

# IGUALDADE MATERIAL E DISCRIMINAÇÃO POSITIVA: O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Walter Claudius Rothenburg<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1 A igualdade não é dada, ela é construída; 2 Um conceito morno, mas necessário; 3 Dimensões da igualdade; 4 Destruindo a discriminação (discriminação ilícita); 5 Construindo a discriminação (discriminação lícita); 6 Igualdade formal e igualdade material: a) teoria e prática (igualdade formal = igualdade de direito ou *de iure*/ igualdade material = igualdade de fato); b) geral e específico (igualdade formal = igualdade genérica/igualdade material = igualdade específica); c) igualdade perante a lei e igualdade na lei (igualdade formal = igualdade perante a lei, igualdade de aplicação, dirigida ao Executivo e ao Judiciário/igualdade material = igualdade na lei, igualdade de formulação, dirigida ao Legislativo); d) liberal e social (igualdade formal = direito individual de 1ª dimensão/igualdade material = direito social de 2ª dimensão); Referências.

**RESUMO:** O princípio da igualdade determina um tratamento jurídico de equiparação onde não houver justificativa para a diferenciação e determina um tratamento jurídico de distinção onde houver motivo suficiente para diferenciar. Não se trata, portanto, de um princípio formal ou neutro, mas de um conteúdo definido pela história e pela ideologia. Cabe ao Direito oferecer técnicas para a destruição das discriminações negativas e para a promoção das discriminações positivas (ações afirmativas). O conceito jurídico de igualdade é um só e abrange as variações de igualdade formal e igualdade material, superando as distinções relativas à teoria e à prática (igualdade formal = igualdade de direito ou *de iure*/igualdade material = igualdade de fato); geral e específico (igualdade formal = igualdade genérica/igualdade material = igualdade específica); igualdade perante a lei e igualdade na lei (igualdade formal = igualdade perante a lei, igualdade de aplicação, dirigida ao Executivo e ao Judiciário/igualdade material = igualdade na lei, igualdade de formulação, dirigida ao Legislativo); liberal e social (igualdade formal = direito individual de 1ª dimensão/igualdade material = direito social de 2ª dimensão).

**PALAVRAS-CHAVE:** Igualdade. Isonomia. Discriminação.

**ABSTRACT:** The principle of legal equality determines a legal treatment of equality in which there is no justification for differentiation, and which provides for a legal treatment of distinction, where is sufficient reason to differentiate. It is not, therefore, a formal or neutral principle, but a content defined by history and ideology. The Law offers techniques for destroying negative discrimination and promoting positive discrimination (affirmative action). The legal concept of equality is a single one, and covers the variations in formal equality and substantive equality, overcoming the distinctions relating to the theory and practice (formal equality = equality in law or *in iure*/ material equality = equality in fact) ; general and specific (formal equality = generic

equality/ material equality = specific equality) ; equality before the law and equality in the law (formal equality = equality before the law, equality of application, addressed to the Executive and the Judiciary/ material equality = equality in the law, equality in formulation, addressed to the Legislative) ; liberal and social (formal equality = individual right of the first dimension/ material equality = right of the second dimension).

**KEY WORDS:** Equality. Isonomy. Discrimination.

**RESUMEN:** El principio de la igualdad determina un tratamiento jurídico de equiparación donde no haya justificación para la diferenciación y determina un tratamiento jurídico de distinción donde hay motivo suficiente para diferenciar. No se trata, por lo tanto, de un principio formal o neutro, sino de un contenido definido por la historia y por la ideología. Cabe al Derecho ofrecer técnicas para la destrucción de las discriminaciones negativas y para la promoción de las discriminaciones positivas (acciones afirmativas). El concepto jurídico de igualdad es uno solo y abarca las variaciones de igualdad formal e igualdad material, superando las distinciones relativas a la teoría y a la práctica (igualdad formal = igualdad de derecho o de iure/igualdad material = igualdad de hecho); general y específico (igualdad formal = igualdad genérica/ igualdad material = igualdad específica); igualdad ante la ley e igualdad en la ley (igualdad formal = igualdad ante la ley, igualdad de aplicación, dirigida al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial/igualdad material = igualdad en la ley, igualdad de formulación, dirigida al Poder Legislativo); liberal y social (igualdad formal = derecho individual de 1ª dimensión/igualdad material = derecho social de 2ª dimensión).

**PALABRAS CLAVE:** Igualdad. Isonomía. Discriminación.

## 1 A igualdade não é dada, ela é construída

A questão sobre se a igualdade é natural, se os seres humanos apresentam uma mesma natureza e partem de condições originalmente (idealmente) equivalentes é uma questão filosófica e altamente polêmica. Presumo que a igualdade não seja encontrada espontaneamente na sociedade, a despeito da natureza comum (biológica e moral, física e espiritual) de todo ser humano. As pessoas são diferentes “em sua personalidade e em sua ambição, diferentes em sua condição cultural e em sua capacidade de produção econômica” – para ficar com os aspectos apontados por Czajkowski (2002, p. 190). Portanto, igualdade é algo que precisa ser obtido a partir de reivindicações e conquistas e, para tanto, o Direito pode servir de valiosa ferramenta. No dizer de Frischeisen (2000, p. 58), “as condições de igualdade precisam ser produzidas... [por meio de] ações que o Poder Público realiza, visando o efetivo exercício da igualdade, base de toda a ordem social”.

Também as diferenças são, em certo sentido, elaboradas. Para Suiama (2004, p. 132), “a identidade de cada um não é um dado, mas sim algo construído a partir das relações que se estabelecem nas sociedades humanas”. Isso revela que, afinal, igualdades e diferenças não são tão distintas assim.

O Direito tem a função de oferecer um tratamento equivalente que assegure a igualdade e de oferecer um tratamento diferenciado que promova a igualdade, mas, paradoxalmente, como instância social de regulação, presta-se com frequência a manter situações de privilégio e opressão (Sunstein, 2009, p. 174-175). Esta função desvirtuada de garantia (injusta) deve ser revelada e superada; aquela função de transformação (justa) deve ser alcançada. Portanto, são importantes as interferências jurídicas (em grande medida, estatais), ainda que contramajoritárias (quer dizer, contra a episódica vontade da maioria ou dos detentores do poder político-social), para eliminar desigualdades e proporcionar igualdade. Afirma Streck (2001, p. 283):

*Esse novo modelo constitucional supera o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e suporte da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais.*

A quem presta serviço à igualdade? A menção aos beneficiários da igualdade – inclusive daquela que impõe tratamentos diferenciados – não estaria completa se não abarcasse, além dos

particularmente beneficiados, todos nós, que temos direito de conviver com nossos semelhantes/diferentes e partilhar das experiências da diversidade, em espírito democrático (participativo) e solidário. A exclusão a todos prejudica: “As vítimas desses processos de dominação não são apenas aqueles que são alvo do preconceito. À maioria que mais ou menos segue o padrão vigente restam o empobrecimento da experiência, a massificação e a intolerância.” (Suiama, 2004, p. 138). A distribuição desigual de bens na sociedade provoca, por outro lado, vantagens exageradas, injustificadas, aquinhoando – eventualmente sem “culpa” – sujeitos que são beneficiados por causa da desigualdade (inferioridade, exploração, opressão) de outros. Sunstein (2007, p. 177) resgata a idéia de Madison sobre como “combater o ‘mal das partes’”: “Por meio da retenção de oportunidades desnecessárias de uns poucos, para aumentar a desigualdade da propriedade, por intermédio de uma imoderada, e especialmente desmerecida, acumulação de riquezas.” Chega-se a uma resposta majoritária à questão contramajoritária da discriminação positiva: um preço justo a pagar por todos os que não se encontram em situação de vulnerabilidade, mas que talvez se beneficiam (“retrospectivamente”) de vantagens sociais e certamente têm (“prospectivamente”) uma responsabilidade social compartilhada de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (Constituição brasileira, art. 3º, I).

## 2 Um conceito morno, mas necessário

Igualdade como direito, como uma determinação jurídica, talvez não consiga ser satisfatoriamente conceituada em termos teóricos. Além disso, sua aplicação, às vezes, é complexa na solução de casos concretos. Ainda assim, trata-se de uma das mais importantes normas jurídicas e requer esforço dos intérpretes para uma aplicação (indispensável aplicação) adequada. A igualdade exige de quem a defina uma tomada de posição (política, ideológica), com o que – numa expressão de Canotilho (2004, p. 129) – “desafivelam-se as máscaras” e revela-se a intenção (“o tom e o dom”).

Repete-se à exaustão que se devem tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade:

Pensa-se, por exemplo, que justiça é igualdade – e de fato é, embora não o seja para todos, mas somente para aqueles que são iguais entre si; também se pensa que a desigualdade pode ser justa, e de fato pode, embora não para todos, mas somente para aqueles que são desiguais entre si.../“Para pessoas iguais o honroso e justo consiste em ter a parte que lhes cabe, pois nisto consistem a igualdade e a identificação entre pessoas; dar, porém, o desigual a iguais, e o que não é idêntico a pessoas identificadas entre si, é contra a natureza, e nada contrário à natureza é bom. (ARISTÓTELES, 1997, p. 228).

Essa máxima, a despeito de sua generalidade (pois ela não aponta os critérios de igualação/desigualação), tem seus encantos. Ela expressa o aspecto eminentemente *jurídico* da igualdade, pois começa por aludir a tratamento, ou seja, regime jurídico: as pessoas devem ser tratadas como iguais ou desiguais pelo Direito; por causa desse tratamento (regime jurídico, determinação normativa), elas têm direitos e deveres. A máxima inicia com a referência à igualdade, que é presumida, sendo a primeira consideração: quem ou o que for considerado igual a outro deve ser igualmente tratado; o tratamento desigual vem (logicamente) depois, ou seja, tem de ser devidamente justificado, mas, se houver um motivo adequado para discriminar, então o tratamento desigual impõe-se. Todavia – prossegue a máxima ao final – o tratamento desigual é a exceção e, portanto, sustenta-se apenas na exata medida da desigualdade, para anulá-la, diminuí-la ou compensá-la.

A igualdade se expressa, então, em termos jurídicos, sob a forma de norma jurídica do tipo “princípio”, que se caracterizam – segundo critérios apontados por Canotilho (1993, p. 166-167) – por um grau de abstração relativamente elevado; por serem vagos e indeterminados e, pois, dependerem de “mediações concretizadoras” por terem um caráter de fundamentalidade no sistema; por traduzirem “exigências de justiça” e por serem fundamento de regras (“natureza normogenética”).<sup>2</sup> Por ser princípio jurídico, a igualdade tem sua aplicação condicionada por outras normas (em que se incluem as circunstâncias fáticas), podendo aplicar-se em maior ou menor medida: um “mandamento de otimização” (Alexy, 1993).

Justamente por ser um princípio jurídico fundamental, a igualdade também se expressa em normas mais específicas (regras), que caracterizam concretizações da igualdade em diversos níveis:

por exemplo, a regra que veda “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente” (Constituição brasileira, art. 150, II); a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (Constituição, art. 7º, XXX).

Embora a igualdade refira-se à questão de *quem* é titular de direitos (aspecto subjetivo-quantitativo, que demanda a resposta “todos”), ela não se resume a esse aspecto. Igualdade também tem a ver com *como* esses direitos estão disponíveis (aspecto objetivo-qualitativo, que demanda a resposta “do mesmo – ou de semelhante – modo”). Veja-se, em outros termos, mas com sentido parecido, a distinção traçada por Miranda (1993, p. 193) entre “universalidade” e “igualdade”: “*Todos têm todos os direitos e deveres* – princípio da universalidade; *todos* (ou, em certas épocas ou situações, só alguns) *têm os mesmos direitos e deveres* – princípio da igualdade. O princípio da universalidade diz respeito aos destinatários das normas, o princípio da igualdade ao seu conteúdo. O princípio da universalidade apresenta-se essencialmente quantitativo, o da igualdade essencialmente qualitativo.”. Para exemplificar: direito à alimentação não significa apenas que todo ser humano deve ter alimento suficiente, mas que a todo ser humano devem ser dadas condições que possibilitem uma alimentação adequada. Tomarei a igualdade em sentido largo, a abranger os aspectos subjetivo-quantitativo e objetivo-qualitativo, ou seja, destinatários e modo (conteúdo).

A igualdade é um conceito relacional e orientado. Relacional porque implica comparação, ou melhor, o estabelecimento de relação entre seres e situações. Bobbio (referido por Rios, 2002, p. 24-25) propõe, de modo didático, que se pergunte sempre: “*igualdade entre quem? e igualdade em quê?*”. Orientado porque tem uma finalidade: a justiça por meio de equivalência. Virá acompanhada a igualdade “jurídica” da opção por uma teoria do Direito e por uma teoria da justiça, preocupadas com a distribuição de bens na sociedade.<sup>3</sup>

Não é a igualdade, portanto, um princípio jurídico meramente formal, que não encerre conteúdos específicos e apenas determine equiparação ou distinção conforme a situação de igualdade ou diferença. Não basta dizer que “[t]odos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” – como faz a Constituição Brasileira, no art. 5º, *caput*, ecoando a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789, da Revolução Francesa: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos.” (art. 1º). Esses dizeres são fundamentais, mas é preciso dizer mais: que a igualdade radica na dignidade das pessoas (nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, da Organização das Nações Unidas – ONU, art. 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.”; a Constituição portuguesa, 1976, art. 13.1: “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.”), que o objetivo é “erradicar a pobreza e a marginalização e 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” (Constituição brasileira, art. 3º, III e IV); que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” e “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (Constituição, art. 5º, XLI e XLII)<sup>4</sup>; que “à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família” é garantido “um salário mínimo de benefício mensal” (Constituição, art. 203, V).

### 3 Dimensões da igualdade

Complexo que é, o princípio da igualdade projeta-se em múltiplas dimensões. Em termos de teoria do Estado e decodificando o sentido do Estado de Direito democrático e social, Canotilho e Moreira (2007, p. 336-337) aludem à dimensão *liberal* (“a idéia de igual posição de todas as pessoas... perante a lei, geral e abstracta, considerada subjectivamente universal em virtude da sua impessoalidade e da indefinida repetibilidade na aplicação”), à dimensão *democrática* (“proibição de discriminações (positivas e negativas) na participação no exercício do poder político”) e à dimensão *social* (“impondo a eliminação das desigualdades fácticas (econômicas, sociais e culturais)”).

A abrangência do âmbito de proteção do princípio da igualdade – em mais uma classificação apresentada por Canotilho e Moreira (2007, p. 339-342) – revela três outras dimensões: a *proibição do arbítrio* (“nem aquilo que é fundamentalmente igual deve ser tratado arbitrariamente como desigual, nem aquilo que é essencialmente desigual deve ser arbitrariamente tratado como igual”), a

proibição de discriminação (“o tratamento desigual deve pautar-se por critérios de justiça, exigindo-se, desta forma, uma correspondência entre a solução desigualitária e o parâmetro de justiça que lhe empresta fundamento material”) e a *obrigação de diferenciação* (“o dever de eliminação ou atenuação, pelos poderes públicos, das desigualdades sociais, econômicas e culturais, a fim de se assegurar uma igualdade jurídico-material”).<sup>5</sup>

Perspectivas diferentes conduzem a formulações diversas. Sunstein (2009, p. 175-178), com base no Direito norte-americano, ao tratar da igualdade política, refere a três concepções de igualdade: como *liberdade de condições desesperadas* (“Uma quantidade minimamente modesta de alimentação, cuidados médicos e abrigo é necessária para as pessoas que esperam obter a condição de cidadãos.” – afirma o autor, o que me parece corresponder à idéia de mínimo vital, em que “desesperadas” são antes as pessoas necessitadas do que as condições básicas de que necessitam), como *oposição a sistemas de castas e como igualdade aproximada de oportunidades* (em que o autor sustenta que “as diferenças de oportunidades deveriam ser igualadas”).

Simplificadamente, diremos que há uma dimensão negativa e outra positiva do princípio da igualdade. A primeira exprime-se por meio de uma proibição à discriminação indevida e, por isso, tem em mira a “discriminação negativa” (ou apenas “discriminação”, o sentido usual do termo, que encerra um sentimento ruim). A segunda exprime-se por meio de uma determinação de discriminação devida e, por isso, tem em mira a assim chamada “discriminação positiva” (ou “ação afirmativa”). Como diz Sidney Pessoa Madruga da Silva (2005, p. 50), “igualdade tanto é não-discriminar, como discriminar em busca de uma maior igualização (discriminar positivamente)”. Cabe ao Direito, então, não apenas defender a igualdade contra violações, mas também promover a igualdade com distinções.

As normas jurídicas devem não apenas ser aplicadas a todos indistintamente (e, nesse sentido, evitar discriminações “negativas”), mas também favorecer de modo diferenciado aqueles que estejam em situações de indevida desvantagem social (os fragilizados, os oprimidos, as “minorias”) ou impor um gravame maior aos que estejam numa situação de exagerada vantagem social. Figuremos com os impostos: todos os que têm renda acima de um valor devem contribuir proporcionalmente para os gastos públicos. Porém os muito ricos devem contribuir mais ainda; aliás, a Constituição brasileira prevê um “imposto sobre grandes fortunas” (art. 153, VII), que até hoje não foi regulamentado!

Assim, a discriminação negativa como a positiva podem ser obtidas quer por mecanismos jurídicos de repressão (sanções “penais”, ou melhor, conseqüências jurídicas desfavoráveis), quer por mecanismos jurídicos de estímulo (sanções “premiais”, ou melhor, conseqüências jurídicas favoráveis). Apresenta-se, assim, a função promocional do Direito, que, com uma técnica de encorajamento, por meio de estímulos e vantagens (“sanções premiais”), de modo coativo ou não, intervém para promover comportamentos desejados, com vistas a modificar a realidade (Bobbio, 1984, p. 13-31).<sup>6</sup>

Quanto à generalidade com que é formulada, juridicamente, a igualdade, tanto a proibição de discriminação indevida (negativa), quanto a determinação de discriminação devida (positiva), podem ser formuladas com menor ou maior especificidade. Os graus diferentes (e crescentes) de especificação vão da igualdade formal à igualdade material. Percebe-se que a igualdade material é, como categoria jurídica, uma concretização maior, um aperfeiçoamento em relação à igualdade formal e não algo diferente. Dito de outro modo, a igualdade material é, do ponto de vista jurídico, um avanço no sentido de superar as situações injustas de desigualdade. O conceito jurídico de igualdade é, portanto, suficientemente abrangente para compreender as dimensões formal e material da igualdade. Proponho, assim, um conceito amplo (e não duas igualdades distintas) que englobe e eventualmente supere os conceitos – por vezes confusos – de igualdade formal e igualdade material.

#### 4 Destruindo a discriminação (discriminação ilícita)

O princípio da igualdade implica, antes de mais, a proibição de discriminações indevidas. Por isso que um tratamento jurídico idêntico impõe-se à primeira vista e é preciso justificar adequadamente as diferenças de tratamento. Na formulação de Alexy (1993, p. 395): “Se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então um tratamento igual impõe-se.”. Isso realça a função repressiva do Direito, como instrumento social dos mais importantes para combater a discriminação odiosa.

A Constituição brasileira tem claras disposições no sentido da vedação de discriminação e correspondente repressão. Por exemplo: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença

religiosa ou de convicção filosófica ou política” (art. 5º, VIII); “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência” (art. 7º, XXXI); “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (art. 227, § 6º).

Da legislação criminal, cite-se a Lei 7.716/1989, que “[d]efine os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”, e que teve seu alcance ampliado pela Lei 9.459/1997, a abranger ainda “os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de... etnia, religião ou procedência nacional.” (art. 1º). Perceba-se que ficaram de fora, pelo menos, as discriminações com base em gênero, orientação sexual e procedência regional, provavelmente devido a um descuido de previsão legislativa, ou a revelar – ainda que inconscientemente(?) – o preconceito em relação às mulheres, aos homossexuais, aos nordestinos, etc.<sup>7</sup> Por outra via, a Lei 11.106/2005 alterou o Código Penal brasileiro, ao substituir, em relação ao crime de atentado ao pudor mediante fraude (art. 216), a inadequada e anacrônica expressão “mulher honesta” pelo termo abrangente “alguém”; também o crime do art. 231 deixou de ser “tráfico de mulheres” para ser “tráfico internacional de pessoas”. Com isso, diminui na legislação criminal a discriminação (“textual”) contra a mulher e se protege também o homem.

O combate à discriminação, como dimensão “negativa” (de viés repressor) da igualdade, pode assumir formulações mais específicas, com vistas à proteção de determinadas pessoas ou grupos em situação de vulnerabilidade. Assim, para além da igualdade formal, normas jurídicas de proibição podem traduzir o anseio por igualdade material.

## 5 Construindo a discriminação (discriminação lícita)

Afirma Miranda (1993, p. 213) que “igualdade não é identidade e igualdade jurídica não é igualdade natural ou naturalística”. Com efeito, a igualdade não é tanto um “dado” (preexistente na natureza e simplesmente descoberto, revelado), quanto um “construído” (a partir do esforço, da superação), embora haja uma intrínseca identidade de natureza humana – e uma dignidade igualmente valiosa – em todos nós.

A igualdade significa, portanto, evitar discriminações injustificáveis, proibindo-se o tratamento desigual de quem esteja numa mesma situação, bem como promover distinções justificáveis, oferecendo um tratamento desigual para quem esteja numa situação diferenciada (injusta). Borowski (2003, p. 191) lembra que, “do princípio geral de igualdade decorre não apenas um dever de tratamento igual, mas também um dever de tratamento desigual”.

Essa lógica é traduzida por Alexy (1993, p. 397) na seguinte máxima complementar: “Se há uma razão suficiente para impor um tratamento desigual, então um tratamento desigual impõe-se.”. Pode-se, assim, falar num *dever de diferenciação* sempre que isso seja necessário e oportuno para se alcançar uma igualdade efetiva. Nessa linha, Leivas (2002, p. 56) alude tanto à permissão quanto à obrigatoriedade de uma diferenciação, desde que escudadas em uma “razão suficiente [que] há de ser buscada no plano de um discurso jurídico racional com base em uma teoria da argumentação jurídica. Por certo parte-se, neste discurso, da carga de argumentação em favor do tratamento igualitário, ou seja, quem quer justificar um tratamento desigual tem o ônus de argumentar”. Kymlicka (2008, p. 223), por sua vez, aponta que o tratamento diferenciado constitui “proteções contra-majoritárias” e que “a forma que essas proteções assumem não é apenas a anti-discriminação e a cidadania não-diferenciada, mas, ao invés, abarcam direitos diferenciadores das minorias”. Calha aqui citar a bela formulação de Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 458), ao propor a conexão “igualdade e diferença”, ao invés da alternativa “igualdade ou diferença”: “O multiculturalismo progressista pressupõe que o princípio da igualdade seja utilizado de par com o princípio do reconhecimento da diferença. A hermenêutica diatópica pressupõe a aceitação do seguinte imperativo transcultural: temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”.

O maior problema está no fator de discriminação, que deve ser adequado (numa relação entre meio, modo e fim) e lícito. Excluem-se desde logo fatores “proibidos” e utilizam-se critérios rigorosos para avaliar o cabimento de determinadas distinções. A Constituição portuguesa tem, a esse propósito, um dispositivo expresso: “Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território

de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, condição social ou orientação sexual.” (art. 13.2); o texto precisa ser bem compreendido: o que se veda são as discriminações negativas. Também a Constituição brasileira, como vimos, proíbe os “preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV).

Bandeira de Mello (1993, p. 17) ressalta que “as discriminações são recebidas como *compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, *desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição*”. Ademais, a discriminação tem de ser razoável, não podendo prejudicar desproporcionalmente os discriminados desfavoravelmente ou beneficiar desproporcionalmente os discriminados favoravelmente. Enfatiza Tavares (2006, p. 509) a necessidade de que “haja uma relação de proporcionalidade entre os meios e métodos empregados pelo legislador”. Segundo Weichert (2000, p. 247), os critérios de desigualação fixados na norma devem ser “manejados razoável e proporcionalmente em face das situações que se pretende desigualar e do fim da desigualação. Ou seja, o tratamento atribuído às situações não pode, a pretexto de igualar, acabar por criar uma nova situação antiisonômica”.

A dinâmica da democracia faz com que as reivindicações sejam avaliadas e as respostas sejam oferecidas no contexto do tempo e no tempo do contexto. Há espaço para a política das formulações legislativas e dos planos administrativos. A Constituição não deve estar sobrecarregada com soluções antecipadas (BERCOVICI, 2003). Canotilho (2001, IX-X) revela o desencanto com um modelo de Constituição (dirigente) que pretende (utopicamente) enquadrar o mundo e moldar os sujeitos; a “metanarratividade emancipatória” que não se presta a desalienar, nem se ajusta às exigências da contemporaneidade. Essa perspectiva crítica tolera cláusulas constitucionais (explícitas ou implícitas) de discriminação positiva? A Constituição exige tratamentos diferenciados para o bem?

Ações afirmativas são respostas políticas mais ou menos circunstanciais e devem ajustar-se ao contexto. Essa regra, contudo, comporta exceções histórica e ideologicamente justificadas: por exemplo, um tratamento favorável (compensatório) aos índios e remanescentes de quilombos (Constituição brasileira, art. 231 e art. 68 do ADCT, respectivamente). Para Dworkin (2005, p. 584): “Não há transgressão à cláusula da igual proteção quando algum grupo perde uma decisão importante sobre os méritos do caso ou por intermédio da política, mas quando sua perda resulta de sua vulnerabilidade especial ao preconceito, à hostilidade ou aos estereótipos e à sua consequente situação diminuída – cidadania de segunda classe – na comunidade política.”

A Constituição deve ficar com a diretriz de uma igualdade efetiva, da qual se extraem conteúdos específicos. Responde Canotilho (2001, XXI): “o *dito constitucional* é uma dimensão básica da *legitimidade moral e material*, e, por isso, um elemento de garantia contra a deslegitimação ética e desestruturação moral de um texto básico através de desregulações, flexibilidades, desentulhos e liberalizações”; e especifica a seguir: “as <<ilhas de particularismo>> detectadas em algumas constituições – mulheres, velhos e crianças, grávidas, trabalhadores – não constituem um desafio intolerável ao <<universal>> e ao <<básico>>, típico das normas constitucionais. Expressim, sim, a indispensabilidade de refrações morais no âmbito do contrato social constitucional”.

Atributos físicos podem justificar uma distinção na seleção de policiais (relação adequada de meio e fim), mas não na de escrivães, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal.<sup>8</sup> Mesmo assim, não se pode exigir que somente superatletas consigam ser policiais. De qualquer sorte, há uma importante e insubstituível margem de discricionariedade, que nem por isso fica totalmente imune à apreciação judicial (mais intensa ante a deficiência da justificativa ou ante a omissão não-justificada). A margem de apreciação que existe na escolha do fator de discriminação é um dos momentos de opção política que o Direito oferece, e cujos contornos não conseguem nem deveriam ser perfeitamente determináveis, embora sempre carentes de justificação racional. Nesse sentido, esclarece Alexy (1993, p. 395) que “a qualificação da razão como suficiente é um *problema de valoração*”.<sup>9</sup> Por isso mesmo, o empenho por uma igualdade material e a utilização do Direito com tal objetivo são reveladores: “A dimensão mais enriquecida da igualdade está no seu valor ideológico, entendido como a carga confessadamente política que esse princípio possui.” (FACHIN, 2000, p. 291).

Para encontrar quem deve proporcionar igualdade por meio de tratamento diferenciado, é de se reconhecer um dever jurídico de aspecto objetivo, relacionado à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sob o encargo preponderante – conquanto não exclusivo – do Poder Público. Para

encontrar quem faz jus à igualdade e requer, assim, prestações concernentes (políticas públicas de educação, cultura, saúde, trabalho...), é de se reconhecer direito subjetivo: Sarlet (2005, p. 307) alude à “aplicação do princípio da igualdade que, nesta sua dimensão prestacional, de certa forma, passa a exercer a função de um direito subjetivo de igual acesso a prestações”.

Pode acontecer que um tratamento jurídico diferenciado aparente contradizer a igualdade. Nesse caso, a justificativa para a diferenciação deve revelar (e convencer no sentido de) que, se a diferenciação não existisse, a igualdade é que seria apenas aparente. Lecionam Araujo e Nunes Júnior (2005, p. 120) que, “em determinadas situações a discriminação empreendida, longe de contraditar, realiza o preceito constitucional em estudo”. Sarmiento (2006, p. 161-162) afirma que a Constituição brasileira “baseia-se numa concepção substantiva de isonomia” e, portanto, a “igualdade, na ordem constitucional brasileira, não se resume à proibição de exclusão. Igualdade é também a obrigação de inclusão.”. Nesse sentido, ainda, pontua Fachin (2000, p. 294): “À igualdade também não corresponde a ausência de diferenciação. O seu primado também deve sugerir reconhecimento de certas diferenças.”.

Permitido seja um exemplo prosaico, que reforça a concepção de igualdade real por meio de tratamento diferenciado: se as ambulâncias e os carros de bombeiro não pudessem usar sirenes e sinais luminosos e desrespeitar certas normas de trânsito, eles estariam numa situação de aparente igualdade em relação aos demais veículos, mas a igualdade seria apenas aparente, pois ambulâncias e carros de bombeiro não estão na mesma situação dos outros: precisam atender às emergências.

Mas a força da presunção de igualdade lança sobre tratamentos discriminatórios – especialmente aqueles baseados em critérios “sensíveis” como a etnia, a convicção, o gênero, a sexualidade... – uma suspeita e exige, portanto, que a diferenciação seja devidamente justificada. Há um ônus de argumentação convincente nesse sentido.

Um apontamento a respeito do que não tem fim. Os direitos fundamentais tendem a ser de provimento inesgotável, e assim também a isonomia. “As constituições contemporâneas contêm princípios e valores potencialmente inexauríveis.”, diz Martines (2005, p. 208). A busca por tratamentos diferenciados que permitam uma aproximação cada vez maior do ideal de igualdade é um desafio constante do Direito e uma renovada conclamação ao empenho de esforços. Na Constituição brasileira, isso transparece da estipulação de objetivos, entre os quais a redução das desigualdades e a promoção do bem de todos (art. 3º, III e IV).<sup>10</sup> Alexy (1993, p. 407) refere jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão no sentido de que “o princípio do Estado social exige ‘realizar progressivamente a igualdade até a medida razoavelmente exigível’”. A igualdade, diz Borowski (2003, p. 216), “está ordenada *prima facie*, mas, em circunstâncias reais, nunca pode realizar-se completamente”. Disso decorre uma cláusula de proteção a impedir retrocessos: garantir os patamares de igualdade já alcançados e só admitir aprimoramento e acréscimo (ROTHENBURG, 2000, p. 156-157).

Conclui-se que a igualdade pode, enfim, significar diferenciação. O que importa é a construção da identidade, tão emancipada e autônoma quanto possível, para, a partir desse reconhecimento, estabelecer a igualdade. Do contrário, a imposição da equiparação representaria um nivelamento descaracterizador e opressivo e tenderia a ocultar e perpetuar as desigualdades inferiorizantes.<sup>11</sup> Pode-se opor, assim, a diferença como algo bom e digno de promoção à desigualdade, como algo mau, a ser combatido.

## 6 Igualdade formal e igualdade material

São atribuídos vários significados à igualdade formal e à igualdade material, segundo diversos critérios e distinções propostos, alguns passíveis de críticas. Essas contraposições procuram realçar a autonomia conceitual de cada modalidade de igualdade e também as implicações recíprocas e respectiva complementaridade (PERLINGIERI, citado por CZAJKOWSKI, 2002, p. 195, rodapé). Tais distinções têm lá seu cabimento e utilidade, porquanto ajudam, afinal, a compreender e operar o(s) conceito(s) de igualdade; contudo, acredito que o núcleo conceitual jurídico-normativo seja um só para ambas as variações da igualdade.

### a) teoria e prática (igualdade formal = igualdade de direito ou *de iure*/igualdade material = igualdade de fato)

Essa antiga distinção sustenta que a igualdade de direito refere-se a uma enunciação abstrata (para alguns, meramente textual). A igualdade de fato, por outro lado, refere-se à realização efetiva

da igualdade, em concreto. Assim, de nada adianta dizer que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” (art. 5º, I, da Constituição brasileira) e reforçá-lo com a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo” (art. 7º, XXX), se, na prática, “de fato”, ainda são os homens que ocupam a maior parte dos melhores empregos e, para as mesmas atividades, o salário das mulheres costuma ser menor. Justamente no campo da discriminação de gênero, ao tratar da posição das mulheres no Direito e de ações afirmativas que as contemplem, Sabadell (2005, p. 238) adota essa distinção entre igualdade formal e material: “As ações afirmativas são medidas de caráter político que tutelam os interesses de grupos sociais considerados marginalizados no intuito de produzir a igualdade material (quotas para o acesso a cargos eletivos, incentivos econômicos para empregador, favorecimento de candidatos em concursos etc.)”.

Nessa diferenciação entre igualdade formal (de direito) e material (de fato), reproduz-se a distância entre o esperado (no plano normativo) e o acontecido (no plano da realidade), e a distinção corresponde a uma suposta diferença entre teoria (igualdade formal) e prática (igualdade material). “O princípio de igualdade formal arriscar-se-ia, de fato, a permanecer (ao menos em parte) uma pura afirmação teórica, se não fosse integrado pelo de igualdade substancial.”, escreve Martines (2005, p. 527). Também refere essa distinção entre a norma em abstrato e a realidade em concreto, por exemplo, Czajkowski (2002, p. 194): “a paradoxal distância que existe entre uma igualdade formal, preconizada pelas leis, e a igualdade substancial a ser detectada na realidade dos fatos.”. Sarlet (2005, p. 284), ao tratar dos direitos sociais fundamentais, alude à equiparação entre igualdade material e igualdade de fato.

É importante a distinção entre o “mundo da lei” (o plano do dever-ser) e o “mundo da realidade” (o plano do ser), entre a dimensão da validade e a da efetividade. Peces-Barba Martinez (1994, p. 629) também aponta a distinção entre os planos do ser e do dever-ser ao diferenciar a “universalidade do ponto de partida” (em que estariam misturadas as dimensões do ser e do dever ser) e a “universalidade do ponto de chegada” (que “distingue claramente entre o ser e o dever ser”). A diferenciação é relevante inclusive como teste de eficácia do Direito. Todavia, tanto a igualdade formal quanto a material devem ser consideradas categorias *jurídicas*, ou seja, modalidades de formulação de normas jurídicas (no plano do dever-ser).

Começemos pela constatação de que, quer a igualdade formal quer a material têm um aspecto abstrato que não deve ser desprezado. Digamos, para facilitar a compreensão, que toda norma jurídica principia pelo texto da “lei”. Mesmo uma norma bastante genérica (a mera consagração textual do enunciado da igualdade, no caso) já representa uma conquista, um primeiro e imprescindível momento rumo à implementação efetiva do Direito. Privilégios precisaram ser quebrados e interesses poderosos, arrostados, para que se pudesse escrever nos documentos legais que “[t]odos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes...” – Declaração de Direitos de Virgínia, 1787, art. 1º; ou que “[a lei] deve ser a mesma para todos” e que “[t]odos os cidadão [são] iguais aos seus olhos” – Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789, art. 6º (COMPARATO, 1999, p. 101 e 139). O caráter simbólico (não desvirtuado) é uma função relevante do Direito – “A força de sugestão dos textos escritos tem sua própria natureza, cumpre sua tarefa específica.”, aduz Häberle (1998, p. 59) –, embora o Direito não deva ficar só nisso.

Desdobramentos jurídico-normativos mais específicos do princípio da igualdade – quando se promovem distinções com o intuito de se chegar a uma igualdade real – não deixam de ser, para o Direito, consagrações textuais, simbólicas, em alguma medida. Sendo assim, pode-se afirmar que tanto a igualdade formal quanto a material correspondem à igualdade de direito.

Porém é certo que o Direito precisa ter apelo prático. Norma jurídica que não tem as mínimas condições de ser aplicada na prática não chega a ser norma, não funciona. Kelsen (1998, p. 58) asseverava que “[u]ma norma é considerada válida apenas com a condição de pertencer a um sistema de normas, a uma ordem que, no todo, é eficaz. Assim, a eficácia é uma condição de validade; uma condição, não a razão da validade. Uma norma não é válida *porque* é eficaz; ela é válida se a ordem à qual pertence é, como um todo, eficaz”. Sem apelo prático, não se tem verdadeira norma jurídica; no máximo, apenas enunciado (texto) de (pretensa) norma. A dimensão pragmática e a correspondência a determinado setor da realidade são requisitos de qualquer norma jurídica (NEVES, 1988, p. 21-23; MÜLLER, 1996 e 2007; TAVARES, 2006a, p. 57-84). Afinal, seja uma proibição genérica de discriminação (do tipo “ninguém pode ser obrigado a fazer tal coisa”; “todos têm direito a tal coisa”), seja a imposição de um tratamento diferenciado (do tipo “Aos maiores de

sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.” – art. 230, § 2º, da Constituição brasileira), todas essas normas têm uma expectativa de aplicação real e requerem condições fáticas – mais ou menos imediatas – de aplicabilidade (SILVA, 2005, p. 307-310). Isso porque o Direito não pode ser concebido como um mundo irreal, da abstração pura, a “ilha da fantasia”, por oposição à realidade fenomênica.

Por outro lado, a norma jurídica não pode confundir-se com essa realidade, pois o que acontece necessariamente – o que tem de acontecer – não precisa ser regulado pelo Direito (isso seria absolutamente desnecessário); e o descumprimento eventual daquilo que está prescrito na norma jurídica não infirma a validade da norma jurídica, que se caracteriza pela contrafaticidade (DIMOULIS, 2003, p. 65-66), senão que, justamente, desencadeia a sanção correspondente. Vai daí que a igualdade de fato (a realidade do tratamento equivalente na prática, o resultado da aplicação) situa-se no plano da efetividade, como um importante teste de verificação (de sucesso) da norma jurídica, mas que lhe é exterior e relativamente distinto. A igualdade de fato (material) será o resultado eventual da igualdade de direito (formal).<sup>12</sup> Então, se tomarmos a igualdade formal e a material como categorias eminentemente *jurídicas*, nenhuma delas confunde-se com a igualdade de fato. E se tomarmos a igualdade material como a dimensão concreta, da realidade (no plano da efetividade), então ela não corresponde a qualquer conceito jurídico-normativo de igualdade.

Alexy (1993, p. 404 e 409) subentende e acentua essa distinção, quando lembra que as “desigualdades de direito” podem ser ferramentas para se alcançar uma “igualdade de fato” (no sentido de alteração efetiva da realidade, igualdade material). Embora a “igualdade de direito” possa provocar (ou estimular) uma “igualdade de fato”, ou seja, “a criação de igualdade *de iure* pode ter como consequência igualdade de fato”, muitas vezes “[q]uem deseje criar igualdade de fato tem de aceitar uma desigualdade *de iure*”: “... o princípio da igualdade de fato joga o papel de uma razão para um direito a um determinado tratamento desigual *de iure*, quer dizer, aquele que serve para a criação de uma igualdade de fato. Nele fundamenta-se um direito subjetivo à criação de uma posição de igualdade fática”. Na doutrina francesa e em sentido semelhante, Favoreu e outros (2001, p. 825-826) atestam que, “para chegar a estabelecer uma verdadeira igualdade de fato, às vezes pode ser necessário recorrer à criação de desigualdades de direito”.

**b) geral e específico (igualdade formal = igualdade genérica/igualdade material = igualdade específica)**

É certo que a igualdade material corresponde a enunciados normativos mais específicos, que buscam desdobrar e implementar enunciados mais genéricos. Todavia, do ponto de vista do Direito, a própria igualdade material é apresentada sob forma de norma jurídica, tendo, portanto, uma dimensão formal (a partir do enunciado textual) e sendo passível, por sua vez, de uma retomada normativa mais específica (inclusive por normas de diferente escalonamento: leis, decretos, portarias...), com vistas à implementação cada vez mais efetiva. São, assim, duas críticas: 1) como norma jurídica, a igualdade tem sempre um relevante aspecto genérico (em maior ou menor escala) e necessariamente a abstração inerente às normas jurídicas; nessa medida, trata-se de igualdade formal; 2) essa generalidade pode quase sempre ser graduada, pois, a partir de normas mais genéricas, é possível elaborar normas mais específicas e assim sucessivamente, de modo que umas normas são genéricas em relação a outras mais específicas, e específicas em relação a outras mais genéricas; nessa medida, trata-se de igualdade material, se tomarmos as normas mais específicas, e de igualdade formal, se tomarmos as mais genéricas.

Ademais, as normas que expressam igualdade, por mais ou menos genéricas que sejam, em qualquer caso, estão sempre sujeitas – como as normas jurídicas em geral – ao “teste” de efetividade, na prática.

Se toda norma jurídica é portadora de alguma generalidade, é certo, contudo, que um maior nível de especificação pode representar um aperfeiçoamento normativo rumo ao alcance de uma igualdade real. Essa especificação pode manifestar-se sob forma de discriminação positiva, ao oferecer um tratamento jurídico diferenciado (mais vantajoso) a quem se encontre em situação peculiar (de desvantagem).

Para ilustrar, pode-se tomar por níveis de igualdade “formal”, em relação à liberdade de religião, o enunciado do art. 3º, IV, da Constituição brasileira, que veda “preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, como o mais genérico, seguido do art. 5º, VI (“é inviolável a

liberdade de consciência e de crença”). As garantias de prestação alternativa em caso de escusa de consciência (art. 5º, VIII) e de imunidade tributária dos “templos de qualquer culto” (art. 150, VI, “b”) representam níveis menos genéricos (ou mais específicos) – são regras. A igualdade “material” – ou um nível ainda mais específico – é dada pela “valorização e a difusão das manifestações culturais”, nomeadamente “das culturas populares, indígenas e afrobrasileiras” (art. 215), o que autoriza, por exemplo, a inclusão dos terreiros de candomblé. Se fosse concedido um tratamento especialmente benéfico a cultos que não contassem com a estrutura dos mais tradicionais, haveria um nível de maior especificidade de igualdade (material). O exemplo demonstra que todas essas são figurações (concretizações) do mesmo princípio: normas jurídicas mais ou menos genéricas em busca do tratamento jurídico que melhor oportunize a igualdade.

Mas qual é a utilidade de enunciados mais específicos (igualdade material), se, com algum esforço, pode-se considerar que eles já estão contidos nos (e podem ser extraídos dos) enunciados mais genéricos (igualdade formal)?

À falta de previsões específicas, o Direito deve proporcionar um tratamento equivalente a partir dos enunciados genéricos. Contudo, as previsões mais específicas, além de seu valor simbólico de destaque (evidência), manifestam uma opção constitucional ou legal – portanto clara, segura – que, não fosse assim, manter-se-ia polêmica. É o caso das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios: sobre dizer que são bens da União (art. 20, XI), a Constituição brasileira ressalta que “[s]ão nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse” dessas terras (art. 231, § 6º).

Maior especificidade, a preceituar tratamentos diversos com a finalidade de fornecer equiparação jurídica, é um aspecto importante na qualificação da igualdade material. Todavia, sendo a generalidade uma característica das normas jurídicas e havendo a possibilidade de graus sucessivos de especificação no processo de concretização das normas jurídicas, existirá algo de igualdade formal e algo de igualdade material em qualquer norma jurídica concernente. Dito de outro modo, tanto igualdade formal quanto material podem ser facetas de uma mesma norma jurídica, ou de um princípio que comporta graus de especificação.

**c) igualdade perante a lei e igualdade na lei (igualdade formal = igualdade perante a lei, igualdade de aplicação, dirigida ao Executivo e ao Judiciário/igualdade material = igualdade na lei, igualdade de formulação, dirigida ao Legislativo)**

A igualdade perante a lei significa, num momento logicamente posterior ao da feitura da norma jurídica (texto, diploma), que ela deve ser aplicada uniformemente, conforme o que preceitua; tem a ver com o modo de aplicação da norma. Assim, se as emissoras de rádio e televisão devem ter uma produção cultural, artística e jornalística regionalizada (Constituição brasileira, art. 221, III), o Poder Público não pode fazer nem manter concessões a empresas que não respeitem essa diretriz. Rios (2002, p. 31-32 e 41), após referir “a igualdade perante a lei como dever do aplicador do direito tratar todos conforme a lei vigente”, acentua a dimensão formal: “o imperativo da igualdade exige igual aplicação da mesma lei a todos endereçada. Disto decorre que a norma jurídica deve tratar de modo igual pessoas e situações diversas, uma vez que os destinatários do comando legal são vistos de modo universalizado e abstrato, despidos de suas diferenças e particularidades”.

A rigor, a afirmação de que a norma jurídica deve ser aplicada indistintamente, conforme o que disponha, seria supérflua (como se toda norma jurídica não devesse ser aplicada conforme o que preceitua) não servisse de importante alerta aos diversos aplicadores. De qualquer modo, tanto normas menos quanto mais específicas devem ser aplicadas uniformemente, ou seja, exige-se igualdade perante a lei sempre e de qualquer aplicador.

A igualdade na lei significa, no momento inicial de feitura da norma jurídica (texto, diploma), que ela não pode adotar discriminações injustificadas e desproporcionais. Tem a ver com o conteúdo da norma. Para Rios (2002, p. 32), significa que o legislador tem o dever de “considerar as semelhanças e diferenças quando da instituição dos regimes normativos”, com o que se acentua a dimensão material.

Como as discriminações não se presumem, os fatores de discriminação devem ser lícitos e ter relação com a finalidade (igualmente lícita). Contudo, esses parâmetros de admissibilidade da discriminação valem tanto para o elaborador da norma jurídica, quanto para qualquer outro aplicador do Direito, em todos os momentos de concretização normativa e têm de ser observados por todos.

A distinção entre igualdade perante a lei e igualdade na lei é habitualmente remetida a uma correspondente distinção entre destinatários: a igualdade perante a lei seria dirigida principalmente ao juiz e ao administrador público, enquanto a igualdade na lei seria dirigida sobretudo ao legislador (BOROWSKI, 2003, p. 186). Essa distinção encontra-se relativamente superada, visto que todos os operadores da norma jurídica – e todos nós chegamos a ser operadores da norma jurídica! (HÄBERLE, 1997) – contribuem à sua criação em alguma medida. O juiz, por exemplo, participa do processo de criação ao fornecer, com sua decisão, a norma específica (particular) para o caso concreto; por outro lado, o legislador – como qualquer operador jurídico e, muitas vezes, mais diretamente – aplica a Constituição, pois a ela está vinculado (MARTINES, 2005, p. 525). Então, sendo todos sempre criadores e aplicadores do Direito em alguma medida, devem sempre ser observadas a igualdade na lei, nos momentos de confecção da norma jurídica (exigência de igualdade no conteúdo da norma), e a igualdade perante a lei, nos momentos de concreção da norma (exigência de aplicação uniforme da norma) – momentos que, na verdade, constituem um processo contínuo.

Isso não significa que se desconhece o papel distinto e a diferente margem de apreciação dos legisladores (na criação do Direito), em relação aos juizes e administradores públicos (na aplicação do Direito): para Albuquerque (1993, p. 338), “ao legislador é reconhecido um *primado* de conformação dos princípios constitucionais. Daqui, decorre uma *presunção de racionalidade*, que tem de ser ilidida para se reconhecer a ilicitude”.

Sejam normas jurídicas de maior generalidade ou menos complexidade, sejam normas de maior diferenciação, ambas devem observar a igualdade tanto no momento de sua formulação legislativa quanto nos demais momentos de aplicação (concretização). Captando uma dessas dimensões, Barroso (2007, p. 179) precisa: “A noção de igualdade formal projeta-se tanto para o âmbito da *igualdade na lei* – comando dirigido ao legislador – quanto para a *igualdade perante a lei*, mandamento voltado para o intérprete do Direito. A lei não deve dar tratamento diferenciado a pessoas e situações substancialmente iguais, sendo inconstitucionais as distinções caprichosas e injustificadas. Já os intérpretes – doutrinários, administrativos ou judiciais – devem atribuir sentido e alcance às leis de modo a evitar que produzam, concretamente, efeitos inequalitários.”. Igualdade na lei e igualdade perante a lei são, portanto, exigências comuns, quer da igualdade formal, quer da igualdade material.

**d) liberal e social (igualdade formal = direito individual de 1ª dimensão / igualdade material = direito social de 2ª dimensão)**

Essa distinção baseia-se no critério histórico (-ideológico) e também considera a gradual especificidade que a igualdade assume no curso da civilização ocidental. Assim, a igualdade formal estaria relacionada à proibição de discriminações injustificadas, num sentido liberal de menor intervenção possível e reivindicações individuais; a igualdade material estaria relacionada à exigência de tratamento distinto, num sentido social de interferência estatal e reivindicações coletivas.

De acordo com Miranda (1993, p. 202), “se distinguem não tanto duas espécies de preceitos jurídicos quanto dois momentos ou planos: o da atribuição dos direitos em igualdade e o da fixação das incumbências do Estado e da sociedade organizada perante as condições concretas das pessoas. Os direitos são os mesmos para todos; mas, como nem todos se acham em igualdade de condições para exercê-los, é preciso que essas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem”.

Sidney Pessoa Madruga da Silva (2005, p. 32 e 44) situa o “primeiro momento”, da igualdade formal, “nas modernas Declarações de Direito, que consagravam a ótica contratualista do Estado Liberal, diante dos excessos do regime absolutista”, e prossegue: “parte-se da premissa filosófico-liberal de que os homens nascem livres e iguais em direitos, sendo a lei aplicada de maneira uniforme para todos; empós, com o surgimento e expansão dos direitos sociais fundamentais, direitos de segunda geração, na busca da concretização da igualdade material, com o binômio indivíduo *versus* Estado, cedendo caminho para encetar a integração da sociedade civil com esse mesmo Estado, agora de um prisma social-democrático, em que se distingue a noção de discriminação positiva”.

Caberia ao Direito, segundo a perspectiva liberal, garantir a igualdade de oportunidades, com base numa “meta igualitária mínima”. Segundo a perspectiva social, o Direito deveria proporcionar a igualdade de resultados, com vistas a uma “meta igualitária máxima”. A alternativa que se oferece – como aponta Albuquerque (1993, p. 331) – é “se a igualdade constitui tão só um *ponto de partida* ou, antes, um *ponto de chegada*”.

Também Martines (2005, p. 527-529) associa a igualdade formal à “sociedade liberal oitocentista” e a igualdade substancial (material) ao Estado social.

Pode-se sacar aqui a crítica feita à classificação histórica dos direitos fundamentais em “gerações”: ela sugere uma substituição, quando o que ocorre é antes um processo contínuo de agregação. As diversas óticas (liberal e social, individual e coletiva, defensiva e prestacional) prestam-se a enfatizar qualquer direito fundamental. Ao tratar dos direitos sociais, Sampaio (2002, p. 681-682) resume a ópera: “a inexistência de condições materiais mínimas conduz à impossibilidade de efetivação das liberdades clássicas, sendo mais certo falar de uma ‘complementaridade tensa’ do que em contradição necessária... Aparecem, assim, os direitos sociais como uma síntese entre liberdade e igualdade ou como forma imprescindível de afirmação de uma ‘liberdade igual’ e de garantia da realização efetiva do princípio democrático”.

Quanto aos “sujeitos passivos”, aqueles que devem proporcionar os direitos fundamentais (no caso, a igualdade), se é certo que o papel do Poder Público no contexto dos direitos “liberais” é, sobretudo, o de garantir em face de violações, com a menor ingerência possível no tocante a proporcionar tais direitos; por outro lado, percebe-se que o Poder Público tem, sim, um importante papel de proporcionar inclusive direitos “liberais”, ao passo que mesmo os direitos “sociais” devem valer também “negativamente” (ser defendidos). Portanto, o critério do “papel do Estado” não é suficiente. Preocupações contemporâneas (como as relativas ao ambiente ecologicamente equilibrado) podem ser expressas por meio de normas gerais (art. 225 da Constituição brasileira: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado...”) e exigir abstenção (na verdade, simples garantia contra violações de terceiros) por parte do Poder Público, aproximando-se da igualdade formal – típica formulação “liberal”, de “1ª geração”. Enquanto preocupações antigas (como o direito de representação política) podem ser expressas por meio de tratamentos jurídicos diferenciados (por exemplo: reserva de vagas a deficientes ou índios nas listas eleitorais) e reclamar uma atuação mais incisiva do Poder Público, aproximando-se da igualdade material – típica formulação “social”, de “2ª geração”.

A propósito, Canotilho (2006, p. 327) levanta duas questões bastante atuais O reconhecimento de um direito fundamental (difuso?) ao “bom governo”, ou seja, ao exercício do poder público de modo correto, honesto, eficiente e participativo: “a condução responsável dos assuntos do Estado”. A democracia, que é fundada na idéia de igualdade, autoriza a todos que cobremos um governo bom. A outra questão diz respeito ao ambiente ecologicamente equilibrado, que assiste a todos e convoca um pacto intergeracional: “Como o património natural não foi criado por nenhuma geração e como, dentro de cada geração, se deve assegurar igualdade e justiça ambientais, o *direito ao ambiente* de cada um é também um *dever de cidadania na defesa do ambiente*” (CANOTILHO, 2003, p. 104). Tais implicações contemporâneas do princípio da igualdade demonstram que as “velhas gerações” de direitos fundamentais “revivem” nas novas, que carregam o “registro de aprendizagem” daquelas.

Quanto aos “sujeitos ativos”, os titulares dos direitos fundamentais (no caso, a igualdade), embora os direitos “liberais” tenham um forte acento individualista, contra um forte acento “coletivo” dos direitos “sociais”, a reivindicação de uns e outros pode dar-se tanto individual quanto coletivamente. Os direitos trabalhistas, típicos direitos “sociais”, bem como o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, podem ser reivindicados individualmente, ao passo que direitos como o de associação e de convicção religiosa, típicos direitos “liberais”, podem ser reivindicados coletivamente.

A igualdade formal não é apenas um direito “liberal”, de “1ª geração”, reivindicável individualmente; nem a igualdade material é apenas um direito “social”, de “2ª geração”, reivindicável coletivamente. A igualdade é resultado – sempre parcial – do acúmulo de experiências históricas e apresenta-se sempre com atualidade em suas diversas projeções.

## Notas

- <sup>1</sup> Mestre e Doutor em Direito pela UFPR. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade de Paris II. Professor da Instituição Toledo de Ensino (ITE). Procurador Regional da República. Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (IBEC). **E-MAIL:** walter.claudius@terra.com.br
- <sup>2</sup> Sobre a caracterização dos princípios em relação às regras: ROTHENBURG, 2003.
- <sup>3</sup> Sobre teorias da justiça e distribuição de bens, entre vasto material: Rawls, 1981; Walzer, 2003; Cittadino, 2004; Dworkin, 2005.
- <sup>4</sup> Sobre essas e outras determinações constitucionais de criminalização: GONÇALVES, 2007, p. 263-268.

- <sup>5</sup> Veja-se também Albuquerque, 1993, p. 334 e s.
- <sup>6</sup> Dimoulis (2003, p. 72) explica que as *normas promocionais* “não se limitam a autorizar uma conduta, mas também encorajam o destinatário a adotá-la. Nesse caso a conduta não é só permitida, mas também recomendada (Re). Para tanto, as normas promocionais oferecem incentivos e recompensas, que constituem uma *sanção positiva* (ou premial ou recompensatória)”.
- <sup>7</sup> Para Gonçalves (2007, p. 268) – com quem concordo –, “a proteção da lei, ao se referir à discriminação resultante de procedência nacional, alcança tanto pessoas que venham do estrangeiro como pessoas que venham de outras regiões do Brasil”.
- <sup>8</sup> Recurso Extraordinário 150.455-2/MS, em referência de Araujo e Nunes Júnior (2005, p. 120).
- <sup>9</sup> Em outra obra, o autor adverte: “Há casos em que a decisão de um caso isolado não segue logicamente quer de afirmações empíricas tomadas junto com normas pressupostas ou proposições estritamente fundamentadas de algum sistema de raciocínio (juntamente com proposições empíricas), nem pode essa decisão ser totalmente justificada com a ajuda das regras da metodologia jurídica; nesses casos deve-se concluir que quem decide tem de ser discreto...” (ALEXY, 2001, p. 19). Dworkin (1999, p. 14 e 17), após advertir que há quem pense que “direito é instinto, que não vem explicitado numa doutrina, que só pode ser identificado por meio de técnicas especiais cuja descrição ideal é impressionista, quando não misteriosa”, observa que “a prática do direito é *argumentativa*. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma; a prática consiste, em grande parte, em mobilizar e discutir essas proposições.” Tendente a admitir a irracionalidade, há Teubner (2005, p. 57), que, com supedâneo em Niklas Luhmann e Jacques Derrida, chega ao extremo de aludir à “*loucura da decisão*”: “a rotina das decisões jurídicas e econômicas contém um componente de loucura, de irracional, de misterioso, de sacro, que não deve ser visto simplesmente como uma sobra desprezível num processo crescente de racionalização, mas como a verdadeira dinâmica condutora da própria decisão.”. O perigo de abandonar a racionalidade e as tentativas de diálogo é expresso por Bruce Ackerman (2006, p. 36) em vista da “guerra ao terrorismo”, com o abandono de princípios fundamentais como o do devido processo legal em relação a certos estrangeiros – veja-se a discriminação!
- <sup>10</sup> Nesse sentido, refere ainda Moro (2006, p. 288) o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, da Organização das Nações Unidas (1966), art. 2. 1: cada Estado-parte “compromete-se a adotar medidas... até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos...”. E a Constituição da África do Sul (Seção 27.2): “O Estado deve adotar legislação razoável e outras medidas, dentro dos recursos disponíveis, para atingir a progressiva realização de cada um desses direitos [sociais]”.
- <sup>11</sup> Canotilho (2001, IX) externa essa preocupação com a autonomia do sujeito ao denunciar “o caminho de ferro social e espiritual através do qual vai peregrinar a *subjectividade projectante*”, e ao falar, em outro texto (2001a, p. 111), da “mulher criadora do seu papel”.
- <sup>12</sup> Distinção semelhante é proposta por Borowski (2003, p. 188-189), que entende a igualdade jurídica quando “relativa ao ato”, ou seja, a igualdade que “ordena um tratamento similar na execução de um mesmo ato”. A igualdade fática é relativa ao resultado (conseqüências) provocado pelo ato.

## Referências

- ACKERMAN, Bruce. **Before the next attack**. Preserving civil liberties in an age of terrorism. Yale University Press: New Haven, 2006.
- ALBUQUERQUE, Martim de. **Da igualdade. Introdução à jurisprudência**. Coimbra: Almedina, 1993.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES Júnior, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ARISTÓTELES. **Política**. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista de direito do Estado**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 5, p. 167-196, jan./mar. 2007.
- BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA Neto, Cláudio Pereira de *et al.* **Teoria da Constituição**. Estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio

- de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 75-150.
- BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione**. Nuovi studi di teoria del diritto. 2. ed. Milano: Edizioni di Comunità, 1984.
- BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada – Volume I. 4. ed. Coimbra: Coimbra; 1. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2007.
- \_\_\_\_\_. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.
- \_\_\_\_\_. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. *In*: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Coord.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 101-110.
- \_\_\_\_\_. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.
- \_\_\_\_\_. Civilização do Direito Constitucional ou constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do Direito pós-moderno. *In*: GRAU, Eros Roberto; GUERRA Filho, Willis Santiago (Org.). **Direito Constitucional** - estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001a.
- \_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CZAJKOWSKI, Rainer. A crise do princípio da isonomia e a propriedade. *In*: RAMOS, Carmem Lucia Silveira. (Coord.) **Direito civil constitucional**. Situações patrimoniais. Curitiba: Juruá, 2002, p. 187-205.
- DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- \_\_\_\_\_. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FAVOREU, Louis *et al.* **Droit constitutionnel**. 4. ed. Paris: Dalloz, 2001.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas**. A responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandamentos expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- HÄBERLE, Peter. **Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional**. Madrid: Trotta, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KYMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. *In*: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Coord.) **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 217-243.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Os direitos dos homossexuais a tratamento isonômico perante a Previdência Social: o caso do Ministério Público Federal X Instituto Nacional do Seguro Social. *In*: GOLIN, Célio; WEILER, Luis Gustavo. (Org.) **Homossexualidades, cultura e política**. Porto Alegre: Sulina, 2002, p. 49-70.
- MARTINES, Temistocle. **Diritto costituzionale**. 11. ed. Milano: Giuffrè, 2005.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. t. 4. 2. ed. Coimbra: Coimbra: 1993.
- MORO, Sergio Fernando. O Judiciário e os direitos fundamentais sociais. *In*: ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio. (Coord.) **Curso de especialização em Direito Previdenciário**. 2. tir. v. 1. Curitiba: Juruá, 2006, p. 269-293.
- MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**. Introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Discours de la méthode juridique**. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
- NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. La universalidad de los derechos humanos. **Doxa – Cuadernos de filosofía y derecho**, n. 15-16, v. I, p. 613-633, 1994. Disponível em: [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuaderno15/volIII/doxa15\\_07.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuaderno15/volIII/doxa15_07.pdf). Acesso em 06/03/2008.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

- RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**. A homossexualidade no Direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. 2. tir. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- \_\_\_\_\_. Direitos fundamentais e suas características. **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 30, p. 146-158, jan./mar. 2000.
- SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**. Introdução a uma leitura externa do direito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Reconhecer para libertar**. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 427-461.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais. Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. São Paulo, 2005. 370 f. Tese (concurso para o cargo de Professor Titular) – Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. **Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SUIAMA, Sergio Gardenghi. Identidades, diferenças. **Boletim científico – Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília: ESMPU – Escola Superior do Ministério Público da União, n. 2, p. 131-139, abr./jun. 2004.
- SUNSTEIN, Cass R. **A constituição parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006a.
- TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Unimep, 2005.
- WALZER, Michael. **Esferas da justiça**. Uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- WEICHERT, Marlon Alberto. Isenções tributárias em face do princípio da isonomia. **Revista de informação legislativa**, n. 145, Brasília, Senado Federal, jan/mar 2000, p. 241-254.

Recebido em: 07/08

Avaliado em: 09/08

Aprovado para publicação em: 10/08