

**ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ**

Procurador da República em Minas Gerais  
Mestre em Direito Econômico e Doutor em Direito Constitucional  
Professor da Graduação e da Pós-Graduação da PUC Minas  
Membro do Instituto de Hermenêutica Jurídica – IHJ  
Vice-Presidente do Instituto Mineiro de Direito Constitucional

# O DIREITO À DIFERENÇA

AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO MECANISMO DE INCLUSÃO  
SOCIAL DE MULHERES, NEGROS, HOMOSSEXUAIS E  
PORTADORES DE DEFICIÊNCIA

**3ª Edição**

Revista, ampliada e atualizada.



Belo Horizonte  
2009



### CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz  
Frederico Barbosa Gomes  
Gustavo Corgosinho Alves de Meira  
José Luiz Quadros de Magalhães

Luciano Martins Pessoa Stoller de Faria  
Luiz Moreira  
Plácido Arraes  
Renato Caram

---

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa da editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2009.

Avenida Brasil, 1843/loja 110, Savassi  
Belo Horizonte/MG – CEP 30.140-002  
Tel: (031) 3286 2308

Capa: Tiago de Assis Marquez  
Diagramação: Ailton Mendes  
Revisão: Alexandre Bonfim

C947 Cruz, Álvaro Ricardo de Souza.  
O Direito à Diferença / Álvaro Ricardo de Souza Cruz.  
Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009.

1. Direito Constitucional. I. Título.

CDD: 342.1  
CDU: 347

Bibliotecária responsável: Maria aparecida Costa Duarte – CRB 6/1047

**[www.araeseditores.com.br](http://www.araeseditores.com.br)**  
**[araes@araeseditores.com.br](mailto:araes@araeseditores.com.br)**

Belo Horizonte  
2009

## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	IX
PREFÁCIO .....	XIII
<b>CAPÍTULO I</b>	
INTRODUÇÃO .....	1
<b>CAPÍTULO II</b>	
DISCRIMINAÇÃO LÍCITA.....	15
<b>CAPÍTULO III</b>	
DISCRIMINAÇÃO ILÍCITA.....	29
<b>CAPÍTULO IV</b>	
DISCRIMINAÇÃO POR GÊNERO.....	37
1. INTRODUÇÃO .....	37
2. O ABORTO NOS EUA: O CASO ROE V. WADE. ....	43
3. DISCRIMINAÇÃO À MULHER NO TRABALHO.....	46
4. UMA TEORIA SOBRE A ORIGEM DA DISCRIMINAÇÃO POR GÊNERO .....	53
5. O MITO DA PASSIVIDADE .....	61
6. A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER .....	72
7. O FEMINISMO .....	74
<b>CAPÍTULO V</b>	
DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL.....	77
1. INTRODUÇÃO .....	77

vii

2. BOWERS V. HARDWICK CASE.....	86
3. DISCRIMINAÇÃO AO HOMOSSEXUAL NO TRABALHO .....	93
4. O INTERSEXUALISMO E O TRANSEXUALISMO.....	97
<b>CAPÍTULO VI</b>	
DISCRIMINAÇÃO AO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA.....	103
1. INTRODUÇÃO .....	103
2. EVOLUÇÃO NO TRATAMENTO JURÍDICO ÀS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA.....	109
3. DA PROTEÇÃO AO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA.....	113
4. O PORTADOR DE DEFICIÊNCIA NA SUPREMA CORTE AMERICANA.....	114
<b>CAPÍTULO VII</b>	
DISCRIMINAÇÃO RACIAL.....	121
1. INTRODUÇÃO .....	121
2. AS ORIGENS DA DISCRIMINAÇÃO RACIAL.....	128
3. DISCRIMINAÇÃO RACIAL E MOVIMENTOS ATIVISTAS NOS EUA .....	135
<b>CAPÍTULO VIII</b>	
DA LEGITIMIDADE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS .....	151
<b>CAPÍTULO IX</b>	
AS AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS .....	163
1. INTRODUÇÃO .....	163
2. AÇÕES AFIRMATIVAS: A EXPERIÊNCIA AMERICANA .....	164
2.1 INTRODUÇÃO.....	164
2.2 A SUPERACÃO DA STATE ACTION DOCTRINE.....	167
2.3 O PAPEL CENTRAL DA SUPREMA CORTE AMERICANA.....	177
3. AS AÇÕES AFIRMATIVAS: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA .....	185
3.1 INTRODUÇÃO.....	185
3.2 AÇÕES AFIRMATIVAS EM FAVOR DA MULHER.....	186
3.3 AS AÇÕES AFIRMATIVAS EM FAVOR DOS HOMOSSEXUAIS.....	191
3.4 AS AÇÕES AFIRMATIVAS EM FAVOR DOS NEGROS .....	206
3.5 AS AÇÕES AFIRMATIVAS EM FAVOR DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA .....	214
CONCLUSÃO.....	225
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	233

## APRESENTAÇÃO

O Prof. Álvaro Ricardo de Souza Cruz é, sem dúvida, uma das mais proeminentes autoridades em Direito Público da atualidade, tendo como uma de suas marcantes características a preocupação em buscar, da melhor forma possível, aplicações práticas para as Teorias do Direito mais importantes que se veem debatidas no ambiente acadêmico contemporâneo.

Tal preocupação é percebida no dia-a-dia do Professor em suas aulas na graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) na PUC-Minas, bem como nas funções exercidas como Procurador da República, em que o mesmo revela seu empenho e absoluto respeito aos princípios e direitos fundamentais da pessoa humana.

Também em sua já importante obra jurídico-literária, da qual destacamos os livros *Habermas e o Direito Brasileiro*, *Jurisdição Constitucional Democrática* e *Hermenêutica Constitucional e(m) Debate*, além, é claro, da presente obra que ora honrosamente apresento, o leitor atento perceberá o engenho intelectual do autor trazendo discussões teóricas as mais relevantes para o contexto de aplicação prática, sempre atento à realização da plena Democracia.

É assim que percebemos, nesta terceira edição d'*O Direito à Diferença* ..., a inclusão de recentíssimos eventos acerca do princípio da igualdade, como a novel legislação sancionada pelo Presidente Barack Obama, dos Estados Unidos da América, determinando a igualdade de vencimentos para homens e mulheres, como importante medida de combate a uma das mais longevas e cruéis formas de discriminação por gênero.

Nada obstante, esta terceira edição mantém as mesmas fórmulas que tornaram *O Direito à Diferença ...*, o grande sucesso que é no meio jurídico e acadêmico: uma linguagem clara, direta e agradável à leitura; a apresentação de aspectos teóricos sempre atrelados a exemplos de casos concretos ocorridos tanto no Brasil, quanto nos Estados Unidos da América, o que torna a compreensão dos temas abordados, ao mesmo tempo, mais ágil e fácil; além, é claro, da importância dos temas abordados, que giram em torno do princípio da igualdade, da eliminação de qualquer forma de discriminação (ilícita) e a necessidade de promovermos uma profunda mudança em nossos paradigmas, o que só poderá se dar quando assumirmos um sentido de co-responsabilidade social e humana e adotarmos uma postura de respeito mútuo.

Assim, a cada capítulo, quando o autor trata das mais variadas formas de discriminação, como as por Gênero, Raça, Orientação Sexual, ou em face de Portadores de Necessidades Especiais, o leitor se descobre, num primeiro momento, como inserido num caldo cultural de histórica e longa prática de atos de discriminação, o que pode causar um certo desconforto. Mas, logo em seguida, o leitor é convidado a rever seus valores e (pré) conceitos e instado a assumir um novo olhar sobre o próximo; então redescobre a importância de atitudes como respeito, reciprocidade, responsabilidade, para consigo e para com o outro.

Talvez a maior mensagem dada em *O Direito à Diferença ...*, mais que uma perspectiva teórica do Direito e da Filosofia do Direito, seja a cobrança que nos é feita a levarmos a sério a Democracia em uma sociedade marcada pelo pluralismo, a alteridade, a *diferença*. É compreendermos que não há verdadeira igualdade quando uma maioria historicamente estabelecida impõe seus valores e crenças às minorias, sem dar-lhes sequer oportunidade de exporem seus desejos, idéias, história, valores e crenças. É, mais, nos mostrar que somos, sim, preconceituosos, porque somos também frutos de nossa história, de nosso tempo, de nossa cultura. Mas que não precisamos nos manter escravos dessa história, dessa cultura. Que podemos (devemos) dialogar com nossos próprios valores e crenças e que isso só é realmente viável, quando nos permitimos acessar os valores e crenças dos outros. É nos demonstrar a intersubjetividade que salta aos olhos como evidência de um mundo plural, heterogêneo e, ao mesmo tempo, tão igual e tão diferente.

Enfim, a maior mensagem que nos dá Álvaro Ricardo de Souza Cruz, é a de que não há igualdade sem diferença. Portanto, caro leitor, apresento-

vos a presente terceira edição d'O *Direito à Diferença ...*, com um convite a uma viagem cujo destino é um processo de aprendizagem sem volta e de reconstrução de si mesmo.

Boa leitura!

*Hudson Couto Ferreira de Freitas*

Coordenador do Curso de Direito da Faculdade de  
Direito de Sete Lagoas – UNIFEMM

Professor de Teoria da Constituição e  
Direito Constitucional do UNIFEMM

Mestre em Direito Público pela PUC – Minas

Doutorando em Direito Público pela PUC – Minas

## PREFÁCIO

Não restam dúvidas de que a obra *O Direito à Diferença* já faz parte da bibliografia básica recomendada a todos aqueles estudiosos do Direito que se debruçam a pesquisar sobre o princípio da igualdade/isonomia no cenário democrático da ciência jurídica. Reconhecido sobejamente como um tema espinhoso e controverso, o *direito à igualdade* possui uma complexidade e riqueza de nuances compatíveis com a longa data de discussão sobre ele vertida. Desde os remotos tempos da Grécia Antiga até os dias atuais, sempre foi objeto de instigação e curiosidade humana a resposta pela melhor maneira de se tratar o ser humano em relação ao outro, em cenários de identificação e/ou disparidade.

Por constar na pauta da ordem do dia de qualquer discussão minimamente comprometida com os preceitos constitucionais, o princípio da isonomia é tema fascinante, e faz despertar o interesse não somente na comunidade jurídica, mas em toda a sociedade civil, para um debate sério e avesso a juízos simplistas e respostas prontas. Vale lembrar que a luta pela *igualdade* foi mola propulsora de produções científicas e teses sociológicas e jurídicas impactantes, inspiradora de diversos movimentos políticos, sexistas, raciais, étnicos, religiosos e ideológicos ao redor do globo. Ser reconhecido como *igual* é algo que sempre foi parte do cardápio de reivindicações de movimentos sociais das mais variadas matizes, e definir o que venha a ser um tratamento igualitário sempre foi algo candente no decorrer da evolução humana. Por suscitar polêmicas impregnadas por emoções e sentimen-

tos de identificação, nem sempre esse estudo é tratado com a parcimônia e cientificidade com que se exige.

E é justamente nesse estado da arte que vemos com alegria solidificação de estudo sério com a nova edição de obra tal qual agora prefaciamos. Corajosamente se arvorando a enfrentar um tema por demais discutido pela comunidade dos leigos, Álvaro Souza Cruz se propõe a dar colorido científico a toda essa discussão, trazendo argumentos de cunhos políticos, sociológicos, estatísticos e biológicos, e sobretudo **jurídicos**, na contribuição honesta para o enriquecimento da discussão. Sericamente preocupado em não se enveredar por caminhos singelos e irreflexivos, típicos das afirmações afoitas que são elaboradas pelos mais precipitados, o autor carrega à pesquisa uma série de elementos históricos aptos a embasar críticas e a propor soluções. Através de exemplos práticos o autor enumera uma série de segmentos sociais que têm sido marginalizados e menoscabados na condução do processo político, tais como as minorias étnicas, os portadores de necessidades especiais, os homossexuais e as mulheres. Atento ao valor da pesquisa zetética, o autor se vale de recursos da estatística, da história, da filosofia e da sociologia para o auxílio na construção de teses jurídicas inovadoras e capazes de construir uma sociedade justa e igualitária.

O traço comum da narrativa do livro *O direito à diferença* é que ela rechaça a ideologia separatista que por muitos momentos se consolidou como afirmação de uma comunidade firmada na homogeneização, e assim propugnando pelo necessário espírito de altruísmo e inclusão social que deve nortear a democracia contemporânea. Na indispensável reconstrução do conteúdo conceitual do princípio da isonomia em termos formais, materiais e procedimentais, Álvaro demonstra os acertos e equívocos de cada momento em que foram erigidas tais criações. Sempre atento à exigência de se construir uma teoria atenta à prática, o autor colaciona precedentes judiciais dos tribunais pátrios e alienígenas, trazendo, à guisa de registro, inúmeros julgados e precedentes judiciais, bem como diplomas legais promotores da igualdade humana. Certamente o manancial teórico aqui exposto não é comumente percebido na doutrina jurídica, servindo o livro também como um impressionante acervo de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, o que fatalmente servirá de fio condutor de inúmeros outros estudos a serem promovidos por outros autores, que se valerão das teses aqui buriladas como marco teórico de novas produções científicas. Em nenhum momento se percebe que o autor queira colocar um ponto final em quaisquer das discussões apresentadas, como se houvesse neste livro houvesse sido alcan-

çada uma espécie de verdade em-si-mesmada a respeito do tema, mas tão somente instigar seus leitores a refletir de maneira responsável acerca da *igualdade humana*.

Outro aspecto digno de aplausos é a linguagem acessível aos neófitos no estudo do Direito, e que se presta até mesmo para não-iniciados na ciência jurídica, desde que estejam dispostos a terem contato com uma obra de caráter científico, e não somente um discurso panfletário e vazio, o que infelizmente ocorre com a maioria das obras sobre o assunto. Nesse caso, simplicidade no uso do vernáculo não pode ser identificada com escassez de conteúdo. Ao revés. Com o poder de síntese e uma comunicação por demais inteligível, a obra veicula de maneira precisa a mensagem que o autor quer trazer aos seus leitores.

Por derradeiro, aplauda-se o esforço do autor e dos editores em manter o texto da obra atualizada. A despeito de a presente edição datar do ano de 2009, novos precedentes judiciais e atos normativos editados nesse mesmo ano já são noticiadas no decorrer do livro, o que demonstra a dívida de honestidade científica que são marcas registradas do escritor.

Sem receio de soar por demais adulator da qualidade da obra, convido o leitor a caminhar pelas páginas que se seguem. Tenho a convicção de que as impressões por mim aqui descritas serão as mesmas que serão compartilhadas por vós, leitores deste pequeno-grande livro.

*Sérgio Armanelli Gibson*