

## DIREITO FUNDAMENTAL À DIFERENÇA

Marcelo Monteiro Torres  
Analista Jurídico do Ministério Público/MT  
Especialista em Direito Constitucional

**Sumário:** 1. Introdução • 2. Fundamentos e conceito dos direitos fundamentais da pessoa humana • 3. Direitos fundamentais e democracia • 4. Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais • 5. Direitos fundamentais expressos e implícitos • 6. Direito fundamental à igualdade • 7. Índoles formal e material do direito fundamental à igualdade • 8. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade • 9. Igualdade, não discriminação e discriminação ilícita • 10. O fato da diferença • 11. Direito fundamental à diferença • 12. Ações afirmativas: mecanismos de concretização do direito fundamental à diferença • 13. Conclusão • Bibliografia.

Palavras-chave: Direitos fundamentais da pessoa humana; direito fundamental à igualdade; direito fundamental à diferença.

### 1. Introdução

A atenção do Estado Democrático de Direito, principalmente depois da segunda grande guerra mundial, está centrada na máxima da dignidade da pessoa humana, núcleo essencial da teorização dos direitos fundamentais, segundo a qual pressupõe a valorização do ser humano em sua plenitude enquanto realidade concreta e individualizada, com seus sonhos e projetos de vida, bem distante do conceito abstrato de pessoa há muito superado.

Diferentes são as maneiras como as pessoas experimentam a vida, entretanto, muitas vezes, ou quase sempre, esses planos de realização pessoal são restringidos ou simplesmente eliminados por uma padronização de comportamentos deveras imposta por aquelas outras pessoas que se sentem reunidas numa rubricada “maioria”. E isso provém até mesmo de quem deveria prezar pela manutenção desse pluralismo, o que reclama tomada de decisões.

Nesse contexto, indaga-se sobre a existência de um *direito fundamental à diferença* na atual sistemática constitucional brasileira, ou seja, se é possível extrair um direito inerente à pessoa humana de ser ela mesma, distinta de qualquer outra, com suas

singularidades, seus projetos de vida, e, ainda, de ser respeitado e tolerado pelos seus semelhantes.

## 2. Fundamentos e conceito de direitos fundamentais da pessoa humana

O pensamento cristão primitivo, a concepção dos direitos naturais e o iluminismo consistiram, segundo a doutrina francesa, nas principais fontes de inspiração filosófica das declarações de direitos fundamentais da pessoa humana. Entretanto, foram superadas pelo processo histórico-dialético das condições econômicas, mormente diante de um cenário de submissão do proletariado à burguesia capitalista, sobrevivendo, então, outras fontes inspiradoras dos direitos fundamentais, como o *Manifesto Comunista* e as doutrinas marxistas, a doutrina social da Igreja e o intervencionismo estatal.<sup>1</sup>

É possível encontrar, certamente por conta desse conteúdo histórico, um sem-número de denominações de tais direitos, dentre as quais a expressão *direitos fundamentais da pessoa humana* mostra-se a mais adequada. São *fundamentais*, porque indicam situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, convive ou sobrevive.<sup>2</sup> *Da pessoa humana* indica uma universalidade, com a inclusão de todos os indivíduos humanos, tratando-se, pois, de expressão muito mais precisa e ampla que *homem*, designação um tanto quanto superada no Direito atual,<sup>3</sup> reservada para apenas quando se refira ao ser humano do sexo masculino.

Nessa esteira, também não se deve usar indiferentemente a expressão *direitos humanos* como se sinônimo fosse de *direitos fundamentais*, uma vez que aquela designação é preferida entre os constitucionalistas anglo-americanos e latinos, bem como é mais adequada ao âmbito do direito internacional; já a nomenclatura *direitos fundamentais* tem maior aceitação pelos autores germânicos.<sup>4</sup> Sobre o tema, explica J. J. Gomes Canotilho que as expressões “*direitos do homem*” e “*direitos fundamentais*” são freqüentemente utilizadas como se sinônimas fossem. Entretanto, segundo suas origens e significados são distintas: *direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); *direitos fundamentais* são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os *direitos do homem* arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os *direitos fundamentais* seriam os

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.173.

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso, *op. cit.*, p.178.

<sup>3</sup> Nesse sentido: CR/88, art. 1º, inc. III, e art.17; e CC/2002, art. 1º.

<sup>4</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 514.

direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.<sup>5</sup>

No que se refere ao conceito de direitos fundamentais da pessoa humana, Konrad Hesse estabelece que são aqueles direitos que o ordenamento jurídico vigente de cada nação qualifica como tais, com a finalidade de criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e dignidade humana. De modo complementar, Carl Schmitt, por sua vez, aponta seu conceito segundo dois critérios: um *formal*, em que direitos fundamentais são aqueles nomeados e especificados na constituição, aos quais foi emprestado um grau mais elevado de garantia ou de segurança – imutáveis ou de mudança dificultada; e outro *material*, segundo o qual os direitos fundamentais variam consoante a concepção ideológica, a modalidade de Estado e os valores e princípios consagrados na constituição, ou seja, cada qual tem seus direitos fundamentais específicos.<sup>6</sup>

Dentre os constitucionalistas nacionais, de forma coesa, José Afonso da Silva arremata ao conceituar os direitos fundamentais da pessoa humana como “situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”.<sup>7</sup>

### 3. Direitos fundamentais e democracia

A importância e significado que os Estados Democráticos de Direito têm atribuído aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana em suas constituições é nítida. Inexorável se tornou, a qualquer interpretação constitucional, uma análise tendo por pressuposto o regime jurídico dos direitos fundamentais, como forma mesmo de sua preservação.

Numa relação de intensa reciprocidade, hodiernamente, ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais refletem a maior ou menor força da democracia de uma determinada sociedade, um Estado caracterizado como democrático é *conditio sine qua non* para realização desses mesmos direitos fundamentais da pessoa humana. Nesse sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco considera que os direitos fundamentais da pessoa humana, para serem eficazes, tornam-se indissociáveis do conceito de democracia, não subsistindo aqueles fora do contexto desse regime político. Os direitos fundamentais estão na essência do Estado Democrático e funcionam como limites do poder estatal e

---

<sup>5</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 369.

<sup>6</sup> *Apud* BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p.515.

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso, *op. cit.*, p.179.

como diretrizes para atuação de todos os poderes constituídos, influenciando sobre todo o ordenamento jurídico.<sup>8</sup> Daí porque a “democracia é o regime de garantia geral para a realização dos direitos fundamentais do homem”.<sup>9</sup>

Logo se vê que os direitos fundamentais da pessoa humana vão além do aspecto da garantia de posições individuais para alcançar o *status* de normas que filtram os valores básicos da sociedade política e que permeiam por todo o direito positivo. São, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático.<sup>10</sup>

Os direitos fundamentais da pessoa humana são considerados o oxigênio das constituições democráticas e sua teorização tem importância capital para a finalidade de apontar os rumos do Estado e guiar a jurisprudência em seu trabalho de exegese.<sup>11</sup> Por conta dessa intrínseca relação entre direitos fundamentais e o regime democrático é que se pode avocar a conhecida concepção de Lincoln, em que a democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo,<sup>12</sup> entendido aqui como conjunto de seres humanos que compõem uma nação. Infere-se, então, que o regime político democrático consiste num governo das pessoas humanas em proveito dessas mesmas, titulares daqueles direitos fundamentais.

No Brasil, percebe-se do próprio Preâmbulo e do art. 1º da Constituição da República a instituição de um Estado Democrático de Direito com a precípua finalidade de assegurar o exercício dos direitos fundamentais, sociais e individuais, como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, encarados como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos e com fundamento na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e no pluralismo político.

#### **4. Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais**

A teorização dos direitos e garantias fundamentais, fundada na dignidade do ser humano, é elevada ao *status* de maior contribuição do constitucionalismo elaborado no momento posterior a segunda grande guerra, principalmente com a promulgação da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 10 de dezembro de 1948, em Paris,

---

<sup>8</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais*. Material da 1ª aula da Disciplina direitos e garantia fundamentais, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL-IDP-REDE LFG, p. 2 e 37.

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso, *op. cit.*, p.132.

<sup>10</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 33.

<sup>11</sup> BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 340 e ss.

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso, *op. cit.*, p.126.

pela Assembléia Geral da ONU. Transcendendo para um plano supra-estatal, tal declaração tem a natureza de norma geral de ação para todos os povos e todas as nações, em que todos os direitos proclamados são inerentes a todas pessoas humanas, sem qualquer distinção.<sup>13</sup>

Com efeito, Luis Roberto Barroso aponta os marcos histórico, teórico e filosófico que definem o novo Direito Constitucional ou *neoconstitucionalismo*, inferindo que a elaboração da teoria sobre os direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana, ao lado do pós-positivismo e da reaproximação entre o Direito e a Ética, são os principais tópicos do marco filosófico.<sup>14</sup> Com a nova direção do Direito Constitucional, assumem os direitos fundamentais da pessoa humana posição privilegiada, com efetivo destaque dado pelas constituições posteriores.

A Constituição da República de 1988, em sintonia com esse pensamento, atribuiu significado diferenciado aos direitos fundamentais da pessoa humana e exemplo disso é a constatação de um rol extenso e minucioso, porém não exaustivo, dos direitos fundamentais no início do texto constitucional (Título II), além de outros tantos espalhados ao seu longo (v.g., art. 1º, 3º, 193 e ss, 225, etc). A amplitude conferida em especial ao conteúdo do art. 5º da CR/88, que se desdobra em setenta e oito incisos e quatro parágrafos, reforça a compreensão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar aos direitos fundamentais, estabelecendo que são elementos integrantes da *identidade* e da *continuidade* da Constituição, isto é, rubricou-os com a *cláusula de eternidade*, tornando ilegítima qualquer tentativa de reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4º).<sup>15</sup>

Certamente por conta desse perfil centrado nos direitos fundamentais é que, em seu prefácio intitulado “A Constituição Coragem”, Ulisses Guimarães expôs que a CR/1988, “diferentemente das sete Constituições anteriores, começa com o homem [...] Geograficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança, é a Constituição cidadã”.<sup>16</sup>

## 5. Direitos fundamentais expressos e implícitos

---

<sup>13</sup> MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 216.

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 04 nov. 2007.

<sup>15</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais*. Material da 4ª aula da Disciplina Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional - UNISUL-IDP-REDE LFG, p. 2.

<sup>16</sup> *Apud* BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 8 ed. Brasília: OAB Editora, 2006, p. 501.

Ponto importante sobre a teoria dos direitos e garantias fundamentais do ser humano, especificamente no caso brasileiro, é a questão do enorme rol trazido pelo constituinte. Apesar de ser detalhado e extenso, não há nele o caráter exaustivo (*numerus clausus*), sendo dominante o entendimento de se tratar de uma relação meramente exemplificativa, como bem se extrai do § 2º, do art. 5º, da CR, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O significado histórico de tal enunciado de ilimitação de direitos fundamentais é ensinado por Celso Ribeiro Bastos, para quem este preceito vem figurando nos textos constitucionais brasileiros desde 1891. Para o professor, a inspiração encontra-se na Constituição dos Estados Unidos, que diz: “A *enumeração de certos direitos na Constituição não deverá ser interpretada como anulando ou restringindo outros direitos conservados pelo povo*”. Esse dispositivo fazia muito sentido, sobretudo em face da concepção jusnaturalística sobre o direito então vigente. Assim, o esquecimento ou a deliberada não inclusão de direitos já reconhecidos em nível de costumes não implicava uma revogação da constituição. No caso do Brasil, o significado é um tanto diferente, porque não se trata de “direitos conservados pelo povo”, mas sim a outros, decorrentes do regime de princípios por ela adotados.<sup>17</sup>

Com efeito, a Constituição da República de 1988, na primeira metade daquele parágrafo, deixa de maneira insofismável a existência de *direitos fundamentais implícitos* ou *decorrentes*, extraídos do regime e dos princípios constitucionais adotados. Nesse sentido, Alexandre de Moraes, mencionando decisão do Supremo Tribunal Federal (Adin nº 939-7/DF), aponta que foram referidos, por força daquele § 2º, o princípio da anterioridade tributária (art. 150, III, *b*), os direitos e garantias sociais (art. 6º e ss), os direitos inerentes à nacionalidade (art. 12 e 13) e os direitos políticos (art. 14 e ss) como pertencentes à categoria de direitos e garantias individuais, logo, imodificáveis (art. 60, § 4º, IV).<sup>18</sup> Há outros exemplos de direitos fundamentais implícitos, dentre eles a *cláusula da proporcionalidade*, decorrente do aspecto substancial do direito fundamental ao devido processo legal (art. 5º, LIV), que comporia o chamado *bloco de constitucionalidade*, e o *princípio do duplo grau de jurisdição*, extraído da previsão constitucional da existência de tribunais e juízes e de recursos (art.

---

<sup>17</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 283.

<sup>18</sup> MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 136.

92 e posteriores).

Na parte final do § 2º em estudo, também se vê a possibilidade de inclusão de direitos fundamentais decorrentes de tratados internacionais em que o Brasil seja signatário, sendo apontados, como exemplos, o *direito de resistência*<sup>19</sup> e a *vedação de prisão civil do depositário infiel*. A questão ganhou maiores contornos após a Emenda Constitucional nº 45/2004 que acresceu o § 3º ao art. 5º e trouxe a possibilidade de equivalência dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos às emendas constitucionais.

Entretanto, em que pese a ampla aceitação da doutrina e jurisprudência, a idéia de direitos fundamentais decorrentes não escapa às críticas, especialmente no que concerne, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao fenômeno da “*inflação*” dos direitos fundamentais formais, num processo de desprestígio e desvalor dos direitos de cunho material.<sup>20</sup> Daí ser mister grande zelo no trato dos princípios e regimes constitucionais no trabalho de identificação de direitos fundamentais da pessoa humana implícitos ou decorrentes, como forma mesmo de sua proteção jurídica.

## **6. Direito fundamental à igualdade**

Já foi destacada a importância da relação mútua existente entre direitos fundamentais da pessoa humana e Estado Democrático de Direito. Aqueles não sobrevivem, tampouco se realizam, sem este. E a recíproca é verdadeira. A democracia é o regime político que garante a realização dos direitos fundamentais, enquanto estes se acham no núcleo essencial do ordenamento jurídico dos Estados Democráticos, limitando e direcionando a atuação dos poderes constituídos.

Nessa linha, observa-se que dentre os direitos fundamentais é atribuído um destaque à cláusula da isonomia, na medida em que é tido como “*signo fundamental da democracia*”.<sup>21</sup> Cármen Lúcia Antunes Rocha o considera bem “*mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental*”.<sup>22</sup> Corroborando, Paulo Bonavides assevera que a isonomia, de maneira incontestável, é o centro modular do Estado Social e de todos os direitos de sua ordem jurídica. Segundo o autor, de “*todos os direitos*

---

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso, *op. cit.*, p.193.

<sup>20</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 284.

<sup>21</sup> SILVA, José Afonso, *op. cit.*, p. 210.

<sup>22</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 118.

fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado Social”.<sup>23</sup>

O liame entre direito fundamental à isonomia e democracia é de tal profundidade que a igualdade é concebida como um dos princípios informadores daquele regime político, ao lado dos *princípios da liberdade* e da *maioria*. Em sua obra, Aristóteles afirmava que na democracia o governo é dominado pelo número (maioria) e que sua alma consiste na liberdade, sendo todos iguais. A igualdade, assim, é o primeiro atributo que os democratas põem como fundamento e fim da democracia. Logo, toda democracia tem por fundamento o direito de igualdade e tanto mais acentuada será a democracia quanto mais se aprofunda na igualdade.<sup>24</sup>

## 7. Índoles formal e material do direito fundamental à igualdade

O *direito fundamental à igualdade* deve ser compreendido em suas dimensões *formal* e *material*. É plausível e justificável que a acepção *formal* resta absorvida pela *material*, completando o significado do princípio da isonomia, do qual são manifestações.

As constituições elaboradas após e com fundamento nas revoluções estadunidense e francesa sempre inscreveram o princípio da isonomia em seu sentido meramente *formal*, cujo conteúdo significa que *a lei é igual para todos*, inadmitindo-se privilégios, ou, noutros termos, a todas as pessoas é atribuído o mesmo valor *perante a lei*, vedando-se a discriminação. Nesse norte, é a afirmação cunhada no art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, em que as pessoas nascem e permanecem *iguais em direito*.

Na lição de Pimenta Bueno, a “lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania”.<sup>25</sup> Trata-se, pois, em sua vertente formal, de um princípio de dimensão negativa, na medida em que rechaça o tratamento desigualitário ante o ordenamento jurídico. Todavia, não propõe qualquer tomada de ações ou comportamentos concretos (materiais) de mitigação das desigualdades de fato. Nessa acepção negativista, o princípio da “igualdade não deixa

<sup>23</sup> BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p.340.

<sup>24</sup> *Apud* SILVA, José Afonso, *op. cit.*, p.129.

<sup>25</sup> *Apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. 15ª tiragem. São Paulo: Malheiros, p. 18.

espaço senão para a aplicação absolutamente igual da norma jurídica, sejam quais forem as diferenças e as semelhanças verificáveis entre os sujeitos e as situações envolvidas”.<sup>26</sup>

Com efeito, desde o Império, as constituições brasileiras contiveram o direito fundamental à igualdade em sua índole *formal* – *igualdade perante a lei* ou *igualdade jurídica*, no sentido de que a ordem jurídica trata todos de maneira igual, sem quaisquer distinções. Todavia, a compreensão do atual art. 5º, *caput*, que expressa o princípio da igualdade em seu contorno formal, não pode ser tão estreita, devendo ser aferido com outras normas constitucionais, especialmente com as exigências de justiça social.<sup>27</sup>

Vê-se, portanto, que a dimensão *formal* da igualdade é insuficiente, não se coadunando a atual concepção de Estado Democrático de Direito. Daí porque a Constituição da República de 1988 quis aproximar as duas faces da isonomia, *formal* e *material*, uma vez que não se limitou ao mero enunciado da *igualdade perante a lei*, mas acrescentou vedações a distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação,<sup>28</sup> conforme se depreende, *v.g.*, do art. 3º, III e IV; art. 5º, I; e art. 7º, XXX e XXXI.

A concepção *material* do direito fundamental à igualdade está assentada no conhecido pensamento filosófico de Aristóteles incorporado ao discurso jurídico para se apreender o significado da cláusula geral da igualdade,<sup>29</sup> em que o estagirita vinculou a idéia de igualdade à noção de justiça. Segundo tal pensamento, deve-se *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem*.<sup>30</sup> Mas tal enunciado secular sobre o preceito da igualdade não está imune a observações. Como bem anota Celso Antônio Bandeira de Mello, o ensinamento aristotélico é insuficiente ao desate da questão da igualdade, pois, ao instante que lhe reconhece a validade como ponto de partida, nega-lhe o caráter de termo de chegada, na medida em que “entre um e outro extremo serpeia um fosso de incertezas cavado sobre a intuitiva pergunta que aflora ao espírito: Quem são os iguais e quem são os desiguais?”<sup>31</sup>

Argumentando que a fórmula da igualdade de Aristóteles não possui caráter auto-

<sup>26</sup> RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.38.

<sup>27</sup> SILVA, José Afonso, *op. cit.*, p. 213.

<sup>28</sup> SILVA, José Afonso, *op. cit.*, p.214.

<sup>29</sup> STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação de Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 235.

<sup>30</sup> ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Mário de Gama Kury. 2ª ed. Brasília: Ed. UnB, 1988, Livro III, Capítulo V, 1280 a. *In verbis*: “Pensa-se, por exemplo, que justiça é igualdade – e de fato é, embora não o seja para todos, mas somente para aqueles que são iguais entre si; também se pensa que a desigualdade pode ser justa, e de fato pode, embora não para todos, mas somente para aqueles que são desiguais entre si”.

explicativo e, ainda, demonstra elevado grau de indeterminação, Wilson Steinmetz procura fundamentos no pensamento de Robert Alexy, que densifica a máxima geral da igualdade com um cruzamento entre o clássico pensamento “*tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais*” e o entendimento da Corte Constitucional Germânica que se resume à existência de uma “*razão razoável*” como justificativa tanto para o tratamento igual quanto para o desigual. Desdobrando em duas regras específicas, dessarte, Alexy conclui que: i) “*Se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual*”; e ii) “*Se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual*”.<sup>32</sup>

Esse, igualmente, é o entendimento de Carmen Lúcia Antunes Rocha, para quem o *direito fundamental à igualdade* não deve apenas tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, mas deve, ainda, erradicar as desigualdades criadas pela própria sociedade, estabelecendo os limites e as condições em que as desigualdades podem reclamar tratamentos desiguais sem que isto constitua a abertura de uma fenda legal maior e uma desigualação mais injusta.<sup>33</sup>

Infere-se, então, que a dimensão *material* do *direito fundamental à isonomia* supera a igualdade perante a ordem jurídica (*formal*), estendendo o conceito de sujeito de direitos de maneira a alcançar o ser humano em sua plena concretização, isto é, em sua realidade existencial, sempre distinta e individual. Abandona-se a velha concepção abstrata de pessoa sujeito de direitos (na maioria das vezes *homem, branco, alto, com saúde e sem deficiências físicas e rico*) para se reconhecer as diferenças e particularidades de cada um, em homenagem à realização da *dignidade do ser humano*.

Dessa forma, a índole *material* ou *substancial* da cláusula constitucional da igualdade reclama, além da não discriminação perante a lei, uma atitude *positiva* por parte do Estado Democrático de Direito no sentido de promover oportunidades a todos através de suas normas e políticas públicas, com a finalidade de reduzir as desigualdades de fato, atentando-se para as individualidades daqueles menos favorecidos ou excluídos do grupo social. Nesse exato contexto de realização concreta e efetiva do direito fundamental à igualdade é que se situa, como poderoso instrumento desse processo de inclusão social, as *ações afirmativas*,<sup>34</sup> viabilizando-se o implemento

---

<sup>31</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 10-11.

<sup>32</sup> STEINMETZ, Wilson, *op. cit.*, p. 236-237.

<sup>33</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, *op. cit.*, p. 34.

<sup>34</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 199.

da isonomia nos aspectos econômico, político, social e jurídico.

## 8. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade

O conteúdo jurídico do princípio da igualdade foi analisado por Celso Antônio Bandeira de Mello, que estabeleceu algumas premissas de orientação no tratamento da cláusula magna da igualdade no intuito de se reconhecer quais diferenciações estariam autorizadas, ou desautorizadas, sem que houvesse qualquer quebra da isonomia. O primeiro critério se refere ao elemento adotado como fator de desigualação; o segundo se cinge à correlação lógica abstrata existente entre o fator de *discrímén* e a disparidade determinada no tratamento jurídico desigual; e o último se reserva à consonância entre àquela correlação lógica e os interesses erigidos pelo sistema constitucional.<sup>35</sup>

Adverte que é necessária a conjunção dos três aspectos para que se tenha uma análise exata do problema, ou seja, para que dada norma jurídica seja qualificada como isonômica é mister que observe cumulativamente àqueles critérios. Reversamente, para que certa situação seja desqualificada pelo princípio da igualdade é suficiente a hostilidade a um daqueles aspectos, qualquer que seja, nada obstante poder desacatar aos três de forma concomitante.<sup>36</sup>

No que atine ao critério primeiro – *fator de diferenciação*, desdobra-o em dois requisitos, a saber: a) a norma jurídica não pode eleger como fator de discriminação um traço tão específico que individualize atual e definitivamente, de maneira absoluta, um sujeito a ser atingido pelo regime diferenciado; e b) o fator de desigualação adotado deverá residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada, sendo que os elementos alheios, não existentes nelas mesmas, não poderão justificar regimes diferentes. Segundo Mello, é “inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas, situações ou coisas [...] mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes”.<sup>37</sup>

Sobre o segundo aspecto, a existência de *correlação lógica entre o fator de discrímén e a desequiparação legal* é tida como ponto nodular para a análise de determinada situação jurídica em face do princípio da igualdade. Assim, é necessária a investigação, de um lado, daquilo que é escolhido como critério de discriminação e, de outro, se há justificativa racional (pertinência lógica) para lhe atribuir tratamento jurídico desigual.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 21.

<sup>36</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 21-22.

<sup>37</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 23 e 29.

<sup>38</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 37-40.

Além disso e por fim, requer-se que o liame existente entre o fator de *discrímén* e seu tratamento diferenciado tenha um fundamento lógico concreto, isto é, que tenha pertinência com os interesses acolhidos pela Constituição. Logo se vê que não é qualquer diferença, em que pese real e logicamente explicável, que possui suficiência para discriminações legais.<sup>39</sup>

Dessarte, atento às premissas acima mencionadas, Mello conclui que há desacato ao princípio da igualdade: I – quando a norma jurídica singularizar, no presente e de maneira definitiva, um indivíduo determinado, ao invés de prestigiar uma categoria de pessoas ou uma pessoa futura e indeterminada; II – quando a norma acolher critério diferenciador que não se situa nas pessoas, coisas ou fatos; III – quando a norma não possuir correlação racional em abstrato entre o fator de *discrímén* e o regime diferenciado conseqüente; IV – quando a norma jurídica estabelecer *discrímén* cujos efeitos são contrapostos ou dissonantes dos valores prestigiados constitucionalmente; e, finalmente, V – quando da interpretação da norma jurídica se extrair *desequiparações* que não foram reconhecidas por ela claramente, ainda que pela via implícita.<sup>40</sup>

## 9. Igualdade, não discriminação e discriminação lícita

A reflexão acerca do princípio constitucional da igualdade necessariamente conduz, por acréscimo, à compreensão do *princípio da não discriminação*, na medida em que estão intimamente relacionados.<sup>41</sup> Nada obstante, a expressão *discriminação*<sup>42</sup> está bem conhecida no ordenamento jurídico e na sociedade com uma conotação pejorativa, equiparando-se a noção de preconceito. Todavia, em sua raiz, *discriminar* significa distinguir; discernir, diferenciar, separar ou, no contexto que aqui mais interessa, *estabelecer diferenças*.<sup>43</sup>

O Supremo Tribunal Federal, em caso interessante<sup>44</sup> de colisão entre o direito fundamental à liberdade de expressão e à isonomia, teceu algumas linhas sobre a questão da igualdade e observou o quanto Constituição da República de 1988 repugna a *discriminação ilícita* a ponto de, além de consignar sua vedação em diversas normas

<sup>39</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 41-42.

<sup>40</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 47-48.

<sup>41</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. *O princípio de não discriminação*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2990>>. Acesso em: 23 nov. 2007.

<sup>42</sup> “Tratamento preconceituoso dado a indivíduos de certos grupos sociais, étnicos, etc.”, in FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *MiniAurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 6ª ed. Curitiba: Positivo, 2004, p.321.

<sup>43</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de, *op. cit.*, p. 321.

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424/RS. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. DJU em 19-03-2004. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia-Detalhe.asp?s1=000296878&base=baseAcordaos>. Acesso em 07 dez. 2007.

(e.g., art. 3º, IV; art. 5º, XLI; art. 7º, XXXI; e art. 227), firmar uma exceção à prescritibilidade das infrações penais.

Dessarte, a discriminação só assumiria caráter *ilícito* ou *odioso* quando a situação desacatar os direitos fundamentais do ser humano com base em critérios injustificados, injustos, frutos de preconceitos, de opiniões preestabelecidas e prejulgamentos negativos, com a finalidade de estigmatizar pessoas ou coletividades através estereótipos.<sup>45</sup> Mas não se pode generalizar afirmando-se que toda discriminação é odiosa ou dissociada dos ideais isonômicos, ocorrendo que, em muitas situações, determinar uma diferença (discriminar) torna-se inevitável e mister para a realização da própria cláusula igualitária e, por via direta, da dignidade humana.<sup>46</sup>

Exatamente nesse rumo é que se discorre sobre o conteúdo do princípio da igualdade e, também, da diferença. Dessarte, deve-se aferir, com severidade extrema, se há correlação lógica (fundamento racional e abstrato) entre os fatores adotados como diferenciais, encontrados em pessoas, coisas ou situações, e a desigualação submetida, bem como, se há pertinência (fundamento concreto) dessa distinção aos preceitos da Constituição. Somente com o concomitante respeito a todos esses aspectos que estará legitimado o tratamento desigual àqueles tidos como diferentes.

Fala-se, então, em *discriminação lícita* ou, na expressão de Rosenfeld,<sup>47</sup> *discriminação in bonam parte*, em que, no parecer de Joaquim Benedito Barbosa Gomes, revela-se inevitável em função de determinadas características pessoais dos indivíduos de determinada parcela da sociedade, o que exclui por princípio e com boa dose de razoabilidade outras categorias de pessoas.<sup>48</sup>

A necessidade de discriminação (lícita), ou tratamento diferenciado, daqueles componentes de grupos que possuam um traço justificador de tal distinção, como forma indissociável de satisfação da isonomia enquanto pressuposto da plena dignidade humana, do respeito ao pluralismo e como exigência do regime democrático.

## 10. O fato da diferença

O Brasil é uma *nação*<sup>49</sup> extremamente diferente. Trata-se de um país que encerra

<sup>45</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. *O Direito à Diferença. As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 29.

<sup>46</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo Souza, *op. cit.*, p. 15.

<sup>47</sup> *Apud* CRUZ, Álvaro Ricardo Souza, *op. cit.*, p. 16.

<sup>48</sup> GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 21.

<sup>49</sup> Aqui, o termo *nação* é entendido como *substância humana* do Estado.

tantos outros dentro de si: há inúmeros e diferentes Brasis,<sup>50</sup> traduzidos em grupos humanos distintos por aspectos como idade (nascituro, crianças, adultos e idosos), sexo (homem e mulher), origem (nacionais, naturalizados e imigrantes), raça (branco, negro, indígena, etc.), condição econômica (miseráveis, pobres e ricos), saúde (portadores de deficiência física ou mental, de *Aids*), condição social, escolaridade, cultura, credo religioso, convicção filosófica e tantos outros. Aspectos geográficos também contribuem decisivamente para essa diversidade, como a extensão territorial, clima, vegetação, solo, na medida em que o a pessoa humana neles se insere e tem de se adaptar às suas peculiaridades.

O reconhecimento e o respeito a esse *pluralismo* passam por um inexorável vínculo com a idéia *dignidade da pessoa humana*, erigidos, pois, pelo constituinte originário de 1988 ao *status* de fundamentos do Estado Democrático de Direito, *ex vi* art.1º, incisos III e V, da Constituição da República, o que reclama e exige especiais posturas estatais de proteção daqueles que são diferentes em razão de quaisquer fatores.

Dignidade, pluralismo, diferenças, igualdades e tolerância são conceitos e situações jurídicas que caminham de mãos dadas, paralelamente situadas na compreensão do novo Direito Constitucional marcado, em seu aspecto filosófico, pela teorização dos direitos fundamentais alicerçados na dignidade da pessoa humana.<sup>51</sup>

Daí que, com base nesses referenciais e definições anteriormente mensuradas, torna-se mister estabelecer se é possível determinar a existência de um direito fundamental de ser diferente no atual contexto constitucional brasileiro.

## **11. Direito fundamental à diferença**

A idéia de um *direito fundamental à diferença* estatuído na Constituição da República de 1988, mesmo com muito esforço hermenêutico, não pode ser compreendida sob uma rubrica *expressa*, na medida que o constituinte assim não o quis ou não possuía carga cultural suficiente para compreender esta necessidade, mas isso em nada lhe retira a legitimidade. Em que pese o extensivo rol de direitos fundamentais, claramente exemplificativo, não há norma constitucional explícita estabelecendo que é *direito de todos o respeito a suas diferenças, sejam elas de qualquer natureza*.

Noutro lado, também não há na Constituição qualquer tentativa de negar-lhe existência. É certo, porém, que em muitos pontos o constituinte vedou a discriminação,

---

<sup>50</sup> FERNANDES, Diego. *Fala sério? É proibido ser diferente?* 11ª ed. São Paulo: Canção Nova, 2007, p. 13.

<sup>51</sup> BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*

inclusive gravando com a cláusula da imprescritibilidade, como visto anteriormente, mas esse impedimento sinaliza para aquelas práticas ilícitas, nada falando, pois, sobre a diferenciação de cunho lícito, isto é, legítima em razão das particularidades do caso concreto

Dessa maneira, a compreensão da existência do direito à diferença passa necessariamente pela fenda do § 2º, art. 5º, da Lei Maior, analisado anteriormente, segundo o qual, autoriza-se a extração de direitos fundamentais *implícitos, decorrentes* do regime e dos princípios constitucionais adotados. Com efeito, o *direito fundamental de ser diferente*, e de ser respeitado por conta de seus fatores diferenciais, está subentendido nos princípios constitucionais, mais especificamente, na dimensão substancial do *direito fundamental à igualdade* (art. 5º, *caput*), bem como decorre de elementos encontrados nos princípios fundamentais estatuídos pelo constituinte consistentes na *democracia, dignidade humana e pluralismo* (art. 1º, *caput* e incisos III e V).

No que se refere à cláusula geral da isonomia, a Constituição o afirma na cabeça do art. 5º, assegurando que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Aqui, como já tratado, a norma constitucional consagrou a índole formal da igualdade, que não é o bastante, pois é preciso ir adiante do que simplesmente estatuir a igualdade diante do ordenamento jurídico; este mesmo sistema de normas, como produção estatal, deve dispor de tudo quanto possível para assegurar os direitos de certas categorias diferenciadas.

E esta iniciativa é dada pela própria Lei Fundamental que em diversas passagens atribui tratamento desigual para situações desiguais, diferenciando aqueles que realmente são diferentes em razão de algum fator racionalmente explicável, a exemplo: art. 3º, III (estabelece como objetivos fundamentais a erradicação da pobreza e marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais); art. 5º, VIII (reconhece a pluralidade de crenças religiosas, filosóficas e políticas), XLVIII (distingue os apenados de acordo com a sua idade, sexo e natureza da infração penal), L (homenageia a maternidade das presidiárias e a importância da amamentação) e LXXIV (garante assistência jurídica aos necessitados através da Defensoria Pública – art.134); art. 7º, XII (garante salário-família ao trabalhador de baixa renda), XX e XXXI (protegem o mercado de trabalho da mulher e daqueles que portam alguma deficiência) e XXXIII (proíbe o trabalho infantil); art. 12, § 3º (elencas cargos privativos de brasileiros natos); art. 170, VI e IX (dão tratamento diferenciado a produtos e serviços conforme seu

impacto ambiental, bem como às pequenas empresas nacionais); art. 201, § 7º, I e II, e § 8º (definem tempos de serviço e contribuição diferentes para homens, mulheres e profissionais do magistério); art. 203 (garante assistência social aos necessitados); art. 206 (garante educação com liberdade, pluralismo de idéias e concepções pedagógicas, e com gratuidade nos órgãos oficiais), art. 210, § 2º, e art. 230 (reconhecem a língua e o ensino, enfim, a cultura indígena); art. 215, § 1º (protege as manifestações culturais populares, indígenas, afro-brasileiras e outros grupos) e § 3º, III (promove a valorização da diversidade étnica e regional); art. 217, III (concede tratamento diferente para esportes não profissionais); art. 226, §§ 3º e 4º (reconhecem as diversas formas de entidade familiar); art. 230, § 2º (garante a gratuidade de transportes coletivos aos idosos), entre outros.

Depreende-se, então, que a dimensão material do princípio magno da igualdade muito se aproxima e se dirige à noção do *direito fundamental à diferença*, uma vez que, como visto, substancialmente a isonomia reclama, muito mais que o mero tratamento eqüitativo perante a norma jurídica, uma tomada de decisões e posturas públicas concretas no sentido de se efetivar as individualidades e garantir que as diferenças existentes em determinados grupamentos humanos sejam homenageadas num processo de inclusão social.

A esse propósito, Luigi Ferrajoli explana que as dimensões (formal e material) da isonomia jurídica podem ser definidas como igualdade nos direitos fundamentais e é através destes que a igualdade em ambas as índoles é assegurada ou perseguida. Assim, seria diversa a natureza desses direitos (igualdade formal e igualdade material) conforme sua relação com as desigualdades de fato e, precisamente, discorre que são as garantias dos direitos de liberdade que asseguram a *igualdade substancial* ou *social*: umas garantias tutelam as *diferenças*, das quais se postula tolerância; outras removem e compensam as desigualdades postuladas como intoleráveis. Em relação às primeiras, Ferrajoli afirma que são *direitos à diferença*, isto é, *direito a ser si mesmo e permanecer uma pessoa diversa das outras*; enquanto que as outras garantias seriam direitos à compensação pelas desigualdades. Por fim, conclui que no primeiro caso a *diversidade é um valor de garantia* e, ao inverso, no segundo é um desvalor a se combater.<sup>52</sup>

Logo, o *princípio constitucional da isonomia e direito fundamental à diferença*, decorrente do primeiro, estariam um para o outro tal qual estão as faces da mesma

---

<sup>52</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal*. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997, p. 276.

moeda. Nesse sentido, Álvaro Ricardo Souza Cruz<sup>53</sup> abertamente explana sobre o *direito à diferença* como consectário de uma reconstrução da teoria dos direitos fundamentais, calcada na dignidade humana e no pluralismo cultural, núcleo do atual estágio da democracia. *In verbis*:

Chegamos ao ponto central de nossas preocupações. Como diferenciar sem violentar? É possível discriminar sem ofender a noção de dignidade humana? [...] Para tanto é preciso reconstruir, tal como fizemos, o conceito de direito fundamental e, em especial, o direito à igualdade e seu irmão univitelino, o *direito à diferença*. Esta reconstrução se faz necessária para uma sociedade marcada pela injustiça. [...] O papel do Direito é ser instrumento de transformação social para o resgate de direitos ainda hoje não realizados, cabe, pois, inevitavelmente, estabelecermos o caminho de reconstrução dos direitos fundamentais estabelecido pelo paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito. (grifamos)

Nas lições de Boaventura de Souza Santos, citado por Flávia Piovesan,<sup>54</sup> possuímos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza, sendo mister uma igualdade que reconheça as diferenças e uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.

Com efeito, há uma necessidade, atual e eminente, de se conviver com as diferenças, como forma mesmo de realização da dignidade da pessoa humana diferente, mormente quando a República Federativa do Brasil se declara uma comunidade democrática, aberta ao pluralismo, confessando que ao seu abrigo existe uma diversidade de planos e pensamentos de vida por parte de seus indivíduos ou grupos deles, todos com sua importância e decisivos no fortalecimento da democracia, o que mitiga, portanto, a padronização de comportamentos, na maioria das vezes imposta por força das intituladas “maiorias” que ainda insistem em fomentar a discriminação ilícita e a exclusão social.

Existem muitas diferenças entre os brasileiros, e que maravilha, porque existem muitas culturas, muitas cidades, muitas gírias e muitos rios, mas não é porque temos diferenças que precisamos ser adversários. Não! Pelo contrário: a aventura da vida torna-se cada vez mais empolgante quando há respeito pelo que nos diferencia. [...] Todos precisam ser respeitados nas suas diferenças. Condenar alguém ou excluí-lo porque tem raça, religião ou cultura diferente da nossa é grande prejuízo. Literalmente: pré-juízo! Julga-se previamente sem conhecer, sem averiguar, sem ouvir o outro só porque não é desse ou daquele grupo.<sup>55</sup>

<sup>53</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo Souza, *op. cit.*, p. 13.

<sup>54</sup> PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas no Brasil. Desafios e perspectivas*. In: Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso. Organização de João Batista de Almeida. Cuiabá: Entrelinhas, ano 2, v.2, n° 2, jan./jun., 2007, p. 135.

<sup>55</sup> FERNANDES, Diego, *op. cit.*, p.13 e 15.

Nesse contexto de compreensão e tolerância às diferenças existentes na pessoa humana, que a individualiza e a destaca das demais, Álvaro Ricardo Souza Cruz ressalta a importância do fortalecimento do ser humano em sua dignidade e do pluralismo no regime democrático. Segundo ele, qualquer concepção contemporânea de constitucionalismo deve observar no princípio do pluralismo, certamente em consonância com o da dignidade da pessoa humana, um dos seus eixos centrais, constituindo, sendo a grande novidade do paradigma do Estado Democrático de Direito. O pluralismo tem por pressuposto a admissão, o respeito e proteção a projetos de vida distintos daqueles considerados como padrão pela maioria da sociedade, representando uma proposta de superar uma visão de mundo etnocêntrica, ao reconhecer o direito a projetos de vida alternativos.<sup>56</sup>

A questão do pluralismo, fundamento da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, não pode ser restringida à sua dimensão política, consoante, equivocadamente, possa parecer da efêmera leitura do art. 1º, V, da Lei Maior. Nesse passo, Inocêncio Mártires Coelho ensina que o pluralismo deve ser apreendido nos seus diversos aspectos, seja jurídico, político, ideológico, filosófico, econômico, étnico, lingüístico, religioso, educacional, científico, cultural, etc., na medida que seu ponto de partida é fundamentalmente de ordem filosófica, centrado no conceito metafísico de pessoa humana como singularidade e liberdade, isto é, o pluralismo, portanto, antes de ser um conceito jurídico ou político, é um valor filosoficamente ligado à idéia de pessoa. “É que, embora substancialmente iguais, como seres dotados de razão, também somos essencialmente diferentes, enquanto singularidades vocacionadas a decidir livremente sobre o nosso destino”.<sup>57</sup>

Dessa forma, explica o autor, que falar em pluralismo político implica que, observadas as mínimas restrições estabelecidas pela própria Constituição da República em sua imperativa reserva, ao ser humano é assegurada liberdade para se autodeterminar e levar a sua vida como bem entender e quiser, imune a qualquer intromissão de terceiros, seja estatal ou de particulares.<sup>58</sup> Diante desse quadro, o professor Mártires Coelho afirma categoricamente a existência de um *direito fundamental à diferença* em todos os aspectos e sentidos da experiência em sociedade, notadamente porque ser diferente é um estado de normalidade, e não o contrário,

---

<sup>56</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo Souza, *op. cit.*, p. 69 e 71.

<sup>57</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *O novo constitucionalismo e interpretação constitucional*. Material da 5ª aula da Disciplina Teoria da Constituição e Hermenêutica Constitucional, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL - IDP – REDE LFG, p. 1-3.

desautorizando-se tomar por estigmas aqueles traços característicos que singularizam cada indivíduo enquanto pessoa humana:

Muito embora a Constituição brasileira, assim como tantas outras, utilize expressão pluralismo agregando-lhe o adjetivo político, o que, à primeira vista, poderia sugerir a idéia de que esse princípio refere-se apenas às preferências políticas e/ou ideológicas da Sociedade, a sua abrangência é muito maior, significando pluralismo na polis, ou seja, um *direito fundamental à diferença* em todos os âmbitos e expressões do viver coletivo – tanto nas escolhas de natureza política, quanto nas de caráter econômico, social e cultural – um direito fundamental, portanto, cuja essência Arthur Kaufmann logrou traduzir em frase de rara felicidade: não só, mas também. [...] O mesmo se diga da idéia de tolerância – intimamente associada ao conceito de pluralismo – a significar que ninguém pode ser vítima de preconceitos, de ódio ou de perseguição pelo simples fato de ser diferente, como, infelizmente, tem acontecido no curso da História, em que pesem os esforços de quantos – ao que parece até agora pregando no deserto – nos advertem de que o normal é ser diferente e que os traços característicos de cada indivíduo não devem ser vistas como estigmas, mas, ao contrário, como expressão da metafísica singularidade das pessoas enquanto criaturas substancialmente distintas das demais.<sup>59</sup> (grifamos)

E concluindo seu pensamento, mencionando a Ricoeur, discorre que *o fato do pluralismo* passou por algumas fases até chegarmos ao presente momento, em que se proclama o *direito à diferença* como inerente à própria dignidade da pessoa humana: num primeiro momento, há tolerância do que se desaprova mas não se pode opor impedimentos; a seguir, há tentativa de compreensão das convicções contrárias às nossas, mas sem adesão a elas; e, finalmente, ocorre o reconhecimento do direito ao erro, i.e., o direito próprio a todo indivíduo de acreditar naquilo que bem aprouver e de levar a vida como lhe convier, com a só condição de que as suas escolhas e projetos de vida não causem prejuízo a outrem, tampouco inviabilizem o exercício do mesmo direito pelas demais pessoas integrantes da comunidade.<sup>60</sup>

Dessa forma, constata-se bem delineada a existência implícita do *direito fundamental à diferença*, fruto do acolhimento da concepção material do princípio da isonomia e de uma maturidade democrática, em que se evidenciam os valores insuperáveis da dignidade da pessoa humana e do pluralismo em seus mais diversos aspectos. E, mais adiante, atinando-se para o seu *status* de direito fundamental, o *direito*

---

<sup>58</sup> COELHO, Inocência Mártires, *op. cit.*

<sup>59</sup> COELHO, Inocência Mártires, *op. cit.*

<sup>60</sup> COELHO, Inocência Mártires, *op. cit.*

à *diferença* está abrigado pelo manto da eternidade (cláusula pétrea), alheio a força do poder constituinte reformador, sendo certo que qualquer tentativa de sua abolição restaria ilegítima (art. 60, § 4º, IV).

## **12. Ações afirmativas: mecanismos de concretização do direito à diferença**

O desrespeito às diferenças há muito está instituído e tende a permanecer ainda por muito tempo, pelo menos enquanto viger no seio social aquele sentimento negativo de marginalização, segregação e inacessibilidade. A diferença entre as pessoas humanas deve ser fator de inclusão social, porque o pluralismo é saudável, mas não é o que se vislumbra ao longo da história, a exemplo da legitimação da escravatura por milênios e a intolerância de algumas religiões.

A exclusão de milhões de pessoas por conta de alguma forma de discriminação odiosa, marcadamente em razão de fatores ligados à diferença que as singulariza (raça, cor, gênero, sanidade, origem, idade, etc.) é algo inaceitável no atual estágio da democracia, o que aponta para uma imprescindível tomada de decisões e posturas hábeis a por termo nessas desigualdades ilegítimas e, ainda, fazer valer o direito de ser respeitado enquanto ser humano diferente dos demais.

Nessa esteira, como forma de se progredir rumo à superação dessas desigualdades ilícitas perpetradas e institucionalizadas em todos os tempos, surgem as *ações afirmativas*, também chamadas *discriminações positivas*.

A esse propósito, conceitua-se as ações afirmativas como instrumentos temporários de política social, provenientes tanto de entidades públicas quanto privadas, através das quais se busca a integração de certo grupo de pessoas aos diversos seguimentos sociais (econômico, cultural, educativo, etc.), objetivando acrescer sua participação nos mesmos, sem as quais tradicionalmente permaneceriam apartados por fatores como raça, sexo, etnia, deficiências física e mental ou classe social. Logicamente, como programas positivos, as políticas afirmativas têm a finalidade de “promover o desenvolvimento de uma sociedade plural, diversificada, consciente, tolerante às diferenças e democrática, uma vez que concederia espaços relevantes para que as minorias participassem da comunidade”.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? A implementação para negros como mecanismo concretizador de direitos fundamentais. Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1455, 26 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10070>>. Acesso em: 11 dez. 2007.

Devem, contudo, submeterem-se ao crivo da razoabilidade, na medida que, consoante já estudado, condicionam-se à verificação da existência de fundamento racional entre o fator de *discrímen* e as medidas diferenciadoras adotadas, bem como, se tal postura harmoniza-se com os princípios e interesses constitucionalmente consagrados.

Assim, as ações afirmativas assumem caráter decisivo para o processo de inclusão social de pessoas ou grupo de pessoas estigmatizadas por algum fator que as diferencia das demais, constituindo-se instrumento efetivo de concretização do *direito fundamental à diferença*.

### 13. Conclusão

Em que pese os vários acenos contidos na Constituição da República de 1988 para que a igualdade de oportunidade seja promovida no mais profundo de seus significados, as resistências não são poucas e, a cada dia, parecem ganhar mais força e mais adeptos, sempre dispostos a manter, ou mesmo agravar, as desigualdades ilegítimas que permeiam a sociedade contemporânea. Pouco se tem feito diante das discriminações, históricas e atuais, em relação a determinados grupamentos humanos socialmente excluídos por questões inatas ou sociais, tais como etnia, cor da pele, sexo, idade, deficiências (física, mental, econômica, etc.), origem, concepções (religiosa, política, filosófica, etc.), além de tantas mais.

A hodierna concepção de Estado Democrático de Direito, indissociável dos direitos e garantias fundamentais, cujo núcleo essencial reside na magnitude da dignidade humana, não pode conceber que se perpetuem discriminações odiosas e, ao mesmo tempo, não aja no sentido de ver reconhecido o direito de inclusão daqueles que possuam algum fator legítimo de diferenciação. O estágio atual da democracia não comporta que o direito à igualdade seja vilipendiado ao sabor do humor da omissão estatal ou de grupos compositores de uma suposta maioria. Aliás, as ditas *minorias* é que são *maioria* quando o assunto é desigualdade. Ricos, brancos, saudáveis, bem estudados, engajados na sociedade, compõem a menor parcela. Miseráveis, pobres, prostitutos, negros e mulatos, analfabetos ou semi-analfabetos, deficientes físicos e mentais, estes sim, somados, compõem a maioria dos brasileiros.

Daquelas pessoas que se julgam *normais* e *iguais*, conforme o padrão socialmente imposto, é exigível o respeito aos seres humanos que têm algum fator de desigualação congênito ou que adotem algum plano de vida diferente dos seus. Do Estado, não se

pode mais aceitar sua passividade, reclamando-lhe tomada de políticas afirmativas para se garantir igualdade proporcional de oportunidades a todos, num processo ininterrupto de inclusão, acessibilidade e restabelecimento da dignidade.

Assim, o direito fundamental à diferença, entendido nesse contexto de pluralidade de planos e formas de vida, tem reconhecimento constitucional e, mais que isso, exige a tolerância a tais diferenças como único meio de se conceber dignidade às pessoas ou grupos postos à margem dos vários segmentos sociais, como mercado de trabalho, cultura, saúde, ensino, etc. Pluralismo e dignidade; igualdade e diferença; direitos fundamentais e democracia: conceitos essencialmente interligados à idéia de realização da pessoa humana e que devem ser desenvolvidos e experimentados concomitantemente.

## **Bibliografia**

- ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Mário de Gama Kury. 2ª ed. Brasília: Ed. UnB, 1988.
- BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 04 nov. 2007.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo : Malheiros, 2002.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 8 ed. Brasília: OAB Editora, 2006.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais*. Material da 1ª aula da Disciplina Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL-IDP-REDE LFG.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424/RS. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. DJU em 19-03-2004. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000296878&base=baseAcordaos>. Acesso em 07 dez.2007.
- CANOTILHO, J. J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *O novo constitucionalismo e interpretação constitucional*. Material da 5ª aula da Disciplina Teoria da Constituição e Hermenêutica Constitucional, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL-IDP-REDE LFG.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença. As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- FERNANDES, Diego. *Fala sério? É proibido ser diferente?* 11ª ed. São Paulo: Canção Nova, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal*. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *MiniAurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 6ª ed. Curitiba: Positivo, 2004.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito*

*como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? A implementação para negros como mecanismo concretizador de direitos fundamentais. Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1455, 26 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10070>>. Acesso em: 11 dez. 2007.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. 15ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais*. Material da 4ª aula da Disciplina Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL-IDP-REDE LFG.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PASSOS, J. J. Calmon de. *O princípio de não discriminação*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2990>>. Acesso em: 23 nov. 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2.ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas no Brasil. Desafios e perspectivas*. In: Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso. Organização de João Batista de Almeida. Cuiabá: Entrelinhas, ano 2, v.2, nº 2, jan./jun., 2007.

RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. São Paulo: RT, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação de Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.