

A “ORAÇÃO AOS MOÇOS” DE RUY BARBOSA E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE A BRASILEIRA*

A "PRAYER FOR YOUNG MEN OF" RUY BARBOSA AND THE PRINCIPLE OF EQUALITY A BRAZILIAN

Regina Lúcia Teixeira Mendes da Fonseca

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de explicitar a forma peculiar pela qual a sociedade brasileira atualiza o princípio do Livre da Igualdade jurídica tomando como base de justificação o texto da “Oração aos Moços” de Ruy Barbosa e as suas implicações na sedimentação da efetividade dos direitos de cidadania. A metodologia utilizada foi a de análise do discurso de Ruy Barbosa, contextualizando-a e comparando este discurso com as atualizações feitas pela doutrina jurídica atual para compatibilizar o princípio da igualdade com privilégios positivados no ordenamento jurídico infraconstitucional brasileira. Como referenciais teóricos tomei os trabalhos de Foucault, Bourdieu acerca do campo jurídico, além dos estudos de Marshall acerca de cidadania.

PALAVRAS-CHAVES: IGUALDADE JURÍDICA, DIREITOS FUNDAMENTAIS, ACESSO A JUSTIÇA, RUY BARBOSA.

ABSTRACT

This paper aims to explain the peculiar way in which the Brazilian company updates the principle of Free Legal Equality taking as a basis to consider the text of "Prayer for Boys" by Ruy Barbosa and the implications for sedimentation of the effectiveness of rights citizenship. The methodology used was a discourse analysis of Ruy Barbosa, within today's speech and comparing it with the updates made by the current legal doctrine to reconcile the principle of equal privileges positivized the legal infra-Brazilian. As I took the theoretical work of Foucault, Bourdieu about the legal field, and the studies of Marshall about citizenship.

KEYWORDS: LEGAL EQUALITY, RIGHTS, ACCESS TO JUSTICE, RUY BARBOSA.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

O flagrante descompasso existente entre o discurso igualitário da Constituição brasileira de 88, no art 5º. caput, que proclama que *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)*, e os privilégios explícitos existentes no nosso ordenamento jurídico positivo foi o motor inicial da formulação de minha problemática. Este trabalho tem por objetivo enfrentar a questão da maneira peculiar pela qual a sociedade brasileira apropriou-se do princípio da igualdade jurídica, base do instituto da cidadania nos países que hoje vivem o estado democrático de direito e de como ela o atualiza, de modo a manter os privilégios positivados em nosso ordenamento jurídico.

Mais instigante ficou a pergunta quando constatei que, além das contradições explícitas existentes no nosso ordenamento, mais longe ainda do discurso igualitário constitucional ficam nossas práticas jurídicas. Neste caso, não cabe a máxima “a teoria na prática é outra”, porque o que se constata é a existência de duas teorias diferentes: uma que informa o discurso e outra que informa a prática jurídica. Não há apenas a diferença entre teoria e prática.

A Constituição da República de 88, a chamada constituição cidadã, enfatiza o princípio da igualdade, dando a ele e a todos os seus conseqüentários *status* de garantia constitucional. A adoção da cláusula do acesso universal à justiça, com a introdução de novidades como a implantação dos Juizados Especiais para julgamento de causas de menor complexidade, e, em matéria penal, para o julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, positivadas nos incisos do art. 5º e no art 98, I e parágrafo da Carta de 88, é um exemplo do que estou dizendo. [\[1\]](#)

Ao mesmo tempo, encontram-se positivados no nosso ordenamento infraconstitucional institutos que ferem claramente o princípio da igualdade, uma vez que dispensam tratamento jurídico distinto a situações semelhantes em função da posição que seus agentes ocupam na escala social. Para exemplificar, podemos citar, entre outros institutos, a prisão especial[\[2\]](#), os foros privilegiados por prerrogativa de função, ou ainda as aposentadorias especiais.

Minhas perguntas originais para enfrentar este tema foram as seguintes: porque persistem em nosso ordenamento tantos institutos que flagrantemente são incompatíveis com o princípio da igualdade? Por que tais regras não são desde logo consideradas não recepcionadas pela Constituição da República de 88 por incompatibilidade material, como tantas outras foram? Por que estas contradições não são apontadas pelos juristas brasileiros ou pelos operadores do direito? Por que não nos parece estranho e inaceitável este tipo de contradição?

Chamou-me também a atenção o fato de todos os impasses provocados pela infração ao princípio da igualdade, antigos ou atuais, de qualquer área do direito, serem resolvidos pela lição de Ruy Barbosa, na sua Oração aos Moços, datada de 1920, segundo a qual a igualdade é tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam.

Nossa história recente traz bons exemplos deste fenômeno: o caso do desvio de verbas do TRT de São Paulo trouxe à tona, mais uma vez, a discussão a respeito da manutenção da prisão especial no nosso ordenamento jurídico para réus portadores de diploma de graduação, entre outros. Este dispositivo do Código de Processo Penal

desigualdade de sujeitos que têm a mesma situação jurídica – a de indiciado num inquérito policial ou réu num processo penal – pela sua desigualdade de fato, isto é, fazer ou não parte de determinado segmento social. O que é levado em conta para a concessão da prisão especial não é a gravidade do fato praticado, mas a posição na escala social do sujeito que o praticou... Prerrogativas legais especiais destinadas a determinados sujeitos por sua posição social é instituto próprio do Antigo Regime, anterior às revoluções liberais do século XVIII e chama-se privilégio!

Diante da lucidez de algumas vozes que se levantam para apontar a inconstitucionalidade do dispositivo, por afronta ao princípio da igualdade[3], levantaram-se inúmeros doutos sustentando o “direito” de tratamento “mais humano” para réus que tem uma determinada importância social[4] (!!!).

O caso que acabou por levar o juiz Nicolau dos Santos Neto a iniciar o cumprimento de 8 anos de pena em regime semi-aberto na colônia penal de Bauru[5], assim como resultou na indisponibilidade de seus bens, apesar do ineditismo de seu desfecho, não foi suficiente para aprofundar a discussão a respeito do privilégio da prisão especial. Tomou-se a prisão especial como um direito do juiz, pelo fato de ser juiz, independente da gravidade dos fatos praticados. Pouco se falou que longe de ser direito, trata-se de vergonhoso privilégio[6] positivado em nosso ordenamento, e sequer foi mencionada sua inconstitucionalidade evidente. O que, em nossa sociedade, permite a tolerância diante de tal contradição?

Ao invés de, diante de tal evidência, haver a revogação do instituto ou a arguição de sua inconstitucionalidade, curiosamente o que houve foi a promulgação de uma lei[7], pelo presidente Fernando Henrique Cardoso que amplia os beneficiários deste privilégio. Ficou flagrante, portanto, que se lutou não pela igualdade de todos perante a lei, mas pela ampliação de seu âmbito de incidência. Foi ampliado o grupo dos “desiguais”, beneficiários do privilégio.

Outro exemplo da explicitação do paradoxo brasileiro, no plano jurídico positivo, é a recente ampliação do foro por prerrogativa de função para matéria civil. Ineditamente, a lei 10.628 de 24 de dezembro de 2002[8], instituiu a ampliação do foro privilegiado por prerrogativa de função para julgar matéria de natureza civil, concernente à improbidade administrativa, até então competência do juízo da Vara de Fazenda Pública. A mesma lei estende o foro privilegiado para os processos posteriores à data em que o réu deixou a função pública, conforme a jurisprudência já pacífica do STF[9] para a matéria criminal. Mais uma vez a qualidade do sujeito prevalece sobre a natureza e a gravidade do fato para definir a competência para o julgamento da causa, e o princípio da isonomia foi novamente desrespeitado.

Diante dos exemplos expostos, os que têm formação jurídica, não estranham a solução do problema proposto invocando a lição que os cursos jurídicos reproduzem desde sempre e que tem como porta voz Rui Barbosa, na sua Oração aos Moços. No texto do discurso dirigido aos formandos da turma de 1920 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco em São Paulo[10], o inventor jurídico da república brasileira, formula a regra da igualdade, que acomoda o paradoxo brasileiro. Ele ensina a seus afilhados e a todos nós, até hoje, que igualdade é tratar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem.[11] Assim, fica aparentemente justificado e bem explicado o

tratamento especial dado a determinados sujeitos de direito em função de sua posição no tecido social.

Quais são as razões determinantes do fato de que nós, estudiosos do direito brasileiro, podemos conviver pacificamente, sem estranhar, com uma idéia de igualdade jurídica que pressupõe a desigualdade jurídica?

Por que o discurso do inventor jurídico da República Velha oligárquica, conservadora e agrária ainda é tão eficiente para resolver impasses de um Brasil contemporâneo, industrial que pretende ser um estado democrático de direito, como apregoa o art. 1º. da Constituição da República de 88?

Por que, afinal, a igualdade que pressupõe a desigualdade não nos parece tão anacrônica, absurda e inaceitável quanto o instituto da escravidão?

Provavelmente esta idéia de igualdade traduz peculiaridades próprias da sociedade brasileira que ainda são atuais. Mais do que justificar a existência de privilégios em nosso sistema jurídico, esta máxima revela características peculiares que permeiam toda a nossa cultura e se atualizam em nosso ordenamento jurídico. A interdisciplinaridade se impôs pois a dita “doutrina jurídica” não é suficiente para explicar as questões acima expostas.

A IDÉIA DE CIDADANIA COMO MÍNIMO JURÍDICO COMUM

Foi necessário, para enfrentar a questão, um estudo mais aprofundado sobre dois pontos fundamentais: o instituto da cidadania e, especialmente a forma como a sociedade brasileira a constrói do ponto de vista jurídico e a distinção entre duas categorias que para nós, estudiosos do direito, freqüentemente se confundem: a desigualdade jurídica e a diferença.

Pesquisei, em primeiro lugar a bibliografia do campo jurídico e, curiosamente, encontrei muito poucos trabalhos que tratassem da cidadania, como instituto jurídico que é. Assim mesmo, os poucos trabalhos do campo jurídico que encontrei tratam o instituto de forma genérica, resumindo-o à atribuição dos direitos políticos àqueles que têm vínculo com o Estado. É como se no Brasil o instituto da cidadania estivesse resumido a seu aspecto político, isto é, à possibilidade de participação na escolha dos governantes e na possibilidade de participação direta em algumas circunstâncias através de plebiscitos, referendos e outros institutos similares. A literatura disponível não trata dos outros dois aspectos do instituto, o aspecto civil e o aspecto social, como acontece no direito comparado e não aborda a cidadania tal como se colocou no Brasil. Estranha ou sintomaticamente a literatura jurídica brasileira é praticamente omissa sobre o tema.

Por isto, foi necessário recorrer aos trabalhos de estudiosos da área de ciências sociais nos quais constata-se uma necessidade inarredável de qualificar a cidadania brasileira. Assim, entre outros exemplos, aparecem a “estadania” do historiador José Murilo de Carvalho[12], a “cidadania relacional” do antropólogo Roberto DaMatta[13] e a “cidadania regulada” do sociólogo Wanderley Guilherme dos Santos[14]. É como se o

conceito de cidadania puro e simples, tal como aparece nos estudos de direito comparado, não fosse suficiente para descrever a experiência brasileira.

Recorri, pelos motivos mencionados acima, ao modelo clássico traçado por T.H. Marshall, em seu trabalho *Cidadania e Classe Social*^[15], tomando-o como parâmetro para estabelecer um estudo comparativo daquele com a cidadania brasileira. O autor constrói um tipo ideal para explicar o aparecimento da cidadania, como fenômeno histórico, baseando-se no caso inglês.

O aprofundamento do estudo do princípio da igualdade no Brasil exige que entendamos o desenvolvimento da cidadania nos países da Europa Ocidental, assim como nos Estados Unidos. Por contraste, foi possível delinear uma análise da construção peculiar da cidadania brasileira, do ponto de vista jurídico e de como o princípio da igualdade se atualiza entre nós.

Antes de tudo, cumpre frisar que a cidadania é um fenômeno historicamente definido, que se desenvolveu no mundo moderno, nos limites territoriais dos Estados Nacionais, antes de cuja existência era praticamente impossível traçar uma linha de demarcação rigorosa entre as várias funções do Estado: legislar, administrar e julgar.

Na medida em que os estados nacionais consolidaram sua unificação, passa a ser evidente a “diferenciação” entre suas funções.^[16] Na sociedade feudal, assim como em qualquer sociedade estamental, o *status*, isto é, a posição de cada sujeito de direito no tecido social, era a marca distintiva de classe e a medida da desigualdade jurídica. Não havia qualquer código uniforme de direitos e deveres dos homens pelo fato de estarem inseridos na sociedade, fossem eles nobres, plebeus, livres ou servos. Os direitos sociais do indivíduo faziam parte de um amálgama e eram originários do *status*. Ainda o *status* determinava que espécie de justiça cada um poderia esperar e onde obtê-la. Determinava também, a possibilidade de participação na administração dos negócios da comunidade a que cada qual pertencia.

O modelo construído por Marshall postula ter surgido, a partir da idéia de cidadania, que é própria dos Estados Nacionais unificados e da economia de mercado, e decorrente dela, uma igualdade jurídica básica que está associada à participação de cada um na sociedade. A cidadania seria a atribuição de um mínimo de direitos e deveres a todos os que tivessem o vínculo político com o Estado, em razão deste vínculo. Este mínimo, com o tempo foi sendo ampliado com a atribuição de mais direitos a cada um em função de seu vínculo com o Estado. Assim, a idéia do mínimo jurídico comum a todos os que fazem parte do Estado é inerente à idéia de cidadania, seja qual for o tamanho deste mínimo.

A igualdade jurídica é, portanto, no modelo de Marshall, pressuposto de cidadania. O autor enfatiza que esta igualdade básica, não é incompatível com as diferenças existentes entre os vários níveis econômicos da sociedade. Assim, a desigualdade das classes sociais, gerada pelo sistema capitalista, pode ser aceitável, desde que a igualdade jurídica, própria da cidadania, seja reconhecida.

Cumpre frisar, nesse ponto, que podemos situar o fenômeno da cidadania nas sociedades capitalistas, uma vez que essas sociedades produzem desigualdades e

prometem igualdades. O fenômeno da cidadania surge justamente para amenizar este paradoxo.

A história da cidadania evoluiu, assim, num processo duplo: a fusão geográfica materializada pela unificação dos Estados Nacionais, e a separação funcional do poder que se concretizou com a atribuição das diferentes funções do Estado a diferentes órgãos, a partir da concretização do princípio da separação de poderes idealizado por Montesquieu.[\[17\]](#)

A cidadania, segundo Marshall, é um *status* concedido a todos aqueles que são membros de uma comunidade e, como tal, todos são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao *status* de cidadão. Há uma insistência na busca de uma medida efetiva de igualdade, um enriquecimento da matéria prima do *status* e um aumento no número daqueles a quem este é conferido. A sociedade de classes, por outro lado, é um sistema de desigualdade, que está baseado, assim como a cidadania, num conjunto de ideais, crenças e valores. Era de se esperar que o impacto da cidadania sobre a classe social tomasse a forma de um conflito entre princípios opostos. No entanto, o crescimento da cidadania coincide com o crescimento do capitalismo que é um sistema econômico que gera desigualdade, justamente porque o instituto promete amenizar esta desigualdade.

No modelo formulado por Marshall fica claro que a desigualdade, na sociedade capitalista, embora necessária, pode tornar-se perniciosamente excessiva. Malgrado haja diferença de um momento para o outro, pode-se afirmar que a cidadania, mesmo nos primórdios, constituiu um princípio de igualdade jurídica, isto é, o instituto desde sua origem está intrinsecamente ligado à idéia da atribuição de um mínimo jurídico comum a todos aqueles que estão vinculados a determinado Estado.

A cidadania, começando de um ponto em que se admite a liberdade de todos os homens e sua capacidade de serem sujeitos de direitos, desenvolveu-se pelo enriquecimento do conjunto de direitos que os homens eram capazes de gozar, pelo simples fato de serem cidadãos. Em outras palavras, o desenvolvimento do instituto implicou no aumento da base do mínimo comum.

O conceito de **cidadania plena**, segundo o autor, pode ser dividido em três aspectos: [\[18\]](#) cidadania civil, política e social.

O **elemento civil da cidadania** é composto da possibilidade do exercício de todos os direitos necessários ao gozo da liberdade individual: liberdade de ir e vir, de imprensa, de pensamento, de fé, o direito à propriedade, o direito de concluir contratos válidos e, especialmente, o direito à justiça. A garantia constitucional de acesso à justiça garante a defesa e o exercício de todos os outros direitos e, por isso, torna-se especialmente relevante. É ele que possibilita afirmar todos os direitos em igualdade de condições, observado obrigatoriamente o devido encaminhamento processual. É possível concluir, portanto, segundo o autor, a partir desse raciocínio, que as instituições mais intimamente ligadas ao aspecto civil da cidadania são os Tribunais de Justiça.

A formação dos direitos civis caracterizou-se pela inclusão gradativa de novos direitos ao mínimo comum já existente e que pertencia a todos os homens adultos da comunidade, uma vez que, o *status* das mulheres, pelo menos o das casadas, era

peculiar. Tal caráter democrático e universal do *status* originou-se do fato de que esse era essencialmente o *status* de liberdade e, na Inglaterra do século XVII todos os homens eram livres, uma vez que o *status* servil já havia desaparecido e o lavrador inglês era considerado um membro de uma sociedade na qual, pelo menos nominalmente, havia uma única lei para todos os homens.

A história **elemento político da cidadania**, materializada pela conquista dos direitos políticos, na Inglaterra, difere da dos direitos civis tanto no tempo quanto no seu caráter.^[19] Sua formação data do início do século XIX, quando os direitos civis ligados ao *status* de liberdade já haviam conquistado substância suficiente para que se pudesse identificar um *status* geral de cidadania. Sua criação começou com a outorga de velhos direitos a novos setores da população, uma vez que, no século XVIII os direitos políticos eram deficientes para o padrão da cidadania democrática, não em conteúdo, mas na sua distribuição.

Na Inglaterra do século XIX, portanto, o mínimo jurídico comum atribuído a cada indivíduo vinculado ao Estado pelo instituto da cidadania universal só incluía os direitos civis, já que os direitos políticos constituíam o privilégio de uma classe econômica limitada, cujos limites foram ampliados por cada lei de reforma sucessiva. A cidadania não era nessa época, no entanto, segundo Marshall, oca de significado político, já que malgrado não conferisse direito político a todos, reconhecia uma capacidade política a todos os cidadãos, pois nenhum cidadão saudável e respeitador da lei era isento do direito de votar, devido ao *status* pessoal. Era livre para receber remuneração, adquirir propriedade ou alugar uma casa e, por consequência, lhe era permitido gozar quaisquer direitos políticos associados a esses feitos econômicos. Seus direitos civis, portanto, o capacitavam para praticar atos políticos.

Marshall ensina que, no modelo inglês, foi próprio da sociedade capitalista do século XIX, tratar os direitos políticos como um produto secundário dos direitos civis; assim como foi próprio deste mesmo tipo de sociedade, no século XX, abandonar esta posição e associar os direitos políticos direta e independentemente à cidadania como tal.^[20] Tal mudança foi implementada, na Inglaterra, pela lei de 1918 que adotou o sufrágio universal e transferiu a base dos direitos políticos do substrato econômico para o *status* pessoal de cidadão; ainda que não tenha estabelecido a igualdade política de todos em termos de direito de cidadania, uma vez que subsistiram alguns privilégios remanescentes de uma desigualdade com base em diferenças econômicas.

No modelo inglês, a inclusão dos direitos políticos ao mínimo comum da cidadania foi posterior a dos direitos civis e a ampliação deles foi uma das principais características do século XIX na Inglaterra. No entanto, o princípio da cidadania política universal não foi reconhecido até 1918. Marshall demonstra que o desenvolvimento dos direitos civis no século XVIII deu poderes legais cujo uso foi prejudicado por preconceito de classe e falta de oportunidade econômica. Os direitos políticos, por sua vez atribuíam poder potencial cujo exercício exigia experiência, organização e uma mudança de mentalidades quanto às funções próprias de governo. Por isso seu desenvolvimento foi muito lento.

O **elemento social da cidadania** se consubstancia no direito de participação de todos na riqueza comum, informado pelo princípio jurídico da solidariedade social e materializa-se pelo direito de acesso à educação, à saúde e à previdência, entre outros. Num

primeiro momento, na Inglaterra, constituíam um mínimo e não faziam parte do conceito de cidadania. Tanto as iniciativas voluntárias quanto as legais tinham o objetivo de diminuir o ônus da pobreza sem alterar o padrão de desigualdade. Neste panorama, os direitos civis tornaram-se um instrumento pelo qual trabalhadores buscaram a elevação do seu *status* econômico e social. Por outras palavras, foi possível a formulação das reivindicações de certos direitos sociais por estarem, os trabalhadores, habilitados pela cidadania, à capacidade de gozo dos direitos civis. No entanto, segundo Marshall, [21] o método normal de assegurar direitos sociais é o exercício do poder político, pois os direitos sociais pressupõem um direito absoluto a um determinado padrão de civilização que depende apenas do cumprimento das obrigações gerais da cidadania.

Marshall conclui[22] que a cidadania, bem como outras forças externas a ela, têm alterado o padrão de desigualdade social. Hoje é inconcebível, por exemplo, que tais desigualdades sejam expressão de privilégio hereditário. Em suma, a desigualdade pode ser tolerada numa sociedade fundamentalmente igualitária, desde que não crie descontentamento. Só é aceitável se puder ser vista como um estímulo para a mudança e melhoria.

O objetivo do estado democrático de direito, portanto, não é a igualdade absoluta, pois há limitações inerentes ao sistema capitalista que dificultam o movimento em favor da igualdade, que possui duplo aspecto: opera, em parte, através da cidadania e, em parte, através do sistema econômico. Em ambos os casos, o objetivo consiste em remover desigualdades que não podem ser consideradas como legítimas, tendo em conta que o padrão de legitimidade é diferente. No primeiro aspecto, o padrão é de justiça social; no último, o padrão é de justiça social combinada com necessidade econômica. Pode haver, portanto, desigualdades materiais permitidas por ambos os aspectos. O que é inconcebível, neste modelo, é a desigualdade jurídica.

O autor menciona também a mudança do equilíbrio entre direitos e deveres provocado pelo aparecimento da cidadania. Houve a multiplicação dos direitos, acompanhada pelo dever compulsório de pagar impostos, e contribuição de seguros. A educação e o serviço militar também se tornaram obrigatórios. Os outros deveres, naquele momento, são vagos e estão incluídos na obrigação geral de ser bom cidadão e colaborar, na medida do possível, para o bem estar da comunidade. A comunidade é tão ampla, no entanto, que a obrigação se torna remota e ideal. O dever de trabalhar tem especial relevância, mas o efeito deste trabalho sobre o bem estar social é tão ínfimo que dificilmente o indivíduo acreditava que seu descumprimento pudesse causar um prejuízo social.

Marshall noticia que no final do século XIX, a Inglaterra assistiu ao primeiro grande avanço dos direitos sociais, fato que acarretou mudanças significativas no princípio igualitário como expressão da cidadania. Os direitos sociais foram incorporados ao *status* de cidadania e assumem uma nova significação, passando a representar um aspecto de ação que modificou o padrão total da desigualdade social.

A cidadania, em suma, segundo Marshall, é constituída pela lealdade de homens livres, imbuídos de direitos e protegidos por uma lei comum. Seu desenvolvimento foi construído pela luta para adquirir tais direitos e pelo gozo dos mesmos. No caso inglês, o divórcio entre eles foi tão completo que é possível, mantendo a fidelidade aos fatos

históricos, atribuir o período de formação da vida de cada um a um século diferente: o aparecimento dos direitos civis data do século XVIII; o dos direitos políticos data do século XIX; e o dos direitos sociais data do século XX.

A CIDADANIA BRASILEIRA

A cidadania brasileira teve origem e se atualiza por razões e caminhos bastante diversos do que a cidadania dos países europeus do ocidente e norte-americanos. Nestas democracias, a conquista dos diferentes aspectos da cidadania, definidos por Marshall,[\[23\]](#) teve o objetivo primeiro de conter o arbítrio do poder real, resguardando, assim, os interesses individuais burgueses. Em nosso caso, depositários da herança ibérica que somos, os “direitos” dos cidadãos não foram fruto de conquista, mas de outorga da coroa com a finalidade de promover a compensação da desigualdade jurídica “naturalizada” em nossa sociedade, para promover justiça.[\[24\]](#)

Entre nós, segundo José Murilo de Carvalho, a construção da cidadania confunde-se com a luta pela democracia, que ganhou ímpeto após o fim da ditadura militar em 1985. No auge do entusiasmo cívico chamamos a constituição de 1988 de Constituição cidadã. Hoje, no entanto, o historiador demonstra que podemos constatar que havia ingenuidade no entusiasmo, traduzido pela crença de que a democratização das instituições traria rapidamente a felicidade nacional. Acreditava-se que a conquista do direito de voto traria automaticamente a garantia de liberdade, de participação, de segurança, de desenvolvimento, de emprego, e de justiça social. De fato trouxe liberdade e participação, mas as coisas não caminharam tão bem nas outras áreas. A violência urbana, o desemprego, o analfabetismo, a má qualidade na educação, a oferta inadequada dos serviços de saúde e saneamento e as grandes desigualdades sociais e econômicas continuam sendo problemas centrais de nossa sociedade. Daí a conclusão do historiador de que o exercício do voto não garantiu, por si só, a existência de governos atentos aos problemas básicos da população, isto é, a conquista dos direitos políticos não levou automaticamente à solução dos problemas sociais brasileiros.[\[25\]](#)

Por isto, o Estado, entre nós, aparece como promotor de justiça, compensando as desigualdades “naturais” da sociedade. Nos países onde a cidadania foi construída de forma semelhante ao modelo proposto por Marshall, o Estado tem a função de solucionar os conflitos de interesses daqueles que são diferentes de fato, mas que são tratados isonomicamente pelas leis e pelos tribunais para, assim, haver justiça.

Houve no Brasil, segundo José Murilo de Carvalho, pelo menos duas diferenças importantes, se tomarmos como parâmetro o caso inglês. A primeira refere-se à maior ênfase nos direitos sociais e a segunda refere-se à alteração da seqüência em que os direitos foram adquiridos. Entre nós; a conquista dos direitos sociais precedeu a dos outros direitos. Como o modelo sugerido por Marshall encerra uma lógica que vai além da cronologia, uma alteração desta lógica afeta a natureza da cidadania. Isto posto, quando falamos de um cidadão inglês e de um cidadão brasileiro não estamos falando exatamente da mesma coisa[\[26\]](#). Deriva também da natureza histórica da cidadania o fato de que ela se desenvolveu dentro de outro fenômeno também histórico a que chamamos de Estado-nação, característico da Idade Moderna. A luta pelos direitos,

todos eles, sempre se deu dentro das fronteiras geográficas e políticas do Estado-nação. Era uma luta política nacional e o cidadão que dela surgia era também nacional.

Conclusão inarredável é que a construção da cidadania tem a ver com a relação de indivíduos com o Estado e com a nação. Surgem cidadãos na medida em que as pessoas passam a se sentir parte de um Estado, e com isto passam a ser sujeitos de determinados direitos e obrigações para com este mesmo Estado. A maneira pela qual se formaram os Estados-nação condiciona a construção da cidadania. Em alguns países, como é o caso do Brasil, o Estado teve mais importância, pois o processo de difusão dos direitos se deu principalmente a partir da ação estatal. Em outros, ela se deveu mais em virtude da ação dos próprios cidadãos.

Para falar dos aspectos importantes da construção da cidadania brasileira, antes de tudo, não se pode deixar de mencionar a herança pouco encorajadora deixada pela fase colonial. Algumas características da colonização portuguesa no Brasil deixaram marcas duradouras, relevantes para o problema que nos interessa. Depois de três séculos de colonização (1500-1822), os portugueses, malgrado tenham construído um enorme país dotado de unidade territorial lingüística, cultural e religiosa, deixaram aqui uma população analfabeta, uma sociedade escravocrata, uma economia monocultora e latifundiária, um Estado absolutista. À época da Proclamação da República não havia cidadãos brasileiros nem pátria brasileira: havia súditos da coroa brasileira. É pertinente também para a discussão lembrar que a colonização se deu pela dominação de populações semi-nômades, por europeus detentores de tecnologia mais avançada. O efeito imediato da conquista foi a dominação e o extermínio pela guerra, pela escravização e pela doença de milhões de indígenas.[\[27\]](#)

Outro fator importante, mencionado por José Murilo de Carvalho, é que a colonização portuguesa teve conotação comercial e a atividade que mais se prestou à finalidade lucrativa, foi a produção de açúcar, que exigia grandes capitais e muita mão-de-obra. A primeira característica foi responsável pela grande desigualdade social que logo se estabeleceu entre os senhores de engenho e os outros habitantes; a segunda característica foi responsável pela escravização dos africanos. A cultura de cana, assim como a de outros produtos tropicais, consolidou um traço que marcou durante séculos a economia e a sociedade brasileira: o latifúndio monocultor e exportador de base escravagista. A mineração, segundo o autor, por exigir menos capital e mão-de-obra, assim como o ambiente urbano que cercou esta atividade contribuiu para afrouxar os controles sociais inclusive sobre a população escrava e, conseqüentemente, trazia maior mobilidade social. A máquina repressiva e fiscal do sistema colonial, produto de exploração de ouro e de diamante, somada à maior mobilidade social já mencionada, tornou esta região mais propícia às rebeliões políticas. A pecuária, outra atividade econômica importante desde o início da colonização, usava mão-de-obra escrava e fugia mais facilmente do controle das autoridades. No entanto, gerava grande isolamento da população o que dava ao poder privado um domínio insustentável.

De todos os fatores analisados pelo historiador o mais negativo para a cidadania foi a escravidão. Esta está em todas as classes e em todos os lugares da sociedade brasileira, até mesmo os ex-escravos, quando libertos, escravizavam outros. Todas as pessoas com algum recurso possuíam um ou mais escravos. A escravidão e a grande propriedade não contribuíam, como é óbvio, para a formação de futuros cidadãos, uma vez que os escravos não tinham os direitos civis básicos à integridade física, à liberdade e, em

casos extremos, à própria vida. Eram patrimônio de seus senhores, equiparados aos animais. Entre senhores e escravos existia uma população legalmente livre, mas desprovida de todas as condições para o exercício dos direitos civis[28]. Não se pode dizer também que os grandes senhores eram cidadãos uma vez que lhes faltava o próprio sentido da cidadania: a igualdade de todos perante a lei. Absorviam parte das funções do Estado, especialmente as funções judiciárias que, desta forma, tornavam-se simples instrumento de poder pessoal. Não existia, na verdade, algo que se pudesse identificar como poder público que garantisse o exercício dos direitos civis e a igualdade de todos perante a lei. Os direitos civis beneficiavam a poucos, os direitos políticos a pouquíssimos e dos direitos sociais nem sequer se cogitava, estando a assistência social entregue à Igreja e a particulares.[29] Como se vê, qualquer semelhança deste panorama com o modelo de cidadão traçado por Marshall é mera coincidência!...

A independência do Brasil, por sua vez, não significou uma mudança radical no panorama delineado pela fase colonial, ainda que tenha sido relativamente pacífica. Sua principal característica política foi a negociação entre a elite nacional, a coroa portuguesa e a Inglaterra, tendo como figura mediadora o príncipe D. Pedro. Os participantes mais radicais foram os padres e maçons, mas a maioria deles aceitou a independência negociada. O radicalismo popular manifestava-se, sobretudo, no ódio aos portugueses, que controlavam as posições de poder e o comércio das cidades costeiras. A separação foi feita, mas o Brasil manteve a monarquia e a Casa de Bragança, pois nada melhor do que um rei para garantir uma transição tranqüila, sobretudo porque este rei contava com o apoio popular. O papel do povo na nossa independência não foi decisivo nem tão importante como na América do Norte e na América Espanhola: com a independência nos livramos do domínio da coroa português e inventamos a coroa brasileira e, o que é mais curioso, a integramos à mesma Casa de Bragança... No entanto, não seria correto afirmar que a independência brasileira tenha sido feita à revelia do povo, como também não seria correto afirmar que tenha sido fruto de uma luta popular pela liberdade. A tranqüilidade da transição facilitou a continuidade social e implantou-se um governo no estilo das monarquias constitucionais e representativas européias. Contudo, não se tocou na escravidão. A Constituição de 1824, apesar de consagrar a regra de que a lei é igual para todos, ignorou a escravidão como se ela não existisse. Assim, apesar de ter representado um avanço no que se refere aos direitos políticos, e a adoção da cláusula da igualdade, ainda que de forma embrionária, a Independência feita com a manutenção da escravidão trouxe, em si, grandes limitações aos direitos civis.

Uma das peculiaridades da construção da cidadania brasileira que contrasta com o modelo de Marshall é que entre nós os primeiros direitos a serem admitidos como um mínimo comum foram os direitos sociais, enquanto que, no modelo inglês, os primeiros direitos a serem reconhecidos e conquistados como este mínimo comum foram os direitos civis. Soma-se o fato dos direitos sociais terem sido outorgados pelo Estado. Não representaram, portanto, uma conquista dos segmentos sociais.

Apesar da ampliação do mínimo jurídico comum, pode-se dizer que, dos direitos que compõem a cidadania, no Brasil, são ainda os direitos civis que apresentam as maiores deficiências em termos de seu conhecimento, extensão e garantia. A falta de garantia dos direitos civis se verifica, sobretudo, na falta de garantia da segurança individual, da integridade física e do acesso à justiça. O Poder Judiciário também não vem cumprindo

seu papel. O acesso à justiça é limitado pelo desconhecimento dos direitos ou pela falta de condições de fazê-los valer.

José Murilo de Carvalho chama a atenção para o fato de que do ponto de vista da garantia dos direitos civis, a cidadania brasileira pode ser dividida em classes, mesmo nos grandes centros. A primeira classe é composta pelos privilegiados, os “doutores”, que estão acima da lei e sempre conseguem defender seus interesses pelo poder do dinheiro e do prestígio social. A lei só trabalha em seu benefício. A segunda classe é composta pelos “cidadãos simples” que estão sujeitos aos rigores e aos benefícios da lei. É a classe média modesta, os trabalhadores assalariados com carteira de trabalho assinada, os pequenos funcionários, os pequenos proprietários urbanos e rurais. São pessoas que nem sempre têm exata noção de seus direitos, apesar de terem completado, quase sempre o ensino médio. Para eles existem os códigos civil e penal, mas aplicados de maneira parcial e incerta. Finalmente, há os “elementos” do jargão policial: o cidadão de terceira classe. São a grande população marginal das grandes cidades, trabalhadores urbanos e rurais sem carteira assinada, posseiros, biscateiros, camelôs, menores abandonados, mendigos. Esses “elementos” são parte da comunidade política nacional apenas nominalmente. Na prática, ignoram seus direitos civis ou os tem sistematicamente desrespeitados por outros cidadãos, pelo governo, pela polícia. Não se sentem protegidos pela sociedade e pelas leis. Para eles vale apenas o código penal[30].

Diante do panorama acima exposto, é evidente que a cidadania brasileira hoje enfrenta o desafio de fazer valer o princípio da isonomia, pelo qual todos devem ser iguais perante a lei e perante os tribunais, sem o quê, torna-se inviável a atribuição de um mínimo jurídico comum a todos, especialmente no aspecto civil da cidadania. No Brasil, o desafio consiste em fazer valer o instrumento jurídico como denominador comum, de forma isonômica, especialmente no que se refere à garantia e à proteção dos direitos civis, que como vimos são os que estão mais desprotegidos.

O fortalecimento do Poder Judiciário e sua afirmação como agente público responsável pela prestação jurisdicional e guardião do respeito às garantias individuais do cidadão, assim como a adequação dos serviços de segurança à prestação do serviço público que lhes compete são conquistas emergenciais, sem as quais a cidadania brasileira estará certamente ameaçada. A regra da igualdade de Ruy Barbosa, segundo a qual igualdade é tratar desigualmente os desiguais, não nos ajuda nessa empreitada, porque antes de tudo, pressupõe as diferentes “classes” de cidadãos.

ISONOMIA FORMAL E ISONOMIA MATERIAL

Importante também é fazer algumas reflexões sobre os dois aspectos do princípio da isonomia preconizados pela doutrina jurídica: a igualdade formal e a igualdade material. Para tanto, é necessário distinguir a desigualdade jurídica de desigualdade de fato. A primeira implica no tratamento jurídico diferenciado a situações jurídicas objetivamente iguais e subjetivamente distintas, em razão da posição dos sujeitos de direito na escala social. A desigualdade de fato, que vou preferir chamar de diferença, implica nas especificidades reais de cada grupo de interesses, nas trajetórias e histórias individuais peculiares. Não há que confundir, portanto, a desigualdade que é jurídica e permite tratamento diferenciado a determinados sujeitos de direito pelo simples fato destes

ocuparem determinada posição no tecido social; com a diferença, que é a dessemelhança de fato própria da sociedade de classes.

Cumpram enfatizar ainda que as sociedades igualitárias pela via da adoção do estado democrático de direito, pretendem assegurar através das garantias individuais constitucionais, a igualdade jurídica e não a igualdade de fato, isto é, a ausência de diferenças. Ao contrário, é a igualdade jurídica, entre nós dita formal, que tem o objetivo de garantir o direito à diferença, inerente à sociedade de classes.

Para que possamos avançar no entendimento da regra da igualdade à brasileira é indispensável considerar traços característicos que permeiam nossa vida social, constitutivos de nossa identidade.

SOCIEDADES IGUALITÁRIAS E SOCIEDADES HIERARQUIZADAS: A PIRÂMIDE E O PARALELEPÍPEDO

A idéia de indivíduo é particularmente importante para a compreensão do Estado contemporâneo, tal como ele se apresenta depois dos movimentos liberais ocorridos no século XVIII. A partir dela torna-se possível a concepção da igualdade jurídica, fundamento da cidadania. O conceito de indivíduo é básico, pois é a partir dele que se desenvolve a idéia de atribuição de um mínimo jurídico comum irreduzível a quem tiver o vínculo político com um determinado Estado.

Louis Dumont^[31] é agudo no tratamento da matéria. Em seu “Homo Aequalis” aborda diretamente o tema dizendo que há uma diferença fundamental entre as sociedades ditas tradicionais, nas quais a hierarquia aparece como valor supremo, e as sociedades igualitárias nas quais a isonomia reina como um dos valores cardeais.

O contraste hierarquia/ igualdade é só uma parte da questão. Ao traçar as características gerais das sociedades hierarquizadas, Dumont explica que neste tipo de ética as necessidades do homem como tal são ignoradas ou subordinadas ao interesse do conjunto, enquanto nas sociedades individualistas, as necessidades da sociedade é que são subordinadas ou esquecidas, em favor da satisfação dos interesses individuais.

Pois bem, é com a sedimentação do individualismo liberal que toma corpo a idéia de igualdade jurídica como mecanismo capaz de promover a mobilidade social necessária a um modelo de sociedade de classes, submetida à ética igualitária. Cumpram frisar, que a isonomia liberal é uma idéia burguesa, que surgiu com o intuito de incluir no sistema decisório aqueles que, apesar de abastados, não faziam parte das castas poderosas.

No Brasil, temos uma economia de mercado e uma sociedade de classes com as características inerentes ao modelo. Haveria, pois, as condições para que a sociedade brasileira se aproximasse do modelo individualista. No entanto, o que temos constatado é que a ética de nossa sociedade comporta uma convivência paradoxal entre as duas éticas acima expostas, fenômeno que se reproduz no campo jurídico. A concomitância das éticas paradoxais determina que, entre nós, a igualdade jurídica pressuponha a desigualdade jurídica, como bem sintetiza Ruy Barbosa, cujo discurso torna-se eficiente para, aparentemente, acomodar o paradoxo. Confunde-se, pois, desigualdade jurídica

dos sujeitos com diferenças de fato. A desigualdade jurídica que aparece no ordenamento como tratamento jurídico desigual a determinados sujeitos de direito em função da sua posição no tecido social, é característica das sociedades de castas, e está longe de ser direito: trata-se de privilégio. O tratamento isonômico, próprio da ética igualitária, atribui igualdade jurídica a todos e permite a explicitação das diferenças.

Roberto Kant de Lima ajuda a esclarecer o assunto valendo-se de uma representação gráfica dos modelos. O modelo igualitário pode ser representado pelo desenho de um paralelepípedo, de tal maneira que a possibilidade de chegar ao topo é oferecida a todos os que estão na base[32]. Dentro desta lógica, presume-se que todos aqueles que façam parte do Estado devam ter a possibilidade igualitária de defender seus interesses perante os tribunais, baseados na lei. O Estado liberal burguês surge assim como espaço de administração de conflitos entre os indivíduos.[33]

O modelo hierárquico de sociedade baseia-se, por sua vez, em outra lógica: pressupõe a desigualdade jurídica irreduzível entre os grupos componentes da sociedade e naturaliza esta desigualdade. Neste modelo os diferentes grupos apresentam-se arrumados numa relação de hierarquia que poderia ser representada graficamente por uma pirâmide, de tal maneira que nem todos que estão na base terão, por definição, a possibilidade de chegar ao topo. Este modelo trabalha com a idéia de inclusão dos iguais e exclusão dos desiguais, de tal forma que o sistema tende a homogeneizar as diferenças para absorvê-las, pois a igualdade de tratamento jurídico só existe intracasta, isto é, entre os membros de um mesmo segmento social. Nesta perspectiva, o Estado surge, não como administrador de conflitos, mas como pacificador social e fator de equilíbrio entre as desigualdades irreduzíveis existentes entre os segmentos da sociedade.[34] A desigualdade jurídica é entendida equivocadamente como sinônimo de dessemelhança, de diferença, ou ainda, como instrumento legítimo para compensar a desigualdade de fato. Neste caso, a administração de conflitos se traduz na repressão deles ou numa conciliação forçada, que visa sua extinção. Daí a idéia de que o direito é uma forma de pacificação social e não de solução de conflito.

O MODELO BRASILEIRO: PIRÂMIDE OU PARALELEPÍPEDO?

A peculiaridade do caso brasileiro, que se reproduz no nosso sistema jurídico, está no fato de que a representação gráfica do modelo de nossa sociedade não segue nem somente a forma da pirâmide, nem do paralelepípedo, mas sim a sobreposição das duas figuras e conseqüentemente das duas éticas paradoxais[35].

Entre nós, as duas éticas, por paradoxais que sejam, convivem e se alternam, informando nossas teorias e nossas práticas. Resulta desta convivência uma ética tão peculiar, que muitas vezes torna-se incompreensível, incongruente, e aparentemente absurda. No campo jurídico brasileiro, esta convivência se traduz da seguinte maneira: o discurso explícito é liberal – a Constituição da República, desde de 1891 consagra o princípio da isonomia e há aparente consenso social a respeito desta regra. (Ninguém hoje, em sã consciência, ousaria defender o contrário!). No entanto, a teoria que informa a prática jurídica obedece à ética das sociedades hierarquizadas de tal forma que não estranhemos o fato de nosso conceito de igualdade jurídica pressupor a desigualdade jurídica, isto é, tratamento jurídico diverso em situações semelhantes, para sujeitos

provenientes dos diferentes segmentos sociais. A prisão especial é bom exemplo: não há bacharel, ou operador do direito, e até mesmo jurista que não a defenda, sem qualquer estranheza, sob o fundamento de que igualdade é tratar desigualmente os desiguais.

O antropólogo Roberto DaMatta, ao estudar a cidadania brasileira, ensina que é trivial entre nós que aqueles que se julgam especiais pretendam não se submeter à ordem universal, lançando mão de sua rede de relações para tanto. DaMatta, ao estudar as relações entre indivíduos e leis no Brasil elegeu como objeto de estudo a pergunta corriqueira: “Você sabe com quem está falando?”. Desagradável e autoritário, este questionamento é usado por quem deseja romper com alguma regra que, teoricamente, o submete. O autor ensina que, o papel social do cidadão no Brasil revela nosso drama típico, que se traduz na lógica paradoxal provocada pela interseção das duas éticas mencionadas acima.[\[36\]](#)

O tipo de sociedade igualitária é concebido como sendo composta de indivíduos, diferentes entre si, mas que são tratados de forma igual perante a lei e perante os tribunais, onde vão defender seus diversos interesses e dar solução aos eventuais conflitos que podem surgir em razão destas diferenças. Assim, a ética igualitária não garante aos elementos do grupo social uma igualdade material, substancial. Os indivíduos terão suas trajetórias próprias, e a diferenciação social será expressão do mérito de cada um. Portanto, se nem todos chegam ao topo da estratificação social, isto se justifica por razões de fato e não jurídicas: é o mérito de cada um que determina sua posição na escala social. A administração pública tem o papel de promover e garantir igualdade de oportunidades a todos os seus membros. Esta igualdade se traduz na igualdade de acesso aos recursos e, na esfera jurídica, o acesso à justiça; assim como na igualdade de acesso à informação, que significa, no campo jurídico, o conhecimento da norma e do direito por todos os cidadãos.

IGUALDADE QUE PRESSUPÕE A DESIGUALDADE.

A sociedade brasileira, como já foi dito, apresenta uma peculiar fusão dos modelos igualitário e hierárquico de sociedade. Temos, pois, no nosso sistema, uma espécie de esquizofrenia legal: a isonomia constitucional de um lado e os privilégios infraconstitucionais de outro. É preciso, portanto, que esta ambigüidade seja explicitada para que possamos nos afastar do senso comum que insiste em tratar o sistema jurídico brasileiro como se este obedecesse unicamente à ética igualitária.

A fusão das duas éticas faz com que o poder judiciário que, em tese, teria o objetivo de promover a justiça por meio de um processo judicial; fundado em princípios e categorias universalizantes, organize-se, na prática, hierárquica e inquisitorialmente como um sistema em que a produção e a circulação do saber estão fundadas em princípios particularizantes: o acesso ao saber jurídico, ao seu “bom” uso, é sigiloso e depende de relações sociais.[\[37\]](#) Daí decorre a imensa disputa pela interpretação da lei, existente no Brasil: como a aplicação da norma jurídica é particularizada e sua formulação obedece a uma lógica universalizante, surgem os diversos “entendimentos” a respeito de determinada matéria e a disputa sobre a aceitação do campo jurídico destas interpretações.

É a lógica hierárquica que faz com que a precariedade do acesso à justiça seja encarada com “naturalidade”, por nossos profissionais do direito, mesmo que este devesse estar à disposição de todos os interessados, segundo a ordem positiva constitucional, e obedecer, assim, a uma lógica universalizante. É com placidez que a ineficiência do aparelho do Judiciário e sua insuficiência dada a demanda existente sejam justificadas pelo fato de não haver estrutura suficiente. No entanto, *ad argumentandum tantum* a mesma justificativa nos pareceria absurda se se referisse a impossibilidade de aferição de votos numa eleição... Curioso é notar que ambas as funções estão atribuídas ao mesmo Poder Judiciário!

É a naturalização da desigualdade entre nós que confere a atualidade da regra da igualdade de Ruy Barbosa, cuja leitura peculiar, faz uma espécie de jusnaturalismo às avessas, uma vez que esta escola justifica a igualdade entre os homens pela sua natureza, isto é, todos são iguais porque a natureza os fez homens. Ruy Barbosa, na Oração aos Moços, faz o raciocínio contrário, fundamentando a desigualdade social existente entre os homens nas variações da natureza. O autor vincula a idéia de desigualdade jurídica à idéia de diferença e preconiza que a desigualdade jurídica é o resultado da “natureza” das coisas.

Verbis:

*Em tão breve trajeto cada um há de acabar a sua tarefa. Com que elementos? Com os que herdou, e os que cria. **Aqueles são a parte da natureza.** Estes, a do trabalho.* [38] (Grifo nosso)

A parte da natureza varia ao infinito. Não há, no universo, duas coisas iguais. Muitas se parecem umas às outras. Mas todas entre si diversificam. Os ramos de uma só árvore, as folhas da mesma planta, os traços da polpa de um dedo humano, as gotas do mesmo fluido, os argueiros do mesmo pó, as raias do espectro de um só raio solar ou estelar. Tudo assim, desde os astros, no céu, até os micróbios no sangue, desde as nebulosas no espaço, até aos aljôfares do rocio na relva dos prados [39]. (Grifo nosso).

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvários da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem. [40]

Aí está a regra jurídica da igualdade, tal como a concebemos até hoje. Ela pressupõe tratamento jurídico desigual para pessoas socialmente desiguais. Esta forma de apropriação do princípio da igualdade dificulta a identificação da cidadania brasileira, uma vez que afasta a idéia do mínimo comum. Esta idéia derruba toda a inspiração liberal do discurso do autor, uma vez que o liberalismo concebe uma sociedade formada por indivíduos, isto é, partes indivisíveis às quais pode ser atribuído um mínimo comum de direitos, que tem por objetivo reduzir a desigualdade de fato própria da economia de mercado.

Nossa cidadania, bem sintetizada pela Oração do porta - voz, pressupõe e naturaliza a desigualdade do tratamento jurídico dispensado aos diferentes segmentos sociais, o que faz o instituto fugir a seu pressuposto básico. A questão fica mais complexa pelo fato desta “Teoria Das Desigualdades Naturais” não estar explicitada na dogmática jurídica. A cidadania, para nós, foge do seu pressuposto básico, pois não atribui um mínimo comum de direitos a todos. Daí a necessidade encontrada por nossos autores de adjetivá-la. A sociedade brasileira, cuja lógica implícita atualiza de forma peculiar o princípio da igualdade, permite a produção e reprodução dos privilégios no direito positivo, gerando, assim, “várias classes de cidadãos”[41], como bem observa José Murilo de Carvalho. Daí a eficiência e a atualidade do discurso de Ruy Barbosa para acomodar o paradoxo.

Apesar de estarmos assistindo e vivendo uma época de fortalecimento e estabilização das instituições republicanas, que busca atualizar as práticas democráticas, a sociedade brasileira não se escandaliza ou repudia a sanção de diplomas legislativos que trazem para o nosso ordenamento jurídico positivo escandalosos privilégios.

Este fato leva à conclusão de que nosso sistema jurídico obedece ainda às mesmas duas éticas que informaram o discurso de Ruy Barbosa: uma explícita na maior parte do sistema legal e nas lições doutrinárias, igualitária e democrática; outra que informa implicitamente a nossa prática jurídica hierárquica e inquisitorial e, os privilégios positivados no ordenamento, que naturaliza as desigualdades. Por esta razão os privilégios se mantêm até hoje no nosso sistema jurídico.

Ruy Barbosa é atualíssimo, não pelas idéias de seu discurso que acabamos de analisar, mas pela forma como este acomoda as duas éticas que, apesar de paradoxais, informam, ainda hoje, o campo jurídico brasileiro, sem nos causar qualquer estranheza.

BIBLIOGRAFIA SELECIONADA

BARBOSA, Ruy, (1999). *Oração aos Moços*. Edições Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro.

CARVALHO, José Murilo de, (2002). *Cidadania no Brasil – O longo caminho –*, 3ª Edição. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira.

DAMATTA, Roberto, (1979). *Você sabe com quem está falando? In carnavais malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro, Zahar.

DUMONT, Louis, (2000). *Homo aequalis*. Rio de Janeiro, EDUSC.

KANT DE LIMA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: o dilema brasileiro do espaço público*. In. GOMES, Laura, Graziela, BARBOSA, Livia, DRUMMOND, José Augusto (Orgs). *Brasil não é para principiantes*. Rio de Janeiro. Editora FGV, páginas 105-123.

MARSHALL, T. H. (1967). *Cidadania, classe social e status* . Editora Zahar, Rio de Janeiro.

SCHWARTZ, Stuart, (1979). *Burocracia e sociedade no Brasil colonial*. São Paulo, Editora Perspectiva.

[1] Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante o procedimento oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; **“Parágrafo único.** Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.”

[2] O art. 295 do Código de Processo Penal, disciplina a matéria:

Art.295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva:I - os ministros de Estado;

II - os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia; (*Redação dada pela Lei nº 3.181, de 11.6.1957*)

III - os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembléias Legislativas dos Estados;

IV - os cidadãos inscritos no "Livro de Mérito";

V - os oficiais das Forças Armadas e do Corpo de Bombeiros;

V – os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; (*Redação dada pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001*)

VI - os magistrados;

VII - os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República;

VIII - os ministros de confissão religiosa;

IX - os ministros do Tribunal de Contas;

X - os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função;

XI - os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos. *(Inciso acrescentado pela Lei nº 4.760, de 23.8.1965 e alterado pela Lei nº 5.126, de 20.9.1966)*

§ 1º A prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum.*(Parágrafo incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001)*

§ 2º Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento.*(Parágrafo incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001)*

§ 3º A cela especial poderá consistir em alojamento coletivo, atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana.*(Parágrafo incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001)*

§ 4º O preso especial não será transportado juntamente com o preso comum.*(Parágrafo incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001)*

§ 5º Os demais direitos e deveres do preso especial serão os mesmos do preso comum.*(Parágrafo incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001)*

[3] Nelson Paes Leme é professor e presidente da comissão permanente de filosofia do direito do Instituto dos advogados do Brasil. Manifesta-se neste sentido no parecer pela inconstitucionalidade da prisão especial ao portador de diploma de curso superior.. in jus navigandi. Internet.

[4] Anildo Fabio de Araújo argumenta neste sentido no seu artigo “Prisão especial” ao qual tive acesso no site jus navigandi. O texto foi inserido no jus navigandi número 37.

[5] Notícia da Folha de São Paulo, 11/07/2002, sobre o recolhimento do juiz Nicolau à colônia penal de Bauru.

[6] Nota oficial do Ministro da Justiça José Gregori, veiculada no dia 08/12/2000, a qual tive acesso no site Brasil fundamenta no Código de Processo Penal a concessão do privilégio.

[7] Lei 10.258 de 11 de junho de 2001.

[8] Lei 10.628 de 24 de dezembro de 2002.

[9] Verbete 394 da súmula do Supremo Tribunal Federal –cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.

Verbetes 451 da súmula do Supremo Tribunal Federal – “A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional.

[10] A Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em São Paulo, foi instituída por D. Pedro I, no dia 11 de agosto de 1827, no mesmo decreto que instituiu os cursos jurídicos no Brasil e que fundou a Faculdade de Direito de Olinda, em Pernambuco. Hoje a escola, que funciona no mesmo lugar, faz parte da Universidade de São Paulo.

[11] Barbosa, Ruy (1999). *Oração aos Moços* (1999). Edições Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro. 1999. p. 22.

[12] CARVALHO, José Murilo de, (2002). *Cidadania no Brasil – O longo caminho –*, 3ª Edição. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira.

[13] DAMATTA, Roberto, (2000). *A casa & a rua*. Rio de Janeiro, Rocco.

[14] SANTOS, Wanderley Guilherme dos, (1998). *Décadas de espanto e uma apologia democrática*. Rio de Janeiro. Editora Rocco.

[15] T. H. Marshall - *Cidadania, classe social e status* (1967). Editora Zahar, Rio de Janeiro.

[16] F. Maitland. *Constitutional history of England*. Página 105 *apud* T. H. Marshall - *Cidadania, classe social e status* (1967). Editora Zahar, Rio de Janeiro. Página 64.

[17] MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de, (1993) – *O espírito das leis*. Rio de Janeiro, Ediouro.

[18] T. H. Marshall - *Cidadania, classe social e status* (1967). Editora Zahar, Rio de Janeiro. Página 63.

[19] T. H. Marshall - *Cidadania, classe social e status* (1967). Editora Zahar, Rio de Janeiro. Página 69.

[20] T. H. Marshall - *Cidadania, classe social e status* (1967). Editora Zahar, Rio de Janeiro. Página 70.

[21] T. H. Marshall - *Cidadania, classe social e status* (1967). Editora Zahar, Rio de Janeiro. Página 86.

[22] T. H. Marshall - *Cidadania, classe social e status* (1967). Editora Zahar, Rio de Janeiro. Página 107.

[23] T. H. Marshall - *Cidadania, classe social e status* (1967). Editora Zahar, Rio de Janeiro.

[24] SCHWARTZ, Stuart, (1979). *Burocracia e sociedade no Brasil colonial*. São Paulo, Editora Perspectiva.

- [25] CARVALHO, José Murilo de, (2002). *Cidadania no Brasil – O longo caminho –*, 3ª Edição. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira. Introdução.
- [26] CARVALHO, José Murilo de, (2002). *Cidadania no Brasil – O longo caminho –*, 3ª Edição. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira. Página 9.
- [27] CARVALHO, José Murilo de, (2002). *Cidadania no Brasil – O longo caminho –*, 3ª Edição. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira.
- [28] CARVALHO, José Murilo de, (2002). *Cidadania no Brasil – O longo caminho –*, 3ª Edição. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira. Página 25.
- [29] CARVALHO, José Murilo de, (2002). *Cidadania no Brasil – O longo caminho –*, 3ª Edição. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira. Página 45.
- [30] CARVALHO, José Murilo de, (2002). *Cidadania no Brasil – O longo caminho –*, 3ª Edição. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira. Página 219.
- [31] DUMONT, Louis, (2000). *Homo aequalis*. Rio de Janeiro, EDUSC.
- [32] KANT DE LIMA, Roberto. Carnavais, malandros e heróis: o dilema brasileiro do espaço público. In. GOMES, Laura, Graziela, BARBOSA, Livia, DRUMMOND, José Augusto (Orgs). *Brasil não é para principiantes*. Rio de Janeiro. Editora FGV. Página 105 -123.
- [33] KANT DE LIMA, Roberto. Carnavais, malandros e heróis: o dilema brasileiro do espaço público. In. GOMES, Laura, Graziela, BARBOSA, Livia, DRUMMOND, José Augusto (Orgs). *Brasil não é para principiantes*. Rio de Janeiro. Editora FGV. Página 105 -123.
- [34] KANT DE LIMA, Roberto. Carnavais, malandros e heróis: o dilema brasileiro do espaço público. In. GOMES, Laura, Graziela, BARBOSA, Livia, DRUMMOND, José Augusto (Orgs). *Brasil não é para principiantes*. Rio de Janeiro. Editora FGV. Página 105 -123.
- [35] KANT DE LIMA, Roberto. Carnavais, malandros e heróis: o dilema brasileiro do espaço público. In. GOMES, Laura, Graziela, BARBOSA, Livia, DRUMMOND, José Augusto (Orgs). *Brasil não é para principiantes*. Rio de Janeiro. Editora FGV. Página 105 -123.
- [36] DAMATTA, Roberto, (1979). *Você sabe com quem está falando? In carnavais malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro, Zahar. p.32
- [37] Idem.
- [38] Barbosa, Rui. *Oração aos Moços* (1999). Edições Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro. Página 22.
- [39] Anexo IX - *Oração aos Moços*. Página 8.

[40] Anexo IX - Oração aos Moços. Página 8.

[41] CARVALHO, José Murilo de, (2002). *Cidadania no Brasil – O longo caminho –*, 3ª Edição. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira.