

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE E A DESIGUALDADE (I)LEGAL DESTE PRINCÍPIO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Diego Richard Ronconi*

1. Introdução

Um dos maiores ideais humanos sempre foi a busca da igualdade de tratamento perante os seus. Muitas lutas e revoltas, muitas idéias e ensinamentos foram verificados no decorrer da história, buscando uma situação de segurança para os mesmos seres que habitavam um mesmo mundo e que viviam em situação semelhante. Desde Aristóteles, tais pensamentos já se mostram registrados, demonstrando a preocupação que sempre se teve a respeito do tema.

O título do presente estudo pretende chamar a atenção com relação à inaplicação do princípio constitucional da igualdade, frente à legislação infra-constitucional, a qual, diante de fatos corriqueiros no mundo jurídico, fazem parecer que esta prevaleça àquela.

Neste trabalho, pretende-se demonstrar, brevemente, as origens do referido princípio, suas acepções para alguns pensadores e juristas e o contexto deste princípio na realidade constitucional brasileira.

* Advogado. Mestre em Ciência Jurídica. Professor Universitário da Univali.

2. Breves Antecedentes Históricos *

No continente europeu, onde se desenvolveu e originou a maior parte da cultura ocidental, sentiu-se a necessidade de se proclamar a soberania do povo e liberdade dos oprimidos pelo regime absolutista que os governos imprimiam à Sociedade da época. Daí que as idéias iluministas, tão mais à frente daquela realidade e à necessidade social, tiveram grande influência na Revolução Francesa de 1789, manifestando-se tais pensamentos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembléia Nacional da França, em 26 de agosto de 1789.

Com certeza, a maior conquista dos Direitos Humanos foi com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, a qual, no entender de Norberto Bobbio "pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores"¹ Proclama o art. 1º, da referida Declaração: "Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos".

Norberto Bobbio, ao comentar o referido artigo, assim retrata:

"Na realidade, os homens não nascem nem livres nem iguais. Que os homens nasçam livres e iguais é uma exigência da razão, não uma constatação de fato ou um dado histórico. É uma hipótese que permite inverter radicalmente a concepção tradicional, segundo a qual o poder político – o poder sobre os homens chamado de *imperium* – procede de cima para baixo, e não vice-versa. De acordo com o próprio Locke, essa hipótese devia servir para 'entender bem o poder político e derivá-lo de sua origem'. E tratava-se, claramente, de uma origem não histórica e sim ideal"²

Tais ideais (liberdade, soberania do povo, igualdade) foram, efetivamente, alcançados em muitos povos. Evidentemente, tais conquistas foram surgindo de forma gradativa até serem contundentemente afirmadas nas Cartas Políticas de várias nações.

Mas, em que consiste este conclamado "princípio da igualdade"?

3. O Princípio da Igualdade, por Aristóteles * * * * *

Aristóteles assemelhava o princípio da igualdade à Justiça, dizendo:

"Porque todos os homens atingem um grau de justiça, mas não vão muito longe, e não dizem tudo o que é justo, própria e absolutamente falando. Por exemplo, parece que a igualdade seja justiça, e o é, com efeito; mas não para todos, e sim somente entre os iguais. A desigualdade também parece ser, e o é com efeito, mas não para todos; só o é entre aqueles que não são iguais."³ (grifado).

Neste norte, mais adiante, retrata o filósofo que "a igualdade é a identidade de funções entre seres semelhantes, [...] e é difícil ao Estado subsistir quando obra contra as leis da justiça".⁴

Assim, para Aristóteles o princípio da igualdade se insere num contexto no qual não há diferenciação ou privilégios entre pessoas iguais, a fim de que se alcance a Justiça, que, além de ser a base da sociedade, é, ainda, "uma virtude social, que forçosamente arrasta consigo todas as outras".⁵

No mesmo contexto, para que haja democracia plena numa Sociedade, coloca-se como fundamental a igualdade das pessoas que a compõe:

"§ 2. A primeira espécie de democracia é aquela que tem a igualdade por fundamento. Nos termos da lei que regula essa democracia, a igualdade significa que os ricos e os pobres não têm privilégios políticos, que tanto uns como outros não são soberanos de um modo exclusivo, e sim que todos o são exatamente na mesma proporção. Se é verdade, como muitos imaginam, que a liberdade e a igualdade constituem essencialmente a democracia, elas, no entanto, só podem aí encontrar-se em toda a sua pureza, enquanto gozarem os cidadãos da mais perfeita igualdade política".⁶

4. O Princípio da Igualdade, por John Rawls * * * * *

John Rawls estabelece, quanto ao princípio da igualdade, que este está intimamente ligado com a teoria de Justiça, ou seja, parte-se de uma situação onde todos são iguais, a partir de um momento estabelecido "contratualmente" pela sociedade, atribuindo-se a todos os mesmos direitos, deveres e condições. A Justiça aparece, então, não somente neste momento inicial, mas também quando se coloca em aplicação a distribuição de tais direitos e deveres, estabelecidos legalmente pelo Estado, numa ocasião concreta, ou seja, na efetiva atuação daquilo que se estabeleceu por igual, pois "a justiça é a virtude de práticas nas quais há interesses concorrentes, e as pessoas se sentem habilitadas a impor seus direitos umas às outras".⁷ Insere este doutrinador:

"Na justiça como equidade, a posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social".⁸

Mais adiante, afiança que:

"A idéia intuitiva da justiça como equidade é considerar que os princípios primordiais da justiça constituem, eles próprios, o objeto de um acordo original em uma situação inicialmente definida. Esses princípios são aqueles que pessoas racionais interessadas em promover seus interesses aceitariam nessa posição de igualdade, para determinar os termos básicos de sua associação".⁹

5. O Princípio da Igualdade, por Hans Kelsen * * * * *

Para Hans Kelsen, o princípio da igualdade pode se dar das seguintes formas:

- a) o princípio da igualdade perante a lei (princípio da eqüidade), equivalente ao sentido de que os órgãos jurídicos não devem fazer distinções que a própria legislação a ser aplicada não faça, devendo, portanto, ser idênticas as conseqüências legais, pois, uma vez que

é a própria lei que estabelece distinções entre pessoas, não há igualdade. Tal afirmação é esclarecida na seguinte passagem de uma de suas obras:

"Isso [...] significa que os órgãos jurídicos não devem fazer distinções que a própria legislação a ser aplicada não faça".¹⁰

- b) o princípio de igualdade à relação entre produtividade e renda ("a cada um conforme sua necessidade e cada um conforme sua capacidade"), que, apresentada numa ordem socialista, é diferente daquela aplicada em uma capitalista, quando afirma:

"Igualdade verdadeira e, portanto, justiça verdadeira não apenas aparente, conclui, somente poderá ser concretizada numa economia comunista, onde vale o axioma: cada um conforme suas capacidades, a cada um conforme suas necessidades".¹¹

6. O Princípio da Igualdade na Vigente Constituição da República Federativa do Brasil

No Brasil, a conquista do ideal igualitário, não somente dos cidadãos brasileiros, mas de estrangeiros que residem no país, consolidou-se com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º, *caput*, o qual reza:

"Art. 5º. Todos são **iguais** perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes" (grifado).

Deste artigo decorre, assim, o esclarecimento de várias situações até então limitadas com relação à igualdade das pessoas na Sociedade. Daí, então, decorrerem princípios de igualdade explícitos na atual Constituição da República Federativa do Brasil (a qual, adiante, será simbolizada pelas siglas CRFB/88), como os seguintes exemplos, dentre outros:

- 6.1 "Homens e mulheres são **iguais em direitos e obrigações**" (inciso I, do art. 5º, da CRFB/88, grifado);

- 6.2 "Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado" (inciso XXXIII, do art. 5º, da CRFB/88, grifado);
- 6.3 "Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure **igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações" (inciso XXI, do art. 37, da CRFB/88, grifado);
- 6.4 "É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] II – **instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção** em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos" (inciso II, do art. 150, da CRFB/88, grifado);
- 6.5 Veda-se à União: "I – **instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência** em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País" (art. 151, I, da CRFB/88, grifado);
- 6.6 "É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei" (Parágrafo único, do art. 170, da CRFB/88, grifado);
- 6.7 "As empresas públicas e as sociedades de economia mista **não poderão gozar de privilégios fiscais** não extensivos às do setor privado" (§ 2º, do art. 173, da CRFB/88, grifado);

- 6.8 "Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: [...] II – **uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços** às populações urbanas e rurais; [...] V – **equidade na forma de participação no custeio**" (incisos II e V, do parágrafo único, do art. 194, da CRFB/88, grifado);
- 6.9 "**A saúde é direito de todos** e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal e igualitário às ações e serviços** para sua promoção, proteção e recuperação" (art. 196, da CRFB/88, grifado);
- 6.10 "**O ensino será ministrado** com base nos seguintes princípios: I – **igualdade de condições** para o acesso e permanência na escola" (inciso I, do art. 206, da CRFB/88, grifado);
- 6.11 "A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, **de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino** mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios" (Parágrafo único, do art. 211, da CRFB/88, grifado);
- 6.12 "**O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional**, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais" (art. 215, da CRFB/88, grifado);
- 6.13 "**É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados**" (art. 217, da CRFB/88, grifado);
- 6.14 "**Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações" (art. 225, da CRFB/88, grifado);

6.15 "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher" (parágrafo 5º, do art. 226, da CRFB/88, grifado);

6.16 "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação" (§ 6º, do art. 227, da CRFB/88, grifado);

Tais exemplos demonstram, como já se abordou, explicitamente, o princípio da igualdade, consignado que está na CRFB/88.

Ocorre que, mesmo havendo tais determinações legais, insiste-se na não aplicação de tais princípios, substituindo-os por legislações infra-constitucionais, mesmo e principalmente anteriores à promulgação da CRFB/88, as quais ferem, contundentemente, as normas norteadoras da atual Lei Maior.

7. A Superioridade Normativa da Constituição

Hans Kelsen ensina que "a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas".¹²

Prosseguindo, afirma que:

"Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais".¹³

Assim, neste escalonamento legal, observa-se a superioridade da CRFB/88, a qual estabelece uma política legislativa nova, ou seja, uma adequação das normas infra-constitucionais específicas, moldadas de acordo com a novel situação que se forma pela criação de novas normas gerais originada pela CRFB/88.

Michel Temer, após introduzir em seus estudos várias acepções de diversos autores sobre o que é uma Constituição, conclui:

"A Constituição é o conjunto de preceitos imperativos fixadores de deveres e direitos e distribuidores de competências, que dão a estrutura social, ligando pessoas que se encontram em dado território em certa época".¹⁴

Ora, se se considera a Constituição a "estrutura social", é porque ela é a base direcionadora de todas as leis, quer dizer, qualquer lei que a contradiga, ou não se adequar à nova situação (portanto, posterior ou anterior à validade constitucional), deve ser eliminada do ordenamento jurídico, entendido este como o conjunto de leis estabelecido para reger atos e fatos relacionados ao direito.

Norberto Bobbio observa a existência de "antinomias jurídicas", as quais consistem na "situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade",¹⁵ organizando um critério de solução para a ocorrência de tais incompatibilidades.

No presente caso, havendo uma incompatibilidade de normas infra-constitucionais que eram válidas anteriormente à validade da nova Constituição, Bobbio estabelece o chamado "critério hierárquico", também chamado de "*lex superior*", que "é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferiori*".¹⁶ E explica, então, o que significa este critério:

"Uma das conseqüências da hierarquia normativa é justamente esta: as normas superiores podem revogar as inferiores, mas as inferiores não podem revogar as superiores. A inferioridade de uma norma em relação a outra consiste na menor força de seu poder normativo; essa menor força se manifesta justamente na incapacidade de estabelecer uma regulamentação que esteja em oposição à regulamentação de uma norma hierarquicamente superior".¹⁷

Kelsen também insere que "uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem de residir na Constituição".¹⁸

8. Considerações Finais * * * * *

"I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações" (art. 5º, I, da CF/88, grifado).

A mulher, anteriormente à CRFB/88, possuía restrições em vários direitos, somente conquistados, até então, com a Lei nº 4.121/62, o Estatuto da Mulher Casada. Após a promulgação da CRFB/88, homem e mulher passaram a um patamar de igualdade irrestrito, de modo que qualquer discriminação, seja com relação ao homem, quanto à mulher, é tida como ofensiva não só à moral, mas também à ordem legal, estabelecida que está pela determinação da própria Constituição Federal de 1988, a qual, em seu art. 5º, XLI, impõe que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais".

Nesse sentido, com relação ao princípio da igualdade das pessoas na Sociedade, observa-se a repressão legal da Lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1990, a qual estabelece os crimes e as penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou por publicação de qualquer natureza, bem como a Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989, que define crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor ("Art. 1º – Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional").

Há, ainda, o Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, publicado no DOU em 07 de julho de 1992, que se refere ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12.12.1991 (DOU de 13/12/1991) que estabelece:

"Art. 26 – Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação".

Existe, também, o Decreto que Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, aprovado em 28/11/69 e ratificado pelo Brasil, conforme Decreto Legislativo nº 678/92) que, em seu art. 1º, ordena:

“Art. 1º – Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”.

Utilizando-se de tal princípio, observa-se, desta forma, que, após 5 de outubro de 1988, data da promulgação da vigente Carta Política, toda e qualquer discriminação havida que consubstancie ofensa ao princípio constitucional da igualdade, em legislação infra-constitucional, anterior ou posterior àquela Carta, seja ela substantiva ou adjetiva, trata-se de disposição inconstitucional, discriminação esta que, caso anterior à promulgação constitucional, de forma imediata e automática deve ser abolida do ordenamento jurídico, sem necessidade de expressa declaração judicial de tal situação.

Adiante, ainda, de tais considerações, não se descarta a possibilidade de tais ofensas ao princípio constitucional da igualdade acarretarem um prejuízo de ordem moral à pessoa vitimada por uma diferenciação imotivada na sociedade, ferindo seus brios e valores, claramente passível de uma indenização por tal prejuízo.

Na verdade, o que se pretende é a adequação de leis que, antigamente, esboçavam diferenciações sociais inadmissíveis atualmente, ante o fenômeno da globalização, que se trata de um contato e assimilação de culturas e interesses, e que necessita de uma equalização social, rechaçando toda e qualquer espécie de discriminação.

Como ensina o Professor Osvaldo Ferreira de Melo:

“Tudo está a nos indicar que o futuro exigirá não apenas leis reformadas ou corrigidas, mas o próprio Direito reconceituado, cujo alcance não se resume a permitir, impedir ou sancionar condutas do dia-a-dia, mas que seja capaz de reordenar, em

novas bases éticas, toda a convivência social, redefinindo o papel do Estado e dos cidadãos perante as reais necessidades da vida, historicamente escamoteadas pela retórica do Poder que pretendeu sempre justificar formas injustas de dominações e privilégios".¹⁹

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9. ed. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Campus, 1992. p. 27.
- 2 *Idem*, p. 118.
- 3 ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro : Ediouro, 1997. p. 60.
- 4 *Idem*, p. 91.
- 5 *Idem*, p. 65.
- 6 *Idem*, p. 117.
- 7 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo : Martins Fontes, 1997. p. 140.
- 8 *Idem*, p. 13.
- 9 *Idem*, p. 127-128.
- 10 Kelsen, Hans. *O que é justiça?* Trad. Luis Carlos Borges e Vera Barkow. São Paulo : Martins Fontes, 1997. p. 16.
- 11 *Idem*, p. 16.
- 12 Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 1998. p. 247.
- 13 *Idem*, p. 247.
- 14 TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo : Malheiros, 1997. p. 16.
- 15 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília : UNB, 1996. p. 88.
- 16 *Idem*, p. 93.
- 17 *Ibidem*.
- 18 Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 300.
- 19 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1994. p. 133.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro : Ediouro, 1997. 187p.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Campus, 1992. 217p.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília : UnB, 1996. 184p.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?* Trad. Luis Carlos Borges e Vera Barkow. São Paulo : Martins Fontes, 1997. 404p.

_____. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 1998. 427p.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1994. 136p.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo : Martins Fontes, 1997. 708p.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo : Malheiros, 1997. 222p.