

**DESCONHECIMENTO, EXCLUSÃO X IGUALDADE, DIGNIDADE
E GARANTIA DO DIREITO DE INCLUSÃO POR MEIO DAS
AÇÕES AFIRMATIVAS**

UNFAMILIARITY, EXCLUSION X EQUALITY, DIGNITY AND
SHARES THROUGH INCLUSION OF THE RIGHT OF WARRANTY
AFFIRMATIVE

CRISTINA VELOSO DE CASTRO¹
FABIANA JUNQUEIRA TAMAOKI NEVES²

Resumo

O presente trabalho apresenta questões relevantes como desconstrução das garantias fundamentais: dignidade da pessoa humana, a efetividade e o desconhecimento do direito. A validade moral dos direitos: igualdade e a

¹ Doutoranda em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela ITE - Instituto Toledo de Ensino – Bauru-SP. Professora de Direito Constitucional e Coordenadora do Curso de Direito da UEMG - Universidade do Estado de Minas Gerais. Frutal/SP – Rua Silvio Romero, 509 – Telefone (34) 3421.2864 – CEP 38200-000 - E-mail cristinavelosodecastro@yahoo.com.br

² Doutoranda e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição de Ensino de Bauru (ITE) e Especialista em Direito Ambiental e Ordenação do Território pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Docente nos cursos de Direito, Administração e de Técnico em Gestão Financeira das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente (SP). Advogada. Presidente Prudente/SP – Rua Genofefa Angeli Ligabone, 90 – Telefone (18) 3908.1744 – CEP – 19053-360 - E-mail fatamaoki@unitoledo.br

natureza humana. E por fim as garantias do direito de inclusão por meio das ações afirmativas como possível solução para o igualitarismo.

A ideia de igualdade está vinculada com a democracia. Não se pode falar em democracia sem que se aborde a questão da igualdade. Trata-se de princípio que norteia a discussão de como se compreender o Estado democrático de Direito.

Nossa Constituição Federal de 1988, proclama em seu artigo 5º, que *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)*. Já no preâmbulo, a igualdade é mencionada como um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Podemos dizer que, tanto quanto a liberdade, a igualdade é um princípio, um direito e uma garantia.

O princípio da igualdade por ela consagrado, permite à lei tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, não devendo cometer o erro de conceber a isonomia como um fator que impeça o estabelecimento de situações jurídicas distintas entre as pessoas. O princípio postula que as desigualdades de fato decorram das diferenças das aptidões pessoais, dando tratamento diferenciado as pessoas diferenciadas.

Assim temos a ação afirmativa que é um conjunto de políticas que compreendem que, na prática, as pessoas não são tratadas igualmente e, conseqüentemente, não possuem as mesmas oportunidades, o que impede o acesso destas a locais de produção de conhecimento e de negociação de poder. Este processo discriminatório atinge de forma negativa pessoas que

são marcadas por estereótipos que as consolidam socialmente como inferiores.

Abstrat

This paper presents relevant issues as deconstruction guarantees fundamental human dignity, effectiveness and lack of law. The validity of moral rights: equality and human nature. And finally guarantees the right to inclusion through affirmative action as a possible solution to egalitarianism.

The idea of equality is linked with democracy. One can not talk about democracy without which addresses the issue of equality. It is a principle that guides the discussion of how to understand the democratic rule of law.

Our Federal Constitution of 1988 proclaims in its Article 5, that all are equal before the law, without distinction of any kind (...). In the preamble, the equality is mentioned as one of the supreme values of a fraternal, pluralistic and unprejudiced. We can say that as far as freedom, equality is a principle, a right and a guarantee.

The principle of equality enshrined in that directive, the law allows treating equals equally and unequals unequally, and should not make the mistake of conceiving of equality as a factor that impedes the establishment of separate legal situations between people. The principle postulates that inequalities arising from differences in fact personal skills, giving different treatment to different persons.

So we have that affirmative action is a set of policies that included that in practice, people are not treated equally and therefore do not have the same opportunities, which prevents access to these sites of knowledge production and trading power. This discriminatory process negatively affects people who are marked by stereotypes that consolidate as socially inferior.

Introdução

A trajetória histórica do nosso País revela que a pessoa portadora de deficiência sempre foi marginalizada, vivendo em uma verdadeira apartheid social, sendo vítima da própria deficiência e da exclusão proporcionada pela sociedade, dita perfeita ou de homens fictícios. Esta situação é menos gritante nos países que experimentaram os horrores de uma guerra, com a presença de mutilados e, portanto deficientes, acarretando maior sensibilização e mobilização da sociedade para atender aos seus direitos, já que assim ficaram para defender a pátria.

Nos países que não passaram por esta experiência, como o Brasil, o deficiente ainda é ignorado, sendo certo que a evolução da sociedade não foi suficiente para afastar a exclusão e as dificuldades experimentadas, sendo necessário estabelecer por meio de lei, regras que pudessem buscar a igualização entre as pessoas, portadoras de deficiência ou não. Estas normas, por si só, também não garantiram a efetividade da igualdade, diante da nossa cultura de sociedade perfeita. Assim, os portadores de deficiência continuaram marginalizados e excluídos do contexto social. Sendo necessário estabelecer mecanismos assecuratórios para garantir a cidadania da pessoa portadora de deficiência.

Neste contexto visando garantir a sua cidadania, inclusão social e dignidade

a Constituição Federal de 1988 foi elaborada com a intenção de garantir a efetividade dos direitos das minorias, possibilitando o início de uma verdadeira revolução para retirar o portador de deficiência da condição de marginalizado e excluído, elevando-o à cidadão com dignidade e respeito.

Vivemos hoje numa cultura que almeja uma ordem social pautada em valores como a justiça, a igualdade, a equidade e a participação coletiva na vida pública e política de todos os membros da sociedade, ao mesmo tempo em que busca uma vida digna para todas as pessoas. Esses valores são basais na Declaração Universal dos Direitos Humanos, fruto de um pacto consolidado em 1948 no âmbito da Organização das Nações Unidas e hoje assumidos pelos países democráticos como uma referência de ética e de valores socialmente desejáveis.

1. A desconstrução das garantias fundamentais: dignidade da pessoa humana e o desconhecimento do direito

A Constituição Federal promulgada em 1988, organiza e rege toda a legislação do Estado brasileiro tendo entre seus dispositivos mais importantes os que tratam dos direitos e deveres individuais e coletivos, descritos no artigo especialmente a partir do artigo 3º e 5º , elencando nos mesmos principais garantias fundamentais essenciais para o exercício da

cidadania, protegendo as minorias , com a nítida intenção de se garantir a igualdade e principalmente a dignidade da pessoa humana.

No “Estado de Direito”, governantes e governados, Estado e cidadãos, se submetem ao “poder da lei”. Nasce a segurança jurídica e com ela a garantia dos direitos individuais, mormente oponíveis contra o próprio Estado. “O Estado de Direito confere aos indivíduos a titularidade de direitos públicos subjetivos e, portanto, de posições jurídicas ativas que podem ocupar nos eventuais confrontos que venham a ter com a autoridade pública e, mesmo, com outros titulares”.

A legitimidade e segurança do cidadão para ser oponível contra o próprio Estado, além é claro dos demais particulares, são os pontos-chave do conceito destacado por CARLOS ARI SUNDFELD ao tratar do Estado de Direito:

Assim, definimos Estado de Direito como o criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado³.

O mesmo autor cita a generosa lição de NORBERTO BOBBIO, em termos semelhantes:

³ SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. São Paulo, Malheiros, 5ª ed., 2010, p. 39

Por Estado de Direito entende-se geralmente um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que o regulam, salvo o direito do cidadão recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso e o excesso de poder. Assim entendido, o Estado de Direito reflete a velha doutrina – associada aos clássicos e transmitida através das doutrinas políticas medievais – da superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens, segundo a fórmula *lex facit regem*, doutrina, essa, sobrevivente inclusive da idade do absolutismo, quando a máxima *princeps legibus solutus* é entendida no sentido de que o soberano não estava sujeito às leis positivas que ele próprio emanava, mas estava sujeito às leis divinas ou naturais e às leis fundamentais do reino. Por outro lado, quando se fala de Estado de Direito no âmbito da doutrina liberal do Estado, deve-se acrescentar à definição tradicional uma determinação ulterior: a constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, em verdadeiros direitos positivos. Na doutrina liberal, Estado de Direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio ‘invioláveis’.⁴

A consagração constitucional dos direitos públicos, subjetivos e fundamentais do cidadão é o grande atributo do “Estado Constitucional de Direito”, daí a ideia difundida do “constitucionalismo”. Impende ainda refletir sobre a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ao abordar o assunto:

⁴ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia, p. 19 apud CARLOS ARI SUNDFELD. Fundamentos de Direito Público. São Paulo, Malheiros, 5ª ed., 2010, p. 40.

Convém recordar que o Estado de Direito é a consagração jurídica de um projeto político. Nele se estratifica o objetivo de garantir o cidadão contra as intemperanças do Poder Público, mediante prévia subordinação do poder e de seus exercentes a um quadro normativo geral e abstrato cuja função precípua é conformar *efetivamente* a conduta estatal a certos parâmetros antecipadamente estabelecidos como forma de defesa dos indivíduos⁵.

Uma vez afirmada a salvaguarda dos direitos públicos subjetivos fundamentais na Constituição Federal de 1988, há a absoluta necessidade de se propiciar meios efetivos e eficazes para coloca-los sempre a salvo e sem risco de perecimento pela demora ou pelo desconhecimento do direito e, por conseguinte do acesso ao Poder Judiciário. A vida, a liberdade, sobretudo, “efetividade” devem ser salvaguardados pela Constituição.

A fim de esclarecer as garantias o constitucionalista JORGE MIRANDA pontua:

Clássica e bem atual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias, por outro lado. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo; os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexos que possuem com os direitos [...].⁶

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Controle Judicial dos Atos Administrativos. RDP 65/27.

⁶ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional - Tomo IV - Direitos Fundamentais. Editora Coimbra, 9ª ed., 2012, pp. 88 e 89.

Espera-se, portanto, sejam “garantidos” constitucionalmente todos os direitos de forma justa e digna. ARISTÓTELES afirmava textual e essencialmente que justo é o homem que determina a sua conduta de acordo com o que está legalmente previsto e, por consequência, justiça seria a propensão do indivíduo em realizar aquilo que é justo:

Vemos que todos os homens entendem por justiça aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o que é justo; e do mesmo modo, por injustiça se entende a disposição que leva a agir injustamente e a desejar o que é injusto.⁷

Na concepção Aristotélica poderiam ser vislumbrados dois sentidos de justiça e injustiça. O primeiro deles, com o significado de legítimo e ilegítimo em relação às leis da sociedade e um sentido particular, com o significado de probo e ímprobo em relação aos costumes do “homem bom”. Ainda segundo o filósofo, no sentido universal, a justiça e a injustiça revelam essencialmente a moralidade, uma vez que derivam de uma “predisposição” do indivíduo no trato consigo mesmo e, o que é mais virtuoso, no trato com seus iguais.

Nesse sentido de justo e de trato com os iguais falando de uma sociedade inclusiva, o convívio e o respeito com as diferenças são características fundamentais. Essas diferenças não deverão contribuir para a construção de critérios classificatórios mais ou menos valorosos ou humanos, não

⁷ARISTÓTELES, Livro V: Ética à Nicômaco, Tradução de LEONEL VALLANDRO e GERD BORNHEIM da versão inglesa de W. D. Ross. Coleção “Os Pensadores” p. 121

justificando, dessa forma, excluir ou tratar as pessoas com deficiência em posição de desvantagens perante o restante da comunidade.

O movimento pela democratização de grande parte dos países do mundo, valorizando os direitos humanos, com direitos iguais de participação e exercício de cidadania a todas as pessoas, independente das suas características pessoais e condição social, explicitados na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, traz paulatinamente o resgate das pessoas com deficiência e a inclusão social neste movimento. O processo de inclusão social torna-se um objetivo fundamental que contribui para desconstruir a visão assistencialista e de fragilidade que a sociedade adotou como forma de interação com essa população.

Santos⁸ define os dois sistemas – de desigualdade e de exclusão – da seguinte forma:

A desigualdade e a exclusão são dois sistemas de pertença hierarquizada. A desigualdade implica um sistema hierárquico de integração social. Quem está em baixo está dentro e a sua presença é indispensável. Ao contrário, a exclusão assenta num sistema igualmente hierárquico, mas dominado pelo princípio da exclusão: pertence-se pela forma como se é excluído. Quem está em baixo, está fora. Estes dois sistemas de hierarquização social, assim formulados, são tipos ideais, pois que, na prática, os grupos sociais inserem-se simultaneamente nos dois sistemas em combinações complexas.

Como afirma o autor na citação acima, os dois sistemas são hierárquicos e existem simultaneamente nas sociedades. É relevante notar que, no Brasil,

⁸ SANTOS, B. de S. A Construção Multicultural da Igualdade e da Diferença, p.63

houve uma alteração significativa em relação às práticas de atendimento da população com deficiência que, inicialmente, restringiam seu protagonismo e autonomia nas tomadas de decisão sobre seu próprio futuro. Assistidas no início da história da educação especial brasileira por instituições especializadas influenciadas por experiências e modelos europeus e americanos, hoje há uma prática consciente, de deixar de “fazer com” elas e não “para elas”.

As conquistas de participação das pessoas com deficiência na sociedade brasileira são frutos dos movimentos sociais organizados e da evolução do marco legal do país que favorece a plena participação de todos os cidadãos na vida comunitária.

No campo da inclusão social, sem negar a existência de muitos outros grupos humanos que sofrem os processos de exclusão social, os portadores de deficiência são exemplos de grupo que, historicamente, foram alvo de discriminações e preconceitos que acabaram por negar-lhes muitos dos direitos que asseguram a igualdade de condições e de oportunidades para a construção de uma vida digna.

Como parte dos processos recentes de democratização da sociedade brasileira, muito se tem conseguido na conquista por políticas públicas e por marcos legais que dêem a esses grupos algumas das condições socioeducacionais e ocupacionais necessárias à melhoria de suas condições de vida. É pouco, no entanto, diante dos séculos de exclusão social a que foram submetidos, e muito ainda tem de ser feito para se chegar a uma sociedade verdadeiramente inclusiva, que lhes assegure a igualdade de direitos e o respeito às diferenças.

Tendo em vista os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, que muitas vezes são esquecidas ou simplesmente não compreendidas pela sociedade com relação aos portadores de deficiência, se faz necessário um estudo aprofundado, dando-se prioridade a violação de seus direitos, sua inclusão na sociedade, os benefícios por ela trazidos e a falta de conhecimentos dos direitos.

Pois filosoficamente:

A dignidade é uma característica inerente ao homem, que a norma não concede, mas apenas reconhece; daí porque muitos autores registram que não há um ‘direito’ à dignidade, mas sim o direito ao respeito à dignidade e à sua promoção.

Assim se a dignidade da pessoa humana é violada ou não encontra sua efetividade, especialmente no direito de inclusão estaremos diante de uma desconstrução de garantia fundamental em alguns casos gerada por desconhecimento da norma ou de suas formas de aplicação.

A desconstrução não revela que todos os textos são ausentes de significado, e sim que, ao invés disso, eles estão transbordando de significados múltiplos e geralmente conflitantes. Da mesma forma, a desconstrução não defende que os conceitos não têm limites, mas antes que os seus limites podem ser analisados de muitas formas diferentes conforme sejam inseridos em diferentes contextos.

Apesar de a análise desconstrutivista ser utilizada para mostrar que distinções e argumentos particulares carecem de coerência normativa, a mesma não mostra que todas as distinções legais são incoerentes. Os argumentos desconstrutivistas não necessariamente destroem oposições ou

distinções conceituais. Em vez disso, tendem a mostrar que as oposições conceituais podem ser reinterpretadas.

Voltando para a análise do direito de ter direito podemos dizer que no Brasil a ideia de cidadania ficou fechada num arcabouço formal quando se conclama “a cidadania” utiliza-se a mesma como conceito estritamente político, de que o cidadão é aquele que tem o direito de voto ou de se expressar politicamente. Retomando-se o pilar da igualdade deve-se ampliar a ideia de cidadania.

Assim a pessoa portadora de qualquer que seja a deficiência é cidadã, investida de direitos, amparada pela Constituição Federal de 1988, podemos observa-se uma contradição entre a legislação que a resguarda e a concretude desses ditames legais. Tal contradição suscita a pergunta: O que impede, adia, retarda a inclusão do portador de deficiência?

A igualdade não decorre apenas do reconhecimento clássico da isonomia, da igualdade de normas, mas da igualdade de oportunidades e condições sociais. Assim, a cidadania democrática pressupõe uma visão da igualdade baseada no reconhecimento das desigualdades e na vontade de se expressar politicamente através de ações éticas, fortemente participativas e voltadas para a concretização dos mecanismos legais. Porém, tal cidadania desejável esbarra num dos sentimentos mais arditos que fazem parte do ser humano: o preconceito.

Este “preconceito” às pessoas portadoras de deficiência se configura como uma negação social, uma vez que suas peculiaridades são ressaltadas como uma impossibilidade; como se as pessoas portadoras de necessidades

especiais fossem incapazes, inúteis, diferentes ou oprimidos; até mesmo doentes.

A cultura que valoriza determinados conceitos de qualidade de vida, saúde, autocontrole entende o diferente, as limitações, como obstáculos ao sucesso. A cultura passou a ser um mecanismo de domesticação do pensamento e a pessoa portadora de deficiência causa estranhamento porque revela aquilo que a sociedade contemporânea tenta negar de todas as formas possíveis: a imperfeição, as dificuldades do ser humano, mas deixam de ver as potencialidades e o próprio valor.

A Constituição Brasileira de 1988 tem, no seu preâmbulo, uma declaração que apresenta um momento novo no constitucionalismo pátrio: (...) O princípio da igualdade resplandece sobre quase todos os outros acolhidos como pilstras do edifício normativo fundamental alicerçado. É guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da dignidade da pessoa humana.⁹

2. Validade moral dos direitos: igualdade e a natureza humana

O direito constitucional cria normas divididas em categorias de valores subdivididas em ordem de valores ou sistema de valores de acordo com a concretização jurídica. Em uma sociedade democrática as garantias como

⁹ ROCHA, Carmem Lucia Antunes. Revista Trimestral de Direito Público nº 15, p. 85. 1996

igualdade, liberdade, apesar de essenciais são aplicadas respeitando-se as diferenças, bem como na aplicação dos direitos individuais.

Assevera Pinker que o respeito pelas diferenças sociais na aplicação das garantias individuais se mostra coerente da mesma forma que uma teoria como a da *tabula rasa* não pode ser adotada indiscriminadamente por todos os povos, tendo como exemplo o comunismo na Rússia e na China.

Porém ressalta-se que elementos como a biologia não devem interferir em outros valores éticos e morais no momento de validação moral dos direitos. STEVEN PINKER, no seu "The Blank Slate: The Modern Denial of Human Nature" aposta em um equilíbrio entre liberdade e igualdade. Diz o autor:

A nonblank slate means that a tradeoff between freedom and material equality is inherent to all political systems. The major political philosophies can be defined by how they deal with the tradeoff. The Social Darwinist right places no value on equality; the totalitarian left places no value on freedom. The Rawlsian left sacrifices some freedom for equality; the libertarian right sacrifices some equality for freedom. While reasonable people may disagree about the best tradeoff, it is unreasonable to pretend there is no tradeoff. And that in turn means that any discovery of innate differences among individuals is not forbidden knowledge to be suppressed but information that might help us decide on these tradeoffs in an intelligent and humane manner¹⁰.

¹⁰ A lousa em branco significa que um equilíbrio entre a liberdade e a igualdade material é inerente a todos os sistemas políticos. As principais filosofias políticas podem ser definidas pela forma como elas lidam com o equilíbrio. O darwinismo social não coloca diretamente nenhum valor na igualdade, o totalitarismo não deixa espaço à liberdade. O Rawlsianismo deixa algum sacrifício da liberdade pela igualdade. Enquanto razoavelmente pessoas podem discordar sobre o melhor equilíbrio, não é razoável fingir que não há troca. O que por sua vez significa que qualquer descoberta de diferenças

Da diferença entre os indivíduos conclui-se que os princípios em especial a igualdade tendem a ser aplicados com objetivo equitativo, no entanto há que se respeitar conforme dito acima as diferenças inatas de cada indivíduo em um sentido de reparação.

A corrente de pensadores defensora da igualdade material propõe que ações afirmativas devam ser pensadas como forma de promoção da igualdade voltada a diminuir as desigualdades sociais, por meio da política de tratar desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade, oferecendo proteção jurídica especial a parcelas da sociedade que, ao longo da história, figuraram em situação de desvantagem.

Para que seja garantida a dignidade da pessoa humana, é necessário optar pela defesa da igualdade material como mecanismo capaz de superar a discriminação e a intolerância.

A opressão e injustiça também são produzidas no âmbito cultural. Por isso, é necessário, além de atuar na distribuição de bens escassos, reconhecer e valorizar as identidades dos grupos não hegemônicos no processo social.

Na sociedade plural deve-se buscar que as pessoas tenham igualdade de participação nos discursos jurídicos. A igualdade não significa tratar todos os indivíduos de modo idêntico, mas em determinados casos submeter sujeitos desiguais a tratamentos jurídicos diversos.

inatas entre os indivíduos não seja conhecimento a ser reprimido, mas informações que possam nos ajudar a decidir sobre essas compensações de forma inteligente e humana (tradução nossa).

A igualdade material é um objetivo a ser perseguido mediante ações ou políticas públicas, como iniciativa concreta em proveito de grupos desfavorecidos por meio de uma atuação transformadora e igualadora.

O combate à discriminação por si só é insuficiente para implementar a igualdade. Assim, é mister valer-se de uma medida emergencial que combine práticas proibitivas de discriminação com outras que acelerem a promoção da igualdade.

Nesse sentido, a concessão de tratamento mais favorável a grupos que se encontram em desvantagem não caracteriza arbítrio ou violação do princípio da igualdade, pelo contrário, o que se pretende é viabilizar a igualdade material. A igualdade jurídica só existe em razão da diferença e só se realiza no respeito à diferença.

Dessa forma, um exemplo de implementação da igualdade material seria a garantia de acesso ao ensino das pessoas portadores de deficiência, o que passaria da simples igualdade formal.

BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS¹¹ afirma que as pessoas têm direito a ser iguais quando a diferença inferioriza; por outro lado, elas têm o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Ele ainda afirma que, por isso, é necessário uma igualdade que reconheça as diferenças, e uma diferença que não reproduza as desigualdades, mas atenda as necessidades da natureza humana.

¹¹ SANTOS, Boaventura de Souza. *A Construção Multicultural da Igualdade e da Diferença*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

Do ponto de vista literal a palavra "natureza" diz respeito à biologia e as determinações individuais que a seleção natural criou em cada código genético (DNA). Em *Tábula Rasa*, STEVEN PINKER traz quatro temores acerca da natureza humana:

Se as pessoas forem inatamente diferentes, a opressão e a discriminação serão justificadas.

Se as pessoas forem inatamente imorais, a esperança de melhorar a condição humana será vã.

Se as pessoas forem produto da biologia, o livre-arbítrio será um mito, e não poderemos mais considerar as pessoas responsáveis por suas ações.

Se as pessoas forem produto da biologia, a vida não terá um significado e um propósito maiores.¹²

Vale destacar o argumento biológico, que se contrapõe ao cultural, baseia-se na afirmação falaciosa de que se algo for explicado pela Biologia, torna-se legitimado e justificado. A explicação biológica da inexistência de raça como *táxon* humano não implica a sua inexistência como construção histórica social voltada para justificar a desigualdade. Mesmo que o mapeamento do genoma tenha evidenciado que biologicamente a espécie humana não se divide em raças, essa divisão existe no plano sociopolítico.

Nesse sentido pode-se dizer que a categoria raça é um fenômeno social, e não um fato biológico ao qual está associada a discriminação resultante da cor e aparência do indivíduo.

Por mais isolado que seja todo indivíduo tem sua subjetividade pautada nas experiências concretas dos meios sociais de que participa. Esta

¹² PINKER, Steven. *Tabula Rasa. A negação contemporânea da natureza humana*. São Paulo. Companhia das letras. 2002, p.197.

subjetividade é definida a partir de características coletivamente compartilhadas. Negar o direito de se identificar com uma coletividade também é negar o direito à individualidade, o direito a uma história pessoal, é negar o sentimento de pertença.

O indivíduo é um ser histórico ao qual não se deve negar a possibilidade de se identificar como tal e, por conseguinte, como pertencente a uma categoria.

Assim, pode-se concluir que muita gente não quer deixar de acreditar na ideia do cérebro como uma lousa em branco por medo das consequências que isso poderia trazer; Steven Pinker, em sua obra “Tábula Rasa” nos diz que para essas pessoas o fato de os seres humanos não nascerem todos iguais provocam-lhes quatro medos; sendo eles:

- *O medo da desigualdade*: "If people are innately different, oppression and discrimination would be justified.";
- *O medo da imperfeição*: "If people are innately immoral, hopes to improve the human condition would be futile.";
- *O medo do determinismo*: "If people are products of biology, free will would be a myth and we could no longer hold people responsible for their actions.";
- *O medo do niilismo*: "If people are products of biology, life would have no higher meaning and purpose.".

Nesse contexto, conclui então que a teoria continua a ser aceita por algumas pessoas não por ser cientificamente correta, mas por ser a que mais se

adequa às suas visões políticas. A verdade é que a tese da “Tabula Rasa” não se torna mais verdadeira por a defendermos com mais convicção política, ou por muito que veneremos o princípio da igualdade. A ciência não pode ser usada como arma política.

3. Garantia do direito de inclusão por meio das ações afirmativas: solução para o igualitarismo

Tratar do direito de inclusão merece sempre atenção especial, haja vista discursos polêmicos dos menos preparados. O arcabouço jurídico sustentado argumentos que deveriam possibilitar a plena concretização do processo de erradicação da exclusão social, como política de estado e de governo.

Ao longo do percurso histórico, que culminou na Constituição de 1988, construiu-se um novo paradigma da inclusão social, que colocaria fim ao uso da política como instrumento clientelista para construir uma política capaz de combater a pobreza e a desigualdade; ou seja, romper com as práticas caritativas até chegar ao status de direito social garantido constitucionalmente.

Dessa forma, passou-se garantir os direitos sociais, visando a dignidade da pessoa humana, com a missão de efetivar o direito do cidadão e a garantia de inclusão, de igualdade. A concretização da cidadania ocorre através do espaço político, como o direito a ter direitos.

Para que a inclusão social das pessoas com deficiência tenha êxito é necessário que as atitudes e que a visão da sociedade mudem, bem como as

das pessoas com deficiência sobre si mesmas e sobre o mundo ao seu redor. Todos devem agir e contribuir para o bem comum e para a construção de uma sociedade inclusiva.

A sociedade inclusiva nada mais é do que a consequência da visão social de um mundo democrático, onde se anseia respeitar direitos e deveres. Nesta sociedade todos são iguais e a limitação de um indivíduo não diminui seus direitos. As pessoas com deficiência são cidadãos e fazem parte da sociedade, e esta deve se preparar para lidar com a diversidade humana.

São inúmeras as leis que buscam regulamentar os direitos da pessoa portadora de deficiência. Tais leis não se apresentam como um todo harmonioso, dificultando a sua aplicação, uma vez que regulamentam a matéria leis esparsas, na esfera federal, estadual e municipal, além de decretos regulamentares, portarias e resoluções específicas para cada tipo de deficiência.

O certo é que, dentro deste complexo de proteção legal, merece análise o contido nas Constituições, bem como nas leis n.º 7.853 de 24 de outubro de 1989, Decreto n.º 3.298 de 20 de dezembro de 1999 e a Lei n.º 10.098 de 19 de dezembro de 2000, que de forma mais efetiva tratam dos direitos dos portadores de deficiência e sua inclusão.

Quanto as Constituições, esclarece o Prof. LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO¹³:

¹³DAVID ARAÚJO, Luiz Alberto. Proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da pessoa portadora de deficiência, 1994, pág. 66-73

“que somente com a Emenda n.º 01 à Constituição de 1967, é que surgiu uma vaga referência a pessoa portadora de deficiência, quando tratou da "educação dos excepcionais".

Posteriormente, com a Emenda n.º 12, de 17 de outubro de 1978 à Constituição de 1967, novo avanço ocorreu para os portadores de deficiência, uma vez que foi estabelecido que:

Artigo único: É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante:

I - educação especial e gratuita;

II – assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País;

III – proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários;

IV – possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.

A partir daí, a inovação mais significativa ocorreu com a atual Constituição de 1988. Ela foi pródiga ao tratar da pessoa portadora de deficiência, estabelecendo não somente a regra geral relativa ao princípio da igualdade (art. 5º, "caput"), mas também:

- a) a competência comum da União, Estado, Distrito Federal e Município para cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (art. 23, II).

- b) a competência concorrente para legislar visando a proteção e integração do portador de deficiência (art. 24, XIV).

- c) a proteção ao trabalho, proibindo qualquer discriminação no tocante ao salário e admissão do portador de deficiência (art. 7º, XXXI) e a reserva de vagas para cargos públicos (art. 37, VIII);

d) a assistência social – habilitação, reabilitação e benefício previdenciário (art. 203, IV e V),

e) a educação – atendimento especializado, preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, III),

f) a eliminação das barreiras arquitetônicas, adaptação de logradouros públicos, edifícios, veículos de transportes coletivos. (art. 227, II, parágrafo 2º).

g) preocupação com a criança e adolescente portadores de deficiência, com criação de programas de prevenção e atendimento especializado, além de treinamento para o trabalho (art. 227, II).

A Lei n.º 7.853 de 24 de outubro de 1989, estabeleceu o apoio à pessoa portadora de deficiência, sua integração social, a tutela jurisdicional de interesses coletivos e difusos dessas pessoas, disciplinou a atuação do Ministério Público e definiu crimes. Objetivou esta lei, assegurar as pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, principalmente no que diz respeito à saúde, educação, ao trabalho, lazer, à previdência social, ao amparo à infância e maternidade.

A partir desta Lei, foi atribuída, de forma específica ao Ministério Público à defesa dos interesses das pessoas portadoras de deficiência, com a possibilidade de se ingressar com ação civil pública e instaurar inquérito civil. Também foi especificado os crimes quanto ao preconceito em relação ao portador de deficiência e reestruturado a Coordenadoria Nacional para a Pessoa Portadora de Deficiência - CORDE.

Significou um avanço em termos legislativos, posto que possibilitou o ingresso de medidas judiciais para garantir a efetividade dos direitos fundamentais ao portador de deficiência, além da possibilidade de responsabilizar criminalmente os infratores. O Decreto n.º 3.298 de 20 de dezembro de 1999, regulamentou a lei supra citada, detalhando as ações e diretrizes referentes ao portador de deficiência, especificamente em relação a saúde, acesso à educação, habilitação e reabilitação profissional, acesso ao trabalho, cultura, esporte, turismo e lazer. Na verdade,

buscou tornar mais efetivo aqueles direitos que já tinham sido contemplados na lei n.º 7.853/89. Finalmente, para regulamentar os critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, foi editada a lei n.º 10.098 de 19 de dezembro de 2000, que tratou da eliminação das barreiras arquitetônicas para a inclusão do portador de deficiência. Assim, trata dos elementos de urbanização, com os mobiliários urbanos, estacionamentos públicos, acessibilidade dos edifícios públicos e os de uso privado, transporte coletivo e da acessibilidade nos sistemas de comunicação.

Todas estas lei procuram dar cumprimento ao que estabelece a Constituição como fundamento do Estado Democrático de Direito, ou seja a cidadania e a dignidade da pessoa humana, que representa o desejo de toda pessoa portadora de deficiência: ser cidadão com dignidade.

Tanto o Poder Público por meio de atos administrativos, legislativos e judiciais quanto os particulares têm papel relevante nessa causa social que é a inclusão. Trata-se do envolvimento com as ações afirmativas, que se destinam a assegurar igualdade de fato isonomia material entre segmentos discriminados da sociedade. Elas visam a combater manifestações flagrantes e dissimuladas de discriminação.

Para que os direitos humanos se desenvolvam é preciso denunciar as estratégias de reprodução das forças dominantes bem como as manipulações simbólicas de educação e cultura que banalizam as desigualdades.

Tais ações têm caráter eminentemente pedagógico, com vistas a garantir o pluralismo e a diversidade nas várias esferas de convívio humano. Para

tanto, pretendem coibir as discriminações do presente bem como reduzir os efeitos da persistência da discriminação que tende a se perpetuar.

As ações afirmativas devem ser vistas como alternativa viabilizadora da concretização de mecanismos geradores de inclusão e de igualdade de oportunidade entre os seres humanos. Elas resultam da compreensão de que a busca concreta de igualdade realiza-se para além da aplicação geral das regras do Direito, pelo que se propõem medidas específicas que considerem as particularidades das minorias e grupos em desvantagem.

Normas anti-discriminatórias foram elaboradas em âmbito nacional, contudo, não convém elencar exaustivamente as produções legislativas, porquanto a amostra selecionada nos confere subsídios suficientes para concluir que tradicionalmente as políticas governamentais de combate à discriminação baseiam-se em leis de conteúdo meramente proibitivo, oferecendo às vítimas instrumentos jurídicos de caráter reparatório.

Conforme FLÁVIA PIOVESAN¹⁴:

Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica a violenta exclusão e a intolerância à diferença e à diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão de grupos que sofreram e sofrem consistente padrão de violência e discriminação.

Neste sentido, como poderoso instrumento de inclusão social, situam-se as ações afirmativas. Estas ações constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório,

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 83

objetivam acelerar o processo de igualdade, com alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, as mulheres, dentre outros grupos.

As ações afirmativas, enquanto políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório cumprem uma finalidade pública decisiva para o projeto democrático, que é a de assegurar a diversidade e o pluralismo social. Constituem medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade, com a crença de que a igualdade deve se moldar no respeito à diferença e à diversidade. Através delas transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva.

As ações afirmativas constituem, pois, uma eficaz forma de efetivação da igualdade. É imprescindível um comprometimento da sociedade e de lideranças acerca da necessidade de se eliminar ou reduzir as desigualdades sociais.

No entanto há que se ressaltar que o Estado quando não concede políticas públicas a todos indistintamente passa a utilizar as diferenças individuais em suas decisões; assim tentando evitar a discriminação acaba por eternizar as iniquidades sociais.

Diante da prática cultural discriminatória pode o Estado optar entre duas posturas: neutralidade ou ativismo. A primeira, sob a roupagem da isenção, permite a subjugação dos grupos sociais minoritários pelos majoritários, ao passo que a segunda, instrumentalizada por meio de ações afirmativas, inclusivas e emancipatórias, consiste em agir para combater desigualdades, eliminar as violações aos direitos humanos e romper com o legado de exclusão.

Admitindo diferenças genéticas e culturais, a corrente liberal moderna poderia conceber formas de políticas compensatórias, estabelecidas no contrato social com vistas a conferir um tratamento desigual em nome da igualdade.

Não se pretende, com as ações positivas, tornar os indivíduos iguais buscando uma identidade entre eles, mas sim de se reconhecer a sociedade como plural assumindo suas diferenças e buscando enfrentá-las de modo a garantir a diversidade cultural.

O que se pretende alcançar com as políticas afirmativas seria induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica aptas a subtrair do imaginário coletivo a ideia de supremacia e subordinação de uma pessoa em relação a outra.

Isto posto cumpre ao estado o dever de prover políticas afirmativas quando as diferenças significarem inferiorização, e também prover políticas universalistas quando a diferença não caracterizar, capacitar ou autonomizar as pessoas, as duas formas podem ser combinadas mas não se excluir.

Os programas de ações afirmativas tem que ser compreendidos não como mecanismo fim, mas sim como políticas públicas que servem de meios direcionados na redução das desigualdades sociais. Como as políticas inclusivas, compreender que é preciso deixar de lado o preconceito e abrir o coração para o seu lado humano aceitando as diferenças.

Conclusão

A inclusão social é um conjunto de meios e ações que combatem a exclusão aos benefícios da vida em sociedade, provocada pela diferença de classe

social, origem geográfica, educação, idade, existência de deficiência ou preconceitos. Inclusão é oferecer aos mais necessitados oportunidades de acesso a bens e serviços, dentro de um sistema que beneficie a todos e não apenas aos mais aptos.

Todo e qualquer processo, para ser democrático, demanda igualdade substancial. O princípio da igualdade deve ser dinâmico no sentido de promover a igualização das condições entre as partes de acordo com as respectivas necessidades.

Por este motivo, os que lutam pela inclusão trabalham para mudar a sociedade, a estrutura dos seus sistemas sociais comuns e atitudes em todos os aspectos, tais como educação, trabalho, saúde, lazer.

Sobretudo, a inclusão social é uma questão de políticas públicas, pois estas foram formuladas e basicamente executadas por decretos e leis, assim como em declarações e recomendações de âmbito internacional.

Por estas razões, surge a necessidade de uma atualização das diversas políticas sociais se sobrepondo em alguns pontos apresentando lacunas históricas, muitas das atuais linhas de ação estão em conflito ideológico com as novas situações.

É necessário mudar o prisma pelo qual são observados os direitos já ordenados e os que precisam ser acrescentados, substituindo totalmente o paradigma que até então é utilizado, até mesmo inconscientemente, em debates e deliberações.

De uma forma geral e breve as ações afirmativas pretendem: concretizar a igualdade de oportunidades; transformar cultural, psicológica e pedagogicamente; implantar o pluralismo e a diversidade de representatividade dos grupos “minoritários”; eliminar barreiras artificiais e invisíveis que emperram os avanços dos negros, das mulheres e de outras minorias; criar as personalidades emblemáticas, exemplos vivos da mobilidade social ascendentes para as gerações mais jovens; aumentar a qualificação; promover melhoria de acesso ao mercado de trabalho; apoiar empresas e outros atores sociais que promovam a diversidade; garantir visibilidade e participação nos distintos meios de comunicação. Ou seja, há uma relação de afinidade muito grande entre os objetivos a serem alcançados pelas ações afirmativas e o pluralismo democrático vigente como a mais preponderante forma de exercício dos governos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. Política. 3. ed. Tradução do grego, introdução e notas de Mário da Gama Kury. Brasília: UNB, 1997.

ARISTÓTELES, Livro V: Ética à Nicômaco, Tradução de LEONEL VALLANDRO e GERD BORNHEIM da versão inglesa de W. D. Ross. Coleção “Os Pensadores” .

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Controle Judicial dos Atos Administrativos. RDP 65/27.

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. Revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Arraes editores, 2009.

RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v.47, n.59, p.43-74, jan./jun. 2013.
CASTRO, Cristina Veloso de; NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki. Desconhecimento, exclusão x igualdade, dignidade e garantia do direito de inclusão por meio das ações afirmativas.

DAVID ARAÚJO, Luiz Alberto. Proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da pessoa portadora de deficiência, 1994.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional - Tomo IV - Direitos Fundamentais. Editora Coimbra, 9ª ed., 2012.

PINKER, Steven. Tábula Rasa. A negação contemporânea da natureza humana. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 15, 1996.

SANDEL, Michael J. Justiça – O que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. A Construção Multicultural da Igualdade e da Diferença. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Sales Augusto. Ações afirmativas e o combate ao racismo nas Américas. Brasília: ONU, BID e MEC, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Revista e atualizada. Segunda tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. Mitidiero, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. São Paulo, Malheiros, 5ª ed., 2010.

Data do recebimento: 10/01/2013

Data da aceitação: 08/03/2013