

A igualdade para todos

Jaciely Favoretti

Servidora do Ministério Público da União (MPU), lotada no Ministério Público Federal (MPF). Professora do curso de Direito do UNESC. Pós-graduada em Direito Público. Graduada em Direito.

Resumo: O princípio da isonomia ou igualdade pode ser visto sob duas vertentes: o direito à igualdade no seu plano formal, igualdade perante a lei, e no seu plano substancial, igualdade na lei. A igualdade é postulado a ser perseguido pela Constituição – conforme informa o preâmbulo que inaugurou a Carta Magna de 1988 –, é, ainda, princípio fundamental da República Federativa do Brasil, que tem como fundamento o pluralismo político, que nada mais é do que o respeito às diferenças, em que as diversidades e liberdades devem ser amplamente respeitadas, não podendo haver discriminações por motivos de crença, origem, raça, sexo, cor, idade, e é também um objetivo fundamental, devendo o Brasil promover o bem de todos, extinguindo qualquer forma de discriminação. A preocupação com a igualdade hoje se reveste mais na sua forma de concretização do que o simples enunciado na norma. Assim, ante a preocupação com a concretização da igualdade, foram criados mecanismos para que as discriminações do passado possam ser diminuídas e até mesmo extintas no futuro. Hoje se fala nas ações afirmativas ou discriminações positivas, que é o tratamento desigual àqueles que são diferentes, assim, o presente estudo visa a demonstrar como a igualdade material pode ser efetivamente alcançada.

Palavras-chave: Isonomia. Isonomia material e formal. Igualdade perante a lei e igualdade na lei. Ações afirmativas ou discriminações positivas.

Abstract: The principle of equality or equality can be seen under two aspects, namely: the right to equality in its formal plan, equality before the law, and its substantive terms, equality in law. Equality is postulated to be pursued by our Constitution, as the preamble

informs that ushered in the 1988 Constitution, is still fundamental principle of the Federative Republic of Brazil with a plea for political pluralism, which is nothing more than respect for differences, where differences and freedoms should be widely respected, there must be no discrimination on grounds of belief, national origin, race, sex, color, age, and is also a primary goal, with the Brazil to promote the good of all, extinguishing any form of discrimination. The concern with equality today takes over in its embodiment of the simple statement in the standard, as well as concern for the achievement of equality mechanisms have been developed for the discrimination of the past can be reduced or even extinct in the future. Today people speak in the affirmative action or positive discrimination, which is nothing more than the unequal treatment to those who are different, so this study aims to demonstrate how substantive equality can be effectively achieved.

Keywords: Equality. Equality formal and material. Equality before the law and equality in law. Affirmative action or positive discrimination.

Sumário: 1 Introdução. 2 A igualdade para todos. 3 Conclusão.

1 Introdução

O presente trabalho visa a demonstrar que igualdade não é somente a vedação a se criar discriminações quando da edição e aplicação das leis, mas também criar discriminações positivas, justas, que visem a dar aos desiguais meios para que possam alcançar a igualdade plena. Assim, o conceito de igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade. Percebe-se que nem todo tratamento desigual é inconstitucional, o seria somente o tratamento desigual que aumente ainda mais a desigualdade existente.

Logo, a diferenciação é válida quando a própria Constituição prevê o tratamento diferenciado ou quando há um pressuposto lógico e racional que justifique a desequiparação.

Assim, no conceito de igualdade, compreendem-se duas espécies, quais sejam, a igualdade formal, concepção clássica do estado liberal, em que todos são iguais perante a lei, e a igualdade material, que é a efetiva, em que se busca a igualdade de fato na vida econômica e social e não somente na lei, em que o Estado e os particulares, estes com menos intensidade, devem buscar e usar todos os meios para que acabe ou ao menos diminua a desigualdade de fato.

Visando a alcançar a igualdade de fato ou substantiva, criaram-se mecanismos chamados ora de ações afirmativas, ora de discriminações positivas, que nada mais são do que mecanismos de proteção e favorecimento aos que necessitam de uma especial tutela como meio de absorver as diversas desigualdades existentes em uma sociedade, como o ingresso de candidatos negros em universidades públicas, a inserção de candidatas femininas em partidos políticos, a reserva de vagas a portadores de deficiência, entre outras.

Todos esses mecanismos visam à inserção de pessoas que, por sua história, foram excluídas total ou parcialmente dos mecanismos sociais. Dessa forma, as diferenciações são justas à medida que diminuem as diferenças, introduzindo na sociedade pessoas que, se assim não fosse, seriam excluídas de forma natural dos meios de educação e emprego, entre outras oportunidades.

2 A igualdade para todos

Segundo o conceito do *Dicionário Técnico Jurídico* (GUIMARÃES, 2004), isonomia é a igualdade de todos perante a lei, princípio que expressa tratamento ante a lei sem distinção de grau, classe ou poder econômico.

Bulos (2009) expõe que a igualdade constitucional, mais do que um direito, é um princípio, uma regra de ouro, que serve de diretriz interpretativa para as demais normas constitucionais.

A ideia de igualdade não é contemporânea, vem desde a Grécia Clássica, com os grandes pensadores Platão e Aristóteles, chegando aos dias atuais. Contudo, é na Revolução Francesa que se formaliza a ideia jurídica de igualdade, com a inserção de tal postulado no art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e depois com a inclusão da ideia de igualdade nas Constituições modernas.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009) assevera que a igualdade, desde a antiguidade, é indissolúvelmente ligada à democracia. O autor cita as palavras de Péricles, que, no seu discurso em honra aos mortos, no primeiro ano da guerra de Peloponeso, expôs a isonomia como uma das três características da democracia ateniense. Propõe, ainda, que tal princípio não é absoluto, o que significa dizer que o fato de a Constituição o ter consagrado não nega outras disposições que estabeleçam a desigualdade, mas uma desigualdade justificável, e não diferenciações arbitrárias.

Segundo Joaquim B. Barbosa Gomes, no artigo “A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro”:

A noção de igualdade, como categoria jurídica de primeira grandeza, teve sua emergência como princípio jurídico incontornável nos documentos constitucionais promulgados imediatamente após as revoluções do final do século XVIII. *Com efeito, foi a partir das experiências revolucionárias pioneiras dos EUA e da França que se edificou o conceito de igualdade perante a lei, uma construção jurídico-formal segundo a qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio*, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos interindividuais. Concebida para o fim específico de abolir os privilégios típicos do *ancien régime* e para dar cabo às distinções e discriminações baseadas na linhagem, no “rang”, na rígida e imutável hierarquização social por classes (“*classement par ordre*”), essa clássica concepção de igualdade jurídica, meramente formal, firmou-se como idéia-chave do constitucionalismo que floresceu no século XIX e

prosseguiu sua trajetória triunfante por boa parte do século XX. Por definição, conforme bem assinalado por Guilherme Machado Dray, “o princípio da igualdade perante a lei consistiria na simples criação de um espaço neutro, onde as virtudes e as capacidades dos indivíduos livremente se poderiam desenvolver. Os privilégios, em sentido inverso, representavam nesta perspectiva a criação pelo homem de espaços e de zonas delimitadas, susceptíveis de criarem desigualdades artificiais e nessa medida intoleráveis”. Em suma, segundo esse conceito de igualdade que veio a dar sustentação jurídica ao Estado liberal burguês, a lei deve ser igual para todos, sem distinções de qualquer espécie.

Abstrata por natureza e levada a extremos por força do postulado da neutralidade estatal (uma outra noção cara ao ideário liberal), o princípio da igualdade perante a lei foi tido, durante muito tempo, como a garantia da concretização da liberdade. Para os pensadores e teóricos da escola liberal, bastaria a simples inclusão da igualdade no rol dos direitos fundamentais para se ter esta como efetivamente assegurada no sistema constitucional (GOMES, 2001, p. 130, grifo nosso).

Destacou Flávia Piovesan, em trabalho apresentado na Audiência Pública sobre a Constitucionalidade de Políticas de Ação Afirmativa de Acesso ao Ensino Superior – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186 e Recurso Extraordinário n. 597.285/RS:

Ao longo da história, as mais graves violações aos direitos humanos tiveram como fundamento a dicotomia do “eu *versus* o outro”, em que a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos. Vale dizer, a diferença era visibilizada para conceber o “outro” como um ser menor em dignidade e direitos, ou, em situações limites, um ser esvaziado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartável, um ser supérfluo, objeto de compra e venda (como na escravidão) ou de campos de extermínio (como no nazismo). Nesta direção, merecem destaque as violações da escravidão, do nazismo, do sexismo, do racismo, da homofobia, da xenofobia e de outras práticas de intolerância.

[...]

Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Neste cenário, as mulheres, as crianças, as populações afro-descendentes, os migrantes, as pessoas com deficiência, os povos indígenas, dentre outras categorias vulneráveis, demandam uma proteção especial, em face de sua própria vulnerabilidade. *Ao lado do direito à igualdade, surge o direito à diferença. Isto significa que a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para a promoção de direitos* (PIOVESAN, 2009, p. 2, grifo nosso).

A igualdade é um conceito relacional e orientado, segundo Walter Rothenburg (2009). Relacional porque implica comparação, estabelecimento de relação entre seres e situações. O autor afirma que Norberto Bobbio propõe que se pergunte sempre *igualdade entre quem? E igualdade em quê?* E orientado porque tem uma finalidade: a justiça por meio de equivalência. O autor propõe, ainda, que a igualdade radica na dignidade da pessoa humana, que tem como objetivo erradicar a pobreza e a marginalização, bem como promover o bem de todos, e a lei punirá as diferenciações discriminatórias por motivo de raça, cor, idade, e outros. De acordo com Rothenburg (2009), a igualdade pode também ser vista sob duas dimensões, uma negativa e outra positiva. A primeira é a proibição à discriminação indevida, já a segunda é a diferenciação devida que visa a tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente (ações afirmativas), podendo assim a igualdade ser a não discriminação, como a discriminação que visa a promover a igualdade com distinções.

Assim, igualdade significa evitar discriminações injustificáveis, proibindo-se tratamento desigual de quem esteja na mesma situação, ou, ainda, promover distinções justificáveis, oferecendo um tratamento desigual para quem esteja em situação diferenciada. Logo, igualdade não é somente a proibição de exclusão, mas também a obrigação de inclusão. Segundo Celso Antonio Bandeira

de Mello (2010), as distinções são válidas quando inexistente um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, desde que não seja incompatível com os interesses da Constituição.

Desse modo, a lei não pode erigir em critério diferencial um traço tão específico que singularize no presente e, definitivamente, de modo absoluto, um sujeito a ser acolhido pelo regime peculiar. Ainda, o traço diferencial adotado deve residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada. Ou, para que a diferenciação seja con-dizente com a isonomia, não pode atingir de modo atual e absoluto um só indivíduo; que as pessoas desequiparadas sejam efetivamente distintas entre si; deve existir uma relação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção estabelecida pela norma jurídica, bem como que o vínculo de correlação seja em função dos interesses constitucionais (MELLO, 2010).

Conclui-se, assim, que o princípio da isonomia se resume em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das suas desigualdades. Inocêncio Mártires Coelho, citando o Tribunal Constitucional alemão, afirma que o princípio da igualdade tem caráter suprapositivo, anterior ao Estado, e que, mesmo se não constasse do texto constitucional, ainda assim deveria ser respeitado (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009).

O *caput* e o inciso I do art. 5º da Constituição Federal de 1988 consagram o princípio da igualdade, em que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Essa igualdade é a formal, civil ou jurídica (*de jure equality*), contudo, deve a lei garantir a igualdade material, substantiva ou substancial (*de facto equality*), de forma a tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.

Igualdade perante a lei, segundo Carvalho (2010), significa uma limitação ao legislador e também uma regra de interpretação, não sendo tal princípio absoluto, como os demais direitos fundamentais.

Segundo Flávia Piovesan (2009), ao lado do direito à igualdade surge, como direito fundamental, o direito à diferença. A autora afirma que se podem destacar três vertentes do referido princípio, quais sejam: a igualdade formal (importante ao seu tempo para extinguir os privilégios); a igualdade material com vistas ao ideal de justiça social e distributiva, e, ainda, a igualdade material como ideal de justiça ao reconhecimento de desigualdades, como orientação sexual, idade, raça, cor e outros, surgindo daí a necessidade de um protagonismo estatal, orientado pelo dever de respeitar, de proteger e implementar os direitos humanos.

A igualdade material busca nos direitos de segunda geração, aqueles cristalizados na ordem social, o seu fundamento, visando a assegurar o acesso de todo o povo a determinados bens, como saúde, educação, previdência, lazer etc. Já a igualdade formal determina tratamento uniforme perante a lei, vedando tratamento desigual aos iguais.

A igualdade formal ou civil ou jurídica, segundo Guilherme Peña (2009), expressa a produção, interpretação e aplicação igualitária de normas com vistas a impossibilitar diferenciações de tratamento que se revelem arbitrárias, sob a forma de discriminação ou privilégios.

Walter Rothenburg (2009) afirma que a diferenciação entre igualdade material e formal reproduz-se na distância entre o esperado (plano normativo) e o acontecido (plano fático), na distinção correspondente entre uma suposta diferença teórica e prática.

A igualdade material, real ou fática exterioriza a igualdade efetiva perante os bens da vida humana, que possui três meios de implementação, quais sejam: normas que proíbem a prática de discriminações baseadas em critérios de cor, raça, idade etc. (franco-germânicos); os consignados em normas que obrigam a prestação de benefícios e serviços que atendam as necessidades básicas das pessoas (ordenamento nórdico-escandinavos); e, por último, as *ações*

afirmativas (*affirmative action*), políticas ou programas públicos que objetivam conceder algum benefício às minorias ou grupos sociais que se encontrem em situação desvantajosa, como os portadores de deficiências, idosos, índios, mulheres etc. (norte-americanos), ou seja, a igualdade material tem por fim a igualação dos desiguais por meio de concessão de direitos sociais substanciais.

Por meio das palavras de Uadi Lammêgo Bulos (2009), podemos concluir que a igualdade ou isonomia jurídico-formal, presente em nossas Constituições desde o Império, é detectada pelo uso da expressão “perante a lei”, enquanto a igualdade material é a concretização da isonomia formal, que sai do papel para se realizar na prática.

Flávia Piovesan (2009) destaca os instrumentos normativos internacionais que demandam a adoção das ações afirmativas para o alcance da igualdade material, quais sejam: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, entre outras.

Ao tratar a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, Piovesan asseverou:

Se o combate à discriminação é medida emergencial à implementação do direito à igualdade, todavia, por si só, é medida insuficiente. Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva, pois a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação. Daí serem essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial prevê, no artigo 1º, parágrafo 4º, a possibilidade das ações afirmativas, mediante a adoção de medidas especiais de proteção tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso de certos grupos raciais ou étnicos. As ações afirmativas são consideradas medidas necessárias e legítimas para aliviar, remediar e transformar o legado de um passado discriminatório. Devem ser compreendidas não somente pelo prisma retrospectivo – no sentido de aliviar a carga de um passado discriminatório –, mas também prospectivo – no sentido de fomentar a transformação social, criando uma nova realidade, sob a inspiração do direito à igualdade material e substantiva (PIOVESAN, 2009, p. 5-6, grifo nosso).

A expressão ação afirmativa foi utilizada pela primeira vez em 1965 nos Estados Unidos, significando a exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, com preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados. A mudança de perspectiva do princípio da igualdade forçou a implantação de planos e programas de governo, de forma que as minorias sociais passavam a ter necessariamente percentuais de oportunidade, como empregos, vagas em universidades públicas etc. Igualmente, no Direito europeu observou-se a necessidade de uma desigualação; tais ações afirmativas são lá chamadas de discriminação positiva (SILVA, 2003).

Da transição da ultrapassada noção de igualdade “estática” ou “formal” ao novo conceito de igualdade “substancial” surge a idéia de “igualdade de oportunidades”, noção justificadora de diversos experimentos constitucionais pautados na necessidade de se extinguir ou de pelo menos mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e, conseqüentemente, de promover a justiça social.

Dessa nova visão resultou o surgimento, em diversos ordenamentos jurídicos nacionais e na esfera do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de políticas sociais de apoio e de promoção de determinados grupos socialmente fragilizados. Vale dizer, da concepção liberal de igualdade que capta o ser humano em sua conformação

abstrata, genérica, o Direito passa a percebê-lo e a tratá-lo em sua especificidade, como ser dotado de características singularizantes. No dizer de Flávia Piovesan, “do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades. Daí apontar-se não mais ao indivíduo genérica e abstratamente considerado, mas ao indivíduo especificado, considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc.” (PIOVESAN, 1998, p. 130). O “indivíduo especificado”, portanto, será o alvo dessas novas políticas sociais.

A essas políticas sociais, que nada mais são do que tentativas de concretização da igualdade substancial ou material, dá-se a *denominação de “ação afirmativa” ou, na terminologia do direito europeu, de “discriminação positiva” ou “ação positiva”*.

A consagração normativa dessas políticas sociais representa, pois, um momento de ruptura na evolução do Estado moderno. Com efeito, como bem assinala a Professora Carmen Lúcia Antunes Rocha, “em nenhum Estado Democrático, até a década de 60, e em quase nenhum até esta última década do século XX se cuidou de promover a igualação e vencerem-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares obrigatórios pelos quais se superassem todas as formas de desigualação injusta. Os negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por opção religiosa, por condições econômicas inferiores, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade etc. continuam em estado de desalento jurídico em grande parte do mundo. Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, da liberdade igual para todos, não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida, deixados que são à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política”. *Assim, nessa nova postura o Estado abandona a sua tradicional posição de neutralidade e de mero espectador dos embates que se travam no campo da convivência entre os homens e passa a atuar “ativamente na*

busca” da concretização da igualdade positivada nos textos constitucionais (GOMES, 2001, p. 131-132, grifo nosso).

Segundo ainda Joaquim B. Barbosa Gomes (2001), no artigo “A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro”, as ações afirmativas usadas pioneiramente nos Estados Unidos como forma de resolver o dilema americano que era a marginalização social e econômica do negro naquela sociedade, são na verdade mecanismos públicos ou privados destinados à efetivação do princípio da igualdade material, deixando a igualdade de ser um princípio respeitado por todos, passando a ser um objetivo a ser perseguido por todo o Estado e a Sociedade.

A introdução das políticas de ação afirmativa, criação pioneira do Direito dos EUA, representou, em essência, a mudança de postura do Estado, que, em nome de uma suposta neutralidade, aplicava suas políticas governamentais indistintamente, ignorando a importância de fatores como sexo, raça, cor, origem nacional. Nessa nova postura, passa o Estado a levar em conta tais fatores no momento de contratar seus funcionários ou de regular a contratação por outrem, ou ainda no momento de regular o acesso aos estabelecimentos educacionais públicos e privados. Numa palavra, ao invés de conceber políticas públicas de que todos seriam beneficiários, independentemente da sua raça, cor ou sexo, o Estado passa a levar em conta esses fatores na implementação das suas decisões, não para prejudicar quem quer que seja, mas para evitar que a discriminação, que inegavelmente tem um fundo histórico e cultural, e não raro se subtrai ao enquadramento nas categorias jurídicas clássicas, finde por perpetuar as iniquidades sociais (GOMES, 2001, p. 134, grifo nosso).

Falando ainda do pioneirismo norte-americano está Hamilton V. Ramos, que, no seu artigo “Diferenças sociais e ações afirmativas – a luta pela igualdade”, assevera:

[...]

uma das primeiras menções à idéia de ações afirmativas constou do famoso discurso proferido na Howard University, em junho de 1965, pelo então pre-

sidente norte-americano, Lyndon Johnson: “Você não pega uma pessoa que, por anos, esteve presa por correntes e a liberamos, a levamos para o início da linha de partida de uma corrida, e então dizemos ‘você está livre para competir com todos os outros’, e ainda acreditamos que fomos completamente justos. Assim, não é o bastante apenas abrir as portas da oportunidade. *Todos os cidadãos devem possuir a habilidade necessária para atravessar essas portas*” (RAMOS, 2007, p. 123, grifo nosso).

Antes das ações afirmativas vigorava nos EUA a teoria do *Separate But Equal*, que imperou por muitos anos e consistia na separação entre brancos e negros, porém assegurando uma prestação de serviços idênticos. Essa teoria foi superada pela do *treatment as an equal*, precisando das ações afirmativas para superar o sentimento de discriminação. Afirmam alguns autores que as ações afirmativas estão sendo revistas, haja vista que a igualdade já é assegurada de forma substancial, não havendo mais necessidade de interferência do Estado (LENZA, 2009).

A discriminação injustificada dos negros nos Estados Unidos deflagrou, inclusive, uma injusta decisão no histórico e pioneiro controle de constitucionalidade ali iniciado. O segundo caso a ser analisado pela Suprema Corte norte-americana foi o Dred Scott x Sandford, em 1857, mais de 50 anos após o histórico pronunciamento sobre o controle de constitucionalidade. Nesse caso, a Corte considerou serem inconstitucionais todas as leis federais e estaduais que pretendessem conferir cidadanias aos negros, que eram vistos como seres inferiores e não mereciam proteção constitucional (BARROSO, 2009).

Assim, como forma de superação das desigualdades raciais injustificadas após anos na sua história, deflagrou-se nos Estados Unidos a política de igualação, criando mecanismos de superação da tão assombrosa discriminação, por meio das chamadas ações afirmativas.

Portanto, pode-se definir tal instituto como um conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas públicas que visa favorecer

grupos ou segmentos da sociedade que se encontram em piores situações de competição na sociedade, eliminando, assim, os desequilíbrios até que sejam superados (CARVALHO, 2010).

José Sampaio Jr. (2009), nessa toada, afirma que as ações afirmativas não são políticas perenes e soluções definitivas, mas sim remédios para uma situação urgente que com os dias só pioram, precisando, assim, de medidas enérgicas. Logo, tais ações devem vir associadas a elementos que comprovem a difícil situação social justificadora da medida de desigualação, devendo abarcar pessoas que se encontrem em verdadeira dificuldade social e não grupos ou raças, por si só, sob pena de a discriminação ser inconstitucional.

Afirma Flávia Piovesan:

Ressalta-se, assim, o caráter bidimensional da justiça: redistribuição somada ao reconhecimento de identidades. O direito à redistribuição requer medidas de enfrentamento da injustiça econômica, da marginalização e da desigualdade econômica, por meio da transformação nas estruturas sócio-econômicas e da adoção de uma política de redistribuição. De igual modo, o direito ao reconhecimento requer medidas de enfrentamento da injustiça cultural, dos preconceitos e dos padrões discriminatórios, por meio da transformação cultural e da adoção de uma política de reconhecimento. É à luz desta política de reconhecimento que se pretende avançar na reavaliação positiva de identidades discriminadas, negadas e desrepetidas; na desconstrução de estereótipos e preconceitos; e na valorização da diversidade cultural.

Sob a perspectiva dos direitos humanos, *as ações afirmativas em prol da população afro-descendente surgem tanto como um instrumento capaz de enfrentar a injustiça social e econômica (traduzindo o direito à redistribuição), como também como um instrumento capaz de enfrentar a injustiça cultural (traduzindo o direito ao reconhecimento)* (PIOVESAN, 2009, p. 3-4, grifo nosso).

O Estado Social deve garantir a igualdade real perante os bens da vida, diversa daquela trazida pela lei. Em diversos artigos, o constituinte buscou garantir a isonomia material, como no art. 3º, III, da CF; em outras situações, a própria Constituição estabelece desigualdades, como, por exemplo, entre homem e mulher, em que garantiu às presidiárias permanecerem com seus filhos durante a amamentação, art. 5º, L, da CF; licença maternidade superior à licença paternidade, isenção do serviço militar obrigatório para as mulheres em tempo de paz, art. 143, § 2º, da CF, a proteção do mercado da mulher, art. 7º, XX, bem como prazo reduzido para a aposentadoria por tempo de serviço e idade, art. 40, III, e § 7º, I e II (TAVARES, 2009).

Quanto às diferenças estabelecidas entre homem e mulher, José A. da Silva (2007) conclui que só valem as discriminações feitas pela própria CF/1988, afirmando que tais diferenças se justificam, muitas vezes, pela sobrecarga de serviços que é posta a mulher. Contudo, em outros artigos, por exemplo, no art. 226, § 5º, a CF/1988 dá tratamento igual a ambos os sexos, afirmando que os direitos e deveres da sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

A Carta Magna assegura a igualdade de todos perante a lei, em contrapartida, dá a garantia de que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) e ainda dispõe que a prática de racismo é crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão na forma da lei.

Assim, conclui-se que o princípio da isonomia se dirige ao legislador (*igualdade na lei*), ao aplicador do Direito (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário – *igualdade perante a lei* – eficácia vertical) e, ainda, ao particular (eficácia horizontal). Nessa relação, tal princípio não se dá com tanta intensidade, haja vista o respeito à autonomia da vontade, aplicando-se assim em múltiplas derivações, em outros ramos do Direito, como o Processual, Administrativo, Tributário, Penal etc.

Logo, igualdade perante a lei significa um momento posterior a sua edição, devendo ser aplicada uniformemente, conforme o que preceitua, ou seja, tem a ver com o modo de aplicação da lei. Já a igualdade na lei significa que, no momento de sua feitura, a norma não pode adotar critérios de diferenciação injustificados e desproporcionais. A distinção quanto aos destinatários dada acima, segundo Walter Rothenburg (2009), encontra-se superada, haja vista que todos os cidadãos são aplicadores e criadores da norma em alguma medida, sem, contudo, extinguir a diferenciação de igualdade perante a lei e igualdade na lei.

O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (*RDA 55/114*), sob duplo aspecto: *(a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei*. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade” (STF, MI n. 58, rel. p/ o ac. min. Celso de Mello, j. em 14.12.1990, Plenário, *DJ* de 19 abr. 1991). [grifo nosso]

Podem-se citar questões polêmicas, como o Programa Universidade para Todos (PROUNI) ou ainda as quotas raciais em universidades públicas, como forma de ações afirmativas, mas não são os únicos meios de inclusão das classes menos favorecidas a

condições melhores de vida, que foram objetos de ações do controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal:

O relator, da mesma forma, reputou descabida a afirmação de que o art. 2º da Lei n. 11.096/2005 afrontaria o art. 5º, I e LIV, da CF. Salientando que a igualdade é valor que tem no combate aos fatores de desigualdade o seu modo próprio de realização, entendeu que a desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que tivessem sido contemplados com bolsa integral constituiria discriminação que acompanharia a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade. Também não acolheu a tese de que o art. 7º da norma em questão violaria o princípio da autonomia universitária (CF, art. 207), visto que o PROUNI seria um programa concebido para operar por ato de adesão ou participação absolutamente voluntária. Esgrimiu, ademais, o argumento de ofensa ao princípio da livre iniciativa (CF, art. 170), ao fundamento de que este postulado já nasceria relativizado pela própria Constituição, pois a liberdade de iniciativa estaria sujeita aos limites impostos pela atividade normativa e reguladora do Estado, que se justificasse pelo objetivo maior de proteção de valores também garantidos pela ordem constitucional e reconhecidos pela sociedade como relevantes para uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Por fim, rechaçou o apontado desrespeito pelo art. 9º da lei em causa ao art. 5º, XXXIX, da CF, porquanto a matéria nele versada não seria de natureza penal. Frisou que o referido dispositivo elencaria as únicas sanções aplicáveis aos casos de descumprimento das obrigações, assumidas pelo estabelecimento de ensino superior, depois da assinatura do termo de adesão ao programa, sancionamento este que estaria a cargo do Ministério da Educação, ao qual incumbiria, ainda, o controle e gerenciamento do programa, por se tratar de matéria essencialmente administrativa. Após, pediu vista dos autos o min. Joaquim Barbosa. ADI n. 3.330/DF, rel. min. Carlos Britto, 2.4.2008. (ADI-3330) Informativo 500 STF. [grifo nosso]

Pedro Lenza (2009) cita dois exemplos de ações afirmativas além das cotas raciais em universidades, quais sejam: a indicação de uma mulher e um negro para a composição do Supremo Tribunal Federal após quase 200 anos de sua existência, criado ainda na fase colonial em 1808, como Casa de Suplicação.

Existem discriminações aceitas pela nossa jurisprudência e doutrina pátria de forma excepcional, como o limite de idade para ingresso em cargo público, que, segundo a Súmula n. 683 do Supremo Tribunal Federal, o limite de idade para o ingresso em cargo público só se justifica quando a natureza das atribuições do cargo assim o exigirem. Vejam-se questões polêmicas trazidas à análise perante nossa Corte Suprema:

A vedação constitucional de diferença de critério de admissão por motivo de idade (CF, art. 7º, XXX) é corolário, na esfera das relações de trabalho, do princípio fundamental de igualdade, que se entende, à falta de exclusão constitucional inequívoca (como ocorre em relação aos militares – CF, art. 42, § 1º), a todo o sistema do pessoal civil. É ponderável, não obstante, a ressalva das hipóteses em que a limitação de idade se possa legitimar como imposição da natureza e das atribuições do cargo a preencher (STF, RMS n. 21.046, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. em 14.12.1990, Plenário, DJ de 14 nov. 1991). No mesmo sentido: RE n. 586.088-AgR, rel. min. Eros Grau, j. em 26.5.2009, Segunda Turma, DJE de 19 jun. 2009; AI n. 722.490-AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. em 3.2.2009, Primeira Turma, DJE de 6.3.2009. RE n. 212.066, rel. min. Maurício Corrêa, j. em 18.9.1998, Segunda Turma, DJ de 12 mar. 1999; RMS n. 21.045, rel. min. Celso de Mello, j. em 29.3.1994, Primeira Turma, DJ de 30 set. 1994). [grifo nosso]

A igualdade, desde Platão e Aristóteles, consiste em tratar-se de modo desigual os desiguais. Prestigia-se a igualdade, no sentido mencionado quando, no exame de prévia atividade jurídica em concurso público para ingresso no Ministério Público Federal, dá-se tratamento dis-

tinto àqueles que já integram o Ministério Público. Segurança concedida. (STF, MS n. 26.690, rel. min. Eros Grau, j. em 3.9.2008, DJE de 19 dez. 2008). [grifo nosso]

Razoabilidade da exigência de altura mínima para ingresso na carreira de delegado de polícia, dada a natureza do cargo a ser exercido. *Violação ao princípio da isonomia. Inexistência* (STF, RE n. 140.889, rel. p/ o ac. min. Maurício Corrêa, j. em 30.5.2000, Segunda Turma, DJ de 15 dez. 2000). [grifo nosso]

Concurso público. [...] Prova de títulos: exercício de funções públicas. *Viola o princípio constitucional da isonomia norma que estabelece como título o mero exercício de função pública* (STF, ADI n. 3.443, rel. min. Carlos Velloso, j. em 8.9.2005, DJ de 23 set. 2005). No mesmo sentido: ADI n. 3.522, rel. min. Marco Aurélio, j. em 24.11.2005, DJ de 12 maio 2006). [grifo nosso]

O Estado liberal corresponde ao Estado de Direito, que gira em torno do império da lei, surge para superar o modelo anterior de Estado de Polícia/Absolutista, em que o Estado intervinha na vida privada. A liberdade tinha aspecto formal, em que o Estado não intervinha na vida privada, aspecto negativo.

No constitucionalismo moderno, surge o Estado social em substituição ao Estado liberal, buscando superar a dicotomia entre igualdade política e desigualdade social, em que o Estado intervém nos domínios econômico e social, garantindo um Estado mínimo de bem-estar social – *welfare state*.

Hoje, vive-se em um Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional Democrático; para alguns autores, como Marcelo Novelino (2009), conexão entre o Estado liberal e o Estado Social, direito e democracia, estabelecendo institutos de participação popular, como iniciativa popular, referendo etc. Nos dias atuais, a problemática é a efetividade e dimensão material dos direitos fundamentais, não somente a previsão desses direitos na norma.

Busca-se não só a igualdade formal, mas também a igualdade material, ou seja, não a igualdade dos homens perante a lei, mas a igualdade real, com a diminuição das desigualdades sociais. Hoje, como instrumento protetor, temos as chamadas *ações afirmativas*, que compõem um grupo de institutos cujo objetivo é compensar, por meio de políticas públicas ou privadas, os séculos de desigualdade e discriminação de determinadas raças ou segmentos. Assim, as ações afirmativas são medidas de conteúdo redistributivo, positivo, promocional, de renivelamento e restauração, com o objetivo sempre de promover uma sociedade livre, justa e solidária.

Conclui-se que o tratamento diferenciado estabelecido pela lei é agressivo à isonomia quando não há correlação lógica entre a diversidade do regime estabelecido e o fator que tenha determinado o enquadramento, num ou noutro regime, das pessoas, coisas ou situações reguladas (SUNDFELD, 2001).

Celso Antonio Bandeira de Mello (2010) afirma que pode ser feita uma síntese acerca da ofensa ao princípio da isonomia, quando:

- a norma singulariza um destinatário, ao invés de abranger uma categoria de pessoas;
- a norma adota como critério discriminador elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas;
- a norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção ao fator de *discrímen* adotado, que, porém, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados;
- o *discrímen* estabelecido conduz efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

Segundo o autor, “a interpretação da norma extrai dela distinções, discrimen, desequiparações que não foram professadamente assumidas por ela de modo claro ou implícito” (MELLO, 2010, p. 47-48).

Celso A. Bandeira de Mello ainda expõe:

[...] 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 (MELLO, 2010, p. 17, grifo nosso).

Dessa forma, é inegável que o Estado reconheça a discriminação racial, de gênero e todas as demais formas de discriminação, ou seja, reconheça a fragilidade de determinados grupos sociais e tome a postura de enfrentá-las, passando, assim, a ser uma política de Estado, adotando discriminações positivas a fim de que tais grupos gozem de direitos já almejados pelos demais. É inegável que não somente o Estado deve adotar uma postura positiva, mas também os particulares, na eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em que o Estado traçaria as linhas mestras e os particulares se empenhariam para a concretização da igualdade material, como, por exemplo, por meio de incentivos fiscais.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a igualdade não pode ser tratada somente sob o enfoque formal. Logo, só uma acepção substancial que assegure em cada caso concreto a devida igualação, por meio de políticas estatais e particulares, quando as pessoas estiverem em situações de desigualdade, é que se adéqua ao atual estado constitucional democrático, estando o princípio da proporcionalidade em perfeita consonância com o princípio da isonomia, na medida em que funciona como termômetro de algumas ações discriminatórias com o fim da igualação dos desiguais.

3 Conclusão

A igualdade é conceito um tanto remoto que foi transformado ao longo dos tempos, surgindo como uma concepção meramente formal, em que se buscava a igualdade perante a lei, de forma que a lei não poderia adotar tratamentos diferenciados, discriminatórios, já que esta deveria dar tratamento igual a todos.

Depois, foi adotado o conceito substancial ou material, em que a preocupação não era somente prever tal princípio na norma, mas sim efetivá-lo na vida real, adotando-se o postulado segundo o qual a igualdade seria atingida tratando-se os iguais de forma igual e os desiguais desigualmente.

Assim, a preocupação agora é a efetivação da isonomia, por meio de mecanismos que promovam discriminações positivas, baseadas nas diferenças históricas e culturais, como forma de inserção de um ou vários grupos na sociedade, grupos esses discriminados negativamente ao longo da história da humanidade.

Com a evolução do conceito de igualdade, surgem mecanismos de concretização, chamados ações afirmativas para os norte-americanos, ou, ainda, de discriminações positivas para os europeus. Tais institutos se assemelham e visam a garantir, por meio de políticas públicas e privadas, a igualdade substancial, inserindo grupos até então marginalizados no seio da sociedade. É o caso das cotas raciais em universidades, os incentivos fiscais a particulares para a implementação de políticas de inclusão ou ainda o PRONUNI, entre outras.

Pode-se concluir que a realização plena da igualdade não é problema somente dos excluídos, ou dos entes estatais, mas de toda a sociedade, em que hoje se defende o uso da discriminação positiva como forma de superação de todas as diferenças, sejam elas de ordem social, cultural, racial, de gêneros etc. Não se podem

fechar os olhos para os irmãos excluídos; deve-se, ao contrário, abraçar essa causa e garantir que os marginalizados possam algum dia galgar um lugar na sociedade, evitando que, cada vez mais, sofram com a discriminação desarrazoada e injusta.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 3330*. Brasília. Relator: Carlo Ayres Britto. *DJ* de 9 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo500.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 3443*. Relator: Carlos Velloso. *DJ* de 23 set. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em: 12 abr. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 58*. Relator: Celso de Mello. *DJ* de 19 abr. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em: 12 de abril de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.690*. Relator: Eros Grau. *DJ* de 19 dez. 2008. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em: 12 abr. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 140.889*. Relator: Maurício Corrêa. *DJ* de 14 nov. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em: 12 abr. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 21.046*. Relator: Sepúlveda Pertence. *DJ* de 14 nov. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em: 12 abr. 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 16. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário técnico jurídico*. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2004.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 38, n. 151, jul./set. 2001. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/705/4/r151-08.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2010.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 18ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2009.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos. In: LEITE, George Salomão Leite; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revistas do Tribunais, 2009.

_____. *A compatibilidade das contas raciais com a ordem internacional e com a ordem constitucional brasileira*. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>>. Acesso em: 12 abr. 2010.

RAMOS, Hamilton Vieira. Diferenças sociais e ações afirmativas: a luta pela igualdade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 44, n. 173, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/141289/1/R173-08.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2010.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade. In: LEITE, George Salomão Leite; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revistas do Tribunais, 2009.

SAMPAIO JÚNIO R, José Herval. Direito fundamental à igualdade. In: LEITE, George Salomão Leite; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revistas do Tribunais, 2009.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio constitucional da igualdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.