

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

CAROLINA ALTOÉ VELASCO

SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Carolina Altoé Velasco; Lucas Gonçalves da Silva; Sébastien Kiwonghi Bizawu – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-311-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

O III Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema “Saúde: segurança humana para democracia”, promoveu a terceira edição dentro das inovações criadas pela diretoria, para realização por meio digitais com a divisão dos já tradicionais Anais do Evento com seus Grupos de Trabalho.

No presente GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira, sobretudo, neste tempo de pandemia, emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco da temática, “Saúde: segurança humana para democracia”.

Temas sensíveis, foram apresentados, por meio de 27 artigos em uma visão transversal e interdisciplinar, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico, saber: o direito ao esquecimento na era da informação; o direito de acesso à internet como direito social fundamental; igualdade perante a lei e na lei: uma análise do princípio da igualdade sob a perspectiva da busca pela justiça através de atos normativos de discriminação positiva; direitos das crianças e adolescentes e políticas públicas: uma análise do projeto “políticas públicas para crianças e adolescentes em situação de rua de Ribeirão Preto – SP”; o programa nacional de habitação urbana e a década perdida; o papel distributivo do Estado na administração de políticas públicas: uma análise do programa fundo esperança; mínimo existencial e reserva do possível em judicialização de políticas públicas; direito à educação de qualidade e as escolas cívico-militares; a utilização da extrafiscalidade como instrumento para efetivação de políticas públicas; o “vírus da fome”, a insegurança alimentar no Brasil e no mundo e o desenvolvimento humano ; o programa bolsa família como efetivação do direito à alimentação; os princípios da prevenção e da precaução sob a ótica do Supremo Tribunal Federal no campo da saúde; os parâmetros para nomeação de candidatos aprovados em concurso público às vagas para pessoas com deficiência e sua incidência no âmbito do município de Manaus; o conceito de pobreza através do pensamento de Amartya Sen, o direito à alimentação e a necessidade de políticas públicas para a erradicação da fome o

direito à saúde na Constituição brasileira: o SUS como ferramenta para o enfrentamento da pandemia do SARS COV2; o direito fundamental à saúde no estado pandêmico: considerações sobre os limites da decidibilidade judicial para a concretização de um direito social em um cenário excepcional; educação pública inclusiva no Brasil em tempos de pandemia; a judicialização do direito à saúde e a responsabilidade do estado no fornecimento de medicamentos de alto custo como política pública; direito a saúde e o ativismo judicial em virtude da pandemia; direito fundamental individual e coletivo à saúde construindo à dignidade humana; a possibilidade de aborto nos casos de microcefalia ligados ao zikavírus: da omissão à responsabilização do estado; a práxis de alteridade nas políticas públicas tributárias extrafiscais: um estudo sobre a distributividade do imposto territorial rural; o direito fundamental à saúde, o princípio da reserva do possível e a jurisdicionalização da saúde: uma revisitação ao instituto em tempos de pandemia; a formação para a docência na educação profissional tecnológica: um olhar jurídico a partir de alguns dispositivos legais; a administração pública em tempos de pandemia: o exercício do poder de polícia e seus limites; apenados (as) LGBT: no vácuo legislativo, a conquista de direitos pela via judicial e de políticas públicas; dos direitos coletivos às garantias individuais: análise sobre as relações trabalhistas diante da recusa da vacinação contra a COVID -19 na perspectiva do ministério público do trabalho.

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI VIRTUAL de 2021.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente GT.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como a presente.

Organizadores:

Prof. Dra. Carolina Altoé Velasco - UCAM

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bizawu - ESDHC

IGUALDADE PERANTE A LEI E NA LEI: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE SOB A PERSPECTIVA DA BUSCA PELA JUSTIÇA ATRAVÉS DE ATOS NORMATIVOS DE DISCRIMINAÇÃO POSITIVA

EQUALITY BEFORE LAW AND IN THE LAW: AN ANALYSIS OF THE PRINCIPLE OF EQUALITY FROM THE PERSPECTIVE OF SEARCHING FOR JUSTICE THROUGH POSITIVE DISCRIMINATION STANDARDS

Mário Luiz Silva ¹

Resumo

O presente texto analisa o princípio da igualdade como instrumento de concretização da justiça. A igualdade formal, firmada na expressão “todos são iguais perante a lei”, não tem o condão de trazer efetiva igualdade a todos, pelo contrário, dá azo ao surgimento de maiores desigualdades. Assim, faz-se imperiosa a interpretação e aplicação da igualdade não somente perante a lei, mas sim na lei, em uma perspectiva material, onde os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades. Nesse cenário surgem os atos de discriminação positiva.

Palavras-chave: Justiça, Igualdade, Discriminações positivas

Abstract/Resumen/Résumé

This text analyzes the principle of equality as instrument for the realization of justice. Formal equality, signed in the expression “all are equal before the law”, does not have the ability to bring effective equality to all, on the contrary, it gives rise to the emergence of greater inequalities. Thus, the interpretation and application of equality is imperative not only before the law, but also in the law, in a material perspective, where equals must be treated equally and unequal ones unequally, to the extent of their inequalities. In this scenario, acts of positive discrimination arise.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Justice, Equality, Positive discrimination

¹ Bacharel em direito. Especialista em direito constitucional. Professor no curso de direito (UNISUL).

1) INTRODUÇÃO

O presente estudo erige da problemática de como o princípio da igualdade deve ser interpretado e aplicado como instrumento na concretização da justiça.

A justificativa para tal estudo calca-se no fato de que o princípio da igualdade está umbilicalmente ligado com a ideia de justiça, ao passo que parte da premissa de que todos são iguais e devem ser tratados de maneira isonômica pela lei, pelos governantes, pelo Estado. Toda forma de privilégio ou de desprezo é abjeto em um sistema constitucional que se propõe garantir justiça para todos os seus cidadãos. Não há que se falar em justiça onde não há igualdade. Esta é pressuposto lógico daquela.

Nesse sentido, o presente artigo tem por objetivo geral analisar o princípio da igualdade e a sua relação com a justiça, para tanto, especificamente, faz-se uma análise da igualdade em uma perceptiva perante a lei e na lei, indo além do aspecto meramente formalista (por vezes retórico) e trazendo à baile aspectos operativos. Nessa toada, traz-se à discussão o instituto das ações afirmativas como instrumento de concretização do princípio da igualdade no sentido a garantir que todas as pessoas sejam tidas e tratadas justamente iguais.

As ações afirmativas criam discriminações positivas, visando equalizar desigualdades sistêmicas e históricas. Contudo, é mister que a o tratamento desigual criado seja na exata medida da desigualdade, com vistas ao justo reequilíbrio social, sob pena de se revelar um ato de discriminação direta ou de criação de privilégios indevidos. Temática essa que será detalhada no desenvolvimento desse escrito.

Para o desenvolvimento deste estudo utiliza-se de uma pesquisa do tipo qualitativa, pois faz-se um análise crítica do princípio da igualdade em sua acepção formal e material. Como método utiliza-se o dedutivo, partido de premissas gerais sobre igualdade e justiça e extraindo-se uma conclusão específica no que tange às ações afirmativas como instrumentos de efetivação de igualdade e justiça. A técnica de pesquisa aplicada é a documental indireta, através da pesquisa documental (legislação *lato sensu*) e bibliográfica (doutrina) e o método de procedimento o monográfico, consistente no estudo detalhado e aprofundado sobre o princípio da igualdade.

2) PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A igualdade entre as pessoas foi o mote das revoluções liberais do século XVII e XVIII. Tais revoluções – impulsionadas pelo movimento Iluminista – questionavam o absolutismo e os privilégios de determinadas classes em detrimento de outras, ou seja, a gritante e injusta disparidade existentes entre pessoas iguais. Os revolucionários franceses deixaram isso assaz claro ao asseverarem como premissas do seu movimento a Liberdade, a Igualdade e a Fraternidade.

Após as lutas sociais e com a vitória da burguesia liberal¹ várias declarações de direitos foram proclamadas, tendo como vértice mitigar a interferência do Estado nas liberdades do cidadão e deixar assente que todas as pessoas são iguais, não se permitindo qualquer forma de distinção entre elas.

A igualdade passou a constituir valor central para o direito constitucional contemporâneo, representando verdadeira “pedra angular” do constitucionalismo moderno, porquanto parte integrante da tradição constitucional inaugurada com as primeiras declarações de direitos e sua incorporação aos catálogos constitucionais desde o constitucionalismo de matriz liberal-burguesa. [...] Já no que se pode designar de momento da fundação do constitucionalismo moderno, a igualdade passou a figurar nas declarações de direitos e primeiras constituições, mas o destaque vai para a Declaração dos Direitos da Virgínia, de 1776, cujo primeiro artigo afirmava que todos os homens nascem igualmente livres e independentes, bem como a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, de acordo com a qual “os homens nascem e são livres e iguais em direitos” (art. 1.º). Embora a Declaração em si mesma, antes de ser integrada ao bloco de constitucionalidade, não fosse uma constituição, a sua relevância para a evolução constitucional e para o reconhecimento da igualdade no campo do direito positivo é inquestionável. Aliás, a igualdade também foi contemplada em outra passagem da Declaração, mais precisamente, na relação com o postulado da generalidade da lei. Com efeito, de acordo com o art. 6.º da Declaração, “a lei é a expressão da vontade geral (...). Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir”, enunciado que expressa a superação da sociedade de privilégios hereditários e estamentais que caracterizava o assim chamado Antigo Regime na França pré-revolucionária. (SARLET, *et al*, 2017 p. 616).

A partir desse momento, passou a ser inconteste que a igualdade é a pedra fundamental de todo sistema constitucional que tenha por fim (e não por meio ou por instrumento) a pessoa humana, pois, valendo-se do silogismo aristotélico, se todos os homens e mulheres são pessoas humanas e todas as pessoas são iguais, tratar pessoas iguais de maneira desigual seria como se aceitar que alguns são “mais humanos” que outros. Logo, a igualdade está ligada visceralmente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

¹ Severas críticas existem sobre a busca de igualdade por parte da burguesia liberal francesa, as quais iremos abordar mais à frente.

Da mesma sorte, a igualdade anda *pari e passu* com o constitucionalismo democrático, pois, se neste o titular do poder é o povo e todo poder dele emana, esse poder somente é legítimo se distribuído de forma equitativa a todos. Um sistema em que não haja igualdade entre todos para eleger os seus representantes ou em que os representantes não governem de forma isonômica para todos, pode ser qualquer coisa, menos um sistema verdadeiramente democrático. Na sábia fala do professor José Afonso da Silva (2013, p. 213) “A igualdade constitui o signo fundamental da democracia”.

Nesse mesmo sentido, a oportuna dicção de José Joaquim Gomes Canotilho, *mutatis mutandis*, referindo-se a igualdade de valor que tem o voto de todo cidadão (1993, p. 435):

O princípio da igualdade de voto exige que todos os votos tenham uma eficácia jurídica igual, ou seja, o mesmo peso. O voto deve ter o mesmo valor de resultado (consideração igual para a distribuição de mandatos). Este princípio não é hoje, em geral, perturbado pelas formas históricas de discriminação, mas pode sê-lo pela manipulação dos círculos eleitorais. Daí a insistência dos autores na caracterização do voto igual: igual peso numérico (Zahlwert) e igual valor quanto ao resultado (Erfolgswert).

O mesmo J.J. Canotilho, juntamente com Vital Moreira (2007) comentando a Constituição Portuguesa, asseveram que no princípio da igualdade estrutura-se todo o sistema constitucional, “conjugando dialecticamente as dimensões liberais, democráticas e sociais inerentes ao conceito de Estado de direito democrático e social”.

Nessa toada, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Constituição Cidadã, não poderia deixar de exaltar o princípio da igualdade em texto. E assim o fez, abrindo o Título reservado aos Direitos e Garantias Fundamentais (Título II) comprometendo-se a garantir a igualdade entre todos:

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: (grifou-se).

Contudo, a concretização do princípio da igualdade não se dá com a mera posituação constitucional.

2. IGUALDADE PERANTE A LEI E IGUALDADE NA LEI

Como apontado alhures, as revoluções burguesas-liberais dos séculos XVII e XVIII tinham como mote a busca da igualdade a todas as pessoas, tendo por fundamento coibir os

privilégios de uma classe em detrimento de outras. Contudo, após a vitória da burguesia, constatou-se a igualdade que buscavam não era o que todos esperavam.

A burguesia liberal “harmonizou” a igualdade com a liberdade, com ênfase neste último, a fim de que pudessem impor o seu domínio econômico sobre as demais classes. Ora, se todos fossem tratados realmente iguais, sem privilégios, sem a possibilidade de sobrepujar-se uma classe sobre a outra através da exploração do mercado, a tão buscada liberdade burguesa estaria comprometida. Em suma, um regime realmente igualitários iria de encontro aos reais interesses burgueses de domínio econômico.

Por isso é que a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o da liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa. (SILVA, 2013, p. 213).

Assim, a igualdade pugnada pelos liberais burgueses cedeu espaço para liberdade, especialmente a liberdade econômica.

Muito embora, prevista nos textos legais e constitucionais posteriores às revoluções liberais², o princípio da igualdade, nesse primeiro momento, se limitou a um aspecto formal, ou seja, a igualdade perante a lei.

Pela igualdade perante a lei entende-se que a norma jurídica deve ser aplicada a todos sem distinção ou privilégios, ou seja, ocorrendo no mundo fenomênico um fato que se subsumi à lei, essa deve incidir, mesmo que dela resulte uma discriminação. Tem-se aqui um conceito jurídico-formal de igualdade: a lei será aplicada a todos, independentemente das condições pessoais de cada um. Aplica-se aqui o brocardo latino *dura lex, sed lex*.

Essa é a primeira fase do reconhecimento do princípio da igualdade, em que, segundo Sarlet, *et al* (2017, p. 620):

[...] correspondia à noção de que todos os homens são iguais, compreendida no sentido de uma igualdade absoluta em termos jurídicos, correspondendo ao direito de toda e qualquer pessoa estar sujeita ao mesmo tratamento previsto na lei, independentemente do conteúdo do tratamento dispensado e das condições e circunstâncias pessoais, razão pela qual, nesta perspectiva, o princípio da igualdade de certo modo correspondia à exigência da generalidade e prevalência da lei, típica do Estado constitucional de matriz liberal

²Cite-se o artigo 1º da Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789: Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Conduto, muito embora os seres humanos serem iguais e a lei assim o diga que o são e que devem assim serem tratados perante ela, eles nascem e vivem em condições desiguais. Por mais que se afirme abstratamente que aquele que nasceu em uma abastada família suíça seja igual àquele que nasceu em uma comunidade carente africana, é irrefutável que estão em condições concretas díspares.

O jusfilósofo positivista Hans Kelsen com sua teoria pura do direito já apontava que os indivíduos não podem ser tratados completamente iguais sem se observar as suas peculiaridades:

A igualdade dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devam ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, sãos de espírito e doentes mentais, homens e mulheres. (KELSEN, 1999, p. 99).

Esse conceito de igualdade jurídico-formal se calca em uma visão individualista e liberal da sociedade, característica marcantes dos revolucionários de 1879 e tem como conseguinte um efeito diverso daquele que teoricamente se propõe, qual seja, gera desigualdades, principalmente econômicas.

A afirmação do art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão cunhou o princípio de que os homens nascem e permanecem iguais em direito. Mas aí firmara a igualdade jurídico-formal no plano político, de caráter puramente negativo, visando a abolir os privilégios, isenções pessoais e regalias de classe. Esse tipo de igualdade gerou as desigualdades econômicas, porque fundada numa visão individualista do homem, membro de uma sociedade liberal relativamente homogênea. (SILVA, 2013, p. 216).

Frente às situações anti-isonômicas criadas pela aplicação do princípio da igualdade nessa perspectiva formal, vozes se levantam questionando a sua eficiência, pois teria sido concebido com escopo, teoricamente, de garantir igualdade entre todos os seres humanos, porém, na prática, cria latentes desigualdades.

Convém destacar que a concepção de igualdade formal, em que a lei deve ser igual para todos, possibilitou em tempos pretéritos a criação – por lei – de desigualdades de direitos e obrigações, motivadas em desigualdades sociais e econômicas. Cite-se, por exemplo, o voto censitário, no qual o sufrágio só podia ser exercido por quem ostentasse determinado patrimônio. No mesmo sentido, a escravidão dos povos africanos em vários países, os quais

conviveram por vários anos com essa prática atroz e com disposições legais e constitucionais, asseverando que todos são iguais perante a lei. (SARLET *et al*, 2017, p. 620).

Veja-se o exemplo brasileiro, onde a Constituição de 1824 a despeito de prever em sua declaração de direitos a igualdade de todos perante a lei (artigo 179, inciso XIII), exigia renda mínima, de acordo com o cargo, para que o cidadão pudesse exercer o direito de voto e de ser votado, *in verbis*:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

XIII. **A Lei será igual para todos**, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

Art. 92. **São excluídos de votar** nas Assembléas Parochiaes.

[...]

V. **Os que não tiverem de renda liquida** annual cem mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou Empregos.

Art. 93. Os que não podem votar nas Assembléas Primarias de Parochia, não podem ser Membros, nem votar na nomeação de alguma Autoridade electiva Nacional, ou local.

Art. 94. Podem ser Eleitores, e votar na eleição dos Deputados, Senadores, e Membros dos Conselhos de Provincia todos, os que podem votar na Assembléa Parochial. Exceptuam-se:

I. Os que não tiverem de renda liquida annual duzentos mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou emprego.

[...]

Art. 95. Todos os que podem ser Eleitores, abeis para serem nomeados Deputados. Exceptuam-se

I. Os que não tiverem quatrocentos mil réis de renda liquida, na fórmula dos Arts. 92 e 94. (BRASIL, 1824, grifou-se)

No tocante a escravidão, não havia previsão explícita na Constituição de 1824, o que não poderia ser diferente frente a sua inspiração liberal. Porém, implicitamente extrai-se a aquiescência da carta constitucional com a escravidão no país (mesmo com a previsão de igualdade de todos perante a lei – artigo 179, XIII). Tal conclusão é possível ao se analisar o dispositivo que descreve quem eram os cidadãos brasileiros:

Art. 6. São Cidadãos Brasileiros:

I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação. (BRASIL, 1824)

Segundo Ribas (1982, p. 280), tomando por base o direito de liberdade, os homens são classificados em livres e escravizados. Os homens livres se subdividem em ingênuos, que são

os que nascem livres e em libertos, que são os que nasceram escravos e vieram a conseguir a liberdade.

Nesse sentido, pela redação do artigo 6º, são cidadãos brasileiros os homens livres (ingênuos e libertos), negando essa condição aos escravos. Logo, não se pode negar que a Constituição Imperial – mesmo com inspiração liberal e mesmo afirmando que todos são iguais perante a lei – admitia, implicitamente, a presença de escravos no país.

André Emmanuel Batista Barreto Campello (2010, p. 18) em seu estudo sobre as perspectivas jurídicas da escravidão no Brasil Império afirma que:

Pode-se concluir que, se a própria *Charta Magna* imperial atribuía a condição de cidadãos apenas àqueles indivíduos que se apresentavam como ingênuos ou libertos era porque este diploma admitia, ao menos tacitamente, a existência de, no território do Império (art. 2º), haver a possibilidade de existência de outros indivíduos que não poderiam ser cidadãos, por não possuírem este *status libertatis*, ou seja, porque eram escravos. A Constituição imperial não declarou a existência da escravidão, mas dela poderia se inferir a existência e a legitimidade deste instituto, pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, diante da falibilidade do princípio da igualdade sob a perspectiva formal, busca-se uma nova interpretação, agora em uma perspectiva material, vinculando-o à ideia de justiça como o fez Aristóteles em sua milenar obra *Ética a Nicômaco* (2007). Por essa perspectiva aristotélica, há justiça quando há igualdade na distribuição dos ganhos e perdas, quando se dá a cada um o que é seu de acordo com as suas necessidades. “A igualdade formal, portanto, como postulado da racionalidade prática e universal, que exige que todos que se encontram numa mesma situação recebam idêntico tratamento [...], passou a ser complementada pela assim chamada igualdade material” (SARLET, *et al*, 2017, p. 619).

Sob essa enfoque é impensável falar em igualdade sem tratar de maneira desigual os que se encontram em situações desiguais. “Cuida-se de uma justiça e de uma igualdade formais, tanto que não seria injusto tratar diferentemente o escravo e seu proprietário; sê-lo-ia, porém, se os escravos, ou seus senhores, entre si, fossem tratados desigualmente” (SILVA, 2013, p. 215).

A atribuição de um sentido material à igualdade, que não deixou de ser (também) uma igualdade de todos perante a lei, foi uma reação precisamente à percepção de que a igualdade formal não afastava, por si só, situações de injustiça, além de se afirmar a exigência de que o próprio conteúdo da lei deveria ser igualitário, de modo que de uma igualdade perante a lei e na aplicação da lei se migrou para uma igualdade também “na lei”. (SARLET, *et al*, 2017, p. 620).

Assim, a máxima da igualdade jurídico-formal de que “todos são igual perante a lei” sucumbe frente à desigualdade. Porque se há desigualdade há necessidade de tratamentos desiguais, a fim de equilibrar as situações na busca da justiça.

Porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais, do que se extrai que a lei geral, abstrata e impessoal que incide em todos igualmente, levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos e não a igualdade dos grupos, acaba por gerar mais desigualdades e propiciar a injustiça (SILVA, 2013, p. 216).

Dessa dicotomia de igualdade jurídico-formal e igualdade material extrai-se dois outros conceitos sobre o princípio da igualdade: igualdade perante a lei e igualdade na lei.

Pela igualdade perante a lei – que se relaciona com o conceito jurídico-formal – corresponde a obrigatoriedade de aplicação da lei aos casos concretos, indiferentemente se acarretar discriminações e injustiças. Já o conceito de igualdade na lei reclama que a criação e aplicação das leis leve em consideração as desigualdades existentes, tratando de maneira desigual os desiguais.

A igualdade perante a lei é destinada ao legislador quando da criação das normas e o proibi de estabelecer tratamentos diferenciados, porém, como bem afirmar Pontes de Miranda “embora sirva para coibir desigualdades no futuro, não é suficiente para “destruir as causa” da desigualdade numa sociedade” (2002. p. 530).

A igualdade perante a lei oferecerá uma garantia bem insuficiente se não for acompanhada (ou não tiver também a natureza) de uma igualdade na própria lei, isto é, exigida ao próprio legislador relativamente ao conteúdo da lei. Reduzido a um sentido formal, o princípio da igualdade acabaria por se traduzir num simples princípio de prevalência da lei em face da jurisdição e da administração. Assim, por exemplo, uma lei fiscal impositiva da mesma taxa de imposto para todos os cidadãos seria formalmente igual, mas seria profundamente desigual quanto ao seu conteúdo, pois equiparava todos os cidadãos, independentemente dos seus rendimentos, dos seus encargos e da sua situação familiar (CASTANHEIRA NEVES *apud* CANOTILHO, 2007, p. 563).

A igualdade na lei aplica-se também ao legislador, porém obrigando-o a criar “*discrimínem*” para atender as situações de desigualdades e injustiças. De igual sorte, aplica-se aos aplicadores da norma no caso concreto.

O constitucionalista português J.J. Canotilho afirma que o princípio da igualdade deve ser visto sob duas premissas, a saber, a igualdade na aplicação do direito e a igualdade quanto à criação do direito. A igualdade na aplicação do direito é extraída da fórmula “todos os cidadãos são iguais perante a lei” (igualdade perante a lei) o que implica a exigência de

igualdade na aplicação do direito. Sinteticamente, “as leis devem ser executadas sem olhar às pessoas”. Pela perspectiva da igualdade quanto à criação do direito (igualdade na lei) tem-se que ser igual perante a lei não se resume à aplicação igual da lei, mas também na criação de um direito igual para todos. (CANOTILHO, 2007, p. 563).

Prima facie surge a dúvida na interpretação do que vem a ser “um direito igual para todos”. Para solução Canotilho (2007, p. 563) propõe uma fórmula composta por três vertentes:

a) Criação de direito igual = princípio da universalidade ou princípio da justiça pessoal. O princípio da igualdade é aqui um postulado de racionalidade prática: para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos. Todavia, o princípio da igualdade, reduzido a um postulado de universalização, pouco adiantaria, já que ele permite discriminação quanto ao conteúdo (exemplo: todos os indivíduos de raça judaica devem ter sinalização na testa; todos os indivíduos de “açã negra devem ser tratados igualmente em escolas separadas das dos brancos). A lei tratava igualmente todos os judeus e todos os pretos mesmo que criasse para eles uma disciplina intrinsecamente discriminatória. [...] **b) Criação de direito igual = exigência de igualdade material através da lei.** [...] Exige-se uma igualdade material, devendo tratar-se por igual o que é igual e desigualmente o que é desigual. [...] **c) Igualdade justa:** a igualdade pressupõe um juízo e um critério de valoração. A fórmula o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente não contém o critério material de um juízo de valor sobre a relação de igualdade (ou desigualdade). A questão pode colocar-se nestes termos: o que é que nos leva a afirmar que uma lei trata dois indivíduos de uma forma igualmente justa? Qual o critério de valoração para a relação de igualdade? Uma possível resposta, sufragada em algumas sentenças do Tribunal Constitucional, reconduz-se à proibição geral do arbítrio: existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente {proibição do arbítrio} tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. (grifo no original).

Desta sorte, resta assente no direito hodierno que o princípio da igualdade não se resume a garantir a igualdade de todos perante a lei, mas sim a igualdade na lei, tratando os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, tão somente na medida da sua desigualdade.

Com efeito, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) impõe ao Poder Público (legislador e aplicador da lei) a obrigatoriedade de adoção de medidas impositivas ou de proibição de discriminação, com fulcro a promover a igualdade material da população. Como vetor programático, estabelece como objetivos fundamentais “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (artigo 3º, III e IV). Ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, traz como postulado que “todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza” (artigo 5º caput).

Contudo, não se restringiu a essa previsão geral de igualdade, trazendo outros comandos específicos para materializar o princípio, à guisa de exemplo: igualdade entre homens e mulheres (artigo 5º, I); proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (artigo 7º, XXX); proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (artigo 7º, XXXI), igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso (artigo 7º, XXXIV); direito ao sufrágio universal e de voto com valor igual a todos (artigo 14); acesso a igualitário aos cargos, empregos e função públicas desde que preenchidos os requisitos previstos em lei (artigo 37, I); universalidade de cobertura da seguridade social (artigo 194, parágrafo único, I); acesso universal e igualitários aos serviços de saúde (artigo 196); assistência social a todos que necessitarem (artigo 203); direito a educação com igualdade de acesso e permanência (artigo 206, I); direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225); igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges (artigo 226, § 5º); igualdade entre os filhos independentemente se havidos ou não na relação conjugal (artigo 227, 6º).

3. AÇÕES AFIRMATIVAS

Na senda do que foi já abordado sobre o princípio da igualdade na perspectiva material, de igualdade na lei, tem-se que o legislador deve criar normas visando equilibrar as desigualdades e promover a justiça, mesmo que para isso tenha que tratar de maneira desigual quem se encontra em situação de desigualdade.

Tomando por estribo a filosofia de aristotélica, na busca da justiça o legislador deve promover a igualdade na distribuição dos ganhos e perdas, dando a cada um o que é seu, de acordo com as suas necessidades. (ARISTÓTELES, 2007). Nesse sentido, em determinados contextos de arraigada desigualdade histórica de determinado grupo, exige-se a adoção de medidas compensatórias, a fim de reequilibrar as condições sociais de toda população. Tais medidas são denominadas de ações afirmativas ou de discriminação positivas e são desenvolvidas através de políticas públicas.

De acordo com o Joaquim Barbosa (2001, 40):

As ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um

princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade.

As ações afirmativas visam equilibrar desigualdades sistêmicas, com vistas à concretude do princípio da igualdade na lei.

Como apresentado alhures, a Constituição Federal traz uma série de mandamentos visando a igualdade de todos (igualdade na lei), o que dá azo para que o legislador infraconstitucional crie normas a fim de eliminar privilégios e discriminações através de ações afirmativas. Cite-se, por exemplo, as políticas de cotas para negros nas universidades. Trata-se uma ação afirmativa direcionada a um grupo que sofreu (e ainda sofre) severas discriminações ao longo da história brasileira, que tem por escopo igualizar o acesso ao ensino superior entre brancos e negros e dar efetividade ao princípio da igualdade de acesso e permanência ao ensino (artigo 206, I).

Em outros momentos a Constituição foi expressa em determinar a adoção de ações afirmativas (o que sedimenta a sua constitucionalidade), por exemplo, a previsão de que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência (artigo 37, VIII) ou a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos (artigo 7º, XX), em ambos os casos determinando que a lei infraconstitucional regule a matéria, ou seja, que adote as ações afirmativas necessárias.

4. CRITÉRIOS PARA DEFINIÇÃO DAS DISCRIMINAÇÕES POSITIVAS

A criação de discriminações positivas, com fulcro a equilibrar as desigualdades sistêmicas criadas, não está imune a críticas. Isso porque o princípio da igualdade material é um conceito comparativo, ou seja, a comprovação da existência de uma desigualdade que reclame uma intervenção estatal pressupõe uma comparação com outras pessoas ou grupos. Faz-se imperioso que o tratamento desigual seja na exata medida da desigualdade, sob pena de se revelar um ato de discriminação direta ou de criação de privilégios indevidos.

E aqui chega-se a celeuma do tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais na medida de sua desigualdade: quem são os desiguais e qual o *quantum* de sua desigualdade?

Seria legítimo reserva de vagas em concursos públicos para quem ostente altura inferior à média brasileira? Ou que seja obeso? Ou isenção da tarifa de transporte a todos aqueles que exercessem função pública distante de sua residência (ex. parlamentares federais)? Ou reserva de vagas em universidades para todos aqueles que tivessem renda mensal inferior a dez salários mínimos, ou a cinco, ou a um?

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello traz à baila esses questionamentos:

Demais disso, para desate do problema é insuficiente recorrer à notória afirmação de Aristóteles, assaz de vezes repetida, segundo cujos termos a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Sem contestar a inteira procedência do que nela se contém e reconhecendo, muito ao de ministro, sua validade como ponto de partida, deve-se negar-lhe o caráter de termo de chegada, pois entre um e outro extremo serpeia um fosso de incertezas cavado sobre a intuitiva pergunta que aflora ao espírito: Quem são os iguais e quem são os desiguais? A dizer: o que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais? Em suma: qual o critério legitimamente manipulável — sem agravos à isonomia — que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos 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 transfundidos no princípio constitucional da isonomia? (MELO, 2017, p. 11).

Assim, o mister do legislador é identificar as desigualdades e criar normas na medida desses desigualdades, tudo aquilo que transcender a esta será arbitrário. Logo, o que se busca é definir o que seria uma norma diferenciadora justa e não arbitrária.

O jusfilósofo contemporâneo Robert Alexy propõe uma resolução para esse imbróglio, asseverando que uma diferenciação será tida como arbitrária, e por conseguinte atentatória conta a igualdade, se não for possível encontrar um fundamento qualificado para ela:

De tudo isso se infere a necessidade de haver uma razão suficiente que justifique uma diferenciação, e também que a qualificação dessa razão como suficiente é um problema de valoração. [...]. A necessidade de se fornecer uma razão suficiente que justifique a admissibilidade de uma diferenciação significa que, se uma tal razão não existe, é obrigatório um tratamento igual. [...] Não existe uma razão suficiente para a permissibilidade de uma diferenciação quando todas as razões que poderiam ser cogitadas são consideradas insuficientes. Nesse caso, não há como fundamentar a permissibilidade da diferenciação. (ALEXY, 2008, p. 408)

Para Alexy, o *discrímen* legal pressupõe justificativa razoável. Estar-se-á diante de uma diferenciação arbitrária “se não for possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feitos pela lei.” (ALEXY, 2008, p. 408).

Pode-se sintetizar o pensamento de Alexy da seguinte forma:

- a) Se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório.
- b) Se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório. (ALEXY, 2008, p. 408)

Ainda, não se olvidando que a regra é tratamento igualitário, a desigualdade reclama justificativa. “O enunciado geral de igualdade estabelece um ônus argumentativo para o tratamento desigual.” (ALEXY, p. 409).

Com fulcro na teoria do citado jurista alemão, pode-se analisar a harmonia – ou não – de ações normativas diferenciadoras com o princípio da igualdade em sua acepção material.

Resta evidente a conformidade com as discriminações positivas promovidas em favor de determinados grupos vítimas de discriminações diretas no Brasil e no mundo. Cite-se, à guisa de exemplo, as políticas de reserva de vagas em concursos públicos ou em universidades para negros, os quais sofreram no passado tratamento desumano e hoje ainda são alvos de discriminações. No mesmo sentido, as pessoas com deficiência, as quais sofrem dificuldades para ingressarem no mercado de trabalho em face de sua condição (frisa-se: em face de sua condição de deficiente e não de sua capacidade). Faz-se imperioso ações afirmativas, a fim de equalizar essa disparidade criada ao longo dos anos.

Em sentido diametralmente oposto, não se encontra justificativa para normas que criam privilégios a determinados funcionários públicos. O simples fundamento de que exercem função pública relevante queda-se por terra frente ao princípio da igualdade, pois – pela teoria argumentativa de Alexy – não há razão suficiente para o tratamento desigual.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As questões abordadas ao longo do presente texto, embora não exaustivas, permitem uma análise do princípio da igualdade em harmonia com a ideia de justiça. Partindo da premissa de que não há justiça se não houver igualdade entre as pessoas, pode-se concluir que a mera previsão legal de que todos são iguais perante a lei é precária para concretização do princípio em tela.

A ideia de justiça proposta pelo filósofo Aristóteles, de que há justiça quando há igualdade na distribuição dos ganhos e perdas, quando se dá a cada um o que é seu de acordo com as suas necessidades, permite uma análise do princípio da igualdade em uma dimensão transcendental ao jurídico-formal. Este, se firma na premissa de que todos são iguais perante a lei, conduz a observância e aplicação apenas sob esse viés acarreta consequências diametralmente postas às objetivadas pelo princípio da igualdade, pois as pessoas nascem e vivem em contextos políticos, sociais, econômicos diversos. Tratar todos linearmente iguais gera ainda mais desigualdades.

A fim de conferir justiça a todos, faz-se imperioso que se leia o princípio da igualdade sob a perspectiva material, ou seja, igualdade na lei e não apenas perante a lei. Para tanto as normas devem ser criadas e interpretadas de maneira igual aos iguais e de maneira desigual para os desiguais, na medida da desigualdade. Isso com objetivo final equalizar as desigualdade sistêmicas existentes na sociedade.

O grande desafio é definir quem vem a ser os desiguais e qual a medida de sua desigualdade, pois sua interpretação equivocada levará a criação de indevidos privilégios e, por conseguinte, maiores desigualdades.

Nesse sentido, com estribo nos ensinamento do jusfilósofo Robert Alexy, entende-se que as ações discriminatórias são legítimas, sob o enfoque do princípio da igualdade, quando estiverem presentes justificativas razoáveis para sua existência. Assim, a regra é tratamento igualitário, a desigualdade reclama justificativa qualificada, ou seja, um ônus argumentativo baseado em circunstâncias fáticas que comprovem a real necessidade do tratamento desigual.

Não se trata de uma tarefa simples, porém indubitavelmente imprescindível para se garantir a real igualdade a todas as pessoas e, conseqüentemente, a tão glorificada justiça para todos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5 ed. Traduzida por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008)

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo, SP: Martin Claret, 2007.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brazil de 1824**.

Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 03 fev 2021.

BRASIL. Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 03 fev 2021.

CAMPELLO, André Emmanuel Batista Barreto. **A escravidão no Império do Brasil: perspectivas jurídicas**. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim; Gomes, **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim; Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. São Paulo: Revista dos Tribunais e Coimbra: 2007.

Declaração dos direitos do homem e do cidadão, 1789. Disponível em:<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm>. Acesso em: 01 fev 2021.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **A ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**: O direito como instrumento de transformação social. A Experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1999.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade**: os três caminhos. São Paulo, Bookseller, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

RIBAS, Joaquim. **Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Rio, 1982.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional** – 6. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional**. 37 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.