V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

DANIELA MARQUES DE MORAES

JAIME RUBEN SAPOLINSKI LABONARSKI

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Daniela Marques De Moraes, Jaime Ruben Sapolinski Labonarski – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-254-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direitos. 3. Garantias Fundamentais. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O V Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Montevidéu, Capital do Uruguai, entre os dias 08 e 10 de setembro de 2016, na Universidad de la República Uruguay, contemplou, como tema central, "Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina".

Esta obra reúne os artigos aprovados para o Grupo de Trabalho "Direitos e Garantias Fundamentais II", coordenado pela Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes, da Universidade de Brasília – UnB, Brasil, e pelo Prof. Dr. Jaime Ruben Sapolinski Labonarski, da UDELAR, Uruguai.

Com o propósito de garantir a construção de espaços de inserção internacional, pela divulgação dos resultados de investigações científicas realizadas por pesquisadores brasileiros, associados ao CONPEDI, referido GT desenvolveu suas atividades na tarde do dia 09 de setembro de 2016, oportunidade em que os autores apresentaram ao público suas pesquisas e debateram assuntos de relevância aos estudos do direito, atrelados ao tema central do presente evento.

Dentre as reflexões, o Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais II perpassou pela discussão proposta pelos artigos dos pesquisadores Glauber Salomão Leite e Carolina Valença Ferraz, cujo título é "A lei brasileira de inclusão e o direito à igualdade assegurado à pessoa com deficiência", que buscou demonstrar, no direito à acessibilidade, o possível assecuramento da igualdade às pessoas com deficiência, garantindo-lhes o direito à capacidade civil plena, nos moldes assegurados a todos os demais indivíduos.

Benedito Cerezzo Pereira Filho e Daniela Marques de Moraes em "A nova (des)ordem constitucional no Brasil", teceram considerações sobre as tensões oriundas entre a aplicabilidade de leis e o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos na justiça, considerando-se a necessária consciência acerca do indispensável equilíbrio entre acusação e defesa nos termos das garantias constitucionais.

Em “A tutela constitucional da vida embrionária no Brasil e nos países do Mercosul”, Flávio Martins Alves Nunes Júnior ponderou a respeito do direito à vida e à utilização das células-tronco embrionárias.

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e Flávia Piva Almeida Leite, por sua vez, com a temática “As redes sociais e o discurso do ódio” perpassaram pela análise da ampla e aberta divulgação, pela internet e pelas redes sociais, de ideias e pensamentos, com os consequentes possíveis abusos no direito de liberdade de expressão e o alcance, em alguns casos, do discurso do ódio. O exame recaiu em que medida se pode prevenir e coibir tais posições nas redes sociais.

O artigo “Dignidade humana, mínimo existencial e direito à educação: uma relação de complementaridade?”, desenvolvido por Daiane Garcia Masson e Sônia Maria Cardozo dos Santos, refletiu acerca da possível relação de complementaridade entre dignidade humana, mínimo existencial e direito à educação com o fim de identificar o que se pode exigir do Poder Judiciário diante de omissões ou falhas do Estado quanto ao seu dever constitucional de propiciar políticas públicas para efetivar os direitos dos cidadãos.

Por sua vez, Mariana Cristina Garatini e Erton Evandro de Sousa David, em “O direito fundamental à moradia e sua aplicabilidade pelo Supremo Tribunal Federal nos casos de impenhorabilidade do bem de família”, buscaram analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal no trato de processos que envolvam do direito à moradia, como direito essencial ao desenvolvimento pessoal e social do cidadão, atrelado à questão da impenhorabilidade do bem de família.

“Os direitos fundamentais à informação e à publicidade e a restrição de dados processuais pelo CNJ”, pesquisa desenvolvida por Felipe Braga de Oliveira e Adriana Carla Souza Cromwell, abordou o conflito aparente entre os princípios da informação e da publicidade dos atos processuais, bem como o papel do Conselho Nacional de Justiça na ponderação ou não ponderação de tais princípios ao restringir o acesso aos processos judiciais na internet.

Rogério Magnus Varela Gonçalves e Helanne Barreto Varela Gonçalves apresentaram a pesquisa sobre “O direito fundamental da liberdade religiosa: novos discursos em defesa das minorias” e procuraram demonstrar a tendência à sedimentação do direito constitucional do pluralismo, defendendo a necessária mobilização de novos discursos para propiciar a acomodação das divergências.

O artigo “Expressão e imprensa como liberdades fundamentais”, fruto da pesquisa de Ana Luisa de Oliveira Ribeiro, transitou entre a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e

o direito à comunicação previstos na Constituição da República Brasileira como elementos fundamentais para o aperfeiçoamento democrático a fim de conferir possibilidade de inserção dos indivíduos na esfera pública, por meio de pluralidade de manifestações.

Em a "Judicialização do acesso à educação na Universidade Federal do Tocantins – Brasil", Graciela Maria Costa Barros e Patrícia Medina apresentaram dados relacionados aos processos judiciais que tramitaram entre os anos de 2009 e 2015, com demonstração do conteúdo das decisões judiciais que garantiram ou não o acesso à graduação na referida universidade.

Cândice Lisbôa Alves expôs a pesquisa "Igualdade e diferença: em busca de um conceito constitucional e historicamente situado que promova a inclusão do outro" que demonstrou a preocupação com os direitos à igualdade, à diferença e à proibição de discriminação, cujo objetivo é buscar mecanismo de inclusão do outro, conferindo-lhe oportunidades em iguais condições diante das situações de vulnerabilidade.

Por fim, em "Laicidade estatal e a proposta de legitimação de associações religiosas para o controle concentrado de constitucionalidade: incompatibilidade da PEC nº 99/2011 com a Constituição do Brasil", Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais e Carlos Alberto Simões de Tomaz analisaram a (in)compatibilidade da PEC nº 99/2011 com a Constituição Federal. Para tanto, transitaram entre o princípio da laicidade e a previsão de associações religiosas na Constituição Brasileira.

Desse modo, os coordenadores dessa obra agradecem as autoras e os autores pelo elevado debate travado em cada temática que, certamente, proporcionou novas reflexões e ponderações a contribuir para o amadurecimento intelectual de todos os participantes, característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil e no exterior, e, portanto, ponto de encontro de pesquisadores das mais diversas nacionalidades.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos a todos os interessados uma excelente leitura.

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes – Universidade de Brasília/UnB

Prof. Dr. Jaime Ruben Sapolinski Labonarski – UDELAR

IGUALDADE E DIFERENÇA: EM BUSCA DE UM CONCEITO CONSTITUCIONAL E HISTORICAMENTE SITUADO QUE PROMOVA A INCLUSÃO DO OUTRO

EQUALITY AND DIFFERENCE: IN SEARCH OF A CONSTITUTIONAL CONCEPT AND HISTORICALLY SITUATED TO PROMOTE THE INCLUSION OF OTHER

Cândice Lisbôa Alves [1]

Resumo

O artigo estuda o problema da inclusão do outro-diferente no atual Estado Democrático de Direito. Para tanto, inicia-se a investigação por meio dos conceitos de direito à igualdade, à diferença e à proibição de discriminação. O objetivo da comparação realizada é buscar um mecanismo de inclusão do outro que seja adequado ou que atenda ao dever estatal de oferta de igualdade de oportunidade diante de situação de vulnerabilidade. Assim, a igualdade será percebida como um constructo pautado e delineado pelas demandas sociais ao longo da história, superando a tradicional dicotomia acerca do seu aspecto formal e material

Palavras-chave: Igualdade, Diferença, Diversidade, Inclusão do outro

Abstract/Resumen/Résumé

The article studies the problem of inclusion of another-different in the current democratic state. Therefore, we begin the research through the concepts of right to equality, difference and the prohibition of discrimination. The purpose of the comparison is made to seek another inclusion mechanism that is appropriate or that meets the state's duty of equal opportunity offering before vulnerable. Thus, equality is perceived as a guided construct and outlined the social demands throughout history, overcoming the traditional dichotomy about their formal and material aspect

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Equality, Difference, Diversity, Inclusion of the other

[1] Bacharel em Direito e mestre pela Universidade Federal de Viçosa. Professora Adjunta I de Direito Constitucional na Universidade Federal de Uberlândia. Créditos à FAPEMIG pelas verbas necessárias à apresentação do trabalho.

1 INTRODUÇÃO

A marca da atualidade é a ambivalência, que tem em sua essência a diversidade de pessoas, comportamentos, sugestões, escolhas de vida, ou de como viver a vida. Em outras palavras, a sociedade é pluralista e multicultural, composta por vários grupos sociais com projetos e ideologias diferentes. Todavia, a diversidade nem sempre é interpretada como algo positivo porque a não similitude é entendida, em grande número de vezes, como um risco. O risco de desestabilização das certezas, bem como da segurança que o ser-igual – com suas repetições e previsibilidade de comportamento – traz consigo. O risco de se questionar se o ser-igual é realmente essencial, ou mesmo se essa convivência baseada na similitude é sadia, e, ao mesmo tempo, o risco de se abrir ao outro e ver todas as mesmas e velhas certezas ruírem. Como instrumento de separação dos seres-iguais dos não-iguais emprega-se a denominação 'diferente' ou a palavra 'diferença'.

Ser igual não é o mesmo que ser diferente. Ser diferente é ser 'menos' que ser igual, em uma primeira tentativa de comparação, exatamente por tratar-se de um cotejo que traz em si a determinação de um referencial, colocado no centro da análise como elemento principal. Ainda assim, por estranho que possa parecer, usa-se o direito à diferença como modalidade de direito à igualdade. O direito à igualdade, em termos de classificação, é tradicionalmente subdividido em igualdade formal e material, e o direito à diferença apresenta-se como segmento da igualdade material. Por isso muitos doutrinadores entendem o direito à diferença como um 'avanço' do conceito referente ao direito a igualdade, uma espécie de *pos factum*. Por outro giro, em especial no direito internacional, o direito à igualdade é a baliza para a proibição de discriminação no seu sentido negativo, o que significa, mais uma vez, a reafirmação do direito à diferença.

Geralmente o conceito de diferença – como atinente à classificação ou lugar do ser não-igual – é o ambiente onde se aloca algum tipo de minoria, seja em relação a raça, etnia, cultura ou outro critério qualquer. Assim, o primeiro grande problema da diferença, como *locus* da minoria, é o de ultrapassar a limitação espacial, fazendo-se conhecer e respeitar, tornando-se visível como os demais segmentos sociais. Após, o desafio é gozar das mesmas oportunidades de participação, tanto em um sentido de ser representada politicamente quanto de ter seus direitos fundamentais apreciados e atendidos. Por outro lado, se essa é a dificuldade das minorias que abrigam ou são constituídas pelo 'diferente', é, simultaneamente, o objetivo do Estado Democrático de Direito ora vivenciado.

Diante desse quadro pode-se vislumbrar uma dicotomia constante no discurso jurídico atual: se a minoria é historicamente esquecida/sufocada/silenciada, classificada como 'diferente', como agir para ser participativa na construção de um conceito jurídico de igualdade que ampare suas necessidades particulares? Como o conceito de igualdade dialoga com a necessidade de inclusão? Qual a relação entre igualdade e diferença?

O objetivo desse artigo é investigar o mecanismo pelo qual o conceito de igualdade foi forjado ao longo dos tempos assim como contextualizá-lo no momento atual frente à demanda por amparar, abrigar e potencializar, de uma forma respeitosa, o conceito de diferença. A diferença, nesse ínterim, deve ser entendida como meio que engloba um amalgamado de necessidades humanas singulares de grupos diversos, formatada pelo conteúdo dos direitos fundamentais, que por sua vez tem sua roupagem delimitada ao longo da história por necessidades construídas ou reconhecidas.

A hipótese de trabalho aqui lançada é a de que não há como manter um conceito estático de igualdade posto que ele é aberto e indeterminado, isto porque o teor da igualdade está relacionado à salvaguarda dos direitos fundamentais presentes no momento histórico analisado, o que perpassa, nessa toada, pela aceitação e integração do conceito da diferença. A significação da igualdade está, portanto, relacionada ao paradigma utilizado como seu arcabouço teórico.

A significação quanto à igualdade na atualidade, por fundar-se na concepção dos direitos fundamentais, é expansível. É, também, contingencial às demandas e primados do contexto histórico, sem perder de vista, ainda, que sob a perspectiva normativa, o conceito de igualdade deverá ser construído em uma atividade criativa do intérprete. Nesse sentido a classificação simplista em torno de uma disjunção – a saber, igualdade formal ou material – mostra-se insuficiente para abarcar todas as potencialidades e necessidades que o conteúdo da igualdade deve conjugar na hodiernidade, até porque não há oposição entre as características da igualdade formal e material na medida em que a substancialidade que a igualdade necessita parte de uma primeira premissa que corresponde, exatamente, ao conceito de igualdade na lei. Assim, a divisão que se segue nesse artigo é apenas um artifício para tratar dos assuntos, sem a intenção de solução de continuidade significativa entre momentos históricos ou construções conceituais.

A pesquisa realizada teve natureza bibliográfica. O artigo foi dividido em nove partes. A primeira, essa introdução. A segunda tratou da polissemia da palavra igualdade. A terceira dedicou-se à igualdade na lei ou igualdade formal. A quarta fez incursões nos direitos humanos visando a apreender o direito à igualdade em declarações de direito

internacional. A quinta fez uma comparação entre igualdade formal, material e o direito à diferença. A sexta dedicou-se à transição da igualdade formal à material dentro da premissa da inclusão do outro. A sétima dedicou-se à análise da inclusão do outro por meio do direito de participação. A oitava, de natureza conclusiva, pontuou a reconstrução do direito à igualdade no momento constitucional atual. Por fim, a nona parte cuidou das referências bibliográficas.

2) O INÍCIO DO DESAFIO: a polissemia jurídica da palavra igualdade e as necessidades da igualdade

Alguns autores ao analisar igualdade e diferença atribuem caráter binário ao assunto, como se os conceitos fossem excludentes (SCOTT, 2005, p.12). Outros entendem que igualdade e diferença são irmãos univitelinos (CRUZ, 2005, p. 13). Ao mesmo passo, afirma-se que diante da dicotomia igualdade/diferença encontra-se, à reboque, a dualidade entre o particular e o coletivo ou entre direitos individuais e direitos coletivos/difusos/ sociais, o que demonstra a tensão existente entre o constitucionalismo e a democracia, ou, a necessidade de respeito às minorias diante da escolha da maioria. Ainda que inicialmente não se possa precisar o conteúdo da igualdade entende-se que ela não pode ser tida por um conceito simplista, tampouco fechado.

Adentrando no universo jurídico no afã de delineamento do conteúdo da igualdade, é importante perceber o caráter normativo e relacional da palavra (CARBONELL, 2007, p. 20-22), ou seja, dizer que algo é igual é o mesmo que estabelecer uma comparação, e, nesses termos, pode-se encontrar uma situação reflexa (A=A), simétrica (A=B, B=A) ou transitiva (se A=B, B=C, então, A=C). Em qualquer dessas hipóteses fica evidente a comparação com alguma situação externa (CARBONELL, 2009, p. 8). Aqui, mais uma vez, reconhece-se que a busca pelo teor da significação jurídica da palavra é deontológica, o que, por sua vez, aumenta a dificuldade na própria definição.

Sanchís (1995, p.23) reafirma o posicionamento de que o conceito de igualdade é comparativo, no entanto afasta a possibilidade da identidade e da semelhança absolutas na comparação levada a efeito, isso porque entende que a identidade seria uma comparação que reconheça a igualdade de todos os elementos da realidade ou do objeto analisado, o que, no plano fático, é sobremaneira difícil de ocorrer. Em grande parte dos casos há pontos de identidade e outros de diferença quando realizada uma comparação e, assim, ao invés de identidade ou diferença nota-se, com muita frequência, a constatação da diversidade.

Reformulando a colocação do parágrafo acima, tem-se que comparar significa, em um primeiro momento, sair do plano deôntico e adentrar no fático, onde a diversidade promoverá o reconhecimento de identidades parciais, ou diferenças parciais. É a partir dessas singularidades do mundo da vida que o conceito de igualdade jurídica foi formatado, o que significa que ele é, também, valorativo, e constitui-se como meio de emprestar/determinar consequências jurídicas à realidade (SANCHÍS, 1995, p. 24).

O mecanismo de, então, estabelecer a comparação deve ser guiado pelas premissas da racionalidade e proporcionalidade, ainda que se assuma que a mencionada comparação seja valorativa. Nesse sentido não é demais afirmar que o conceito de segurança em termos da análise da igualdade ou diferença advém de um ato racional no qual esteja e seja possível desenhar a conceituação, bem como os mecanismos jurídicos de igualação ou desigualação (SANCHÍS, 1995. p. 26).

Prosseguindo na análise jurídica, nota-se que a palavra igualdade apresenta-se polissemântica, ou seja, traz em seu bojo uma série de significados. Sistematicamente Canotilho (2000, p. 426-432) identificou as seguintes possibilidades de entendimento: igualdade na aplicação e criação do direito, esta, por sua vez, desdobrável em princípio da universalidade e também princípio da igualdade material; igualdade de oportunidades; igualdade perante encargos públicos; direitos de igualdade, como políticas de ação afirmativa.

A essência de cada uma das vertentes delineadas por Canotilho se complementam rumo a um abraço às potencialidades do ser humano ou, em outros termos, como meios de instrumentalizá-lo a usufruir de todos os utensílios e facilidades disponíveis aptos a lhe proporcionar a plenitude de sua dignidade humana.

Pode-se perceber, também, que a classificação apresentada coaduna com uma trajetória histórica que parte do conceito de igualdade formal (típica das revoluções burguesas) para a igualdade material (que tem no Estado social seu marco). Posteriormente, como aprimoramento da igualdade material, reconhece-se os clamores da população externalizados pela ideologia do Estado social e com ele pelo anseio por iguais oportunidades, em uma visão que mira na plenitude humana, bem como em um itinerário rumo à emancipação social – como constructo ideológico presente, por exemplo, no preâmbulo da Constituição de 1988.

Retomando o conceito de igualdade material, um de seus desdobramentos foi o direito à diferença que inicialmente teve caráter meramente declaratório. No entanto, ao longo da evolução do conceito de Estado, transmutou-se na necessidade de iguais

oportunidades, o que partiu do reconhecimento das demandas das minorias para, após, pleitear inclusão por meio de oferta de oportunidades semelhantes às usufruídas pela maioria. Acompanhando essa linha traçada no direito e na história, se passará a uma singela reconstrução temporal que traz consigo as características ou abordagens da igualdade ao longo dos anos, o que coaduna com a afirmação de que o conceito de igualdade é historicamente aberto (CARBONELL, 2009, p. 9).

3) O PRIMEIRO PASSO: igualdade na lei ou a formalidade do Estado Moderno

O recorte sobre direito à igualdade que aqui se debaterá tem seu ponto de partida nas revoluções burguesas e no nascimento do Estado Moderno. Assim, evento marcante é a Revolução Francesa e seu tripé principiológico: liberdade, igualdade e fraternidade.

Fruto das revoluções burguesas foi a construção do constitucionalismo calcado em dois princípios basilares: a supremacia constitucional e a artificialidade das instituições políticas (SANCHÍS, 1995, p. 10). Os princípios mencionados visavam a garantir segurança jurídica cujo fundamento foi a existência de uma Constituição, cujo objetivo era o de garantir a característica obrigacional e negocial que o período histórico reivindicava, abarcando imunidade para a vida e propriedade, bem como para as relações públicas e privadas (SANCHÍS, 1995, p. 10). Acerca da artificialidade elencada pode-se dizer que as instituições não tinham finalidades em si mesmas, mas eram meios de garantir as determinações constitucionais, em especial quando determinavam restrições que apenas se justificavam na medida em que eram úteis para a garantia dos direitos de liberdade. A feição do Estado, como absenteísta, atinha-se aos direitos de liberdade, e, assim, o conceito de igualdade deveria se adequar a um caráter negativo do Estado.

A igualdade do momento histórico mencionado, por conseguinte, foi a igualdade jurídica, em sua versão de similitude perante a lei, com conteúdo formal, o que corresponde ao pressuposto de que todos são absolutamente iguais. É o mesmo que encarar a igualdade sob uma perspectiva liberal, o que significa que a igualdade de tratamento está inserida em uma concepção de direitos individuais (FLORES, 2010, p. 135). Ela é dirigida ao legislador e determina tratamento igual ou similar por parte das autoridades públicas na execução de um mesmo ato (QUEIROZ, 2010, p.128).

Esse conteúdo foi uma tentativa de romper com as desigualdades naturais por meio da construção da ideia de igualdade jurídica que teve a intenção específica – na época do Estado Liberal – de dar respaldo à igualdade econômica, ou seja, de ser uma modalidade de

justificação para a apropriação de capital e para a propriedade privada (CLARCK, 2007, p. 107). Em verdade, esse momento histórico foi guiado pela ânsia de grande concentração de capital, seguido da formação de conglomerados econômicos e financeiros (CRUZ, 2005, p. 8), posteriormente denunciados por Marx no Manifesto Comunista como *modus operandi* de exclusão e exploração, por meio do conceito de mais valia.

Nesse sentido pode-se constatar que o conteúdo da igualdade formal, solipsista por si só, é, nas palavras de Canotilho (2000, p.427), tautológico: não resolve o problema dos que são iguais e dos que são diferentes. Ao mesmo tempo escancara a situação do não-direito (CANOTILHO, 2000, p. 427) que é o que cabe, em vários momentos, ao não-igual. Para superar a situação do não-direito foi necessário forjar uma construção que abrigasse a hipótese da não-igualdade, ou seja, da diferença. Esse passo é uma espécie de evolução no conceito de 'igualdade na própria lei' para 'igualdade perante a lei', o que significa uma consideração necessária entre realidade e normatividade, tendo como premissa que o afastamento de atitudes positivas por parte do Estado (ação prestacional e regulatória) redundou em discrepâncias sociais e econômicas significativas na vida das pessoas.

4) O SEGUNDO PASSO: singela incursão no conceito de igualdade frente ao direito internacional

As diferenças reais entre as pessoas, suas conjunturas de vida, as submissões pelas quais padecem e todos os revezes decorrentes da exploração maciça do homem pelo homem – de acordo com as perspectivas do capital – funcionaram como catalizador para a mudança de sentido ou concepção do direito a igualdade.

Pensada a configuração da igualdade por si mesma, ela teve no período narrado anteriormente uma versão liberal. Após a crise social e econômica promovida pelo liberalismo econômico, os Estados mudaram sua feição, e assim o direito à igualdade passou a ser tratado por meio de uma característica social. Os instrumentos internacionais foram a primeira grande manifestação jurídica da mudança de significado da igualdade, isto porque apontaram a necessidade de que ela fosse instrumentalizada com o objetivo de equiparação ou proteção do mais fraco, seja política, econômica ou socialmente.

Nesse sentido, o primeiro instrumento importante a falar de igualdade, em um contexto ainda de direitos liberais, mas já vislumbrando equiparação real foi a Declaração do Bom Povo da Virgínia, que em 1776, no item I, assim determinou:

> Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da

> vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.(DECLARAÇÃO DO BOM POVO DA VIRGÍNIA, 1776)

Posteriormente, em 1789, a declaração dos Direitos do Homem determinou: "Artigo 1º- Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum"(DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789).

Mesmo que a realidade social da época não comportasse a conceituação de direitos de igualdade com uma dimensão material significativa, a positivação serviu de abrigo para que as discussões acerca das diferenças substanciais em termos de gozo de direitos pudesse começar a ressoar nos escritos atinentes aos direitos humanos, construindo o que hoje é denominado de "mínimo ético", ou para outros autores, como "diamante ético" (FLORES, 2009, p. 119). O diamante ético parte da pressuposição de que os direitos humanos são o "marco para construir uma sociedade ética que tenha como horizonte a consecução das condições para que "todas e todos" (indivíduos, vidas, formas de vida) possam levar em prática sua concepção de dignidade humana" (FLORES, 2009, p. 119). Nessa seara é que tanto o direito à igualdade quanto o direito a não discriminação adentraram no universo jurídico como um escudo de proteção ético (PIOVESAN, 2010, p. 53).

A Declaração dos Direitos do Homem, de 1948, trouxe, na mesma esteira, no artigo primeiro, a determinação de que "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade" (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM, 1948). O artigo mencionado entrelaça o direito de igualdade ao direito à liberdade, isto porque a liberdade é condição real para se usufruir de igualdade, na medida em que condições econômicas e sociais adequadas são imprescindíveis para que as pessoas possam fruir de benesses igualitárias (FLORES, 2010, p. 111).

É interessante notar que o conceito de igualdade no panorama internacional não teve tratamento estanque, ao contrário, ele veio correlato à proibição da discriminação, que tem em outros dois instrumentos internacionais vetores relevantes, quais sejam, o Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos, incorporado no direito interno por meio do Decreto 592, de 06 de julho de 1992, e o Pacto sobre Direitos Econômicos, Culturais e Sociais, internalizado por meio do Decreto 591, de 06 de julho de 1992. Ambos os Pactos foram elaborados no ano de 1966, embora tenham adentrado o direito nacional em 1992.

No Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, no art. 2º, veio consignado que:

> os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição (BRASIL, 1992a).

Já no Pacto sobre Direitos Econômicos, Culturais e Sociais, em seu art. 2º, item 2, determinou-se os compromisso de os Estado não permitirem "discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação" (BRASIL, 1992b). Ou seja, ambos os instrumentos internacionais pugnam pela não discriminação, seja em qual dimensão ela pudesse se dar.

Refletindo acerca da relação existente entre igualdade e proibição da discriminação, Piovesan assevera que o elo entre eles é a análise da inclusão-exclusão. Nas palavras da autora: "enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica violenta exclusão e intolerância à diferença e diversidade" (PIOVESAN, 2010, p. 58). Ambas as situações, assim, relacionam o modo de convivência com o outro, o que perpassa pela concepção de aceitação ou não, e também pela forma como a suposta aceitação pode se dar, almejando-se que ela promova oportunidades semelhantes. Nesse sentido, o direito não molda o *modus operandi* do contato, todavia legitima ou deslegitima o relacionamento estabelecido. Exatamente por isso ressoa como de grande valia os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, como mecanismos de integração do outro. Também são relevantes no trajeto rumo à inclusão do outro os textos constitucionais dos Estados, em especial porque os direitos fundamentais reafirmam as estipulações dos direitos humanos no plano interno de cada Estado soberano.

5) O TERCEIRO PASSO: entre a formalidade, a materialidade e a diferença

Na mesma linha dos entabulados estabelecidos no plano internacional por meio de Pactos em prol dos Direitos Humanos ou Declarações, as Constituições dos Estados despontou no século XIX como elemento normativo substancial para a transformação da igualdade formal em material.

A ideia de igualdade material teve na construção do Estado Social, no início do século XX, uma importante força motriz para guiar as transformações sociais que se faziam imperiosas no sentido de aplicação e adoção de critérios de justiça social. Essa modalidade de justiça requereu duas atitudes: igualdade de oportunidades e de condições reais de vida

(CANOTILHO, 2000, p. 430). Ou seja, a igualdade quando pensada em seu aspecto material exige do Estado um agir positivo, justificando, por vezes, medidas compensatórias ou ações afirmativas. Esse novo movimento é denominado por alguns como constitucionalismo social (CRUZ, 2005, p. 8).

A discussão atinente à igualdade material tem por pressuposto o fato de o Estado ser obrigado a promover tanto quanto seja possível a igualação normativa tendo em vista desigualdades fáticas (SANCHÍS, 1995, p. 22). Para tanto é essencial o afastamento da ideia de direitos abstratos, ou seja, a realidade deve ser percebida em sua inteireza e crueza, alterando-se conceitos normativos por desigualdades fáticas e a partir delas mirar na promoção do fomento a uma equiparação necessária (QUEIROZ, 2010, p.127).

Buscando um resgate histórico em termos de corporificação da igualdade material em textos constitucionais, é interessante mencionar a Constituição Mexicana, de 1917.

À frente do seu tempo, a Constituição mexicana trouxe no artigo primeiro o reconhecimento de que todos os povos que compunham a Nação Mexicana seriam regidos pela Constituição, o que significa a ideia de igual dignidade entre diferentes, extremamente significativo em um Estado Plurinacional. No mesmo artigo ela proibiu a escravidão e, ainda, a discriminação por motivos étnicos, de idade, gênero, religiosos, de saúde, ou estado civil (CONSTITUIÇÃO MEXICANA, 1917). Já no artigo quarto complementou as disposições sobre igualdade equiparando legalmente homens e mulheres em direitos e obrigações. Ou seja, por meio da análise do texto da Constituição mexicana se pode perceber o início da discussão conceitual atinente à materialidade da igualdade.

A leitura constitucional, nesse sentido, permite perceber o prelúdio do reconhecimento do direito à diferença como vetor material do conteúdo do direito à igualdade, isto porque o texto salvaguardou especificidades dos grupamentos humanos que compunham o Estado e a dignidade de cada um deles, além da promoção da quebra de hierarquia social entre homens e mulheres. Carbonell (2009), constitucionalista mexicano, vai além na interpretação do direito à igualdade na Constituição do seu país. Ele percebe que a expressão mais significativa do direito à igualdade é a proibição da discriminação (CARONELL, 2009, p.13). Afirma, ainda, que com a reforma de 14 de agosto de 2001, que inseriu expressamente a proibição de discriminação, já mencionada acima, houve um importante movimento em prol dos direitos fundamentais, isto porque o final do item 3 do artigo primeiro diz expressamente:

> é proibida toda discriminação motivada por origem etnica ou nacional, genero, idade, as incapacidades, a condição social, as condições de saúde, religião, opiniões, preferencias, estado civil ou qualquer outra forma que atente contra a

> dignidade humana e tenha por objeto anular ou menosprezar os direitos e liberdades das pessoas (CONSTITUIÇÃO MEXICANA, 1917)

A atitude levada a efeito pela Constituição mexicana, que está em sintonia com os textos de direitos humanos, corresponde à classificação de igualdade enunciada por Piovesan (2010, p. 49) quando afirma que uma das vertentes da igualdade material é a correspondente à ideia de justiça que perpassa pelo "reconhecimento de identidades". Reconhecer identidades significa reconhecer diferenças, e, diante delas, elaborar uma estratégia de compatibilização das necessidades humanas frente às especificidades dos grupamentos.

Estudando as diferenças e o direito à igualdade, Ferrajoli (2005) propôs quatro modelos de diferença, que retratariam a inter-relação entre a configuração jurídica e o momento histórico em que ela foi forjada.

O primeiro deles tratou da indiferença jurídica diante das diferenças reais. Esse modelo identificou a naturalização das discrepâncias sociais, econômicas e culturais que pertenciam ao 'reino da vida', sob as quais não se vislumbrava a necessidade de qualquer manifestação jurídica. O pensamento de Locke quanto ao contrato social deu sustentação ao posicionamento, afirmando-se que o único direito realmente garantido pelo Estado seria o direito à vida. O Estado Liberal acatou na integralidade a ideologia do modelo, no sentido de que defendeu que as diferenças reais seriam (e deveriam ser) resolvidas pelas pessoas de acordo com a dinâmica social, consagrando o absenteísmo estatal, sem dúvida a tônica desse modelo de Estado (FERRAJOLI, 2005, p. 7-8; 17).

O segundo modelo foi o de diferenciação jurídica das diferenças (FERRAJOLI, 2005, p. 8-9), que defendeu que algumas diferenças seriam valorizadas ao passo que outras foram desconsideradas estrategicamente, o que desembocou em uma hierarquia de identidades. Essa situação ficou evidente no início da idade moderna onde, sob o manto da universalidade, se apregoou a manutenção de status privilegiado para alguns seguimentos. Tudo isso significa a consagração de um valor de referência construído sob o pretexto de "destruir as antigas hierarquias"(RIOS, 2012, p.172) o que, todavia, não desnaturou o paradigma universal que se construiu tendo por parâmetro um sujeito que não é abstrato, ao contrário, apresenta-se "masculino, branco, europeu, heterossexual, burguês e proprietário" (RIOS, 2012, p.172). Pode-se aferir assim que mesmo que se fale em igualdade, em realidade, quem possui peculiaridades dissonantes da 'referência' não é realmente igual – o que significa estar topograficamente rebaixado ao contrário de ser colocado em um local apenas diverso, mas em um mesmo patamar horizontal. Foi sob essa argumentação de

iguais diferentes que foi mantida a escravidão em alguns países até início do século XIX (FERRAJOLI, 2005, p. 9) ou que se justificou que os direitos políticos fossem exercidos apenas pelos homens, situação que permaneceu no Brasil até o ano de 1932.

O terceiro modelo foi o da homologação jurídica das diferenças (FERRAJOLI, 2005, p. 9-10). Nele as diferenças são reconhecidas como reais, o que, todavia, não dá ensejo ao seu reconhecimento jurídico. Assim, hipoteticamente considera-se a igualdade de homens e mulheres perante a lei, o que não corresponde à realidade social. Há, portanto, uma naturalização da igualdade perante a lei e a naturalização da desigualdade fática.

O quarto modelo proposto por Ferrajoli é o da valoração jurídica das diferenças, que se baseia no conceito normativo da igualdade e tem por premissa os direitos fundamentais e a possibilidade de efetividade das suas garantias (FERRAJOLI, 2005, p. 10). A relação entre diferença e direitos fundamentais pode ser considerada, hoje, o parâmetro adotado pelo constitucionalismo quando analisada a questão da diferença como instrumento de inclusão do outro. Ferrajoli faz incisiva colocação, que aqui se transcreve:

> a igualdade dos direitos fundamentais resulta assim configurada como igual direitos de todos à afirmação e a tutela da própria identidade, na virtude de igual valor associado a todas as diferenças que fazem de cada pessoa um individuo diverso dos outros e de cada indivíduo uma pessoas como as demais.(FERRAJOLI, 2005, p. 10-11, tradução livre)

O que a passagem acima reconheceu foi o fato de que todas as pessoas merecem igual respeito e consideração, por serem dotadas de igual dignidade, de acordo com a premissa kantiana do reino dos fins, e não pelos fatores de diferenciação que acaso existam. Mais uma vez, para esclarecer a situação, Ferrajoli (2005, p.15) aloca a igualdade em um patamar normativo regido pela deontologia. Já a diferença estaria inserida na perspectiva ontológica, ou seja, no mundo dos fatos, de forma que a diferença pode apenas ser reconhecida como a existência de projetos de vida singulares que podem ser percebidos pelas lentes das escolhas sexuais, níveis culturais entre outras características. O tratamento dispensado à diferença é que deve ser o da igualdade, exatamente porque normativa. Assim, deve-se aceitar o diferente porque suas características singulares não excluem dele sua (igual) dignidade, essa última considerada irradiadora de direitos fundamentais que almejam a serem garantidos. O autor associa a igualdade jurídica à concepção dos direitos fundamentais em especial quanto a sua universalidade (FERRAJOLI, 2005, p. 19)

Flores (2010), diante da proposta de Ferrajoli (2005), lança algumas críticas ao critério da diferença: a primeira delas diz respeito à classificação em diferenças naturais e

diferenças sociais ou culturais, isto porque o fundamento dessa proposta seria uma teoria naturalista das necessidades humanas, incabível atualmente (FLORES, 2010, p.111-134); a segunda apregoa a necessidade de concretização das diferenças para, então, propor solução para cada um dos eventos tidos por diferentes, ou seja, não se aceita tratar diferenças no plano normativo, mas no real; a terceira, por seu turno, enfatiza a necessidade de determinação das causas e consequências que transformam diferenças de fato em diferenças de direito (FLORES, 2010, p.134), pois só assim poder-se-ia combater as diferenças que contivessem cunho discriminatório.

Flores (2010), nessa trajetória, intui pela necessidade de análise das normativas perquirindo acerca da possibilidade de elas conterem um certo viés discriminatório nos textos, o que gera consequências no mundo fático já que é nele que as causas e efeitos (mesmo os atintes às normas jurídicas) podem ser percebidas. Tomando essa premissa como referencia, afirma autor que a adoção de marcos jurídicos formais resulta em uma espécie de patologização diante de um padrão universal que de longe contempla as configurações dos casos concretos. Um mecanismo de driblar tal situação é analisar os obstáculos reais que impedem o acesso a recursos e condições, que são os meios adequados para se aferir o critério de igualdade (FLORES, 2010, p.134-135), sugerindo, como solução para o problema apontado, atitudes que repensem o conceito de igualdade, bem como quais discriminações devem ser abordadas para serem evitadas em um contexto de igualdade real e, após, planejando-se ações que estejam inseridas no debate jurídico, mas ultrapassem suas dimensões para, no mundo real, serem instrumentos de combate aos mecanismos de discriminação presentes na realidade social (FLORES, 2010, p.135). O que se vê é que as colocações de Ferrajoli e Flores se complementam no sentido da necessidade de análise de fatos para, após, pensar perspectivas jurídicas aptas a romper com o mecanismo de exclusão que parte, em alguns casos, da própria normativa jurídica.

6 O DESAFIO PARA O SALTO: a transição de conceitos e a miríade de inclusão do outro

Ainda que pareça singelo falar em igualdade e diferença, de igualdade formal e material, nota-se que ainda se está diante de um abismo. E, na outra margem [se é que abismo tem margem] está o outro-diferente, despido de oportunidades e privado de integração na vida social da maioria. Nesse ínterim, o desafio atual do direito constitucional é exatamente pensar e concretizar a inclusão desse outro-diferente.

É importante salientar que a fórmula clássica de igualdade material, de origem aristotélica, que impõe o tratamento igual diante da igualdade, e diferente diante da desigualdade, é sobremaneira aberta. O critério é relevante como início da conversa, como argumento para a relativização da igualdade na lei, mas, por outro lado, convida à reflexão sobre o mecanismo como foi implementado e vivenciado ao longo da história, isso porque durante muitos momentos 'excluir juridicamente' era considerado natural, como o que ocorreu com a escravidão ou mesmo a segregação racial nos Estados Unidos. Isso significa dar razão à Canotilho (2000, p.427) quando a autor asseverou que redundou em tautologia falar em igualdade na lei, pois não resolveu o problema do igual e do diferente. Todavia, não se ignora ou menospreza o processo de transição da igualdade formal para a material, que, considera-se, não é evento findo. Ao contrário, ainda está em vias de acontecer no Brasil. É um projeto em execução, mas longe de demonstrar contornos precisos. Piovesan faz interessante observação:

> Se, para a concepção formal de igualdade, esta é tomada como pressuposto, como um dado e um ponto de partida abstrato, para a concepção material de igualdade, esta é tomada como um resultado ao qual se pretende chegar, tendo como ponto de partida a visibilidade das diferenças. Isto é, essencial mostra-se distinguir a diferença e a desigualdade. A ótica material objetiva construir e afirmar a igualdade com respeito à diversidade. O reconhecimento de identidades e o respeito à diferença é que conduzirão a uma plataforma emancipatória e igualitária. (PIOVESAN, 2010, p. 50)

Piovesan acertadamente pontua que a igualdade material é um ponto a se atingir, que requer a consideração da desigualação fática. Assim, para igualar é necessário, primeiro, reconhecer a diferença. O tema não é pacífico, na melhor das hipóteses é controverso. Ele traz, a reboque, um desafio: pensar a equiparação, a prestação de serviços públicos e demais utilidades consideradas indispensáveis para a garantia de oportunidades aos diferentes por parte do Estado, e também, em alguma medida, dos particulares, quando se toma por consideração a irradiação de efeitos do princípio da igualdade, ou a progressividade que o direito fundamental à igualdade provoca no Ordenamento Jurídico (QUEIROZ, 2010, p. 129).

Outra consideração que deve ser feita é que a forma da igualação não pode ser unilateral, sob pena de se produzir "igualdade demais, à custa de diferenças que são *reprimidas*; ou então igualdade de menos, à custa de diferenças que são *exploradas*" (HABERMAS, 2002, p. 344, grifos do autor). Em todos os casos, hão que serem pontuados critérios de igualação e de diferenciação, concretamente visualizados, o que pode significar, em alguns momentos, a necessidade, por exemplo, de políticas de ações afirmativas, em

outros casos pode se tratar de judicialização para fruição de direitos fundamentais previstos na Constituição, como o direito à saúde (ALVES, 2013).

Alguns autores, por outra linha, associam a ideia da diferença ao reconhecimento identitário. Assim, o direito à diferença estaria fundado em uma concepção pluralista do ser humano, o que pressupõe o reconhecimento da diversidade de identidades seja de natureza sexual, étnica e cultural, entre outras possibilidades de critérios identitários (CLARCK, 2007, p. 102), sem, todavia, essencializá-los.

A diferença, no contexto constitucional atual, deve ser critério de integração de projetos de vida distintos e não uma forma de julgamentos estratificados sobre identidades distintas. Ou, ainda, o reconhecimento da diferença deve evitar que situações consideradas peculiares possam ser utilizadas como critério de discriminação ou meio de diminuição das oportunidades dos grupos. Assim, o direito à diferença impõe tanto um comportamento de aceitação dos particulares (agir negativo do Estado) quanto, quando necessário, uma atuação positiva por parte do Estado no sentido de garantir igualdade de oportunidades (caráter prestacional ativo). Essa última situação foi definida por Habermas como uma coexistência sob igualdade de direitos que seja igualmente boa para todos (HABERMAS, 2002, p. 322). Seria, ainda segundo Habermas, entender que "o que se exige juridicamente de nós é a tolerância em face de práticas que consideramos eticamente extraviadas a partir da "nossa" perspectiva" (HABERMAS, 2002, p. 322, grifos do autor). Ele apregoa a adoção de um viés liberal fundamentado na tolerância quanto aos valores e escolhas diversas, sobre as quais não há hipótese de acordos racionais uma vez que as diferenças são tão substanciais que não conduzem a consensos (HABERMAS, 2002, p. 323). A colocação do autor, todavia, traz em si a marca da comparação e aplicação de juízo de valor: tolerar não significa o mesmo que aceitar e incluir. Significa, para o autor, a falta de uma opção melhor, ou o mesmo que um xeque-mate social: se não se pode vencer o debate sobre moralidade e escolha de vida, e, ainda, se o objetivo é evitar um confronto social significativo, opta-se por tolerar. Esse pode ser o primeiro passo, porém, ele não alimenta a empatia necessária no Estado Constitucional, que funda e determina meios de inclusão do outro, em especial aquele que não tem oportunidades, por si só, para sair da fronteira da exclusão.

Na linha prol acolhimento do outro, Carbonell entende que igualdade significa proteção do desfavorecido, assim como iguais oportunidades de acesso a bens e serviços essenciais à via humana (CARBONELL, 2007, p. 14-15). No mesmo sentido, Cruz (2005, p. 31) adverte que discriminação também decorre de um juízo de indiferença ou

neutralidade para com pessoas que requerem ou necessitam do auxílio estatal para se livrarem da zona de exclusão/discriminação. Exemplificando, o autor menciona as minorias, sejam as étnicas, culturais ou sociais. Visando a superar a situação de desigualação fática, ou as discrepâncias reais das vidas, foram criadas políticas de ações afirmativas ou políticas de discriminação reversa (CARBONELL, 2007, p. 36), uma possibilidade juridicamente coerente de possibilitar igualdade de oportunidades. Aqui não se fala em uma igualação absoluta, ao contrário, o critério é igual tratamento e respeito, o que implica na concretização da análise não por meio do "mesmo tratamento", mas do mais adequado à situação para garantia da oportunidade necessária (QUEIROZ, 2010, p. 147).

7 UMA PIRUETA: igualdade como oportunidade de participação

Requisito objetivo para a igualdade de direitos é a igualdade de participação, seja por meio de representação política, seja por meio de espaços na arena pública para que as minorias – ou aqueles que se consideram diferentes – possam lançar suas demandas sociais visando a que se transformem em direitos reconhecidos. Essa possibilidade seria uma socialização horizontal que incluiria a todos na formulação dos direitos e na possibilidade de gozar dos mesmos (HABERMAS, 2003, p. 158).

Todavia, para além do universo quase utópico da igual consideração de todos, nota-se que, perversamente, a demanda das minorias não será acobertada pela maioria de uma forma serena, vez que ela representa em si uma ruptura com a ideia de homogeneidade e permanência do *status quo*. Portanto, a maneira apta a inserir debates inclusivos na arena pública é por meio de manifestações daqueles que tem direitos não reconhecidos. Essa inserção, todavia, requer mobilização, isto porque quando analisada a história dos direitos humanos constata-se que o reconhecimento deles, bem como da dignidade humana, se fez em cada momento histórico por meio de sangue e sofrimento (COMPARATO, 2010, p. 49), ou seja, por meio de lutas, que teriam característica universalizante, significando que se deve "garantir a todos a possibilidade de lutar" (FLORES, 2009, p.119). Por meio das lutas, direito de todos, demandas reprimidas são externalizadas e paulatinamente incorporadas nos discursos de direitos humanos e fundamentais.

Relembre-se que o direito é a tensão existente entre o plano da faticidade e da validade (HABERMAS, 2003. p.128), e que a legitimidade das normas jurídicas ultrapassa a mera legalidade, indo rumo aos anseios de reconhecimento dos direitos humanos, ou, para Habermas, em um arranjo comunicativo (2003, p. 138) que coloca em posição de co-

originalidade o código do direito e os mecanismos para a produção do direito legítimo, como forma de manifestação democrática (HABERMAS, 2003, p.158).

Uma das versões constitucionais de possibilitar a participação inclusiva da diversidade é por meio da Constituição dúctil, ou seja, maleável, aberta a possibilidades, voltada para dois grandes objetivos: o pluralismo dos valores e a lealdade ao seu enfrentamento por meio do procedimentalismo comunicativo (ZAGREBELSKY, 2011, p. 14-15). Essas características tornam possível a convivência da diversidade porque tem por primado a integração e não a imposição de valores com pesos predeterminados, ou, ainda, a antiga concepção de um padrão de conduta adequado ou dominante.

Esse procedimentalismo comunicativo também cunhado por procedimentalismo discursivo (HABERMAS, 2002; CRUZ, 2005) almeja a uma formação de vontade racional que inclua a participação dos atingidos pelo direito de forma argumentativa buscando, sempre, as melhores razões de acordo com as normas do discurso (CITTADINO, 2004, p.111), pautadas pelas situações ideais de fala.

A inclusão democrática do outro perpassa, sucintamente, pelo alargamento do conceito de democracia, em dois sentidos: a) participação efetiva na construção das normas jurídicas – que remonta a ideia de representação política; b) participação na aplicação e interpretação das normas jurídicas (HÄBERLE, 2002, p.11), seja por meio do discurso jurídico propriamente dito nos processos em espécie (comportando o agir estratégico das partes contrapostas), seja por meio da abertura de interpretação da Constituição e demais instrumentos normativos.

Tomando como norte essa última faceta urge necessário que o discurso jurídico esteja aberto a dissensos morais significativos, pautado pela ideia de progressividade dos direitos fundamentais e pela proibição de discriminação. Assim, ser 'igual' significa estar pareado ou possuir armas iguais – no mínimo equivalente – seja do ponto de vista social (igualdade de oportunidades), seja do ponto de vista jurídico (como acesso a justiça para reivindicar a concretização dos direitos fundamentais).

8 LEVITANDO: há como definir igualdade? Qual igualdade coaduna com os direitos fundamentais?

Discutir igualdade, diferença e inclusão é, no mínimo, algo desafiador. Muito embora haja certo consenso no emprego do uso do direito à diferença como o direito encarregado da inclusão do outro – este por sua vez, marcado por alguma particularidade que o singularize – não se pode perder de vista que a própria exaltação da diferenciação é

uma maneira de insular a especificidade, sem promover, por conseguinte, a inserção ou aceitação dessa característica do outro no meio social.

Tendo em vista o direito de igualdade que hoje é percebido como direito fundamental, a Constituição não pode ser considerada ponto de chegada, mas ponto de partida. Ela deve ser o elemento de realização de condições de possibilidade para que setores sociais divergentes, com ideologias próprias, em vias de alternância de poder, possam imprimir as configurações do próprio Estado e garantir a inclusão das minorias.

A Constituição deve ser o firmamento das possibilidades de integração, e não, como outrora, a construtora de um projeto de vida predeterminado e egoístico, com viés liberal. Daí porque falar em Constituição dúctil, ou seja, maleável, aberta a possibilidades, voltada para dois grandes objetivos: o pluralismo dos valores que devem conviver e a lealdade ao seu enfrentamento por meio do procedimentalismo comunicativo. Essas características tornam possível a convivência da diversidade na medida em que tem por primado a integração, e não a imposição de valores com pesos predeterminados, ou, ainda, a antiga concepção de um padrão de conduta adequado ou dominante.

Necessário, assim, entender que o conceito de igualdade não pode ser hermético. Ao contrário, ele absorve o princípio da progressividade que rege os direitos fundamentais. Nesse sentido, o conceito inicial de igualdade na lei será o primeiro degrau, ou o primeiro passo, que será complementado por seu desdobramento em igualdade material e dela em direito à diferença. Ainda com essas ramificações, não é possível definir todos os requisitos da igualdade preponderante na conjuntura atual, mas tão somente apontar elementos que devem ser considerados, como a promoção da igualdade de oportunidades, e, também, o direito de participação das minorias.

Há muito o que construir e discutir acerca de igualdade. O passo positivo é que as reflexões já se iniciaram, o que implica no reconhecimento de que já é possível avistar o caminho, porém, é necessário construi-lo e trilhá-lo, acrescendo a ele significantes que possibilitem a inclusão, bem como a diversidade cultural e social que são a essência da sociedade atual. Sigamos!

9 REFERÊNCIAS

ALVES, Cândice Lisbôa. **Direito à saúde**: efetividade e proibição do retrocesso social. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais**: desigualdades sociais numa era global. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BROGNA, Patricia. El derecho a la igualdad... ¿o el derecho a la diferencia? **El Cotidiano**, núm. 134, noviembre-diciembre, 2005, pp. 43-55.

CARBONELL, Miguel. **La igualdad insuficiente**: propuesta de reforma contitucional em materia de no discriminacion. Mexico: Comisión Nacional de los derechos humanos, UNAM, Consejo Nacional para Prevenir la discriminación, 2009.

CARBONELL, Miguel; ZEPEDA, Jesús Rodrígues; CLARCK, Rubén R. Garcia; LÓPES, Roberto Gutiérrez. **Discriminación, igualdad y diferencia politica**. Mexico: Comission de Derechos Humanos del Distrito Federal, COnsejo Nacional para prevenir la Dicriminación, 2007.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7.ed. Sâo Paulo: Saraiva, 2010.

CONSTITUICIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Constitución publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Mexico/vigente.html> Acesso em 23 de abril de 2016.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O direito à diferença**: ações afirmativas como mecanismos de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DECLARAÇÃO DO BOM POVO DA VIRGÍNIA, 1776. Disponível em: Acesso em 20 de maio de 2016.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html)> Acesso em 20 de maio de 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>Acesso em 20 de maio de 2016.

FERRAJOLI, Luigi. Igualdad y diferencia. In: FERRAJOLI, Luigi; CARBONELL, Miguel. **Igualdad y diferencia de género**. Mexico: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2005. p. 7-35.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos Diretos Humanos**. Trad. Garcia, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FLORES, Joaquín Herrera. La construcción de las garantias. Hacia uma concepción antipatriarcal de la libertad y la igualdad. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (orgs). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.111-146.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 2002. Trad. Gilmar Ferreira Mendes.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política.Tradução George Sperber; Paulo Astor Soethe; Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos.** Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 16 nov. 2012.

PIERUCCI, Antonio Flávio. **Ciladas da diferença**. São Paulo: Editora 34, 1999.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais**: teoria geral. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

RIOS, Roger Raupp. O direito da antidiscriminação e a tensão entre o direito à diferença e o direito geral de igualdade. **Direitos Fundamentais & justiça,** nº 18, ano 6, jan./mar 2012, p. 169-177.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: perspectivas global e regional. *In*: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (orgs). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 47-76.

SANCHÍS, Luis Prieto. Los derechos sociales y el principio de igualdade substancial. In: CARBONELL, Miguel; PARCERO, Juan A. Cruz; VÁZQUEZ, Rodolfo (comp). **Derechos sociales y derechos de las minorías**. Ciudade Del México: Universidad Nacional Autónoma de México: 2000, p.15-65.