

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO ÂMBITO JURÍDICO NACIONAL

Marcio Luiz Simon Heckler¹

Candisse Schirmer²

Igualdade Constitucional é mais que uma expressão de direito, é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental.³

RESUMO: O princípio da igualdade como fruto da Revolução Francesa, em sua aspiração formal, buscou equiparar os seres humanos, e, para tanto, utilizou-se do positivismo jurídico, por meio de uma previsão legal abstrata e genérica (igualdade formal), sem levar em conta as condições intrínsecas de cada ser humano. Destarte, não foi bastante para conduzir a um equilíbrio fático, mas apenas jurídico, uma vez que as desigualdades sociais não eram sentidas pela ordem normativa. Para tanto foi necessário, mais tarde, uma nova visão de igualdade, voltada para a percepção das diferenças existentes entre as pessoas (principalmente àquelas geradas pela condição econômica), de modo a equipará-las no âmbito legal. A ordem constitucional abraçou esta concepção isonômica elevando-a ao patamar de Direito Fundamental, e entre os principais fundamentos do Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal de 1988 amparada neste sentimento positivou este princípio e o propulsou como valor fundante da ordem infraconstitucional.

¹ Acadêmico do curso de Direito da Anhanguera Educacional – FAPLAN, cursando o 9º semestre. Estagiário jurídico em Escritório de Advocacia. E-mail: <marcioheckler@gmail.com>

² Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, área de concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas. Linha de pesquisa: Políticas Públicas de Inclusão Social. Especialista em Direito Tributário pela Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Endereço Eletrônico: candisseschirmer@yahoo.com.br.

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.214.

Introdução

Entende-se *igualdade*, por si só, como “qualidade do que é igual; de mesma grandeza; idêntico; uniforme”⁴. Mas não somente nisto se caracteriza, e deve se caracterizar este axioma, bem como, muito menos, na sua forma principiológica: dado seu valor abstrato, que muitas vezes se confunde com outros valores, de igual importância, tais como a justiça ou a liberdade. A igualdade no âmbito jurídico é, contudo, princípio basilar de qualquer relação, seja ela, Estado x particular, ou particular x particular, vindo a residir, teoricamente, na sociedade, desde o sujeito hiper ao hiposuficiente.

O Direito Privado, na acepção mais grandiosa do termo, nascido sob a espada de Napoleão⁵ e sob a égide do Estado Liberal, chefiado pela autonomia da vontade, foi agora suplantado pela visão principiológica de uma Constituição forte e capaz de produzir força normativa⁶. A concretização da Constituição está vinculada, não apenas a sua aplicação no Direito Constitucional, mas também quando seus ensinamentos passam a ser seguidos nos vários ramos do ordenamento jurídico.

Aos poucos uma nova visão do princípio da igualdade vai tomando sentido entre os juristas brasileiros. A igualdade que no seu berço revolucionário nasce com um caráter individualista e preocupado apenas com o combate dos privilégios da nobreza, abre seu leque de visão, e deixa de ser apenas formal. As revoluções socialistas encabeçadas por Marx e o Manifesto Comunista de 1848 trazem à tona a necessidade de uma igualdade material, onde somente com esta, os demais direitos liberais ganham efetividade.

⁴ TOMINI, Roberto; TOMINI, Maria Alice. **Pequeno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Fênix, 2002.

⁵ Código Civil Francês de 1804, ou Código Napoleônico.

⁶ Cf. *A força normativa da Constituição*, de Konrad Hesse.

1. O Princípio Isonômico

Aprecia-se, pela primeira vez, a formalização do princípio da isonomia em uma Carta Magna por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual preconizava que: “Os homens nascem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”⁷. Antes disso, tem-se como fato que a isonomia entre os homens, num caráter geral, havia sido buscada e calcada em todas as sociedades, desde os primórdios. Entretanto, apenas com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em 1789, é que o homem fica ciente, pela norma, de que todos os indivíduos devem ser tratados de forma equânime, sem distinção de qualquer natureza: é a chamada *igualdade formal*.

Esta, oriunda de uma revolução – de uma reação – às atrocidades cometidas durante o absolutismo, tanto pelos Reis Déspotas, autoridades da época, como também (e principalmente) pela Igreja Católica, numa total disparidade de relação para com certas frações populacionais. Surge, todavia, com o intuito de igualar uma relação de discrimen, tema de luta incessante de determinados movimentos, tais como os Contratualistas e, posteriormente, os Constitucionalistas.

Peca, entretanto, ao ponto que trata todos os sujeitos rigorosamente iguais sem distinção alguma. Em outras palavras, o princípio da igualdade na sua concepção formal e jurídica, traduz a exigência da simples igualdade entre sujeitos de direitos perante a ordem normativa, sem uma análise subjetiva do caso concreto em que vai incidir. Pondo em pratos limpos, diz-se que o referido princípio fez justamente o inverso do que previa: ao ponto que tratava a todos os homens de forma idêntica, gerava ainda mais desigualdades, sendo a *economia* o ponto chave dessa dissonância.

Tutela-se nessa época muito mais o direito à *liberdade* – e, diga-se de passagem, o mesmo nos dias atuais –, tendo em vista que, além das repressões anteriormente sofridas pelo Estado Absolutista – argumento mais que suficiente para justificar o direito em questão – a burguesia, detentora do poder estatal, caso postulasse um regime de igualdade, teria limitado seus interesses e ideais,

⁷ Art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. França: 1789.

conseqüentemente os contrariando. Tem-se aqui, então, a chamada igualdade *nominal*, a igualdade “*apenas no nome*”.

Mas não só de dores vive a igualdade formal: trata-se ela do postulado fundamental de um Estado de Direito. Diz-se mais: é pilar sustentador de um Estado *Democrático* de Direito. De que forma? Por meio do sufrágio universal, mais precisamente através do *voto*. Argumento para tal afirmação são os conhecidos princípios da Democracia: (I) liberdade; (II) maioria; e (III) *igualdade*. Em outras palavras, tem-se que ao voto é protegido o direito de liberdade de escolha; onde a vitória resulta do voto da maioria – sem que isso, contudo, suprima os votos da minoria – e que todos os votos, sem exceções, possuam o *mesmo valor*, *independentemente das pessoas que os professem*.

No Brasil, a igualdade formalmente aceita, surge com a Constituição de 1891 – a primeira Constituição republicana – onde também se evidenciava o isolamento entre norma jurídica e realidade, um tipo de “pressuposto para a uniformização do regime das liberdades individuais a favor de todos os sujeitos (do) ordenamento jurídico”.⁸ Isto é, por meio do entendimento meramente formal, de raízes liberais, que o constitucionalismo brasileiro delineou o limite da nossa regra da isonomia.

Com o passar do tempo, e o vislumbrar de uma nova revolução – a Industrial – o princípio isonômico toma novas formas, mais ideológicas, marcada aí pelo ideário comunista. “Faz-se mister encontrar (nesse momento) um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento de realidade, de outro”⁹. Como resposta a isso tudo, vem a tona, então, a isonomia real, a dita *igualdade material*.

Cria-se, neste momento, uma posição de caráter *realista*, tal qual reconhece que os homens são desiguais sobre múltiplos aspectos, mas não os desvencilhando do conceito de criaturas iguais. Em suma, “a igualdade material (que surge aqui) faz livres aqueles que a liberdade do Estado de Direito da burguesia fizera paradoxalmente súditos”.¹⁰

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 426.

⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 14.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 379.

Aprecia-se, contudo, em face deste novo conceito de igualdade, espécies de “discriminações”, desigualdades, que ao contrário daquelas surgidas no Estado Liberal, vêm com o intuito de pôr em pé de igualdade sujeitos díspares, em cada respectivo caso concreto. A igualdade, anteriormente ditada pela burguesia infame com sede de lucro (capitalismo liberal) – que mais se preocupava, como já dito, com o ideal de liberdade política – agora tende a tornar-se concreta, mas sem abandonar seu caráter formal (codificado). Em síntese, o princípio em tese deixa de ser aqui um simples *princípio da prevalência da lei*.

Reaparece nesta parte da história, então, a máxima aristotélica – seguida posteriormente por Robert Alexy e, no Brasil, pelo nosso insigne jurista Rui Barbosa – de que *os iguais devem ser tratados de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida em que se desigualem*. A igualdade tem aqui o caráter de desigualdade, e esta, um teor de inclusão.

O que se quer é a igualdade jurídica que embase a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser único. (ROCHA apud. SILVA, 2008, p.213).

Cabe dizer, então, que as discriminações, quando de caráter saudável (igualdade material), levam em si uma justificativa que evidencia o tratamento desigual em prol às minorias. Leva-se em conta, contudo, nesses casos, a correlação lógica entre o fator de *discrímén* e a *desequiparação* por fim procedida.

O ponto nodular para exame da correlação de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de *discrímén* e a discriminação legal decidida em função dele. [...] Tem-se, pois, que é o vínculo de conexão lógica entre os elementos diferenciais colecionados e a disparidade das disciplinas estabelecidas em vista deles, o *quid* determinante da validade ou invalidade de uma regra perante a isonomia. (MELLO, 2006, p.36).

O que se quer dizer quando se fala em *correlação lógica entre o fator de discrimen e a desequiparação procedida* é que “os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado”.¹¹ É o mesmo que falar, então, que desde que a discriminação derive de um fator que venha a contribuir com o bem comum – e iguale casos díspares em função deste – ela é bem recebida pelo texto constitucional previsto no Art. 5º, *caput* da Carta Política Brasileira.

Não nos basta pensar, entretanto, que tratando *os iguais de forma igual, e os desiguais de maneira desigual, ao ponto que se desigualem*, é o suficiente para a resolução do problema da (des)igualdade. Todavia, surgem aí questões, tais quais: “quem são os iguais e quem são os desiguais? [...] o que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais?”¹². Somente respondendo a estas questões, estar-se-á logrando o objetivo real do princípio isonômico.

Contudo, ao contrário do ministrado na época do Liberalismo, se deve saber aqui, *quais* são os candidatos – objetos; pessoas; situações –, sujeitos díspares, para delinear *quem* são os iguais e *quem* são os desiguais, conforme cada caso concreto.

Compartilhando da mesma idéia que Bandeira de Mello, J. J. Canotilho – conquanto mestre insuperável – discorre que a máxima só se faz válida se acompanhada de uma justificativa racional, pertinente ao traço desigualador acolhido, embasada – é claro – em um critério material.

A fórmula *o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente* não contém o critério material de um juízo de valor sobre a relação de igualdade (ou desigualdade). A questão da **igualdade justa** pode colocar-se nestes termos: o que nos leva a afirmar que uma lei trata dois indivíduos de uma forma igualmente justa? Qual o critério de valoração para a relação de igualdade? Uma possível resposta [...] reconduz-se à **proibição geral do arbítrio**: existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (*proibição do arbítrio*) tratados como

¹¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade. **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996, p. 37.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 11.

desiguais. [...] Embora ainda hoje seja corrente (esta) associação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio, este princípio, como simples princípio de limite, será também insuficiente se não transportar já, no seu enunciado normativo-material, critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade ou desigualdade. Esta (é) a justificação de o princípio da proibição do livre arbítrio andar sempre ligado a um **fundamento material** ou **critério material objetivo**. (CANOTILHO, 2003, p.428, grifo do autor).

Pode-se ainda investigar, por fim, além do que foi dito acima, se o tratamento díspar está em conformidade com o todo normativo, ou seja, com o Ordenamento Jurídico: a chamada *Justiça do sistema* (*Systemgerechtigkeit*) caracteriza-se, então, pelo caráter teleológico. Em outras palavras: vê-se aqui se o teor de inclusão não infere nenhuma contradição às normas vigentes no Ordenamento Pátrio.

Há ainda que tratar, referindo ao já dito acima, que o princípio em tese é voltado quer para o aplicador da lei, quer para seu intérprete. Apesar da Constituição Federal Brasileira de 1988 – a ser tratada a seguir –, advinda depois de vários anos de ditadura militar e inúmeros conflitos sociais e econômicos, proclamar em seu art. 5º *caput* que “todos são iguais *perante* a lei”, não somente ao plano formal fica adstrito este princípio.

O princípio da igualdade não se detém apenas a um postulado em específico. Pelo contrário: o princípio consagrado pela Carta Magna opera em duas esferas: tanto na igualdade *perante* a lei, bem como na igualdade *na* lei. Entende-se por *igualdade perante a lei* como normas já impostas, que implicam uma interpretação por meio do exegeta.

Em suma, é o objeto a ser utilizado pelos aplicadores do direito, fornecendo-lhes um norte e limitando suas decisões. *Igualdade na lei*, por sua vez, é a maneira pela qual deve agir o legislador a fim de não ferir o princípio isonômico, ou seja, não pode a lei ser editada em desconformidade com a isonomia, bem como ser imposta à particulares – principalmente tratando-se de normas constitucionais, dado seu caráter abstrato e geral.

Nesta seara, tem-se a ementa proferida pelo Min. Celso de Mello no julgamento do mandado de injunção nº 58-1 DF, pelo Supremo Tribunal Federal:

O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é, enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica, suscetível de regulamentação ou de complementação.

Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios, sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei; b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que se opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador, que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório.¹³

Por último, e de não menos importância, há de salientar que o particular também se encontra limitado pela cláusula isonômica, ao passo que não deve pautar-se de forma discriminatória, preconceituosa, ou racista, sob pena de responsabilização civil e penal.

2. Incorporação da Igualdade Constitucional no âmbito jurídico nacional

O Direito Constitucional impregnou de tal forma o Direito Privado que atualmente não é mais possível conceber este ramo sem que estejam presentes os princípios normativos e interpretativos de índole constitucional. Por mais perfeito que possa ser elaborado um ato jurídico ou negócio jurídico, caso faltarem alguns dos princípios como o da boa-fé, da função social, etc., estar-se-á, eivado de vícios, gerando-lhe sua anulabilidade ou mesmo a nulidade. Afastou-se a legalidade, como único requisito necessário para validar os atos jurídicos, passando-se a adotar, também, requisitos subjetivos, ou seja, aqueles elementos que nas atuações dos sujeitos levam em conta a ponderação de valores. De tal modo, os deveres anexos da boa-fé, e a própria boa-fé em si, são exemplos desta nova visão civilista.

A ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição. Não é um espaço livre de Direitos Fundamentais. Todavia, o direito privado perderá a sua irredutível autonomia quando as regulações civilísticas – legais ou

¹³ STF – Pleno – MI nº 58-1/DF – Rel. Min. Celso de Mello.

contratuais – vêm o seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia directa dos Direitos Fundamentais na ordem jurídica privada. (CANOTILHO apud ARANTES, 2006, p.138).

Foi o que ocorreu no Direito Privado, em especial com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, que ratificou a escolha da Constituição de em pôr, como valor-fonte, a dignidade da pessoa humana, a qual está presente nos mais variados princípios como o da boa-fé, função social, supremacia da ordem pública, entre outros. Assim o Direito Civil, hodiernamente deve ser entendido como um braço do direito constitucional capaz de efetivar os Direitos Fundamentais, e em especial, o princípio da igualdade.

O desafio que se coloca aos civilistas é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica e, por meio dela, seu patrimônio. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do Direito à realidade e aos fundamentos constitucionais. (LÔBO apud ARANTES, 2006, p.131).

Com esta virada paradigmática, ocorre uma inversão significativa de valores, na qual valores como a propriedade e de proprietário perdem espaço para valores como a função social e o interesse público. Isso se dá pela limitação à autonomia da vontade. O Estado Liberal sempre fez questão de lutar por uma liberdade absoluta justificada em uma igualdade formal. Contudo, para a parte hipossuficiente, de nada adianta dispor de liberdade contratual ilimitada se sua vontade não é levada em consideração, mas sim, apenas a vontade do hipersuficiente. Destarte, a parte espoliada na relação sempre fica prejudicado, pois não possui condições materiais (condições econômicas) para expressar sua real vontade e assim fazer valer seu direito de contratar com quem e o que quiser.

Desta forma, somente com um documento com força normativa, que seja capaz de introduzir a igualdade material ou substancial entre as partes, se estará concretizando aqueles Direitos Fundamentais de primeira geração. Este documento, no Brasil, acaba por vir tardiamente. Entretanto, veio, e mostra-se na Constituição Federal de 1988.

É fácil perceber, no cotidiano jurídico, a influência da Carta nas lides, v.g., no direito de família, não é mais fato passível de discussão a igualdade dos cônjuges na direção do lar e a igualdade dos filhos; o mesmo ocorre com o direito das coisas que não pode ser aplicado “sem levar em consideração o princípio constitucional da função social da propriedade (independentemente de estar consagrado no Código Civil)” [...] Independente da maneira que a Constituição for interpretada e aplicada, a legislação civil assume uma nova roupagem, “por influxo constitucional, uma nova configuração, diferente da que, sem ele, teria”. (RIBEIRO apud ARANTES, 2006, p. 134-135).

Após a vigência do Código Civil de 1916, conhecido como o Código dos cinco homens (do proprietário; do marido; do pai de família; do comerciante; e do herdeiro) entra em vigor em 2002 o novo Código Civil, tido como concretizador de princípios, em especial o da Igualdade. Desta forma, o proprietário passa a ter de respeitar a função social; o marido a exercer, em igualdade de condições, a chefia do lar com a esposa; o pai de família co-habita, agora, com a mãe de família; o comerciante deve respeitar a boa-fé, a função social do contrato, a primazia da ordem pública, etc.; e o herdeiro, não é apenas filho do casamento – desaparece, aqui, a diferenciação *legítimo x ilegítimo*. Portanto, a CF – 88 através de suas capitulações legais (ex.: Art. 5º *caput*, I, XXIII) trouxe uma série de mudanças, que com sua civilização no novo Código passaram a fazer parte da vida privada, e a nortear a visão nas suas relações e na solução das lides (função interpretativa).

Outro ponto importante que não deve ser visto de maneira errada, é que a Constituição não trouxe apenas uma nova visão ao direito civil, ou apenas constitucionalizou o Código Civil, e agora serve apenas de inspiração aos juristas. A Constituição é dinâmica e atuante, não apenas um mito que fica lá no alto da pirâmide de Kelsen¹⁴. A Carta Magna não é norma fria apenas, mas traz consigo regras hermenêuticas ou cânones hermenêuticos que dá sentido e validade as interpretações normativas. Para que isso ocorra, entretanto, deve-se aproximar ao máximo o público do privado, e vice-versa, afastando-se do pensamento do liberalismo. Nesse sentido, Lôbo ensina que,

¹⁴ Cf. *Teoria pura do Direito*, de Hans Kelsen.

o pensamento do Estado Liberal era de separação e que, atualmente, a Carta Magna de 1988 concretizou a “unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil”. (LÔBO apud ARANTES, 2006, p. 136).

Contudo não se deve temer que o Direito Civil desapareça ou perda sua função, muito pelo contrário. Com tais anexações constitucionais o Direito Civil se renova e entra no ideal do Estado Social, ganhando suporte para encarar as novas relações sociais que cada vez mais surgem em uma sociedade complexa como bem nos ensina Arantes¹⁵: a característica primordial do quadro apontado decorre da valorização do ser humano, que altera a essência do direito atual. O direito civil não perde o seu “reinado”, mas caminha em prol da evolução da sociedade e do ser humano. Ocorre uma evolução no pensamento civilista, afastando-se um pouco do dragão do mercado e se aproximando da dignidade do homem, da preservação da espécie humana através de um tratamento igual, com igualdade material, não apenas formal escrita em declarações.

Portanto, o Princípio da Igualdade tem importância jamais vista, tanto no Direito Constitucional quanto no Direito Privado ou, especialmente, no Direito Civil. Neste último ganha força no momento em que rompe com os padrões tradicionais de um país extremamente elitista e patrimonialista. Objetiva um tratamento igual, desigualando na lei para igualar nas situações fáticas. Exemplo notório disto é o contrato de adesão, no qual a interpretação, em caso de dúvida, é favorável ao aderente (o hipossuficiente) – Art. 423 do Código Civil. Assim, ao invés de perder sua força normativa, o Direito Civil fortaleceu-a com sua aproximação da justiça social e equitativa.

¹⁵ ARANTES, Priscilla Lacerda Junqueira de. **O princípio da igualdade substancial na teoria contratual contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 144.

3. Discriminações positivas (*Affirmatives Actions*)

Sem dúvida, a isonomia substancial, hoje, é indispensável à manutenção da harmonia entre classes e a amenizar o que Marx chamava de *eterna luta de classes*. Uma das suas subdivisões mais importantes são as ações afirmativas ou discriminações positivas, que contrariamente as outras medidas, não são de impedimento à desigualdade – que tinham como base que todos são iguais; já nascem iguais (Rousseau) –, mas sim, ações visadas à recuperação da igualdade. Parte, todavia, de uma ideia totalmente oposta às outras: “a sociedade é desigual, todos nascem desiguais, e a tendência é das desigualdades aumentarem”. Desta forma, as ações afirmativas são um choque de realidade, contudo, necessárias para reverter esse quadro lamentável.

Com efeito, a mutação produzida no conteúdo daquele princípio, a partir da adoção da *ação afirmativa*, determinou a implantação de planos e programas governamentais e particulares pelos quais as denominadas minorias sociais passavam a ter necessariamente, percentuais de oportunidades, de empregos, de cargos, de espaços sociais, políticos, econômicos, enfim, nas entidades públicas e privadas. (SILVA, 2003, p.63, grifo do autor).

Estas ações são típicas do Estado Social, pois chamam este a agir. Confiam ao Estado a obrigação de socorrer àqueles excluídos. Assim, o Estado concretiza a dimensão fundamental do princípio isonômico, e faz valer a regra prevista no art. 5º da CF. Alguns juristas, todavia, tem este artigo apenas como portador da Igualdade Formal, ou seja, que prevê unicamente a igualdade perante a lei. Contudo, apesar de nele estar escrito que todos são iguais *perante* a lei, implicitamente pode-se distinguir nele, também, a igualdade *na* lei – como já dito anteriormente no vestibular deste artigo –, dando assim, suporte normativo às medidas de isonomia material.

Aliás, a previsão de que todos são iguais perante a lei, que reza o Art. 5º *caput*, não é absoluta, a conseqüentemente não proíbe o tratamento desigual. Como nos bem coloca Mello¹⁶: assim, imagina-se que as pessoas não podem ser

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 15.

legalmente desiguiparadas em razão da raça, ou do sexo, ou da convicção religiosa (Art. 5º caput da Carta Constitucional) ou em razão da cor dos olhos, da compleição corporal, etc. Entretanto, encontrar-se-á em outras normas constitucionais exceções a esta regra, mostrando que é permitido as pessoas serem legalmente desiguiparadas por razões subjetivas. Preceitos como o Art. 7º, XX CF, que traz como dever do Estado proteger o mercado de trabalho da mulher, ou ainda, o Art. 37, VIII CF, que garante uma reserva de vagas em concursos para pessoas portadoras de deficiências.

Contudo, apesar da Carta Magna prever apenas dois casos de ações afirmativas, acima expostas, tal importante subdivisão do princípio da isonomia não se restringe apenas a estes dois casos, podendo englobar varias outras minorias excluídas. Para que isso ocorra, então, e sejam protegidas pelo Estado, precisa-se, como dito anteriormente:

[...] que as discriminações (sejam) recebidas como *compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quanto existe um vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, *desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição* [...]. (MELLO, 2006, p.17, grifo do autor).

Desta forma, as discriminações positivas devem respeitar certos critérios para não quebrar a isonomia constitucional. Primeiro, tem-se que analisar aquilo que será usado como critério discriminatório; segundo, verificar se esta justificativa racional tem correlação lógica com a desigualdade produzida com o tratamento diverso; e terceiro, se esta justificativa racional ou a correlação lógica está de acordo com o sistema normativo constitucional.

No Brasil, uma destas ações afirmativas promovidas está gerando uma grande discussão: o sistema de cotas em universidades para negros, pardos e afins. O fato é complicado e polêmico, pois esta discriminação positiva gera do outro lado da balança outra discriminação, daqueles que perdem suas vagas, ditas de direito, por causa das cotas. Contudo, é de se analisar a essência destas ações positivas e da realidade nacional. Conforme pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica e

Aplicada (IPEA) e da Secretaria Especial de Promoção da Igualdade Racial, expostos por Arantes:

Os dados da pesquisa demonstram que, infelizmente, há no Brasil, ainda, enorme discriminação e, em consequência disso, são verificadas desigualdades em vários setores. No que concerne à renda, v.g., a população branca, habitualmente, recebe o “dobro da dos negros; a taxa de analfabetismo é duas vezes maior na população negra e, enquanto cerca de 22% dos brancos são pobres, entre a população negra este contingente chega a 47%. (ARANTES, 2006, p.146).

É notória e grave a situação de exclusão dos negros em nosso país e, nada melhor que ações afirmativas – que buscam, justamente, uma inclusão daqueles que nunca tiveram oportunidades, em uma sociedade despreocupada com a bagatela, que vive do resto –, para promover uma real condição de igualdade e dignidade da pessoa humana. Tende-se ter consciente, então, que ambos princípios devem caminhar juntos desde a estruturação do sistema normativo, até sua concretização na sociedade.

Portanto, após vários anos de barbárie e atraso que nosso país passou, surgem esperanças de mudança e a busca de um Brasil mais justo e *igual*. As ações afirmativas são um meio para isto. E para que cumpram com sua finalidade, e não se transformem em arbitrariedades, Daniel Sarmento traz alguns limites a sua aplicação. Inicialmente, as minorias beneficiadas devem estar (I) *de acordo em ingressar nestas ações*; (II) devem ser *temporárias* (para não inverter a situação); e devem (III) ser *proporcionais*, ou seja, a desigualdade provocada deve ser *menor* que aquela combatida.

Neste ponto a Constituição Federal de 1988 trouxe várias inovações, tutelando direitos dessas minorias e reconhecendo sua importância para ordem jurídica nacional – guiada pelo pluralismo político (Art. 1º, V, CF). Assim, a nova ordem constitucional estabeleceu vários outros sujeitos de direito, fortalecendo a isonomia – tão almejada em uma nação repleta de desigualdades – e, enriquecendo o pluralismo cultural de nossa Federação. O importante é notar, não apenas o valor normativo da Constituição, mas sua capacidade derivativa de impor suas prerrogativas a leis especiais ou complementares. Desta forma, apresentar-se-á alguns exemplos de leis que nasceram para efetivar os preceitos

constitucionalizados, em especial àqueles relacionados às minorias. Nesta senda, para ficar bem claro, o rol de situações abordadas não é exaustiva, apenas exemplificativa.

Em 2006, entra em vigor a Lei 11.340, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do Art. 226 da CF, e também da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher¹⁷, estes que entram no Ordenamento brasileiro como normas constitucionais, conforme Art. 5º §§ 2º e 3º. Já no ano de 2003 é promulgada a Lei 10.741, também conhecida como Estatuto do Idoso, que deu mais direito e gerou mais qualidade de vida às pessoas idosas, partindo do Art. 230 da CF.

No ano de 1990, várias leis importantes foram promulgadas. De início, salienta-se a Lei 8.069, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que modificou totalmente a forma de se conceber os ditos, anteriormente, menores, que agora são concebidos como sujeitos de direito, dignos de proteção integral (Art. 227 a 229, CF). Também importante, a Lei 8.080, que instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS), gerando grande avanço ao Estado Social brasileiro, dando acesso universal a sua utilização (Arts. 198 § 1º, e 200 da CF), concretizando a norma programática do Art. 196 CF. Neste mesmo ano foi criado, também, o Código de Defesa do Consumidor, através da Lei 8.078, regulando as relações de consumo, e dando um tratamento igual às relação paritárias, mas tratando desigualmente as relações desniveladas (hiposuficiente e hipersuficiente) atribuindo, por exemplo, o ônus da prova, em caso de reclamação ou defeitos, ao vendedor e não ao adquirente (consumidor) –Art. 5º, XXXII da CF.

Em 1989, foi criada a Lei 7.853, que trata do apoio às portadoras de deficiência (Arts. 37, VIII; 203, V; 227 §2º, todos da CF). Os povos indígenas também tiveram sua organização social, tradição, costumes e línguas reconhecidas pela nossa Carta Constitucional, e seus direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, cabendo à União desmarcá-las, protegendo e fazer respeitar, igualmente, todos os seus bens. Houve também uma efetiva força para acabar com as discriminações (Art. 3º, IV) e promover no Brasil um respeito ao

¹⁷ Ver, em especial, os artigos 1º, 2º e 3º.

multiculturalismo e multiétnicidade, adotando o Estado, um poder coercitivo que se demonstra nas leis: 7.716/89; 8.081/90; 9.459/97; e no Dec. 5.397/2005, entre outras ainda.

Após todas essas referências da inovação do ordenamento jurídico brasileiro, em busca da concretização do princípio isonômico, não poder-se-ia deixar de fora a criação da Defensoria Pública (Art. 134 da CF e Lei Complementar nº 80 de 12 de Janeiro de 1994). É um marco maior da universalização e igualdade de todos perante a justiça, trazendo aos mais necessitados o braço do Estado, através do Direito.

Conclusão

Vislumbrou-se até o presente momento, de forma breve, que o *Princípio da igualdade* tem como escopo promover a equidade de todos, perante a lei (formal) ou substancialmente, com as ações afirmativas. Destarte, para maior desenvolvimento deste princípio e, conseqüentemente, da sociedade, nada melhor do que inserir os excluídos nesta, por meio do reconhecimento dos direitos das minorias perante o todo populacional. Contudo, as minorias aqui abordadas não são rigorosamente as mesmas minorias populacionais, e sim, aquelas excluídas do ordenamento, cujos direitos não são garantidos pela ordem jurídica, ou tem déficit na sua efetivação.

Reconhece-se que muito já decorreu nesta ambiciosa tarefa da “Constituição Cidadã”, e muito há ainda pela frente. Muitos problemas de desigualdade a resolver, muita dificuldade a ser enfrentada. Todavia, tem-se um bom começo, após vários anos de repressão militar. Cabe salientar apenas, por último, que ressurgindo a Democracia, ressurgem também os Direitos Fundamentais, e estes, se pautados na realidade – e na necessidade – social, garantirão a verdadeira **igualdade**, com *distinções*, é claro, porém tendo todas um *teor de inclusão social*.

Referências

ARANTES, Priscilla Lacerda Junqueira de. **O princípio da igualdade substancial na teoria contratual contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LEMOES, Bruno Espiñeira. Um sintético balanço dos 20 anos da Constituição de 1988. **Estado de Direito**, Porto Alegre, ago./set. 2008.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Método, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade. **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996.

SARMENTO, Daniel. **Livre e iguais: estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SILVA, Fernanda Duarte L. L. da. **Princípio constitucional da igualdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TOMINI, Roberto; TOMINI, Maria Alice. **Pequeno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Fênix, 2002.