DA INCLUSÃO DAS MINORIAS E DOS GRUPOS VULNERÁVEIS: UMA VERTENTE EFICAZ E NECESSÁRIA PARA A CONTINUIDADE DA ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL

INCLUSION OF MINORITIES AND VULNERABLE GROUPS: ONE SECTION REQUIRED FOR EFFECTIVE AND CONTINUITY OF CONSTITUTIONAL LAWS

MARCELO DOS SANTOS BASTOS*

Recebido para publicação em outubro de 2011.

RESUMO: O presente artigo, em suma, discorre sobre o atual movimento de inclusão das minorias e grupos vulneráveis, bem como da projeção na Constituição de movimentos como o pluralismo e o neo-republicanismo, como maneira de demonstrar que sem a inclusão das minorias de dos grupos vulneráveis não há que se falar em continuidade de uma ordem constitucional justa muito menos em dignidade da pessoa humana, fundamento da república federativa do Brasil

PALAVRAS-CHAVE: Minoria; Grupo Vulnerável; Inclusão Social; Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT: This article, in short, talks about the movement of inclusion of minorities and vulnerable groups, as well as the projection of motion in the Constitution as pluralism and new republicanism, as a way to demonstrate that without the inclusion of minority groups vulnerable we should not speak of continuity of a constitutional fair much less human dignity, the basis of the Federative Republic of Brazil

KEY WORDS: Minority; Vulnerable Group; Social Inclusion; Dignity of the Human Person.

1. INTRODUÇÃO

Os Estados-constitucionais contemporâneos possuem como uma de suas metas, com o fim de dar continuidade à ordem jurídica constitucional e tendo como viés integrador principal o princípio da dignidade da pessoa humana a inclusão de todos aqueles que integram a sociedade política, para tal procuram colocar todos, o máximo possível, em uma situação de igualdade material, realizando abstrações e generalizações de situações individuais, por meio da Constituição, da legislação e da aplicação da justiça, evitando que particularidades se expressem em casuísmos jurídicos e, principalmente, em favoritismos, tentando que se impeça o vigor da velha máxima: aos amigos, tudo; aos inimigos, a lei.

Constituem-se os direitos do homem, para Noubert Rouland:

> (...) parte do novo universalismo: certos direitos dizem respeito a todos os homens, o que estabelece em toda parte a obrigação dos Estados de respeitá-los e de permitir seu florescimento. Essa autolimitação da potência soberana caracterizaria particularmente os Estados de direito. Essa aspiração, alimentada pela tradição francesa, choca-se com vários obstáculos. A princípio, a constatação de uma outra universalidade: a do mal que um homem pode infligir a seus semelhantes. Por muito tempo se quis explicar tudo pelos excessos do Ocidente e pelos erros do colonialismo.

* Advogado. Mestre Direito pela ITE. Área de concentração: Sistema Constitucional de Garantia de Direitos.

> Mas, em nosso século, sabemos, a partir dos genocídios do Camboja e de Ruanda, que o horror é possível em toda parte (em Ruanda crucificavam-se crianças) apesar de religiões e filosofias baseadas no amor ao próximo (Ruanda é majoritariamente cristã) e na compaixão (o Camboja é budista). Ademais, essa ideologia universalista não é universal. Ouve, ainda, que ditaduras e regimes autoritários alegam em seu favor a diferença "cultural" para manter a distância os direitos dos povos: essa falsa moeda intelectual tem pouco peso. Entretanto, há coisas mais sérias. Como escreveu C. Lévi-Strauss: [as] grandes declarações dos direitos do homem têm também essa força e essa fraqueza de anunciar um ideal que muitas vezes se esquece do fato de o não exercer sua natureza numa humanidade abstrata, mas em culturas tradicionais nas quais as mudanças mais revolucionárias permitem subsistir partes inteiras e se explicam em razão de uma situação estritamente definida no tempo e no espaço.
> *A unidade do homem, na qual acreditará todo antropólogo [...] só pode aparecer à custa de uma difícil navegação entre dois rochedos: o da uniformidade – reconhecer que todos os homens são iguais não significa que eles sejam iguais em todos os lugares; a assimilação pode provocar os fechamentos de identidade que ela procura evitar [...] e o da heterogeneidade – a reconhecida autonomia das particularidades culturais só pode ser relativa, sobretudo em um mundo vibrante de fluxos migratórios. Exacerbada, ela leva a conflitos e reintroduz a desigualdade e a opressão sob a máscara do direito à diferença (ROULAND, 2004, p.10-11).*

Em relação à diferença, Zygmunt Bauman ensina que:

> O [...] descaso em relação à diferença é teorizado como reconhecimento do "pluralismo cultural": a política informada e defendida por essa teoria é o "multiculturalismo". Ostensivamente o multiculturalismo é orientado pelo postulado da tolerância liberal, pela preocupação com o direito das comunidades à auto-afirmação e com o reconhecimento público de suas identidades [...] seu efeito é uma transformação das desigualdades incapazes de obter aceitação pública em "diferenças culturais" – coisa a ser louvada e obedecida (BAUMAN, 2003, p. 97-98).

Exige, portanto, especial proteção, no âmbito da Justiça Constitucional, difusa e/ou concentrada, "a garantia de participação igualitária dos grupos sociais minoritários e vulneráveis, uma vez que o modelo de representação requer mais do que uma voz um voto" (SAMPAIO, 2003, p. 94).

Ainda para José Adércio Leite Sampaio, "a identificação de grupos sociais, total ou parcialmente excluídos, deve ser buscada sempre por trás da legislação e das medidas administrativas como forma de afastar os atos da maioria que tendam a discriminá-los" (SAMPAIO, 2003, p. 94).

No entendimento de Jónatas Machado, a generalidade e abstração dos estados contemporâneos estão "na base do constitucionalismo globalmente considerado, do seu projeto de desmantelamento de hierarquias de dominação alegadamente alicerçada na

estrutura ontológica das coisas" (MACHADO, 1996, p. 125), conduzindo, por exemplo, a extinção de títulos nobiliárquicos, os quais eram numa sociedade hierárquica como a Europa feudal, segundo Michael Walzer,

> (...) o nome de um posto agregado ao nome da pessoa. Tratar a pessoa pelo título é colocá-la na ordem social e, dependendo do lugar, respeitá-la ou desrespeitá-la. Os títulos costumam proliferar nos escalões mais altos, onde delimitam distinções sutis e insinuam a intensidade e a importância da luta pelo reconhecimento. Os postos mais baixos recebem títulos grosseiros, e as pessoas dos escalões mais baixos não têm título nenhum, mas são tratadas pelo primeiro nome ou por algum nome geral e pejorativo ("escravo", "garoto", "garota" etc.). Existe uma forma apropriada de tratamento para todas as pessoas, uma forma que define simultaneamente o grau de reconhecimento ao qual ela tem direito e lhe concede tal grau. O uso do título quase sempre deve ser acompanhado de gestos convencionais como ajoelhar-se, inclinar a cabeça, tirar o chapéu: representam a mímica do título, por assim dizer, e servem à mesma finalidade dupla (WALZER, 2003, p. 341).

Já a exclusão dos títulos faz parte hoje, por exemplo, de um

> (...) movimento geral de inclusão a que se assiste na doutrina constitucional contemporânea e que se estende a todos os grupos de pessoas que têm vindo a ser de alguma forma excluídos ou secundarizados como cidadãos de segunda classe. Assim sucede, paradigmaticamente, com as correntes feministas e afro-americanas, bem como com aquelas que se preocupam, de um modo geral, com a tutela dos direitos das minorias. De um modo ou de outro todas são sensíveis à influência da comunidade na constituição da identidade do sujeito e ao efeito de destruição que uma lesão estigmática [...] pode trazer a esse processo constitutivo. Ponto assente parece ser o de que a medida da inclusividade de uma comunidade constitucional é dada pela defesa dos direitos de igual liberdade (MACHADO, 1996, p. 125).

2. DO HODIERNO MOVIMENTO INCLUSIVO: CARACTERÍSTICAS E PRINCIPAIS CORRENTES GARANTIDORAS DA CONTINUIDADE DA ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL

O referido movimento inclusivo atual, garantidor da continuidade da ordem constitucional, não surgiu instantaneamente, ao contrário: é resultante de correntes político-filosóficas com resguardo na Constituição e, no caso do Brasil, tendo-se como caso emblemático a miscelânea, inclusiva e garantista, contida na Constituição Brasileira de 1988, fruto da ruptura com um estado ditatorial, uma vez que buscou o constituinte de 1987/1988 consignar em seu bojo o máximo possível de direitos que anteriormente inexistiam, ou foram suprimidos, nesse sentido, para Eduardo Ribeiro Moreira,

> (...) em comparação estrutural, as Constituições das décadas de 40/50/60 não tiveram o mesmo catálogo de direitos fundamentais trazidos nas Constituições que se seguiram, como a portuguesa (1976), a espanhola (1978) e a brasileira (1988). Essas três Constituições têm como traço comum uma afirmação da democracia após longo período de ditadura. Esses documentos constitucionais são a saída da crise, ainda que com temores de retrocesso, como a tentativa de tomada do poder na Espanha em 1981, três anos após a promulgação da sua Constituição, e os momentos de aflição vividos após o falecimento do ex-presidente Tancredo Neves, antes de tomar posse, e *impeachment* do primeiro Presidente da República do Brasil eleito após a redemocratização.

Junte-se a esses fatores uma incerteza – a da opção político-ideológica mundial. Em pleno período de Guerra Fria, as realidades eram dicotomizadas, com forte combate ao pensamento inimigo.

Sob essas influências foi elaborada e promulgada a Constituição brasileira de 1988, desejando ser democrática, socialista, capitalista, intervencionista, dirigente e abrangente dos problemas da nação.

Por esses motivos, entre outros, é que, apesar de documento maior, a Constituição não é isenta nem mesmo politicamente; muito pelo contrário, faz opções pela democracia, pelo capitalismo, pelo intervencionismo atenuado na economia, pela preocupação social e pelos objetivos e metas que impõe a uma sociedade em transformação (MOREIRA, 2008, p. 25).

Dentre as principais correntes político-filosófico-jurídico-econômicas sustentadoras do evoluir constitucional, fundamentadoras de um constitucionalismo inclusivo e garantista da continuidade da ordem jurídica constitucional, cada qual visando à inclusão dentro de seus postulados, rompendo uma hierarquização dominadora e exclusiva, a seu modo e dentro de suas premissas, tem-se:

I) o liberalismo, que procura tratar de questões estritamente governamentais, como a limitação do poder, entendendo que o estado se reduz a um mínimo para a manutenção da ordem, dirigida e determinada pela classe dominante. Resulta daí, na lição de Plauto Faraco de Azevedo (2000, p. 79), "que as liberdades, formuladas na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1979, resultaram precárias", para aqueles que se achassem de alguma maneira excluídos das grandes estruturas de poder e dominação, as quais se davam notadamente por meio da propriedade. Todavia, mesmo ocupando-se de questões governamentais e caracterizando-se por ser absenteísta em relação a questões de cunho social, essas mesmas características incentivaram a discussão e a tolerância posicionada pelo Estado perante a vida da sociedade. Entretanto, no entendimento de Plauto Faraco de Azevedo,

> (...) os excessos advindos [do braço econômico do liberalismo, o capitalismo], terminaram por desnaturar a ideia de liberdade e por dar a deixa para a famosa pergunta de Proudhon: *Où est la liberte du non propriétaire*? (Onde está a liberdade do não proprietário). Os excessos individualistas do capitalismo, que conduziram à absolutização do direito de propriedade, levaram as massas proletárias a um grau de miséria incompatível com a dignidade humana.

A situação era de tal ordem que os próprios Estados europeus, através de seus governos, percebendo seu caráter insustentável até mesmo para a sobrevivência física dos trabalhadores, passaram a elaborar normas jurídicas [protetivas do trabalho dos menores de idade e das mulheres das exaustivas jornadas de trabalho] (AZEVEDO, 2000, p. 81).

Porém a iniciativa de se legislar em favor das massas proletárias era arrefecida pelo temor dos empresários de diminuírem seus lucros e ficarem para trás na livre concorrência de mercado, uma vez que o concorrente poderia não respeitar a legislação protetiva e, portanto, gastar menos na produção dos bens de consumo e, por conseguinte, obter mais lucro do que aquele que a respeitava. Assim, ninguém passou a seguir a legislação protetiva do proletariado, restando a este bater às portas do órgão aplicador da Justiça Constitucional, que, devido à posição que tomou de deveras dar oitiva real ao pleito do proletariado, ficou no centro do cenário político, pois em muitos casos deixou de apenas declarar o direito e passou a assumir uma feição ativista, de governo propriamente dito.

Especificamente à experiência judicial norte-americana, Eduardo Ribeiro Moreira entende que:

> As correntes liberais e republicanas também divergem sobre a importância e a correção das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos. Hoje com uma composição mais conservadora em que, entre outros aspectos, a Suprema Corte não constrói o direito (política de autocontenção) e se nega a adentrar nos aspectos políticos do Estado.
> Já em [outras épocas] a Suprema Corte desempenhou relevante papel, inclusive na promoção de políticas sociais, e foi protagonista das principais questões sociais, desde o combate às práticas e políticas racistas até culminar na autorização do aborto – desde que cumpridos certos requisitos (Roe *vs.* Wade) –, período caracterizado pelo ativismo judicial. [havendo nos Estados Unidos uma mistura das] questões constitucionais judiciais [com questões políticas], a ponto de a Suprema Corte poder se negar a decidir um caso se a decisão implicar conseqüências, na esfera política, inadequadas ao momento vivido; poder discricionário impensável no modelo brasileiro (MOREIRA, 2008, p. 25).[1]

[1] O autor se refere a um poder discricionário, o qual tem como *impensável* no modelo brasileiro. Discorda-se, com toda *vênia,* uma vez que a definição do STF do que seja preceito fundamental, bem como do que seja relevante para ensejar a admissão do Recurso Extraordinário confere ao STF

Além do absenteísmo do Estado, referente à vida dos cidadãos, o liberalismo baseia-se no consentimento de todos, com o escopo de proporcionar condições para um livre desenvolvimento e uma livre afirmação social-política-econômica, e encontra-se fortemente arraigado na tradição constitucional ocidental, notadamente no campo econômico e social.

Outra característica é a recorrência aos contratos, daí a base consensual, hipotéticos, ou "posições originais de ignorância para justificar a construção de princípios teorético-políticos de justiça e de igual liberdade como estratégia argumentativa frequente" (MACHADO, 1996, p. 129).

Segundo Jónatas Machado (1996, p. 130), "o pensamento liberal apoia-se nas dicotomias entre razão e afecto, escolha e coação, neutralidade valorativa e preferência por valores, defendendo a primazia dos primeiros termos em relação aos segundos".

II) o comunitarismo: diversamente do pensamento liberal, o comunitarismo valora dados contextuais de natureza afetiva, histórica e cultural. Nos ensinamentos de Jónatas Machado, "como elementos sócio-constitutivos da personalidade, ao mesmo tempo que sublinha a dependência da identidade individual relativamente aos discursos que estruturam e suportam as diferentes comunidades e subcomunidades (1996, p. 133-134).

No pensamento comunitarista, a alternativa para a solução dos problemas advindos do liberalismo, tal como a atomização do indivíduo, possui, nos ensinamentos de Jónatas Machado,

> (...) única alternativa [...] o reforço dos laços afetivos e morais entre os indivíduos [...] como <<solidariedade>>, <<consenso>>, <<lealdade ao grupo>>, <<objetivos comuns>>, etc., densificados, de um modo geral, a partir de uma enumeração por vezes vaga, idealizada e nostálgica das tradições e virtualidades pró-sociais das diversas colectividades e comunidades morais, como sejam, designadamente, as vizinhanças, os municípios, as associações e as confissões religiosas.
> Através dessas expressões pretende-se constituir um discurso de ressonância metafísica e transpessoal, que dê acesso à dimensão comunal da existência humana que o liberalismo não terá sabido captar. A política de interesses é substituída por uma política de amor.
> Em sede jurídico-constitucional, o comunitarismo aponta para o reforço dos direitos das formações sociais, com uma nítida desvalorização do elemento individual. Assim, afirma-se que os cidadãos não podem ser tratados pelos poderes públicos de uma forma que os isole das comunidades a que pertencem. Por sua vez, estas devem ser respeitadas na sua natureza e especificidades. (MACHADO, 1996, p.133-134).

discricionariedade quanto à matéria que irá apreciar e julgar, *v.g.*, o que considera relevante, hoje, a ensejar a admissibilidade de um Recurso Extraordinário, amanhã pode deixar de considerá-lo.

Procura, outrossim, garantir a integridade do sujeito por meio de sua inserção em comunidade, o que diminui as probabilidades de exclusão social, por meio de dispositivos constitucionais de fundo mais moral do que jurídico, ou seja, dispositivos tão vagos e carregados de sentimentalismo que perdem em juridicidade e ganham em valoração moral. A prescrição à comunidade de auxílio mútuo para a redução das desigualdades, desde as individuais até as supranacionais, e a inclusão dos socialmente mais frágeis, são manifestações de justiça distributiva constitucionalizada, própria do ideário pluralista e abrangente por natureza. Todavia tal ideia, segundo a lição de Michel Walzer,

> (...) tem tanta relação com o ser e o fazer quanto com o ter, com a produção quanto com o consumo, com a identidade e o *status* quanto com a terra, o capital ou as posses pessoais. Diferentes arranjos políticos impõem e diferentes ideologias justificam as diversas distribuições de afiliação, poder, homenagens, eminência ritual, graça divina, parentesco e amor, cultura, riquezas, segurança física, trabalho e lazer, gratificações e punições, e uma infinidade de bens concebidos de maneira mais restrita e material, como alimentos, abrigo, roupas, transportes, assistência médica, todos os tipos de mercadorias e todas as outras coisas (quadros, livros raros, selos postais) que os seres humanos colecionam.
>
> Não existe, contudo, apenas um ponto de acesso a esse mundo de ideologias e dos sistemas de distribuição. Jamais houve um meio de troca universal. Desde o declínio da economia de escambo, o dinheiro tem sido o meio mais comum. Mas a velha máxima, segundo a qual existem coisas que o dinheiro não compra, não é só uma verdade normativa, mas verdade de fato (WALZER, 2003, p. 1-2).

No tocante aos processos decisórios, é posta em discussão a bondade da decisão, podendo surgir a dificuldade de ter que decidir entre proteger o indivíduo ou o grupo, pois aquele não é considerado dissociado deste.

III) a corrente neo-republicana: é uma variante do pensamento comunitarista, vislumbra na comunidade um projeto comum, pois vê o homem como "um animal político, estruturalmente comunitário" (MACHADO, 1996, p. 135), respalda valores como a educação, das virtudes cívicas e da autodeterminação democrática, preocupa-se com a consecução do bem comum, com os diversos interesses individuais no seio da sociedade política em sua totalidade, clama pelas liberdades positivas

> (...) realçando o caráter participativo e comunitário da realização individual e o papel desempenhado pelos mecanismos de coesão da comunidade política.
>
> Para o republicanismo cívico, a ideia máxima de virtude consiste numa identidade individual integralmente formada pelos compromissos assumidos para com a comunidade (MACHADO, 1996, p. 135-136).

Assim, as referidas correntes constituíram e constituem, em suas respectivas épocas, um plano econômico-governamental, sendo uma a superação da outra, notadamente nos países de modernidade avançada, os quais viveram e vivem, em plenitude e até a exaustão, cada estágio do referido plano político-governamental, embasado por uma corrente de pensamento político-econômico, para aí, sim, partirem para o estágio seguinte, superador do anterior. Já em países de modernidade tardia como o Brasil, uma época, um movimento, um estágio de desenvolvimento, não é totalmente superado, passa-se, inevitavelmente, ao posterior, por exemplo, devido a fenômenos como a globalização e têm por resultado uma maciça exclusão e diferenciação gritante em todos os setores da sociedade estatal.

3. A PROJEÇÃO DO PLURALISMO E DO NEO-REPUBLICANISMO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988, INCLUSIVA POR NATUREZA

Deduz-se do inc. V, art. 1º da CF/1988 que o Brasil é um país de vertente notadamente pluralista e neo-replublicana não só porque implicitamente adota tais correntes de pensamento político, principalmente a pluralista, mas principalmente porque possui de fato diferenças, extremos em todas as suas facetas, principalmente na econômica. Diante disso, promover o bem de todos sem qualquer distinção, objetivo da República, deve ser visto como uma meta de inclusão daqueles historicamente excluídos e marginalizados da e pela sociedade, mas que contribuíram e contribuem para o desenvolvimento do País. Constituem-se como maior exemplo os afros-descendentes dentre outros, *v.g.*, os índios, as pessoas portadoras de deficiência física, os idosos, os doentes crônicos, os transplantados, os homossexuais, as famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo, os transexuais, os quais passam e passavam como se "invisíveis" fossem aos olhos de uma maioria excludente.

Notadamente pelo fato de a Constituição brasileira de 1988 ser fruto de uma ruptura com um Estado ditatorial, possui como características: **I)** a adoção de matizes políticos do pluralismo, bem como do neo-republicanismo, este último elemento mesmo que de maneira implícita; **II)** a perene busca do Estado brasileiro de incluir aqueles socialmente mais frágeis, os quais uma maioria procura não enxergar. Tentando realizar os programas, as metas contidas na Constituição, o Estado Brasileiro busca extirpar privilégios conferidos historicamente a uma minoria privilegiada, *v.g.*, dos detentores de cargos públicos, dos latifundiários, podendo citar como exemplo: as parcerias público-privadas, as organizações sociais, as quais, não obstante possuírem por fim primeiro a otimização da atuação da Administração Pública na prestação de

serviços que lhe cabem, ao mesmo tempo contribuem para superar, para debelar, mesmo que paulatinamente, o *status* dos ocupantes de cargos públicos. Michael Walzer entende ser esse um

> (...) ótimo motivo para deter a expansão e negar a universalidade do funcionalismo público, mas também é motivo para impor limites à supremacia do *status* oficial (e profissional) e à sua ampla conversibilidade. Queremos pessoas qualificadas nos cargos de burocratas, médicos, engenheiros, professores etc., mas não queremos que essas pessoas nos governem. Queremos descobrir meios de pagar a elas sem ter de tolerar sua insolência (WALZER, 2003, p. 213).

No mesmo sentido, busca a Constituição Brasileira de 1988 estabelecer uma discriminação positiva, caracterizada pelo tratamento preferencial incidente sobre uma minoria desigualada/destacada/marginalizada do, e pelo restante da sociedade, por uma minoria dominante. Exemplo de um grupo socialmente frágil e destacado da e pela sociedade e que contribuiu para o desenvolvimento do Brasil com sua mão de obra foram os escravos, os quais eram equiparados à *res,* coisa, ao ponto de poder estar em juízo apenas se representado ou assistido pelo seu senhor, equivalendo a, no mínimo, considerá-los semi-capazes. Nesse sentido, considerando o direito material, o escravo era considerado objeto da relação jurídica, pois sobre ele se exercia um direito de propriedade. Todavia, na área penal, admitia-se a dupla condição de sujeito e objeto da relação jurídica, uma vez que era penalmente imputável.

Para Arno Wehling e Maria José Wehling,

> Em juízo, o escravo, se estivesse na condição de objeto de uma relação jurídica, poderia, por exemplo, ver-se envolvido num conflito que dizia respeito a sua propriedade. Ou poderia ser rejeitado pelo comprador, se este comprovasse sua doença, cabendo aí ação redibitória proposta até trinta dias após sua compra, segundo as Ordenações [Filipinas, L. IV, t. 17]. Nestes casos, sua atuação era inteiramente passiva.
> Era, a rigor, a única possibilidade de o escravo estar presente num tribunal [...] visto que admitir o contrário seria considerá-lo uma pessoa de direitos iguais aos dos homens livres [salvo nos casos em que o próprio direito admitia exceções por exemplo quando aceitava o testemunho do escravo] (WEHLING; WEHLING, 2004, p. 482).

Na lição do Min. do STF, Joaquim B. Barbosa Gomes,

> A chamada discriminação positiva ou ação afirmativa consiste em dar tratamento preferencial a um grupo historicamente discriminado, de modo a inseri-lo [...], impedindo [...] que o princípio da igualdade formal, expresso em leis neutras que não levam em consideração os fatores de natureza cultural e histórica, funcione na prática como mecanismo perpetuador da desigualdade. Em suma, cuida-se de dar tratamento preferencial, favorável,

> àqueles que historicamente foram marginalizados, de sorte a colocá-los em um nível de competição similar ao daqueles que historicamente se beneficiaram da sua exclusão (GOMES, 2001, p. 22).

Hoje são exemplos de discriminações positivas a reserva de vagas às pessoas portadoras de deficiência física no serviço público, a reserva de vagas aos afrodescendentes nos vestibulares de Instituições de Ensino Superior administradas pelo poder público, os incentivos concedidos pelo Poder Público às empresas privadas para a contratação de pessoas portadoras de deficiência física, caso no qual tanto Legislador quanto Judiciário foram "convocados" para definirem as proporções justas, reservando certo número de cargos exclusivamente para elas, conforme se verá abaixo. A esse respeito, Walzer entende que

> Seja qual for a distribuição de cargos prevalecente dentro do grupo mais próspero ou poderoso, terá de ser reiterada dentro de todos os outros grupos. Quanto mais perfeita a reiteração, mais perfeita a distribuição, mais certeza poderemos ter de que determinados candidatos não estão sofrendo devido a sua afiliação (WALZER, 2003, p. 140).

Corroborando, alargando o pensamento acima exposto e arrematando aqui o desenvolvido nesse tópico, tem-se que a consignação do pluralismo como fundamento da República e o estabelecimento de metas a serem cumpridas no atual Texto Maior é decorrência das violências perpetradas à sociedade pelo Estado Ditatorial, vigente no Brasil por quase vinte anos. Desta forma vê-se que a sociedade brasileira, ao menos no campo do dever-ser Constitucional, não é neutra e visa a sê-lo pouquissimamente.

Vê-se, outrossim, que, no campo da realidade fática, ela faz tudo para implementar a prescrição constitucional. A sociedade brasileira não é, ou ao menos não pretende ser, neutra ou excludente, ao contrário, visa a evitar lesões ou ameaças a direitos em toda amplitude que essa expressão pode alcançar – o que já é um ganho -, pois proporciona, como já visto, a chegada dessas minorias ao órgão aplicador da Justiça Constitucional, como o segmento do Poder Estatal indicado para o resguardo de lesão ou ameaça ao direito fundamental da inafastabilidade do Poder Judiciário (inserido no inc. XXXV, art. 5º da Constituição Federal de 1988) direito esse que nem o Poder Constituinte Originário pode suprimir, por ser um óbice sociológico ao mesmo.

Dessa maneira, vê-se que resta consagrado, no Texto Maior de 1988, uma gama enorme de direitos, mesmo porque o Brasil, talvez devido à sua imensa extensão territorial e/ou à ausência de integração inter-regional, não é intersubjetivamente integrado, possuindo as mais

diversas realidades até mesmo no interior de uma localidade, o que se dirá em localidades diversas e, principalmente, nas longínquas. Portanto, a atual Constituição Brasileira possui um pluralismo de "elementos possibilitadores da consideração dos indivíduos como livres e iguais" (MACHADO, 1996, p. 140), que, além de estabelecer "uma ordem de justiça e reciprocidade, eles revestem a natureza de *metaprincípios"* (MACHADO, 1996, p. 140), os quais são, de uma maneira ou de outra, desenvolvidos em sociedade, por estarem presentes nela com uma natureza transcendente.

Por derradeiro, e como conclusão parcial desse capítulo, entende-se que cumprir o fundamento pluralista da República estabelecido na Constituição desde a sua promulgação, há mais de vinte anos, é contribuir para reduzir as desigualdades sociais, além de outorgar maior efetividade ao princípio da isonomia em todas as suas vertentes.

4. MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS

Não se afigura muito fácil a conceituação de minorias e grupos vulneráveis.

Serão expressões sinônimas indicando uma mesma comunidade? Em caso contrário, em que reside a diferença?

Na lição de Elida Séguin,

> Pensa-se em minorias como um contingente numericamente inferior, como grupos de indivíduos, destacados por uma característica que os distingue dos outros habitantes do país, estando em quantidade menor em relação à população deste (SÉGUIN, 2002, p. 9).

Novamente na visão da autora *supra* citada,

> Conceituar minorias [e grupos vulneráveis] é complexo, vez que sua realidade não pode ficar restrita apenas a critérios étnicos, religiosos, linguísticos ou culturais. Temos que sopesar sua realidade jurídica ante as conquistas modernas (SÉGUIN, 2002, p. 9).

Sob o ponto de vista de José Mª. Contreras Mazarío, mais restritivo em relação ao de Elida Séguin e específico a minorias, em livre tradução, uma minoria

> (...) étnica, religiosa ou lingüística é um grupo de pessoas que residem com caráter permanente no território de um Estado, numericamente inferior e não dominante em relação com o resto da população, cujas características étnicas, culturais, religiosas ou lingüísticas, diferentes das da maioria ou as do resto da população, se pretendem manter, conservar e promocionar para

> o futuro, seja implicitamente, de maneira coletiva e solidária (MAZARÍO, 1997, p. 207).[2]

No que se refere especificamente aos grupos vulneráveis, bem como a distinção destes com as minorias, e ainda segundo Elida Séguin,

> Existe certa confusão entre minorias e grupos vulneráveis. As primeiras seriam caracterizadas por ocupar uma posição de não-discriminação no país onde vivem. Os grupos vulneráveis podem constituir num grande contingente numericamente falando, como as mulheres, crianças e idosos. [portadores de deficiência física etc.] são grupos vulneráveis de poder.
> Outro aspecto interessante de grupos vulneráveis é que com certa freqüência eles não têm sequer a noção que estão sendo vitimados de discriminação ou que seus direitos estão sendo desrespeitados: eles não sabem sequer que têm direitos.
> Na prática tanto os grupos vulneráveis quanto as minorias sofrem discriminação e são vítimas da intolerância (SÉGUIN, 2002, p. 12).

Para Mazarío, minorias e grupos vulneráveis, em livre tradução,

> (...) são aqueles que sofrem uma discriminação e se caracterizam por ser uma seção não dominante da população dos Estados. Desde esta caracterização teórica, as minorias e os grupos vulneráveis *formariam uma única e mesma categoria*. No entanto, a nosso entender, *uma minoria é sempre um grupo vulnerável, entendendo por tal um grupo não dominante subordinado à sociedade*, mais não sucede o mesmo ao contrário, isto é, nem todo grupo vulnerável é uma minoria, já que não podem ter características étnicas, religiosas ou lingüísticas, que seus membros não se sintam unidos a ditos elementos distintivos como configuradores de sua própria identidade ou, enfim, que não tenham nenhum elemento de permanência ou de lealdade do Estado em que vivem. Ele leva a excluir do âmbito da minoria grupos tais como os refugiados, os asilados, [e os] estrangeiros (MAZARÍO, 1997, p. 198).[3]

Em conceituação bem mais restritiva do que a feita pelos últimos dois autores, Norbert Rouland leciona que

---

[2] una minoría étnica, religiosa o lingüística es um grupo de personas que residen con carácter permanente en el territorio de um Estado, numericamente inferior y no dominante em relación com el resto de la población, cuyas características étnicas, culturales, religiosas o lingüisticas, diferentes a las de la mayoría o a las del resto de la población, se pretendem mantener, conservar y promocionar para el futuro, aunque sea implicitamente, de manera colectiva y solidaria

[3] son aquéllos que sufren una discriminación y se caracterizan por ser una sección no dominante de la población de dos Estados. Desde esta caracterización teórica, las mimorías y os grupos vulnerables formarían uma única y misma categoría. Sin embargo, a nuentro entender, una minoría es siempre um grupo vulnerable, entendiendo por tal um grupo no dominante o subordinado de la sociedade, pero no sucede lo mismo al contrario, esto es, no todo grupo vulnerable es uma minoría, ya que pueden no tener características éticas, religiosas o lingüísticas, que sus miembros no se sientan unidos a dictos elementos distintivos como configuradores de su propria identidad o, en fin, que tengan ningún elemento de permanencia o de lealtad al Estado em que vivem. Ello lleva a excluir del ámbito de proteción de la minoría a grupos tales como los refugiados, los asilados [e los extanjeros].

> (...) o termo minorias é consubstancial à ideia de Estado e refere-se apenas a grupos nacionais que, no seio de uma população dominante, possuem e procuram preservar características étnicas, religiosas ou lingüísticas próprias [...]. Em medida histórica, a emergência do Estado Moderno é relativamente recente, e o reconhecimento das minorias e de seus direitos muito mais ainda, se é que já tenha tido lugar (ROULAND, 2004, p. 37).

Tem-se, assim, no campo terminológico, que minorias e grupos vulneráveis não são expressões sinônimas, possuindo grande imbricação conceitual.

Para Elida Séguin,

> A intimidade entre esses conceitos demonstra uma interdependência, pois a forma como se aborda a questão das minorias e dos grupos vulneráveis pode provocar sérios aranhões à democracia de um país. A superação de impasses das diferenças permite, em nível interno, o resgate de uma cidadania escondida dentro do armário [...]. A intolerância gera violência que por sua vez gera intolerância, fechando um círculo vicioso (SÉGUIN, 2002, p. 3).

5. POPULAÇÕES OU POVOS INDÍGENAS E O TRATAMENTO CONFERIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Num primeiro momento, a problemática da figura das populações ou povos indígenas está ligada à problemática que esses povos sofreram em seus processos de colonização e de dominação, os quais levaram à dizimação e à escravidão dos mesmos, bem como à posse das terras que ocupavam, confinando-os a porções ínfimas, se comparadas com a originalmente ocupada.

Historicamente, primeiro *in loco*, nas ilhas, e depois em terra firme. Jacques Paumerède nos ensina que

> (...) os índios foram escravizados de um modo que nada diferia do tráfico de escravos. Mas a proibição formal do tráfico permitiu que os juristas afirmassem que o colonizador respeitou a liberdade natural dos índios.
> A escravidão dos índios foi produto espontâneo das necessidades de mão-de-obra da própria empreitada colonial. O estoque de ouro acumulado pela troca estava se acabando rapidamente, daí a necessidade de organizar a garimpagem nas minas e de começar a cultura das primeiras plantações.
> Os espanhóis não tinham vindo de tão longe para trabalhar, e o clima tampouco os estimulava (PAUMERÈDE, 2004, p. 113).

Na lição de Martínez Cobo *apud* Mazarío, tem-se por populações ou povos indígenas, em livre tradução, aquelas

> (...) comunidades, povos e nações (...) que, tendo uma continuidade histórica com as sociedades anteriores à invasão e precoloniais que se desenvolveram em seus territórios, se consideram distintos de outros setores das sociedades que agora prevalecem nesses territórios ou em partes deles.
> Constituem agora setores não dominantes da sociedade e têm a determinação de preservar, desenvolver e transmitir às futuras gerações seus territórios ancestrais e sua identidade étnica como base de sua existência continuada como povo, de acordo com seus próprios padrões culturais, suas instituições sociais e seus sistemas legais (MAZARÍO, 1997, p. 197)[4]

Exemplo do citado acima é a sociedade americana. Na lição de Peter Demant,

> (...) a maioria é multirracial, conseqüência da integração entre as civilizações indígenas destruídas com os imigrantes europeus e a importação maciça de escravos africanos. Assim a abolição da escravatura e a "concessão" de cidadania aos negros e índios criou também ali sociedades heterogêneas, tanto polarizadas racialmente como na América do Norte quanto mestiças como na América Latina, mas sempre de complicada convivência. (DEMANT, 2003, p. 348).

Acerca, especificamente, da condição do índio na América do Norte, após o intenso processo de colonização da mesma, Arnaldo Godoy nos traz uma lição inteiramente aplicável ao indígena, no Brasil. Notadamente no que se refere ao tratamento dado ao mesmo, na visão do autor, "O revisionismo que marca nossos dias, prenhe de ações afirmativas, de 'acertos de conta' com a História, caracteriza o novo tratamento dado ao índio norte-americano que atualmente tem apanágios de minoria" (GODOY, 2004, p. 186).

Assim, vê-se que também na América do Norte, após um intenso processo de colonização, o qual dizimou grande parte da população aborígine, esta passou a possuir ações afirmativas e a ser tratada como socialmente frágil, como minoria, ou grupo vulnerável, em relação ao restante da população.

No Brasil, a Constituição da República de 1988, no Capítulo VIII, do título VIII, artigos 231 e 232 e seus respectivos parágrafos, ao tratar dos índios brasileiros, bem como de suas terras: **I)** colocou a União como competente para legislar sobre as populações indígenas; **II)**

[4] comunidades, pueblos y naciones (...) que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrolan en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecem em esos territorios o em partes de ellos.
Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedade y tienen la determinación de preservar, desarrolar y transmitir a futuras geraciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo com sus proprios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales.

prescreveu a necessidade de autorização congressual para mineração em terras indígenas; **III)** previu a respeito da preservação da cultura indígena.

Os direitos à saúde e à propriedade, bem como o princípio constitucional da igualdade são extensivos às comunidades indígenas, tal qual se estendem a todos aqueles que se encontram no território brasileiro, mesmo que transitoriamente.

6. SEXO, HOMOSSEXUALIDADE, FAMÍLIA, UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A palavra sexo é multissignificativa. Pode designar caracteres físicos permanentes de seres vivos, que permitem diferenciá-los em cada espécie, machos e fêmeas, o conjunto desses seres humanos, os órgãos sexuais pênis e vagina, bem como o ato de fazer sexo, praticar relações sexuais.

Define a palavra sexo não apenas o sexo biológico dos seres vivos, mas também se refere a uma série de caracteres como os psicológicos e físicos, podendo, outrossim, designar o sexo genético, o gonádico, o somático, o legal ou civil, o de criação e o psicossocial.

No tocante à homossexualidade, esta é uma prática tão antiga quanto a heterossexualidade, remonta aos primórdios da civilização. O vocábulo, na concepção de Fabiana Marion Spengler,

> (...) foi criado pelo médico húngaro Benkert em 1969. É palavra formada pela raiz grega *homo* que significa semelhante, igual e pela palavra de origem latina *sexus*, passando a significar sexualidade semelhante. Nesse sentido, exprime [...] a ideia de homólogo [...], como também significa a sexualidade exercida com uma pessoa do mesmo sexo (SPENGLER, 2003, p. 43).

Também são denominações para a homossexualidade masculina: *uranismo*, *pederastia* e *sodomia*. *Uranismo* é a prática sexual entre homens, por falta de mulher; *pederastia*, a prática de relação sexual entre homem com uma criança ou menino e *sodomia*, a prática sexual entre homens, ambos adultos.

Referente à homossexualidade feminina, pode ser denominada de *safismo*, *lesbianismo* ou *tribalismo*. A palavra lesbianismo deriva de Lesbos, ilha grega onde antigamente vivia uma tribo formada somente por mulheres que era chefiada pela poetisa Safo.

Devido à influência da Igreja Católica, a homossexualidade já foi considerada doença até pela área médica, tanto que foi designada, oficialmente, por homossexualismo, indicando o sufixo "*ismo"* doença. Nesse sentido, para Fabiana Marion Spengler,

> (...) a atração sexual por pessoas do mesmo sexo tanto era considerada uma doença que foi assim tratada pelo CID – Código Internacional de Doenças. Mas em 1993, passou a integrar o capítulo "Dos Sintomas Decorrentes das Circunstâncias Psicossociais". No entanto, por ocasião da 10ª revisão do CID – 10, no ano de 1995, esse capítulo passou a ser denominado de "Transtornos da Preferência Sexual" (F56). Encarada a partir de então como homossexualidade, deixa de ser doença, pois o sufixo "ismo", que significa doença, é substituído pelo sufixo "dade" que é modo de ser (SPENGLER, 2003, p. 44).

Extinto o caráter de doença pela área científica, ainda há pessoas que a veem como se doença fosse, externando grande preconceito, não contribuindo em nada para a diminuição do mesmo.

Grande parte das pessoas, na atualidade, ignora que, em época muito remota, conviviam junto e sem preconceito algum por parte da sociedade os relacionamentos hetero e homo sexuais, como na Grécia clássica, onde o exercício da sexualidade, em sua forma hetero ou homossexual, era livre, sendo inclusive prática habitual entre os filósofos, como Platão, e guerreiros, os quais partiam para a guerra acompanhados de efebos - meninos criados com a finalidade justamente de acompanhá-los em expedições para servi-lhes sexualmente.

Na antiguidade, a homossexualidade também era praticada pelos egípcios e assírios.

Na lição de Thiago Hauptmann Borelli Thomaz,

> Entre outros povos chegou a ser relacionada [a homossexualidade] à religião e à carreira militar, pois se atribuía tal condição aos deuses Horus e Set, que representavam a homossexualidade e as virtudes militares entre os cartagineses, dórios, citas e, mais tarde, entre os normandos. Todavia foi entre os gregos que o homossexualismo tomou maior feição, pois além de representar aspectos religiosos e militares eles atribuíam à homossexualidade características como a intelectualidade, estética corporal e ética comportamental.
> Com a liberação dos costumes, após a revolução sexual dos anos 60, intensificou-se a constatação de convivência entre pessoas do sexo oposto. Outrossim, as pessoas passaram a assumir, sem medos, sua opção sexual.
> Ressalte-se que, talvez, nem haja opção sexual. Existe, sim, o "rótulo" imposto pelo Estado acerca do *status* individual da pessoa (THOMAZ, 2003, p. 92-93).

Na Idade Média, talvez pelo fato de ter se externado muito em mosteiros e acampamentos militares, a homossexualidade teve a Igreja Católica como sua maior perseguidora por meio da Santa Inquisição.

Em Roma, os homossexuais eram tidos como pessoas privilegiadas e de grande inteligência, não havendo qualquer discriminação relativa às relações homossexuais que mantinham.

A discriminação, a condenação das práticas homossexuais, pode ser atribuída à doutrina Cristã. Talvez esta veja na prática homossexual uma prática única e exclusivamente sem o escopo de se ter prazer e não haver a possibilidade de procriação, na qual o prazer, se há, não é considerado, ficando assim excluída a afetividade que também ali há, tal e qual há nas práticas heterossexuais. A prática da homossexualidade, ainda hoje, é considerada pela Igreja Católica uma aberração, uma transgressão à ordem natural das coisas, uma perversão, o que faz com que se imprima às práticas das relações homossexuais preconceitos e intolerâncias.

Roger Raupp Rios leciona que por meio de quatro concepções é possível fazer-se um quadro a respeito das diversas visões da homossexualidade, quais sejam:

> 1) a homossexualidade como pecado [segundo a qual:] a prática de atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo é qualificada como moralmente reprovável e, no plano religioso, pecaminosa. Ela não se estrutura a partir de padrões de classificação dos indivíduos entre heterossexualidade/homossexualidade, e tende a condenar todas as manifestações sexuais extraconjugais, bem como aquelas práticas sexuais não reprodutivas (inclusive dentro do matrimônio). O fundamento desse juízo condenatório radica, no contexto histórico ocidental, na interpretação prevalente na doutrina cristã, 2) a homossexualidade como doença, nessa concepção, os atos homossexuais são vistos como sintomas de uma doença que acomete o indivíduo, cuja presença identifica-o como "homossexual", em contraposição a uma condição normal, tida como saudável, denominada de "heterossexualidade", 3) a homossexualidade como critério neutro de diferenciação: decorre das mudanças sociais e econômicas que possibilitam a formação de uma consciência coletiva por parte dos homossexuais enquanto específico grupo social, para tanto colaboram inúmeros fatores, simultaneamente gestados pelas transformações sociais advindas da ascensão do capitalismo industrial e do surgimento das grandes cidades, no final do século XIX [dentre os quais:I) a formação de comunidades homossexuais; II) a organização de movimentos sociais lutando pelo reconhecimento de direitos de homossexuais; III) a revisão de conceitos médicos e psicológicos, que até então rotulavam a homossexualidade como doença], 4) a homossexualidade como construção social [significando] postular que a identificação de alguém ou a qualificação de seus atos sob uma ou outra orientação sexual só tem sentido na medida em que, num certo contexto histórico cultural, houver a institucionalização de papéis e de práticas próprias para cada um dos sexos, onde a atração pelo sexo oposto

> ou pelo mesmo sexo seja considerada um elemento relevante, capaz inclusive de impor diferenças de tratamento entre indivíduos (RIOS, 2002, p. 99, 100, 105, 114, 115, 116, 120).

Não obstante tudo isso, o Brasil é um Estado laico, a Igreja Católica deve cuidar de assuntos relacionados à fé e à sua doutrina, cabendo aos Poderes Estatais cuidarem dos assuntos relacionados à inserção e harmônica convivência de todos que nele habitam, por exemplo, afigurando-se como contraditório o ponto de vista atual da Igreja Católica, uma vez que sua doutrina prega a fraternidade.

E que fraternidade há em rechaçar cada vez mais e mais a possibilidade de que pessoas do mesmo sexo possam constituir uma união civil? Crê-se, até o presente momento, que nenhuma!

A Constituição Brasileira de 1988 não só prescreve que o Brasil é um Estado laico como também, no entender de Claudio José Amaral Bahia, "ainda que implicitamente, admite, permite e protege a questão relativa à homossexualidade, na medida em que veta qualquer tipo de distinção entre os cidadãos do País" (BAHIA, 2006, p. 99).

Pode-se ir mais além e afirmar que permite, protege e admite outras formas de expressão da sexualidade humana, *v.g.,* o travestismo, o transexualismo, entendido este, nas lições de Luiz Alberto David Araujo, como

> uma alteração da psique. [alteração essa que], se examinada em cotejo com o padrão de regularidade (identificação do sexo psicológico com o sexo biológico), dificulta a integração social, que deve ser vista sob o prisma do transexual (como sujeito de direitos e obrigações como todos nós) e não sob o prisma da maioria, que, num primeiro momento, segrega, rejeita e impede essa integração. (ARAUJO, 2000, p. XI).

Por outro giro verbal, e segundo Mirian Ventura,

> A transexualidade pode ser definida como uma expressão da sexualidade, cujas principais características são o desejo de viver e ser identificado como pessoa do sexo oposto ao seu sexo biológico, e realizá-la através da transformação de seu corpo para o sexo/gênero vivenciado (VENTURA, 2007, p. 142).

Concluindo, na concepção de Luiz Alberto David Araujo, transexualismo é "a não-identidade entre o sexo psicológico e o sexo biológico de determinado indivíduo" (ARAUJO, 2000, p. 29).

Afigura-se, portanto, como não consentânea com a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a discriminação fundada no critério da orientação sexual ou em qualquer outro no qual não haja uma razão plausível de *discrímen* entre a discriminação levada a cabo, e o fator, o critério discriminador, tudo com o escopo de não se criarem pessoas de primeira e de segunda classe.

6.1. Família e a Constituição Federal de 1988

Família é um microcosmos organizado dentro do Estado, anterior e constitutivo deste. Considerado o Estado o maior macrocosmo que pode haver numa base territorial, constitui-se a família uma instituição social que se molda sob as influências das concepções do Estado, tais como as religiosas, as políticas, as morais e as sociais, de cada época. É a família uma instituição simples, se comparada a outras dentro do Estado e ao próprio Estado.

Na lição de Maria Berenice Dias, citando vários autores,

> Na cultura humana, a noção de felicidade implica a ideia de casal, como se existisse um setor de felicidade ao qual o sujeito sozinho não tem acesso. O ser humano não se resolve em si mesmo e, como é impossível experimentar um sentimento de felicidade solitariamente, está sempre em busca de um estado de harmonia, só capaz de ser encontrado, de maneira mais ou menos estável, a dois. Talvez seja essa a causa de a família ser uma entidade histórica, interligada com os rumos da própria humanidade.
> Se o fim do Estado é "promover o bem de todos", e se todos perseguem a felicidade, só acessível por meio de uma relação a dois, nítido o interesse da Constituição Federal em pontificar: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado". A organização da sociedade dá-se em torno de grupos ou dos indivíduos em si mesmos. *Conforme alerta Denise Duarte Bruno, ao analisar o processo de elaboração da Constituição de 1988, para os congressistas a família é a unidade política básica da organização social, a base sobre a qual se organiza a sociedade, daí ser chamada de célula mater ou célula menor.* Compreendida como um fato natural, inexistiu a preocupação parlamentar de definir sua estrutura, ante a naturalidade da noção de família. Para Nelson Carneiro, a família existiria independentemente de sua legitimidade jurídica e, sendo um conceito natural, todos conseguiriam defini-la. Ainda que mude a história, os homens e os costumes, há a imortalização da ideia de família como lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, sendo o caminho para a realização do projeto de felicidade pessoal.
> Na identificação da família como base da estrutura social e sede da plenitude do bem-estar do ser humano, cabe a definição de Adauto Suannes: *"família é uma expressão que deve abranger pelo menos aquelas duas pessoas que se unem com o propósito de manutenção desse vínculo afetivo, independentemente de serem de sexo diverso, tenham ou não prole". (com destaques no original) (DIAS, 2000, p. 49-50).*

No que se refere ao casamento, uma das maneiras de se constituir uma família, o código civil não o define, mas de suas prescrições se extrai que é o ato a ser consumado entre pessoas de sexos diversos e a todo instante faz referencia a cônjuges, ou a marido e mulher.

A Constituição, outrossim, não define o casamento, mas o § 5º do art. 226 prescreve a igualdade de direitos no exercício da sociedade conjugal entre homem e mulher.

Destarte, inviável falar-se no termo casamento, propriamente dito, entre pessoas do mesmo sexo. Também inviável falar-se em união estável, pois seu pressuposto, tal e qual o casamento, é a diversidade de sexos de seus contraentes.

Entretanto, acredita-se que as pessoas do mesmo sexo querem ao unirem-se afetivo-sexualmente é o reconhecimento da união baseada no afeto, no campo civil, para que, *v.g.,* com a morte de um dos parceiros, o outro não fique desamparado, ou mesmo para que durante a união possam gozar dos mesmos direitos outorgados aos heterossexuais, *v.g.,* o direito de adotar em conjunto, ou de usufruir, na qualidade de dependente, do plano de saúde do(a) consorte, enfim, fruir uma vida civil com o(a) consorte sem qualquer restrição injustamente imposta devido à orientação sexual. Os órgãos jurisdicionais estão cada vez mais compreensíveis no tocante a essas questões, amparando-as, *v.g.,* a Apelação Cível 7001.3801.592/2006, interposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e julgada, por unanimidade, improcedente.

Trata-se de caso em que foi reconhecida a conveniência de crianças serem adotadas por casais homossexuais, prevalecendo, assim, a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que os adotados serão inseridos e que os ligam aos seus cuidadores.

Excertos do julgado acima referido:

> Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças e adolescentes sejam adotados por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art.227 da CF). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e adolescentes.
> A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas da lei, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). Negado o provimento do apelo.

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988, além dos dispositivos enunciados em tema de família, consagrou, no art. 1º, III, entre os seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana, 'impedindo assim que se pudesse admitir a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, mesmo em se tratando de instituições com *status* constitucional, como é o caso da empresa, da propriedade e da família'. Assim sendo, embora tenha ampliado seu prestígio constitucional, a família, como qualquer outra comunidade de pessoas, 'deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes'. É o fenômeno da 'funcionalização' das comunidades intermediárias – em especial da família – com relação aos membros que as compõem.

A proteção jurídica que era dispensada com exclusividade à 'forma' familiar (pense-se no ato formal do casamento) foi substituída, em conseqüência, pela tutela jurídica atualmente atribuída ao 'conteúdo' ou à substância: o que se deseja ressaltar é que a relação estará protegida não em decorrência de possuir esta ou aquela estrutura, mesmo se e quando prevista constitucionalmente, mas em virtude da função que desempenha – isto é, como espaço de troca de afetos, assistência moral e material, auxílio mútuo, companheirismo ou convivência entre pessoas humanas, quer sejam do mesmo sexo, quer sejam de sexos diferentes.

Se família, através da adequada interpretação dos dispositivos constitucionais passa a ser entendida principalmente como 'instrumento', não há como se recusar tutela a outras formas de vínculos afetivos que, embora não previstos expressamente pelo legislador constituinte, se encontram identificados com a mesma *ratio*, com os mesmos fundamentos e com a mesma função. Mais do que isto: a admissibilidade de outras formas de entidades 'familiares' torna-se obrigatória quando se considera seja a proibição de qualquer outra forma de discriminação entre as pessoas, especialmente aquela decorrente de sua orientação sexual – a qual se configura como direito personalíssimo –, seja a razão maior de que o legislador constituinte se mostrou profundamente compromissado com a dignidade da pessoa humana (art. 1º,III, da CF), tutelando-a onde quer que sua personalidade melhor se desenvolva. De fato a Constituição brasileira, assim como a italiana, inspirou-se no princípio solidarista, sobre o qual funda a estrutura da República, significando dizer que a dignidade da pessoa é preexistente e antecedente a qualquer outra forma de organização social.

O argumento de que à entidade familiar denominada 'união estável' o legislador impôs o requisito da diversidade de sexo parece insuficiente para fazer concluir que onde o vínculo semelhante se estabeleça, entre pessoas do mesmo sexo serão capazes, a exemplo do que ocorre entre os heterossexuais, de gerar uma entidade familiar, devendo ser tutelados de modo semelhante, garantindo-se lhes direitos semelhantes e, portanto, também os deveres correspondentes. A prescindir da veste formal, a ser dada pelo legislador ordinário, a jurisprudência – que, em geral, espelha a sensibilidade e as convenções da sociedade civil –, vem respondendo afirmativamente.

A partir do reconhecimento da existência de pessoas definitivamente homossexuais ou heterossexuais inatas, e do fato de que tal orientação ou tendência não configura doença de qualquer espécie – a ser, portanto, curada e destinada a desaparecer –, mas uma manifestação particular do ser

> humano, e considerando, ainda, o valor jurídico do princípio fundamental da dignidade da pessoa, ao qual está definitivamente vinculado todo o ordenamento jurídico, e da conseqüente vedação à discriminação em virtude da orientação sexual, parece que as relações entre pessoas do mesmo sexo devem merecer *status* semelhante às demais comunidades de afeto, podendo gerar vinculo de natureza familiar.
> Para tanto, dá-se como certo o fato de que a concepção sócio-jurídica de família mudou. E mudou seja do ponto de vista dos seus objetivos, não mais exclusivamente de procriação, como outrora, seja do ponto de vista de proteção que lhe é atribuída. Atualmente, como se procurou demonstrar, a tutela jurídica não é mais concedida à instituição em si mesma, como portadora de um interesse superior ou supra-individual, mas à família como um grupo social, como ambiente no qual seus membros possam, individualmente, melhor se desenvolver (CF, art. 226, § 8º).

Hodiernamente, também, com sociedade política, a família não se confunde, ela é a resultante de elos afetivos, nos quais se sobrelevam os sentimentos de respeito, cooperação, lealdade e solidariedade, sendo o direito à sua constituição natural acima de qualquer norma e constitucionalmente garantido, podendo sua origem se fundar no casamento, vínculo formal, ou na união estável devendo ser isonômico o tratamento entre as duas instituições (casamento e uniões estáveis), havendo ou não prole, em suma e em arremate, basta que duas pessoas, de sexos diversos, ou não, se unam com o ânimo de mútua cooperação, ligado pelo afeto.

Desta maneira,

> (...) a prole ou capacidade procriativa [não é essencial] para que o relacionamento de duas pessoas mereça a proteção legal, não se justifica deixar ao desabrigo do conceito de família a convivência entre pessoas do mesmo sexo. O centro de gravidade das relações de família situa-se modernamente na mútua assistência afetiva [...] e é perfeitamente possível encontrar tal núcleo afetivo em duplas homossexuais, erradamente excluídas do texto constitucional (DIAS, 2003, p. 56) (com destaques no original).

Saliente-se que a Constituição Brasileira de 1988 não elenca o que se considera família, muito menos traz uma definição da mesma. Destaque-se ainda que o art. 226, do Texto Supremo de 1988, pugna que a família é a base da sociedade e lhe dá especial proteção, não havendo, assim, qualquer obstáculo Constitucional para que a união entre pessoas do mesmo sexo seja reconhecida pelo legislador infraconstitucional como entidade familiar, uma vez que a família constituída pela união de pessoas do mesmo sexo, também designada de uniões homoafetivas ou uniões homoeróticas, é um fato social e natural, tal e qual o é a família constituída por pessoas de sexos diversos. Não podem a sociedade e o Estado, constituído por

esta, fechar os olhos para o que de fato já existe e que há muito vêm sendo, reiteradamente, reconhecidos direitos às mesmas por meio do Poder Judiciário.

Convém ressaltar que o reconhecimento via Poder Judiciário já é um avanço tal e qual ocorreu com a união estável entre homem e mulher, a qual hoje possui legislação regulamentadora, após grande tempo sem a mesma. Entretanto, entende-se que a sociedade brasileira, em grande parte, já se encontra em alto grau de maturidade e compreensão de que em um núcleo familiar prevalece o afeto, de modo que não seria nenhuma ofensa à mesma uma legislação regulamentando os direitos e deveres decorrentes das uniões entre pessoas do mesmo sexo, tal e qual ocorreu com a regulamentação das uniões estáveis entre pessoas de sexos diversos. Por fim, sejam as uniões entre pessoas do mesmo sexo denominadas, pela legislação que se espera, de pacto civil, pacto de mútua cooperação, união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Crê-se que não podem perdurar as situações de instabilidades, as quais em caso de conflito serão dirimidas pelo Poder Judiciário.

Entende-se, dessa maneira e com esteio na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que não "há uma justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado [diversidade de sexos para a regulamentação de entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo], atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada" (MELLO, 2003, p. 38).

Por outro giro verbal, e mantendo-se fiel à lição do precitado jurista, não há um fator lógico entre *discrímen* e a desigualdade empreendida, *in casu:* a omissão do legislador infraconstitucional em regulamentar as entidades familiares constituídas por pessoas do mesmo sexo, sob o argumento de não haver ali diversidade sexual, não deve prosperar o fator discriminante para a não regulamentação da união entre pessoas do mesmo sexo.

Outro exemplo de sensibilidade do Poder Judiciário às novas realidades sociais é a Apelação Cível 464.730-4/0-SP julgada em 09/11/2006, a qual determinou a inclusão do companheiro como dependente no plano de saúde de seu consorte, com base nos princípios constitucionais da isonomia e da vedação de discriminação por questão decorrente de orientação sexual, deixando consignado que

> É inconteste a união estável existente entre o apelado e seu companheiro (ou pelo menos relação familiar semelhante na medida em que a lei admite aquela união apenas entre homem e mulher), está presente pela escritura

> pública lavrada em cartório, pela conta conjunta, pela procuração recíproca e pelo endereço comum, tudo a revelar que o autor mantém com o seu companheiro relacionamento assemelhado àquele formado entre homem e mulher e que a legislação considera como sendo união estável.
> Sem óbice legal à inclusão.
> A união homossexual é um fato, e como tal deve ser examinado à luz dos mandamentos constitucionais que garantem a igualdade da pessoa humana perante a lei e vedam qualquer tratamento discriminatório decorrente da opção sexual (CF, art. 5º, *caput*, § 3º, I).
> O direito personalíssimo à orientação sexual se materializa com o reconhecimento dos seus consectários, principalmente no plano jurídico, sob pena de negativa àquele direito, protegido pela Lei Maior.
> Em caso análogo, já se posicionou o C. *STJ: "Deve ser reconhecido o direito à pensão por morte do companheiro homossexual, em atenção aos princípios constitucionais do respeito à dignidade da pessoa humana, da isonomia e da proibição de discriminação por motivos sexuais" (6ª T., Resp 395.904-RS, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, publ. 06/02/2006)*

7. PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E SUA INCLUSÃO NO SERVIÇO PÚBLICO

Não tão fácil é a conceituação de pessoas cujas características físicas saem de um padrão social considerado "normal". Algumas conceituações tomam por supedâneo a ausência do referido padrão prevalecente no seio social, "normalidade e não-normalidade", para proceder à conceituação aqui referida de pessoa portadora de deficiência física. Outras tomam por base a pessoa em si, considerada possuidora da característica não predominante em sociedade, "normalidade e não-normalidade".

Consigne-se, aqui, que hodiernamente se utiliza com maior ocorrência a expressão da Constituição Federal de 1988, pessoa portadora de deficiência física. Todavia não se olvida da lição de Oney Queiroz Assis e de Lafayette Pozzoli sobre o termo: "pessoa portadora de necessidades especiais, tendo em vista que a deficiência muitas vezes não implica um grau de inferioridade a ponto de a pessoa merecer tratamento diferenciado" (ASSIS; POZZOLI, 2005, p. 235), além do mais a expressão por último citada tem a força de eufemizar, na sociedade política, a expressão linguística que recai sobre esses Seres Humanos possuidores de limitações tais e quais a qualquer outro. Não obstante tudo isso, comunga-se, por uma questão de maior acuidade técnica atual, com os ensinamos do jurista Luiz Alberto David Araujo, o qual entende ser inadequada a utilização da expressão linguística pessoas portadoras de necessidades especiais, segundo a qual, na visão do precitado jurista, "nesse grupo de [necessitados] especiais, haveria a inclusão de tantos outros grupos vulneráveis que

precisariam de apoio e suporte por políticas públicas. Dessa forma, a expressão [pessoas portadoras de necessidades especiais] não nos parece adequada" (ARAUJO, 2007, p. 14).

Além do mais, o termo corrente na sociedade política - pessoa portadora de deficiência física - é o que foi consagrado pela Constituição Federal, mostrando-se coerente utilizá-lo para que a própria norma Constitucional não caia em *desuetudo*, mitigando-se a força normativa da Constituição.

No âmbito internacional, conforme Sebastião Geraldo de Oliveira,

> (...) a declaração dos Direitos dos Deficientes, adotada pela Assembléia Geral da ONU, por intermédio da Resolução n. 3.447, de 09 de dezembro de 1975 e a convenção n. 159 da OIT adotaram conceito expresso, que servem de paradigma para as legislações dos diversos países: "o termo 'deficiente' designa toda pessoa em estado de incapacidade de prover por si mesma, no todo ou em parte, as necessidades de uma vida pessoal ou social normal, em conseqüência de uma deficiência congênita ou não de suas faculdades físicas ou mentais" (Art. 1º da Declaração dos Direitos dos Deficientes da ONU).
> "Entende-se como Pessoa 'deficiente' todas as pessoas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devida a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada" (Art.1º Da Convenção n. 159) (OLIVEIRA, 2000, p. 149-150).

No ordenamento jurídico alienígena e ainda na lição de Sebastião Geraldo de Oliveira,

> A Lei Portuguesa n. 9/89 também elaborou conceito sobre pessoa deficiente: Considera-se pessoa com deficiência aquela que, por motivo de perda ou anomalia, congênita ou adquirida, de estrutura ou função psicológica, intelectual, fisiológica ou anatômica susceptível de provocar restrições de capacidade, pode estar considerada em situações de desvantagem para o exercício de actividades consideradas normais tendo em conta a idade, o sexo e os factores sócio-culturais dominantes" (OLIVEIRA, 2000, p. 150).

Anteriormente, no Brasil, utilizaram-se as expressões: **I)** excepcional, CF/1967; **II)** deficiente; **III)** inválido, deficitário e portador de defeitos.

Todavia, entende-se que, no estágio atual de proteção desse grupo vulnerável, a palavra portadora deve ser utilizada para a denominação dos mesmos, o que à primeira vista pode parecer questão de pouca importância, mas não o é, uma vez que a imensidão do termo açambarca a imensidão da própria proteção que o Poder Constituinte Originário, do qual resultou a Constituição Federal de 1988, *v.g.,* quis garantir. O art. 37, VIII da CF/1988 reserva à

pessoa portadora de deficiência física vagas em cargos públicos providos por meio de concursos públicos de provas ou de provas e títulos para o grupo vulnerável de que aqui se trata, trazendo o *retro* dispositivo constitucional mencionado, nos ensinamentos de Luiz Alberto David Araujo, uma

> (...) verdadeira ação afirmativa, entendida essa como uma forma de exigir do Estado, [o rompimento da] igualdade formal, para o estabelecimento de uma política de integração das pessoas portadoras de deficiência. Temos, portanto, não um caso de escolha infraconstitucional de um grupo, mas, na verdade, uma determinação do constituinte de 1988 para que houvesse, via preenchimento de cargos e empregos públicos, uma maior integração social desse grupo de pessoas (ARAUJO, 2005, p. 209).

Além do mais, só com a promulgação da Constituição de 1988, a Lei n. 7.853/89, instituíram-se políticas públicas de governo em favor da pessoa portadora de deficiência física. Atribuiu-se um sentido mais substancial ao que era pretendido sobre a matéria, qual seja, na lição de Pedro de Alcântara Kalume,

> O apoio, a assistência e a reserva de mercado de trabalho e, com ela, a imprescindível observância dos processos de habilitação e reabilitação profissional das pessoas portadoras de deficiências, [...] foi possível viabilizar a pretensão constitucional e estabelecer uma diretriz nacional, geral, segura e objetiva sobre o assunto (KALUME, 2005, p. 20-21).

No sentido de se aclarar mais um pouco como se dá a proteção das pessoas portadoras de deficiência física, o Decreto n. 3.298/99, que regulamentou a Lei n. 7.853/89, adotando os conceitos legais necessários à execução da referida lei, considera para esse fim, e só a partir dele, por exemplo,

> a) deficiência: toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;
> b) deficiência permanente: aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos;
> c) incapacidade: uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida;
> d) deficiência física: a alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, que comprometa a função física.

Sob o ponto de vista da Constituição, e relacionado à integração da pessoa portadora de deficiência física ao mercado de trabalho, esta assegura, em seu art. 203, inc. III, a promoção dessa integração. Vale lembrar que um dos principais meios de se garantir existência digna é o trabalho. Cite-se também a exceção contida no § 1º, art. 201 da CF/1988, que prescreve a possibilidade de Lei Complementar adotar requisitos e critérios para a concessão de aposentadoria às pessoas portadoras de deficiência física, beneficiadas do regime geral de previdência social. Cabe, portanto, ao Poder Público assegurar, não só às pessoas consideradas "normais", mas principalmente às pessoas portadoras de deficiência, o pleno exercício de direitos básicos, como educação, saúde, lazer e previdência social, bem como todos os outros inerentes à sua condição de ser humano e que lhe proporcione bem-estar social e econômico.

No entendimento de Sebastião Geraldo de Oliveira,

> Transborda [do Texto Constitucional] o propósito de promover mudanças, empreender uma ação efetiva, para alcançar o fundamento básico da dignidade da pessoa humana. A leitura por outro enfoque pode ser interpretada também como confissão implícita do legislador constituinte das principais mazelas da sociedade brasileira [...] quais sejam: marginalização das minorias, sociedade injusta, e desigualdades acentuadas, bem como diversas formas de discriminação (OLIVEIRA, 2000, p. 146).

E para corroborar o constitucionalmente prescrito nessa matéria de reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência em cargos e empregos públicos, a doutrina é uníssona no sentido de que ao menos uma vaga, dentro do percentual de 5% a 20% estabelecido pela Lei n. 8.112/1990, deve ser destinado ao candidato portador de deficiência física. Nesse sentido, segundo Eliana Franco Neme,

> (...) o não oferecimento de ao menos uma vaga para os portadores de deficiência poderia possibilitar o rompimento com toda a pretensão integrativa prevista pela Constituição de 1988, bastando para isso que fossem realizados vários concursos oferecendo uma vaga (NEME, 2005, p. 147).

No entender de Pedro de Alcântara Kalume,

> (...) o percentual é fixo, de cinco por cento. Na aplicação deste, tomar-se-á por base o total das vagas a serem preenchidas por via de concurso (e não dos cargos). Ainda: arredondar-se-á a fração, se houver, para a unidade superior. Essa disposição faz parte do Decreto Regulamentar à Lei n. 7.853/89. A reserva de mercado para o setor público observa a regra que manda ampliar para o [número] inteiro subseqüente a fração resultante da aplicação do percentual de cinco por cento das vagas (KALUME, 2005, p. 60).

Tem-se, assim, de antemão, que uma das imbricações entre minorias e grupos vulneráveis perpassa pelo viés da tolerância, sem a qual não se há falar em democracia, muito menos em cidadania, já que a intolerância subtrai dessa parcela da população o exercício de tais prerrogativas no seio social, levando-se a se expandir, na sociedade, o processo de formação de guetos, que representa, além de uma exclusão social, a negação da ideia de comunidade, tida como um lugar aconchegante e seguro.

Tem-se, outrossim, que minorias e grupos vulneráveis não são expressões sinônimas, mas pelas circunstâncias de seus integrantes encontrarem-se nas mesmas situações fáticas de discriminação, intolerância e fragilidade, por parte de uma parcela dominante da sociedade, torna-se irrelevante a diferenciação conceitual e relevante, sim, a tutela que se pode oferecer a esses excluídos.

SÍNTESE CONCLUSIVA

O movimento inclusivo atual não surgiu instantaneamente, é resultante de correntes político-filosóficas, com resguardo na Constituição, constituíram e constituem, em suas respectivas épocas, um plano econômico-governamental, sendo uma a superação da outra e, outrossim, uma vertente eficaz e necessária para a continuidade da ordem jurídica constitucional, principalmente em países de modernidade tardia como o Brasil, no qual o movimento inclusivo necessita ser tido como plano de governo permanente para resguardo inarredável da dignidade humana e continuidade da ordem constitucional.

Dentre as principais correntes político-filosófico-econômicas sustentadoras do evoluir constitucional e garantidoras da continuidade da ordem jurídica constitucional, tem-se: I) o liberalismo; II) o neo-republicanismo; III) o comunitarismo.

Minorias são um contingente numericamente inferior, como grupos de indivíduos, destacados por uma característica que os distingue dos outros habitantes do país, estando em menor quantidade em relação à população deste, já os grupos vulneráveis são grupos carentes de poder e que muitas vezes não percebem a discriminação que sofrem em sociedade.

Minorias e grupos vulneráveis não são expressões sinônimas, mas pela circunstância de seus integrantes encontrarem-se nas mesmas situações fáticas de discriminação, intolerância e fragilidade, por parte de uma parcela da sociedade, torna-se irrelevante a diferenciação conceitual e relevante sim, a tutela jurisdicional que se pode oferecer a esses excluídos.

Figura próxima com a de minoria e de grupo vulnerável são as populações ou povos indígenas, encontrando sua problemática, num primeiro momento, ligada aos processos de colonização e de dominação dos colonizadores, os quais dizimaram e escravizaram esses povos, bem como se apossaram das terras que ocupavam, confinando-os a porções ínfimas, se comparadas com a originalmente ocupada.

Uma das imbricações entre minorias e grupos vulneráveis perpassa pelo viés da tolerância, sem a qual não se pode falar em democracia, muito menos em cidadania, já que a intolerância subtrai dessa parcela da população o exercício de tais prerrogativas no seio social, levando-se a se expandir na sociedade o processo de formação de guetos, que representa, além de uma exclusão social, a negação da ideia de comunidade, tida como um lugar aconchegante e seguro.

O Brasil é um país de vertente notadamente pluralista e, outrossim, neo-replublicana não só porque implicitamente adota tais correntes de pensamento político, principalmente a pluralista, mas principalmente porque possui de fato diferenças, extremos em todas as suas facetas, principalmente na econômica, devendo os detentores do Poder Político e a sociedade procurar promover o bem de todos sem qualquer distinção, objetivo da República que deve ser visto como uma meta de inclusão de minorias historicamente excluídas da sociedade e que contribuíram como contribuem para o desenvolvimento do País, constituindo-se como maior exemplo os afrodescendentes.

A consignação do pluralismo como fundamento da República e o estabelecimento de metas a serem cumpridas no atual Texto Maior é decorrência das violências que o Estado de fato, que vigorou no Brasil por quase vinte anos, perpetrou à sociedade, assim ela não é, ou ao menos não pretende ser, neutra, ou excludente, ou adotar uma ou outra corrente política, com a finalidade de evitar-se o máximo possível, ao menos no mundo do dever-ser constitucional, lesões ou ameaças a direitos em toda amplitude que essa expressão pode alcançar. Cumprindo-se, assim, o fundamento pluralista da República estabelecido na Constituição, estar-se-á contribuindo para a redução das minorias e das desigualdades sociais, além de outorgar maior efetividade ao princípio da isonomia em todas as suas vertentes.

Como o primeiro problema dos povos e populações indígenas foi o processo de colonização que sofreram, o constituinte de 1988 tratou das terras indígenas, bem como da autorização congressual necessária para a mineração em terras aborígines, outorgando,

também à União, a competência para legislar sobre as populações indígenas, bem como sobre a preservação da cultura dos índios.

Difícil é a conceituação das pessoas cujas características físicas saem de um padrão social considerado normal, todavia, hodiernamente, a maior parte da doutrina utiliza a expressão utilizada pela Constituição Federal de 1988, - pessoa portadora de deficiência física.

Só com a promulgação da Lei n. 7.853/89, a qual instituiu políticas públicas de governo em favor da pessoa portadora de deficiência física, atribuiu-se um sentido mais substancial ao que era pretendido sobre a matéria.

A positivação da matéria contida na Lei n. 8.899/94, com o escopo de tutelar o direito das pessoas portadoras de deficiência física é, também, o *retro* diploma legislativo integrante de um rol de políticas públicas para a inclusão das pessoas portadoras de deficiência física, afigurando-se totalmente compatível com o sistema constitucional brasileiro, conforme declarado pelo Supremo Tribunal Federal.

Plenamente constitucional também é a percepção de um salário mínimo mensal pela pessoa portadora de deficiência, que comprove nos termos da lei, não ter meios de prover sua subsistência ou de não tê-la provida por sua família, desde que a renda dessa não ultrapasse a um quarto do salário mínimo.

O Brasil é um Estado Laico, a Igreja Católica deve cuidar de assuntos relacionados à fé e à sua doutrina, cabendo aos Poderes Estatais cuidarem dos assuntos relacionados à inserção e harmônica convivência de todos que nele habitam, por exemplo.

Não há um fator lógico de *discrímen* para a não regulamentação das uniões entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que a ausência de diversidade de sexos na entidade familiar não pode servir como fator discriminante, visto que o pilar da família contemporânea é o afeto e não a diversidade de sexos.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, A Proteção Constitucional do Transexual.São Paulo: Saraiva, 2000.
_____, Luiz Alberto David. Buscando significados a partir de critérios de interpretação constitucional e, muitas vezes, encontrando um desconcertante preconceito. In: **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência.** São Paulo: RT, 2006.
ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. **Pessoa Portadora de Deficiência:** direitos e garantias. 2. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.
AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, Justiça Social e Neoliberalismo.** São Paulo: RT, 2000.
BAHIA, Claudio José Amaral. **Proteção Constitucional à homossexualidade.** Leme: Mizuno, 2006.

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

DEMANT, Peter. Minorias: direitos para os excluídos. In: PINSKY, Jaime & PÍNSKY, Bassanezi (org). **História da Cidadania.** São Paulo: Contexto, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual:** o preconceito & a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos.** Barueri: Manole, 2004.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade:** o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (org). **Deficiência no Brasil:** uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

KALUME, Pedro de Alcântara. **Deficientes:** ainda um desafio para o governo e para a sociedade: habilitação, reabilitação profissional e reserva de mercado de trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva: dos Direitos da Verdade aos Direitos Cidadãos. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, 1996.

MAZARÍO, José Maria Contreras. **Las Naciones Unidas y la Protección de las Minorias Religiosas:** de la tolerância a la interculturalidad. Tirant monografías. España, Universidad de Sevilla Pablo D'Olavide, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo:** a invasão da Constituição. São Paulo: Método, v. 7, 2008. (Coleção Professor Gilmar Mendes).

NEME, Eliana Franco. Dignidade, igualdade e vagas reservadas. In: ARAUJO, Luiz Alberto David. **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência.** São Paulo: RT, 2005.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica ao trabalho dos portadores de deficiência. In*:* VIANA, Márcio Tulio e RENAULT, Luiz Otávio Linhares (coord). **Discriminação.** São Paulo: LTr, 2000.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano.** São Paulo: RT, 2002.

ROULAND, Norbert (org); PIERRE-CAPS, Stéphane; POUMARÈDE, Jacques. **Direito das minorias e dos povos autóctones.** Trad. Ane Lize Spaltemberg. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição e o Pluralismo na Encrusilhada (I) – A Justiça Constitucional como Guardiã das Minorias Políticas. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, Del Rey, n. 2, jun./dez. 2003.

SEGADO, Francisco Fernández. La Justicia Constitucional Ante El Siglo XXI. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais,** Belo Horizonte, Del Rey, n. 4, jun./dez. 2004.

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

SPENGLER, Fabiana Marion. **União Homoafetiva:** o fim do preconceito. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. União Homossexual – Reflexões Jurídicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 807, n. 92, jan. 2003.

VENTURA, Miriam. Transexualidade: Algumas reflexões jurídicas sobre a autonomia corporal e autodeterminação da identidade sexual. In: RIOS, Roger Raupp (org). **Em defesa dos Direitos Sexuais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WALZER, Michel. **Esferas da Justiça:** uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e Justiça no Brasil Colonial – O Tribunal de Relação do Rio de Janeiro (1751-1808).** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.