

# IGUALDADE COMO CONCEITO INDETERMINADO: DO CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AOS BENS CONSTITUCIONAIS POR LUIGI FERRAJOLI

Jair José Mariano Filho\*

Rubens Beçak\*\*

Matheus Conde Pires\*\*\*

---

## RESUMO

Trata-se de uma revisão bibliográfica não sistemática e integrativa que tem como objetivo apresentar, em primeiro lugar, alguns conceitos sobre igualdade a partir de diversas perspectivas das ciências sociais. Em seguida, busca-se explorar o capítulo oitavo do “Manifesto pela igualdade”, onde o autor propõe a transcendência dos direitos fundamentais em direção aos chamados “bens constitucionais”. Por fim, procurou-se identificar um consenso mínimo sobre a ideia de igualdade com teóricos contemporâneos, especialmente em relação à sua aplicação no mundo real, com o intuito de reduzir desigualdades e garantir um maior acesso aos bens essenciais para aqueles em situação de vulnerabilidade. O trabalho concluiu que o conceito de igualdade proposto por Ferrajoli, amplamente discutido por vários teóricos, embora não possa ser atribuído como pioneiro, apresenta uma contribuição importante, especialmente para o campo do Direito. Além disso, foi observado que a igualdade é um conceito indeterminado, sujeito a interpretações variadas e influenciado por diversas correntes ideológicas nas ciências sociais. No entanto, também se destaca que, mesmo sendo indeterminado, busca-se através de abordagens heterogêneas proporcionar igualdade de oportunidades para indivíduos que são completamente diferentes entre si. Vislumbra-se, portanto, uma abertura diante das dificuldades em sedimentar um conceito unívoco da igualdade. Trata-se de uma pesquisa desenvolvida mediante revisão bibliográfica e raciocínio hipotético dedutivo, a fim de identificar os óbices à formulação de um conceito de igualdade.

**Palavras-chave:** conflitos principiológicos; ponderação; hermenêutica constitucional.

---

---

**Data de submissão:** 02/03/2024

**Data de aprovação:** 20/05/2024

\* Doutorando em Direito pela UNESP.

\*\* Professor Associado da Universidade de São Paulo – USP. Professor no Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais do campus de Franca da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - UNESP.

\*\*\* Doutorando em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, com financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP (2022/06215-8).

# EQUALITY AS AN UNDETERMINED CONCEPT: FROM THE ESSENTIAL CONTENT OF FUNDAMENTAL RIGHTS TO CONSTITUTIONAL MATERIAL GOODS BY LUIGI FERRAJOLI

Jair José Mariano Filho  
Rubens Beçak  
Matheus Conde Pires

---

## ABSTRACT

This is a non-systematic and integrative bibliographical review that aims to present, firstly, some concepts about equality from different perspectives of the social sciences. Next, we seek to explore the eighth chapter of the “Manifest for equality”, where the author proposes the transcendence of fundamental rights towards the so-called “constitutional goods (or assents)”. Finally, we tried to identify a minimum consensus on the idea of equality with contemporary theorists, especially in relation to its application in the real world, with the aim of reducing inequalities and guaranteeing greater access to essential goods for those in vulnerable situations. The work concluded that the concept of equality proposed by Ferrajoli has already been widely discussed by several theorists, and although it cannot be attributed as a pioneer, it presents an important contribution, especially to the field of Law. Furthermore, it was observed that equality is an indeterminate concept, subject to varied interpretations and influenced by diverse ideological currents in the social sciences. However, it is also highlighted that, even though it is indeterminate, it is sought through heterogeneous approaches to provide equal opportunities for individuals who are completely different from each other. This is an opening in the face of the difficulties in establishing a univocal concept of equality. This is research developed through bibliographical review and hypothetical deductive reasoning, in order to identify obstacles to the formulation of a concept of equality.

**Keywords:** principle conflicts; weighting; constitucional hermeneutics.

---

---

Date of submission: 02/03/2024

Date of approval: 20/04/2024

## INTRODUÇÃO

A busca pela igualdade não encontra um conceito único e determinado, passando ao longo da história a ser interpretado de diversas formas por teóricos das mais variadas correntes ideológicas e de seguimentos distintos das ciências sociais. Essa indeterminação conceitual nas ciências sociais reflete diretamente em sua aplicabilidade no mundo real, essencialmente no que diz respeito ao princípio jurídico “direito à igualdade” disposto em praticamente todo o direito constitucional contemporâneo e na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Alguns termos como “igualdade material”, “igualdade formal”, “cidadania” e ou “equidade” acabam servindo de sinônimo, ainda que também conceitualmente indeterminados, para justificar o “direito à igualdade”. Em uma leitura simples do termo jurídico é possível cair na tentação de se dizer que direito à igualdade é o mesmo que rule of law, isso é, aplicar indiscriminadamente a lei a todos sem nenhuma diferença de interpretação, mas infelizmente sua leitura simplificada acaba por proporcionar mais dificuldade na aplicação do princípio, diante do surgimento de outros questionamentos (e.g): “como considerar que dois casos são realmente idênticos?”, “aplicar a lei igualmente para indivíduos distintos privilegia um deles?”, “se sim, como esse privilégio acontece?”, “se não, para que um dos indivíduos busca na judicatória esse direito?”, além de outras inúmeras questões filosóficas (e até práticas) que podem ser levantadas pela perspectiva sociológica, histórica, econômica e política.

Um bom exemplo para o aprofundamento do respectivo debate ocorre no livro “Manifesto pela igualdade”, publicado entre 2018 e 2021 em italiano e espanhol, mas ainda não editado no Brasil. Nele Luigi Ferrajoli desenvolve com mais profundidade e complexidade sua interpretação sobre igualdade, que inicialmente foi desenhada em “Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana”, sobretudo abordando com um olhar na aplicabilidade concreta do direito à igualdade. No livro o autor apresenta conceitos, conflitos e propostas concretas sobre igualdade, buscando traçar novos horizontes ao conceito na aplicabilidade do direito (Ferrajoli, 2014).

O livro divide-se em oito capítulos que vão da origem conceitual do princípio da igualdade até bens fundamentais/legais, propondo o que se chama de “constitucionalismo do futuro”, transcendendo a ideia de direitos fundamentais abstratos para adentrar ao conceito de bens ou objetos fundamentais concretos, que inicialmente foram tratados em “Poderes Selvagens” (Ferrajoli, 2014), mas que careciam que aprofundamento acadêmico. O intuito do presente artigo é apresentar parte do conteúdo do livro de Luigi Ferrajoli no Brasil, senão de forma pioneira, ao menos com maior densidade teórica ao conteúdo de bens constitucionais, bem como esclarecer se há convergência teórica com autor com outros autores modernos e contemporâneos, inclusive nacional.

Trata-se de revisão bibliográfica não sistemática e integrativa, onde se buscará apresentar num primeiro momento alguns conceitos sobre igualdade a partir de algumas óticas das ciências sociais; e num segundo momento apresentar o capítulo oitavo do “Manifesto pela igualdade”, onde autor propõe a transcendência dos direitos fundamentais para o que se denominou “bens constitucionais”, em outras palavras, os direitos fundamentais deixam a abstração, para se incorporarem

à um determinado bem concreto e palpável; e, por fim, apresentar teóricos contemporâneos, e.g. Alexy, Waldron e Rawls, bem como nacionais, Virgílio Afonso da Silva, que conseguem desenhar uma dinâmica transitória ao conceito dos direitos fundamentais, considerando o tempo e o local da interpretação da norma, e que podem apresentar convergências e divergências com a ideia desenvolvida por Ferrajoli, especialmente sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Por fim, busca na conclusão se é possível extrair um conteúdo mínimo de convergência sobre a ideia de igualdade, sobretudo na sua aplicabilidade no mundo real, sempre com intuito de diminuir as desigualdades e proporcionar maior acesso aos bens vitais para os hipossuficientes.

## 1 REVISITANDO OS CONCEITOS DE IGUALDADE

Buscando uma sistematização mínima na metodologia da revisão bibliográfica apresentar-se-á os conceitos na ordem cronológica que foram elaborados, sobretudo porque muitos são complementos ou contrapontos um para com outro, o que torna imprescindível esse seguimento metodológico.

A revolução burguesa alterou significativamente toda estrutura social, essencialmente no que concerne a discussão sobre a dominação social, alterando a estrutura monarquista e clerical e invertendo a estrutura dominante para as mãos dos burgueses, e a dominada para os proletariados, o que também proporcionou uma nova ótica sobre igualdade. Para a estrutura liberal o conceito de igualdade pode ser entendido em sua essência em uma relação entre indivíduos que é caracterizada pela ausência de diferenças relevantes. Em outras palavras, a igualdade implica que as pessoas são tratadas da mesma forma. Adam Smith argumenta que é uma ideia fundamental para a democracia e para a justiça social, sobretudo porque proporciona crescimento econômico difuso por toda a sociedade.

Ao contrário senso, Smith entende que a igualdade também é uma questão de justiça distributiva, em especial ao proporcionar recursos e oportunidades materiais difusamente. Assim, a seu ver, a igualdade deve ser entendida não apenas como uma questão de direitos individuais, mas também como uma questão de justiça social e econômica, reconhecendo, inclusive que, a busca pela igualdade pode entrar em conflito com outras considerações, como a liberdade individual ou a eficiência econômica, mas que esse conflito fomenta o desenvolvimento social e econômico (Smith, 1990, p. 38), pelo contrário, a igualdade deve ser compreendida como uma relação dinâmica entre os indivíduos e a sociedade, em consonância com a própria ideia de liberdade (Fleischacker, 1999, p. 71).

A igualdade deve ser construída através de um processo de interação entre pessoas, já que implica em uma relação recíproca em que cada indivíduo se reconhece mutuamente como um sujeito livre e igualmente capaz de agir. Isso significa que não se trata de status legal ou político, mas um processo contínuo de construção de relações de reconhecimento e respeito mútuo, estando intimamente ligada na dimensão da liberdade também, no momento os indivíduos só podem ser verdadeiramente livres se tiverem a oportunidade de agir de acordo com sua própria vontade, sem serem impedidos por obstáculos externos (Fleischacker, 2013).

Houve uma revolução no conceito de igualdade a partir da percepção marxista, a qual identifica ser inverossímil a aplicabilidade da igualdade e da liberdade no sistema capitalista, afirmando que as promessas da burguesia eram meras conjecturas para manter o sistema de dominação social. Sua concepção é diferente daquela defendida pelos liberais e democratas, que se concentram na igualdade formal perante a lei, não podendo ser alcançada em uma sociedade capitalista, na qual as desigualdades econômicas e sociais são amplamente mantidas pelo sistema de propriedade privada dos meios de produção, especialmente alterando atendimento de que o Estado é culpado de desigualdade, reconhecendo ao contrário, que a desigualdade ocorre essencialmente pelas relações particulares (Pereira, 2013).

Assim, o capitalismo seria responsável por gerar uma classe dominante e outra dominada, com a primeira controlando os meios de produção e a última sendo obrigada a vender sua força de trabalho para sobreviver, sobretudo criando um acúmulo de riqueza e cerceando uma distribuição dos bens imprescindíveis para manutenção da vida. A verdadeira igualdade só pode ser alcançada por meio da eliminação da propriedade privada e da criação de uma sociedade socialista, na qual todos os membros têm acesso aos meios de produção e as desigualdades econômicas e sociais são minimizadas (Pereira, 2013).

Já na segunda metade do século XX, e encerrando análise moderna do conceito de igualdade, Habermas defende a democracia deliberativa como um modelo teórico para promover a igualdade ao estabelecer espaços públicos inclusivos nos quais os cidadãos podem participar de debates racionais e influenciar as decisões coletivas. Ele enfatiza a importância da argumentação racional, do respeito mútuo e do entendimento intersubjetivo na busca de soluções políticas justas (Lubenow, 2010).

A igualdade é um princípio central que envolve não apenas igualdade de direitos, mas também igualdade de oportunidades, participação inclusiva e diálogo racional na esfera pública. Ele busca estabelecer uma base sólida para a democracia deliberativa, na qual os cidadãos possam se envolver em processos de tomada de decisão justos e igualitários. (Lubenow, 2010).

Não se desconsidera que os autores apresentados destoam profundamente em ideologias e posições políticas ou intelectuais, e inclusive podem apresentar divergências inconciliáveis, sobretudo no campo da política, no entanto é possível extrair um conteúdo mínimo de convergência entre eles quando o assunto é igualdade, essencialmente na imprescindibilidade de se criar ou desenhar instrumentos que consigam proporcionar uma igualdade real entre os desiguais.

Nessa esteira de convergência, Luigi Ferrajoli apresenta uma nova proposta, que é objeto deste trabalho, buscando transcender o princípio da igualdade instrumentalizando-o materialmente para que seja possível suprimir as desigualdades, sobretudo buscando proporcionar acesso aos bens vitais para manutenção mínima dos direitos fundamentais.

## 2 O CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO E OS BENS CONSTITUCIONAIS POR LUIGI FERRAJOLI

Ferrajoli traz neste capítulo a ideia de que para o acesso universal aos direitos fundamentais, é imprescindível também o acesso aos bens vitais, denominando-os como “bens fundamentais ou constitucionais”. Em outras palavras, o autor transcende o conceito de direito fundamental abstrato, alocando-o em um bem essencial e vital para a manutenção mínima existencial (Ferrajoli, 2018, p. 150). Além disso, o autor divide os bens fundamentais em dois, sendo os primeiros denominados bens comuns, que são aqueles existentes em todo o planeta como oxigênio, meio ambiente, água e outros, e o segundo denominado de bens vitais, como medicamentos, alimentos, vestuário e outros elementos análogos. Por fim, excluído dos bens fundamentais, o autor também propõe o que chama de bens mortais, que são nocivos à própria existência humana, como armas nucleares, ou armas de extermínio em massa (Ferrajoli, 2018, p. 151).

Com isso, o autor tenta afastar alguns bens essenciais e comuns da lógica mercantil, alterando a ideia de meros objetos ou bens de troca, e transformando-os em insumos acessíveis e indispensáveis para todos, tal como a própria letra da norma.

Se a princípio a Teoria dos Direitos Fundamentais impõe um conteúdo mínimo e essencial para a efetivação de um determinado direito, Ferrajoli indica em entrelinhas que esse conteúdo pode ser transitório a depender do bem concreto necessário para efetivar o direito em questão, assim, é possível que a essencialidade de um determinado bem fundamental seja transitória a depender da realidade vivida por uma região ou cultura.

Apesar de transpassar os três bens indicados, Ferrajoli foca nos bens vitais, considerando que dependem ativamente da atuação humana; se a princípio os bens comuns dependem apenas da preservação humana, uma vez que já existem na natureza independente de nossa vontade, os bens vitais são criados a partir da vontade humana, e isso faz diferença, pois subordina-se à ação positiva e passiva, concomitantemente, da sociedade. Assim, o ser humano deixa de ser coadjuvante no fornecimento de um meio ambiente adequado para vida, para transformar-se em verdadeiro protagonista.

Os bens vitais e mortais são construções do ser humano, de forma que no mundo globalizado e capitalista estão cada vez mais tornando-se centrais na interação humana. Seja para fazer o bem, seja para fazer o mal, são tratados como mercadorias e não como direitos. Diante disso, o autor propõe repensar na estrutura jurídica do Estado, a fim de dar mais foco nas necessidades reais, e não apenas em conceitos abstratos. Diante disto, com a provocação “Devemos nos perguntar hoje, na presença das mudanças que ocorreram na relação entre homem e natureza, se a linguagem dos direitos, embora fundamental, é suficiente para assegurar uma garantia adequada a todas as necessidades vitais” (Ferrajoli, 2018, p. 156). autor coloca em discussão se a positivação abstrata dos direitos é suficiente para manutenção razoável e digna da vida.

Não deixa de reconhecer a importância dos direitos positivos, contudo, indica que abstrativizá-los pode dificultar sua aplicação na prática. Torna-se, portanto, imprescindível buscar quais bens são essenciais, em determinado tempo

e local, para efetivar o direito positivado (Ferrajoli, 2018, p. 158) até porque a norma positivada pode ser interpretada de diversas formas, a fim de privilegiar uma elite, ao invés de impulsionar a igualdade material (Ferrajoli, 2014, p.34).

Com essa visão, a evolução do mundo trouxe mais benefícios do que malefícios, especialmente a partir da possibilidade da cura de doenças, medicamentos mais eficazes, maior qualidade no saneamento básico, utilizando os bens artificiais criados pelos humanos. Entretanto, criou-se uma dependência sobre os respectivos bens, chegando ao ponto de que “sobreviver hoje, como já foi dito, não é mais apenas um fato natural, mas também é um fato artificial e social” (Ferrajoli, 2018, p. 160).

Com essa dependência material criou-se também maior dificuldade de buscar uma certa igualdade, uma vez que os bens (antes naturais e gratuitos da própria terra), tornaram-se artificiais e mercadorias de troca, privando grande parte da sociedade no gozo mínimo da dignidade humana, assim, se antes o ser humano necessitava apenas um teto e uma porção de alimentos para uma vida minimamente digna, hoje a situação transcende às necessidades naturais; e medicamentos, vacinas e outros bens, são essenciais para manutenção digna da vida, até porque parte importante da vida, hoje, está nas interações sociais digitais.

Um dos caminhos indicados para superar essa dificuldade em acesso aos bens artificiais, mas essenciais, é olhar a omissão na distribuição desses bens como uma conduta criminosa (Ferrajoli, 2018, p. 160). Quando o Estado deliberadamente cerceia a população carente do acesso a determinados bens para satisfazer uma minoria - em particular os anseios espúrios do mercado financeiro - ele deve ser responsabilizado por essa omissão. Segundo o autor, não só na omissão, mas a ação deliberada também deve ser olhada como conduta criminosa por meio da ação positiva, especialmente sobre a destruição de bens vitais e naturais. A exploração natural e ambiental dos países ricos estão colocando em desvantagem países subdesenvolvidos, mais do que nas épocas coloniais (Ferrajoli, 2018, p. 161).

Se em épocas coloniais essa desvantagem e desigualdade tinha peso primordialmente econômico e cultural, diante da dominação de um país sobre uma determinada colônia, nos dias de hoje a dominação se mostra sutil, contudo, com maior eficácia, pois o impacto além de econômico e cultural, ocorre na própria natureza, causando transtornos climáticos, poluição e desertificação (Ferrajoli, 2018, p. 162) prejudicando mais os miseráveis do que os abastados. Essa dominação é mais sutil porque não decorre da força bruta, além do que é mais difícil de fiscalizar ou de se opor, haja vista que os bens comuns e naturais se encontram em todo o mundo, fazendo com que pareçam infinitos. Ferrajoli justifica que a visão equivocada de infinidade dos bens naturais ocorre por duas questões conceituais apresentadas por Adam Smith, “o valor de uso, consistente na ‘utilidade de qualquer objeto particular’ e o valor de troca, consistindo no ‘poder de comprar outros bens que a posse desse objeto confere”, (Ferrajoli, 2018, p. 163). Para o autor, os bens naturais e comuns têm grande valor de uso, uma vez que imprescindíveis para manutenção da vida, entretanto, têm pouco valor de troca, sendo assim seus benefícios mercantis são secundários, o que impulsiona menor zelo no seu manejo.

Entretanto, apesar de pouco valor de troca, os bens naturais e comuns se não preservados impulsionam a desigualdade social e econômica, especialmente

porque quem geralmente mais depende de tais bens são as classes economicamente desfavoráveis. Se um ambiente é destruído, quem detém poder econômico consegue migrar facilmente, por outro lado, quem não o detém acaba sofrendo as consequências desta destruição, ou mesmo é obrigado a migrar sem as mínimas condições de segurança. Apesar dessa destruição prejudicar mais as classes econômicas desfavoráveis, a devastação ambiental está crescendo de tal maneira que até mesmo as classes detentoras do poder estão sofrendo com isso, uma vez que os efeitos da devastação se encontram em níveis mundiais e de forma difusa. Já é possível verificar derretimento de calotas polares, aquecimento global, desertificação de áreas de cultivos, deslizamento de terras, e tantos outros desastres naturais como surtos de doenças contagiosas.

Por último, mas não menos importante, Ferrajoli traduz os malefícios coletivos dos bens mortais. Os respectivos bens são predominantemente as armas em duas categorias, armas nucleares ou de acesso restrito, ou armas com acesso facilitado para população civil. São três os grandes problemas dos bens mortais. Primeiro, como o próprio nome diz, eles são mortais e nocivos ao ser humano, ou mesmo ao meio ambiente. Segundo, são criados pelo próprio homem, assim sua restrição ou diminuição depende exclusivamente da boa vontade humana. Terceiro, são bens comercializados com altos lucros para parte da sociedade, de forma que suas restrições têm maior resistência do mercado financeiro. Os problemas foram adjetivados como “grandes”, porque a proporção de destruição dos bens mortais é incalculável, uma vez que podem encerrar qualquer forma de vida no mundo em poucas horas. Ferrajoli apresenta que atualmente há 10.000 ogivas nucleares no mundo, e que isso em mãos erradas pode erradicar a vida, não só humana, mas qualquer forma de vida (Ferrajoli, 2018, p. 164)

Mas não só as armas em massas colocam em risco a sociedade. Segundo o próprio Ferrajoli em 2012 foram 437.000 mortes com arma de fogo, sendo que esse número pode chegar em dois milhões considerando guerras, desavenças civis e outros litígios armados. Do respectivo número, 157 mil são mortes ocorridas nas Américas, ou seja, quase o triplo dos demais países de outros continentes (Ferrajoli, 2018, p. 165) Essa diferença é abismal “entre o número de homicídios por anos nos países onde as armas são mais difundidas e aqueles nos quais quase ninguém anda armado” (Ferrajoli, 2018, p. 165). Assim, ainda que não seja de eliminação em massa, as armas, que são bens mortais, impõe grandes violações aos direitos fundamentais e a manutenção de vida digna.

Apresentadas as considerações e os motivos que levam a classificação de cada tipo de bem, Ferrajoli inicia o manifesto por um constitucionalismo estendido aos bens fundamentais, ou seja, a ideia de transcender os direitos fundamentais abstratos para bens específicos, com o intuito de dar maior eficácia à norma constitucional. Esses bens são essenciais para a manutenção dos direitos fundamentais, por isso não podem ser negligenciados, daí, ao ver do autor, a necessidade de constitucionalização deles, com intuito de superar a ideia de objeto/mercadoria, para transcender como parte do próprio direito fundamental, a fim de afastar a dominação do mercado e da política sobre eles (Ferrajoli, 2018, p. 166). O direito servirá de intermediador da remoção do status de mercadoria para o status de bens indisponíveis, a partir da criação de normas complementares à Constituição Federal, assim, a norma constitucional continuará dispondo dos



direitos fundamentais em abstrato, e as normas complementares poderão dispor da indisponibilidade dos bens fundamentais (Ferrajoli, 2004).

Essa tensão ou conflito de interesses entre o sistema representado pelo mercado, bem como o mundo real representado pela população, pode ser ilustrada pela ideia de Habermas na Teoria do Agir Comunicativo, bem como no livro "Facticidade e validade". Habermas propõe uma racionalização do direito como instrumento de legitimação da dominação social exercida pelo "Sistema" perante ao "Mundo da Vida". "O direito é uma categoria de mediação social entre a facticidade e a validade" (Habermas, 2020, p. 33). A facticidade é a realidade das ações sociais, por outro lado, a validade é o instrumento que afiança as respectivas condutas.

É exatamente nesta esteira que Ferrajoli propõe a intermediação do direito entre a remoção do status de mercadoria dos bens necessários para manutenção digna da vida, e a transformação em bens como fundamentais, assim, o direito servirá como trajeto da mudança conceitual e real da característica dos bens essenciais, a partir da edição de normas complementares às normas constitucionais. Essa remoção é importante, pois a ideia de restrição aos direitos fundamentais ganha mais força entre particulares, isto é, a limitação de direitos fundamentais entre particular-particular pode ser muito maior do que entre particular-Estado, já que a própria ideia de contrato é de limitação de direito entre as partes<sup>1</sup>.

A partir dessa transcendência de bens mercantis para bens constitucionais, Ferrajoli inicia sua defesa por um novo constitucionalismo, um constitucionalismo além do estado em suas palavras (Ferrajoli, 2018, p. 168) um constitucionalismo que consiga superar os desafios globais no âmbito da democracia, igualdade e direitos fundamentais, sem que isso inviabilize economicamente os países, e consiga diminuir a desigualdade ou ao menos conceder o mínimo para a população que está na linha ou abaixo da linha da pobreza.

Duas são as frentes desenvolvidas por Ferrajoli para esse novo constitucionalismo. A primeira, o foco na realidade e não apenas na norma, especialmente através da transcendência do status de bens essenciais como mera mercadoria, para bens constitucionais indisponíveis. A segunda, um constitucionalismo que consiga transpassar os limites territoriais, com a finalidade de emplacar os bens constitucionais por todo o planeta (Ferrajoli, 2018, p. 168)

Ferrajoli não ignora a dificuldade de se colocar em prática a ideia, entretanto, ressalta que não é impossível ou utópica, desde que racionalizada e programada. É preciso, ao ver do autor, criar um cronograma de implementação da proposta, inclusive com participação da elite intelectual e econômica, criando convergências e consensos. Assim, Ferrajoli indica que esse novo olhar para os direitos fundamentais, tem como principal objetivo viabilizar a eficácia, ainda que mínima, dos princípios e das normas constitucionais.

---

<sup>1</sup>A partir dessa constatação, se seguirmos o que a doutrina costuma atribuir como características dos direitos fundamentais – inalienabilidade, inegociabilidade etc -, quase todo tipo de relação contratual que tenha como consequência uma limitação a direitos fundamentais deveriam ser nulas" (...) "as mencionadas características dos direitos fundamentais, que a doutrina defende quase sem variações, pressupõe, a meu ver, que os efeitos dos direitos fundamentais limitam-se às relações verticais entre Estado e indivíduos" (Silva, 2011, p. 51).

### 3 O DEBATE CONTEMPORÂNEO COM CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS: O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante da dinâmica litigiosa que naturalmente o direito traz, não seria diferente quando se trata de direitos fundamentais, aliás não é difícil encontrar coalização entre os próprios direitos fundamentais. Alexy não discorda disto, e indica que até mesmo quando se fala em direitos fundamentais é possível abordar restrições de eficácia, de forma que “o conceito de restrição a um direito parecer familiar e não problemático” (Alexy, 2017, p. 276). A questão posta pelo autor não é se é possível falar em restrição dos direitos fundamentais, mas quando e como essa restrição ocorre. Em outras palavras, o autor indica que é preciso esclarecer conceitos sobre restrições, bem como suas extensões. Nesse sentido, embora possível a restrição de determinado direito fundamental, é preciso entender se esta limitação imposta não o inviabiliza por completo.

Quando se fala em restrição de direitos fundamentais, está-se falando em uma fricção entre o que a norma diz, e o que a realidade impõe. Ou seja, a norma impõe uma eficácia sobre um determinado direito fundamental, enquanto a realidade impõe uma necessidade dessa eficácia ser lida com uma certa limitação (Silva, 2014, p. 451-452). Apesar disso, Alexy propõe que “uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição. Se ela for inconstitucional, ela até pode ter natureza de uma intervenção, mas não de restrição” (Alexy, 2017, p. 281). Assim, não é possível a edição de uma norma limitadora dos direitos fundamentais, sem que essa norma seja compatível com a constituição, e mais, sem que ela não tenha o mínimo de convergência com o conteúdo da norma constitucional.

Além de verificar compatibilidade e constitucionalidade da norma que impõe a restrição, também é necessário buscar qual a natureza da respectiva norma, isto é, por qual motivo ela fora criada, e também qual o rito que proporcionou sua criação. Para o autor há normas que são criadas exatamente para regulamentar ou restringir um direito fundamental positivado na Constituição Federal. Como Alexy narra sua teoria a partir da Constituição Alemã, é preciso abrir um adequar seu conceito à realidade brasileira.

Alexy entende então que apenas normas autorizadas a criar restrição, tal como a complementar no caso do Brasil, podem apresentar conteúdos que restrinjam os direitos fundamentais, sem que isso, no entanto, implique em total inocuidade do direito fundamental (Alexy, 2017, p. 282). Mas não só regras podem ser limitadas, apesar de clara distinção entre norma e princípio. Alexy entende ser possível restringir princípio implícito no direito fundamental, “princípios também podem ser restrições a direitos fundamentais” (Alexy, 2017, p. 284), apesar de que nesse caso a restrição é mais contida, e só pode ocorrer a partir de outros princípios norteadores de outros direitos fundamentais, e não mais por norma infraconstitucional.

Sendo assim, o autor cria duas formas de impor restrições aos direitos fundamentais. A primeira, restrições diretamente constitucionais. A segunda, restrições indiretamente constitucionais. As restrições diretamente constitucionais são aquelas dispostas no próprio texto da Constituição Federal, e ocorre quando

um próprio dispositivo impõe a restrição ou uma condicionante para eficácia do disposto na norma, a exemplo o artigo 5º, XI da Constituição Federal Brasileira, no qual se dispõe inviolabilidade da casa, contudo, salvaguarda a possibilidade em caso de flagrante delito, desastre e prestação de socorro (Brasil, 1988).

Alexy ainda faz um comentário de que as restrições contidas no próprio texto constitucional, podem não ser tratadas como restrições propriamente ditas, mas sim como limitações de eficácia do próprio direito estipulado; em palavras mais simples, é como se a eficácia do direito tivesse uma determinada imunidade à condicionante estabelecida no texto constitucional. Explica o autor, que para parte da doutrina da teoria interna, não se estaria falando exatamente em restrições dos direitos fundamentais, porque o direito não existe, já que a condicionante impõe uma imunidade na eficácia (Alexy, 2017, p. 287).

Já as restrições indiretamente constitucionais são aquelas dispostas em lei infraconstitucional, mas que a própria Constituição Federal autoriza implicitamente a criação de tais restrições (Alexy, 2017, p. 292). Isso ocorre quando não há no texto constitucional um esclarecimento sobre a extensão da limitação, mas o texto dispõe que a situação será disciplinada posteriormente em lei. A exemplo disso, novamente se menciona a imunidade tributária disposta na Constituição Federal Brasileira. A Constituição Federal não dispõe os requisitos para gozo da imunidade tributária, entretanto, deixa expresso que haverá requisitos, ou seja, restrições ao gozo da imunidade, e que essa questão será disciplinada por lei futura. São limitações que a Constituição Federal autoriza, e a expressão mais clara é a reserva de competência, ou seja, ocorrem quando o texto constitucional dirige à lei complementar o dever de disciplinar a matéria, ou seja, apesar da norma constitucional não mencionar expressamente qual será a restrição daquele direito, ela indica que haverá restrição ou mesmo pressupostos para sua aplicabilidade, mas impõe essa criação para normas infraconstitucionais.

Realizadas essas considerações introdutórias sobre as restrições dos direitos fundamentais, deve-se adentrar a ideia de conteúdo essencial dos direitos fundamentais, já que o foco deste artigo é apresentar convergência entre o desenvolvimento teórico de Ferrajoli perante o conteúdo essencial dos direitos fundamentais desenvolvido por Alexy e Virgilio Afonso da Silva. Alexy reconhece, como dito, a possibilidade de restrições dos direitos fundamentais, contudo, estabelece que não é possível restringir o direito fundamental a ponto de colocá-lo em total dormência, assim, não é possível restringir integralmente sua eficácia com intuito de inutilizá-lo, criando assim o que caracteriza como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. É como se cada direito fundamental tivesse uma centelha mínima de observância, sob pena de o inviabilizar por completo. A dinâmica desta centelha tem como base criar restrição perante as restrições dos direitos fundamentais (Alexy, 2017, p. 295), assim, ainda que seja possível a restrição de um determinado direito fundamental, não é possível neutralizar sua eficácia completamente.

Alexy (2017, p. 295) explica que “é possível sistematizar as teorias acerca do conteúdo essencial por meio da utilização de dois pares conceituais”: a teoria subjetiva/objetiva ou absoluto/relativo. O primeiro par de teoria desenvolve que o conteúdo essencial se relaciona a uma situação subjetiva ou uma situação objetiva da norma constitucional. Já o segundo par desenvolve que o conteúdo

essencial pode ser interpretado em sentido absoluto ou em sentido relativo (Alexy, 2017, p. 296).

Virgílio Afonso da Silva desenvolve as teorias acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais de forma mais interessante para este artigo; primeiro porque apresenta debate e expansão do pensamento do Alexy; segundo porque conhece a realidade brasileira, assim sendo, tem maior compatibilidade com a jurisdição constitucional do país. Como dito também por Alexy, Silva reconhece a existência de diversas teorias sobre o conteúdo essencial, mas além disso, também esclarece que não é possível analisá-las isoladamente, e muito menos escolher uma única teoria como a correta. A ideia de conteúdo essencial é complexa e demanda uma análise abrangente, a fim de entender a dinâmica da eficácia dos direitos fundamentais (Silva, 2017, p. 183).

Como neste artigo não se está buscando analisar criticamente o conteúdo essencial, mas somente apresentá-lo, com intuito de demonstrar uma mínima convergência com a proposta de Ferrajoli de transcender os direitos fundamentais para um objeto ou bem essencial, restringir-se-á o verbete na apresentação das teorias e ao final na compatibilidade, ainda que mínima e incipiente, entre as duas teorias. Virgílio Afonso da Silva desenvolve que o ponto de partida para entender o conteúdo essencial dos direitos fundamentais pode ocorrer sob duas dimensões, sendo elas a dimensão objetiva e a dimensão subjetiva. A análise do conteúdo essencial a partir da dimensão objetiva pressupõe que ele deve ser definido com base na vida social, “isso significaria dizer que proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental implicaria proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte deles” (Silva, 2017, p. 185). Assim, a norma positivada não é o foco, e sim a realidade social em que a norma será interpretada.

Esse enfoque dimensional entra em total convergência com a proposta de Ferrajoli, já que impõe a necessidade de observar, na prática, a eficácia e eficiência dos direitos fundamentais, isto é, não é possível afastar integralmente um bem essencial para manutenção digna da vida, sob pena de inviabilizar integralmente o direito fundamental, e tornar a norma constitucional letra morta. Por outro lado, a análise do conteúdo essencial a partir da dimensão subjetiva pressupõe que, não apenas na vida social, mas também como indivíduo se garanta o mínimo ou a centelha do conteúdo essencial de um determinado direito fundamental. Ainda que se fale em momentos extremos como guerra, há de se reservar o mínimo do conteúdo essencial para cada indivíduo (Silva, 2017, p. 186 - 187).

Ferrajoli também entende que a necessidade de bens essenciais pode variar de acordo com tempo e regionalidade, sendo assim, é preciso analisar o caso ou o indivíduo concreto, para identificar qual a extensão da eficácia dos direitos fundamentais é necessária para garantir um conteúdo mínimo de determinado direito. A par da dimensão, é possível dividir o conteúdo essencial em absoluto e em relativo, além disso, cada uma das divisões têm outras subdivisões. O conteúdo essencial absoluto é abarcado por todas as teorias e dimensões em que a matéria é discutida, e pressupõe a ideia principal de um núcleo ou centelha no direito fundamental, que é intransponível, em palavras mais simples, é o conteúdo essencial propriamente dito, a garantia da observância mínima do sentido que um determinado direito fundamental tem (Silva, 2017, p. 187).

Silva ressalta que essa análise do conteúdo essencial absoluto cria uma dificuldade de identificar o que está dentro do núcleo, e o que está fora da essência de um determinado direito fundamental, assim outras subdivisões começaram a ser desenhadas. Também se fala em conteúdo essencial absoluto-dinâmico, que se aproxima mais da proposta de Ferrajoli. Esse conceito pressupõe a alteração do núcleo essencial do direito fundamental através do tempo, isto é, a dilação temporal pode alterar o que é e o que não é essencial sobre um determinado direito fundamental.

Isso ocorre porque a dinâmica da norma não acompanha a dinâmica da vida real, assim, situações emergenciais ou essenciais no presente podem ser prescindíveis no futuro, assim, o conteúdo essencial é absoluto, mas também dinâmico. Como dito, aproxima-se de Ferrajoli esse conceito, uma vez que os bens fundamentais podem ser essenciais no presente, mas futuramente podem não ter essa essencialidade, tornando-se prescindíveis, desta forma, cria-se uma dinâmica temporal acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Por outro lado, também há autores que defendam a ideia de conteúdo essencial absoluto-estático, que pressupõe imutabilidade do conteúdo essencial, ou seja, defende a ideia de um cerne, centelha ou mesmo núcleo fixo de um determinado direito fundamento, entretanto, defende que esse núcleo é elástico e pode expandir ou diminuir conforme a interpretação do momento em que a norma está sendo aplicada (Silva, 2017, p. 189).

Mas para que essa interpretação prevaleça, há uma certa limitação do que é o conteúdo essencial, a ver dos autores que defendem esse conceito, não é possível impor qualquer conteúdo como essencial, absoluto e estático, já que seria impossível, considerando a dinâmica da vida real. A questão posta é que o conteúdo essencial, absoluto e estático é aquele que o tempo demonstrar como intangível pela realidade social, ou por qualquer vontade política, isto é, aquilo que se desenvolve com o passar dos anos e não muda, independente do momento em que se está interpretando a norma constitucional (Silva, 2017, p. 190).

Por fim, tem-se parte dos autores defendendo o conceito de conteúdo essencial relativo. Se opõe aos conceitos absolutos, e entende que o conteúdo essencial não é fixo e muito menos imutável, é preciso buscar a essencialidade da aplicabilidade da norma a partir do momento e das situações fáticas do caso concreto, além do que é preciso analisar as coalisões envolvendo o caso (Silva, 2017, p. 196). Essa relatividade impõe que o conteúdo essencial seja subordinado à regra da proporcionalidade, onde o intérprete da norma irá, a partir da dinâmica do caso concreto, extrair o que é conteúdo essencial, ou o que pode ser restringindo (Silva, 2017, p. 197).

Além disso, é exatamente o grau de coalisão entre os direitos fundamentais que vai determinar o conteúdo essencial, é possível que um direito fundamental seja dispensável em um caso concreto hipotético, porque outro direito fundamental foi aplicado, entretanto, em outro caso concreto hipotético pode ser que o mesmo direito fundamental dispensável para outro caso, seja essencial e imprescindível, desta forma, não há como sedimentar o conceito de conteúdo essencial, sem adentrar às minúcias de cada caso (Silva, 2017, p. 198 - 200).

A ideia de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais que se manifeste concretamente em meio às relações sociais, se baseia no pressuposto

de que existe um sentido mínimo intransponível daquilo que se concebe como fundamental. Dessa forma, seria necessário um fundamento imune a eventuais dissensos, como algo ligado à essência humana e fosse capaz de transcender as dinâmicas sociais. Em outras palavras, seria necessário um fundamento plenamente estável, imune a qualquer mudança ao longo do tempo, ou seja, um consenso absoluto.

Diante disto, Jeremy Waldron (2009; 2006) apresenta um posicionamento cético em relação a esta percepção, pois para ele direitos derivam de decisões políticas e são permeados constantemente pelo dissenso. A premissa central em seu pensamento é a de que desacordos derivam da pluralidade e diversidade social, é relativa à percepção particular de cada sujeito (Lima, 2018, p. 11-12). Não se trata apenas de relacionar os direitos ao contexto social em que se insere, mas compreender os direitos como resultados de construções políticas sedimentadas ao longo do tempo. Dessa forma, pode-se pensar a Constituição e a própria ideia de direitos humanos e fundamentais como resultantes de consensos precários, instáveis e contingentes.

Em a Dignidade da Legislação, Waldron (1999, 63-103) expõe o fato de atrelarmos rotineiramente a ideia de justiça às decisões judiciais, e não ao parlamento, sendo que isto se deve à ausência de teorias que deem atenção à teoria da democracia e à teoria da legislação popular. O que ocorre na prática é um deslocamento de soberania, no qual os tribunais indicam o que seriam os verdadeiros significados dos direitos humanos e fundamentais e se comportam como se estivessem implementando um programa social por meio de suas sucessivas decisões. Contudo, o papel das Cortes e do judiciário de forma geral, seria de apenas coibir eventuais abusos particulares, visto que o estabelecimento de programas e políticas é de incumbência dos órgãos representativos (Waldron, 2021, p. 102).

Tradicionalmente, quando se pensa na democracia, a primeira reflexão que surge é “como se pode prevenir que a democracia se degenere em uma tirania da maioria?” ou “que instrumentos estão disponíveis, que movimentos podem ser feitos para restringir os excessos tirânicos àqueles que atentam à democracia?” (Waldron, 2018, p. 40). No entanto, tais questionamentos partem do pressuposto de um determinado paradigma, o da democracia liberal, como se ela fosse a única e exclusiva possibilidade de manifestação democrática. Isto pois, só se é possível pensar na proteção de algo, quando a sua identidade está em risco, quando sua constituição está sendo ameaçada.

Este paradigma é sedimentado em especial com a Independência Estadunidense e com a Revolução Francesa. Ambos os episódios limitam a potência revolucionária a manifestações esporádicas, tendo a representação como o canal principal, senão o único. A representação se apresenta, portanto, como um filtro que depura o espírito público e marginaliza a participação popular direta. O povo soberano é aprisionado ao passado após o estabelecimento do texto sagrado de uma constituição (Costa, 2011, p. 223). Se o parlamento já oferece uma restrição à potência democrática, fato é que quando o Judiciário possui a última palavra em relação aos signos constitucionais essa limitação fica ainda mais enfática.

É justamente isso que Waldron aponta, buscando resgatar a dignidade da legislação. Ao indicar que o direito deriva de decisões políticas (Waldron, 1999, p. 02), o que se está colocando em discussão é a ausência de princípios éticos e

morais transcendentais que imponham determinadas decisões. Trata-se de ressaltar o caráter contingente do espaço político e a indecidibilidade a respeito da essência dos direitos fundamentais e da própria existência humana. Isso não significa negar a importância de tais ideais ou associá-los a um relativismo incontornável, mas sim indicar que estes fundamentos derivam de contextos históricos e sociais. Dessa forma, não são ligados a algo que transcenda as dinâmicas entre os seres humanos, mas sim à contingência de suas respectivas existências.

É por esta razão que esse aporte epistemológico se distancia de compreensões análogas às de Habermas (1997, p. 19), que compreende a democracia como o resultado de “um nexos interno entre considerações pragmáticas, compromissos, discursos de auto-entendimento e discursos da justiça, fundamentando a suposição de que é possível chegar a resultados racionais e equitativos”. Aqui, a democracia é vista como um consenso racional, de forma que eventuais dissidências fossem resultantes da mera ausência de acesso à informação necessária para decidir. Em outras palavras, pressupõe-se a existência de uma resposta certa, racional e que eventuais dissensos derivam da falta de um ambiente propício para o estabelecimento do diálogo.

A Teoria do Discurso da Escola de Essex demonstra uma maior complexidade do espaço político e oportuniza um aprofundamento na problemática de se pensar a universalidade. Essa tradição de pensamento foi inaugurada por Ernesto Laclau e Chantal Mouffe (2015), com a intenção de organizar uma teoria da política como ontologia do social, de forma que fosse possível compreender o espaço político como um terreno permeado pela disputa de identidades (Gomes, 2017, p. 135). Discurso envolve aspectos linguísticos e não linguísticos (Rodrigues; Mendonça, 2008, p. 6), estabelecendo um processo de representação com o real (Burity, 2008, p. 38-41). Por meio desta perspectiva, compreende-se que o universal é irrepresentável em sua totalidade, de forma que quando se está diante de uma ideia que se apresenta como totalizante, na realidade se contempla uma particularidade dominante (Laclau, 2011, p. 54). Se o universal fosse transparente em si mesmo, não seria necessária qualquer forma de representação. Mais do que isso, se o universal pudesse ser contemplado plenamente, poder-se-ia estar diante da plena essência humana.

Dessa forma, a ideia de direitos humanos e universais seria resultante de uma construção político-social, ao contrário de um descortinamento, tal qual o “véu da ignorância” de John Rawls (2016). Esta concepção carrega necessariamente a ideia de totalização, de uma aparente concepção da essência humana, como se fosse possível falar em direitos universais com a mesma concepção em todo em qualquer lugar com as mais variadas diferenças culturais. É possível perceber, conforme visto anteriormente que os autores defensores desta tradição de pensamento tentam relacionar a universalidade dos direitos com os contextos em que os mesmos se inserem. No entanto, há uma tensão irresolúvel nessa tratativa, na qual ou a ideia de universal deve fazer alguma concessão ou a particularidade de cada cultura deve ser subjugada em prol da defesa dessa universalidade concebida. A partir daí as questões que ficam são: i) a concessão será feita em que direção?; ii) qual o limite se está disposto para essas concessões?

A princípio, a ideia de tentar estabelecer uma dinâmica entre direitos universais e as especificidades sociais de cada localidade parece indicar uma

tentativa de concessão às particularidades, no entanto o grau dessas concessões não demonstra ser de grande relevo. Isto pois, o centro desta perspectiva é a garantia de direitos concebidos em um sentido de essencialidade, ou seja, mínimos éticos intransponíveis. Essas garantias e direitos transcendentais são vistos como as bases fundamentais da democracia, de modo que se marginaliza a participação popular sob a justificativa de preservá-la. É justamente este o paradoxo, marginaliza a atuação do povo soberano, sob a justificativa de evitar uma autofagia. Na prática, com a desigualdade estabelecida ao longo do tempo, a “sala de máquinas”, é ocupada apenas por aqueles que possuem posições sociais de destaque (Gargarella, 2016, p. 54).

A legitimidade da Constituição, que por sua vez assegura a previsão dos direitos fundamentais, decorre do próprio povo em uma realidade concreta (Bercovici, 2004, p. 23). Não obstante, há uma inversão, na qual a Constituição é vista como uma “garantia contra o povo” (Rousseau, 2018, p. 231). O que se faz é resumir a democracia às instituições e representantes que decidem em nome do povo. Ocorre que com esta marginalização, quando houver uma dissonância entre a interpretação em relação aos direitos humanos e fundamentais e os interesses sociais, o povo só poderá se manifestar diretamente por meio de mecanismos não constitucionais, em um movimento disruptivo.

Não se trata de negar os direitos humanos e fundamentais, mas sim de ressaltar que estes resultam de uma construção político-social e são, portanto, permeados pelas contingências e contextos sociais. Isso importa em um debate não estritamente acadêmico em relação à essência dos direitos humanos, significa a necessidade de uma atuação coletiva em prol de uma elaboração participativa e legítima, do ponto de vista democrático.

Trata-se de realçar o elemento humano da construção dos direitos e não simplesmente estabelecer imposições transcendentais ligadas a algo que se concebe como essência da própria humanidade. Essa percepção também contribui para a compreensão das dificuldades encontradas ao se deparar com a ausência da devida implementação de condenações internacionais, como por exemplo no caso da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil. Isto pois, o trato dominante da temática se apresenta de forma impositiva, como se a ideia de direitos humanos e fundamentais fosse impermeável ao dissenso.

Cabe ressaltar que a ideia de direitos universais carrega necessariamente um sentido totalizante, como se a essência humana fosse plenamente transparente e capaz de indicar aos observadores princípios mínimos que não podem ser prejudicados. Quando se acredita que estas construções sociais decorrem da essência humana, qualquer dissenso é visto como um inimigo a ser combatido, como algo a ser extirpado da sociedade. Ocorre que as discordâncias potenciais em torno do que é, ou não, um direito ligado à própria ideia de humanidade é justamente o que permite o desenvolvimento da democracia. Se houvesse uma resposta plenamente dada, não haveria espaço político (Laclau, 2011, p. 66; Laclau, 2018, p. 246), pois as disputas seriam decorrentes de um mero desconhecimento da realidade, da essência do homem. A democracia não teria espaço, os indivíduos deveriam apenas implementar os princípios que emanam do conteúdo essencial dos direitos humanos. A tecnocracia, em busca de coibir uma possível autofagia,



colocaria fim ao espaço democrático. A sociedade apenas gerenciaria os conflitos daqueles que se apresentassem em dissonância daquilo que é concebido como inerente a cada ser e o judiciário seria o responsável por ter a última palavra sobre direitos, como se fossem os verdadeiros intérpretes da essência humana.

Assim, pode-se dizer que a abertura oferecida pelos autores apresentados nos capítulos anteriores para considerar elementos temporais, regionais e transitórios ao buscar identificar o conteúdo essencial dos direitos humanos indica justamente a dificuldade de se totalizar o espaço político por meio de direitos transcendentais. Isso não decorre apenas da dificuldade de se implementar uma decisão em razão de eventuais resistências de grupos dissonantes, mas sim do problema teórico, colocado neste último capítulo, da relação entre particular e universal. Estas aberturas se manifestam como válvulas de escape, ao se decidir um processo, para atenuar as tensões entre o que se concebe como universal e as particularidades encontradas em dissonância.

## CONCLUSÃO

A revisão bibliográfica concluiu que embora os autores apresentados possuam diferenças significativas em termos de ideologias, posições políticas e intelectuais, e até mesmo discordâncias inconciliáveis, especialmente no campo da política, ainda é possível identificar um ponto mínimo de convergência entre eles quando se trata de igualdade. Essencialmente, todos eles concordam com a importância de desenvolver ou estabelecer mecanismos que possam garantir uma igualdade genuína entre indivíduos desiguais.

A proposta de Ferrajoli caminha no mesmo sentido ao transcender os direitos fundamentais e as normas constitucionais para um determinado bem ou bens, através da constitucionalização do objeto diante da sua essencialidade para manutenção digna da vida, encontra uma convergência mínima e justificação teórica a partir do conteúdo essencial dos direitos fundamentais desenvolvido por Alexy na Alemanha e Silva no Brasil.

Essa convergência não é absoluta, pois como dito anteriormente, não se trata da teoria acerca do conteúdo essencial, mas sim das teorias, portanto, essa pluralidade de ideias sobre o tema não converge integralmente com o desenvolvido por Ferrajoli, contudo, em diversos momentos é possível identificar similaridade entre as propostas. Analisando com mais minúcias a proposta, ela se encaixa melhor na proposta do conteúdo absoluto-dinâmico, bem como na proposta relativista, uma vez que a dinâmica da essencialidade dos bens constitucionais pode alterar conforme a interpretação, o tempo e o local;

Por outro lado, é possível identificar em algumas questões teóricas total divergência entre as propostas, especialmente quando se trata do conteúdo absoluto-estático, neste caso, não há uma convergência mínima entre Ferrajoli, Alexy e Silva, mas isso não impede que se entenda um diálogo favorável entre os autores. Primeiro, porque como dito, Ferrajoli se encaixa na interpretação do conteúdo absoluto-dinâmico e relativista. Segundo, porque, como dito por Silva, não se trata de escolher um ao outro conceito, e nem mesmo de qualifica-los como melhores ou piores, mas sim de entender a proposta do tema como um todo.

Desta forma, ainda que muito não se encontre de Ferrajoli em diversos conceitos debatidos por Alexy e Silva, é possível sim encontrar algum consenso e convergência, bem como dizer, com certa precaução, que os bens constitucionais defendidos por Ferrajoli, podem fazer parte da ideia de conteúdo essencial dos direitos fundamentais, especialmente se o bem for imprescindível socialmente, ou mesmo se for a única forma de preservar o mínimo de aplicabilidade de um determinado direito fundamental.

Também há de se observar que a proposta de Ferrajoli vai um pouco além das propostas defendidas por Alexy e Silva em dois aspectos. Primeiro, porque no caso de Ferrajoli o debate avança para bens específicos e expressos, enquanto para Alexy e Silva o debate é exclusivamente teórico. Segundo, porque enquanto os dois últimos propõem uma dinâmica temporal do conteúdo essencial, Ferrajoli propõe um dinâmica temporal, regional e até transitória, já que a essencialidade dos bens fundamentais depende de muitos fatores factuais. Questionou-se também os pressupostos teóricos para se pensar em direitos universais, a partir de Jeremy Waldron e um aporte teórico pós-estruturalista. Diante disso, notou-se que o desenvolvimento de Ferrajoli ao buscar considerar fatores factuais para a identificação da essencialidade dos bens fundamentais, busca na realidade amenizar a tensão entre a ideia de direitos universais e valores partilhados de forma plural pela comunidade. Nota-se um movimento semelhante em relação a Alexy e Silva, contudo, de forma um pouco mais branda.

Com isso é possível concluir que o conceito de igualdade por Ferrajoli já foi amplamente discutido por inúmeros teóricos, e muito embora não seja possível definir como pioneiro, apresentar um aprofundamento importante essencialmente para o Direito, pois busca, antes de mais nada, não apenas apresentar conceitos convergentes com as ciências sociais, mas apresentar soluções jurídicas e até práticas para implementar o direito à igualdade estipulado nas constitucionais internas e na Declaração Universal de Direito Humanos.

Por fim, é possível afirmar que igualdade é um conceito indeterminado, uma vez que é possível interpretações de inúmeras roupagens e ideologias nas ciências sociais, entretanto, também deve-se observar que embora indeterminado, busca-se através de instrumentos heterógenos alcançar possibilidade iguais para indivíduos completamente diferentes.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Trad. De Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política: uma relação difícil*. Lua Nova, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004.

BURITY, Joanildo Albuquerque. Discurso, política e sujeito na teoria da hegemonia de Ernesto Laclau. In: RODRIGUES, Léo Peixoto; MENDONÇA, Daniel de. *Pós-estruturalismo e teoria do discurso: em torno de Ernesto Laclau*. p. 35 – 52. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

COSTA, Alexandre Araújo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania limitada. *Revista Teoria & Sociedade*, v. 1, n. 19.1, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi et al (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a. p.13-56.

FERRAJOLI, Luigi. *Epistemología jurídica y garantismo*. México: Fontamara, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Manifesto per L'uguaglianza*. Editoria Laterza: Roma, 2018 (ebook).

FERRAJOLI, Luigi. *Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana*. Trad. Alexander Araújo de Souza – São Paulo: Saraiva, 2014.

FLEISCHACKER, Samuel. *A Third Concept of Liberty*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

FLEISCHACKER, Samuel. "Adam Smith on Equality". In: BERRY, J. (org.). *The Oxford Handbook of Adam Smith*. Great Britain: Oxford University Press, 2013

GARGARELLA, Roberto. Recuperar el lugar del pueblo en la Constitución. In: GARGARELLA, Roberto; NIEMBRO, Roberto (coord.). *Constitucionalismo progresista: Retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, coordinado por Roberto Gargarella y Roberto Niembro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2016.

GOMES, Aureo de Toledo. Construção da paz e virada local: uma proposta de leitura laclauiana. In: MENDONÇA, Daniel de; RODRIGUES, Léo Peixoto; LINHARES, Bianca. *Ernesto Laclau e seu legado transdisciplinar*. São Paulo: Intermeios, 2017.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre factibilidade e validade*. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e Validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. São Paulo: Editora Unesp, 2020.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo*. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LACLAU, Ernesto. *Emancipação e diferença*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2011.

- LACLAU, Ernesto. *Razão Populista*. São Paulo: Três Estrelas, 2018.
- LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e Estratégia Socialista: por uma política democrática radical*. São Paulo: Intermeios, 2015.
- LIMA, Jairo. *Emendas Constitucionais Inconstitucionais: democracia e supermaioria*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera Pública e Democracia Deliberativa em Habermas Modelo teórico e discursos críticos. *kriterion*, Belo Horizonte, nº 121, Jun./2010, p. 227-258
- PEREIRA, Potyara A. P. Pereira. R. O sentido de igualdade e bem-estar em Marx; *Kátal.*, Florianópolis, v. 16, n. 1, p. 37-46, jan./jun. 2013
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: São Martins, 2016.
- RODRIGUES, Léo Peixoto; MENDONÇA, Daniel de. A impossibilidade da emancipação: notas a partir da teoria do discurso. In: RODRIGUES, Léo Peixoto; MENDONÇA, Daniel de. *Pós-estruturalismo e teoria do discurso: em torno de Ernesto Laclau*. p. 53 – 70. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.
- ROUSSEAU, Dominique. Constitucionalismo e Democracia. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. vol. 10, n. 3, p. 228 – 237, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 13ª Ed. Editora Livraria do Advogado, 2018.
- SILVA, José Afonso da. *Teoria do Conhecimento Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editora, 2014.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. 1ª ed., 3ª Tir. São Paulo: Malheiros Editora, 2011;
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais, Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. 1ª Ed, 3ª Tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*. 4. São Paulo, 2006.
- SMITH, A. *Teoria dos sentimentos morais*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- WALDRON, Jeremy. *Contra el Gobierno de los Jueces*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2018.

WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. *International Journal of Constitutional Law*, Volume 7, Issue 1, January 2009.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Ij*, v. 115, p. 1346, 2006.

WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University, 1999.

WALDRON, Jeremy. The rule of law and the role of courts. *Global Constitutionalism*, v. 10, 2021.