

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA – CONTEÚDO E APLICAÇÃO

*Livio Augusto Rodrigues de Souza e Souza
(Advogado)*

I. Igualdade Substancial e Igualdade Formal. Conteúdo

Desde priscas eras tem o homem se atormentado com o problema das desigualdades inerentes ao seu ser e à estrutura social em que se insere. Daí ter surgido a noção de igualdade que os doutrinadores comumente denominam de igualdade substancial. Entende-se por esta a equiparação de todos os homens no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, assim como à sujeição a deveres.

Essa igualdade, contudo, a despeito da carga humanitária e idealista que carrega, até hoje não se realizou em qualquer sociedade humana. São muitos os fatores que obstruem a sua efetivação: a natureza física do homem, ora débil, ora forte; a diversidade da estrutura psicológica humana, ora voltada para a dominação, ora voltada para a submissão, sem mencionar as próprias estruturas políticas e sociais, que no mais das vezes tendem a consolidar e até mesmo a exacerbar essas distinções, em vez de atenuá-las.

No campo político-ideológico, a manifestação mais acendrada deste tipo de igualdade foi traduzida no ideário comunista.

Na órbita das democracias ocidentais, o princípio da igualdade material não é de todo desconhecido. Ele se insere nas Constituições sob a forma de normas programáticas, tendentes a planificar desequiparações muito acentuadas na fruição dos bens, quer materiais, quer imateriais. Assim é que, com freqüência, encontramos hoje regras jurídicas voltadas a desfazer o desnivelamento intenso ocorrido em alguns momentos históricos entre o capital e o trabalho.

Entretanto, o princípio da igualdade, hoje encontrável em praticamente todas as constituições e que atormenta a mente dos juristas, é o da igualdade chamada formal.

No texto Constitucional anterior esse princípio ganhava a seguinte expressão: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas*” (art. 153, § 1º).

A despeito da clareza do texto citado, a exata inteligência da sua significação remanesce difícil.

O referido princípio ganhou, na ordem constitucional vigente, (art. 5º, *caput*, C.F./88), sintetismo em sua redação, e segundo o Professor Celso Ribeiro Bastos também adquiriu qualidade técnica, o que não resultou suficiente para dissipar as dúvidas acerca do seu conteúdo.

Depreende-se de forma uníssona, que a extensão do aludido preceito não se circunscreve a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser elaborada em dissonância com a isonomia.

O princípio constitucional da igualdade é, pois, diretriz voltada tanto para o aplicador da lei quanto para o próprio legislador que, a despeito de utilizar-se, por vezes, de critérios discricionários, encontra neste cânnone iniludível e vital freio.

De fato, não só diante da norma posta se equiparam os indivíduos, outrossim, a própria construção dela subordina-se ao dever de dispensar às pessoas tratamento equânime.

Alguns doutrinadores chegam a afirmar que o principal destinatário do princípio da igualdade é o legislador, porquanto se lhe fosse permitido criar normas distintivas de pessoas ou situações, que devessem ser tratadas isonomicamente, o citado mandamento constitucional se tornaria inteiramente inútil. Os executores de uma lei, por seu turno, já estariam, necessariamente, obrigados a aplicá-la segundo critérios constantes da própria lei.

Conforme preleciona o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, não deve, assim, ser a lei reduto de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida em sociedade que necessita tratar de forma paritária todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e disciplinado pelos

textos constitucionais em geral, ou de todo modo incorporado pelos sistemas normativos vigentes.

Resta claro, desta forma, que ao se efetuar o cumprimento de uma lei, todos os por ela abarcados hão de receber tratamento equânime, sendo certo, ainda, que ao próprio preceito legal é defeso dispensar disciplinas diversas para situações equivalentes. Donde ser lícito concluir que as leis devem ser aplicadas conforme as leis, isto é, de acordo com o que nelas se contém.

Poder-se-ia objetar que, a resolução das indagações provenientes do estudo deste tema residiria na famosa proposição enunciada pelo filósofo Aristóteles, incorporada e repetida nos mais diversos ordenamentos jurídicos, segundo a qual *a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais*, contudo isto não ocorre, uma vez que tal afirmação, inobstante profíqua e coerente, se mostra inidônea a cumprir este desiderato.

Em verdade da análise da aludida assertiva resultam importantes questionamentos, estes sim, se respondidos trarão relevantes contribuições para o esclarecimento desta questão.

Cumpre, assim, perquirir o que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob rubrica de desiguais. Em outros termos: qual o critério legitimamente manipulável, que sem danos à isonomia, autorize distinguir pessoas e situações em grupos separados para fins de tratamento jurídico diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos inerentes ao princípio constitucional da isonomia?

É notório que os indivíduos são naturalmente diferentes entre si, sendo que muitos destes caracteres distintivos são facilmente identificáveis, os quais, todavia, não poderão ser, em todo e qualquer caso, erigidos, validamente em elementos justificadores de tratamentos jurídicos diferenciados. O que significa dizer que, em certas situações determinada característica será insusceptível de ser alcançada à condição de fator impulsionador de disciplina legal discriminatória, ao passo que em outras ocasiões esta mesma característica será idônea juridicamente para servir como critério de desequiparação.

Donde se conclui que a igualdade entre os sujeitos perante o ordenamento jurídico, assegurada constitucionalmente, não implica em afirmar que estes devem ser

tratados de forma idêntica nas normas e em particular nas leis editadas com base na Constituição. Pretender a igualdade nestes termos é inconcebível, seria, pois, inviável impor a todos os indivíduos exatamente os mesmos ônus ou lhes conferir precisamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles.

Neste sentido, de grande valia a lição do Jusfilósofo Hans Kelsen:

“A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devem ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles... ”.

No afã de tentar solucionar os questionamentos que emergem do presente assunto alguns doutrinadores incorreram no equívoco de proclamar que a ofensa ao princípio isonômico residiria na simples escolha de determinados fatores distintivos existentes nas pessoas, mas que não poderiam ter sido arrolados como fator de discriminação. Assim, segundo este entendimento certas características inerentes aos indivíduos são, por si sós, insuscetíveis de serem relacionadas pela norma como sustentáculo de alguma desequiparação.

Desta forma, acredita-se, tendo em vista a previsão constitucional, que as pessoas não podem ser legalmente diferenciadas em razão da raça, do sexo, ou da crença religiosa, ou ainda, por ocasião de certos caracteres físicos.

Todavia, o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, denunciando o equívoco, demonstrou, em obra dedicada a este tema, que não assiste razão aos que partilham deste pensamento, porquanto, em verdade, qualquer elemento inerente às coisas, pessoas, ou situações pode ser elencado pela lei como fator de diferenciação. O que se exige, no entanto, é que exista um elo de correlação lógica entre a característica diferencial utilizada e a distinção de tratamento em função dela conferida, bem assim que tal correlação não viole interesses consagrados pela Constituição. Daí porque a ninguém causaria espécie a abertura de concurso público, em que somente mulheres pudessem ser admitidas, porquanto destinado este ao preenchimento de cargos de polícia feminina.

No que concerne à previsão constitucional específica impeditiva da disciplina diferenciada fundada nos supra aludidos fatores, deve-se interpretá-la como uma simples ressalva do legislador, que atento aos reclamos sociais, colocou em evidência certos elementos que poderiam mais que quaisquer outros dar ensejo a discriminações desarrazoadas e fortuitas, outrossim levando-se em conta a própria impossibilidade de se elencar normativamente todas e prováveis situações que poderiam ser utilizadas como fonte de discrimine.

II. Critérios Identificadores do Desrespeito À Isonomia

No que tange ao reconhecimento das distinções que não podem ser procedidas sem afronta ao preceito isonômico, poder-se-ia analisá-las sob três aspectos, que foram desenvolvidos pelo Professor: Celso Antônio Bandeira de Mello: o primeiro concernente ao elemento relacionado como fator de desigualação; o segundo atinente ao nexo lógico abstrato existente entre o fator erigido em critério distintivo e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; e por fim, a consonância desta conexão lógica com os interesses salvaguardados pelo sistema constitucional.

Assim sendo, para que certo preceito normativo não incorra em violação ao princípio igualitário, necessário se faz perquirir o fator que é adotado como critério desigualador; verificar, ainda, se existe razoabilidade, ou seja, fundamento lógico para que, em função do caractere distintivo escolhido, se dispense tratamento jurídico específico; outrossim, cumpre analisar se essa correspondência existente é, *in concreto*, compatível com os valores consagrados pela ordem jurídica constitucional.

Demais disso, impende pontuar que é imprescindível a cumulação destes três aspectos, sob pena de, não obstante a presença de dois deles, se ferir a isonomia. Não é suficiente, pois, que uma regra de direito se utilize legítimo fator de discriminação, se, por

exemplo, inexistir correlação lógica entre este fator e a disparidade promovida em função dele, no mesmo sentido de nada adiantaria que estes dois primeiros aspectos gozassem de compatibilidade, se fosse de qualquer modo repudiada pelo sistema normativo a conexão estabelecida entre eles.

III - Igualdade e Elemento de Discriminação

A teor do já exposto, pode-se afirmar que assente é o entendimento de que a lei não pode adotar como critério diferencial um caractere tão específico que singularize no presente e definitivamente, de modo absoluto, um sujeito a ser alvo do tratamento discriminatório; bem como, exigi-se que o caractere diferencial adotado, invariavelmente resida na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada, ou seja, traço algum que não exista nelas mesmas poderá servir de alicerce para submetê-las a regimes diferentes.

Como é sabido, o preceito igualitário insculpido no texto constitucional tem por escopo propiciar garantia individual contra perseguições, bem como tolher favoritismos.

Resta claro, pois, que se determinada norma individualiza, de forma atual e absoluta, o seu destinatário está ela, iniludivelmente, violando a regra isonômica, vez que, ou estará dispensando tratamento benéfico a um único indivíduo, ou estará, por outro lado, impondo encargo sobre uma só pessoa, sem todavia, prever gravames ou vantagens para os demais.

Poder-se-ia objetar, precipitadamente que, bastaria para que não fosse reputada iníqua, elaborar a lei em termos figuradamente gerais e abstratos, de forma que o seu enunciado em teor não especificado nem concreto servir-lhe-ia como garantia de retidão, conquanto visasse um único destinatário. Contudo, impende aclarar que, não é

suficiente que apenas formalmente se ajuste a um preceito, necessário se faz, também, que a norma o obedeça no que concerne à sua substância.

Infere-se, assim, que se uma regra é enunciada em termos que consubstanciam situação atual única, logicamente insusceptível de se reproduzir ou materialmente inviável, patente está a sua função individualizadora, caracterizando, pois, o vício supra aludido.

Esta impossibilidade de renovação da hipótese, pois, tanto pode ser lógica quanto material. Será lógica quando a norma individualizadora figurar situação atual irreproduzível por força da própria abrangência racional do seu enunciado. Por sua vez, será material, quando inobstante a inexistência de impedimento lógico à repetição da hipótese, contenha a lei em sua dicção a descrição de situação tão extraordinária e particular, que improvável será a sua reincidência, ficando, desta forma, evidenciado o intento de singularização atual do destinatário.

Destarte, para que não se incorra em quebra do preceito igualitário, indispensável se torna que a regra legal não obste a eventual incidência futura de suas prescrições sobre outros destinatários inexistentes à época de sua promulgação.

IV. Correspondência Lógica entre o Elemento de Discrime e a Diferenciação Implementada

Tem-se por certo que impugnação não há ao entendimento de que a norma individualizadora gozará de legitimidade, e por assim dizer, aceitação, quando patente estiver a consonância entre o elemento de discrime por ela adotado e o tratamento diferenciador em razão dele estabelecido.

Em contrapartida, será acoimada de inválida, por afronta ao preceito igualitário, a regra que, ao colher situações, para fins de regulá-las distintamente, amparar-

se em fatores que não guardem pertinência com a desigualdade da disciplina jurídica dispensada.

Infere-se assim, que poderá a lei eleger como critério de discriminação qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou acontecimentos a serem diferenciados, todavia exige-se que tais elementos, invariavelmente, guardem uma correspondência coerente com a desequiparação que deles resulta, o que permite afirmar que vedadas estão as discriminações fortuitas e arbitrárias.

Cumpre, ainda, pontuar que tal conexão lógica, como a maioria das elaborações humanas, não está completamente desvinculada do contexto histórico no qual se insere, absorvendo, assim, naturalmente, valores e concepções inerentes ao seu tempo.

Deve-se, pois, ter sempre em mente ao se analisar estas questões a época à qual elas se prendem, sob pena de se incorrer em comentários precipitados.

V. Afinidade da Diferenciação com os Interesses Acautelados na Constituição

Conforme as considerações anteriormente articuladas, resta provado, que é fundamental que a regra jurídica observe cumulativamente certos aspectos para ser incontrastável em face do princípio isonômico.

Assim é que, quanto seja utilizado elemento diferencial defluente das pessoas, coisas, ou situações discriminadas, e que a desequiparação promovida guarde correlação lógica com o caractere adotado, necessário ainda se faz que esta conexão abstratamente existente esteja, *in concreto*, afinada com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional.

Em síntese, importa que exista mais que um laime lógico abstrato entre o fator diferencial e a consequente distinção. Exige-se, outrossim, que haja um nexo lógico concreto, aferido em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional.

VI. Conclusão

Vale ainda gizar que, somente se admite como lícito tratamento desigualador aquele que fora legalmente regulado, sendo, portanto, produto do labor legiferante, encerrando, por sua vez, uma chancela do ordenamento jurídico, que demonstra a sua intenção em discriminar pessoas, coisas, ou situações por ocasião de determinados caracteres criteriosamente escolhidos. Daí porque são repudiadas toda e qualquer forma interpretativa que resulte num reconhecimento de distinções provenientes de circunstâncias fortuitas e incidentais.

Tal se explica, uma vez que é a isonomia o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais, de sorte que ante a omissão de um texto legal deve-se presumir a igualdade, porque a Carta Magna assim o impõe. Neste sentido, só se contempla as discriminações que provierem da lei, ainda que implicitamente enunciadas.

Por derradeiro, há que se ressaltar, que o atual artigo isonômico teve trasladada a sua topografia. Deixou de ser um direito individual tratado tecnicamente como os demais, passando a encabeçar a lista destes direitos, que foram transformados em incisos do artigo igualizador.

Esta mudança é prenhe de significação. Com efeito, reconheceu-se à igualdade o papel que ela cumpre na ordem jurídica.

A rigor, a sua função é de um verdadeiro princípio a informar e condicionar todo o restante do direito. É como se tivesse dito: assegura-se o direito de propriedade, respeitada a igualdade de todos perante este direito.

Destarte, pode-se concluir que a igualdade não assegura nenhuma situação jurídica específica, mas na verdade garante o indivíduo contra toda má utilização que possa ser feita da ordem jurídica.

A igualdade é, portanto, o mais vasto dos princípios constitucionais, não havendo seara onde ela não seja impositiva.

Perfilhando este mesmo entendimento, Cármem Lúcia Antunes Rocha citada por José Afonso da Silva, assim se pronuncia:

“Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental”.

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.