Saber Digital
Revista Eletrônica do CESVA
ISSN:1982-8373

A QUESTÃO DAS LEIS PROTETIVAS E O CÍRCULO HERMENÊUTICO SOB A ÓTICA DOS PRÉ CONCEITOS EM GADAMER.

Alexandre Bonoto[1]

RESUMO

Muito se tem debatido no direito atual sobre os direitos de minorias e leis protetivas, que na realidade, parecem ter o sentido de lhes assegurar direitos essenciais, garantidos a todos, mas negado a essas minorias em decorrência de pensamentos históricos, nem sempre reais, mas gerados por um pré conceito enraizado por gerações e decorrentes de fatores sociais diversos. Se essas leis são efetivas ou eficientes no trato social e na garantia desses direitos é fator preponderante desse trabalho, mister no que concerne à geração de pós conceitos, ou na modificação dos pré conceitos. Devemos então, na exegese dessas leis nos despir dos conceitos herdados para entender uma nova filosofia, como propõe Gadamer, ou devemos a partir desses conceitos anteriores construir uma nova realidade. Essas são as questões que se pretende debater.

Palavras-chave: minorias, direitos essenciais, leis protetivas, efetividade.

RESUMEN

Mucho se ha discutido en la actual ley sobre los derechos de las minorías y las leyes de protección, que en realidad parecen tener el sentido de garantizar los derechos básicos garantizados a todos, pero niega a las minorías, como un resultado del pensamiento histórico, no siempre es real, pero generado por un concepto pre arraigado por generaciones y debido a diversos factores sociales. Si estas leyes son eficaces o eficientes en el tratamiento social y la garantía de estos derechos es un factor importante de este trabajo, señor respecto a la generación de conceptos publicación, o la modificación de los conceptos anteriores. A continuación, en la exégesis de estas leyes en la franja de los conceptos heredados de comprender una nueva filosofía, Gadamer propone, o debemos de estos conceptos antes construir una nueva realidad. Estas son las preguntas que usted quiere discutir.

Palabras-clave: minorías, los derechos leyes de protección esencial, de vigencia.

1- Advogado, Especialista em Direito Processual, Mestrando em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC e professor de Direito Civil e Direito Empresarial.

INTRODUÇÃO

A complexa sociedade moderna tem trago diversos debates nunca antes imaginados pelo direito, pelas religiões ou por quaisquer grupos sociais.

O homem, no mais das vezes tem se mostrado despreparado para o enfrentamento dessas questões e, nesse sentido, o Estado vem intervindo com aplicação de leis, denominadas protetivas, procurando garantir direitos essenciais, sobretudo à dignidade da pessoa humana e a isonomia legal e à garantia da ampla liberdade.

Ocorre que, muitas vezes, essas leis podem gerar um efeito contrário do desejado, não trazem os excluídos ao seio da sociedade, mas criam um distanciamento maior no que se refere à aceitação dessas minorias, principalmente quando para garantia de direitos retira ou limita o exercício de outras pessoas.

Normalmente as chamadas leis protetivas partem de pré conceitos, que originou comportamentos de desaprovação social ou de menos valia, para a partir dessas condutas existentes, modificar o mundo fático.

Esse trabalho tem o objetivo de trazer ao debate jurídico as conseqüências dessas leis, seus considerandos e motivações, bem como o mundo jurídico, social e hermenêutico posterior a essas normas.

DIREITOS ESSENCIAIS

Antes de adentrarmos ao debate sobre a efetividade das normas protetivas, mister deixemos bem claro o que se considera direitos essenciais, tema que apesar de muito debatido no direito ainda não encontra definição unânime.

Pois bem, para efeitos desse estudo, consideraremos como direitos essenciais aqueles inerentes à pessoa humana, que Carlos Alberto Bittar definiu como Direitos da Personalidade, **"previstos no ordenamento jurídico exatamente para defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos"**[2]

O comum é que as minorias, também denominados *excluídos*, apesar de leis garantidoras dos direitos da personalidade, do artigo 5º da Constituição Federal, e

2- BITTAR, C.A. Os Direitos Da Personalidade, 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 1.

da Declaração dos Direitos Humanos Fundamentais; encontrem dificuldades no exercício e garantia de suas liberdades, quer por questões religiosas, de cor de pele, de posição social ou de opção sexual.

Com o intuito de fazer respeitar esses direitos fundamentais surgem as leis protetivas, como um *bis in idem* indispensável, uma satisfação, um *plus* em favor dessas minorias.

Não se pode olvidar que em decorrência da cor da pele, que alguns passaram a designar como *raça*, muitas pessoas se vêm excluídas do mercado de trabalho, de oportunidades acadêmicas e do convívio social, o mesmo ocorrendo em conseqüência de origem social, de deficiências físicas ou mentais, não se desejando aqui qualquer tipo de afirmação, se não enumerativa e exemplificativa.

As opções sexuais também se mostram como fator de intolerância e rejeição para muitas pessoas, que se tornam excluídas de ciclos sociais, de trabalho e muitas vezes da própria família.

Deficiências físicas e sobretudo mentais têm servido de parâmetro para inclusão ou exclusão social por diversos anos, refletindo mesmo nos tratamentos médicos e nosocômicos oferecidos.

Tudo isso, a despeito dos direitos garantidos no artigo 5º da Lei Magna, como se essas normas não se aplicassem a tais pessoas, ou se essas não fossem consideradas pessoas ou estivessem fora do conceito de *TODOS* no "*caput*" do artigo supra mencionado.

DOS PRÉ CONCEITOS

Segundo Gadamer, as estruturas sociais se realizam através de uma compreensão das coisas formadas por uma construção histórica, aplicada ao fatos presentes, como uma atemporaneidade de conhecimentos, fatos e julgamentos.

Seguindo essa linha, e em um estudo histórico e religioso da sociedade atual, podemos concluir pela forma desastrosa com que os paradigmas sociais, principalmente aqueles causadores das pseudo diferenças vem sendo tratados na atualidade.

Podemos encontrar ainda a origem dos entendimentos atuais sobre o que é certo ou o que é errado, sobre o que socialmente passou a ser definido como correto

e comum, bem como as difíceis alterações de conceitos e compreensões por toda a história da humanidade.

Cleyson Mello nos traz importante acertiva:

> "a compreensão é sempre um projetar-se. Gadamer afirma que "quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia o sentido do todo". Melhor dizendo; a compreensão é um constante projetar-se a partir de determinadas perspectivas do intérprete. As prespectivas do intérprete (opiniões prévias), ou seja antecipações de sentido do texto não devem ser confundidas com arbitrariedade do julgador.
> É nesse sentido que Gadamer ensina que a compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela se inicia, não são arbitrárias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validez."[3]

Ocorrera em épocas passadas e em interpretações históricas as formações dos conceitos, em muito utilizados ainda em nossos dias e aos quais "aderimos" com a convicção de que não nos é lícito dele descordar; e sem atribuirmos a qualquer pessoa o direito de contra eles se revoltar, ou mesmo de utilizar-se de padrões estranhos aos conceitos já pré determinados.

Esquecemo-nos contudo, que a sociedade, na forma como a conhecemos na atualidade, passou por modificações profundas historicamente, e que essas modificações foram enraizando-se na vida pública, de tal forma, que atitudes contrárias a elas, ainda que baseadas em praticas sociais antigas e mesmo antecedentes à nossa sociedade, não nos geram simpatia.

Assim, se um genitor ao falecer deixar toda a sua herança ao primogênito, com exclusão dos demais filhos, impedindo a partilha do patrimônio, será considerado injusto e, diante da aplicação da lei civil, tal procedimento será desfeito, pela ilegalidade nascente da noção de justiça.

Contudo, esse pré conceito atualmente utilizado nasceu de uma revolução na forma de pensamento, pois aos primogênitos era concedido o direito ao patrimônio e o dever de sustento da família, enquanto aos demais filhos restava a submissão.

Fustel de Coulanges, em sua obra "A CIDADE ANTIGA" aos descrever a segunda revolução, assim descreve:

3- MELLO, C.M.; Introdução À Filosofia Do Direito, À Metodologia Da Ciênciz Do Direito E A Hermenêutica Comptemporânea: Um Atuar Dinâmico Da Magsitratura Na Perspectiva Civil Constitucional: a (re) produção do direito. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

> *"Aos poucos, as regras de indivisibilidade que fortaleciam a família antiga foram abandonadas. O direito à primogenitura, condição de sua unidade, desapareceu. Não devemos, certamente,esperar que qualquer escritor da antiguidade nos forneça a data exata desta grande transformação. É bem provável que não se possa fixar um data, porque essa alteração não se completou no período de um ano. Veio acontecendo com o tempo, devagar, primeiro em uma família, depois em outra, e pouco a pouco em todas. E sem que disso se dessem conta, estava consumada."*[4]

Como é de se esperar, as modificações sociais, quer quanto ao comportamento, quer quanto aos conceitos, são realizadas lentamente, contudo, as necessidades dos grupos que anseiam pela inclusão são imediatas, daí o eterno conflito social.

A observação da sociedade e dos anseios da sociedade, ou de grupos sociais distintos é de grande importância para a definição e implantação de um direito **justo**, tarefa essa que apenas poderá ser alcançada com muito esforço e conjugação de ciências em vários ramos.

Nesse sentido:

> "A legitimidade do Direito, de cuja noção se ocupa o filósofo do Direito, não é alcançada apenas pelos exercícios teóricos, pela contemplação dos direitos humanos. Direito legítimo é aquele que atenta para as exigências da natureza humana e contempla ao mesmo tempo o pensamento social, refletido nos costumes e manifestações do corpo social."[5]

Como se percebe do contato social, sem maior esforço, leis protetivas e concessivas de direitos às classes minoritárias da sociedade (negros, idosos, homossexuais, etc.), ou aos hiposuficientes (Defesa do consumidor, etc.), são anseios desses grupos sociais e a necessidade das mesmas talvez se perceba na resistência da vigência.

Contudo, não de pode olvidar que os direitos discriminados nas leis protetivas estão também amparados pelo artigo 5º da Carta Magna, que garante a igualdade entre todas as pessoas, sem discriminação de raça, credor, cor, sexo ou quaisquer outras, seja de que natureza for.

4- COULANGES, F. A cidade antiga; tradução Melville. J.; Claret, M., 2006.

5- NADER, P. Filosofia do Direito, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 37.

Sendo assim, quais as motivações reais de novas leis para protegerem o que já havia anteriormente sido protegido? Garantir direitos já garantidos, legislar para confirmar a lei maior?

Com certeza não, ocorre que a vigência da lei e a aplicação da mesma lei não se afiguram idênticas aos seus julgadores, ou aos seus destinatários, isso porque a aplicabilidade das normas e as condições de suas aplicações passam, ainda que sem percepção ou intenção dos aplicadores das leis, por uma vivência e pelos conceitos adquiridos nessa vivência.

São esses conceitos pré-estabelecidos na consciência cognitiva de cada um que desejamos ver considerados, e servem de parâmetro para verificar se as leis efetivadas serão capazes de construir na sociedade uma nova consciência, modificando antigos hábitos e efetivamente transformando a realidade social.

DAS DISCRIMINAÇÃO POR QUESTÕES RACIAIS

Existe em nosso país uma concepção quanto ao índice de miscigenação populacional, contudo, tal crença não se evidencia nos convívios sociais, principalmente no âmbito privado, uma vez que a conduta social discriminatória configura crime pela legislação penal.

Ocorre que as leis penais construídas no sentido de tipificar o “crime de preconceito” exigem conduta social, provas, principalmente testemunhais, e impõe uma séria de obstáculos e dificuldades na esfera prática.

Outrossim, leis criminalizadoras de condutas preconceituosas, existentes a décadas no Brasil (Lei Afonso Arinos, 1951) não se mostram eficientes para combater o preconceito, muito menos as diferenças sociais entre o que convencionou-se chamar raças.

Como uma nova tentativa de sociabilização de excluídos, debate-se na atualidade sobre um sistema de cotas nas faculdades públicas, no sentido de garantir o ingresso de negros e de classes sociais menos favorecidas.

Um estudo social sem maior profundidade demonstra que a maior parte da população pobre se concentra entre negros e pardos, como se percebe:

> "Com relação à educação, os resultados mostram-se também reveladores. Interpretando os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) de 1982 - e trabalhando com os índices referentes a São Paulo -, a pesquisadora Fulvia Rosenberg verificou uma clara desigualdade no que diz respeito ao acesso ao ensino básico. Além do mais, atestou-se a maior concentração de negros nas instituições públicas - 97,1% comparados aos 89% brancos - e nos cursos noturnos: 13% negros e l1% brancos. A autora não deixa dúvidas sobre a discriminação existente: "[...] a população pobre frequenta escola pobre, os negros pobres frequentam escolas ainda mais pobres [...] toda vez que o ensino propicia uma diferenciação de qualidade, nas piores soluções encontramos uma maior proporção de alunos negros" . Quanto à taxa de alfabetização, há diferenças notáveis: no grupo de indivíduos definidos como pretos chega-se a 30% de analfabetismo, dado elevado quando comparado não tanto aos 29% atribuídos à população parda, como aos 12% entre brancos e 8% entre os amarelos, isso sem contar as variações regionais." Por outro lado, enquanto o branco brasileiro médio tem menos de quatro anos de escolaridade a expectativa para o restante da população é de dois anos. Na verdade, a maioria dos brasileiros, não importando a raça, não chega ao segundo grau. Boa parte interrompe os estudos na quarta série ou antes, sendo que nesse item a população branca obtém em média duas vezes o nível de escolaridade dos não-brancos."[6]

Sendo assim, qual a finalidade de manter-se cotas sociais, ou cotas para negros em faculdades privadas, se raramente essa população terá acesso às universidades?

Tomando por base a idéia de fontes do direito e, nesse sentido, encampando ensinamentos de Chamon Júnior:

> "Quando assumimos o direito como um sistema em seu ideal de coerência normativa – e como desenrolar do direito à maior medida de iguais liberdades a todos – essas questões adquirem uma significação não mais sustentável como antes. No caso dos constumes, não é admissível fazer surgir da mera faticidade normas jurídicas. Se ENGISCH ou mesmo KANTOROWICZ vislumbram o Direito Comercial como eminentemente "costumeiro", assim procederam desde uma óptica filosófica, porém não normativa, muito menos em uma empreita reconstrutiva, do sentido subjacente a esses "costumes". O fato de os costumes não criarem normas jamais pode significar que a interpretação dos ideais de liberdade e igualdade não possa ser levada adiante por todos os concidadãos como uma maneira de atualização do sentido normativo do direito. O que isso significa é que a fonte normativa continua a ser os princípios de liberdade e de igualdade, porém interpretados intuitivamente, e interpretáveis pelos próprios concidadãos em questões de seu cotitiano."[7]

6- SCHUWARZ, L.M;. Lei Brasileira Contra O Racismo X Realidade Social. Disponível em: < http://www.cefetsp.br/edu/eso/leibrasilracismo.html>. Acesso em: 25 ago., 2010.

7- CHAMON JUNIOR, L.A. Teoria da Argumentação Jurídica Constitucionalismo e Democracia em Uma Reconstrução das Fontes do Direito Moderno. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 248.

Levanta-se daí outros questionamentos, sobre a legitimidade de tal norma. Será que a especificidade de cotas nas universidades é suficiente para garantir igualdade? É justo supor que apenas a cor da pele é suficiente para tornar uma pessoa menos capaz de ingressar em uma universidade?

Em ambos os casos parece termos uma resposta envolta em um conceito pré estabelecido e tendencioso, no sentido de minorar ou desfazer da capacidades das pessoas em razão de sua cor de pele.

A questão do pré conceito refere-se à origem social ou a forma como os negros ingressaram em nossa sociedade, ou foram nela introduzidos, o que se me afigura melhor acertiva, vez que não vieram em sua maioria, por vontade própria.

Foram trazidos às nossas terras como escravos e considerados seres menores que seus senhores, o que se dessume dos livros, da história contada e mesmo de obras clássicas sobre a condição de escravo desde a antiguidade.

Pois bem, o avanço das ciências sociológicas, filosóficas e biológicas atualmente mostrou ser esse entendimento deveras equivocado, e algumas vezes contrários à realidade.

Contudo, como já se mostrou anteriormente em obra de SCHUWARZ, a realidade social da maioria da população escrava ainda se encontra em sub grupos de pobreza, e os acessos à educação e cultura permanecem inadequados, aos descendentes dos antigos escravos e a todos aqueles, que independentemente da cor da pele vivam em estado de pobreza e necessitem de ensino fundamental público.

Pois bem, percebe-se que o fundamento da proteção não se encontra na cor da pele, mas na origem social e na falta de capacidade do Estado em ofertar um ensino de maior e melhor qualidade.

Conclui-se então que a situação que se deseja atacar não será solucionada com a facilitação do ingresso em cursos superiores, mas em um tratamento digno, adequado e especializado em ensino básico, tornando-o capacitador de propiciar o ingresso em faculdades públicas em condições de concorrência idêntica aos freqüentadores de escolar particulares.

Mesmo porque, a facilitação do ingresso em faculdades públicas nada significará se, dentro da própria faculdade, não houver oportunidades de acompanhamento, e harmonização de culturas, ou se a própria instituição e seus

membros acreditarem que a presença da referida pessoa na faculdade ocorreu pela facilitação, e não por merecimento.

O que pode ocorrer em relação a tal fato é que a consideração social a todas as pessoas, simplesmente em razão de cor da pele, ser diferenciada, a tal ponto, de tornar ineficiente ou impossível o aprendizado.

Ou pior, tornar a origem como diferencial após a conclusão dos cursos, se concluírem, levando a sociedade a crer em menor valia dessas pessoas, em decorrência da forma como ingressaram em seus respectivos cursos superiores.

Assim ocorrendo, teremos um efeito inverso do pretendido pela lei, que passará a firmar o pré conceito, que se deseja encerrar.

DA DISCRIMINAÇÃO POR QUESTÃO DA SEXUALIDADE

Outro assunto que nos traz aflições sociais e jurídicas diz respeito à homoafetividade, ou às questões de opção sexual dos indivíduos.

Não utilizei a palavra indivíduo sem observação de todo o cunho filosófico existente na mesma.

Indivíduo deve ser entendido como *ser que constitui um todo distinto em relação à espécie a que pertence*", portanto ser indivíduo significa ser distinto, diferente, o que não se obsta quanto ao fenótipo de cada um.

Temos diferentes características físicas, que nos distinguem de outros de nossa espécie, a quanto a isso não se debate, mesmo porque não nos é dado escolhe sobre nossos atributos físicos, apesar de servirem muitas vezes como fatores de preconceito, como vimos alhures.

Mas e quanto as especificidades internas, de pensar, agir e crer? O ser humano, no mais das vezes e, principalmente, quanto às questões íntimas de sexualidade não tem se mostrado tolerante quanto às decisões que contrariam ao pré conceito estabelecido como de normalidade.

Busca na ciência ou na religião fundamentos para discriminar atitudes de homoafetividade, ou quaisquer outros atos referentes à sexualidade que se desviem da conduta pré estabelecida.

No intuito de garantir a liberdade em questões de sexualidade algumas cidades brasileiras criaram normas coibindo demonstrações públicas de preconceito em razão da sexualidade.

Retornemos ao que já foi dito anteriormente sobre a garantia de igualdade insculpida na Constituição Federal e já mencionada nesse escrito.

Se a igualdade já se fazia garantida pela Constituição Federal porque novas leis com o mesmo objetivo?

Ora, se as normas de garantia de liberdade e igualdade sexual não especificassem tais condutas elas não se tornariam ilegais, posto que já garantidas pela Lei Maior.

Novamente, não se debate aqui sobre a legalidade de tais normas, mas sobretudo sobre a necessidade.

Também não de debate sobre a legitimidade das mesmas, posto que garantidoras da liberdade individual, ainda que limitando a liberdade de outros indivíduos, quanto a expressão de seus sentimentos, o que nos parece inteiramente aceitável.

Manuel Jimênez Redondo nos oferece importante auxílio:

> "Sobre esse princípio de legitimidde do sistema jurídico, sobre esse "princípio geral do direito", KANT acrescenta duas coisas. A primeira é que a idéia de "liberdade conforme leis gerais"é um postulado de razão prática, "que não é suscetível de ulterior demonstração". Tal postulado da razão não implica que se exija de mim atuar por respeito a esse postulado, por respeito a esse dever. Não. Esse postulado apenas diz que esse é o limite de minha liberdade, isto é, que esse é o espaço legítimo de minha liberdade e que, portanto, uma legislação que reduza o exercício de minha liberdade subjetiva a esses limites não é ilegítima, mas legítima, nada posso objetar contra ela, não tenho nenhuma razão (defensável) a lhe opor, independentemente dos motivos que me possam mover. Converter em motivo de minha ação o respeito ao princípio geral do Direito é algo que, talvez, a moral me exija, mas não o direito. O direito não atinge isso, o Direito não barca a moralidade, permanece na legalidade. Ao que KANT chama "legalidade" é ao que HABERMAS chama "forma jurídica".
> A segunda coisa que diz KANT é que esse direito de liberdade é o único direito inato que assiste ao homem, em virtude de sua humanidade, e, portanto, implica a igualdade de todos nesse direito de liberdade, a idéia de liberdade como único direito inato ao homem implica a noção de direito a iguais liberdade básicas; ..."[8]

8- REDONDO, M.J. TRADUÇÃO Carvalho, I.V. CHAMON JUNIOR; L.A. Teoria da Argumentação Jurídica. Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes do Direito Moderno. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. XVIII.

Como se verifica a individualidade do ser humano está diretamente ligada à sua característica de ser humano, à existência da própria pessoa, e assim, não pode sofrer limitações de qualquer forma, devendo a lei garantir essa liberdade.

Nesse sentido, as leis protetivas tem sido de grande valia às minorias sociais, principalmente quando se refere às questões de sexualidade e homoafetividade, mas não atacam de forma alguma a origem da questão, posto incapazes de conhecer ou demonstrar a nascente do pré conceito.

CONCLUSÃO

Vimos que legislações pretendem a inclusão social, ou a garantia de liberdade e igualdade entre os indivíduos, e que as mesmas mostram-se legítimas.

Contudo, a efetividade dessas normas não tem se revelado plenamente capaz de garantir a liberdade dos indivíduos, quer quanto às demonstrações de suas afetividades, quer quanto às demonstrações de potencialidades laborativa e de aprendizado, muito menos a legalidade.

Tal fato ocorre porque a lei apenas alcança as demonstrações públicas de desrespeito à liberdade, principalmente, e a igualdade, pois não se pode considerar igual dois indivíduos se apenas a um deles é dado o exercício pleno da liberdade, ou se não lhe são oferecidas oportunidades semelhantes de escolhas e aprendizado.

E essa não efetividade legislativa ocorre em decorrência da não observância e consideração sobre os pré conceitos, nem sobre a moral, que bem vimos, não são afetados pela lei, o segundo, porque distinto da norma, mas o primeira, por exclusiva falta de compreensão das questões histórico sociais.

Essa modificação da moralidade não ocorre sem envolvimento e conscientização social, as leis não são suficientes, nem possuem o condão de realizar as modificações necessárias nos conceitos existentes e, dependendo da forma como são propostas e da interpretação que delas se possa fazer, são capazes de aumentar os obstáculos existentes e, ao contrário de proteger, poderão trazer maiores prejuízos.

Como já dito, se uma lei consegue, através de cotas, forçar o ingresso de negros no Brasil, poderá ser interpretada como declaratória da incapacidade dos

membros da denominada “raça negra” em concorrer com as demais raças. Ressalte-se que o mesmo ocorreria com amarelos, azuis, vermelhos ou brancos.

Ora, se um indivíduo ingressa em uma instituição com tal encargo, com certeza não lhe será nada fácil participar do grupo, como pretende a norma, na realidade ele sofrerá restrições de outros tipos, talvez muito piores, porque silentes, isolantes, e com certeza mais sofridas.

Após a conclusão do curso, se essa se efetivar, o recepcionamento desses profissionais no mercado de trabalho também sofrerá restrições, podendo tornar sem efeito o ingresso em curso superior, ou tornando necessária nova lei protetiva, que, novamente, sem atacar o nascedouro da diferença, gerará outra norma, e mais outra em progressão infindável.

O mesmo ocorre em relação às questões da homoafetividade, se publicamente, em decorrência da existência de normas legais, existe uma tolerância quanto ao homossexualismo ou à homoafetividade, o mesmo não ocorre nas relações privadas, onde a opção sexual é motivo de isolamento e preconceito, mesmo no seio familiar.

A lei mostra-se incapaz de produzir efeitos na modificação do comportamento humano e na aceitação das individualidades, o que não se afigura novidade, pois já se demonstrou que o direito e a moralidade atuam em campos distintos.

O necessário então é mais que demonstrar que todos são iguais perante a lei, proporcionando a todos condições sociais de dignidade, de aceitação e de aceitabilidade.

A dignidade da pessoa não será garantida por leis que tenham como pressuposto o conceito pré concebido, mas por leis que venham autorizar e incentivar a criação de um novo conceito, que tragam à vida social a isonomia, retirando-a da vida
do direito apenas.

Se o direito deseja que todos sejam IGUAIS perante a lei, se deseja que todos tenham as mesmas condições de ensino, de ingresso no mercado trabalho e à afetividade, mister que trate de cuidar da realização de leis com cunho social prematuro, que trate de assuntos de aceitação e de isonomia desde o nascimento, com condições dignas de sobrevivência, ensino de qualidade, vida sócio afetiva considerável, e responsabilidade familiar.

Se nesse trabalho citamos a questão de conceitos raciais e homoafetivos, não se pode deixar de considerar outros tantos assuntos que, apesar da isonomia legal, mostram a diferença real das relações sociais, como nos casos dos filhos de casamentos desfeitos em que os pais, ou um deles, passam a ver a prole como encargo, ou mesmo abandonam os filhos, da questão das mães solteiras que não podem contar com o apoio dos genitores; dos filhos abandonados, dos menores que "protegidos" pela lei, passam a fazer da liberdade e da falta de punição motivo de afronta à sociedade, ou mesmo das leis que interpretadas de forma lacônica deixam de servir à sociedade.

O direito ainda tem um longo caminho a percorrer, mas é preciso de uma vez que se entenda que os males da sociedade não serão curados silenciando-se os gritos dos "excluídos" através da concessão de favores laicos, mas quando houver coragem jurídica para atacar os problemas em suas raízes mais profundas.

Não é suficiente facilitar o ingresso e o acesso ao ensino superior, é necessário que esse ingresso possa ser efetivado como continuação de uma vida escolar e acadêmica de qualidade.

Não é suficiente que publicamente não se possa mostrar o descontentamento com indivíduos, quer por sua cor, quer por seu "status", quer por sua opção sexual ou religiosa, é necessário que a tolerância às diferenças seja ensinada e exemplificada na vida, na escola, na família e nas religiões.

Por certo, o caminho a percorrer com legislações e ações jurídicas nesse sentido será muito mais longo e deverá ser acompanhado de atuações sociais e educacionais correlatas, contudo, a efetividade e realidade do serviço será muito mais palpável.

O que se mostra necessário é uma desconstrução do paradigma de grupos raciais, de menos ou mais valia, para uma construção de conceito isonômico, o que não se mostra tarefa fácil, mas necessária e imediata.

Da mesma forma, a demonstração de respeito às formas de expressão de carinho, de amor e de companheirismo, ainda que contrárias a pensamentos pré concebidos de ordem religiosa, moral ou cultural.

> “Aproximar-se do início significa sempre dar-se conta de outras possiblidades abertas no percurso de retorno ao caminho percorrido. Aquele que se situa no começo deve escolher o caminho, e aquele que retorna ao começo percebe que, desde o ponto de partida poderia ter escolhido outros caminhos- assim como o pensamento oriental percorreu outros caminhos. Quem sabe esse último ocorreu à margem da livre escolha, como é o caso da opção ocidental. Deve-se antes, às circunstâncias que fizeram com que a ausência de uma construção gramatical de sujeito e objeto não levasse o pensamento oriental a desembocar numa metafísica de substância e acidente.
> .....
> Na verdade, mesmo na história das próprias origens é impossível encontrar realmente o começo. O começo retrocede sempre ao incerto, como ocorre ao viajante costeiro na célebre descrição da regressão no tempo, feita por Thomas Mann no início de sua *montanha mágica*: por detrás do último relevo aparece sempre outro novo, num processo interminável”[9]

Essa volta ao começo deve ocorrer, também quanto às concepções de vulnerabilidade e de mais valia constantes em nosso direito e na esfera social, retornando ao começo, investigando o pensamento de restrição das liberdades e escolhendo um novo caminho, em que a isonomia seja efetiva, sem necessidade de garanti-la pela diferença.

Se pretende o ingresso na sociedade de todos os grupos, mister que se trabalhe pela aceitação dos mesmo, coibindo quaisquer manifestações em contrário, ainda que de cunho religioso ou familiar íntimo.

Logo, manifestações religiosas contrárias à homoafetividade, que possam levar ao tratamento diferenciado e preconceituoso devem ser coibidas, porque assim determina a norma, mas de forma mais contundente, porque ferem a dignidade da pessoa humana.

Manifestações sociais ou legais que tragam cunho de menor valia a qualquer grupo social também devem ser desautorizadas, declaradas ilegítimas, ainda que legais, pois o pleno exercício da isonomia requer igualdade real, não apenas legal.

Deve o direito atuar com o intuito de garantir a aplicação da lei maior, exigindo dos aplicadores do direito a garantia à plena liberdade, à dignidade da pessoa humana e à igualdade, ainda que para tanto seja necessária a exigência do cumprimento de políticas públicas sustentáveis e capazes de modificar o próprio campo de atuação do direito.

9- GADAMER, Hans-Georg . Verdade E Método Ii, tradução de Enio Paulo Giachini; 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 421.

Trata-se de uma questão de horizonte no aplicar, ou mesmo no confeccionar da norma, de entendimento do ser e da intersubjetividade do ser, do desvelar-se e do que se desvela de cada pretensão social ou jurídica.

Novamente, Cleyson Mello vem nos socorrer:

> "A questão da decidibilidade judicial é muito importante, em especial, em uma sociedade plural e complexa, em constante mutações. Dá essa questão é muito mais complexa do que se pensa, já que cabe ao magistrado proferir sentenças judiciais que não sejam aparentes e superficiais fincadas em uma hermenêutica de superfície, ao contrário deve partir do fato de que uma situação hermenêutica está delimitada pelos preconceitos que trazemos conosco. É uma ir além do que já não se consegue ver ver com a hermenêutica metodológica. Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação e mutação que condiciona os nossos preconceitos. A cada momento devemos por a prova tais preconceitos a partir da fusão de horizontes. Ë o encontro do passado com a tradição da qual nós mesmo procedemos. Segundo Gadamer a fusão de horizontes ocorre constantemente na tradição, pois "nela o velho e o novo crescem juntos para uma validez vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos"[10]

A conjugação entre a tensão da norma, o presente e a historicidade; criadora dos conceitos atuais deve ser observada, como meio capaz de alteração da verdade subjetivada por fatores históricos não mais existentes, o que não se fará apenas com a criação de leis protetivas que nublam o trato íntimo, mas apenas quando o trato íntimo vier a refletir o conceito social, devendo ser esse o objetivo a ser alcançado.

10- MELLO, Op.Cit., p. 127.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, C.A. **Os direitos da personalidade** – 7. Ed., atualizada por Carlos, E; Bittar, B – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

JUNIOR, L.A.C. **Teoria da Argumentação Jurídica, Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes do Direito Moderno**, 2. ed. . Rio de Janeiro: Juris, L, 2009.

COULANGES, F. **A cidade antiga**. São Paulo: Claret, M, tradução de Melville. J , 2006.

GADAMER, H.G. **Verdade e Método II, tradução de Enio Paulo Giachini**. 2. ed..Bragança Paulista: Vozes, Editora Universitária São Francisco, 2004.

MELLO, C.M. **Introdução à filosofia do direito, à metodologia da ciência do direito e a hermenêutica contemporânea, um atuar dinâmico da magistratura na perspectiva civil constitucional: a (re) produção do direito**. Rio de Janeiro: Bastos. F, 2008.

NADER, P. **Filosofia do direito**, Rio de Janeiro; Forense, 2010.

SCHUWARZ, L.M. **LEI BRASILEIRA CONTRA O RACISMO X REALIDADE SOCIAL**, disponível em <http://www.cefetsp.br/edu/eso/leibrasilracismo.html> acesso 25/08/2010.