

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO CONSITTUCIONALISMO DEMOCRÁTICO NA AMÉRICA LATINA: Direito à diversidade individual e coletiva e a superação de uma teoria da constituição moderna

José Luiz Quadros de Magalhães¹

1 INTRODUÇÃO: A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 - O RESGATE DO PASSADO, A RESISTÊNCIA NO PRESENTE E O ANÚNCIO DE UM NOVO FUTURO

A Constituição brasileira de 1988 nasce em um momento de transição da realidade econômica global. Em 1979 e 1980 chegavam ao poder nas quatro maiores economias do planeta, governos de perfil conservador, mas com discurso que passou a ser rotulado para a opinião pública e o senso comum como "neoliberal".

Neste momento víamos o processo que ainda hoje continua na Europa e EUA em crise, de desmonte acelerado do "Estado de bem-estar social", que se fundava no tripé de direitos sociais à saúde, educação e previdência, universalizados, públicos e gratuitos e em uma economia de matriz "keynesiana" onde o estado regulava, planejava e exercia a atividade econômica ao lado do setor privado, o que se refletia, nas Constituições sociais, na existência de dispositivos, capítulos ou títulos da Constituição sobre a "ordem econômica".

A Constituição brasileira de 1988 nascia, neste momento, podemos dizer na expressão popular, "remando contra a maré" neoliberal. A nossa Constituição traz uma grande relação de direitos fundamentais, individuais, políticos, sociais, econômicos e culturais. Uma ordem econômica que era no texto originário (antes de começar a ser desfigurada pelas emendas liberalizantes) a expressão de um capitalismo social que valorizava as formas de ganho com o trabalho, como o salário (em sentido lato: salário, vencimentos e proventos), e o lucro, desde de que advindo

¹ Doutor em Direito pela UFMG. Professor da PUC Minas e da UFMG.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 1 – Jan./jun. de 2016	Trabalho 04 Páginas 41-67
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

da livre iniciativa e livre concorrência; e limitava as formas de ganho sem trabalho como o juro e a renda, o que pode ser ilustrado pelos dispositivo jamais aplicado e já retirado do texto, de limitação da taxa de juros a 12% ao ano.

Nossa Constituição nascia uma Constituição social em um mundo que vivia a realidade de uma nova hegemonia representada pela construção ideológica neoliberal. O discurso do capitalismo social e do estado social, hegemônico até a década de 1980, agora cedia espaço aos projetos de expansão do capitalismo global e financeiro. Por este motivo, a Constituição de 1988 mal acabara de nascer, já sofria ataques, emendas que começavam a reformar o estado social, abrindo espaço para a desregulamentação da economia e a privatização de diversas empresas públicas e sociedades de economia mista. O Estado deixava de regulamentar e exercer atividade econômica. Gradualmente a Constituição Social e Democrática de 1988 transformava-se em uma colcha de retalhos, em um texto repleto de contradições de uma época de crise radical e possibilidade de transição ou ruptura. As interpretações desta Constituição começavam também a acentuar os aspectos liberais e reduzir os sociais.

A Constituição democrática passou a ser defendida por muitos democratas que resistiram ao desmonte de seu texto democrático social. Neste sentido temos uma Constituição Social que passa a ser agora texto de resistência à fúria privatista, que sistematicamente atacava direitos sociais, trabalhistas e previdenciários, assim como direitos econômicos.

Com um pé no passado, representado pelo capitalismo social em crise; com um presente de resistência ao capitalismo neoliberal e busca por democrática e novos direitos, a Constituição de 1988 também anunciava uma nova era constitucional: a era da diversidade e do início da superação da modernidade uniformizadora.

A Constituição Federal de 1988 anunciava o que chamamos hoje de novo constitucionalismo democrático latino-americano, fonte de inspiração democrática para estudiosos do direito constitucional de todo o mundo. Nossa Constituição reconhece o direito a diferença como direito individual e coletivo; assegura o direito dos povos indígenas (originários) e povos quilombolas, abrindo espaço para a

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 1 – Jan./jun. de 2016	Trabalho 04 Páginas 41-67
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

construção de um espaço de diversidade individual e coletiva em nosso país, o que começa a ocorrer de forma mais acelerada a partir do século XXI, com algumas importantes interpretações constitucionais realizadas pelo Judiciário e por diversos defensores e estudiosos dos direitos de diversidade.

Podemos dizer neste sentido, que esta Constituição é um marco para o futuro. Se em parte bebeu na fonte do passado do capitalismo social; se representa resistência democrática no período de desmonte dos direitos sociais e econômicos; a Constituição de 1988 anuncia também o novo que chegou para ficar e avançar: um direito e uma sociedade plural e radicalmente democrática que hoje se expressa de forma radical nas Constituições do Equador (2008) e Bolívia (2009).

2 O NOVO CONSTITUCIONALISMO

Existe um grande risco na análise das Constituições da Bolívia e do Equador: analisá-las sob o enfoque da teoria da constituição moderna europeia. Acredito que utilizar as lentes da teoria da constituição europeia moderna inviabilizará enxergar, e logo compreender, o potencial de ruptura com a modernidade presentes nestas constituições. Ao fazermos isto teremos, apenas, mais duas constituições interessantes e diferentes dentro de um paradigma que não mudou na sua essência. Não é este o potencial destas duas constituições. Elas exigem a construção de um outra teoria da constituição, de uma outra teoria do direito, de uma outra teoria do estado. Elas exigem uma teoria não moderna e logo não hegemônica.

Alguns eixos devem ser estudados e aprofundados para percebermos o potencial de ruptura radical que representam as experiências em curso nestes dois países. Estes eixos precisam ser desenvolvidos, mas nos limites destes trabalho serão apenas mencionados. As rupturas possíveis que elencamos a seguir só poderão ser vistas sem as lentes uniformizadoras do direito moderno. Elas ocorrem na realidade social e cultural dos povos que constituem a Bolívia e Equador, que durante muito tempo viveram em ordenamentos jurídicos europeus modernos, que excluíram, ocultaram e tentaram uniformizar estas sociedades diversas.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 1 – Jan./jun. de 2016	Trabalho 04 Páginas 41-67
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Vejamos:

Em primeiro lugar é fundamental perceber que no lugar da uniformização hegemônica, a partir de um padrão europeu, ocorre o reconhecimento da diversidade enquanto direito individual e coletivo pelo ordenamento jurídico. Decorrente desta ideia, percebemos a afirmação do direito à diversidade enquanto direito individual e coletivo sobre a ideia de direito à diferença (individual ou coletivo) o que implica na busca de superação de qualquer padrão hegemônico estabelecido pelo estado e ainda presente na ideia de direito à diferença (diferente de que?).

Outro eixo importante que marca o novo constitucionalismo democrático é a superação da exclusividade da lógica binária, fundada principalmente no dispositivo moderno "nós versus eles" (e da qual decorrem outros dispositivos como inclusão versus exclusão; capital versus trabalho; culturalismo versus universalismo entre vários outros).

É perceptível ainda a criação de espaços de diálogo, não hegemônico, intercultural (para além do multiculturalismo) o que permite a construção de um espaço comum, de um direito comum, em uma perspectiva transcultural, possibilitando a superação de uma lógica histórica linear pela ideia de permanente complementaridade;

Marcante nas Constituições do Equador e Bolívia é, ainda, a construção de uma nova concepção de natureza como conceito integral superando a ideia de "recursos naturais", um dos mitos modernos que separa o "homem" da natureza", e transforma a natureza em algo selvagem, a ser domado e explorado pela civilização. Isto implica na superação da ideia de "desenvolvimento sustentado", conceito que passou a condicionar a natureza e o meio ambiente às necessidades de desenvolvimento econômico moderno (capitalismo) que implica em mais consumo e mais produção como meta permanente. A prioridade é a natureza e o sistema econômico deve se adequar ao respeito à vida enquanto totalidade sistêmica e não o contrário. Decorre daí uma nova compreensão de pessoa superando a ideia do "indivíduo" liberal que nasce e morre com uma personalidade distinta e separada da comunidade e da natureza. O novo conceito de pessoa nos remete a uma pessoa

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 1 – Jan./jun. de 2016	Trabalho 04 Páginas 41-67
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

plural, dinâmica, processual, que não se limita, e não pode ser limitada a um nome coletivo, a um rótulo, a um fato, ou a um nome de família.

Outros pontos de ruptura podem ser enumerados: a substituição de um sistema moderno monojurídico (hegemônico) por um sistema plurijurídico que permita a pluralidade de direitos de família, de propriedade e de jurisdições; a igualdade entre jurisdição originária e "ordinária"; democracia consensual como prioridade; judiciário consensual (justiça de mediação) como prioridade; pluralismo epistemológico como fundamento do conhecimento, da democracia e da justiça plural; superação da dicotomia "culturalismo versus universalismo", o que implica na superação do falso conceito de universalismo (o universalismo europeu²).

O desenvolvimento de alguns destes eixos pode ser encontrado no livro "Estado Plurinacional e Direito Internacional"³ e promove uma análise inicial de 5 destes 12 eixos.

No presente ensaio vamos analisar o direito à diversidade como direito individual e coletivo e a gradual superação da lógica moderna que incorporou o direito à diferença de forma a controlar a infiltração da diversidade no projeto uniformizador moderno.

Vamos ao debate:

3 DESOCULTAMENTO, MODERNIDADE E ESTADO

Vivemos um momento de desocultamento. A modernidade, fundada sobre um projeto de hegemonia europeia encontra-se em crise radical, e toda a diversidade ocultada começa a ser revelada e se rebela, em muitos casos, de forma difusa.

Embora a crise se aprofunde, os governos do "norte" (colonizador, "desenvolvido") ainda insistem nos mesmos discursos e práticas excludentes, para solucionar problemas que são da essência desta modernidade. Estes problemas só

² WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu** - a retórica do poder. São Paulo: Boitempo, 2007.

³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Estado Plurinacional e Direito Internacional**. Curitiba: Juruá, 2012.

serão superados com a construção de uma outra sociedade, de outras economias, outras formas de fazer política e democracia, fundadas em outros valores, sustentados pela diversidade não hegemônica, tanto como direito individual como também direito coletivo.

A modernidade se funda (assim como todo o aparato criado para viabilizar o projeto moderno) na negação da diferença e da diversidade, tanto em uma perspectiva individual como coletiva. O estado moderno necessita da uniformização de valores, de comportamentos, precisa padronizar as pessoas, para viabilizar o seu projeto de um poder hegemônico, centralizado, capaz de oferecer segurança e previsibilidade para os que construíram o estado e o direito modernos: os nobres, os burgueses e o rei. Esta aliança está em pé até agora. Um bom exemplo podemos encontrar na cobertura, pela imprensa, da posse do novo Rei da Holanda na Europa em 2013. Uma Europa em crise, desemprego por toda parte, e famílias reais de vários lugares do mundo se encontrando em uma festa de casamento enquanto banqueiros e empresários aumentam seus ganhos protegidos e financiados pelo estado.

Alguns ponto nucleares da modernidade devem ser compreendidos: o projeto moderno é hegemônico (sempre haverá um grupo hegemônico e diversos grupos excluídos, subalternizados, ocultados); o projeto moderno é uniformizador, onde os considerados mais diferentes serão expulsos (mortos, torturados, presos ou jogados na miséria) e os menos diferentes serão uniformizados; o projeto moderno se funda na lógica "nós" (superiores, civilizados, europeus) versus "eles" (selvagens, bárbaros, índios, africanos, muçulmanos, judeus, mulheres, inferiores, incivilizados, preguiçosos, etc).

A invasão da América (que será chamada assim pelo invasor, a partir do nome de um invasor), marca o início do genocídio do mais diferente, que é considerado selvagem, menos gente, meia gente, sem alma, ou com meia alma, que por isto pode ser morto, escravizado, torturado. O mecanismo "nós versus eles" se funda em uma lógica narcisista: "sou melhor porque não sou o outro inferior ou, sou espanhol, sou europeu, uma vez que não sou selvagem, bárbaro, infiel, índio, negro

ou muçulmano." Importante lembrar que a lógica hegemônica narcisista⁴, ocorre na formação dos estados modernos, onde um grupo se sobrepõe ao outro: o castelhano sobre os bascos, catalães, galegos, valencianos na Espanha moderna, criando o espanhol; ou ingleses sobre celtas galeses, escoceses ou irlandeses, em um processo de ocultamento interno violento. Esta hegemonia se repete ainda internamente, fruto da construção da economia moderna capitalista, onde, entre o grupo étnico hegemônico, ou entre o novo grupo inventado, na nova nacionalidade (franceses, portugueses ou espanhóis, por exemplo), existem proprietários, empresários, ricos e de sucesso e de outro lado, empregados, trabalhadores, subordinados (ou na expressão norte-americana: perdedores).

Portanto, a lógica moderna se reproduz de forma circular autorreferencial indefinidamente e assim será enquanto não rompermos com o padrão moderno de sociedade moderna, europeia, ocidental, hegemônica: na invasão da América encontramos um grupo de pessoas que se auto denominam civilizados, que se consideram mais do que o resto do mundo e ocultam a diversidade (o outro inferior); na formação do estado moderno, um grupo étnico interno se considera mais do que outro grupo (como nos exemplos citados de Espanha e Reino Unido acima) e ocultam e proíbem os outros de viverem suas diferenças em relação ao grupo hegemônico que impõe seus valores; no grupo hegemônico também existem aqueles que se consideram mais do que outros menos (o proprietário em relação ao trabalhador no capitalismo moderno); chegando esta lógica na escola, nas relações sociais e na relação familiar, onde o homem é considerado, no decorrer dos quinhentos anos modernos ocidentais (no Brasil formalmente até 1988 ou no Código Civil até 2002) como mais do que a mulher.

A compreensão do pensamento binário (hegemônico) presente na lógica "nós" versus "eles" é fundamental para entendermos e superarmos a modernidade na qual estamos mergulhados até a cabeça. Este dispositivo moderno sustenta e justifica as relações sociais e econômicas modernas, e, enquanto não compreendermos isto não sairemos deste círculo infinito de violência exclusão.

⁴ A construção da identidade nacional se constitui em um projeto, também narcisista, onde me afirmo como nacional superior porque não sou o estrangeiro, diferente, inferior. A seguinte frase contém esta equação: "sou espanhol porque não sou índio, africano ou infiel".

Continuamos matando o outro selvagem, sem alma, menos gente, bárbaro, considerado inferior pelo grupo hegemônico. O dispositivo "nós versus eles" está dentro de nossa cabeça. É preciso romper com a modernidade e desocultar a diversidade, criando uma sociedade não hegemônica, sem "nós" ou "eles"; sem "civilizados" ou "incivilizados"; sem proprietários e empregados.

No processo de construção desta sociedade moderna, intrinsecamente (porque não tem como esta sociedade moderna ser de outro jeito sem deixar de ser moderna) desigual e opressora, como já demonstrado acima, é necessário construir justificativas, para que as pessoas possam aceitar passivamente o seu papel social, inclusive para que oprimidos aceitem fazer o papel de "cães de guarda" do sistema protegendo os opressores. Para isto é necessário criar um aparato ideológico capaz de construir as explicações "lógicas" da desigualdade e sua "legitimidade" o que podemos chamar de aparato (ou aparelhos) ideológicos do estado moderno. Louis Althusser⁵ irá desenvolver esta ideia (no século 20), e hoje, entre outros importantes pensadores, encontramos Slavoj Žižek⁶, que nos ajuda a compreender a ideologia como mecanismo de encobrimento que aparece de forma bem sistematizada pela primeira vez com Karl Marx⁷(no século 19).

Portanto, para que este poder opressor, uniformizador e excludente se efetive, ele precisa criar justificativas (que serão, é claro, mentirosas ou ideológicas no sentido negativo). Sem isto, as pessoas (uma boa parte) não aceitariam passivamente serem subordinadas e excluídas vivendo em um sistema econômico, social e cultural violento, que é contra as pessoas, que, em grande número, o defendem.

Talvez aí seja importante entender, dentro de um pensamento sistêmico, porque o sistema admite concessões (permissões) que ajudam a diminuir a pressão que ocorre ao aumentar a intolerância contra determinadas condutas. Ao criminalizar mais, fiscalizar mais, controlar mais e punir e encarcerar mais, assistimos um movimento simultâneo de permissões de comportamentos que não eram permitidos,

⁵ ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos do Estado** - nota sobre os aparelhos ideológicos do estado. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

⁶ ŽIZEK, Slavoj. **Bem vindo ao deserto do real**. São Paulo: Boitempo, 2003.

⁷ MARX, Karl. **A ideologia alemã** - Feurbach - a contraposição entre as cosmovisões materialista e idealista - Marx e Engels. São Paulo: Martin Claret, 2006.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 1 – Jan./jun. de 2016	Trabalho 04 Páginas 41-67
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

criando uma possibilidade de escape da pressão que se exerce do outro lado. Neste ponto é necessário refletir e investigar o que tem sido, cada vez mais proibido e o que tem sido permitido. Planejado ou não, fundado ou não em uma estratégia de poder, o fato é que os sistema tem se comportado desta maneira: ao lado da criminalização da pobreza e dos movimentos sociais, direitos que eram negados, e grupos que eram radicalmente excluídos, recebem agora uma autorização de "jouissance". Recebem permissão (e não direitos) para gozar. O gozo principal está expresso na sociedade de hiper consumo de tudo e todos. Tudo é permanentemente consumido e consumível de objetos a pessoas. Tudo é rapidamente consumível o que gera o enorme mal estar contemporâneo.

4 PROIBIR DE UM LADO E PERMITIR DE OUTRO

Um estudo que necessita ser feito, deve ter como objetivo a compreensão de como o sistema reage à pressão crescente, decorrente do aumento da criminalização sobre determinados comportamentos e um aumento sufocante dos mecanismos de controle (ideológico e tecnológico) sobre as pessoas, e, de outro lado, o aumento das permissões de gozo. Em outras palavras, precisamos investigar quais são os comportamentos cada vez mais proibidos e, em contrapartida, quais são as permissões concedidas para diminuir a pressão sobre o aumento de controle e repressão.

Slavoj Zizek, nos traz Jean-Claude Milner:

Jean-Claude Milner sabe muito bem que o *establishment* conseguiu desfazer todas as consequências ameaçadoras de 1968 pela incorporação do chamado 'espírito de 68', voltando-o, assim, contra o verdadeiro âmago da revolta. As exigências de novos direitos (que causariam uma verdadeira redistribuição de poder) foram atendidas, mas apenas à guisa de 'permissões' - a 'sociedade permissiva' é exatamente aquela que amplia o alcance do que os sujeitos têm permissão de fazer sem, na verdade, lhes dar poder adicional. (...) É o que acontece como direito ao divórcio, ao aborto, ao casamento gay e assim por diante; são todas permissões mascaradas de direitos; não mudam em nada a distribuição de poder.⁸

⁸ MILNER, Jean-Claude. **L'arrogance du présent**: regards sur une décennie, 1965-1975. Paris: Grasset, 2009. p.233.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 1 – Jan./jun. de 2016	Trabalho 04 Páginas 41-67
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Zizek cita Jean-Claude Milner:

Os que detém o poder conhecem muito bem a diferença entre direito e permissão. Talvez não saibam articular em conceitos, mas a prática esclareceu muito. Um direito, em sentido estrito, oferece acesso ao exercício de um poder em detrimento de outro poder. Uma permissão não diminui o poder, em detrimento de outro poder. Uma permissão não diminui o poder de quem outorga; não aumenta o poder daquele que obtém a permissão. Torna a vida mais fácil, o que não é pouca coisa.⁹

A partir destas ideias podemos refletir sobre o "sucesso" (depende para quem) da democracia liberal representativa e as operações constantes que este sistema tem feito de conversão de direitos, frutos de lutas, em permissões que esvaziam e desmobilizam estas lutas por poder, em uma acomodação, decorrente de uma aparente vitória pelo recebimento de permissões para atuar, fazer, e até mesmo ser feliz, desde que não se perturbe aqueles que exercem o poder naquilo que lhes é essencial: a manutenção do poder em suas vertentes econômica, cultural, militar e especialmente ideológica (que conecta e sustenta as outras vertentes).

O capitalismo tem sido capaz de, até o momento, resignificar os símbolos e discursos de rebeldia e luta em bens de consumo. Assim o movimento Hippie e Punk foi limitado aos símbolos de rebeldia controlados, onde as calças rasgadas já vem rasgadas de fábrica e os cabelos são pintados com tintas facilmente removíveis; Che Guevara é vendido na Champs Elisée e os pichadores e grafiteiros expõem no Museu de Arte de São Paulo. Tudo é incorporado, domado e pasteurizado. A "diversidade" está em uma praça de alimentação de Shopping Center ou no Epcot Center, onde é possível comer comidas de diversos lugares do mundo com um sabor e tempero adaptados ao nosso paladar. Da mesma forma funciona a democracia parlamentar (democracia liberal ou liberal-social representativa e majoritária). As opções são limitadas, e os partidos políticos, da esquerda "radical" à direita "democrática", se parecem com a diversidade de comidas com tempero parecido dos Shopping Centers. Escolher entre esquerda e

⁹ Esta tradução não é a mesma constante do livro de Slavoj Zizek (Primeiro como tragédia, depois como farsa; editora Boitempo, São Paulo, pag. 58) mas é feita pelo autor a partir do texto de Jean-Claude Milner no livro "La arrogancia del presente - miradas sobre una década: 1965-1975, 1 ed., Buenos Aires, Manantial, 2010.

direita, especialmente nas "democracias" "ocidentais" da Europa e EUA (ou Canadá e Austrália) dá no mesmo. Muda o marketing, as caras e as roupas, muda a embalagem, mas o conteúdo é muito semelhante.

Este aparato "democrático" representativo, parlamentar e partidário, processa permanentemente as insatisfações, lutas, reivindicações, como uma grande máquina de empacotar alimentos ou enlatar peixes e feijoadas. Esta absorção das reivindicações de poder democrático transformando-as em permissões bondosas do poder "democrático" representativo desmobiliza e perpetua as desigualdades e violências inerentes à modernidade e, logo, ao capitalismo, sua principal criação.

As democracias liberais (sociais) representativas majoritárias se transformaram em processadores de reivindicações, esvaziando o poder popular. Os direitos, a conquista do poder pelo povo se transformou em permissões de "jouissance"¹⁰. Aquele bife a milanesa especial (assim como o pão de queijo), diferente, delicioso feito em casa, com o sabor único da vovó, agora é industrializado: nós não mais fazemos, mas podemos comer a hora que quisermos. Igual o suco de laranja caseiro, industrializado, que vem com "gominhos" e com "carinho", de "verdade".

O problema da "jouissance" é que ela se tornou obrigatória na cultura consumista contemporânea (que é também moderna). Se posso aproveitar de alguma coisa, experimento isto como uma obrigação de não perder a oportunidade de gozar. Daí tanta depressão em uma sociedade fundada no gozo, no prazer e no consumo: uma sociedade do desespero.

A diferença entre conquistar um direito e uma permissão ocorre nas relações de poder e não, necessariamente, na existência ou não de determinados processos formais institucionalizados. Em outras palavras, a democracia representativa pode ser meio (isto é uma exceção à regra) de conquista de poder e de direitos, e isto os exemplos da América do Sul têm nos demonstrado. As transformações constitucionais na Venezuela, Equador e Bolívia, têm representado

¹⁰ No sentido de aproveitar de um direito; aproveitar um prazer de forma continua.

ganho de poder para aqueles que foram historicamente aliados deste durante séculos.

A questão essencial que ocorre nas democracias liberais representativas (e os países acima citados podem não se enquadrar mais neste conceito), é, em que medida, a luta por direitos resulta em ganho de poder, ou, ao contrário, como tem ocorrido com muita frequência, em ganho da possibilidade de aproveitar, usufruir, sem efetivamente uma transferência de poder de quem concede, permite, para quem é o permitido e concedido. Uma coisa é a pessoa poder usufruir de uma permissão de exercício de um direito. O poder continua com quem permite. Outra coisa é conquistar este direito para si, o que implica que quem detinha este poder de conceder ou não, não mais o detém. Trata-se neste caso de uma mudança de mãos do poder. O que podemos perceber, e precisamos ter atenção, é para o fato de que, a "democracia" representativa, pode cumprir uma outra função não democrática, a de manter o poder nas mãos de sempre, ou, em outras palavras, mudar para manter as coisas como estão. Não podemos generalizar mas precisamos observar.

Percebendo que a democracia é apenas tolerada pelos que efetivamente detém o poder econômico na modernidade, são comuns as rupturas. Toda vez que esta democracia serve como canal de conquista de poder daqueles que não tinham, assistimos uma ruptura ou tentativa de ruptura, muito comum: Brasil (1964 e as várias e constantes tentativas de golpes e pequenos golpes diários); Chile (1973); as ditaduras da Argentina e Uruguai na década de 1970; a tentativa de golpe contra Hugo Chaves em 2001; o golpe em Honduras e em 2011 e o golpe parlamentar no Paraguai em 2012, são alguns exemplos.

Assim, após o constitucionalismo liberal não democrático, a conquista da democracia representativa vem acompanhada dos constantes golpes que geram formas de autoritarismo.

A relação de poder nestas duas formas alternativas de manutenção de poder no estado moderno ocorrem de formas distintas. Enquanto o poder nas democracias liberais sociais representativas permanece nas mesmas mãos por meio de permissões, nas ditaduras e totalitarismos ocorre uma submissão que funciona em forma de concessões ou permissões paternalistas atendendo aos pedidos do

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 1 – Jan./jun. de 2016	Trabalho 04 Páginas 41-67
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

povo infantilizado (nas ditaduras) ou da total submissão ideológica, no totalitarismo, onde o poder concede, mesmo não havendo possibilidade do pedido. No totalitarismo o poder, além de criar o que os submetidos vão desejar; ele responde quando quer, sem pedido, àquela demanda que este poder criou no sujeito (subjetivado pelo poder).

Portanto temos nestas duas estruturas de poder, formas de submissão agressivas. A primeira, um ditador paternalista pode ou não atender aos pedidos aceitáveis, punindo os pedidos inaceitáveis. Esta submissão se funda em relações de amor e ódio à figura do poder encarnada no líder. O totalitarismo é mais sofisticado: o poder atende às demandas ocultas do povo, que são direcionadas aos interesses daqueles que efetivamente detém o poder. Neste estado o poder é total e age todo o tempo. Não há concessões dialógicas ou racionais. O poder é real, brutal, mas age a partir das demandas ocultas do povo, que são manipuladas e redirecionadas.

Diferente de submissões (ditaduras e totalitarismos) e de permissões ("democracia" representativa majoritária), um espaço de conquista de direitos não hegemônico significa que o poder é dividido, compartilhado. Trata-se da construção de um espaço comum, onde o direito comum é construído por meio da construção de consensos, sempre provisórios, nunca hegemônicos e raramente majoritário (o que acontece na Bolívia, no Estado Plurinacional).

5 INFILTRAÇÕES

Vimos que a Constituição brasileira anuncia uma nova perspectiva de compreensão dos direitos de igualdade e diferença ao reconhecer o direito à diferença como direito individual e coletivo. Compreendemos que a modernidade se funda em um projeto hegemônico e europeu que para justificar-se estabeleceu e reproduziu a lógica binária de subalternização do outro diferente: nós versus eles. Assim o direito e o estado moderno tem um objetivo essencial que persegue nestes duzentos anos de modernidade e do qual depende a continuidade do poder centralizado, hegemônico e hierarquizado deste estado moderno: a uniformização

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 1 – Jan./jun. de 2016	Trabalho 04 Páginas 41-67
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

de valores e comportamentos que passa pela uniformização do direito de família e de propriedade, o que viabiliza o poder central do estado e da economia moderna. Partindo destes pressupostos vamos desenvolver a ideia de um direito à diversidade individual e coletivo como um novo paradigma constitucional que ultrapassa a lógica binária e um direito à diferença como direito também individual e coletivo.

Antes de analisarmos a diferença entre estes direitos de diferença e diversidade vamos procurar compreendê-los como infiltrações modernas. O que seriam estas infiltrações? Como elas ocorrem e quais podem ser suas consequências?

No conceito que brevemente construímos de modernidade vimos que esta é europeia, não existe para todos, é hegemônica e necessita de uniformizar os menos diferentes, expulsando, excluindo, exterminando, encarcerando os considerados mais diferentes nestes 500 anos de modernidade europeia. Delimitando o conceito de modernidade em sua tarefa hegemônica de criação de uniformidades (padrões), podemos compreender como "infiltrações" os movimentos que contrariam este objetivo.

Temos uma hipótese que se abre para comprovações e refutações que muito poderão ajudar na compreensão deste projeto moderno. Em medidas distintas, os movimentos de resistência e por ruptura, reproduzem os elementos essenciais da modernidade: padronização, uniformização e pensamento binário subalternizado (nós civilizados versus eles incivilizados), que se reproduzem em discursos mitológicos da modernidade como o "universalismo" europeu; a separação do indivíduo da natureza; o desenvolvimento linear que sustenta o discurso civilizatório ocidental. Mais, em medidas distintas, os pensamentos político, econômico e filosófico modernos reproduzem estas hegemonias e mitos, o que pode ser encontrado, por exemplo, em Hegel, Kant, Marx, e nas construções políticas, econômicas e filosóficas do liberalismo, socialismo, comunismo, social-democracia e claro, no conservadorismo de direita, assim como nas exacerbações modernas do fascismo e do nazismo. Há algo de não moderno? Onde existem as infiltrações e quais são os movimentos de resistência efetiva que escapam do núcleo moderno?

Neste sentido analisamos o direito a diferença (individual e coletivo) e o direito à diversidade (individual e coletivo).

6 DIREITO À DIFERENÇA

Em que medida ou quantas vezes a luta e a conquista de direitos dos grupos subalternizados não foi transformada em permissões de "jouissance" que enquadraram os "diferentes" nos padrões modernos? O direito à diferença pode ser considerado uma infiltração na modernidade que pode destruir sua represa de uniformização e subalternização?

O direito à diferença confronta e desafia a tarefa do estado e do direito moderno de uniformização de comportamentos e valores, e de encobrimento, expulsão, encarceramento ou eliminação daqueles grupos ou pessoas que resistem ou não se adéquam à padronização. O padrão moderno de hegemonia do "homem branco europeu" construiu uma sociedade androcentrica, estabelecendo a sua primeira "outra" diferente: a mulher. A relação entre homens e mulheres, marido e mulher, explicita o dispositivo "nós" superior e "elas" inferior¹¹. As lutas das mulheres pela ressignificação de seu sentido social, pode se apresentar de três formas: como resistência; como busca por ruptura; ou ainda, como infiltração, ao negligenciar o padrão masculino. Em todos os casos, vemos uma ameaça ao projeto moderno.

Esta luta por direitos das mulheres (direito a diferença enquanto um direito individual) e os seus mais recentes fatos e construções teóricas, é importante para exemplificarmos o que entendemos por resistência; busca de ruptura (confronto); negligencia (infiltrações); assim como a transformação desta luta em assimilações e permissões por contaminações pela modernidade.

O luta pelo direito à diferença pode ser entendido como uma infiltração no projeto moderno de uniformização e subalternização do outro (diferente) na medida em que, os movimentos sociais diversos, que lutam por "reconhecimento", forçam sua entrada no sistema, criando tensões e contradições que podem levar ao

¹¹ O lugar da mulher não é o mesmo nas "outras" culturas que foram subalternizadas na modernidade, embora a subalternidade feminina possa ser encontrada em vários outros tempos históricos.

comprometimento, transformação e até ruptura do sistema moderno. Será? Como o sistema reage a estas tensões? Primeiro, ao pedir reconhecimento, este pedido significa entrar no sistema. O pedido de reconhecimento pelo sistema é um pedido de acolhimento pelo sistema, o que pode significar que estamos a um passo da transformação de um direito em uma permissão, assim como a contaminação desta luta pela lógica do sistema. Assim, esta luta por reconhecimento deixa de ser contradição em relação ao sistema (moderno) e passa a ser comandada pelos mesmos princípios uniformizadores e binários subalternizados da modernidade.

Um exemplo disto podemos encontrar na história, na luta de mulheres revolucionárias, que já foi por um novo sistema (ainda há exceções) que supere as exclusões e passou a ser majoritariamente uma luta pelo reconhecimento de direitos pelo sistema, o que mantém algum tipo, sempre, de exclusão. A líder operária norte-americana "Mother Jones" (Mary Harris, imigrante pobre irlandesa que participou da fundação do partido socialista dos EUA em 1901) discursou no início do século XX: "Fora a derrota total do sistema capitalista, não vejo nenhuma solução. Em meu juízo, o pai que vota pela perpetuação deste sistema é tão assassino quanto se pegasse um revólver para matar seus próprios filhos."¹²

O projeto de mudar todo o sistema é transformado, nas últimas décadas do século XX, em reivindicações pontuais e fragmentadas, de grupos que passam a atuar individualmente e reproduzem a lógica moderna "nós x eles" como por exemplo "nós" mulheres versus "eles" homens. Judith Butler¹³ nos chama atenção para muitos casais gays femininos que reproduzem a lógica binária "masculino versus feminino" fundado no pensamento binário de subalternidade do outro, onde se vê uma pessoa assumindo o papel masculino de opressão (com violência física e/ou moral) sobre a outra pessoa do casal que desempenha o papel histórico moderno da subalternidade feminina.

Butler nos chama a atenção para a necessidade de superar o pensamento binário na questão de gênero (ou mesmo superar o gênero) para evitar

¹² GORN, Elliot J. Motehr Jones, la madre del sindicalismo norteamericano. In: BREVILLE, Benoît et VIDAL, Dominique (compiladores). **Revoluciones que cambiaran la historia** - sociales, políticas, nacionales, culturales, sexuales. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2012. p. 19.

¹³ BUTLER, Judith. **El género en disputa** - el feminismo y la subversión de la identidad. 4ª impresión. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, marzo de 2011.

reproduzir a opressão binária presente no conceito de sexo (biológico) e de gênero (social cultural naturalizado).

Citando Judith Butler:

Aunque algunas lesbianas afirman que la identidad lésbica masculina no tiene nada que ver con "ser hombre", otras sostienen que dicha identidad no es o no ha sido más que un camino hacia el deseo de ser hombre. Sin duda estas paradojas ha proliferado en los últimos años y proporcionan pruebas de un tipo de disputa sobre el género que el texto mismo no previó.¹⁴

Ao se referir ao não previsto no texto, Judith Butler se refere a um texto seu que fundamentou o início do desenvolvimento da teoria Queer.

Vemos aí o exemplo de que, o que aparece como resistência, se transforma em luta por ruptura e reconstrução de sentidos, pode acabar por se transformar em aceitações de "permissões" que contaminam a luta por direitos de diferença reproduzindo de novo o padrão moderno "uniformizador" e "binário opressivo" que rebaixa ou subordina um outro, qualquer outro.

A história do movimento gay, em busca de revolução e construção de uma outra sociedade onde haja espaço para "todxs"¹⁵, nos ajuda a compreender as perigosas armadilhas modernas e nos leva ainda a entender como, mesmo exigindo uma outra sociedade igualitária economicamente (e não só), a esquerda caiu em várias armadilhas modernas:

En la noche del 27 de Junio de 1969, la policía irrumpe en Stonewall Inn, un bar gay de Nueva York frecuentado por travestis afroamericanos y portorriqueños. Aropellos, redadas, arrestos: el control se excede e degenera. Se suceden tres noches de motines que radicalizan el movimiento homosexual y desembocan en la creación del Gay Liberation Front (GLF)".¹⁶

¹⁴ BUTLER, Judith. **El género en disputa** - el feminismo y la subversión de la identidad. 4ª impresión. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, marzo de 2011. p.13.

¹⁵ "Todxs" é uma tentativa de comunicar o que os idiomas modernos e sua gramática padronizada não nos permite. Todxs significa inclui para além de homem e mulher, qualquer dos diversos gêneros socialmente construídos e existentes, assim como para além de qualquer gênero ou classificações limitadoras.

¹⁶ BREVILLE, Benoît, Homosexuales e subversivos. In: BREVILLE, Benoît et VIDAL, Dominique (compiladores). **Revoluciones que cambiaran la historia** - sociales, políticas, nacionales, culturales, sexuales. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2012. p. 19.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 1 – Jan./jun. de 2016	Trabalho 04 Páginas 41-67
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Na obra "Gay Manifesto" de Carl Wittman (1970)¹⁷, o autor assiná-la que é necessário unir a luta dos oprimidos associando compromisso revolucionário com emancipação social. Para o autor é necessário perceber que os heterossexuais, assim como os brancos, homens, anglofonos e capitalistas, só percebem o mundo em um registro binário hierarquizado onde 1 é inferior a 2 que é inferior a 3 e assim por diante. Não há lugar para a igualdade e as oposições binárias sempre remetem a um inferior: homem/mulher; heterossexual/homossexual; patrão/empregado; branco/negro; rico/pobre. Nos EUA o movimento revolucionário Gay pretende estabelecer uma nova ordem que lute por um mundo sem os padrões uniformizadores e o padrão binário de subalternização do outro. Na década de 1960/70 o discurso do GLF seduziu o Black Panther Party (BPP) e os lemas "Black is Beautiful" e "Gay is good" foram vistos juntos. Em 1970, na "Revolutinary People's Constitutional Convention" defendia-se a união das lutas dos "outros" subalternizados e excluídos pela modernidade: a união de negros, mulheres e gays para a construção de um outro mundo.

Na década de 1970, dezesseis grupos revolucionários como o Gay Liberation Front, representando 10 países, se reuniram para formar uma Internacional Homossexual Revolucionária (IHR). Na França, a Frente Homossexual de Ação Revolucionária (FHAR) associava a defesa de mudanças radicais dos costumes e transformação social. Esta história nos é especialmente importante para pensarmos nossa hipótese. A defesa da Frente é a mudança da sociedade, ruptura com o capitalismo e o que este sistema econômico traz com ele: a uniformização de costumes e valores assim como com os registros binários (o dispositivo moderno nós superiores versus eles inferiores). Tratava-se mais do que uma resistência, era a ruptura e a ressignificação do mundo. Em que medida esta ruptura poderia efetivamente romper com os elementos essenciais da modernidade acima mencionados? O movimento representava mais do que uma infiltração nas estruturas modernas, não se tratava apenas (o que não é pouco) de pessoas e

¹⁷ BREVILLE, Benoît, Homossexuales e subversivos. In: BREVILLE, Benoît et VIDAL, Dominique (compiladores). **Revoluciones que cambiaran la historia** - sociales, políticas, nacionales, culturales, sexuales. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2012. p. 19.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 1 – Jan./jun. de 2016	Trabalho 04 Páginas 41-67
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

coletivos fazendo diferente no meio do sistema¹⁸, era abertamente contrário, combatia os alicerces modernos uniformizadores e binários: não apenas negligenciava (profanava) o sistema mas o combatia frontalmente¹⁹.

Na luta por transformação a FHAR procurou alianças políticas. Os seus militantes atuavam em grupos de trabalhos temáticos, distribuíam folhetos e organizavam reuniões de informação. A aproximação com o Partido Socialista francês não funcionou. Bem moderado, o Partido atuava dentro do jogo político representativo moderno e entendendo ser prudente e conveniente para seus interesses, dizia que as preferências sexuais pertenciam à esfera privada (grave equivoco) e que não mereciam posições políticas. O Partido Socialista Unificado, é mais simpático às FHAR mas não compartilha das propostas revolucionária da Frente. Diante disto, os olhares se voltam à extrema esquerda. Guy Hocquenghem, comprometido com a organização maoista VLR (Vive la Revolution) sugeriu a utilização do periódico "*Tout*", na época dirigido por Jean Paul Sartre, que abre as portas à Frente. Alguns membros das FHAR redigem as quatro páginas centrais do periódico. Defendem, entre outras coisas, que os homossexuais saiam do gueto mercantil em que a sociedade burguesa os colocou. No dia 1 de Maio de 1971 as FHAR procuram se aproximar ainda mais do movimento operário. Alguns gays radicais desfilam ao lado dos sindicatos carregando um grande cartaz que diz: "Abaixo a ditadura dos normais". Entretanto, a aceitação do movimento revolucionário gay encontrará muitas dificuldades e será combatido à direita e à esquerda. De maneira que ilustra bem a nossa hipótese (da necessidade de compreender a modernidade para compreender o capitalismo e as possibilidades de sair deste sistema), o discurso binário de esquerda é reafirmado: a luta é entre capital e trabalho; trabalhadores versus capitalistas, e não entre normais e anormais. Este discurso ignora todos os ataques ao pensamento e a luta de esquerda que foi criminalizada e "anormalizada" no decorrer do século XIX e XX, sendo combatida

¹⁸ A ideia de infiltração como contradição interna no sistema, com a presença de práticas que negam a sua essência e pode, em um momento, comprometer o funcionamento deste, pode ser complementada pela ideia de negligência, profanação do sistema, na ideia desenvolvida por Giorgio Agambem em seu livro *Profanações* da editora Boitempo.

¹⁹ Não quero dizer que negligenciar não tem a força de destruir o sistema. Talvez hoje a negligência em relação ao sistema (a profanação no significado trabalhado por Giorgio Agambem) seja a maneira mais eficaz de construir um outro mundo.

com o direito penal, a medicina e a psiquiatria. Este discurso reproduz o pensamento binário subalternizado e a uniformização, essenciais à modernidade, e tarefa principal do estado e do direito modernos. A esquerda caía na armadilha moderna, se é que, efetivamente, esteve, de forma majoritária, fora dos grilhões da modernidade²⁰, em algum momento. A concepção de história, de esquerda, foi, e ainda é, em muitos casos, uma concepção linear moderna, encontrando, entretanto, importantes críticas em autores como Walter Benjamin.²¹

O flerte entre o movimento revolucionário e o projeto revolucionário operário tem um triste episódio que pode ilustrar como o Partido Comunista Francês sucumbe à modernidade, e logo, compromete qualquer projeto revolucionário efetivo.²² Em 1972, Pierre Juquin resume a posição do Partido Comunista Francês afirmando que: "La cobertura de la homosexualidad o de la droga nunca tuvo nada que ver con el movimiento obrero. Tanto una como la otra representan incluso lo contrario del movimiento obrero."²³

Durante um encontro do Partido, Jacques Duclos (que foi candidato à presidência da França pelo PCF), ao ser perguntado por um militante das FHAR se o Partido Comunista tinha revisto suas posições sobre supostas perversões sexuais, agride verbalmente de forma violenta todos os militantes gays com um discurso muito semelhante a um discurso religioso de direita, ao afirmar que "as mulheres francesas são sãs; o PCF é são; os homens são feitos para amar as mulheres".²⁴

²⁰ Para entender o texto é necessário lembrar o sentido de "modernidade" empregado no texto.

²¹ BREVILLE, Benoît, Homosexuales e subversivos. In: BREVILLE, Benoît et VIDAL, Dominique (compiladores). **Revoluciones que cambiaran la historia** - sociales, políticas, nacionales, culturales, sexuales. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2012. p. 35.

²² Na perspectiva de que a modernidade (representada pelo estado e o direito moderno) cria e sustenta o capitalismo e logo, qualquer tentativa de superar este sistema econômico deve implicar na compreensão para superação da modernidade nos seus elementos nucleares: uniformização e logo rejeição da diversidade; falsa universalização; justificativas de poder sustentadas sobre o pensamento binário de subalternização do outro; história linear; separação do indivíduo da natureza e concepção de um indivíduo monolítico, não processual e isolado..

²³ BREVILLE, Benoît, Homosexuales e subversivos. In: BREVILLE, Benoît et VIDAL, Dominique (compiladores). **Revoluciones que cambiaran la historia** - sociales, políticas, nacionales, culturales, sexuales. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2012. p. 19.

²⁴ BREVILLE, Benoît, Homosexuales e subversivos. In: BREVILLE, Benoît et VIDAL, Dominique (compiladores). **Revoluciones que cambiaran la historia** - sociales, políticas, nacionales, culturales, sexuales. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2012. p. 19.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 1 – Jan./jun. de 2016	Trabalho 04 Páginas 41-67
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

O que assistimos desde então, é uma cada vez maior fragmentação das lutas por direitos, o que compromete o seu sucesso, facilita o atendimento de demandas por meio de permissões, divide os grupos oprimidos ("elxs") e inviabiliza ou dificulta extremamente qualquer projeto alternativo de construção de uma sociedade plural, não hierarquizada (entre nós versus eles) e não excludente. Um ponto para investigação e reflexão pode ser realizado a partir destas conclusões: em que medida o movimento gay, o movimento feminista, entre outros, de movimentos de resistência, de ruptura ou de negligência (profanação) em relação à modernidade, se transformaram em movimentos reivindicatórios de permissões de "jouissance" por parte do estado. Fica, por enquanto, a provocação.

Ao combater o capitalismo moderno, as esquerdas e vários de seus mais importantes pensadores (não generalizando, é claro), reproduzem a lógica binária; a linearidade histórica e o universalismo "europeu", estranhando e subalternizando o diferente. Mais uma vez ocorre a contaminação pela modernidade de lutas de resistência ou de lutas por rupturas. Vislumbramos lutas internas de transformação da modernidade, mas as pretensões de rupturas revolucionárias não se mostraram tão profundas, pois, ao pretender romper com a economia capitalista moderna, estes movimentos não foram capazes de ver dispositivos modernos uniformizadores e excludentes, mantendo-os intactos. Pensando desta forma, a ruptura não era tão grande assim, e talvez este ponto tenha sido um de seus grandes problemas: a violenta ruptura revolucionária manteve funcionando os dispositivos e mecanismos modernos mencionados. A revolução deve ser para a superação da modernidade (sua essência excludente uniformizadora e binária opressora) e não apenas contra um sistema de produção essencialmente excludente pois binário opressor e uniformizador: o capitalismo. Acrescentamos neste ponto uma reflexão importante a partir de Agambem e o seu conceito de profanação: talvez a revolução não precise e não deva ser contra a modernidade, mas a revolução radical ocorrerá com a "profanação" da modernidade, com a negligência diária aos seus mecanismo excludentes e uniformizadores: a isto chamamos de infiltrações. Estas infiltrações diárias aumentam constantemente até um ponto de possível ruptura da "barragem" moderna ou sua superação por meio de

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 1 – Jan./jun. de 2016	Trabalho 04 Páginas 41-67
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

transformações estruturais. Um trabalho a ser feito, pode ser o de identificar as pequenas diárias "profanações".

Judith Butler começa a nos falar em diversidade, para além da diferença.

7 DIREITO À DIVERSIDADE

Quando falamos em direito a diferença devemos perguntar: diferente de que?

Se o direito à diferença enquanto direito individual é uma infiltração na modernidade, o direito à diferença como direito coletivo traz um potencial ainda maior de comprometimento da uniformização moderna. O estado moderno sempre reagiu com enorme violência a toda tentativa de se estabelecer um sistema alternativo de organização social que não funcionasse sobre as bases modernas uniformizadas, hierarquizadas e binárias subalternas. No Brasil, apenas no século XXI encontramos alguns processos mais efetivos de "reconhecimento" de direito dos povos quilombolas e sua forma distinta de organização de direito propriedade. Entretanto, se de um lado se ampliam os reconhecimentos e aumenta a população quilombola, de outra aumentam os ataques no sentido de descaracterizar sua cultura e forma de viver e se organizar.

Mas, tudo isto ainda é muito moderno: ao admitirmos um direito à diferença como direito individual ou coletivo, admitimos que o estado (moderno) ainda pode e deve estabelecer padrões superiores de organização social e comportamento individual. Quanto falamos em direito à diferença devemos nos perguntar: diferente de que? Respondemos: do padrão civilizatório, do padrão do bom, do melhor, estabelecido pelo estado e seu direito: "reconheço o outro diferente, na sua diferença, mas deixo claro sua diferença enquanto algo estranho, que foge aos padrões de civilização moderna masculina, branca e europeia".

As Constituições da Bolívia e Equador vêm construir um outro direito: o direito à diversidade enquanto direito individual e coletivo.

Como mencionado no início deste texto, vários são os pontos de ruptura com a modernidade que podem ser percebidos e precisam ser discutidos. Estes

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 1 – Jan./jun. de 2016	Trabalho 04 Páginas 41-67
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

pontos de ruptura podem significar uma reconstrução da Teoria da Constituição, da Teoria do Estado e mesmo da Teoria do Direito modernas. Em vários outros textos trabalhamos alguns destes aspectos, como a superação da democracia majoritária e a reconstrução da relação entre Constituição e Democracia; a superação da formula "Roma Locuta, Causa Finita" que marca o funcionamento do Judiciário moderno e da mesma democracia representativa majoritária; a superação de um sistema monojurídico com um único direito de família e de propriedade, por um sistema plurijurídico; uma nova concepção de pessoa singular plural e processual e uma nova concepção de natureza que inclui toda a vida, incluindo da pessoa.

O núcleo destas transformações está na construção de um espaço de diversidade, na proteção constitucional ao direito à diversidade como direito individual e coletivo. O direito à diversidade não se confunde com o direito à diferença, que mencionamos anteriormente. No direito à diferença (individual ou coletivo) o estado e o sistema jurídico moderno continuam atuando no sentido de reconhecer, de incorporar aos seus padrões, ainda estabelecendo uma referência de melhor. O processo pode ser expresso na seguinte equação: o ordenamento reconhece o outro diferente (estranho, esquisito, fora dos padrões), enquadra na lei, protege sua manifestação como algo fora do padrão, e permite a existência e manifestação. Um reconhecimento de existência (como se para existir fosse preciso o olhar deste grande pai: o estado e seu direito) e uma permissão de "jouissance". As lutas de diversos grupos "minoritários" por direitos é uma luta por reconhecimento e permissão ou por conquista de direito? É uma luta pela incorporação no sistema ou pela construção de um outro sistema?

O direito à diversidade segue outra lógica. Em primeiro lugar não há permissões nem reconhecimentos. Não há inclusão por que não pode haver exclusão. A lógica pode ser resumida nas seguintes frases: "existir e me apresento na minha existência". "Não dependo do seu olhar ou de seu registro para que eu exista". Reconhecimento significa conhecer de novo, significa enquadrar no já conhecido. Trata-se de uma forma de enquadrar o novo nos padrões existentes ou de simplesmente não conhecer o novo, ou ainda não possibilitar a existência do novo, como tal, de forma autônoma. Reconhecer significa ainda manter a lógica

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 1 – Jan./jun. de 2016	Trabalho 04 Páginas 41-67
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

binária incluído/excluído. Se sua existência depende do reconhecimento, ao reconhecê-lo afirmo a possibilidade, também, de não reconhecê-lo.

Na lógica da diversidade não há mais reconhecimento pois não há mais um padrão do melhor: diferente de que? Não há mais este "que" ou "quem" que se estabelece como referência do bom. O outro não é mais o inferior, a ameaça, o medo; o outro se transforma na possibilidade do novo. O outro é aquele que tem o que eu não tenho, e eu tenho o que ele não tem. Assim os outros representam uma possibilidade imensa de crescimento e aprendizado para todos os outros e para mim.

Portanto, um espaço de diversidade é um espaço de existência livre comum. O espaço de diversidade é o espaço de diálogo permanente em busca de consensos sempre provisórios. O espaço de diversidade requer uma postura de abertura para com o outro, os outros. Ouço o outro não para derrotar seu argumento, não para vencê-lo, o que impossibilita o diálogo, ouço o outro para aprender com ele assim como o outro me ouve para aprender comigo. A resultante do diálogo obrigatório nos espaços de diversidade não será uma fusão de argumentos, nem uma soma de argumentos, muito menos a vitória de um argumento, mas sim um novo argumento, construído pela postura de abertura, onde todos devem abrir mão de alguma coisa para que todos possam ganhar alguma coisa, e tudo pode ser permanentemente discutido e rediscutido.

O direito à diversidade (individual e coletivo) parte do pressuposto da complementaridade. No lugar de hegemonias, linearidades históricas, superioridades culturais, missões civilizatórias ou proselitismos, a diversidade é convivência que tem por base a lógica de complementaridade: os que os outros têm eu não tenho, os que os outros não têm, eu tenho, somos assim complementares.

8 ALTERNATIVAS: A SUPERAÇÃO DO PENSAMENTO BINÁRIO

Não há possibilidade de consenso quando a minha satisfação depende da insatisfação de outro. Não é possível uma democracia efetiva consensual no sistema capitalista e as contradições binárias inerentes a este sistema. Consensos neste

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 1 – Jan./jun. de 2016	Trabalho 04 Páginas 41-67
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

sistema, que envolvam questões socio-econômicas, serão sempre ideológicos (falsos) e os consensos realizados em outros campos tendem a sofrer distorções ideológicas negativas.

A lógica moderna fundada no pensamento binário sustenta a modernidade. Uma armadilha que precisa ser superada.

O novo constitucionalismo democrático na América Latina, especialmente as Constituições da Bolívia e Equador, aparece como uma alternativa de superação das engrenagens uniformizadoras do estado moderno assim como fundamento para a construção de um outro sistema mundo. No lugar de uma democracia meramente representativa e majoritária concorrencial é construída a alternativa de uma democracia consensual fundada na busca do consenso na solução dos conflitos e na construção de políticas públicas. No lugar de um judiciário que funciona de forma imperial, dizendo o direito ao caso concreto, a busca permanente da mediação por meio da construção de consensos provisórios e sempre democráticos, que objetivem o equilíbrio, ou o restabelecimento do equilíbrio perdido com o conflito.

Para que seja possível a construção de uma democracia consensual e de espaços "comuns", de um direito "comum" é necessário que algumas dicotomias naturalizadas sejam historicamente superadas como por exemplo: capital versus trabalho.

Quais são as dicotomias necessárias?

Claro que não vamos responder esta pergunta agora. Podemos apenas provocar afirmando que, mesmo as dicotomias que parecem naturais, como dia e noite, claro e escuro, são simplificações falsas e construções arbitrárias culturais. Não há um dia e uma noite mas um permanente processo de transformação das condições de clima e luminosidade que se rebelam ao contar matemático das horas, minutos e segundos. Não há um claro e um escuro mas um processo permanente de mudança de luminosidade. Sobre a falsidade da dicotomia ideologicamente (no sentido negativo e positivo do termo) naturalizada de homem e mulher sugiro a leitura de Judith Butler.²⁵ Não vamos desenvolver estas ideias agora. Isto exigiria

²⁵ BUTLER, Judith. **El género en disputa** - el feminismo y la subversión de la identidad. 4ª. Impresión. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, marzo de 2011.

muitas páginas e muitas palavras. Seria um livro inteiro. O que queremos sugerir como reflexão nestas palavras finais, neste texto, é que as dicotomias que são naturalizadas, não são naturais, e mais, que devemos superar este pensamento dicotômico binário para viabilizar consensos democráticos e a superação de uma sociedade e economia excludentes. A superação da exclusão não se dá pela inclusão, mas pela superação da dicotomia exclusão versus inclusão. Uma sociedade sem excluídos será uma sociedade sem incluídos. A mesma lógica pode ser aplicada em outras dicotomias: pobres e ricos; capital e trabalho; bem e mal; "nós versus eles"; civilizado e incivilizado. Estas dicotomias não são naturais, não são necessárias, e de sua extinção depende a construção de uma alternativa ao violento mundo moderno.

9 REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos do Estado** - nota sobre os aparelhos ideológicos do estado. 2 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

BREVILLE, Benoît. Homosexuales e subversivos. In: BREVILLE, Benoît et VIDAL, Dominique (compiladores). **Revoluciones que cambiaran la historia** - sociales, políticas, nacionales, culturales, sexuales. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2012.

BUTLER, Judith. **El género en disputa** - el feminismo y la subversión de la identidad. 4ª. Impresión. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, marzo de 2011.

GORN, Elliot J. Motehr Jones, la madre del sindicalismo norteamericano. In: BREVILLE, Benoît et VIDAL, Dominique (compiladores). **Revoluciones que cambiaran la historia** - sociales, políticas, nacionales, culturales, sexuales.. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2012.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Estado Plurinacional e Direito Internacional**. Curitiba: Juruá, 2012.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 1 – Jan./jun. de 2016	Trabalho 04 Páginas 41-67
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

MARX, Karl. **A ideologia alemã** - Feurbach - a contraposição entre as cosmovisões materialista e idealista - Marx e Engels. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MILNER, Jean-Claude. **L'arrogance du présent**: reards sur une décennie, 1965-1975. Paris: Grasset, 2009.

WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu** - a retórica do poder. São Paulo: Boitempo, 2007.

ZIZEK, Slavoj. **Bem vindo ao deserto do real**. São Paulo: Boitempo, 2003.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 1 – Jan./jun. de 2016	Trabalho 04 Páginas 41-67
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com