sup>613</sup> E M E N T A: MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O **POSTULADO DA SOLIDARIEDADE** - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGENERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) - ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE - MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL - RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) - DECISÃO NÃO REFERENDADA - CONSEQÜENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS (negrito nosso)

<sup>614</sup> Explica Humberto Ávila que “[...] os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados” (ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 7, out. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 ago. 2010)

A ordem constitucional social brasileira é, a toda evidência, contornada pelo valor da solidariedade que encontra sua pedra de toque na exigência por justiça social na partilha dos bens socialmente relevantes, tributando seu fundamento do bem-estar e da justiça constitucional social (art. 193, CF/88).

A Ordem Social da Constituição já inaugura seu título com o capítulo da seguridade social, que nos termos do art. 194 “[...] *compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*”. A saúde e a assistência são financiadas pelo sistema de impostos que recaem sobre toda a população, enquanto que a previdência é mantida pelos próprios titulares dos direitos sociais e econômicos por meio de contribuições sociais<sup>615</sup>.

Neste sistema, fala-se em princípios da solidariedade de grupo<sup>616</sup> e da capacidade contributiva solidária<sup>617</sup>, sendo o primeiro destinado a justificar as cobranças sociais decorrentes de vínculos firmados entre o Estado e o cidadão, entre o Estado e o grupo social e entre os próprios cidadãos pertencentes a um grupo. Já a capacidade contributiva solidária, reveste-se de uma exigência de cooperação na partilha dos bens sociais, traduzindo-se em menor carga tributária aos desfavorecidos economicamente, chegando até mesmo a dispensar de pagamento de impostos aqueles que se encontram abaixo do nível mínimo de sobrevivência.

Em verdade, a Constituição elegeu uma ordem social que impõe ao Estado uma participação central. No entanto, esse protagonismo conta com a co-responsabilidade dos particulares na garantia dos direitos sociais não trabalhistas.

Como salienta Daniel Sarmento:

---

<sup>615</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos*, cit, p.319-320.

<sup>616</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.100 “[...] o princípio do benefício de grupo é o que informa a cobrança das contribuições econômicas e sociais. Não se aplica a impostos nem aos tributos contraprestacionais [...] a solidariedade cria o sinalagma não apenas entre o Estado e o indivíduo que paga a contribuição, mas entre o Estado e o grupo social a que o contribuinte pertence, considerado este às vezes em função do trabalho e da profissão e outras vezes em razão de situações existenciais (velhice, doença, gravidez, morte etc.)

<sup>617</sup> Ibid, p.92 “A capacidade contributiva se subordina à idéia de justiça distributiva. Manda que cada qual pague o imposto de acordo com a sua riqueza, atribuindo conteúdo ao vetusto critério de que a justiça consiste em dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*) e que torou uma das ‘regras de ouro’ para se obter a verdadeira justiça distributiva”



[...] o texto constitucional acena, em diversas passagens, no sentido da co-responsabilidade dos particulares em relação à garantia dos direitos sociais não trabalhistas. Assim, no artigo 194, estabeleceu o constituinte que a ‘seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social’. Já o artigo 205 da lei Maior dispõe que a educação ‘é um direito de todos e dever do Estado e da família’ determinando que ela deve ser ‘promovida e incentivada com a colaboração da sociedade’. Neste mesmo diapasão, o artigo 227 da Constituição atribuiu não só ao Estado, mas também à ‘família e à sociedade’ o dever de assegurar à criança e ao adolescente o gozo dos seus direitos fundamentais, o mesmo ocorrendo em relação às pessoas idosas (art. 230, CF)<sup>618</sup>

Deste modo, cumpre analisar como o Supremo Tribunal Federal vem interpretando e aplicando a Constituição quando se depara com essas questões. Ainda muito tímido e, em algumas ocasiões, expresso em votos vencidos, o princípio da solidariedade vem servindo de verdadeiro suporte de justificação e fundamentação das decisões proferidas pelo Tribunal.

O tema da eficácia dos direitos sociais já encontra na doutrina certo grau de consenso, restando como pontos controversos as questões afetas ao mínimo existencial e a reserva do possível. Em síntese, pode-se dizer que os direitos sociais são direitos fundamentais dotados de aplicabilidade direta e imediata<sup>619</sup>, *a priori*, estando seu grau de concretude condicionado, como qualquer outro direito, à ponderação<sup>620</sup>.

---

<sup>618</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit, p.334

<sup>619</sup> De forma contrária, entende o Professor Ricardo Lobo Torres que os direitos sociais só se transmudam em fundamentais quando tocam as liberdades fundamentais, isto é, os mínimos existenciais. As demais prestações estariam condicionadas à concretização legislativa. Para mais detalhes ver o seu : TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 146-147. Neste ponto, em que pese a firme e importante posição do autor, entendemos que os direitos sociais não se adstringem a mínimos, pois se assim fosse estar-se-ia indo contra a própria força normativa da Constituição.

<sup>620</sup> Essa posição entra no Brasil através da doutrina do Professor alemão Robert Alexy, pois segundo ele “Considerando os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Esse modelo é a expressão da idéia-guia formal apresentada anteriormente, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição alemã são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar. (...) De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos”( ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 511-512)

Tal ponderação, regra geral, se dará entre o direito social pretendido e o direito individual em colisão, somando-se a este último a cláusula da Separação de Poderes e a reserva do possível (previsão orçamentária), eis que qualquer decisão judicial que complemente a omissão do legislador não deve ser indiferente à sua vontade (ou ausência dela)<sup>621</sup>. Quanto à democracia, pelo fato dos direitos sociais serem condições para seu bom andamento, entendemos que ela estará nos dois lados da balança, não devendo pesar só para o lado oposto dos direitos sociais.

No que diz respeito ao mínimo existencial, este suscita hoje inúmeros debates, tais como sua conceituação, a identificação das prestações básicas para a manutenção de uma vida digna, o espaço e papel do Estado na promoção e proteção do mínimo existencial. Essa discussão tem como ponto central o papel do Direito diante da escassez de recursos e traz à tona a indagação se a escassez dos bens vitais, tendo como pano de fundo as carências de muitas pessoas, pode estar condicionada às opções de políticas públicas estatais.

O mínimo existencial não possui dicção constitucional própria, devendo encontrar, dentre outras, sua fundamentação na idéia de liberdade, igualdade, solidariedade, livre iniciativa, nas imunidades e privilégios do cidadão. Abrangendo, da mesma forma, outros direitos, ainda que não sejam fundamentais. Seu regime jurídico pode ser encontrado na Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Em seu art. 1º estabelece a referida lei que: a assistência social, direito do cidadão e *dever* do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os *mínimos sociais*, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Destarte, o argumento da *reserva do possível* em matéria de mínimo existencial, embora inevitável, deve ser visto com cautela para que não afronte o sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, pois, aceitar o argumento de carência de recursos financeiros ou qualquer dificuldade institucional para proteção da vida significa condenar o indivíduo à morte.

---

<sup>621</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit, p.334. Esse entendimento foi confirmado pelo autor no seu: SARMENTO, Daniel. “A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos”. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 533-586. Ver também: LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Ana Paula de Barcellos consegue perceber um convívio produtivo entre mínimo existencial e reserva do possível, mas ressalta, no mesmo sentido aqui proposto, que a reserva do possível somente é cabível depois de atingir o mínimo existencial, o que, em termos práticos, resulta em conclusão idêntica a que chegamos:

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível<sup>622</sup>

Corroborando o pensamento de Ana Paula de Barcellos, o Supremo Tribunal Federal na ADPF 45 MC/DF adotou o mesmo entendimento. Segundo o relator do processo, o eminente Min. Celso de Mello:

Notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poder razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de

---

<sup>622</sup>BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245-246

fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade<sup>623</sup>

Portanto, seguindo esse signo, firmou o STF que a interpretação da norma programática – no caso a regra inscrita no art. 196 da Carta Política -, não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Deste modo, a distribuição gratuita, a pessoas carentes, de medicamentos essenciais à preservação da vida e da saúde é um dever constitucional que o estado não pode deixar de cumprir.

O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, conforme assinala o Min. Relator, “dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e *solidário* de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade”<sup>624</sup>.

Assim, ao admitir a distribuição de medicamentos às pessoas carentes, se posicionou a Corte no sentido de que essa atitude representa uma garantia do direito à vida, à dignidade e à saúde, sendo o princípio da solidariedade um dos fundamentos que dão causa a essa posição. Foi com base nessa digressão que afirmou o Min Celso Mello que:

[...] o “dever político – constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de **solidariedade social**, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão

---

<sup>623</sup> ADPF 45 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello. 29.04.2004.

<sup>624</sup> No mesmo sentido ver: RE 393.175-AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello. 12.12.2006.

institucional em que atue no plano de nossa organização federativa (negrito nosso)<sup>625</sup>

A solidariedade na garantia de uma vida digna e saudável deriva de uma imperiosa necessidade de se privilegiar as pessoas mais carentes em um contexto de escassez de recursos. Dessa forma, a solidariedade também corrige a igualdade, exigindo uma atenção maior por parte do Estado às pessoas mais necessitadas<sup>626</sup>.

Sem embargo de maiores discussões, pois não é este o objetivo neste momento, os direitos sociais são importantes porque promovem os direitos de liberdade e de igualdade, que encontram na dignidade da pessoa humana sua razão de ser. Nesse sentido, o princípio da solidariedade não legitima só políticas intervencionistas do Estado, mas também é suporte de fundamento das relações sociais horizontais, notadamente aquelas vinculadas à moradia, à educação e à saúde.

Nesse sentido, cumpre trazer novamente ao debate o caso já citado sobre a “taxa” de matrícula cobrada dos alunos da Universidade Federal de Minas Gerais, taxa esta que deveria ser suportada por alunos com condições materiais vantajosas, sendo esse dinheiro posteriormente destinado aos alunos carentes através de bolsas, alimentação e auxílio transporte. Embora os votos dos Eminentes Ministros Eros Grau e Carmen Lúcia tenham sido superados pela maioria, eles apontam numa direção que nos parece “um caminho sem volta”.

A “taxa” ou “preço”, como preferiu enquadrar a Ministra Carmen Lúcia, tinha por finalidade possibilitar aos alunos carentes exercer seu pleno desenvolvimento acadêmico. Cumpre dizer neste ponto que os valores arrecadados sequer entram no caixa da Universidade.

Em oportuna síntese afirmou a Ministra que:

---

<sup>625</sup> RE 393.175-AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello. 12.12.2006.

<sup>626</sup> Essa foi a posição do Supremo Tribunal Federal na Pet 1246 MC/SC, Rel. Min. Celso de Mello. 31.01.1997. Vale a pena ler um trecho da decisão do Relator “A singularidade do caso (menor impúbere portador de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene), a imprescindibilidade da medida cautelar concedida pelo poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (necessidade de transplante das células mioblásticas, que constitui o único meio capaz de salvar a vida do paciente) e a impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 196) e de dispensar especial tutela à criança e ao adolescente (CF, art. 6º, c/c art. 227, § 1º) constituem fatores, que, associados a um **imperativo de solidariedade humana**, desautorizam o deferimento do pedido ora formulado pelo Estado de Santa Catarina”(negrito nosso).

Neste caso, entendo que o princípio da solidariedade, quanto mais num direito fundamentalíssimo, como é este da educação, que garante não apenas a liberdade, mas a libertação das pessoas de uma para outra condição, deixa de ser formal quando a sociedade comparece<sup>627</sup>

Parece-nos claro que num primeiro momento a Ministra buscou fundamento para sua posição no princípio geral de solidariedade constante no Art. 3, I, da CF, que, em seus dizeres, torna-se um princípio material quando se convoca a sociedade a comparecer em sua concretização. Dessa forma, a solidariedade formal seria aquela praticada por meio de ações voluntárias e a material oriunda de ações positivas, mas nem sempre voluntárias.

Na situação em questão, cerca de cinco mil pessoas foram beneficiadas pelas bolsas e boa parte desses alunos não teriam condições de permanecer nos cursos se assim não fosse, sobretudo permanecer em igualdade de condições.

Dessa forma, o potencial agregativo entre liberdade e igualdade que a solidariedade permite se torna peculiar: embora o acesso ao ensino superior público tenha por base a gratuidade e o mérito, a igualdade material realizada pela redistribuição dos valores recolhidos com a “taxa”, possibilitava o exercício da liberdade de ofício dos alunos que sem esse benefício estariam comprometidos em realizá-la.

Embora careça de uma maior fundamentação a exigência de colaborar para com os mais necessitados no acesso ao ensino superior, posto que este não estaria revestido da fundamentalidade que a educação básica possui, é preciso repensar o papel dos cidadãos no dever de cooperar.

Reverente a essas premissas é que Eros Grau se posicionou no sentido de não haver “taxa” e nem “preço”, pois ambos exigem contraprestação. Segundo ele, estar-se ia no domínio de uma relação de escopo que “ao contrário do intercâmbio, é aquela na qual o prejuízo de um é o prejuízo do outro. O benefício de um é o benefício do outro”<sup>628</sup>. Afirma o Ministro que a contribuição exigida por aquela Instituição estaria fundada na solidariedade, visando à permanência do aluno na Universidade.

---

<sup>627</sup> RE 510.378-1/MG. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. 13.08.2008.

<sup>628</sup> O Ministro lança mão dos ensinamentos do Jurista holandês para fundamentar sua tese, GRAU, Eros. RE 510.378/MG

Assim, baseado no princípio fundamental da solidariedade seria possível interpretar de forma adequada os artigos 206, I e 205 da Constituição, no sentido de afirmar que a educação “será promovida e incentivada com a colaboração da *sociedade*”.

Deste modo, tanto a solidariedade como virtude cívica ou como dever de cooperação, traz ao operador do direito uma difícil tarefa de identificar quando é um caso e quando é outro, “posto que mesmo uma normatização a ser respeitada implica por parte do Estado-aparelho, a predisposição a se organizar ao menos como órgão de controle sancionador”<sup>629</sup>. Neste caso, portanto, começa-se a ventilar uma possibilidade de aplicação horizontal do princípio da solidariedade nas relações sociais privadas.

Outros dois casos que tiveram no princípio da solidariedade sua principal fundamentação foram a ADI 3.768-4/DF<sup>630</sup> e a ADI 2.649-6/DF<sup>631</sup>. As duas ações visavam garantir a gratuidade de transporte, respectivamente, para idosos e deficientes físicos, sendo ambas julgadas improcedentes.

No primeiro caso, a Associação Nacional das Empresas de Transporte Urbano questionava a constitucionalidade do art. 39 do Estatuto do Idoso (lei 10.741/03). A norma impugnada garante a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos aos idosos<sup>632</sup>. A Corte brasileira, por dez votos a um, vencido o Min. Marco Aurélio, entendeu pela constitucionalidade do respectivo dispositivo, afastando o argumento da requerente de que o benefício conferido aos idosos deriva, dentre outros assuntos, de uma prestação positiva municipal (art. 30, V, CF), razão pela qual o direito à gratuidade reconhecido aos maiores de 65 anos seria um direito oponível ao Município. Ademais, os custos gerados pelas gratuidades não possibilitariam equilíbrio econômico e financeiro, frustrando as expectativas de receita do contrato sem qualquer compensação.

Argumentou a relatora do processo, a Min. Carmen Lúcia, que ao aprovar a lei 10.741/03, o legislador ordinário nada mais fez que dotar de efetividade os direitos sociais do idoso insculpidos no §2º, do art. 203 da CF<sup>88</sup>.

---

<sup>629</sup> Ibid.,

<sup>630</sup> ADI 3.768-4/DF. Rel. Min. Carmen Lúcia. 19.19.2007.

<sup>631</sup> ADI 2.469-6/DF. Rel. Min. Carmen Lúcia. 08.05.2008.

<sup>632</sup> Lei 10741/03, Art. 39. “Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares”.

Corroborou a Ministra que a facilidade de deslocamento físico do idoso pelo uso do transporte coletivo deveria ser assegurada como garantia da qualidade de vida digna para aquele que não pode pagar ou já colaborou com a sociedade em períodos pretéritos, de modo que seria justo que nesta fase da vida a sociedade assumisse algum ônus decorrente daquele uso<sup>633</sup>.

Nesse diapasão, nos termos da Constituição, afirma Carmen Lúcia que “*é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a participação dos idosos na comunidade*”. Assim, a dignidade e o bem-estar dos idosos estão amplamente conectados com a possibilidade de se locomoverem, fato que lhes permitem a integração com a sociedade, e assim arremata:

A gratuidade do transporte coletivo representa uma condição mínima de mobilidade, a favorecer a participação dos idosos na comunidade, assim como viabiliza a concretização de sua dignidade e de seu bem-estar, não se compadecendo com condicionamento posto pelo princípio da reserva do possível<sup>634</sup>

Reverente à Ministra relatora, o Min. Carlos Ayres de Britto se manifestou a favor do constitucionalismo fraternal que nossa Constituição introduz já a partir do art 3º, inciso I, quando diz que um dos objetivos da nossa República é o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, sendo esta última a instituidora da dimensão fraternal. Defende Ayres Britto que o direito dos idosos ao gozo do transporte gratuito é um direito fraternal, que se traduz na possibilidade de se exigir “ações afirmativas, compensatórias de desvantagens historicamente experimentadas por segmentos sociais como os dos negros, dos índios, das mulheres, dos portadores de deficiência física e dos idosos”<sup>635-636</sup>.

No caso em que se discutiu a gratuidade dos transportes coletivos para os deficientes físicos<sup>637</sup>, novamente a Ministra Carmen Lúcia, como relatora, guiou a Corte no

---

<sup>633</sup> ADI 3.768-4/DF. Rel. Min. Carmen Lúcia. 19.19.2007.

<sup>634</sup> ADI 3.768-4/DF. Rel. Min. Carmen Lúcia. 19.19.2007.

<sup>635</sup> ADI 3.768-4/DF. Rel. Min. Carmen Lúcia. 19.19.2007.

<sup>636</sup> Sobre a influência do princípio da solidariedade e os direitos de solidariedade dos idosos, ver também: SS 2133/RJ. Rel. Min. Marco Aurélio. 07.10.2002. Neste caso o STF foi chamado a se manifestar em suspensão de segurança contra o art.1º, da lei estadual do Rio de Janeiro de nº 3.542/01, que obrigava os estabelecimentos comerciais farmacêuticos a concederem descontos aos idosos. Aduziu o relator negando a suspensão que a iniciativa dos Poderes Públicos inspirada no princípio da solidariedade social era apta a garantir a melhoria da qualidade de vida dos idosos, diminuindo as desigualdades sociais. Ademais, salientou o Ministro que os prejuízos supostamente causados com o desconto acabam por desaparecer com o incremento da demanda, equilibrando a solidariedade social com a livre iniciativa e à atividade econômica.

<sup>637</sup> As razões que ensejaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.469-6/DF foram basicamente as mesmas da ADI 3.768-4/DF, como, por exemplo: que os custos gerados pelas gratuidades não possibilitaria



sentido de julgar improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade. Seus argumentos foram pautados pelo que ela denominou de “valores sociais da solidariedade e do bem-estar e o valor supremo da sociedade fraterna e sem preconceitos”<sup>638</sup>, sendo que tais valores devem ser postos a servir para uma correta interpretação e aplicação das normas constitucionais.

Seu voto foi uma verdadeira apologia ao constitucionalismo solidário e fraternal e insistiu que:

Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, afim de que se afirme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos<sup>639</sup>

De forma muito clara afirmou a Ministra que o princípio da solidariedade esculpido no art.3 °, inciso I, da CF/88, é o valor constitucional responsável por dar vida aos designos do constituinte quando idealizou no preâmbulo da Constituição uma sociedade igual, fraterna, pluralista e sem preconceitos. Afirma Carmen Lúcia que:

Esse princípio projeta-se e afirma-se já no tít. I, art. 3°, no qual se fixam os objetivos da República Federativa do Brasil, dentre os quais se tem o de ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’ (inc. II), erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inc. III), e ‘promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação’ (inc. IV)

Dessa forma, o princípio constitucional da solidariedade possui expressão inegável de convocar não só o Estado, mas também toda a sociedade a comparecer. “Já não se pensa ou age segundo o ditame de ‘a cada um o que é seu’, mas ‘a cada um segundo sua necessidade’”<sup>640</sup>. Essa responsabilidade pela realização dos efeitos sociais não é exclusiva do Estado, mas sim de toda a sociedade.

Deste modo, concluiu a relatora que a Constituição, sobretudo por meio de seus objetivos, permitiu uma ordem jurídica recriadora da organização social, sendo um de seus

---

equilíbrio econômico e financeiro, frustrando as expectativas de receita do contrato sem qualquer compensação

<sup>638</sup> ADI 2.469-6/DF. Rel. Min. Carmen Lúcia. 08.05.2008.

<sup>639</sup> ADI 2.469-6/DF. Rel. Min. Carmen Lúcia. 08.05.2008.

<sup>640</sup> Carmen Lúcia Antunes Rocha. ADI 2.469-6/DF. Rel. Min. Carmen Lúcia. 08.05.2008.

escopos garantir aos deficientes físicos condições de superar as adversidades, fato amplamente compatível com os desígnos da lei 8.899/94, ao garantir passe livre para os essas pessoas. Ao permitir um tratamento jurídico diferenciado, a solidariedade corrige as diferenças naturais e sociais as quais os deficientes estão sujeitos. Ao serem vistos pelas Instituições e pela sociedade como pessoas merecedoras de estima e respeito, se sentirão aptas a buscarem uma “integração social comunitária”<sup>641</sup> - <sup>642</sup>.

Outra decisão da Suprema Corte brasileira que confirma a eficácia do princípio da solidariedade ocorreu no o Agravo Regimental no RE 363.999-4/RJ<sup>643</sup>. O objeto da discussão foi o reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, §6º) pela contaminação de pacientes hemofílicos com o vírus da AIDS em hospital pertencente a rede pública.

Nesse sentido, argumentou o Min. Gilmar Mendes que a contaminação do vírus HIV pelos hemofílicos ocorreu por “ação própria e direta da Administração causadora do mal”, gerando uma situação fática de total indignidade. Assim, a compensação do dano causado pela Administração Pública convoca a todos os cidadãos, por meio do princípio da solidariedade social, a responderem pelo mal causado através do Erário.

Essa forte utilização do princípio da solidariedade é realçada pela decisão proferida pelo Eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes, ao sublinhar que:

---

<sup>641</sup> Carlos Ayres Britto. ADI 2.469-6/DF. Rel. Min. Carmen Lúcia. 08.05.2008.

<sup>642</sup> Caso que também levou em consideração a necessidade da sociedade ser solidária com os deficientes foi a badalada ADI 3510/DF. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. 29.05.2008. No caso citado, embora não tenha sido o único motivo relevante á favor da lei de biossegurança (lei 11.105/05, art. 5), os benefícios que as pesquisas feitas com células tronco embrionárias aos deficientes estiveram presentes nos argumentos de todos os Ministros que se manifestaram pela constitucionalidade da lei. Por todos, vale a pena ler trecho do Min. Relator Carlos Ayres Britto ao defender a lei com base em um constitucionalsimo fraternal e solidário, diz o Ministro que “A única trilha que se lhe abre é a do desperdício do seu acreditado poder de recuperar a saúde e até salvar a vida de pessoas, agora sim, tão cerebradas quanto em carne e osso, músculos, sangue, nervos e cartilagens, a repartir com familiares, médicos e amigos as limitações, dores e desesperanças de uma vida que muitas vezes tem tudo para ser venturosa e que não é. Donde a inevitabilidade da conclusão de que a escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião *in vitro*, menos ainda um frio assassinato, porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Um olhar mais atento para os explícitos dizeres de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica ‘a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça’ como valores supremos de uma sociedade mais que tudo **‘fraterna’**. O que já significa incorporar às imperecíveis conquistas do constitucionalismo liberal e social o advento do **constitucionalismo fraternal**, tendo por finalidade específica ou valor fundante a integração comunitária. Que é vida em comunidade (de comum unidade), a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante **solidariedade**. Trajetória do Constitucionalismo que bem se retrata no inciso I do art. 3º da nossa Constituição, verbis: “Art. 3º. *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária*” (ênfase nossa).

<sup>643</sup> STF, 2º turma, RE 363.999 – AgR/RJ. Rel. Min. Gilmar Mendes. 08.04.2003.

[...] toda a sociedade deve, por **solidariedade**, comparecer para amenizar o dano injusto sofrido pelos autores, não suportado pelos demais membros dessa coletividade, compensando-se, com isso, a desigualdade por eles havida. É, pois, razoável a socialização do prejuízo, dentro dos claros ditames do **princípio da solidariedade**

Deste modo, o princípio da solidariedade fez prevalecer a dignidade humana e a liberdade, uma vez que a compensação do dano, mesmo que pequena diante da lesão, seria relevante sobre o ponto de vista da integridade física e da autonomia dos indivíduos lesados.

Nesta senda, entendeu o Supremo Tribunal que “toda a sociedade deve, por solidariedade, comparecer para indenizar o dano injusto [...] É, pois, razoável, a socialização do prejuízo, dentro dos claros ditames do princípio da solidariedade”. Dessa forma, a eficácia do princípio da solidariedade foi desencadeada por erro na prestação de um serviço básico por parte do Estado, fato que imputou responsabilidade civil do Estado, convocando a sociedade a comparecer e prestar auxílio financeiro àquelas pessoas, ou como preferiu denominar a Corte constitucional brasileira “socialização dos prejuízos dentro dos claros ditames do princípio da solidariedade”.

O caso paradigma sobre o princípio da solidariedade nas relações sociais é sem dúvida o da taxaço dos servidores públicos inativos da previdência social. A questão é polêmica e suscita uma série de argumentos razoáveis a favor e contra. Os que não admitem tal cobrança argumentam que ela fere direitos adquiridos e subjugam o ato jurídico perfeito representado pela aposentadoria. Dessa forma, os inativos quando preenchem tais requisitos garantem o direito de não sofrer qualquer alteração normativa superveniente. Além disso, argumenta-se que o servidor público já teria concluído sua relação com o Poder Público, dele não podendo exigir nenhuma ação para a solvibilidade do sistema.

Tal discussão ganhou um capítulo especial quando da promulgação da Emenda Constitucional Nº 41/03, que trouxe, dentre diversas polêmicas a referida contribuição dos inativos<sup>644</sup>.

---

<sup>644</sup> “Art. 4º Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos”

O tema foi objeto de duas Ações Direitas de Inconstitucionalidade (ADI 3.105/DF e 3.128/DF) que resultaram na validação da contribuição por parte do Supremo Tribunal Federal, uma vez que foram plenamente observadas pela emenda as exigências do princípio da capacidade contributiva e da solidariedade.

Sobre o tema, Joana Tavares<sup>645</sup>, amparada na doutrina do Professor Ricardo Lobo Torres<sup>646</sup>, sustenta que a argumentação majoritária da Corte se torna inviável quando esta constrói o denominado “princípio estrutural da solidariedade”. Para esses autores, a solidariedade não figura como princípio estruturante, que nos dizeres de Canotilho seriam “constitutivos e indicativos das idéias directivas básicas de toda a ordem constitucional. São, por assim dizer, as traves-mestras jurídico constitucionais do estatuto jurídico político”<sup>647</sup>. Tais princípios estariam expressos em cláusulas como a do Estado de Direito, princípio democrático e republicano<sup>648</sup>. Ademais, acusa Joana Tavares ser um verdadeiro “desvirtuamento do princípio da solidariedade”<sup>649</sup>, utilizá-lo como instituidor de contribuições exóticas, tal como ocorreu no caso supra, sobretudo quando essa criação afronta fortemente o princípio da igualdade, criando tratamento tributário diferenciado injustificado<sup>650</sup>.

Portanto, com base na digressão acima apresentada, é possível observar a ausência de manifestação a favor de um princípio estruturante ou fundamental da solidariedade que nas palavras do Professor Ricardo Lobo Torres foi uma invenção “inexistente na filosofia ou na teoria jurídica dos nossos dias, aqui ou no estrangeiro”<sup>651</sup>.

---

<sup>645</sup> RAPOZO, Joana Tavares da Silva. *Limites do princípio da solidariedade na instituição de contribuições sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.140-142.

<sup>646</sup> TORRES, Ricardo Lobo. “Existe um princípio estrutural da solidariedade?” In: *Solidariedade social tributação*. Coord. GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. São Paulo: Dialética, 2005, p. 198-207.

<sup>647</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 6º ed. Coimbra: Almedina, 2002, p.1159.

<sup>648</sup> Ibid.,

<sup>649</sup> RAPOZO, Joana Tavares da Silva. *Limites do princípio da solidariedade na instituição de contribuições sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.156.

<sup>650</sup> Ibid.,

<sup>651</sup> TORRES, Ricardo Lobo. “Existe um princípio estrutural da solidariedade?” In: *Solidariedade social tributação*. Coord. GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. São Paulo: Dialética, 2005, p. 198-207.

Ora, se foi intenção do Constituinte afirmar a solidariedade como objetivo da República Federativa, ao lado da justiça e liberdade<sup>652</sup>, alçando sua posição no texto a princípio fundamental, há de se questionar o motivo de não haver na doutrina pátria manifestação em prol do princípio da solidariedade como fundamental.

A resposta não é difícil. Como já dito acima, a idéia de solidariedade sempre esteve vinculada a grupos particulares desde sempre na cultura política e social brasileira. Tal constatação leva a conclusão que a ausência de debate e fundamentação sobre o princípio da solidariedade é derivado de nossas próprias incapacidades: institucionais, políticas e sociais.

Adiciona-se a isso a dificuldade de no Brasil, “em qualquer debate que afete o *status quo*, vale dizer, as distribuições de poder e de riqueza na sociedade, uma certa retórica vazia, demagógica, torna-se aliada da inércia, e tudo permanece como sempre foi”<sup>653</sup>. É preciso repensar o país com pressupostos igualitários e solidários, convocando, sobretudo a classe dominante a se comprometer com os rumos do Estado, e não mais só se agitar diante das ameaças aos seus privilégios.

Se os objetivos fundamentais não são “constitutivos e indicativos das idéias directivas básicas de toda a ordem constitucional”<sup>654</sup> o que seriam então?

É nesse sentido que Daniel Sarmiento afasta a pretensão de enfraquecer a eficácia do princípio da solidariedade e defende que “é possível afirmar que quando a Constituição estabelece como um dos objetivos fundamentais da República brasileira ‘construir uma sociedade justa, livre e solidária’, ela não está apenas enunciando uma diretriz política desvestida de qualquer eficácia normativa” Segundo o autor, muito pelo contrário, quando a Constituição “expressa um princípio jurídico, que, apesar de sua abertura e indeterminação semântica, é dotado de algum grau de eficácia imediata e que pode atuar, no mínimo, como vetor interpretativo da ordem jurídica como um todo”<sup>655</sup>.

---

<sup>652</sup> A Constituição brasileira, assim como a italiana, inspirou-se claramente na Constituição Portuguesa de 1976 que declara, em seu art. 1º, o dever da República construir uma “sociedade livre, justa e solidária”.

<sup>653</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Constitucionalidade e legitimidade da Reforma da Previdência (ascensão e queda de um regime de erros e privilégios)”. In: *Temas de Direito Constitucional*, Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 180.

<sup>654</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 6º ed. Coimbra: Almedina, 2002, p.1159.

<sup>655</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.295.

Portanto, embora não seja correto “justificar a contribuição dos inativos mediante um esforço de deslegitimação da condição por eles conquistada, à luz das regras – boas ou más, certas ou erradas – que vigoravam em matéria previdenciária”<sup>656</sup>, o fato é que o risco da insolvência impõe a celebração de um novo pacto entre gerações. O modelo para o qual aponta parte da doutrina e a própria jurisprudência do STF é fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio fundamental da solidariedade, “que traduz o dever do Estado e da sociedade de promoverem a adequada repartição de riquezas entre todos, com base nos valores da justiça material e distributiva”<sup>657</sup>.

O voto mais peculiar da ADI 3.105/DF foi proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa. Demonstrando evidente desconfiança para com a teoria das cláusulas pétreas, fundamento principal da ação direta de inconstitucionalidade, afirma o Ministro que essa construção teórica parte de pressupostos conservadores e antidemocráticos, com claras propensões oportunistas e utilitaristas<sup>658</sup>. Pondera que a proteção das cláusulas pétreas não pode possuir uma amplitude desmesurada, com caráter absoluto, pois se assim for estar-se-ia diante de uma poderosa arma a favor da manutenção das desigualdades. Assim, conclui o Ministro que as cláusulas pétreas como valores intocáveis obstaculizam a concretização dos objetivos fundamentais da República insculpidos no art.3º, incisos III e IV, da CF/88. Do mesmo modo, sustenta que sua faceta antidemocrática tributa do impedimento destas frente aos representantes eleitos que procuram, de tempos em tempos, eliminar as distorções sociais e privilégios indevidos.

Seguindo esse entendimento, diz Joaquim Barbosa que a “Constituição de 1988 elegeu como um dos objetivos fundamentais da nossa República Federativa ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’”, optando, sem sombra de dúvidas, “por um Estado de bem-estar social, calcado no princípio da solidariedade”. Desta maneira, o princípio da solidariedade é perfeitamente compatível com a matriz filosófica da Constituição brasileira que na presente ação confronta-se com o suposto direito adquirido de não pagar contribuição previdenciária, sendo a solidariedade o valor que melhor realiza os ditames da justiça social.

---

<sup>656</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Constitucionalidade e legitimidade da Reforma da Previdência (ascensão e queda de um regime de erros e privilégios)”. In *Temas de Direito Constitucional*, Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 200.

<sup>657</sup> *Ibid*, p.180.

<sup>658</sup> Joaquim Barbosa. ADI 3105/DF. Rel. Min. Ellen Gracie. 18.08.2004.

Dessa forma, prevalece nesse debate o princípio da solidariedade, que reparte encargos e benefícios na medida das necessidades e possibilidades de cada um, “estabelecendo um vínculo não apenas entre os que integram o sistema como beneficiários e contribuintes contemporâneos, como também entre gerações distintas”<sup>659</sup>.

Cumprе ressaltar, porém, que, como princípio constitucional fundamental da solidariedade, não possui caminho aberto para qualquer concretização, uma vez que estará em potencial conflito com outros princípios, tal como Estado de Direito, do qual se extraí a clausula da proteção da confiança<sup>660</sup>.

A contribuição de inativos é constitucional e razoável, em virtude da continuação da relação entre inativos e Administração. Não há no ordenamento jurídico brasileiro direito adquirido à continuidade de determinado regime jurídico, muito menos à incidência de tributo aplicável a todos em igual situação. Concluindo-se, dessa forma, pela prevalência do princípio da solidariedade frente aos valores constitucionais em conflito no presente caso, corroborando o entendimento do STF na matéria.

Operando dentro da própria Constituição, o princípio fundamental da solidariedade (Art. 3º, I, CF/88), operacionalizou a unidade e a harmonia do sistema, “costurando as diferentes partes do texto constitucional”<sup>661</sup>.

Mais um caso julgado pelo STF e que nos permite analisar a eficácia do princípio da solidariedade foi a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9-6/DF<sup>662</sup>. A discussão girava em torno da constitucionalidade dos artigos 14 a 18 da Medida provisória nº 2.152/01, instituindo o programa emergencial de redução de consumo de energia elétrica, fixando metas de consumo.

No caso em comento, o STF entendeu pela constitucionalidade dos dispositivos da Medida Provisória, afirmando que a cobrança de tarifa especial aplicada sobre o consumo de energia elétrica excedente as metas fixadas, bem como o corte no caso de inobservância

---

<sup>659</sup> Ibid, p.216.

<sup>660</sup> RAPOZO, Joana Tarez da Silva. *Limites do princípio da solidariedade na instituição de contribuições sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.144.

<sup>661</sup> Sobre eficácia interpretativa dos princípios e necessidade de se realizar os fins constitucionais por eles pretendidos, ver: BARROSO, Luís Roberto. Curso de direitos constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p.319 “a *eficácia interpretativa* consiste em que o sentido e alcance das normas jurídicas em geral devem ser fixados tendo em conta os valores e fins abrangidos nos princípios constitucionais”.

<sup>662</sup> ADC nº 9/DF, Rel. Min. Néri da Silveira - Relatora p/ acórdão: Min. Ellen Gracie, julgamento: 13/12/2001. Fonte: DJ 23/04/2004, pág. 6

reiterada, estavam de acordo com o princípio da solidariedade. Por outro lado, além de firmar o entendimento de que o usuário tinha o direito à notificação prévia, também entendeu que as tarifas especiais cobradas pelo uso “irracional” da energia estariam em compatibilidade com a Constituição, eis que seriam destinados ao custeio de despesas decorrentes da própria implementação do plano de racionamento e ao custeio do bônus atribuído aos consumidores mais econômicos.

Para chegar a um parâmetro razoável de exigência, foi medido o consumo nos meses de maio, junho e julho de 2000, chegando-se a conclusão de que os consumidores residenciais, cuja média mensal fosse superior a 100k Wh, deveriam observar a meta de 80%, não estando sujeitos às medidas restritivas os que tivessem consumo mensal inferior a 100k Wh. Tal meta foi extraída do relatório do operador nacional do sistema e tinha por base garantir os níveis de segurança até o final do período de seca.

Lançando mão do princípio da solidariedade para decidir o difícil caso que envolvia outros valores constitucionais como a liberdade, a autonomia e a propriedade, o STF lavrou o seguinte acórdão:

ACÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA nº 2.152-2, DE 1º DE JUNHO DE 2001, E POSTERIORES REEDIÇÕES. ARTIGOS 14 A 18. GESTÃO DA CRISE DE ENERGIA ELÉTRICA. FIXAÇÃO DE METAS DE CONSUMO E DE UM REGIME ESPECIAL DE TARIFAÇÃO.

1. O valor arrecadado como tarifa especial ou sobre tarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal.

2. Atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se, moderadamente, de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa.

3. Reconhecimento da necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrarem insensíveis à **necessidade do exercício da solidariedade social mínima**, assegurada a notificação prévia (art. 14, § 4º, II) e a apreciação de casos excepcionais (art. 15, § 5º).



Assim, com base no princípio da solidariedade, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade dos artigos 14 a 18 da Medida Provisória, instituindo deveres de solidariedade como mecanismos viabilizadores de uma redução compulsória do uso de energia elétrica, uma vez que a não observância de uma solidariedade mínima levaria toda sociedade brasileira a arcar com um prejuízo imensurável, tanto em questões ambientais, quanto em questões de subsistência.

Portanto, ao sopesar os valores constitucionais em colisão, no caso a solidariedade *versus* os direitos e garantias individuais (propriedade, liberdade e autonomia), optou o Supremo pela prevalência do primeiro, realizando uma justiça coletiva em detrimento de direitos, no caso, egoístas. Assim, a solidariedade corrigiu o uso da liberdade, exigindo de todos uma pequena contribuição para a concretização de uma necessidade nacional.

Por derradeiro, destaca-se que o princípio da solidariedade já se faz presente vivamente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No entanto, sua aplicação não encontra ainda um argumento linear e muito claro, fato que demonstra sua pouca utilização e esquecimento por parte da doutrina e da jurisprudência.

Por outro lado, se ainda não é possível definir, à luz da jurisprudência do STF, um sentido claro desse princípio, podemos afirmar que este se presta a diminuir as desigualdades sociais, culturais, étnicas, de gênero, etc. O constitucionalismo fraternal ou solidário é direcionado aos normalmente “esquecidos” pelo Estado e pela sociedade. Seu objetivo principal é um constitucionalismo “igualitário, mas celebrador das diferenças culturais e identitárias; liberal, mas avesso aos excessos do individualismo possessivo [...]; democrático, mas alerta quanto aos riscos de opressão das minorias pelas majorias; social, mas refratário ao paternalismo; cosmopolita, mas atento às características nacionais e aos desígnios do povo brasileiro”<sup>663</sup>.

---

<sup>663</sup> Tais ideais, amplamente compartilhados neste trabalho, são defendidos por Daniel Sarmiento no seu *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

## 6. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo a investigação do sentido e alcance da solidariedade social na construção de uma sociedade mais livre, igual e justa. Como qualquer valor, a solidariedade ao entrar no discurso jurídico não conheceu até o presente momento um aprofundamento teórico que permita dizer qual é seu conteúdo. Em verdade, é pouco provável que se chegue a uma conclusão pacífica sobre isso.

No entanto, embora seja uma empreitada árdua, nosso trabalho não se furtou de propor uma perspectiva da solidariedade enquanto valor moral e princípio constitucional.

Nesse sentido, encontramos nas demandas sociais de grupos vulneráveis (minorias) um forte campo de incidência desse princípio, pois a igualdade e a liberdade, em tais demandas, já nos pareciam insuficientes para lidar com os dilemas das diferenças sociais e culturais.

Ademais, nossa proposta buscou á toda evidência direcionar seus fundamentos e abordagens na direção de um constitucionalismo à brasileira. Sem fechar os olhos para o mundo, mas acreditamos que toda pesquisa que se pretenda útil não pode abandonar essa perspectiva, as *idéias fora do lugar* são tentadoras.

Assim, com base nos pressupostos teóricos e práticos da solidariedade chegamos às seguintes conclusões:

1. Como um movimento que atravessa a história da humanidade, o solidarismo encontra na Grécia e no Cristianismo suas primeiras impressões. Na Grécia é possível encontrar nos ideais de unidade e bem comum os fundamentos que justificam uma solidariedade implícita, movimento que se inicia em Sócrates e termina em Aristóteles. No pensamento religioso, os ideais de benevolência, caridade e de amor ao próximo são amplamente vistos como manifestações de solidariedade, fazendo desta um verdadeiro fundamento ético da ação humana. Nos Estóicos a inspiração está nos ideais de virtude e união, somando-se a estes os deveres (Cícero) que caberiam a todos os indivíduos enquanto membros de uma mesma sociedade.

2. Depois de um longo período vinculada à caridade e benevolência, a solidariedade retoma algum destaque enquanto fraternidade na Revolução Francesa. Em verdade, a fraternidade como uma dos pilares daquela revolução estava amplamente relacionada com

os ideais antes defendidos pelos estóicos. No entanto, se antes a fraternidade era praticamente fruto de interpretações da bíblia, aqui ela passa a constar de um documento que muda e inspira a percepção do mundo sobre os direitos dos homens. Neste momento, por assim dizer, surge a primeira manifestação da solidariedade enquanto valor com alguma potencialidade jurídica. No entanto, os ideais defendidos pela Revolução Francesa criaram um Estado de mentalidade avessa aos ideais de cooperação. Movido pela mão invisível do Mercado, este Estado só fez crescer um individualismo exagerado, renegando em boa medida a idéia de deveres de cooperação.

Somente com o surgimento do Estado Social, e sua forte vinculação com a cidadania, a solidariedade retorna aos discursos políticos e jurídicos. Sendo um dos valores que inspiram o *Welfare State* a solidariedade passa a ser inserida em documentos jurídicos ao redor do mundo. Seja como princípio fundamental ou cláusula implícita do Estado Social, este valor chega a Constituição brasileira de 1988 como um objetivo, um verdadeiro comando aos Poderes e aos cidadãos. Essa passagem é fortemente marcada pelo movimento denominado solidarismo (sociológico e jurídico) que parte da França com Durkheim, Duguit, Hariou e Gurvitch.

3. A solidariedade, portanto, mais do que uma declaração moral passa fundamentar direitos e deveres, sendo possível extrair de seu núcleo justificativas – políticas e jurídicas – que viabilizam a implementação de ações positivas de reconhecimento e redistribuição. Em outras palavras: a solidariedade como valor relacional que articula a liberdade e a igualdade permite a construção do direito a diferença.

Sendo fundamento de deveres fundamentais, a solidariedade a partir de um imperativo de cidadania impõe aos membros de uma sociedade e ao Estado deveres de cooperação. No ponto, não se está aqui defendendo uma sociedade regida mais por deveres do que por direitos, a solidariedade que fundamenta os deveres fundamentais coloca tanto o cidadão (solidariedade horizontal) quanto o Estado (solidariedade vertical) como fiadores desses deveres, cabendo a este último a maior responsabilidade. Deste modo, a insuficiência do Estado convoca a todos a colaborarem para o destino comum. Afinal de contas, a violência como fruto desse abismo de desigualdades traz conseqüências perversas a todos e não só para os menos avantajados.

4. A Constituição brasileira de 1988 consagrou um leque amplo de deveres fundamentais, cabendo-nos analisar, com atenção especial, aqueles pertinentes ao reconhecimento intersubjetivo, isto é, os deveres que possibilitam aos grupos vulneráveis a estima social fomentadora da auto-realização individual. Este reconhecimento tributa da própria condição humana, cabendo ao Estado protegê-lo e aos cidadãos respeitá-lo, pois só a partir desse reconhecimento o indivíduo se vê hábil a lutar por seus direitos como livre e igual. Essas exigências por reconhecimento derivam de um núcleo fundamental da Constituição exposto no Art.3º, que impõe a todos um dever de reconhecimento calcado no valor solidariedade, com o objetivo de construir uma sociedade mais livre, igual e justa, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

5. Embora assente a idéia de que a solidariedade se projeta para o ordenamento jurídico como princípio que vincula a interpretação e aplicação dos direitos e deveres, entendemos ser de grande relevância analisar antes o desenho institucional que a política da solidariedade/reconhecimento oferece para o constitucionalismo contemporâneo. Sem as velhas utopias e perfeccionismos que comumente são brandidos em teorias democráticas, sugerimos uma tese humilde, simples e viável. Após evidenciar que a esfera pública em nosso país nunca passou de uma fachada, sugerimos como forma alternativa uma democracia solidária que parte das concepções liberais críticas (Taylor, Walzer) e da teoria crítica (Jessé Souza e Honneth), na direção de uma democracia contestatória (Pettit), conflitante (Mouffe), tolerante (Bernard Williams e Scanlon) e ideologicamente amplificada (Sunstein e Iris Young), características que, vale ressaltar, são muito pouco difundidas em nossa arena política. E como seria então esse desenho?

A democracia como valor fundamental dos Estados ocidentais (ao menos boa parte deles) comporta incontáveis perspectivas, sendo que no presente trabalho analisamos as mais difundidas, a saber: republicana, liberal, deliberativa e cooperativa. Em que pese à contribuição de todas em nossa edificação, entendemos que as questões relativas à inserção dos grupos vulneráveis na construção de um constitucionalismo inclusivo ficam enfraquecidas quando colocadas na perspectiva brasileira. Uma observação neste ponto é importante: como grifado no estudo, as condições para cooperação, que tem como pedra de toque a garantia das condições materiais, foram bem solucionadas por Claudio Pereira de

Souza Neto, não restando maiores observações sobre este ponto. No entanto, a questão das diferenças ainda permanece “nebulosa”. Como compreender uma arena política que deve receber as mais diversas reivindicações, dos mais variados grupos e, ao mesmo tempo, das mais peculiares e diferentes formas de manifestações? Como a sociedade e esses grupos terão voz nas instâncias políticas?

Para tentar dar conta das complexidades que circundam essas questões, cogitamos algumas alternativas possíveis:

(i) a ênfase no conflito crê em uma democracia radical e agonística que não se constrói a partir de uma compreensão de bem-comum substantiva, pelo contrário, ela é fortemente marcada pelo rompimento do ideal identitário e homogêneo da substância;

(ii) a tolerância exige aceitar as pessoas e suas práticas mesmo quando as desaprovamos, pois não há em uma sociedade de iguais (horizontalmente falando) alguém que tolere como um superior (verticalmente), mas sim porque é seu dever tolerar. Essa tolerância não implica necessariamente em aceitar posições radicais e extremistas, como, por exemplo, tolerar um homem-bomba que professe publicamente sua crença. No entanto, são legítimas as exigências por tolerância dos grupos tradicionalmente vulneráveis, tais como os homossexuais (parada gay), negros (danças e rituais), mulheres (panelaço e queima de sutiãs), etc.;

(iii) as dimensões do desacordo e da contestação são aferições importantes para a legitimidade das escolhas públicas, pois decisões que são facilmente aceitas podem conter em sua essência o silenciamento de minorias, sendo a divergência, o desacordo e a contestação parâmetros que, ao contrário do que possa parecer, apontam para uma democracia mais forte, uma vez que assim as diversas compreensões de verdade estarão em choque, surgindo daí o papel central que ocupa a liberdade de expressão;

(iv) o direito a livre expressão permite uma sociedade mais consciente de seus deveres e de suas reais necessidades, criando indivíduos críticos e envolvidos nas deliberações;

(v) por fim, a amplificação ideológica proposta por Sunstein nos pareceu uma alternativa valiosa no desenho aqui proposto. As deliberações enclausuradas possuem um papel importantíssimo no fortalecimento das questões relevantes de determinado

grupo social, questões essas que provavelmente seriam silenciadas em uma arena mais ampla. Esse debate permite que os argumentos sejam construídos de forma substancialmente qualificada, pois o grupo compartilha de ideais próximos. No entanto, se a expectativa do grupo, após o amadurecimento do debate enclausurado, não for colocado em uma perspectiva mais ampla, de nada valerá. Veja, como exemplo, o caso da cota universitária no Brasil: se por um lado é interessante que os grupos defensores da cota racial tenham uma coesão muito forte, essa constatação perde a relevância quando esse mesmo grupo não se dispõe a dialogar aceitando pessoas que pensam diferente (e quando aceitam as silenciam de antemão chamando-as de racistas). No caso brasileiro, se não fosse a audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal, o debate público estaria restrito às conhecidas “cartas dos intelectuais”.

Portanto, é preciso compreender que as concepções de vida devem ser colocadas no debate público em sua amplitude ideológica, após um amadurecimento interno, fato que não significa medo ou fuga do debate, mas sim uma etapa de amadurecimento dos valores individuais que somados são compartilhados por determinado grupo.

Esse desenho, a nosso sentir, permitiria o fortalecimento das identidades e dos argumentos “prós” e “contras”, colocando os sujeitos em contato uns com os outros, levando em consideração seus desejos e sonhos.

Ademais, quando a esfera pública lida com questões identitárias, como a união homoafetiva e a cota racial, ela encontra no princípio da solidariedade uma barreira em sua atuação. Questões que coloquem em risco a auto-afirmação de algum grupo, seja qual for, encontram nos objetivos fundamentais do Art.3º da CF/88, um verdadeiro bloqueio em suas pretensões. Para ilustrar essa hipótese lanço mão do seguinte exemplo: a Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro recebeu em 2003 o projeto de lei de número 717/2003, que trazia em seu texto a proposta de “tratamento psicológico” fornecido pelo Estado para as pessoas que quisessem deixar de ser homossexuais”. O Projeto de autoria do Deputado Edino Fonseca (PSC) é claramente discriminatório e atentador ao princípio da solidariedade. O próprio Conselho Federal de Psicologia por meio da Resolução 001/1999 já se manifestou contra essa leitura discriminatória da opção de vida dos homossexuais. Uma arena pública que trata a todos como livres e iguais, sequer pode propor tal debate,

servindo o princípio da solidariedade como verdadeiro bloqueio a essas pretensões, pois um projeto como este fere fortemente elementos constitutivos da subjetividade de certos sujeitos, obstaculizando sua auto-realização e impossibilitando sua estima social.

Assim, a esfera pública mediada pelo princípio da solidariedade exige como condição para cooperação o dever de solidariedade-reconhecimento dos demais agentes envolvidos, pois quando se nega o diálogo, surge a violência. Deve-se abrir o espaço público a divergência e a contestação, mas sem jamais deixar de acreditar na credibilidade e integridade do oponente. A história mostra que quando não se deu espaço para os que pensam diferente se posicionarem como livres e iguais, o resultado é a violência como forma simbólica de reivindicação: a inquisição, a luta dos negros americanos, a oposição de Mandela na África do Sul e a ditadura militar no Brasil, são exemplos vivos de que sem uma democracia real todo o resto, é resto.

Nessa democracia real, possível, não há vencedor e nem perdedor: a vitória de um é a vitória de todos e a derrota de um também é a derrota de todos.

6. No quarto capítulo, analisamos os deveres de reconhecimento em meio a diversidade e a pluralidade que as sociedades atuais vivem, notadamente o Brasil. O conteúdo material da solidariedade, portanto, é fundamento de exigências por reconhecimento, possuindo em seu núcleo fundamental a proteção da estima social e da auto-realização. A estima social é elemento intrínseco à natureza humana devendo ser protegida pelo direito, pois é ela que torna o indivíduo capaz de buscar a felicidade. Essa proteção é consagrada pelo art.3º da CF/88, que denota não só uma ação prospectiva, mas também serve de bloqueio a opções discriminatórias e preconceituosas.

A incidência da solidariedade como valor que fundamenta as exigências por reconhecimento é um corretivo da igualdade, pois diante da inflexão desta a solidariedade articula as diferenças permitindo a devida estima social a quem deseja permanecer intacto em suas características. Da mesma forma, a solidariedade ao exigir o respeito às diferenças atribui novo sentido a igualdade, na medida em que exige a conciliação das divergências.

Ao analisarmos questões práticas, ficou claro o potencial agregativo que comporta este princípio. Quanto a possibilidade de efetivação da política de cota racial em nosso país, ficou comprovado que a igualdade antes separa cidadãos do que os une em uma mesma empreitada, isto porque a igualdade parece exigir a aceitação de uma inferioridade por parte

dos negros, fato que não é admissível. A recondução do discurso justificador a questões relativas a um passado ilegítimo não são viáveis frente a miscigenação que ocorreu em nosso país, inviabilizando um critério de origem. Portanto, a razoabilidade entre a medida e o fim que se pretende alcançar parece não ser pertinente.

Por outro lado, a solidariedade exige um olhar para a situação atual dos negros no Brasil e daí o que se constata é: exclusão, miséria e preconceito. A solidariedade convidada a todos a participarem da inclusão no processo civilizatório dessas pessoas, pois a possibilidade de fazer um curso superior traria a auto-estima e o devido respeito que elas merecem. Sem culpados ou devedores, a direção a seguir é a da cooperação, permitindo a inclusão sem que os negros percam seus traços característicos. Da mesma forma, as políticas afirmativas rompem com estereótipos, geram um aumento de afrodescendentes bem sucedidos e detentores de posições sociais prestigiadas, e tal fato permite que as futuras gerações tenham alguém em quem se inspirar fato que só fortalece sua auto-estima, suscitando uma cadeia de solidariedades.

Esse reconhecimento permitirá uma ascensão social em termos de justiça distributiva, corrigindo as desigualdades sociais entre negros e brancos em nosso país.

7. No último capítulo, buscamos através das interpretações dadas pelo Supremo Tribunal Federal, os limites e possibilidades de eficácia do princípio da solidariedade. Tal análise nos permitiu a chegar as seguintes conclusões:

- (i) Não há definição linear sobre o conteúdo material do princípio da solidariedade. Os argumentos são variados e extremamente dependentes das situações concretas julgadas pelo STF, tornando esse princípio, em certos casos, um argumento pragmático de justiça social. Sua afirmação não se dá, tal como defendera o STF certa feita, pela sua afirmação como princípio estruturante, pois ele não o é. Como objetivo fundamental, a solidariedade é o valor constitucional viável a concretizar os desejos do constituinte de edificar uma sociedade fraterna e plural, destituída de preconceitos e discriminação;
- (ii) O princípio da solidariedade possui uma perspectiva formal e outra material, sendo esta última detectada quando se convoca a sociedade a comparecer no auxílio aos mais necessitados;



(ii) No que diz respeito às questões de gênero, parece-nos que o princípio da solidariedade possibilita um recorte em diversas partes da Constituição na busca de uma concordância prática entre igualdade e os demais valores constitucionais, sendo a pedra de toque dos fundamentos a situação peculiar que a mulher possui como mãe e cidadã. Para tanto, nos parece clara a direção da decisão em reconhecer um dever de solidariedade-reconhecimento, pois ao respeitar as características peculiares das mulheres o Supremo Tribunal lhe confere uma devida valorização social, gerando mais auto-estima e realização. Como já dito, a formação da identidade do sujeito é outro aspecto da solidariedade que viabiliza o reconhecimento intersubjetivo. Assim, a solidariedade enquanto padrão de reconhecimento permite um tratamento diferenciado, sem ofender a igualdade;

(iv) Os direitos culturais são elementos fundamentais na formação das identidades nacionais, permitindo aos concidadãos um recíproco reconhecimento. Nesse sentido, cabe ao Estado além do dever de proteção das mais variadas manifestações culturais, também proporcionar por meio de deveres positivos a concretização e afirmação de tais direitos. Ao ser convocado a decidir sobre a proteção constitucional dos índios, ficou patente a posição do STF de prestigiar a solidariedade como instrumento concretizador das identidades culturais, pois como afirmado pelo Ministro Ayres Britto, só a solidariedade é capaz de assegurar meios dignos de subsistência econômica para os índios mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, lingüística e cultural.

Neste caso, não apenas emprestou a eficácia interpretativa aos arts. 231 e 232 da Constituição, mas extraiu também de sua matriz principiológica (art. 3º, I, CF/88) os comandos necessários para afirmar os direitos dos índios residentes naquela reserva indígena, reconhecendo que a cultura desses povos está fortemente ligada a sua terra, sendo uma privação de respeito não reconhecê-las.

(v) Os direitos-deveres de proteção do meio ambiente são direitos de terceira geração que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as pessoas. Estes consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento

dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

Deste modo, os direitos-deveres de respeito e proteção ao meio ambiente, baseados no princípio da solidariedade, servem de corretivo das liberdades, pois em um Estado solidário as liberdades devem ser exercidas com responsabilidade. O dever de proteção ao meio ambiente é o mais peculiar de todos, pois encontra no indivíduo e na coletividade, concomitantemente, o sujeito ativo e passivo dessa relação.

(vi) Sobre a possibilidade de tutela judicial da saúde, entende o STF que se for o caso de pessoa carente, a concretude deste direito se torna um gesto solidário e reverente à vida e à saúde, especialmente daquelas que nada têm. Dessa forma, a solidariedade na garantia de uma vida digna e saudável deriva de uma imperiosa necessidade de se privilegiar as pessoas mais carentes em um contexto de escassez de recursos. Portanto, a solidariedade também corrige a igualdade exigindo uma atenção maior por parte do Estado às pessoas mais necessitadas;

(vii) Um dos casos mais interessantes em sede constitucional foi o que julgou inconstitucional a taxa de matrícula cobrada pela Universidade de Minas Gerais. Os votos vencidos da Min. Carmen Lúcia e do Min Eros Grau ensaiaram vivamente uma eficácia horizontal dos direitos sociais edificada no princípio da solidariedade. Segundo os Ministros, o princípio da solidariedade tempera a liberdade e a igualdade: embora o acesso ao ensino superior público tenha por base a gratuidade e o mérito, a igualdade material realizada pela redistribuição dos valores recolhidos com a “taxa”, possibilitaria o exercício da liberdade de ofício dos alunos que sem esse benefício estariam comprometidos em realizá-la;

(viii) Ao julgar questões envolvendo desigualdades fáticas (idosos e deficientes físicos), optou novamente a Corte brasileira por utilizar o princípio da solidariedade para fundamentar sua decisão. Tal princípio possui expressão inegável de convocar não só o Estado, mas também toda a sociedade a comparecer quando se fizer necessário. Neste caso, firmou-se a eficácia horizontal dos direitos sociais fundados no princípio da solidariedade. Tal eficácia, toma por base, não só as questões materiais, mas também aquelas afetas ao reconhecimento intersubjetivo;

(ix) O caso paradigma sobre a afirmação da solidariedade como direito-dever autônomo, criador de deveres de redistribuição, ficou conhecido como “caso da taxação dos inativos”. Neste caso, assentou a Corte que “o princípio da solidariedade é perfeitamente compatível com a matriz filosófica da Constituição brasileira que na presente ação confronta-se com o suposto direito adquirido de não pagar contribuição previdenciária, sendo a solidariedade o valor que melhor realiza os ditames da justiça social”. Tal valor não é absoluto como qualquer outro dentro da Constituição, devendo ser ponderado sempre que estiver em colisão. No caso em tela, a Corte mitigou a proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito com a garantia de uma justiça social solidária, prevalecendo esta;

Portanto, a solidariedade servirá, em certos casos, como limite ao exercício das liberdades individuais (liberdades com responsabilidades), sendo que tais limites devem respeitar o núcleo essencial das liberdades constitucionalmente demarcadas. Ademais, a partir de um dever de humanidade (redistribuição – respeito – reconhecimento), a solidariedade convoca a todos, e a cada um de nós, a participar de um projeto de humanidade.

Como princípio vazio, a solidariedade ganhará contornos e eficácia de acordo com as situações fáticas. No entanto, não restam dúvidas de que a solidariedade se presta, precipuamente, a corrigir as desigualdes sociais e humanas, algumas delas criadas pelo próprio homem, devendo por ele serem corrigidas.

Assim, no constitucionalismo solidário as liberdades são responsáveis; a igualdade é plural; as diferenças, sua pedra de toque; e a indiferença, sua maior inimiga. Portanto, se não é possível voltar no tempo e corrigir as distorções criadas às custas da dignidade de muitos, é possível recomeçar e caminhar na direção do horizonte, tal como professa Galeano.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

\_\_\_\_\_. The nature of legal philosophy. *Ratio Juris*. Vol. 17, nº 2, June 2004.

\_\_\_\_\_. “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”. In *Derecho y Razón Práctica*. Traducción de Wistano Orozco. México: Distribuciones Fontamara, 1993.

ALMEIDA, João Carlos. *Teologia da Solidariedade: uma abordagem da obra de Gustavo Gutiérrez*. Edições Loyola: São Paulo, 2005.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Trad, Roberto Raposo. 10º edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução Roberto Leal Ferreira. 2 ed. Coleção Clássicos. São Paulo : Martins Fontes, 1998.

ASSIS, Machado de. *Memórias póstumas de Braz Cubas*. Disponível em : [http://virtualbooks.terra.com.br/freebook/port/download/Memorias\\_Postumas\\_de\\_Bras\\_Cubas.pdf](http://virtualbooks.terra.com.br/freebook/port/download/Memorias_Postumas_de_Bras_Cubas.pdf)

AVELINO, Pedro Buck. *Princípios da solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na constituição de 1988*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n.º 53, out/dez, São Paulo: RT, 2005.

ÁVILA, Humberto. “Limites à tributação com base na solidariedade social”. In: *Solidariedade social e tributação*. Coord. GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. São Paulo: Dialética, 2005.

BACHELARD, Gaston. *O novo espírito científico*. Lisboa: Edições 70 Textos Filosóficos, 2008.

BAÊTAS DYRLUND, Maria Cecília. “Solidariedade” In *Dicionário de Filosofia do Direito*. Org: BARRETO, Vicente Paulo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARBALET, J.M. *A cidadania*. Lisboa: Editorial Estampa, 1989.

BARBOSA JÚNIOR, João Batista. *O direito à cidade como expressão de cidadania: a construção dos direitos a partir da esfera pública urbano-local*. Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em sociologia do direito da Universidade Federal Fluminense: Niterói, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. “Constitucionalidade e legitimidade da Reforma da Previdência (ascensão e queda de um regime de erros e privilégios)”. In: *Temas de Direito Constitucional*, Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional: pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo” In *Tomos de Direito Constitucional II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. BARCELLOS, Ana Paula de. “O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro”. In *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2º ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. “Vinte anos de Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos”, In: *Temas de Direito Constitucional - Tomo IV*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BAYERTZ, Kurt. *Solidarity*. Kluwer Academic publishers. Dordrecht/Boston/London, 1999.

BENHABIB, Seyla. *Democracy and difference. Contesting the boundaries of the political*. Princeton: Princeton University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. “Modelos de espacio público: Hannah Arendt, la tradición liberal y Jürgen Habermas”. In: *El ser y el otro en la ética contemporánea: feminismo, comunitarismo e pormodernismo*. Trad. Gabriel Zadunaisky. Gedisa: Barcelona.

\_\_\_\_\_. Toward a deliberative model of democratic legitimacy. In: *Democracy and difference: contesting the boundaries of the political*, 1996.

BERLIN, Isaiah. ‘Dois conceitos de liberdade’. In: *Estudos sobre a Humanidade: Uma antologia de ensaios*. São Paulo : Companhia das Letras, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. “Diretos Humanos e Justiça Social: as idéias de liberdade e igualdade no final do Século XX” In: Ricardo Lobo Torres (org). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

\_\_\_\_\_. *Dicionário de política*. 2 volumes. Brasília: UnB, 1991.

\_\_\_\_\_. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995.

BOCAYUVA, Pedro Cláudio Cunha & VEIGA, Sandra Mayrink. *Afinal, que país é este?* Rio de Janeiro: DP&A editora, 1999.

BRANDÃO, Rodrigo. “Entre anarquia e o Estado de Bem-Estar social: aplicações do libertarianismo à filosofia constitucional” In *Filosofia e Teoria Constitucional contemporânea*. (coord) Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. *Raízes do Brasil*. Cia. Das Letras, 26ª edição, 2008.

CABO MARTÍN, Carlos. *Teoría constitucional de La solidaridad*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARDOSO, Fernando Henrique. *Sérgio, um jovem eterno*. Globo On-line, Segundo Caderno, 13/07/2002, Sérgio Buarque de Holanda – 100 anos, Arquivo, Campinas :Disponível em [http://www.unicamp.br/siarq/sbh/jovem\\_eterno.html](http://www.unicamp.br/siarq/sbh/jovem_eterno.html) Acesso em: 26/08/2009.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CASTOR, Belmiro Valverde Jardim. *Burocracia e reforma do Estado*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

CÍCERO, Marco Túlio. *Os Deveres*. Tomo I. Trad. Luiz Feracine. São Paulo: Editora Escala, 2008.

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

COMPARATO, Fabio Konder. *Afirmção histórica dos Direitos Humanos*, São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *Comentário ao Artigo 1 da Declaração Universal de 1948*, Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/coment/01.htm> (acesso realizado em 30/11/2008)

\_\_\_\_\_. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

\_\_\_\_\_. *Revista da Faculdade de Direito da USP*. São Paulo: Editora da USP, 1976, volume LXXI.

CORRÊA, André Rodrigues. *Solidariedade e responsabilidade: o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CORTINA, Adela. *Cidadãos do mundo: por uma teoria da cidadania*. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Sousa. *O Direito a diferença. As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora UNB, 2001,

DAMÁSIO, A. R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.  
\_\_\_\_\_. *O Sentimento de Si – O Corpo, a Emoção e a Neurobiologia da Consciência*. Mem-Martins: Publicações Europa-América. 2000.

DaMATTA, Roberto. “As raízes da violência no Brasil: reflexões de um antropólogo social”. In: PAOLI, Maria Célia Pinheiro Machado. *A Violência brasileira*. São Paulo: Brasiliense, 1982.

\_\_\_\_\_. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rocco, 6ª edição, 2006.

\_\_\_\_\_. *O que faz o Brasil, Brasil?*. Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

DEL VECCHIO, Giorgio. *História da Filosofia do Direito*. Trad. João Batista da Silva. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

DENNINGER, Erhard. “Derecho y procedimiento jurídico como engruaje em uma sociedade multicultural” In DENNINGER, Erhard. GRIMM Dieter. GUTIÉRREZ Ignacio Gutiérrez. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Edição e tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madri: Editorial Trotta, Espanha, 2007.

\_\_\_\_\_. “Segurança, Diversidade e Solidariedade” ao invés de ‘liberdade, Igualdade e Fraternidade’” In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, nº 88, dez., 2003.

DERRIDA, Jacques. *Margens da filosofia*. Trad. Joaquim Torres Costa e Antonio Magalhães. Campinas: Papirus, 1972.

DI LORENZO, Wambert Gomes. *Teoria do Estado de Solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *O direito da liberdade. A leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins. Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. *Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DUGUIT, Leon. *Manual de Derecho Constitucional*. Tradução: José G. Acuña. Granada: Editorial Comares, 2005.

DURKHEIM, Emile. “Divisão social do trabalho” In *Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica*. Orgs. Claudio Souto e Joaquim Falcão. São Paulo: Pioneira, 2002.

ECO, Umberto. *A Estrutura Ausente*. São Paulo: Perspectiva, 2004.

ENCARNAÇÃO, João Bosco da. *Filosofia do direito em Habermas: a hermenêutica*. 3. ed. Lorena: Stiliano, 1999.

FAEDDA, B. “principio di redistribuzione nel diritto tributario e nelle società tradizionali”. *Diritto & Diritti* Il Portale Giuridico. (Disponível em: <<http://www.diritto.it/materiali/antropologia/faedda.html>>. Acesso realizado em 25.08.2009)

FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FIUZA, Cyro Queiroz. “Choque com a realidade: levantamento mostra que cotas são desnecessárias”. *Revista Ensino Superior*. Ano 7, n. 79, abr. 2006.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança na Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FLORENTINO, Manolo e GÓES, J. R. P. *A Paz das Senzalas*. Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira, 1997.

FRASER, Nancy “Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista”. In org. Jessé Souza. *Democracia hoje*. Brasília, Ed. UNB, 2001.

GIDDENS, Anthony. *Para além da esquerda e da direita*. São Paulo: Unesp, 1996.

GÓES, José Roberto Pinto de. prefácio de: SOWELL, Thomas. *Ação Afirmativa ao Redor do Mundo. Estudo Empírico*. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2004.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: O direito como instrumento de transformação social*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001

\_\_\_\_\_. *O debate constitucional sobre as ações afirmativas*. In: Renato Emerson dos Santos e Fátima Lobato (orgs.). *Ações Afirmativas: Políticas públicas contra as desigualdades raciais* – Rio de Janeiro: DP&A, 2003



GÓMEZ, Daniel Varona. *Derecho de Solidaridad: teoría y práctica del mandato penal de socorro*. Madrid: Dykison, 2005.

GOHN, Maria da Glória. *Movimentos sociais no início do século XXI: antigos e novos atores sociais*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

GRIMM Dieter. “Multiculturalidad y derechos fundamentales”. In DENNINGER, Erhard. GRIMM Dieter. GUTIÉRREZ Ignacio Gutiérrez. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Edição e tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madri: Editorial Trotta, Espanha, 2007.

GUTIÉRREZ Ignacio Gutiérrez. “Derecho constitucional para a sociedade multicultural” In DENNINGER, Erhard. GRIMM Dieter. GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Edição e tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madri: Editorial Trotta, Espanha, 2007.

GURVITCH, G. *L'Expérience juridique et la Philosophie Pluraliste du Droit*. Paris. Editions A. Pédone, 1935.

HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do outro: estudos de teoria política*. Edições Loyola: São Paulo, 2002.

\_\_\_\_\_. RATZINGER, Joseph. *Dialética da secularização: sobre razão e religião*. Tradução de Alfred J. Keller. Aparecida, SP: Cia. Das Letras, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. “Justice and Solidarity” In M. Kelly (org) *Hermeneutic and critical theory in Ethics and Politics*. Mit Press, 1990.

\_\_\_\_\_. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Biblioteca Tempo Universitário, n. 76. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

\_\_\_\_\_. Reconciliación Mediante el Uso Público de la Razón. In: *Debate sobre el Liberalismo Político*. Barcelona – Buenos Aires – México: Ediciones Paidós, 2000.

\_\_\_\_\_. “Remarks on Erhard Denninger’s triad of diversity, security and solidarity” In: *Constellations*, v. 7, n° 4, 2000.

HART, H. L. A. “Solidariedade Social e imposição da Moral” In *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Tradução José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. V. I, Petrópolis: Vozes, 1988.

HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX, 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações Afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2007.

KITSCHOLT, Herbert P. *Crisis, Choice And Change In Capitalist Democracies: Durkheim On Individualism*. (Disponível em: <http://www.nosko.sk/CEU-POLS-6046-Durkheim.pdf> Acesso realizado em 19/08/2009).

KOMTER Aafke E. *Social Solidarity and the Gift*. Cambridge University Press, 2005.

KOWARICK, Lúcio. *Escritos Urbanos*. São Paulo: Editora 34, 2000.

KYMLICKA, Will. “Multiculturalismo Liberal e Direitos Humanos” In *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Coordenadores: IKAWA, Daniela. SARMENTO, Daniel. PIOVESAN, Flávia, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LAMOUNIER, Bolívar. “Apontamentos sobre a questão democrática brasileira” In ROUQUIER, Alain. *Como renasce as democracias*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1975.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA, Alceu Amoroso, “Políticas e Letras” In Vicente Licínio Cardoso (org) *À margem da história da República*. Tomo II, Brasília: Câmara dos Deputados e Editora Universidade de Brasília, 1981.

LIPSON, Leslie. *Os grandes problemas da ciência política*. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*. Coleção Pensadores, São Paulo: Nova Cultural, 1978.

LUÑO, Perez. A. E. *El concepto de derechos humanos y su problemática actual*. Anuario de Derechos Y Libertades, 1993.

MACINTYRE, Asladir. *Depois da Virtude: um estudo de teoria moral*. Bauru/SP: EDUSC, 2001.

MARSHALL, T.H. “Ciudadanía y clase social” In *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza Editorial.

MELLO, Celso A. B. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª edição, 13ª tiragem. Malheiros: São Paulo, 2005.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDONÇA, Ricardo Fabrino. *Dimensão intersubjetiva da auto-realização: em defesa da teoria do reconhecimento*. Rev. bras. Ci. Soc. vol.24 n°.70 São Paulo: Junho de 2009.

\_\_\_\_\_. “Reconhecimento em debate: os modelos de Honneth e Fraser em sua relação com o legado habermasiano”. *Revista brasileira de ciências sociais* - Vol. 24 Nº 70, junho/2009.

MILTON, John. *Aeropagítica*. MesaView Classic Series (versão eletrônica Disponível em: [http://www.planetfreebook.com/Classic\\_collection/classic\\_books\\_author\\_M\\_PDF\\_edited\\_filenames/Milton.%20John!Areopagitica%20.pdf](http://www.planetfreebook.com/Classic_collection/classic_books_author_M_PDF_edited_filenames/Milton.%20John!Areopagitica%20.pdf))

MIRANDA, Napoleão. Esfera Pública, Ação Comunicativa e Sociedade Civil: Algumas reflexões em torno de Habermas. In: MELLO, Marcelo Pereira de (organizador). *Justiça e sociedade: temas e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2001.

MOCELLIN, Renato. *A história crítica da nação brasileira*. São Paulo: Editora do Brasil, 1987.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade, In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. (coord.), *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Lisboa: Gradiva, 1996.

NABAIS, José Casalta. “Dos deveres fundamentais” In *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2007.

\_\_\_\_\_. ‘Solidariedade social, cidadania e direito fiscal’. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. de. [coord.]. *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

NABUCO, Joaquim. *O Abolicionismo*. Petrópolis, Vozes, 1998.

NARITOMI, Sabrina. *Princípio constitucional da solidariedade: um direito-dever de redistribuição de reconhecimento?* 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

NEVES, Marcelo. *EntreTêmis e Leviatã: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2º edição. Buenos Aires: Editora Astrea, 1980.

\_\_\_\_\_. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

NOBRE, Marcos. Introdução. In: HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

NOZICK, Robert. *Estado, Anarquia e Utopia*. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1991.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.

\_\_\_\_\_. *Los deberes fundamentales*, Doxa, 4, 1987.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PETTIT, Philip. “Democracia e contestabilidade” In *Direito e Legitimidade*. Orgs Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2003.

PIZZOLATO, Filippo. ‘fraternidade no ordenamento jurídico italiano’ In *O Princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Organizador: Antônio Maria Baggio. São Paulo: Ed. Cidade Nova, 2008.

POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

QUINTANA, Fernando. “Dogmática Jurídica e Justiça”. In PAIVA, Maria Arair Pinto. *Trabalho e cidadania no debate contemporâneo do direito*. Niterói: Ed.UFF, 1997

RAPOZO, Joana Tarez da Silva. *Limites do princípio da solidariedade na instituição de contribuições sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

\_\_\_\_\_. “Réplica a Habermas”. In: *Debate sobre el Liberalismo Político*. Barcelona – Buenos Aires – México: Ediciones Paidós, 2000.

\_\_\_\_\_. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Jussara Simões, 3º edição. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REHG, William. “Solidarity and the Common Good: An Analytic Framework” In *Journal of Social Philosophy*, Vol. 38 No. 1, Spring 2007.

- REESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. Petrópolis: Vozes, 2009.
- RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- RIBEIRO, Renato Janine. *A república*. São Paulo: Publifolha, 2001.
- RIGAUX, François. *A lei dos Juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ROBESPIERRE, Maximilien de. *Libertad, Igualdad, Fraternidad*. Buenos Aires: longseller, 2005.
- RODRIGUES, Alberto Tosi. *A democracia que nos coube*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas, em setembro de 1999.
- ROPELATO, Daniela. 'Notas sobre a participação e fraternidade' In *O Princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Organizador: Antônio Maria Baggio. São Paulo: Ed. Cidade Nova, 2008.
- RORTY, Richard. *Objetivismo, relativismo e verdade. Escritos filosóficos I*. Tradução de Marco Antônio Casanova. 2 ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.
- ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- \_\_\_\_\_.(ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*. Duke University Press, 1994.
- SAHAKESPEARE. W. *A Tempestade*. Tradução de Beatriz Viegas Faria. Porto Alegre: L & MP, 2002.
- SANTOS. Boaventura Souza. *Por Uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos*. Revista crítica de ciências sociais da Faculdade de Economia de Coimbra, Nº 48, junho de 1997.
- SANTOS, R.V. "Cotas, UnB e raciologia contemporânea". *Correio Brasiliense*, Brasília, Revista D, 18 abr. 2004.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Razões da desordem*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SARMENTO, Daniel. “A liberdade de expressão e o problema do *Hate Speech*” In *Livres e Iguais*. Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. “A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. “Trajetória constitucional brasileira” In *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCANLON, Thomas M. *A Dificuldade da Tolerância*. Tradução: Mauro Victoria Soares. *Novos Estudos Cebrap*, nº 84, julho 2009.

SEN, Amartya. *El derecho a no tener hambre*. trad. Everaldo Lamprea Montealegre: Universidad Externado de Colombia, 2006.

\_\_\_\_\_. *El valor de La democracia*. El viejo topo. Mataró: Espanha, 2006.

SHAPIRO, Ian. *Political Criticism*. Berkeley: University of Califórnia Press, 1990.

STUART MIL, John. *Sobre Liberdade*. Trad. de Alberto da Rocha Barros. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1991.

SUNSTEIN, Cass. R. *Ideological Amplification*. *Constellations*: Volume 14, No 2, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SINGER, Peter. *Ética Prática*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3º edição, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SOWELL, Thomas. *Ação Afirmativa ao Redor do Mundo: Estudo Empírico*. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2004.

SOUZA, Jessé. *Uma teoria crítica do reconhecimento*. *Lua Nova*, nº50, 2000.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 p. 311.

\_\_\_\_\_. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SUNSTEIN, Cass. THALER, Richard H. *Nudje: un pequeño empujón. El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre la salud, dinero y felicidad*. Taurus: Espanha, 2009.

- SHWARZ, Roberto, *Cultura e política*. São Paulo: Paz e Terra, 2009
- TARRUELLA, Ramón D. Prólogo da obra ROBESPIERRE, Maximilien de. *Libertad, Igualdad, Fraternidad*. Buenos Aires: longseller, 2005.
- TAYLOR, Charles. “A política do reconhecimento”. In *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000.
- \_\_\_\_\_. *El Multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- TORRES, Ricardo Lobo. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos”. In *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- \_\_\_\_\_. “A Constitucionalização do Direito Financeiro”, In *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações práticas*. Coordenadores: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2006.
- \_\_\_\_\_. *A Teoria da Justiça de Rawls e o pensamento de esquerda*. Mímeografado.
- \_\_\_\_\_. “Existe um princípio estrutural da solidariedade?” In: *Solidariedade social tributação*. Coord. GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. São Paulo: Dialética, 2005.
- \_\_\_\_\_. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- TOURAINÉ, Alain. *Pensar outramente: o discurso interpretativo dominante*. Tradução Francisco Moras. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p.191.
- WALZER, Michael. *Política e paixão: rumo a um liberalismo mais igualitário*. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- YAMASHITA, Douglas. ‘Princípio da solidariedade em Direito Tributário’. In *Solidariedade Social e Tributação*. Coordenadores: Marco. A. G; Marciano Seabra G. São Paulo: Dialética, 2005.
- YOUNG, Iris Marion. “Comunicação e o outro: além da democracia deliberativa” In: *Democracia hoje. Novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Org. Jessé Souza. Brasília: Editora UNB, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- VAN PARIJS, Philippe. “Contestatory democracy versus real freedom” in *Democracy's Value* (Ian Shapiro & Casiano Hacker-Cordón eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- \_\_\_\_\_. “Hybrid Justice, Patriotism, and Democracy: A Selective Reply” In *Real Libertarianism Assessed. Political Theory after Van Parijs*, Andrew Reeve & Andrew Williams eds. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2003.

\_\_\_\_\_. “Les fondements éthiques de l'Etat-Providence et de son dépassement” In Serge Paugam éd., *Repenser la solidarité. L'apport des sciences sociales*, Paris: P.U.F., 2006.

\_\_\_\_\_. *Qués es uma sociedade justa? Introdução a La prática de La filosofia política*. Trad. Clara Slavutzky. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión.

\_\_\_\_\_. *Sauver la Solidarité*. Paris: Les Editions du Cerf, 1996.

VAZ, Henrique C. de Lima. *Nota histórica sobre o problema filosófico do "outro". Ontologia e História*. São Paulo: Loyola, 2001.

VIANNA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 1999.

VIDAL GIL, Ernesto J. *Los derechos de solidaridad em el ordenamiento jurídico español*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2002.

VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito: definições e fins do direito*. São Paulo: Editora Atlas, 1977.

VAN DER MERWE, Willie L. *Philosophy and the multi-cultural context of (post) apartheid South Africa*. Ethical perspectives, 1996.

WALKER, Neil. *Taking Constitutionalism Beyond the State*. Political Studies, volume 56, 2008.

WILLIAMS, Bernard. *Tolerância: uma questão política ou moral?* Tradução de Denílson Luis Werle. Novos Estudos Cebrap, nº 84, Julho 2009.