

# O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO<sup>†</sup>

Gleidson de Oliveira Grisoste Barbosa

Sumário: Introdução. Capítulo I – O Princípio Normativo da Igualdade e sua Justiciabilidade Constitucional. 1.1. A igualdade em dignidade da pessoa humana e o princípio normativo correlato. 1.2. A ideia (o sentido) e o conteúdo da igualdade. 1.3. Da igualdade formal à igualdade material, uma evolução conceitual da dimensão jurídica. 1.4. A função judicial e a igualdade fática: limites ou tropeços? 1.5. A construção da concepção do princípio da igualdade numa justiça constitucional adequada. Capítulo II – O Supremo Tribunal Federal e o Princípio da Igualdade. 2.1. Antes de 1988: a reverência legislativa. 2.2. Após 1988: a superação da inércia e a postura errática e incontrolada. Conclusão. Referências Bibliográficas. Sítios Eletrônicos Jurídicos.

Eu desconfiava:

Todas as histórias em quadrinhos são iguais. (...)

Todas as guerras do mundo são iguais.

Todas as fomes são iguais.

Todos os amores, iguais iguais iguais.

Iguais todos os rompimentos.

A morte é igualíssima.

Todas as criações da natureza são iguais.

Todas as ações cruéis, piedosas ou indiferentes, são iguais.

Contudo, o homem não é igual a nenhum outro homem, bicho ou coisa.

Ninguém é igual a ninguém.

Todo ser humano é um estranho ímpar.

(ANDRADE, Carlos Drummond de, *A paixão medida*, 4ª ed,

---

<sup>†</sup> Relatório de Mestrado da Disciplina de justiça constitucional no âmbito do Curso de Direito Constitucional da Faculdade de Direito, da Universidade de Lisboa, no Ano Letivo 2012/2013, sob regência do Professor Doutor Luís Pereira Coutinho.

1983, p. 59 - 21046/1990, STF, p. 90).

## INTRODUÇÃO



As linhas que se seguem constituem um relatório final, produto de uma investigação realizada na disciplina de Justiça Constitucional, sob a regência do Professor Doutor Luís Pereira Coutinho, no Curso de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em convênio com a Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco, no Brasil, ano letivo de 2012/2013.

A percepção da fragilidade na abordagem de alguns temas pelo Tribunal constitucional brasileiro trouxe à tona uma discussão já bastante difundida no cenário jurídico, se bem que muitas vezes tratada de maneira equivocada: o ativismo judicial.

Claro que a dificuldade de se estabelecer limites precisos aos respectivos horizontes de atuação dos Poderes contribui em muito para fomentar esse quadro de insegurança, quando a melhor técnica não é aplicada.

Promover a construção jurídica de um princípio, então, passa a ser uma tarefa criteriosa, que exige uma fórmula própria, previsível e coerente, a conferir legitimidade à atuação judicial.

Não precisa nem dizer a importância da igualdade na história dos povos. Porém, a proposta do presente estudo não é discutir a sua historicidade. Também não é intenção, nem de longe, tratar de institutos complexos como a tripartição dos Poderes ou mesmo o ativismo judicial.

A pesquisa, mais específica, se prende sim basicamente à procura incansável de um critério sólido para a justiciabilidade do princípio da igualdade, com vistas a aferir de modo crítico sua aplicação em nossa Corte Constitucional.

Assim, o objetivo das linhas que se seguem não é estu-

dar a base teórico-doutrinária do princípio da igualdade, não obstante algumas breves incursões sejam indispensáveis, mas sim proporcionar uma maior controlabilidade e uniformidade no tratamento jurisprudencial dispensado ao princípio no Brasil, pois é a jurisprudência que, em grande medida, lhe confere pleno conteúdo, o necessário complemento da sua leitura nas atuais condicionantes históricas, criando, se permitido o comparativo, «*law in action* em contraposição a *law in the books*»<sup>1</sup>.

E ainda que a busca de um conceito filosófico da igualdade não seja o objetivo direto da presente abordagem, algumas constatações iniludíveis, como aquela que demonstra ser a exigência de justiça o verdadeiro primado a atribuir carga valorativa ao aspecto relacional do princípio, são recorrentes no texto que se segue, e servem como instrumentos e premissas para a busca e o alcance do indigitado critério de justiciabilidade junto ao nosso Tribunal Constitucional.

Aliás, o problema da justiciabilidade do princípio normativo da igualdade está justamente aqui. Qual o critério material de justiça intersubjetivamente válido como valor social? A regra de justiça Aristotélica nos conduz a uma resposta adequada ao que é valorativamente igual e o que é desigual? Não há dúvida que ela pressupõe um tal critério. Mas isso é suficiente?

Por certo que não há uma pretensão de inovar na tratativa do assunto, ou mesmo apontar um caminho particular único e incontestado, mas sim de reforçar a defesa de uma visão já bem antiga da justiça constitucional sobre o princípio da igualdade, a qual fixa suas raízes na proscrição de distinções ou equiparações de modo arbitrário.

O cerne de tal defesa pode ser visto no item 1.5. da presente pesquisa. Já a *law in action* na Corte brasileira, com duras críticas, pode ser encontrada no capítulo 2, no qual se pro-

---

<sup>1</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Almedina, 2006, p. 40.

curou fazer um breve comparativo jurisprudencial entre o antes e o depois da Constituição cidadã (de 1988), se bem que centrado no “depois”. Divisa-se, assim, que em muitas situações o atual Tribunal Constitucional brasileiro não deixou de lado o tratamento frágil e descompromissado que outrora trilhou no passado. A visão míope do princípio da igualdade, infelizmente, não é raridade na atualidade.

Esteja o leitor à vontade para discordar.

## CAPÍTULO I – O PRINCÍPIO NORMATIVO DA IGUALDADE E SUA JUSTICIABILIDADE CONSTITUCIONAL

### 1.1. A IGUALDADE EM DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O PRINCÍPIO NORMATIVO CORRELATO

Um Estado Democrático de Direito<sup>2</sup> não abre mão da onipresença de parâmetros partilhados que venham a presidir um sistema jurídico próprio de um constitucionalismo atual. Neste aspecto, a Dignidade da Pessoa Humana e o seu entrelaçamento à ideia de direitos fundamentais proporcionam um sentido explicativo harmônico a uma sociedade democrática, ainda que por vezes não seja possível parametrizar<sup>3</sup> todos os sentidos que daí emanam, e ainda que não se abdique de uma visão contramajoritária<sup>4</sup>, própria de uma democracia parceria,

---

<sup>2</sup> «Não há direitos fundamentais em Estado totalitário ou, pelo menos, em totalitarismo integral». MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, 5ª ed., Coimbra editora, 2012, p. 10.

<sup>3</sup> Não obstante existam conflitos de parâmetros, e ainda que não sejam estes sempre partilhados, a verdade é que sempre existirá a relevância da dignidade da pessoa humana enquanto identidade de uma constituição material e enquanto fonte hermenêutico-normativa de uma dada comunidade.

<sup>4</sup> Os direitos fundamentais se consagram numa relação de interdependência e reciprocidade com a democracia e, ao mesmo tempo, numa atuação contramajoritária, historicamente limitativa de poder, segundo a ideia de serem fundamentais justamente por estarem subtraídos da plena disponibilidade dos poderes democraticamente constituídos, autênticos ‘trunfos contra a maioria’. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 11ª Ed,

onde todos cidadãos se encaram como parceiros num projeto comum que releva a sua igual dignidade, tanto no campo da liberdade positiva e negativa, quanto no campo da igualdade, a conferir sentido próprio à Justiça Constitucional.

Na mesma proporção da simplicidade das palavras que qualifica uma digna condição da pessoa humana, está a complexidade valorativa que representa<sup>5</sup>, seja no âmbito de uma relevância indicadora de uma determinada ordem constitucional, definindo sua identidade enquanto constituição material, seja numa perspectiva hermenêutico-normativa, onde tanto a estrutura estatal quanto a produção normativa e seu respectivo desenvolvimento judicial ganham sentido.

Assim que, a ideia de República baseada na dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo em que consagra constitucionalmente a orientação das margens de abertura e atualização de um catálogo de direitos ditos fundamentais, de que o Estado não dispõe, mas que respeita, garante e promove, conformando unidade de sentido explicativo aos mesmos, também ajuda a perceber, pela própria enumeração diversificada e pluridimensional ou multifuncional<sup>6</sup> dos direitos fundamentais, o sentido

---

2012, p. 36 e 61. Aqui se concretiza o que Alexy chamou de “paradoxo da democracia”. Para o autor direitos fundamentais «são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples» cf. ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., Malheiros, 2011, p. 446-7. Já a ideia segundo a qual ter um direito fundamental equivale a ter um trunfo num jogo de cartas é originária de Dworking, e foi devidamente desenvolvida por Reis Novais, in NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra editora, 2006, p. 17 e ss.

<sup>5</sup> Aqui procura-se se afastar de algumas heterogeneidades de conceito típicas de uma abordagem internacional. Cf. BOTELHO, Catarina Santos, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais, avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*, Almedina, 2010, p. 92-6.

<sup>6</sup> Sobre a plurifuncionalidade dos direitos fundamentais cf. CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 1402 e ss, segundo o qual «aos direitos fundamentais não poderá hoje assinalar-se uma única *dimensão* (subjéctiva) e apenas uma *função* (protecção da esfera livre e individual do cidadão). Atribui-se aos direitos fundamentais uma multifunci-

constitucional da própria dignidade da pessoa humana neles explicitada<sup>7</sup>.

De outro lado, afastando-se qualquer ideia de perspectivação do Estado como fim em si<sup>8</sup>, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio-valor<sup>9</sup> jurídico supremo conformador da conduta estatal, muito mais que valor moral legitimador de um Estado de Direito, se materializa em um modulador de um dever-ser (âmbito deontológico) que obriga todos os poderes estatais a atuar e fazer respeitar seus parâmetros.

Ressalta-se, nas palavras do professor Coutinho, o ecoar da ideia nuclear de que a dignidade humana, «precisada como “igualdade fundamental de todos na humanidade comum”, constitui o cerne material aglutinador da normatividade de direitos fundamentais»<sup>10</sup>.

---

onalidade, para acentuar todas e cada uma das funções que as teorias dos direitos fundamentais captavam unilateralmente». Canotilho cita outros autores que discorrem sobre o tema, tais como Luhmann e Wilke. Cf, também, NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas Pela Constituição*, Coimbra editora, 2003, p. 66 e 72.

<sup>7</sup> NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 1ª Ed, Coimbra: Coimbra editora, 2011, p. 52-3. Importante registrar, no entanto, que não existe historicamente uma relação necessária entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, cuja ligação jurídico-positiva só começa com os grandes textos internacionais e as Constituições subsequentes à segunda guerra mundial. Cf. MIRANDA, Jorge, *Manual de...*, *op. cit.*, p. 215-6.

<sup>8</sup> Já que à pessoa enquanto indivíduo singular é que cabe definitivamente ocupar esse papel, numa ótica da inspiração Kantiana, de pessoa e não de objeto. Quanto a “fórmula do objeto”, influência doutrinária de Dürig e acolhida pelo Tribunal Constitucional alemão, cf. NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios ...*, *op. cit.*, p. 57.

<sup>9</sup> Robert Alexy qualifica os princípios como normas de mandamentos de otimização, distinguíveis das normas do tudo ou nada (regras). Para ele, estabelecer uma diferença entre valor e princípio depende da compreensão da divisão dos conceitos práticos, pelo que o primeiro (valor) integra o nível axiológico (conceito de bom, e não do dever-ser), enquanto o segundo (princípio), por ser mandamento, pertence ao âmbito deontológico (do dever-ser), embora traga a noção de íntima relação entre ambos, já que podem ser colididos e sopesados (dimensão do peso), diferente das regras, cujos conflitos se resolvem introduzindo uma cláusula de exceção ou declarando inválida uma delas (dimensão de validade). ALEXY, Robert, *Teoria dos ...*, *op. cit.*, p. 86-94 e 144-7.

<sup>10</sup> COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A autoridade moral da Constituição, da funda-*

Uma leitura hodierna da igualdade não prescinde dessa tarefa moduladora perscrutada pela dignidade da pessoa humana, e nem um direito a igualdade da construção de um conceito material de direitos fundamentais<sup>11</sup>. A história demonstra isso.

Tradicionalmente<sup>12</sup> há uma visão tripartite das dimensões dos direitos fundamentais, já suficientemente explorada pela doutrina, mas que releva o modo de interpretação dos respectivos direitos e a forma como são protegidos pelo Estado, designadamente, e o que aqui mais importa, a exegese, a visão e a proteção a ser conferida ao direito fundamental de igualdade, atrelado ao princípio correlato. De uma primeira dimensão calçada num modelo de liberdades predominantemente negativas, com contornos puramente individualistas<sup>13</sup>, firmada numa igualdade meramente formal, os «direitos de resistência ou oposição perante o Estado»<sup>14</sup> passaram a ser lidos numa perspectiva vocacionada para perceber os direitos do homem considerado na sua relação com os demais. Essa projeção de obrigações estatais de cunho positivos, com caractere intervencionista, revela também um postulado corretivo de desigualdades,

---

*mentação da validade do direito constitucional*, Coimbra, 2009, p. 583.

<sup>11</sup> Conceito este gradativamente elaborado nos diferentes movimentos constitucionais estabelecidos, sempre relacionados com os valores dominantes e relevantes de cada período, bem como, dentre outras, com as circunstâncias sociais, políticas e econômicas do momento. SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 80.

<sup>12</sup> Diz-se tradicionalmente porque a tendência de reconhecimento de uma quarta e de uma quinta dimensão dos direitos fundamentais ainda carece de consagração nas ordens constitucionais, não obstante haja influentes autores defendendo sua autonomia. Cf. BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 524 e ss, referindo a quarta geração como o resultado da globalização dos direitos fundamentais, composta pelos direitos à informação, à democracia e ao pluralismo. A quinta geração seria o direito à paz.

<sup>13</sup> “Para o liberalismo oitocentista, por outro lado, verdadeiros direitos fundamentais são apenas os direitos do homem enquanto direitos do homem isolado e abstractamente considerado” - NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios ...*, op. cit., p. 23.

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo, *Curso de...*, op. cit., p. 517. Não se olvida aqui da visão separatista entre o Estado e o indivíduo arraigada a essa visão liberal.

já que a busca da igualdade no sentido material<sup>15</sup> transmuda-se num propósito da segunda dimensão dos direitos fundamentais, cuja ampliação de proteção para uma titularidade coletiva apenas vem a somar esforços para a resolução das novas realidades surgidas.

Com isso não se pretende firmar um sentido unívoco à igualdade, sabido que na ordem constitucional brasileira ela se apresenta tanto como princípio estruturante do próprio Estado quanto condição de norma impositiva de deveres de proteção<sup>16</sup>, mas também chamar a atenção para o fato de que como peça chave do catálogo constitucional dos direitos fundamentais ela imbrica e se reassume numa perspectiva evolutiva que se assenta, ao cabo, na dignidade da pessoa humana.

Assim que, para além do princípio da “igualdade em dignidade”, lido como compromisso parametrizador fundador de respeito recíproco de seres de uma mesma categoria por meio da normatividade jurídica, destaca-se o princípio da “igualdade como princípio normativo”, ou seja, como concretização daquele compromisso parametrizador, como concretização da “igualdade em dignidade”, que se traduz justamente na proibição do arbítrio, na proibição de distinções ou indistinções entre os homens de modo arbitrário<sup>17</sup>.

## 1.2. A IDEIA (O SENTIDO) E O CONTEÚDO DA IGUALDADE

Se conceituar a igualdade é uma tarefa difícil, fixar-lhe então uma ideia unívoca é impraticável. Não se pretende aqui

---

<sup>15</sup> Segundo Bonavides, os direitos de segunda dimensão nasceram abraçados ao princípio da igualdade, em seu sentido material - BONAVIDES, Paulo, *Curso de...*, *op. cit.*, p. 518.

<sup>16</sup> O artigo 3º da CRFB/1988 estabelece, no âmbito dos objetivos fundamentais da República, reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>17</sup> COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A autoridade moral...*, *op. cit.*, p. 583.



entrar nas diversas teorias político-filosóficas para justificar um ideal de igualdade. Poder-se-ia conjecturar sobre teorias meritocráticas de igualdade distributiva, baseadas numa igualdade de oportunidades<sup>18</sup>, ou mesmo referir à igualdade de bem-estar ou, ainda, à igualdade de recursos, tão bem exploradas por Dworkin<sup>19</sup>. Também teria lugar no debate concepções de igualdade firmadas na relação entre homem e Deus, como o limiar da igualdade de Locke, *the power of abstraction*, que segundo Waldron somente ganha sentido se se considerar a moral e o pragmatismo teológico que circunda o intelecto humano<sup>20</sup>. Mas, num âmbito tão restrito como este, a proposta realmente é outra.

Dizer que a igualdade pressupõe uma pluralidade de pessoas, coisas ou situações, e de um juízo comparativo entre elas, numa relação tripolar<sup>21</sup>, é realmente insuficiente, já que a ideia de que «igualdade não é identidade»<sup>22</sup> e que um objeto não pode ser simultaneamente igual a si próprio já é bastante visitada.

E mesmo uma concepção da igualdade como simples e isolada relação intersubjetiva – ou entre duas coisas e situações – parece amesquinhar seu valor. Imperativo pensá-la como

---

<sup>18</sup> Que situa todos os membros de uma determinada sociedade em condições de participação na competição da vida, partindo de posições iguais, onde o princípio da igualdade pode ser lido como um princípio de justiça social. Sobre uma tal igualdade, cf. BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, tradução de Pedro Aragón Rincón, 1993, p. 76-9, e CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito Constitucional...*, op. cit., p. 430.

<sup>19</sup> Numa frase simplista, a igualdade de bem-estar, a despeito das variadas concepções que alberga, trata as pessoas como iguais quando distribui ou transfere recursos entre elas até que nenhuma transferência adicional possa deixá-las mais iguais em bem-estar, enquanto para a igualdade de recursos seria até que nenhuma transferência adicional pudesse deixá-las mais iguais nas suas parcelas do total de recursos. Dworkin, Ronald, *A Virtude Soberana, a teoria e a prática da igualdade*, 2ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 3 e ss. Cf. também p. 12 e ss.

<sup>20</sup> WALDRON, Jeremy, *God, Locke, and equality: Christian foundations in Locke's political thought*, New York: Cambridge, 2002, p.66-82.

<sup>21</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito Constitucional...*, op. cit., p. 428.

<sup>22</sup> MIRANDA, Jorge, *Manual de...*, op. cit., p. 280.

uma relação valorativa inserida numa série mais ampla e complexa de relações constituintes, e por que não numa ideia fundamental de instituição<sup>23</sup>, inspirada nas correntes sociológicas mais modernas, que afirmam a realidade do grupo social como uma realidade distinta daquela dos indivíduos que a compõem<sup>24</sup>.

A igualdade é um ideal político popular, mas misterioso<sup>25</sup>, e propício à traição<sup>26</sup>. No sentido literal, os atrativos da igualdade não são explicados.

Numa visão radical, dizer que duas coisas são iguais entre si não traz qualquer carga valorativa social ou política, e nem de justiça.

A dificuldade de se estabelecer um significado preciso da igualdade encontra sustentáculo, sobretudo, em sua indeterminação, seja para se fixar os objetos comparativos, seja para se fixar em que aspecto tais objetos se igualam, o que, numa certa medida, remete o seu caráter relacional a um conceito axiologicamente neutro, vazio de conteúdo, pelo menos assim pensado. Nas palavras de Bobbio, não há significado no termo se não se está em condições de responder a duas pergun-

---

<sup>23</sup> Sobre a Teoria da Instituição, cf. BOBBIO, Norberto, *Teoria geral do direito*, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 28-36.

<sup>24</sup> Com isso não se exclui o aspecto da intersubjetividade da igualdade, mas o enriquece com os valores, opiniões e significados constitutivos da organização social. Essa ideia, com as devidas adaptações contextuais, é explorada por Bobbio e Walzer, o primeiro ao levantar a espada na defesa da teoria normativa, afirmando a integração mútua com as teorias da instituição e da relação, e o segundo ao concluir existir uma certa disposição mental que fundamenta a teoria da justiça e que deve ser fortalecida com a experiência da igualdade complexa, numa ideia de respeito razoável pelas opiniões mais profundas da humanidade acerca dos significados sociais, e não simplesmente das opiniões sobre este ou aquele indivíduo. Cf. BOBBIO, Norberto, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 28-36; e WALZER, Michael, *Esferas da justiça, uma defesa do pluralismo e da igualdade*, tradução Jussara Simões, 1ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 439-440.

<sup>25</sup> DWORKIN, Ronald, *A Virtude...*, *op. cit.*, p. 3.

<sup>26</sup> As pessoas com ela comprometidas a traem, ou parecem fazê-lo, ao distribuírem poderes, cargos e influencias entre si. WALZER, Michael, *Esferas da...*, *op. cit.*, p. XIII e ss. do prefácio.

tas: «Igualdade entre quem? Igualdade no que?»<sup>27</sup>.

Bobbio preconiza que a igualdade consiste somente numa relação, e o que dá a esta relação um valor é a exigência dela ser justa, pelo que a igualdade somente será uma relação desejável na medida em que estiver jungida a um quadro de justiça<sup>28</sup>.

Uma afinidade inquebrantável entre igualdade e justiça se sustenta, dentre outras razões, pelo fato de que a justiça, como a igualdade, de uma forma ou de outra, traz conteúdo relacional, é sempre algo que o indivíduo vivencia, à partida, de forma intersubjetiva, na sua relação com outros indivíduos e na forma como ele próprio e os demais são tratados<sup>29</sup>.

E se à igualdade deve estar associada uma intenção de justiça ou de racionalidade<sup>30</sup>, pensar em igualdade é, então, pensar em justiça<sup>31</sup>, o que reconduz ao pensamento de Aristóteles, ao sugerir que os iguais devem ser tratados de modo igual, enquanto os desiguais devem ser tratados de modo desigual, não se excluindo dessa relação pretensamente justa nem o papel desempenhado pelas normas jurídicas e as diferentes concepções por elas albergadas num contexto evolutivo<sup>32</sup> e nem o primado da liberdade<sup>33</sup>.

---

<sup>27</sup> BOBBIO, Norberto, *Igualdad y...*, *op. cit.*, p. 54.

<sup>28</sup> Tanto que Bobbio afirma que «enquanto a justiça é um ideal, a igualdade é um fato». BOBBIO, Norberto, *Igualdad y...*, *op. cit.*, p. 58-9.

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, e outros, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 523

<sup>30</sup> MIRANDA, Jorge, *Manual de...*, *op. cit.*, p. 280.

<sup>31</sup> Colocar o problema da justiça é colocar o problema da correspondência entre o que é real e o que é ideal – tarefa deontológica. Cf. BOBBIO, Norberto, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 38.

<sup>32</sup> De igualdade ‘perante a lei’ à igualdade ‘na lei’.

<sup>33</sup> A liberdade, se radicalizada, pode obliterar a igualdade entre os indivíduos, diante da tensão inelutável entre elas. Daí a necessidade de caminharem lado a lado, uma implicando a outra, mesmo que a liberdade seja um valor para o homem enquanto indivíduo e a igualdade um valor para o homem enquanto ente genérico inserido numa totalidade que se relaciona de algum modo entre si, até porque ambas têm em comum o fato de pressuporem homens livres. BOBBIO, Norberto, *Igualdad y...*, *op. cit.*, p. 55-6.

### 1.3. DA IGUALDADE FORMAL À IGUALDADE MATERIAL, UMA EVOLUÇÃO CONCEITUAL DA DIMENSÃO JURÍDICA

Mas a máxima Aristotélica é apenas uma regra, e não um critério material de justiça, posto que não diz qual o tratamento melhor, mas apenas a aplicação igual de um determinado tratamento, qualquer que seja ele, independentemente de seu conteúdo, e como tal não se mostra suficiente para solucionar o problema da justiça como valor social<sup>34</sup>, ainda que se revista por si de um tal valor (social) ao tornar a injustiça compartilhada menos irritante (mas não menos injusta), e ao garantir a ordem antiga até a substituição pela nova<sup>35</sup>.

Neste quadro, sendo a lei o instrumento mais idôneo para a aplicação de tal regra de justiça (formal), pode-se então resumi-la no respeito à legalidade<sup>36</sup>, numa pura e simples aplicação rigorosa e imparcial da lei, típica do estado constitucional de matriz liberal.

Mas mais que definir o modo, a forma de aplicação do princípio da justiça, deve-se perquirir acerca de seu conteúdo, que é algo bem mais complexo. Claro que uma igualdade perante a lei ou na aplicação da lei, apesar de relevante e necessária<sup>37</sup>, não é suficiente para resolver os problemas de justiça, uma vez que permanece sem resposta, insista-se, quem são os

---

<sup>34</sup> Em todo ordenamento jurídico as normas envelhecem e se tornam injustas, e não é uma aplicação igual e injusta de tais normas que atenderá um critério de justiça, mas sim sua não aplicação.

<sup>35</sup> BOBBIO, Norberto, *Igualdad y...*, *op. cit.*, p. 66.

<sup>36</sup> Bobbio vê na generalidade da lei um requisito da norma justa, de como deveria ser para corresponder ao ideal de justiça, ao fim da igualdade. BOBBIO, Norberto, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 175-6.

<sup>37</sup> «A igualdade perante a lei continua a ser um mínimo que se impõe à observância de qualquer Estado de Direito enquanto exigência decorrente da igual dignidade de todos». NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios...*, *op. cit.*, p. 103. Também ressaltando a importância e a correção do princípio da igualdade formal, cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 427.

iguais e quem são os desiguais.

Assim, para tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente pressupõe que já se tenha resolvido quando e em que aspecto duas coisas devem ser consideradas equiparáveis. Somente depois desses critérios firmados é que intervém a regra de justiça para se estabelecer que se tratem do mesmo modo aqueles que se encontram na mesma situação, e de modo diverso os que se encontram em situações diferentes. Isso, ao cabo, deve ser controlado por uma justiça constitucional metodicamente responsável.

Assim, se numa igualdade perante a lei, nas palavras de Kelsen, «nada mais se exprime senão o sentido imanente às normas jurídicas», ou seja, «apenas se estatui que as normas devem ser aplicadas de conformidade com as normas»<sup>38</sup>, numa latente prevalência da lei em face da jurisdição e da administração<sup>39</sup>, a atribuição de um sentido material à igualdade soma a essa concepção formal a exigência de que o próprio conteúdo da lei seja igualitário, exigindo-se uma igualdade também ‘na lei’, «uma igualdade da lei já em si»<sup>40</sup>.

E mesmo uma igualdade tal passa por uma compreensão material no quadro de evolução do princípio no constitucionalismo moderno, que tem a ver com o modo pelo qual se relaciona com os valores da dignidade da pessoa humana e da liberdade. As exigências de igualdade no Estado Social proje-

---

<sup>38</sup> KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, tradução João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 99. Kelsen não vê significado peculiar algum no termo, pois a igualdade perante a lei se resumiria em proclamar a obrigação óbvia de que a lei deve ser cumprida tal como é. No mesmo sentido, cf. NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios...*, *op. cit.*, p. 102, segundo o qual no Estado Liberal o princípio da igualdade significava igualdade na aplicação da lei, de modo a se identificar com a expressão mais simples do princípio da legalidade. Cf. também ALEXY, Robert, *Teoria dos...*, *op. cit.*, p. 394.

<sup>39</sup> O que é próprio da ideia de redução do princípio da igualdade a um sentido formal. Cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 427.

<sup>40</sup> NEVES, A. Castanheira, *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra editora, 1983, p. 120.

tam-se para um dever de compensação das desigualdades econômicas, sociais e culturais (igualdade de fato), pelo que se impõe ao legislador, por força desse dever, introduzir fatores dinâmicos de equalização que à primeira vista possam até se traduzir em tratamentos privilegiados – e não apenas diferenciados<sup>41</sup>.

Assim que a igualdade jurídica a partir da lei e na própria lei passa a ser lida num quadro de uma igualdade tal social de um Estado social de nosso tempo, que postula uma concreta e real igualdade de chances ou oportunidades<sup>42</sup>, referida já não só num estatuto estritamente jurídico, mas também num «estatuto social das possibilidades efectivas de uma autêntica e livre auto-realização e para a qual aquela igualdade de direito há-de decerto concorrer como condição necessária, embora só por si não suficiente»<sup>43</sup>.

Portanto, a igualdade jurídica socialmente enriquecida já referida, que se impõe perante a lei e à própria lei, implica no reconhecimento da vinculação jurídica dessa vinculação social imposta ao legislador, o que conduz a exigência de um «contrôle também jurídico desse seu legislativo cumprimento»<sup>44</sup>, o que é próprio de uma função judicial, que acaba desse modo a dar a última garantia quanto à realização do sentido jurídico do princípio da igualdade em um Estado Social, sentido este que não se pode bastar com uma formal igualdade ante

---

<sup>41</sup> Nada mais que uma exigência de pretensa igualação de determinadas categorias suspeitas, cujas discriminações sofridas e enraizadas ao longo da história solaparam qualquer esperança de obtenção de resultados iguais apenas com a garantia de uma igualdade de oportunidades, o que, num certo aspecto, não deixa de ser uma satisfação da igualdade jurídico-material 'na lei'. Sarlet registra a dimensão subjetiva do direito de igualdade, numa perspectiva positiva (prestacional), que impõe uma igualdade de oportunidades, com recondução às ações afirmativas. SARLET, Ingo Wolfgang, e outros, *Curso de...*, *op. cit.*, p. 531-2

<sup>42</sup> Um princípio de justiça social. Cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 430.

<sup>43</sup> NEVES, A. Castanheira, *O instituto dos...*, *op. cit.*, p. 132.

<sup>44</sup> NEVES, A. Castanheira, *O instituto dos...*, *op. cit.*, p. 140.

a lei, no mero cumprimento de uma qualquer legalidade<sup>45</sup>, e nem numa igualdade na lei que desconsidere aquela vinculação jurídico-social.

#### 1.4. A FUNÇÃO JUDICIAL E A IGUALDADE FÁTICA: LIMITES OU TROPEÇOS?

Mas se a igualdade jurídica, mais relacionada a atos, também se propõe a realizar uma igualdade fática, relacionada às consequências desses atos, a pergunta que se faz é, até que ponto o Judiciário pode realizar um tal controle, sabido que a igualdade fática não leva em consideração apenas o ato comparativo do tratamento em si, mas também seus múltiplos efeitos e, portanto, aspergida num quadro mais complexo e inseguro de igualdade.

Para Alexy, a convivência de tais igualdades no princípio maior da igualdade produz uma colisão fundamental, já que uma coisa pode ser igual ou desigual a outra, conforme o parâmetro utilizado de igualdade, se fática ou jurídica.

Nesta senda, o “paradoxo da igualdade”, então, deve ser resolvido não renunciando a uma ou a outra espécie de igualdade, mas sim por meio de um modelo cuja chave está na teoria dos princípios, onde o princípio da igualdade fática, como razão *prima facie*, deve ser sopesado com os princípios da igualdade jurídica, da liberdade de conformação do legislador legitimado democraticamente para a configuração social e, finalmente, com os princípios ligados à liberdade negativa<sup>46</sup>.

Na verdade, não se pode negar que a igualdade fática exerce papel fundamental para a satisfação do princípio da igualdade, vinculando o legislador, embora perca muito em carga argumentativa para ser exigida judicialmente, diante da base insegura em que se sustentam os seus critérios variados.

---

<sup>45</sup> NEVES, A. Castanheira, *O instituto dos...*, *op. cit.*, p. 141.

<sup>46</sup> ALEXY, Robert, *Teoria dos...*, *op. cit.*, p. 417 e ss.

Um amplo controle judicial no campo da igualdade fática obrigaria o tribunal a extrapolar suas competências, adentrando em questões não justiciáveis e fazendo política social, cuja intervenção desmedida seria tão mais grave quanto mais atingisse a discricionariedade financeira do legislador.

E pensar num tribunal que imponha sua própria teoria de uma distribuição justa em contrariedade à decisão do legislador é pensar num tribunal ativista, incontrolável.

Segundo a assimetria entre a igualdade fática e a igualdade jurídica identificada por Alexy, há sempre uma carga argumentativa a favor da igualdade jurídica<sup>47</sup>, a qual parece que dificilmente será suplantada, num quadro de justiciabilidade, por um juízo de igualdade fática substitutivo ao legislador.

Com isso não se pretende afastar completamente a função judicial na satisfação da igualdade fática, já que por motivos a ela ligados, poderá o judiciário exercer um controle jurídico, sem desprezar a liberdade de conformação do legislador. Um controle que considere que a igualdade fática é afeta originariamente ao legislador na configuração da ordem social, e que por isso uma discriminação para fomentá-la (igualdade fática) somente é obrigatória e, portanto, controlável judicialmente, «se houver razões suficientes para tanto»<sup>48</sup>, mas não razões quaisquer, são necessárias razões fortes que permitam o enquadramento na senda da igualdade jurídica, nos critérios previsíveis de uma justiça constitucional não errática.

Portanto, ao cabo de tudo, o que é efetivamente justiciável é a igualdade jurídica, cujas raízes, apesar de se alimentarem da seiva da igualdade fática, não podem ir além dos critérios jurídicos nela estampados.

Assim, a tarefa de efetivar essa intenção normativa material, que transcende a legalidade ordinária, se impõe primari-

---

<sup>47</sup> Enquanto a favor da igualdade fática não. Cf. ALEXY, Robert, *Teoria dos...*, *op. cit.*, p. 426.

<sup>48</sup> ALEXY, Robert, *Teoria dos...*, *op. cit.*, p. 426.



amente ao legislador<sup>49</sup>, mas também incumbe à administração e à jurisdição, esta última restrita a um quadro jurídico da igualdade, mas cada qual no seu papel constitucionalmente relevante, o que, ao final, é tópico de uma jurisdição constitucional responsável do princípio da igualdade, que se procurará, neste âmbito restrito, trabalhar.

### 1.5. A CONSTRUÇÃO DA CONCEPÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NUMA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL ADEQUADA

A igualdade claramente não requer que todos sejam iguais<sup>50</sup>. Kelsen já dizia que «seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções»<sup>51</sup>.

A igualdade absoluta é irrealizável e, mesmo em termos jurídicos, utópica<sup>52</sup>. Algumas diferenças podem ser relativizadas, mas sua eliminação se depara com limites naturais e,

---

<sup>49</sup> Entender que o legislador estaria imune ao princípio da igualdade na criação da lei seria incompatível até mesmo com a ideia que planta os direitos fundamentais de expressarem uma certa desconfiança em relação ao legislador. Cf. ALEXY, Robert, *Teoria dos...*, *op. cit.*, p. 395.

<sup>50</sup> DWORKIN, Ronald, *A Virtude...*, *op. cit.*, p. 23. O igualitarismo político não pretende eliminar todas as diferenças, mas um conjunto diferente delas em cada época e lugar. Também não idealiza que todos sejam iguais ou tenham a mesma quantidade de coisas iguais, porém tem por objetivo extirpar a superioridade, os meios de dominação. Como o domínio é mediado por algum tipo de bem social, uma sociedade igual seria uma sociedade na qual nenhum bem social sirva, ou possa servir, de meio de dominação. WALZER, Michael, *Esferas da...*, *op. cit.*, Prefácio, p. 15-7.

<sup>51</sup> KELSEN, Hans, *Teoria Pura...*, *op. cit.*, p. 99.

<sup>52</sup> Mesmo a igualdade de bem-estar tratada por Dworkin, que equipara as pessoas no que todas valorizam fundamentalmente nas suas próprias circunstâncias pessoais (igualdade de êxito pessoal), encontra dificuldades intransponíveis para uma distribuição equânime, seja no campo do êxito relativo (uma comparação das preferências de duas pessoas segundo o grau de realização das medidas que definem para si), seja do êxito total (que considera num juízo total o valor intrínseco ou a importância da vida em que se tem êxito relativo). Cf. DWORKIN, Ronald, *A Virtude...*, *op. cit.*, p. 26-45.

mesmo que fosse possível, a igualização de todos, em todos aspectos, seria indesejável<sup>53</sup>.

Mas se dois indivíduos ou duas situações nunca são iguais em todos os aspectos, tanto a igualdade quanto a desigualdade entre eles será sempre uma igualdade ou uma desigualdade em relação a determinadas características e, portanto, tais juízos de igualdade concernem a relações triádicas, já que  $A$  é igual/desigual a  $B$  em relação à característica  $c$  ou  $d$ . É o que Alexy denomina de juízos sobre uma igualdade fática parcial<sup>54</sup>, que nada diz num quadro de igualdade substancial.

Porém não é uma qualquer igualdade/desigualdade fática parcial que deve ser considerada num tal juízo, e sim uma igualdade/desigualdade fática parcial valorativa, e que se relacione a tratamentos específicos. O principal problema da igualdade material se prende justamente neste ponto, ao critério de valoração que permite dizer o que é valorativamente igual e o que é desigual.

Já se disse que a fórmula Aristotélica não traz esse critério, mas sua aplicação pressupõe um. Os Tribunais Constitucionais têm recorrido ao conceito de arbitrariedade<sup>55</sup> para resolver esse problema de valoração. Essa é a chave que deve abrir a porta para a justiciabilidade do princípio da igualdade.

Não se pretende aqui fazer coro à *rule of the clear mistake* de Thayer<sup>56</sup>, já que a exigência de que a declaração de inconstitucionalidade pelo Judiciário se limite a um erro tão

---

<sup>53</sup> ALEXY, Robert, *Teoria dos...*, *op. cit.*, p. 397.

<sup>54</sup> ALEXY, Robert, *Teoria dos...*, *op. cit.*, p. 399.

<sup>55</sup> Por certo que arbítrio aqui tem um significado bem diverso e mais profundo daquele contido, por exemplo, numa ideia de ordem social na qual o direito serve para excluir todo elemento que se refira ao puro arbítrio ou à força material não ordenada. O valor aqui é mais científico do que ideológico, já que busca compreender e dar explicação à dada realidade, a justiciabilidade da igualdade.

<sup>56</sup> Sobre a visão de James Bradley Thayer, e sua vetusta e singular publicação (1893), cf. BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Second edition, USA: Yale University Press, 1986, p. 35 e ss.

claro que não possa ser aferido racionalmente, numa espécie de conceito intocado de racional construção plausível do legislador, ainda assim não traz uma postura equilibrada à *judicial review* do princípio.

O que se propõe vai também além de uma não interferência nas escolhas políticas democraticamente constituídas. Como último árbitro na definição do que é racional e do que é constitucional, espera-se do Judiciário uma postura focada e bem definida na justiciabilidade da igualdade.

Mesmo um “sistema móvel” (Wilburg) tem como característica fundante a substituibilidade mútua dos critérios de igualdade, sem qualquer hierarquia entre os elementos, e sem qualquer pretensão de trazer com isso necessariamente uma cláusula de abertura sistêmica<sup>57</sup>. A ideia foi devidamente explorada por Claus Canaris que, ao se referir ao pensamento sistemático, asperge a concepção de que nem sempre as contradições de valores sistêmicas implicam em ineficácia das normas, já que nem sempre são elas arbitrárias<sup>58</sup>. Apenas a desarmonia de valoração (quebra do sistema) que alcance um grau necessário para afirmar um efetivo arbítrio é que conduz a uma tal medida, pelo que, para o autor, na mesma senda do Tribunal Constitucional alemão, princípio da igualdade é proibição de arbítrio.

Certamente há quem se levante contra uma tal restrição ao princípio da igualdade, sob a alegação de que ele deixaria de ser o que o nome indica: um exame de igualdade.

Ocorre que não se trata de se sustentar uma identificação teórica conceitual entre princípio da igualdade e proibição

---

<sup>57</sup> «um sistema móvel pode, portanto ser aberto ou ser fechado e um sistema aberto pode ser móvel ou rígido». CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, tradução de A. Menezes Cordeiro, 3ª ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 127-130.

<sup>58</sup> Deve-se pensar que o legislador, para além de uma regulação materialmente justa e harmônica, possui outros objetivos e, portanto, nem toda contradição pode ser tida como arbitrária. Sobre a ideia, cf. CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento...*, *op. cit.*, p. 224-232.

do arbítrio, já que este não define exaustivamente o conteúdo daquele, mas sim de fixar um critério negativo de sindicabilidade do juiz constitucional neste domínio, sem que haja prejuízo ao amplo espaço de conformação que deve ser reconhecido ao legislador ordinário, já que, não se pode olvidar, o arbítrio é a «forma mais extrema da injustiça»<sup>59</sup>.

Não é, assim, tarefa do juiz constitucional examinar se o legislador decidiu pela regulamentação mais justa ou mais adequada. Admitir que o tribunal assim se posicione é privar o legislador de toda e qualquer liberdade de conformação que lhe é democraticamente afeta, já que a ele caberia simplesmente aceitar o que o tribunal entende por norma mais justa ou mais conveniente, quando se sabe que nesta seara nenhuma resposta é formulada numa jusante de cognição segura.

Afasta-se, com isso, juízos de proporcionalidade descabidos, ainda que mascarados por meio de construções como aquela que autoriza um exame de aptidão, necessidade e adequação com um fim legítimo, se a afetação do tratamento desigual for de elevada intensidade<sup>60</sup>. Mesmo os que defendem um critério tal de sindicabilidade judicial escalonado, reconhecem que o exame de necessidade não pode ser rigoroso, e que deve desempenhar um papel mais fraco do que nos direitos de liberdade<sup>61</sup>, o que, ao cabo de tudo, ainda que seja um critério, é um critério aprioristicamente incontrolável, especialmente, dentre outras razões, diante das dificuldades óbvias suscitadas para a qualificação da violação como ‘fraca’ ou ‘forte’.

Não é por outro motivo que a tendência do Tribunal Constitucional português em exaltar uma nova fórmula de igualdade *proporcional* ou *ponderada*, num juízo independente do arbítrio – ou seja, que vai além da exigência de um funda-

---

<sup>59</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 429.

<sup>60</sup> SCHLINK, Bernhard e PIEROTH, Bodo, *Direitos Fundamentais*, tradução Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco, série IDP, São Paulo: Saraiva, 2012, item 470 e ss.

<sup>61</sup> SCHLINK, Bernhard e PIEROTH, Bodo, *Direitos...*, *op. cit.*, item 475.

mento material bastante –, como nos recentes acórdãos 187/2013<sup>62</sup> e 353/2012 (ambos reconhecendo a inconstitucionalidade do corte de subsídios dos servidores públicos), já vem despertando a atenção de doutrina abalizada<sup>63</sup>.

Claro. Ao se operar uma cisão de tal envergadura no princípio da igualdade, não apenas se mitiga o teste do arbítrio, como também se banaliza o próprio princípio da proporcionalidade. Difícil é a tarefa da autonomização da proporcionalidade<sup>64</sup>, num segundo nível, sem se colocar em xeque a conclusão anteriormente atingida em sede de teste do arbítrio, já que uma aplicação séria e perspicaz das fases da proporcionalidade não só deve considerar a mesma finalidade inicialmente tida como não arbitrária (e que já fora reconhecida como dotada de fundamento materialmente válido no âmbito da dignidade da pessoa humana), como também somente terá aplicação após um teste também sério da proscrição do arbítrio. Nesta senda, aliás, aponta-se o equívoco estampado no mais recente acórdão sobre

---

<sup>62</sup> Cf. p. 65-76 (§ 33 e ss., especialmente § 36), e síntese na abordagem de Maria de Fátima Mata-Mouros, p. 134-7.

<sup>63</sup> COUTINHO, Luís Pereira, “Os direitos sociais e a crise: breve reflexão”, in *Revista Direito e Política*, n. 1. Outubro/Dezembro 2012, especialmente p. 81. Cf. também COUTINHO, Luís Pereira e BRITO, Miguel Nogueira de, “A ‘igualdade proporcional’, novo modelo no controlo do princípio da igualdade? Comentário ao acórdão do Tribunal Constitucional nº 187/2013”, in *Revista Direito e Política*. n. 4. Julho/Outubro 2013, p. 182 e ss.

<sup>64</sup> O problema da proibição do excesso como fator complementar de controle da igualdade se prende basicamente às suas duas últimas fases (necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), designadamente à derradeira, onde um juízo de ponderação da justa medida possui natureza tendencialmente subjetiva e, portanto, difícil de ser comprovada intersubjetivamente, o que aponta para uma margem de atuação positiva mais vigorosa e, ao mesmo tempo mais perigosa para o juiz constitucional. Quanto ao teste de aptidão, parece ser mesmo inócuo, já que impensável que um tratamento que passe pela proscrição do arbítrio venha a sucumbir por ser inidóneo, mormente considerando ser este um controle não axiológico e, portanto, independente dos méritos correspondentes (é apenas relação objetiva e empírica entre meio e fim, e não relação de “adequação”), não se olvidando, ainda, do caráter essencialmente *ex ante* de tal controle, próprio de um juízo de prognose. Cf. NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios...*, *op. cit.*, p. 167-170.

o tema no Tribunal Constitucional português<sup>65</sup>.

Chega-se, então, à autêntica tarefa de controle do juiz: verificar se os limites traçados pelo conceito de arbitrariedade foram respeitados, sindicando assim a violação dos limites externos da margem de manobra do legislador. Deve-se perquirir se a diferenciação ou igualação da lei se funda em algo suficientemente razoável, que decorra da natureza das coisas, se há uma razão objetivamente evidente para o tratamento especificado, o que, no fundo, e como bem identificado por Alexy, não deixa de ser fórmula orientada numa perspectiva firmada pela ideia de justiça<sup>66</sup>.

Por certo, afirmar que uma discriminação é arbitrária e, portanto, injustificada, também passa pela descoberta de que critérios objetivos conduzem a essa conclusão. Que razões são válidas ou inválidas para justificar ou não uma discriminação? Que tipo de fundamentos materiais são suficientes?

Isso é um problema de valoração. Mas não qualquer valoração. Proposições descritivas são singelamente resolvidas pelo critério do verdadeiro ou falso<sup>67</sup>. Aqui, face ao caráter predominantemente prescritivo, verdade e falsidade não são predicados sustentáveis. E dizer que a valoração deve se dar segundo o critério de justiça ou injustiça, apesar de correto, é marcadamente insuficiente para a satisfação da justiciabilidade.

Qual, então, o critério valorativo para a justificação material? Mera correspondência aos valores últimos? Mas que valores são esses?

A resposta não pode ser outra a não ser a que identifica

---

<sup>65</sup> Ressaltando tal assertiva, cf. COUTINHO, Luís Pereira e BRITO, Miguel Nogueira de, A "igualdade proporcional"..., in *Revista Direito e Política...*, op. cit., p. 187-9.

<sup>66</sup> ALEXY, Robert, *Teoria dos...*, op. cit., p. 408. Canotilho aponta a proibição do arbítrio para resolver a questão da igualdade justa, CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional...*, op. cit., p. 428.

<sup>67</sup> Critério de verificação empírica (correspondência aos fatos) ou de verificação racional (postulados autoevidentes), que pode ser demonstrado no campo da lógica. BOBBIO, Norberto, *Teoria...*, op. cit., p. 73-4.

nas pessoas diferenças relevantes e diferenças irrelevantes acerca de sua inserção nesta ou naquela categoria, as quais, porém, podem ser objetivas ou não objetivas (entre homens e mulheres há diferenças objetivas, o que não quer dizer que sejam relevantes). Bobbio<sup>68</sup> registra que a relevância ou irrelevância se estabelece pela eleição do valor e, portanto, está historicamente condicionada pelos parâmetros que presidem o sistema jurídico, em último grau, pelo princípio parametrizador da dignidade da pessoa humana<sup>69</sup>, que deve ser considerado na perspectiva das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. Sempre que tiver um critério circunstancial valorativamente válido no princípio da dignidade da pessoa humana, não haverá arbítrio.

Claro, se arbítrio é distinção destituída de fundamento material bastante, tem-se que esse fundamento só ganhará sentido face ao princípio da dignidade humana que, mesmo quando atingido pelo conflito de parâmetros, não tem sua relevância hermenêutica comprometida.

Portanto, apesar de as diferenças não serem necessariamente objetivas, os valores que a tornam relevantes o devem ser, de acordo com as circunstâncias em que se projetam, e aqui o órgão decisor deve ser cauteloso, sob pena de cair numa postura ativista.

Assim que, a igualdade valorativa a que se refere Alexy, apesar de sempre ser parcial, ou seja, em relação a determinadas características, tem que concernir a semelhanças ou diferenças não arbitrárias e valorativamente relevantes num contexto de globalidade fática e jurídica ou, se preferir: é contrário ao princípio da igualdade a desequiparação ou equiparação que não tenha fundamento material bastante no âmbito da dignidade humana, e que desconsidere o horizonte composto

---

<sup>68</sup> BOBBIO, Norberto, *Igualdad y...*, *op. cit.*, p. 74.

<sup>69</sup> COUTINHO, Luís Pereira, *Sobre a Justificação das Restrições aos Direitos Fundamentais*, In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, vol. I, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, p. 560 e ss.

pela globalidade das circunstâncias fático-jurídicas do comparativo estabelecido<sup>70</sup>.

Portanto, a cada horizonte de concretização da igualdade corresponderá (ou não) um critério valorativamente válido de distinção (o mérito, a necessidade, a classificação, a culpa, o sexo etc), o qual somente poderá ser encontrado corretamente (ou não) no âmbito estrito daquele, ou seja, dentro dos limites do horizonte de uma esfera especial de justiça<sup>71</sup>.

Chega-se, então, a uma conclusão inarredável: a proibição do arbítrio é o combustível que alimenta a justiça constitucional para dar conteúdo à igualdade Aristotélica, fornecendo resposta ao problema da valoração e, com a exigência de um fundamento material bastante, pode muito bem um tal juízo ser auxiliado (e não resolvido) pelos enunciados simétricos<sup>72</sup> destacados inicialmente por Alexy: “*Se não houver uma razão*

---

<sup>70</sup> Sempre que a complexidade circunstancial fático-jurídica subjacente não permitir uma representação cabal, incabível uma pretensa “redução de complexidade” ou restrição do horizonte de valoração ou comparação, ainda que sob as vestes de uma igualdade proporcional. Em tais situações, só restará mesmo aceitar a avaliação feita pelo legislador, «bastando-se com a representação da hipótese de à diferenciação corresponder um fundamento objetivo assente num critério valorativamente válido». COUTINHO, Luís Pereira e BRITO, Miguel Nogueira de, A “igualdade proporcional”..., in *Revista Direito e Política...*, op. cit., p. 190-1.

<sup>71</sup> A concepção originariamente formulada por Michael Walzer (*Esferas da justiça...*, op. cit.), foi devidamente explorada por COUTINHO, Luís Pereira e BRITO, Miguel Nogueira de, A “igualdade proporcional”..., in *Revista Direito e Política...*, op. cit., p. 189-191. O mesmo autor, na mesma obra (Walzer, p. 1-5), explicita a dificuldade de se estabelecer uma unidade fundamental, um critério único ou mesmo um conjunto único de critérios interligados no campo da justiça distributiva, diante da diversidade de sistemas e ideologias demonstradas pela história. E conclui: «os princípios da justiça são pluralistas na forma» (p. 5).

<sup>72</sup> Na verdade Alexy sugere mais à frente em sua obra, para evitar a situação extrema de supressão do segunda parte da fórmula Aristotélica, conforme proposta de Adalbert Podlech, uma assimetria dos enunciados, onde residiria o ônus argumentativo em favor do tratamento igual, ou seja, o princípio da igualdade exige *prima facie* um tratamento igual e somente permite um tratamento desigual se isso for justificado por razões contrapostas, pelo que o segundo enunciado deveria efetivamente ser “*se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório*”. cf. ALEXY, Robert, *Teoria dos...*, op. cit., p. 408 e ss.



*suficiente* (fundamento material bastante) *para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório*” e, “*se não houver uma razão suficiente* (fundamento material bastante) *para a permissibilidade de um tratamento igual, então, o tratamento desigual é obrigatório*”.

Claro que uma formulação austera como essa cunhada pelo filósofo alemão pode muito bem ser questionada num quadro de justiciabilidade adequada, justamente por sua rigidez consequencial apontar para uma lógica invasiva. O fato de não haver fundamento material bastante para o tratamento desigual não pode implicar na imposição do tratamento igual pela justiça constitucional, mas sim no reconhecimento de que um tal tratamento (igual) é legítimo, e que por isso não pode ser desconsiderado.

Sem a pretensão de esgotar o debate, tal fórmula, se se permite a redundância, bem poderia ser reformulada, para melhor satisfação do seu papel instrumental auxiliar, não numa trilha inflexível como a percorrida por Alexy, e sim num caminho que talhe com precisão o desrespeito de fronteiras limítrofes por parte do legislador, e que ao mesmo tempo preserve a leitura negativa a ser efetivada pelo juiz constitucional acerca da ausência de razão suficiente. Não se pode olvidar: o socorro da formulação aqui vem justamente para se saber para que se quer a razão suficiente, para que se quer um fundamento material bastante ou um critério valorativamente válido no âmbito da dignidade da pessoa humana.

Assim que, “*se não houver um fundamento material bastante para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual não pode ser excluído*” e, “*se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento igual, então, o tratamento desigual é que não pode ser excluído*”<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> Aquilo que não pode ser excluído não é o mesmo que aquilo que é obrigatório. Não obstante haja um imperativo apontando para a não-exclusão, imperativo este

Tais enunciados podem nortear uma metódica de controle mais criteriosa do princípio da igualdade, conforme esquema sugerido por Canotilho. Primeiro se delimita o universo de comparação, quais as situações de fato a serem comparadas. Após, verifica-se se existe nessas situações de fato uma igualdade ou desigualdade valorativa relevante. Se há igualdade, e as situações foram tratadas desigualmente, deve-se verificar se há fundamento material bastante nas circunstâncias concretas para assim proceder. Não havendo, está configurado o arbítrio e, portanto, há afronta ao princípio da igualdade (o tratamento igual não pode ser excluído). Aqui comporta o auxílio do primeiro enunciado de Alexy, com a correção sugerida.

De outro lado, se há desigualdade valorativa relevante nas situações de fato comparadas, e as situações foram tratadas igualmente, deve-se verificar se há fundamento material suficiente para assim proceder – tratar igual o que é desigual. Não havendo, há arbítrio (o tratamento desigual é que é legítimo). Aqui está explicitado o segundo enunciado destacado por Alexy<sup>74</sup>, com a alteração indicada.

Portanto, com a fórmula de proscricção do arbítrio, ao mesmo tempo em que se repelem valorações subjetivas não controláveis por parte do tribunal constitucional, também se concretiza substancialmente a igualdade Aristotélica num quadro reverenciador de uma postura não ativista e não errática.

## CAPÍTULO II – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

---

que já é suficiente para o afastamento do tratamento em desacordo, não significa que haverá uma imposição intransigente do outro tratamento pelo juiz constitucional, diante da concepção reconhecidamente negativa de tal juízo.

<sup>74</sup> Apesar de o autor não concordar com uma simetria dos enunciados, a verdade é que tal simetria decorre do dever de tratamento igual dos iguais e desigual dos desiguais, não havendo maiores consequências em se carregar também um ônus argumentativo em favor do tratamento desigual, o que, aliás, é decorrência da igualdade justa aferida no critério material da proibição do arbítrio.

## 2.1. ANTES DE 1988: A REVERÊNCIA LEGISLATIVA

Antes da Constituição cidadã, a leitura da linha argumentativa do Supremo Tribunal Federal brasileiro apontava para uma ausência de preocupação com o conteúdo do princípio da igualdade. Vários julgados<sup>75</sup> referendam desigualdades de tratamento sem exigir quaisquer razões que legitimassem tais diferenciações ou mesmo as admitindo, numa postura complacente com a atividade legislativa e administrativa.

Um exemplo dessa tendência é o RMS 2.683/57, no qual se discutia a constitucionalidade de lei estadual fixadora de menor tempo de serviço para o direito à aposentadoria em favor das mulheres, onde o relator originário do caso concluiu pela legitimidade da diferenciação diante da necessidade da mulher manter sua posição social de cuidadora do lar (juízo de desigualdade material), enquanto o relator para o acórdão concluiu que a igualdade perante a lei (formal) não admitia tal favor. Em excerto do julgado, registrou-se *ipsis litteris* que «se a mulher dispõe de um palmo de cara bonita, todos os postos se lhe abrem, com frequente preterição dos representantes do chamado sexo forte».

Mas o que chama a atenção é que tanto na dimensão material da igualdade (relator originário, vencido) quanto na dimensão formal (relator para o acórdão), mesmo que chegando a conclusões opostas, ambos mantêm intocada a subordinação feminina no convívio social: cuidadora do lar e sexo fraco.

A tendência de preservação do *status quo* discriminatório era uma constante nos julgados da época. Os RE 89.534/80 e 93.122/80 também são exemplos nítidos, ambos versando sobre discriminação por motivo de sexo, para restringir o acesso do sexo feminino ao cargo de Delegado de Polícia. Em tre-

---

<sup>75</sup> Muitos extraídos da ampla pesquisa realizada no acervo do STF por RIOS, Roger Raupp, “O princípio da igualdade na jurisprudência do STF”, in Sarmento, Daniel; Sarlet, Ingo Wolfgang (org.), *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 292 e ss.

cho do acórdão do último julgado se registrou: «tendo em vista as aptidões requeridas para o exercício do cargo de delegado de polícia, não nos parece exorbitante a lei estadual que o torna privativo para as pessoas de sexo masculino (...) *Sem incompatibilidade absoluta, o aludido cargo poderia ser exercido por pessoas do sexo feminino, entretanto, a lei estadual que o torna privativo de candidatos do sexo masculino não ofende o princípio da isonomia*, porque a discriminação pode ser justificada em face da natureza especial das funções e do interesse do serviço público».

Também se concluiu em outro julgado (RMS 8.783/61), sob a pretensa invocação de uma desigualdade material justificadora de tratamentos diferenciados, que o afastamento das mulheres do concurso de Auxiliar de Fiscal de Rendas é legítimo, por exigir capacidade física para o exercício do cargo.

Interessante, ainda, a análise dos precedentes que deram origem à Súmula 447 da Corte Constitucional, aprovada na sessão plenária de 01/10/1964, segundo a qual “*É válida a disposição testamentária em favor de filho adulterino do testador com sua concubina*”.

Destaca-se o RE 9069/47<sup>76</sup> que, ainda que tenha chegado à mesma conclusão, reconhecendo a capacidade passiva testamentária do filho ilegítimo, ao interpretar o artigo 126 da CF/1937<sup>77</sup>, que tratava da igualdade de direitos entre filhos naturais (reconhecíveis) e legítimos, afirmou não se poder equiparar os filhos ilegítimos com os naturais, deixando claro, ao cabo, o perfil de uma Corte Constitucional legitimadora de discriminações, não importando se invocada uma igualdade formal ou material.

Não precisa nem dizer que critérios inexistiam na apli-

---

<sup>76</sup> Cf. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116510>, acessado no dia 13/07/2013.

<sup>77</sup> “Art. 126. Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que, em relação a estes, incumbam aos pais”.

cação do princípio pelo tribunal constitucional, e a timidez do aspecto valorativo da igualdade, próprio de um momento histórico diverso da atualidade, conduzia a injustiças estampadas, contrariando, assim, a própria razão de existir do princípio, já que, pensar em igualdade é pensar em justiça, justiça esta que deve ser controlável, criteriosa e, acima de tudo, justa.

## 2.2. APÓS 1988: A SUPERAÇÃO DA INÉRCIA E A POSTURA ERRÁTICA E INCONTROLADA

O amadurecimento daquele passivismo da Suprema Corte Constitucional brasileira pode então ser atribuído à Constituição Federal de 1988, verdadeiro marco na evolução interpretativa do princípio da igualdade.

Inúmeros julgados evidenciam o aperfeiçoamento da justiciabilidade do princípio constitucional no Tribunal Constitucional: ADI 3070-1/2007; ADI 3305-1/2006; ADI 3128-7/2004, dentre outros.

Na ADI 3070-1/2007 declarou-se inconstitucional o § 4º do art. 111 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte que, na análise de licitações, para averiguação da proposta mais vantajosa, considerava os valores relativos aos impostos pagos à Fazenda Pública daquele Estado pelo licitante.

O Ministro Eros Grau, num voto sucinto de seis páginas, que fora acompanhado unanimemente pelos demais, afirmou que o fator de *discrīmen* (impostos pagos à Fazenda) não surge da natureza das coisas, e nem é concretamente compreensível, colocando o licitante em posição privilegiada sem fundamento material bastante e que, portanto, se estaria diante de uma discriminação arbitrária.

A mesma fundamentação fora utilizada pelo mesmo Ministro na ADI 3305-1/2006, desta feita para reconhecer a constitucionalidade da norma impugnada. Tratava-se de disposição eleitoral que proibia os candidatos a cargo do Poder Exe-

cutivo participar, nos três meses que antecedem o pleito, de inaugurações de obras públicas. A razoabilidade do fundamento material do tratamento não igualitário está no fato de que compete ao Poder Executivo as funções de administrar, de gerir a Administração Pública, o que implica em decidir sobre a realização de obras, função esta que não é exercida pelos membros de outro Poder.

Na ADI 3128-7/2004, onde se discutiu a constitucionalidade do artigo 4º da EC nº 41/2003, ficou decidido que os proventos de aposentadorias e pensões dos servidores públicos estariam sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, tenham se aposentado antes (norma transitória do artigo 4º) ou depois (art. 40, § 18º, CF) da EC-41/2003, mas que haveria inconstitucionalidade, diante da discriminação arbitrária, na norma da emenda que impunha base de cálculo diferente para os que se aposentaram antes, porquanto havia distinção entre eles próprios, uma vez que para os servidores da União a isenção era de até 60% do limite máximo do benefício do regime geral da previdência, enquanto para os servidores dos demais entes federativos era apenas 50%.

De efeito, os iguais devem ser tratados iguais. Não há fundamento material bastante para se sustentar uma diferença de tratamento entre servidores da União em face de servidores dos demais entes federativos, pelo simples fato de pertencerem a segmento diverso do serviço público. Impingir uma situação mais gravosa aos servidores estaduais, pelo simples fato de integrarem os quadros do Estado, sem qualquer razão objetiva evidente, é arbitrário, não apenas pelo fator discriminatório residir apenas na situação ou coisa, mas sim porque tomado gratuitamente (por si só), sem qualquer justificação material evidente<sup>78</sup>. Neste ponto, andou bem o Ministro Gilmar Mendes ao aplicar, sob tal fundamento, um controle metodicamente

---

<sup>78</sup> Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3ª ed., Malheiros, 2010, p. 15-9.

rigoroso do princípio da igualdade, reportando-se nomeadamente à proibição do arbítrio.

Muitas vezes, sem dizer que está procedendo a um juízo de arbítrio, ou mesmo se utilizando de qualquer outro critério explícito, a Corte Constitucional se vale camufladamente da análise de um fundamento material bastante para dadas discriminações, como se pode observar dos RE 215.988-3/2005, RE 586.088-4/2009, RMS 21046-0/90, todos reconhecendo a inconstitucionalidade de critério utilizado pela administração ao fixar em concursos limites máximos de idade diferentes para o candidato civil e para aqueles que já eram militares.

Ocorre que, apesar dos avanços, longe está o STF de alcançar uma ideal e segura abordagem do princípio, própria de uma justiça constitucional criteriosa e controlável.

Veja-se, por exemplo, a ADIN-MC 1.076/1994, onde o Partido dos Trabalhadores pediu a suspensão cautelar de dispositivo legal (art. 45, VI, Lei 8.713/93)<sup>79</sup> que vedava as entidades de classe ou sindical a contribuir com as campanhas eleitorais. O relator (Ministro Sepúlveda Pertence), após uma longa divagação acerca das diferenças entre entidades sindicais e associações civis de classe, concluiu que, pelo fato de a primeira receber contribuição sindical, e diante da unicidade que lhe é ínsita (há outorga de um poder de representação de interesses de um segmento classista que independe de filiação individual), teria sentido a vedação legislativa e, portanto, não haveria ferimento ao princípio da igualdade.

Chama a atenção, no entanto, a parte da decisão que concluiu que as entidades de classe despidas das vestes sindicais, por não projetarem a força para além do círculo de seus filiados, e diante das notas distintivas dos sindicatos, deveriam

---

<sup>79</sup> Art. 45. É vedado, a partido e candidato, receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive através de publicidade de qualquer espécie, procedente de: (...) IV - entidade de direito privado que receba, na condição de beneficiária, recursos provenientes de contribuição compulsória em virtude de disposição legal; (...) VI - entidade de classe ou sindical.

ser consideradas apenas pessoas jurídicas de direito privado, e por isso o financiamento eleitoral deveria ser facultado, motivo pelo qual votou pela suspensão da proibição de financiamento contida na lei<sup>80</sup>. Os Ministros que o acompanharam ratificaram superficialmente suas razões.

Como se vê, a decisão não passa de uma intervenção indevida e desrespeitosa aos limites internos da margem de manobra do legislador, uma vez que realiza um juízo de adequação segundo critérios de justiça próprios, sem qualquer rigor de critério.

Ora, delimitado o universo de comparação (entidades de classe e sindicais) quanto a um determinado tratamento específico (proibição de financiar campanha), ao se traçar um quadro global fático e jurídico das situações comparadas, conclui-se que, apesar da desigualdade fática parcial vislumbrada (numa há contribuições sindicais, a outra não etc), tal desigualdade não é valorativamente relevante diante do tratamento especificado. Existe uma razão objetiva e materialmente suficiente para o tratamento equiparado da lei, já que ambas, entidades sindicais e não sindicais, são entidades de classes representativas de interesses de categorias, cujo financiamento eleitoral não parece ser sempre recomendável ao vínculo social da classe, e nem há uma garantia de que nunca haverá dinheiro público travestido numa tal espécie de financiamento, de modo que não é arbitrária a igualação legislativa.

A decisão transbordou ao idealizar um critério valorativo aleatório, apartado dos limites do horizonte especial de concretização do princípio na circunstância fática evidenciada.

Mesmo aqueles que votaram pelo indeferimento total do pedido, ou seja, pela intocabilidade do ato legislativo, em nenhum momento procederam a um juízo criterioso de proscrição do arbítrio, ora justificaram-se por não vislumbrar prejuízos materiais para as entidades em foco com a proibição do

---

<sup>80</sup> Suspensão da vigência da expressão “de classe ou”.



financiamento de campanhas (Ministro Ilmar Galvão), ora por entender que tais entidades não podem optar por apoiar este ou aquele partido político, quando cada um de seus filiados pode ter opções diferentes (Ministro Sidnei Sanches). O resultado, na espécie, coincidentemente foi o mesmo, porém o caminho trilhado não adotou a melhor técnica.

Mesmo na pré-citada ADI 3128-7/2004 (contribuição de inativos), a relatora originária, Ministra Elen Gracie, sem se referir a qualquer fórmula, advertiu ter havido uma discriminação indevida entre contribuintes em situações idênticas e que, por isso, toda a disposição deveria ser declarada inconstitucional (*caput* e §).

Da sua formulação extraem-se fórmulas vazias, destituídas de qualquer rigor tecnicista, como “discriminação indevida”, referindo-se ao princípio da igualdade de forma tão superficial que sequer se identifica a lucidez de seu raciocínio.

Essa superficialidade na abordagem do princípio é recorrente em nossa Corte Constitucional, que muitas vezes somente um exame detido do julgado permite identificar a razão pouco sólida da invocação do princípio, como se vê do julgamento da ADI 2620/2007, na qual se afastou preceito legal que permitia reinserção nos quadros da polícia militar daquele que se desligara voluntariamente por meio de licenciamento sem nova submissão a concurso público, bem como na ADI 3.343-0/2005, onde se pode praticamente resumir a fundamentação do relator numa frase: “viola o princípio da isonomia norma que estabelece como título o mero exercício de função pública”. Nada mais de substancial fora dito.

Em outra ocasião (ADI 3660-2/2008), também de modo perfunctório, decidiu-se pela ocorrência de flagrante violação à isonomia (e nisso se limitou o julgado) em face de tratamento privilegiado dispensado a algumas entidades particulares em detrimento de outras, designadamente pelo fato de o Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul destinar valores re-

colhidos a título de custas e emolumentos a entidades de classes, tais como associação de magistrados, do ministério público e outras, todas pessoas jurídicas de direito privado.

Na ADI 3.580/2006 suspendeu-se a vigência de dispositivo de lei estadual de Minas Gerais, o qual considerava como título válido em concurso de Cartório o tempo prestado em serviço notarial ou de registro (como titular, interino, substituto ou escrevente), bem como a apresentação de temas em congressos relacionados com os serviços notariais e registrais. O acórdão vislumbrou a inconstitucionalidade no privilégio a um determinado grupo de candidatos (aqueles que já exerciam a atividade cartorária ou participaram de congressos relacionados à atividade) em detrimento dos demais (que nunca o fizeram). Para sustentar seu ponto de vista, o relator (Ministro Gilmar Mendes) citou precedentes da Corte que reconheceu a violação à isonomia em normas que estabeleceram como título o mero exercício de função ou cargo público. Essa, e somente essa, foi a fundamentação utilizada no julgado.

Os precedentes utilizados, por óbvio, não guardavam qualquer correlação com o caso analisado, uma vez que concerniam ao mero exercício qualquer de função pública, e não da função/atividade específica a que se busca aprovação no concurso.

Salta aos olhos a escusa do Tribunal em proceder a uma efetiva avaliação das distintas condições fáticas e jurídicas globalmente consideradas daqueles que tiveram contato, ainda que relacional, com a atividade, por um lado, e daqueles que nunca o tiveram, por outro. Não é de todo injustificada a ideia de valorizar, apenas para classificação (e não eliminação), a disposição daquele candidato que se empenhou em participar ativamente em seminários relacionados com a atividade que busca alcançar, em detrimento daqueles que nunca tiveram tal interesse. No que se refere a valoração da “apresentação de temas em congressos relacionados com os serviços cartorários”, ex-

trai-se que sequer é atividade afeta exclusivamente a quem já exercia as atividades, e quanto ao “tempo de serviço como carterário” observa-se não se restringir ao titular, se estendendo aos interinos, substitutos e até escreventes.

Visto por esse ângulo, poder-se-ia indagar acerca da presença de um fundamento material suficientemente razoável, que decorre da natureza das coisas, próprio de um oportuno juízo de arbítrio, e talvez chegar a uma conclusão diferente, dado que parece haver uma razão objetiva evidente para o discrimen estabelecido. Valorizar com alguns pontos a mais quem mais se preparou para o exercício da função almejada no certame de ingresso não é arbitrário, e não atenta contra o compromisso parametrizador da “igualdade em dignidade” destacado pelo professor Coutinho.

A despeito de não se utilizar de qualquer fórmula, fora esta a conclusão a que chegou o Ministro Eros Grau, por ocasião do julgamento de caso similar, no qual também se discutia a exigência de título no concurso público de Cartórios (ADI 3522-3/2005, p. 198).

Vale dizer que no indigitado acórdão (ADI 3522-3/2005), apesar do voto divergente do Ministro Eros Grau, o tribunal também chegou à mesma conclusão de inconstitucionalidade da previsão dos títulos. Destaca-se, neste julgado, o voto da Ministra Ellen Gracie, que pela incontrolabilidade manifesta, e pelas expressões vagas (“*adequada proporcionalidade*” e “*absoluta desproporcionalidade*”), justificou a inconstitucionalidade com base num juízo de proporcionalidade, que lembra muito longe, num parentesco bem distante, a “igualdade proporcional” outrora adotada pelo Tribunal Constitucional português<sup>81</sup> e defendida por Schlink<sup>82</sup> e Novais<sup>83</sup>, mas com

---

<sup>81</sup> Cf. acórdãos 187/2013 e 353/2012.

<sup>82</sup> SCHLINK, Bernhard e PIEROTH, Bodo, *Direitos...*, *op. cit.*, item 470 e ss.

<sup>83</sup> Chamando a atenção para a atribuição desse sentido ao princípio da igualdade pela mais recente jurisprudência europeia e norte-americana, cf. NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios...*, *op. cit.*, p. 115.

uma agravante substancial: além de o julgado não aplicar qualquer metódica para o teste de proporcionalidade (aptidão, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito)<sup>84</sup>, sendo portanto impossível aferir se a “necessidade” realmente desempenhou um papel mais fraco do que nos direitos de liberdade, como sustentado pela doutrina mais ciosa<sup>85</sup>, constata-se ainda a inexistência de qualquer preocupação com a sedimentada distinção dos critérios de sindicabilidade judicial de acordo com a intensidade com que um tratamento desigual afeta os atingidos. Ou seja, mesmo quem defende que o controle judicial do princípio da igualdade possa se valer de um teste de proporcionalidade, somente assim o fazem naqueles casos em que o tratamento desigual é de *elevada intensidade*<sup>86</sup>; naqueles de *baixa intensidade*, o imperativo de igualdade continua sendo proibição do arbítrio. O voto ignorou tudo isso.

A mesma situação se verificou no RE 221.966-5/99, onde o Ministro relator (Marco Aurélio), concluiu vulnerar o princípio da igualdade validar-se em um concurso, como título, a prestação dos serviços de advocacia a pessoa jurídica de direito público e não fazê-lo no tocante à iniciativa privada. Não se estranha o resultado, mas sim, mais uma vez, o critério incontrolável da proporcionalidade. São suas as seguintes palavras para justificar a afronta ao princípio: “*O fator de discriminação não é socialmente aceitável, não se mostra proporcional e razoável considerados os objetivos da Carta da República*”

---

<sup>84</sup> Importante registrar a posição segundo a qual a proporcionalidade deve ser aferida num quadro cumulativo de necessidade e adequação, não sendo a proporcionalidade em sentido estrito um juízo autônomo de controle. COUTINHO, Luís Pereira, *Sobre a Justificação...*, *op. cit.*, p. 570 e ss.

<sup>85</sup> SCHLINK, Bernhard e PIEROTH, Bodo, *Direitos...*, *op. cit.*, item 475.

<sup>86</sup> Segundo o qual a intensidade aumenta tanto mais o critério do tratamento desigual se reporte a pessoas ou grupos de pessoas, e tanto menos quando se reporte a situações; tanto mais se assemelhe a um dos critérios proibidos ou categorias suspeitas arroladas pela Constituição (raça, sexo, cor, idade etc); tanto mais o tratamento desigual dificulte ou afete o exercício das liberdades protegidas jurídico-fundamentalmente. Cf. SCHLINK, Bernhard e PIEROTH, Bodo, *Direitos...*, *op. cit.*, item 470 e ss. NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios...*, *op. cit.*, p. 115.

(p. 519-520). Novamente, o raciocínio jurídico do julgador se restringiu a essas singelas palavras que, tal qual aquelas proferidas pela Ministra Ellen Gracie na ADI 3522-3/2005, são erráticas e ativistas.

Interessante, ainda, o julgamento da constitucionalidade de disposição da Lei Complementar do Estado de Mato Grosso do Sul (RE 140.889/00), que previa altura mínima de 1,60m para ingresso no cargo de delegado de polícia, no qual se entendeu razoável a exigência, dada a natureza do cargo a ser exercido. O voto vencedor registrou inexistir afronta ao princípio da igualdade diante da equiparação técnica entre o agente de polícia e o delegado, já que ambos exercem tarefas que os expõem aos mesmos riscos. Também asseverou, *ipsis litteris*: “...quantas vezes vemos no noticiário de imprensa delegados que são assassinados ou atacados por marginais... (p. 780)”, e que, por tal evidência, necessário seria mesmo um certo porte físico diferenciado para o exercício da função.

Desnecessário qualquer esforço para perceber o teor de subjetivismo que as considerações do voto condutor carrega. Sindicar se os limites traçados pelo conceito de arbitrariedade foram respeitados é perquirir se há uma razão objetiva, evidente, considerando o *discrímen* especificado. Dizer que diante da natureza do cargo a exigência de porte físico é razoável é uma opção, de acordo com os valores parametrizados. Mas afirmar que o *discrímen* se fundamenta diante das notícias de assassinatos de delegados por marginais não é uma trilha percorível, mas sim um recurso que mais se aproxima de um juízo independente e substitutivo da vontade do legislador<sup>87</sup>.

A melhor técnica de justiciabilidade fora efetivada pelo voto vencido proferido pelo Ministro Marco Aurélio, relator do caso, que ao perquirir sobre a razoabilidade da exigência, concluiu pela arbitrariedade. Segundo o Ministro, não há, no caso, razões objetivamente evidentes para se proceder a uma discrí-

---

<sup>87</sup> COUTINHO, Luís Pereira, *Os direitos sociais...*, *op. cit.*, p. 81.

minação fundada em caractere físico.

De efeito, saber se a desigualdade impingida aos concorrentes pela lei primou por um critério valorativamente válido de distinção passa por uma metódica criteriosa. Delimitado o universo de comparação (sujeitos abaixo de 1,60m e acima de 1,60m) quanto a determinado tratamento desequiparador (exigência de altura mínima de 1,60m para ser delegado), ao se avaliar as distintas considerações fáticas e jurídicas globalmente consideradas daqueles que estão abaixo de 1,60m e daqueles que estão acima desta medida, conclui-se que, apesar da desigualdade fática parcial vislumbrada, um tal critério não é valorativamente relevante diante do tratamento especificado.

Inexiste uma razão objetiva e materialmente suficiente para o tratamento desigual da lei, já que ambos, indivíduos acima de 1,60m e abaixo de 1,60m, podem executar muito bem as atividades afetas ao cargo de delegado de polícia, sem qualquer prejuízo das funções e, se o motivo fosse “porte intimidador”, o que se diria das mulheres que executam tais atividades, que por natureza, e por mais altas que fossem, dificilmente intimidariam da mesma maneira que um homem de estatura baixa<sup>88</sup>. Não há qualquer correlação lógica valorativa entre o fator de discrimen e a discriminação que justifique a desequiparação. Em outras palavras, não há fundamento material bastante, a previsão legal é arbitrária, e portanto, afrontosa ao princípio normativo da igualdade, de todo inconstitucional.

Assim, denota-se que além de o voto vencedor não se utilizar de critérios rígidos para aplicação do princípio, se utilizou ainda de premissas equivocadas para alcançar seu resultado. Ao afirmar que a constatação da morte de delegados por marginais é um fator relevante, é ignorar que juízes, promotores, e muitas outras funções estatais também estão sujeitas a

---

<sup>88</sup> Relembre-se que uma decisão que utilizava o sexo como fator de discrimen fora proferida pelo STF nos idos do ano de 1980, quando se entendeu razoável, diante da natureza especial das funções, a discriminação do sexo feminino para o cargo de delegado de polícia (cf. RE 89.534/80 e 93.122/80 já citados).

tais intempéries, e nem por isso se fixa um piso mínimo de estatura. O fato de ser baixo ou alto não facilita a vitimização, e nem há uma correlação com o melhor ou pior desempenho da atividade pelo sujeito. Não é de se ignorar as considerações oriundas da observação do que ordinariamente acontece, e que indica não ser exceção possuírem os indivíduos de estatura baixa até mesmo uma maior habilidade física, como a agilidade, de suma importância num combate armado.

Isso demonstra que, por qualquer ângulo que se analise a discriminação, continuará sendo ela arbitrária, tendo em vista o conteúdo material da igualdade.

De tudo se conclui que o Supremo Tribunal Federal teve avanços substanciais na aplicação do princípio normativo da igualdade após a Constituição Federal de 1988. Tais avanços, porém, não alcançaram uma construção jurídica segura e harmônica.

Enquanto em alguns julgados se utilizam juízos de arbítrio criteriosos, em outros a superficialidade da abordagem é evidente, ao ponto de nem se poder identificar o raciocínio adotado.

Talvez pelo número exacerbado de julgamentos proferidos anualmente por nossa Corte Constitucional, um dos maiores do mundo, decorra essa postura de desprezo evidenciada.

Mas a justiciabilidade da Corte não é apenas errática. Também não é uniforme, já que inexistente uma fórmula intersubjetivamente controlável.

## CONCLUSÃO

É antiga, mas sempre atual, a discussão em torno do princípio da igualdade. Seria muita pretensão, para qualquer pesquisador, propor uma solução definitiva às agruras que se apresentam na abordagem científica de um tema de tamanha envergadura.

A presente pesquisa, muito longe de tal propósito, restringiu-se a uma visão específica do princípio, monitorando, de modo crítico, seu movimento na jurisprudência do Tribunal Constitucional brasileiro.

Esboçou-se, assim, os rudimentos já bastante visitados na busca da aplicação escoreita do princípio no campo da justiça constitucional, esperando trazer, ao menos, um feixe de luz, que sirva de pretexto para estudos mais aprofundados.

Muito se fala sobre igualdade fática e jurídica, formal e material, igualdade perante a lei e igualdade na lei, como se existissem modalidades estanques de igualdade. Na verdade, no campo da justiciabilidade do princípio normativo correlato a igualdade a ser trabalhada é sempre a igualdade jurídica, ainda que se reconheça a evolução do alcance a ser dado ao termo no âmbito das atuais ordens constitucionais. Daí que no item 1.4. do estudo procurou-se afastar qualquer concepção de que o juiz possa se valer de outros conceitos ou visões, seja que nome a eles for atribuído, como simples substitutivo da vontade do legislador.

Trata-se, portanto, de ir além da abstração da igualdade enquanto dignidade no âmbito de uma ampla rede de normatividade jurídica, para decodificá-la em fórmula suficientemente clara que possa permitir sua aplicação aos casos concretos suscitados.

Por certo que nessa tarefa não se pode abrir mão de um critério que seja intersubjetivamente controlável, no qual diferentes sujeitos, em idênticas circunstâncias, cheguem às mesmas conclusões, e que considere um ideal de igualdade na sua completude, sem obliterar a margem de manobra interna afeta ao legislador.

Viu-se que o mesmo Supremo Tribunal Federal que, nos idos do ano de 1980, decidiu pela proibição do acesso de pessoas do sexo feminino ao cargo de Delegado de Polícia, também proibiu tal acesso, já no ano de 2000, àqueles que ti-



vessem altura inferior a 1,60m.

Bem questionável sustentar nos dias atuais a constitucionalidade de tais decisões, não obstante apenas a primeira – discriminação quanto ao sexo – tenha sido alvo de modificação pela Corte.

Constatações como esta permitem demonstrar que os discrímens podem guardar relevância ou não, de acordo com os valores eleitos em um dado sistema jurídico, sempre historicamente condicionado.

Mas será que a decisão da Suprema Corte brasileira em discriminar os “baixinhos”, assim como tantas outras, estão realmente de acordo com tais valores objetivos?

Recorre-se no presente trabalho ao conceito de arbítrio, para concluir que as discriminações autorizadas devem ser aquelas que não sejam arbitrárias, que sejam dotadas de critério com fundamento material bastante no âmbito da dignidade da pessoa humana.

De fato, não se pode procurar tal critério em qualquer lugar. Ele somente será encontrado num específico e determinado horizonte de aplicação da igualdade, cujas evidências somente serão reveladas na globalidade das circunstâncias fáticas do caso. É preciso, enfim, encontrar os limites jurídicos de uma esfera especial de justiça.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, 2<sup>a</sup> ed., Malheiros, 2011.

- BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Second edition, USA: Yale University Press, 1986.
- BOBBIO, Norberto, *Teoria geral do direito*, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, ICE de la Universidad Autônoma de Barcelona, tradução de Pedro Aragón Rincón, 1993.
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
- BOTELHO, Catarina Santos, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais, avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*, Almedina, 2010.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Motta Pinto, Almedina, 2006.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, tradução de A. Menezes Cordeiro, 3ª ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003.
- COUTINHO, Luís P. Pereira, *A autoridade moral da Constituição, da fundamentação da validade do direito constitucional*, Coimbra, 2009.
- COUTINHO, Luís Pereira e BRITO, Miguel Nogueira de, “A igualdade proporcional, novo modelo no controlo do princípio da igualdade? Comentário ao acórdão do Tribunal Constitucional nº 187/2013”, in *Revista Direito e Política*, n. 4. Julho/Outubro 2013, p. 182-191.
- COUTINHO, Luís Pereira, *Sobre a Justificação das Restrições aos Direitos Fundamentais*, In Estudos em Homenagem

- ao Professor Doutor Sérvulo Correia, vol. I, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, p. 557-574.
- COUTINHO, Luís Pereira, “Os direitos sociais e a crise: breve reflexão”, *In Revista Direito e Política*, n. 1. Outubro/Dezembro 2012, p. 74-81.
- DWORKIN, Ronald, *A Virtude Soberana, a teoria e a prática da igualdade*, 2ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, tradução João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3ª ed., Malheiros, 2010.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, 5ª ed., Coimbra editora, 2012.
- NEVES, A. Castanheira, *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra editora, 1983.
- NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra editora, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas Pela Constituição*, Coimbra editora, 2003.
- NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, 1ª Ed, Coimbra: Coimbra editora, 2011.
- RIOS, Roger Raupp, “O princípio da igualdade na jurisprudência do STF”, *in*: Sarmento, Daniel; Sarlet, Ingo Wolfgang (org.), *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 289-339.
- SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 11ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARLET. Ingo Wolfgang, *A eficácia dos Direitos Fundamen-*

- tais*, 6<sup>a</sup> ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang e outros, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SCHLINK, Bernhard e PIEROTH, Bodo, *Direitos Fundamentais*, tradução Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco, série IDP, São Paulo: Saraiva, 2012.
- WALDRON, Jeremy, *God, Locke, and equality: Christian foundations in Locke's political thought*, New York: Cambridge, 2002.
- WALZER, Michael, *Esferas da justiça, uma defesa do pluralismo e da igualdade*, tradução Jussara Simões, 1<sup>a</sup> ed, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

#### SÍTIOS ELETRÔNICOS JURÍDICOS

[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

<http://redir.stf.jus.br>, acessado no dia 13/07/2013.