

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

ZULMAR ANTONIO FACHIN

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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 - Unicritiba - Paraná

Eventos:

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

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

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

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

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Lucas Gonçalves da Silva; Zulmar Antonio Fachin – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-711-3

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

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia I durante o VI Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 20 a 24 de julho 2023, sob o tema geral “Direito e Políticas Públicas na Era Digital”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Faculdade de Direito de Franca e das Faculdades Londrina. Trata-se da sexta experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. Liberdade de expressão, história das constituições brasileiras e sistema constitucional latinoamericano também foram temas marcantes do grupo.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Caio Augusto Souza Lara

Zulmar Antonio Fachin

Lucas Gonçalves da Silva

PRIVILÉGIO E PRERROGATIVA: UMA ANÁLISE NECESSÁRIA À COMPREENSÃO DA IGUALDADE DEMOCRÁTICA

PRIVILEGE AND PREROGATIVE: A NECESSARY ANALYSIS TO UNDERSTAND DEMOCRATIC EQUALITY

Vinicius Da Costa Gomes

Resumo

A igualdade democrática não só permite, como exige o tratamento diferenciado. O artigo diferencia privilégio e prerrogativa com a finalidade de identificar aqueles tratamentos diferenciados que são incompatíveis e aqueles que são compatíveis com o Estado Democrático de Direito. O trabalho, inicialmente, diferencia a igualdade geométrica da aritmética sob a perspectiva de Aristóteles. Num segundo momento, a pesquisa constrói um conceito de igualdade democrática diante da leitura do pensamento aristotélico, kantiano, da igualdade formal e da igualdade material. Ao final, a leitura dos diversos conceitos de igualdade permitirá a criação de um roteiro para análise de igualdade (análise de discriminação, segundo Celso Antônio Bandeira de Melo). Busca-se criar um roteiro de análise que possibilite demonstrar quando um tratamento diferenciado se caracteriza como privilégio ou prerrogativa com a finalidade de extirpar do ordenamento jurídico privilégios travestidos de prerrogativas e, portanto, incompatíveis com a Democracia. A pesquisa que se propõe pertence à vertente jurídico-sociológica, já que se propõe a compreender o fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo. Trata-se de pesquisa interdisciplinar nas áreas da Filosofia do Direito, Ciência Política e Direito Constitucional.

Palavras-chave: Privilégios, Prerrogativas, Igualdade, Democracia, Diferença

Abstract/Resumen/Résumé

Democratic equality not only allows, but also requires, differential treatment. The article differentiates privilege and prerogative in order to identify those different treatments that are incompatible and those that are compatible with the Democratic State of Law. The work initially differentiates geometric equality from arithmetic from Aristotle's perspective. In a second moment, the research builds a concept of democratic equality in view of the reading of Aristotelian and Kantian thought, formal equality and material equality. In the end, reading the different concepts of equality will allow the creation of a script for analysis of equality (analysis of discrimination, according to Celso Antônio Bandeira de Melo). The aim is to create an analysis script that makes it possible to demonstrate when a differentiated treatment is characterized as a privilege or prerogative with the purpose of extirpating from the legal system privileges disguised as prerogatives and, therefore, incompatible with Democracy. The proposed research belongs to the legal-sociological aspect, since it proposes to understand the legal phenomenon in the broader social environment. This is an

interdisciplinary research in the areas of Philosophy of Law, Political Science and Constitutional Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Privileges, Prerogatives, Equality, Democracy, Difference

1. INTRODUÇÃO:

O tratamento diferenciado é possível? As pessoas são iguais? A democracia admite privilégios? E prerrogativas? Estas são algumas das diversas perguntas que se relacionam com a (im)possibilidade da adoção de um tratamento diferenciado em uma Democracia. A resposta destas perguntas passa necessariamente pela elucidação do conceito de igualdade democrático e, assim, pela definição de privilégios e prerrogativas. A pesquisa fundamenta-se na necessidade de se repensar a igualdade a fim de diferenciar privilégio de prerrogativa para adequá-la aos pressupostos do Estado Democrático de Direito em que nos inserimos a partir do delineamento de elementos extraídos do marco teórico.

A igualdade é um fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, contudo, diante da própria história de aplicação, interpretação e do próprio significado deste princípio no decorrer dos tempos é necessário indagar que sentido a igualdade assume nas diversas leituras da Democracia. Cabe salientar que diversos autores buscaram (buscam) conceituar igualdade, logo se torna impraticável eleger todos os autores que estudam este princípio para o desenvolvimento deste trabalho. Sendo assim, a pesquisa analisará alguns dos sentidos no intuito de elucidar que interpretações seriam compatíveis com a democracia para posteriormente elucidar a concepção de privilégio e de prerrogativa. A pesquisa que se propõe pertence à vertente jurídico-sociológica, já que se propõe a compreender o fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo. Trata-se de pesquisa interdisciplinar nas áreas da Filosofia do Direito, Ciência Política e Direito Constitucional.

2. IGUALDADE GEOMÉTRICA: As pessoas são iguais?

A igualdade geométrica é a concepção de igualdade que Aristóteles entendia como a correta para a sociedade grega. Aristóteles fala em igualdade quando trata de justiça. Ele traz algumas concepções de justiça, como a justiça em sentido amplo que seria justiça igual legal (justiça = legal) e a justiça em sentido restrito, que seria a justiça igual a correto e equitativo (justiça = correto e equitativo). O autor relaciona justiça e lei, quando afirma que o justo é aquilo que é conforme a lei e o injusto seria o ilegal. Ele afirma que todos os atos conforme a lei são justos em certo sentido, e, assim, os atos estipulados pela arte de legislar também são conforme a lei, portanto, justos. O autor conclui que as leis visam o interesse comum de todas as pessoas, ou então às melhores, ou então às pessoas das classes dominantes (ARISTÓTELES, 2001, p. 91-112).

O autor partia do pressuposto da existência de diferenças naturais entre pessoas a permitir uma hierarquização já instalada na própria natureza, tanto que ele afirma que as leis poderiam visar o interesse das “melhores pessoas”. Sendo assim, para ele há uma hierarquia entre as pessoas, umas são, por natureza, melhores que as outras (ARISTÓTELES, 2001, p. 92).

Marcelo Campos Galuppo explica esta hierarquia afirmando que para Aristóteles só o animal que participava da política poderia ser chamado de Homem. Como só o cidadão (e nunca a mulher, o escravo e o estrangeiro) poderia participar da política, somente ele seria Homem. Ele diz ainda que o pensamento de São Tomás de Aquino aponta em outra direção, já que o homem é um animal social por possuir naturalmente uma tendência para a vida gregária em sociedade. Portanto, para ele a dignidade do “homem” é definitivamente estendida a todos (ou pelo menos a todos os cristãos), sejam eles livres, estrangeiros, escravos ou mulheres. Depreende-se que Aristóteles vivia numa sociedade em que existiam diversas classes de pessoas, as classes dos homens, dos escravos, das mulheres.¹ Marcelo Galuppo afirma que na sociedade grega antiga só poderia ser chamado de homem aquele animal que participava da política, que exercia ativamente a liberdade, excluindo assim, as mulheres, os escravos e os estrangeiros (GALUPPO, 2002, p.55). Conclui-se que, nessas sociedades, não há como infringir uma dessas ordens sem atingir as demais ordens. Essa mistura influencia o conceito da sociedade grega, afinal o objetivo dessa sociedade é o seu autogoverno, a sua auto conservação.

Neste sentido também é possível notar a diferença entre a sociedade contemporânea e a sociedade grega antiga, já que nesta última seus componentes tinham o mesmo objetivo, aliás, essa sociedade procurava a felicidade de todos, buscando sempre o bem comum. Esse bem comum era o fim de todos, o fim da *polis*, e não o plano individual de cada participante, ou seja, a sociedade grega tinha um único projeto de vida comum a todos. Sendo assim, a sociedade não admitia nenhum plano de vida que não o plano de vida comum da *polis*.

Marcelo Campos Galuppo diz que esta sociedade era uma comunidade humana que se formou pela natureza. Isto significa que a sociedade grega se estrutura de acordo com os fins comuns de seus membros em detrimento dos interesses divergentes desses mesmos membros. A existência de um único projeto de vida faz com que a sociedade grega seja hierárquica e pressuponha uma igualdade geométrica. Assim, a sociedade grega necessariamente exclui qualquer outro plano de vida, e, conseqüentemente, estatui que aqueles que são mais valorosos

¹ Marcelo Campos Galuppo, quando explica o surgimento do pensamento cristão, afirma que a igualdade aritmética começa a ganhar importância no pensamento jurídico e político ocidental mesmo que a sociedade continuasse a se organizar de forma estamental (GALUPPO, 2002, p.55).

para a consecução desse plano são pessoas melhores que os demais. A sociedade grega é, então, uma sociedade em que há diversas classes de pessoas com qualidade diferentes, umas naturalmente melhores que as outras. Nesse ponto é importante salientar que Aristóteles afirmará que alguns homens são mais virtuosos que os outros. A igualdade geométrica se ligará ao conceito de justiça, que é uma das virtudes descritas por ele. Aristóteles afirma que haveria dois tipos de justiça: a distributiva e a corretiva (ARISTÓTELES, 2001, p.91-112). A justiça distributiva é aquela que consiste em dar a cada um conforme o seu valor. Já a corretiva ou retificadora, há necessidade de uma equivalência entre a retribuição e sua causa. A justiça distributiva se baseia na igualdade geométrica enquanto a justiça corretiva se baseia na aritmética (GALUPPO, 2002, p.37-41).

Aristóteles entende que a justiça distributiva é a mais importante, já que as pessoas têm qualidades diferentes e, por isso, devem receber proporções diferentes. Ele afirmava que a justiça era o “meio termo”, era o “igual” e assim o justo era o “meio termo” entre o “mais” e o “menos”. Tratava-se de um conceito matemático em que se efetuava uma comparação entre dois elementos de tal forma que o justo seria aquilo que estava no meio, a proporção igual aos dois. Assim, ele cunha então o seu conceito de igualdade nesta relação matemática de justiça privilegiando a justiça distributiva, uma vez que ele entende que as pessoas são diferentes, umas melhores do que as outras, portanto, receberão parcelas distintas. Aristóteles entende que essa troca não se dará sobre uma igualdade estrita, afinal as pessoas são diferentes. Sendo assim, as pessoas mais virtuosas devem receber uma proporção maior que as outras. Aristóteles afirma que a distribuição desigual é a causa de diversas disputas, já que não é justo que os iguais recebam parcelas desiguais e os desiguais recebam parcelas iguais (ARISTÓTELES, 2001, p.96). Portanto, a justiça deve ser distributiva, ou seja, deve se levar em conta a qualidade de cada um para assim lhe conceder a proporção adequada ao seu valor.

Marcelo Campos Galuppo explica a justiça distributiva como sendo uma reciprocidade proporcional nas trocas. Para ele, Aristóteles eleva a justiça distributiva como a mais importante de todas, pois, ela seria a responsável pela harmonia da *polis*. A reciprocidade, concedendo proporções melhores de acordo com a virtude de cada homem, asseguraria a coesão dos homens e, conseqüentemente, a existência da cidade. Ele diz, ainda, que a justiça distributiva é baseada na igualdade geométrica, de tal forma que $\frac{5}{10}$ equivale a $\frac{4}{8}$, que por sua vez equivale a $\frac{1}{2}$, significando que os bens comunitários devem ser distribuídos de forma que quem valha para a comunidade “8”, deva receber “4”, enquanto quem valha “2”, deva receber “1”, a fim de que tais indivíduos sejam igualados através desta espécie de justiça. O autor explica que nesse tipo de justiça deve-se distribuir a cada um segundo o seu valor, sendo a valoração medida de acordo com

o valor do indivíduo para a comunidade. Depreende-se que o valor do indivíduo para a sociedade grega está diretamente ligado a importância do que ele exerce na comunidade. Essa sociedade pressupunha um único plano de vida, portanto, o indivíduo teria mais valor quanto mais ele contribuísse para a efetivação desse plano (GALUPPO, 2002, p.40).

Alasdair MacIntyre explica a justiça distributiva em Aristóteles dizendo que ela consiste na aplicação de um princípio de merecimento a uma variedade de situações desde que satisfaçam duas condições: a) existência de um projeto comum para a realização, assim são considerados mais merecedores àqueles que contribuíram mais; b) existência de uma visão comum de como tais contribuições devem ser medidas e como as recompensas devem ser classificadas. Portanto, essa realização deve ser medida considerando-se a importância do papel ou da posição de algum cidadão em particular e como ele desempenhou. (MACINTYRE, 2001, p.121). Na sociedade grega aristotélica a pessoa e o cargo se confundiam, eram um só, tanto que o valor dessa pessoa era medido de acordo com a função que ela exercia. Da mesma forma nota-se que as punições e honras também qualificavam a pessoa, portanto, havia uma confusão entre a pessoa e o papel que ela exercia naquela comunidade. A sociedade cunhada por Aristóteles era hierárquica, valorativa e se baseava no conhecimento. Depreende-se que o cidadão grego devia aceitar que existiam pessoas mais virtuosas que as demais e assim aceitar a distribuição de benefícios conforme esse valor.

Outro ponto que deve nortear a análise da igualdade aristotélica é que Aristóteles não era um democrata, mas sim um aristocrata. Sendo assim, é necessário diferenciar a democracia grega da aristocracia grega, salientando que a aristocracia aristotélica só se dava entre os cidadãos, entre os “homens”, de acordo com o conceito cunhado pelo autor. Marcelo Galuppo explica a diferença entre a democracia e a aristocracia grega, afirmando que a questão que diferenciava uma da outra era qual parcela do povo, quer dizer dos homens livres, que poderia participar da ação política. Os defensores da democracia afirmavam que todos os homens deveriam participar da ação política, já os defensores da aristocracia afirmavam que somente os melhores deveriam participar (GALUPPO, 2002, p. 47). Sobre o assunto Alaisdar MacIntyre afirma que a democracia favoreceria todos os cidadãos livres, enquanto a aristocracia recompensaria de acordo com a virtude. O autor ainda explica que haveria a oligarquia grega que favoreceria determinada classe em razão da riqueza ou do nascimento, e não de acordo com a virtude (MACINTYRE, 2001, p.118). Importante ressaltar que, neste contexto, só se falava em democracia dos homens livres, ou seja, excluindo os escravos, os estrangeiros e as mulheres.

Alasdair MacIntyre explica que Aristóteles exclui do seu conceito de cidadãos as mulheres e os escravos fundamentado em teorias irracionais. Para ele, Aristóteles afasta as mulheres da cidadania por entender que essas não podiam exercer o controle necessário sobre suas emoções, implicando em indisciplina. O autor diz que Aristóteles afirmava que as mulheres, quando impelidas a agir em outros papéis que não o seu papel social, apresentavam emoções fortes que se sobrepunham a razão. Já com relação aos escravos, Aristóteles afirmava sua incapacidade natural de governar (MACINTYRE, 2001, p.119). A igualdade geométrica então só existe dentro da classe de homens livres, fundamentada na diferenciação entre os homens mais virtuosos e os menos virtuosos. Nota-se que os indivíduos excluídos do conceito de homens livres sequer eram valorados. Um exemplo de Aristóteles que deixa clara essa diferenciação é aquele em que o autor grego fala sobre uma “pessoa qualquer” e uma “autoridade”. Ele afirma que quando uma autoridade fere uma pessoa qualquer, essa autoridade não deve ser ferida pela pessoa em retaliação. Mas, quando uma pessoa qualquer fere uma autoridade ela não só deve ser ferida, como também deve ser punida. O autor conclui que é a reciprocidade conforme a proporcionalidade e não na base de uma retribuição igual que mantém as pessoas unidas (ARISTÓTELES, p.99). Nota-se claramente que a igualdade geométrica se liga a uma noção de proporcionalidade, ou seja, retribuir-se de acordo com uma valoração.

3. IGUALDADE ARITMÉTICA: O tratamento diferenciado é possível?

A igualdade aritmética já existia na sociedade grega antiga. Aristóteles vinculava essa igualdade à justiça corretiva (ARISTÓTELES, 2001, p.91-112). Como dito anteriormente, a justiça corretiva, ou retificadora, é aquela em que há necessidade de uma equivalência entre a retribuição e a sua causa. Marcelo Campos Galuppo explica que: “Já a justiça corretiva, ou retificadora, não se baseia na igualdade geométrica, mas na igualdade aritmética, que nasce das transações dos homens entre si. Nela é preciso que haja equivalência (aritmética) entre a retribuição e sua causa” (GALUPPO, 2002, p.40-41).

Sendo assim, pode-se dizer que a igualdade aritmética é uma equação matemática em que se distribuem os benefícios de forma igual (quantitativamente) para aqueles que estão sendo comparados. A diferença entre igualdade geométrica e a aritmética é que a primeira considera que as pessoas têm diversos valores e, por isso, a distribuição será proporcional a esse valor; já a segunda considera as pessoas com valores iguais e assim distribui de forma equivalente. A primeira trata de qualidade e a segunda de quantidade. É importante ressaltar que a sociedade aristotélica pressupunha a utilização da igualdade aritmética. Aristóteles entendia que na distribuição de bens

entre os homens livres deveria se considerar o valor de cada indivíduo, e, assim, classificava aqueles indivíduos que eram mais valorosos para a comunidade em um grupo e os outros em outro grupo. Nota-se que, nesse caso, havia uma aplicação da igualdade geométrica na distribuição desses benefícios. Mas, entre os indivíduos de uma mesma classe, havia a aplicação da igualdade aritmética – os indivíduos eram iguais, devendo ser tratados igualmente.

Para Aristóteles, a diferença residia na maior ou menor virtude de cada indivíduo e, assim, eles deviam ser tratados proporcionalmente a esse valor. Assim, haveria um tratamento diferente entre os diferentes, mas, entre aqueles que possuíam o mesmo valor haveria um tratamento aritmeticamente igual. A distribuição ainda seria proporcional, mas, como eles têm o mesmo valor, se equivaleriam (utilizando o exemplo de Marcelo Campos Galuppo: se um indivíduo vale “8” para a comunidade deve receber “4” e quem vale “2” deve receber “1”, agora se ambos valem “8” ambos devem receber “4”). Marcelo Campos Galuppo explica a coexistência da igualdade geométrica e da aritmética, exemplificando que entre os escravos existia uma igualdade aritmética, eles eram todos considerados iguais e que entre os homens livres, os melhores (*aristoi*), existia um tratamento aritmeticamente igual. Ele conclui que a *polis* é concebida como a harmonia dos desiguais (GALUPPO, 2002, p.48).

Na sociedade contemporânea se reconhece também uma diferença entre os homens, mas uma diferença de planos de vida, sócio econômica, cultural, ou seja, o indivíduo é igual, a diferença reside em outros fatores. A igualdade geométrica se aplicada atualmente seria um critério de exclusão, e não de inclusão. A sociedade moderna não é mais composta de estamentos, de classes, ela considera todos os indivíduos como iguais. Sendo assim, a aplicação da igualdade geométrica na atualidade promoveria a exclusão de determinados indivíduos e não a inclusão.

Marcelo Campos Galuppo explica que quando Aristóteles utiliza um critério de distribuição proporcional à virtude dos homens livres, isso necessariamente implica que nem todos os indivíduos têm acesso a todos os bens da comunidade política. Essa distribuição desigual entre os membros da comunidade e mesmo a distribuição desigual de penas e honrarias entre esses mesmos membros, confirma que numa sociedade em que se aplica a igualdade geométrica uns indivíduos têm mais direitos que os outros. Logo, a igualdade geométrica é um mecanismo de exclusão diametralmente oposto ao entendimento da Modernidade em que todos os cidadãos têm a mesma ordem e têm os mesmos direitos (GALUPPO, 2002, p.49).

4. A RUPTURA COM ARISTÓTELES E O PENSAMENTO KANTIANO

A ruptura do pensamento aristotélico com o pensamento kantiano é fundamental para explicação dos conceitos de igualdade geométrica e aritmética. Estas formas de igualdade conviviam no pensamento aristotélico, contudo, com o pensamento kantiano houve uma profunda modificação no conceito de igualdade aritmética.

Marcelo Campos Galuppo afirma que quando Immanuel Kant cunha o seu conceito de igualdade ele descarta a igualdade geométrica aristotélica afirmando que ela não subsiste porque todo ser humano tem o mesmo valor pelo simples fato de ser ele um ser racional, como ser racional é qualquer ser humano (GALUPPO, 2002, p.97-98). Quando Marcelo Campos Galuppo afirma que no pensamento kantiano o homem se identifica com a razão, todos os indivíduos passam a ser iguais, assim, a igualdade geométrica aristotélica não mais é possível. A igualdade de todos os indivíduos pressupõe ainda que não exista um papel natural para cada indivíduo na consecução de um objetivo da sociedade, logo, não há diferença valorativa entre indivíduos que ocupam determinados cargos da sociedade.

Marcelo Campos Galuppo afirma que a sociedade aristotélica pressupunha que a finalidade da existência humana estava na própria atualização do homem, não de todos, mas daqueles que participassem da vida ativa, e, posteriormente, da vida contemplativa. A comunidade era assim meio para a atualização desse ser. Já Kant dizia que não é o homem melhor ou mais virtuoso que é o fim que orienta a política e a ética, mas, ao contrário, que todo homem é um fim em si mesmo. Sendo assim, a igualdade em uma sociedade em que todos são tidos como fins tem de considerar os homens como iguais, portanto deve utilizar a igualdade aritmética (GALUPPO, 2002, p.99). O autor traça uma interessante reflexão sobre a gradual substituição da igualdade geométrica pela aritmética na história afirmando que a igualdade aritmética ganha importância ainda na Idade Média (mesmo com a manutenção de uma sociedade de classes nesse período). Essa importância se deve ao pensamento cristão, já que o pensamento de São Tomas de Aquino considerava que dizer que o homem é um animal social só quer dizer que ele tende a viver em sociedade. Ele estende a dignidade do homem a todos, incluindo mulheres, estrangeiros e escravos, ou pelo menos a todos os cristãos (GALUPPO, 2002, p.55-56).

Marcelo Campos Galuppo afirma que a Modernidade passa a utilizar a igualdade aritmética preponderantemente como princípio da estruturação da organização social. Para esse autor três fatores causaram essa mudança: a Reforma Protestante, a Revolução Científica e o Capitalismo. A Reforma Protestante questionava uma diferença de tratamento dispensada aos “eclesiásticos” e

aos “seculares” em detrimento dos demais. O autor diz que Martín Lutero afirmava que essa diferenciação era mera fantasia e que todos os cristãos pertenciam à mesma ordem, que não haveria qualquer diferenciação que não a de cargo ou função. Ou seja, a condição de cada indivíduo era igual aos demais, não haveria qualquer hierarquia, nenhum indivíduo seria mais valioso que o outro. Isso significa que Martín Lutero rejeita a igualdade geométrica a partir do momento que considera todos os homens como aritmeticamente iguais. O autor afirma que Martin Lutero dizia que as diferenças eram criadas pelo homem, repudiando a divisão da sociedade em classes. Para Lutero um indivíduo não tinha um lugar natural na sociedade, os cargos são ocupados por convenções determinadas pela lei humana. Outra contribuição da reforma foi a luta pela liberdade de consciência e de culto possibilitando que as pessoas adotem planos de vida distintos, afinal não há mais uma crença, um único plano de vida para todos. Conclui-se que a reforma possibilitou uma sociedade sem estamentos, sem classes, uma sociedade em que os indivíduos deveriam ser considerados iguais aritmeticamente, logo, uma sociedade incompatível com a igualdade geométrica. A Revolução Científica é citada por Marcelo Galuppo e por Menelick de Carvalho Netto como importante para essa mudança de paradigma. Marcelo Campos Galuppo cita Rubem Alves para afirmar que a ciência aristotélica utilizava a qualidade como categoria explicativa, já a física moderna newtoniana substituiu a categoria da qualidade pela categoria da quantidade na explicação da natureza. Menelick de Carvalho Netto, por sua vez, afirma que nesse período há uma substituição da cosmologia feudal hierarquizada e fechada pela isonômica estrutura matemática de átomos do universo infinito de Galileu. Ele utiliza o exemplo da lei de gravitação universal dos corpos em que a quantidade de massa e a quantidade de distância é que determinam a gravitação entre os corpos (CARVALHO NETTO, 1990, p.128). Marcelo Campos Galuppo cita ainda Copérnico para afirmar que os seus pensamentos transformaram a sociedade que antes era estática, imutável, em uma sociedade mutável, em movimento. Esta ideia migra da ciência para a filosofia, não sendo mais possível conceber uma sociedade organizada em classes imutáveis, sociedade em que cada indivíduo deveria exercer determinado papel e se conformar com ele. Esta sociedade mutável não mais admite que uns indivíduos exerçam definitivamente um mesmo papel social. Nota-se que nesta nova sociedade é possível visualizar cada indivíduo com um plano de vida distinto dos demais, não se tem mais um único plano de vida para toda a sociedade. Essa mudança científica da qualidade para a quantidade é justamente uma mudança da igualdade geométrica para a aritmética, afinal a igualdade geométrica se liga a qualidade dos indivíduos e a aritmética a quantidade. O terceiro fator seria o Capitalismo, já que esse modelo só tem como se consolidar se existir uma igualdade formal aritmética entre os homens e uma igualdade formal aritmética entre os mecanismos de mensuração de valor. Não é qualidade que diferencia o

proletário do capitalista, é a quantidade de capital. Os homens são iguais, o que os diferencia é a propriedade ou não dos meios de produção. O principal da troca de mercadorias é a equivalência e não a proporcionalidade (GALUPPO, 2002, p.65-70).

3. IGUALDADE FORMAL E MATERIAL

A igualdade formal e a material pressupõem uma igualdade aritmética, porque partem do princípio de que os indivíduos são iguais, tem o mesmo valor como homens e que se admite a liberdade para que cada indivíduo tenha um determinado plano de vida. Nota-se que esse conceito não permite mais ao direito criar situações distintas entre as pessoas excluindo cidadãos. Não há que se falar mais em igualdade geométrica.

A igualdade formal, ou igualdade perante a lei revela um padrão de igualdade em relação à forma, logo, afirma que formalmente todos são qualitativamente iguais. Carmen Lúcia Rocha afirma que a inteligência conferida à expressão normativa, igualdade perante a lei, é a de que a lei tem aplicação igual para todos. Ela afirma que a atuação estatal, do administrador ou do julgador, deve ter a mesma medida legal em relação a qualquer cidadão. Sendo assim, seria válido qualquer comportamento público que, fazendo valer a norma legal, fizesse incidir o preceito segundo as mesmas condições para aqueles a que ele se dirigisse. Havendo tratamento igual aos sujeitos cobertos pela norma jurídica estaria cumprida a igualdade formal (ROCHA, 1990, p.36-37). Nota-se que o conceito de igualdade formal está diretamente ligado ao Estado de Direito em que há uma primazia da lei, sob o fundamento de que o governo da lei é preferível ao governo dos homens. A lei por ser abstrata e geral possibilita que não haja preferências a uns em detrimento dos outros, ela impossibilita os governos despóticos, as tiranias. Nota-se que o próprio surgimento desse Estado está ligado a um conceito de igualdade aritmética em que todos são iguais qualitativamente. A igualdade formal é uma forma de efetivar essa igualdade.

Marcelo Campos Galuppo define essa ligação entre a igualdade e a lei. Ele afirma que o princípio ideológico que orienta o surgimento do direito moderno é o princípio da generalidade da lei, que surge como mecanismo para evitar os privilégios típicos dos regimes anteriores. Esse novo direito é avesso aos privilégios e tendente à generalização, e a igualdade tem justamente o papel de incluir os cidadãos no direito e não mais excluí-los com a criação de diferenciações. Ele conclui que se todas as pessoas possuem aritmeticamente o mesmo valor não há razões para que o direito crie distinções entre as pessoas (GALUPPO, 2002, p.74).

No entanto, a interpretação dessa igualdade perante a lei nem sempre considerou essa mudança da igualdade geométrica para a aritmética. Inicialmente houve uma convivência dessa igualdade jurídica com uma separação dos desiguais. O caso *Brown v. Board of Education*², por exemplo, demonstra essa mudança interpretativa da igualdade e, parte, da mudança posterior da igualdade formal para a igualdade material. O contexto histórico desse caso é o seguinte: apesar da Declaração da independência dos Estados Unidos da América³ ser de 1776 e já prever que “*all men are created equal*”, ou seja, que todos os homens são criados iguais, ela conviveu por muito tempo com a escravidão. Foi somente com a décima terceira emenda, de 1868,⁴ que se extinguiu a escravidão reforçando o entendimento de que todos são qualitativamente iguais. Contudo, a partir desse momento, utilizou-se a interpretação que todos eram iguais em direitos, mas havia uma diferença entre os homens, sendo assim, adotou-se uma política de separação dos desiguais. Os negros e os brancos, tratados nessa época como diferentes, deviam ter o mesmo tratamento legal respeitadas as suas diferenças naturais.

Percebe-se que a igualdade formal surge justamente para eliminar a igualdade geométrica, típica de uma visão medieval e dos títulos de nobreza. Compreende-se que as pessoas são todas iguais e por isso não deve haver benefícios a uns tidos como melhores que os outros. Extingue-se o pressuposto de uma possível diferença natural entre as pessoas, elas são todas aritmeticamente iguais. A lei deve então tratá-las de forma igual, todos então terão os mesmos direitos.

José Gomes Canotilho quando explica o princípio da igualdade na dimensão da igualdade na aplicação do direito afirma que a igualdade formal (ou perante a lei) significa tradicionalmente a exigência de igualdade na aplicação do direito. Ele afirma que a igualdade não deve significar apenas aplicação igual da lei, devendo a lei tratar por igual todos os cidadãos. Nota-se que o autor busca justamente afastar a possibilidade da igualdade ser reduzida tão somente a um postulado de universalização. Assim, ele afirma que a igualdade perante a lei será insuficiente se não for

² Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/educational-resources/get-involved/federal-court-activities/brown-board-education-re-enactment/history.aspx>>. Acesso em: 01 out. 2013. Esse site é mantido e administrado pela Administrative Office da U.S. Court da Justiça Federal Americana.

³ Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 01 out. 2013. É o site da biblioteca virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo – USP.

⁴ Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 01 out. 2013. EMENDA XIII, Seção 1: Não haverá, nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito a sua jurisdição, nem escravidão, nem trabalhos forçados, salvo como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado.

acompanhada de igualdade na própria lei, ou seja, seja exigida também ao legislador (CANOTILHO, 2002, p.425 e 426). A igualdade material surge então como necessidade de efetivar a igualdade e não mais só garantir uma igualdade de tratamento legal. Não há mais que se falar em igualdade perante a lei, mas sim em igualdade na lei. A igualdade material se dirige também ao legislador, e não somente ao julgador e ao administrador.

Carmen Lúcia Rocha afirma que a interpretação da igualdade como formal ajudou a manter uma série de vantagens especiais na lei para determinados grupos. A lei, segundo esse entendimento, poderia constituir desigualdades e mesmo reforçar as já existentes em virtude de uma construção social, econômica e política desajustada das condições humanas iguais em sua essência. Já a igualdade material como se direciona também ao legislador, impediria a manutenção e a criação dessas vantagens especiais (ROCHA, 1990, p.37-39). Seabra Fagundes explica esta mudança legislativa afirmando que o legislador ao editar uma norma deve criar vantagens ou ônus para pessoas ou relações que estejam em pé de igualdade. O princípio significa que a lei deve reger, com iguais disposições (os mesmos ônus e as mesmas vantagens) situações idênticas e, reciprocamente, distinguir na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a aquinhó-las, ou gravá-las, em proporção às suas diversidades (FAGUNDES, 2013, p.05).

A igualdade material então é mais abrangente. Ela traz a ideia de que o Estado deve sair da sua posição inerte e passar a atuar para garantir efetivamente a igualdade das condições materiais de sobrevivência digna. Não basta mais que o Estado deixe de criar benefícios compensatórios de desequilíbrios econômicos, é necessário que ele atue de forma a concretizar essa igualdade. Carmen Lúcia Rocha associa essa igualdade material ao Estado Social afirmando que há uma transformação da igualdade perante a lei em igualdade por meio da lei, ou seja, que seja a lei a criadora da igualdade possível e necessária ao florescimento de relações justas e equilibradas entre as pessoas. Ela diz que a igualdade formal buscava que a lei não criasse ou permitisse desigualdades e que a material deve cumprir a função de promover igualações onde seja possível e com os instrumentos de que ela disponha, inclusive desigualando em alguns aspectos, para que o resultado seja o equilíbrio justo e a igualdade material e não meramente formal. A autora afirma ainda que a atuação do Estado deve ser positiva a fim de garantir a igualdade material, principalmente nos aspectos socioeconômicos. Para ela a igualdade só pode ser alcançada com a atuação positiva e negativa do Estado (ROCHA, 1990, p.39 a 44). José Joaquim Gomes Canotilho, por sua vez, diz que o princípio da igualdade não é uma determinante negativa heterônoma com função exclusivamente normativa, mas sim, uma imposição positiva heterônoma, cujo não

cumprimento justifica a sanção da inconstitucionalidade por violação do dever constitucional de compensação da desigualdade de oportunidades (CANOTILHO, 2002, p.381).

Conclui-se que a igualdade formal é própria do Estado Liberal, já que pressupõe a garantia de uma igualdade na lei de tal forma a preservar a liberdade dos indivíduos, portanto, trata-se de uma previsão legal que determina uma atuação negativa do Estado para garantia da liberdade dos indivíduos. Essa igualdade nasce como uma igualdade aritmética, já que parte do pressuposto de que todos os homens são iguais qualitativamente. No entanto, evidencia-se que a sua aplicação no decorrer dos tempos permitiu alguns tipos de benefícios especiais, algumas diferenciações embasadas nas qualidades socioeconômicas das pessoas, mesmo que o conceito em si de igualdade formal como igualdade aritmética não o permitisse. Já a igualdade material é própria do Estado Social, já que pressupõe uma igualdade no direito, ou seja, busca-se uma igualdade efetiva, real, e não meramente formal uma igualdade na inserção social. Essa correlação entre igualdade material e Estado Social existe porque esse modelo pressupõe uma atuação estatal positiva a fim de garantir uma igualdade real. Assim ela nasce como uma igualdade aritmética, já que pressupõe que todos os homens são qualitativamente iguais.

4. PRERROGATIVA E PRIVILÉGIO

O privilégio e a prerrogativa dizem respeito a uma diferenciação, uma concessão de um benefício legal a um determinado grupo de pessoas ou indivíduos. A análise para conceituar privilégio ou prerrogativa será realizada na investigação da fundamentação do benefício e o nexo entre esta diferenciação e o fundamento dele.

A primeira diferenciação entre privilégio e prerrogativa diz respeito ao motivo desta aplicação. O privilégio se liga à igualdade geométrica e a prerrogativa à igualdade aritmética. A igualdade geométrica pressupõe uma diferenciação de valor, uma pessoa é distinta da outra como ser humano, uma é melhor que a outra por disposições inatas ou por vinculações a estrutura de poder desde sempre existentes que justificam seu lugar na comunidade. Por conseguinte, aquelas distinções baseadas em uma diferença pessoal, que considere determinada pessoa, seja em virtude da qualidade dela, posição que ocupa na sociedade ou objeto que detém, portanto, aquelas dessemelhanças ligadas a uma diferença valorativa de uma pessoa para outra, são privilégios, e como tal incompatíveis com a Democracia. Cabe aqui fazer uma importante observação: quando se fala que a dessemelhança não pode se dar com relação a uma diferença pessoal valorativa, quer-se dizer que não há pessoas melhores que as outras em virtude de um maior talento natural. Exemplificando: uma pessoa se difere da outra em virtude de uma deficiência física, mas isso não

torna aquela pessoa sem deficiência física melhor valorativamente que a outra, mas tão somente com uma particularidade. Uma pessoa que ocupa um determinado cargo social de chefia, como os agentes políticos em geral, exerce um importante papel social, mas isto não a torna melhor que aquela que não exerce este papel social. É importante lembrar que para Aristóteles uma pessoa que exercia determinada função dita importante para a sociedade grega era melhor valorativamente que as demais que não a exerciam. E ainda que havia diferenças pessoais, como ser mulher, ser estrangeiro, que por si só tornava estas pessoas piores valorativamente que as demais. Logo, uma mulher é realmente diferente de um homem, mas não é inferior valorativamente a ele (diferente em relação ao gênero). Portanto, uma diferenciação que se baseie em diferentes valores entre um homem e uma mulher, que conceda um benefício para um porque este é melhor que o outro, utiliza a igualdade geométrica e é assim um privilégio. Já aquela diferença que se baseia numa diferença pessoal, mas de característica, de distinção fática, e concede assim um benefício com o intuito de diminuir esta diferença fática é uma prerrogativa, um benefício ligado à igualdade aritmética. Com esta correlação é possível concluir que o privilégio se liga a vantagens pessoais valorativas, ou seja, a concessão de benefícios baseados em uma comparação de valores entre determinadas pessoas e as demais. Já a prerrogativa se liga a concessão de vantagens pessoais fáticas, ou seja, a concessão de benefícios baseados em uma comparação da realidade fática entre determinadas pessoas e as demais.

É necessário esclarecer que nesta primeira análise fala-se em benefícios pessoais, e não gerais, mas tal afirmativa se deve porque está se considerando a diferença valorativa entre as pessoas. No item seguinte será demonstrado que a concessão de um benefício pessoal é contrário à Democracia, sendo assim, é necessário salientar que neste item ao utilizar o termo “vantagem pessoal” quer se distinguir somente uma pessoa da outra, quer se dizer que um indivíduo do gênero masculino é distinto de um indivíduo do gênero feminino. A análise se dá tão somente com relação à diferenciação possível entre estes dois gêneros, qual seja: diante do paradigma da igualdade geométrica diz-se que há uma diferença de valor entre os gêneros; já no paradigma da igualdade aritmética diz-se que há uma diferença pessoal fática, ou seja, uma diferença inerente à pessoa de determinado gênero.

4.1 Identificação dos privilégios e/ou prerrogativas

Celso Antônio Bandeira de Mello elege o que ele chama de “critérios para identificação do desrespeito à isonomia”. O autor afirma que o reconhecimento das diferenciações não pode ser realizado sem interrupção da isonomia e se divide em três questões: a) a primeira diz com o

elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de diferenciação e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados (MELLO: 1993, p.21). Em resumo, tem-se que é necessário: a) identificar a diferença; b) identificar o fundamento desta diferença; c) identificar o nexo entre a diferença normativa e o fundamento da desigualdade.

O autor denomina essa análise de “isonomia e fatos de discriminação”. Para isso, ele traz dois requisitos: a) 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 colhido pelo regime peculiar; b) o traço diferencial adotado, necessariamente há de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada; ou seja: elemento algum que não exista *nelas mesmas* poderá servir de base para assujeitá-las a regimes diferentes (MELLO: 1993, p.23).

O autor no item “a” quer afirmar que a diferenciação criada pela lei para corrigir uma desigualdade fática não pode ser tão específica que diferencie ainda mais, ou seja, que ao invés de incluir, exclua ainda mais. Neste ponto, pode-se ainda, mesmo que não seja a conclusão do autor, acrescentar o ponto já trabalhado anteriormente, de que esta diferenciação deve ser temporária, já que a sua perpetuidade pode tornar a diferença definitiva, logo a diferenciação legal deve durar até que a igualação fática aconteça. Não estabelecer o benefício como temporário, ou seja, até que a diferença não exista mais, cria uma nova diferenciação, o que inviabiliza o próprio sentido da existência desta vantagem. No item “b” ele afirma que a diferença deve residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada, assim, não se pode utilizar algo que não exista nelas na criação de diferenças legais. O exemplo aristotélico sobre a diferença entre uma “autoridade” e uma “pessoa qualquer” elucida bem esse tópico. Aristóteles afirmava que quando uma autoridade feria uma pessoa qualquer ela não deveria ser ferida em retaliação, mas que quando o contrário ocorresse à pessoa deveria ser ferida e ainda punida (ARISTÓTELES: 2001, p.99). Nota-se que para fazer esta diferenciação entre uma “pessoa qualquer” e uma “autoridade” o autor considerou algo fora do indivíduo, qual seja, a sua posição social, e assim tratou de forma distinta por entender que a “autoridade” é melhor que uma “pessoa qualquer”. De certa forma o item “b” já trabalha a questão de “identificar uma diferença”, já que ele quer informar que para que haja um benefício tem que existir uma diferença (ela não pode ser criada). Logo, esta análise se liga à pesquisa da fundamentação do tratamento diferenciado e do nexo entre ela e a vantagem concedida.

Posteriormente, Celso Antônio Bandeira de Mello trabalha a generalização da lei. Neste ponto o autor constrói o entendimento de que qualquer diferenciação legal deve ser geral (a um grupo de indivíduos) e nunca a um único indivíduo. Ele chega a essa conclusão após estudar a classificação das regras jurídicas quanto à sua estrutura segundo os estudos de Norberto Bobbio (MELLO: 1993, p.24 a 35). Em resumo, pode-se afirmar que o autor tenta retirar à existência de qualquer benefício pessoal, logo, a lei não pode criar uma vantagem para uma única pessoa. Carmen Lúcia Rocha ao tratar do histórico da igualdade elucida o que são estas vantagens pessoais citando o período histórico em que os autores das normas criavam títulos de nobreza e correlatas regalias a determinadas pessoas. Ela conclui ainda que a ideia da igualdade é justamente construir uma sociedade justa de tal forma que se eliminem os privilégios que os nomes e as medalhas conferem (ROCHA: 1990, p.36). Nota-se que a autora liga o conceito de privilégio à concessão de vantagens individuais. Pode-se dizer que os benefícios pessoais são aqueles concedidos em virtude de uma suposta diferença valorativa entre as pessoas, ou seja, de uma pura aplicação da igualdade geométrica aristotélica. Sendo assim, benefícios pessoais são aqueles concedidos em virtude de nascimento, de nobreza, etc. A ideia é que quando o benefício é concedido a um grupo de pessoas se quer justamente corrigir uma desigualdade com um tratamento desigual, buscando unicamente uma inclusão.

Posteriormente, Celso Antônio Bandeira de Mello explica o nexó entre o fator de desigualação e a vantagem concedida. Para este autor o ponto principal reside na existência ou não da correlação lógica entre o fator erigido em critério de desigualação (fundamentação) e a discriminação legal decidida em função dele. Ele esclarece que se tem de investigar, de um lado, aquilo que é escolhido como critério desigualador e, de outro lado, se há justificativa racional para, em correspondência ao traço distintivo adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da diferença afirmada. Em outras palavras: deve-se averiguar se o benefício auferido tem fundamentação racional para traçar um nexó entre a vantagem e a desigualdade, lembrando que o benefício (a desigualdade adotada) deve guardar correspondência com o traço de diferenciação daquele grupo perante os demais grupos. Não se pode, por exemplo, utilizar dois grupos como os homens e as mulheres, cuja diferenciação se dá em virtude da diferença de gênero, e adotar um benefício legal para diminuir esta diferença com um fundamento em algo fora daquela diferença. Celso Antônio Bandeira de Mello explica utilizando o exemplo entre os homens altos e os homens baixos. Ele afirma que é evidente que há diferença entre um homem alto e outro baixo, qual seja: a altura. No entanto, caso o legislador estabeleça uma norma que afirme que somente o homem alto pode celebrar contrato de compra e venda, não se pode verificar o nexó entre a

diferença, a altura, e o benefício, celebrar contrato de compra e venda. Por mais evidente que seja o exemplo, já que a altura não é um fundamento válido, o exemplo é importante para demonstrar os elementos que devem ser analisados. A diferença entre os grupos que receberão tratamentos distintos (homens altos e homens baixos), o benefício concedido (celebrar contrato de compra e venda) e no caso a ausência de fundamentação racional que possibilite correlacionar o fator de discriminação e a vantagem auferida. O autor sintetiza este ponto assegurando que a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de um grupo de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se encontram na categoria diferenciada (MELLO: 1993, p.12, 37-39).

Ressalta-se que Celso Antônio de Mello observa que a correlação lógica (nexo) nem sempre é absoluta, ou seja, isenta da penetração de ingredientes próprios das concepções da época, absorvidos na inteligência das coisas. Ele afirma que fatores históricos podem influir na logicidade da fundamentação. O autor exemplifica afirmando que em determinados momentos históricos parecerá perfeitamente lógico vedar às mulheres o acesso a certas funções públicas, e, em outras épocas, não, entendendo-se inexistir motivo racionalmente subsistente que convalide esta vedação (MELLO: 1993, p.39 e 40). Necessário salientar que estes fatores realmente influenciam a aplicação histórica da igualdade (ex: caso *Brow v.s. Board of Education*), contudo, depreende-se que uma apreciação racional em que se compare o fator diferenciador, a diferenciação aplicada, a fundamentação desta distinção, o nexo, e, outros critérios de resultado, como se o efeito prático é exclusivo ou inclusivo, dificilmente permitirá esta influência. Ocorre que muitas vezes toda esta interpretação é mascarada por uma utilização dos fundamentos da igualdade geométrica que ainda persistem travestidos de fundamentos racionais. Ou mesmo que muitas vezes os fundamentos sequer são investigados ou mesmo questionados, por isto alguns privilégios insistem em existir.

Celso Antônio Bandeira de Mello estuda ainda a consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição. O autor enumera os pontos estudados citando os elementos que se presentes impedem a convivência da discriminação legal e da igualdade. São eles: a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo; b) que as situações ou pessoas desequiparadas sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados; c) que exista uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; d) que o nexo seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa (tendo como

referência o texto constitucional) para o bem público. Ele conclui que há ofensa ao preceito constitucional da igualdade quando: I) A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada; II) A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas; III) A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados; IV) A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas a diferenciação estabelecida conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente; V) A interpretação da norma extrai dela desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita (MELLO: 1993, p.41e 47).

Carmen Lúcia Rocha, por sua vez, traça alguns parâmetros para aplicação da igualdade, explicando que se pretende que a lei: a) não permita ou possibilite a manutenção de desigualdades que não estejam fundadas em critérios de fato ou legítimos de direito; b) não crie desigualdades entre pessoas em situação jurídica que permita a igualação e seja este o enfoque a ser relevado para o desate justo da questão normada; c) não sedimente ou labore preconceitos ou discriminações; d) elimine, pelo tratamento desigualado, desigualdades socioeconômicas e políticas encontradas na realidade assumida pelo Estado; e) legitime-se pelo critério da desigualação quando desigualdade for mais relevante para o interesse humano a se proteger juridicamente que o critério da igualação (ROCHA: 1990, p.40).

Sendo assim, com a conjugação dos fundamentos descritos anteriormente, tem-se o seguinte roteiro:

a) Identificar a diferença;

- Analisar se há diferença entre o grupo beneficiado e os demais na mesma situação (objetivo: verificar se há situação de diferença)

Critérios para a diferenciação:

- 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 colhido pelo regime peculiar.

- O traço diferencial deve residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada (elemento que não existir nela mesma não pode servir de base para lhe conceder diferenciações).
- As pessoas ou grupos diferenciados devem ser realmente distintos, vale dizer, possuam características, traços diferentes.
- Deve ser uma generalização legal e não uma individualização

b) Identificar o fundamento da diferença;

- Analisar se a diferenciação exclui ou inclui, aumenta ou diminui esta diferença.
- Que a diferenciação seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa para o bem público (aqui mais uma vez deve se levar em conta a pluralidade de planos de vida, ou seja, é valioso incluir determinado plano de vida, desde que ele não exclua outro).

c) Identificar o nexó entre a diferença normativa e o fundamento da desigualdade;

d) A diferenciação estabelecida pela norma não pode conduzir a efeitos contrapostos ou dissonantes dos interesses prestigiados.

e) A interpretação da norma não pode extrair diferenciações que não as que foram assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.

5. CONCLUSÃO:

Depreende-se que a igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito está ligada a uma participação de todos os indivíduos nas decisões do Estado, seja elas administrativa⁵, legislativa⁶ ou judicial⁷. Pressupõe-se que todos os cidadãos são qualitativamente iguais e podem influir na direção do Estado. Nos dizeres de André Cordeiro Leal a democracia passa pela institucionalização das condições para que os afetados pelas decisões possam participar da construção e interpretação normativa, bem como fiscalizá-la (LEAL: 2008, p.148), ou seja, neste paradigma todos os indivíduos, tidos qualitativamente como iguais, participam das decisões estatais. Importante ressaltar que a Democracia pressupõe uma pluralidade de indivíduos com diversos planos de vida e a igualdade exerce a função de possibilitar que cada um busque seu plano de vida, sem exclusão dos demais ou a prevalência de um destes planos.

⁵ Sobre o assunto ler a obra: Direito Administrativo Pós-Moderno de Maria Tereza Fonseca Dias.

⁶ Sobre o assunto ler: Devido processo legislativo de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira.

⁷ Sobre o assunto ler a obra: Processo e teoria discursiva da democracia de André Pereira Leal.

Fica evidente que a igualdade geométrica não deve existir num Estado Democrático de Direito pelo fato de que neste paradigma não há talentos inatos que determinem uma hierarquia desde sempre entre os cidadãos. É necessário ressaltar que esta conclusão se fundamenta no conceito de igualdade geométrico aristotélico. Este conceito utiliza como parâmetro de comparação uma suposta importância em virtude de maior conhecimento ou de melhor posição social. Sendo assim, é possível afirmar que as distinções que se ligam ao conceito de igualdade geométrica aristotélica não se coadunam com o Estado Liberal, com o Estado Social e, conseqüentemente, com a Democracia. Diante deste panorama é possível concluir que os privilégios são incompatíveis com a Democracia, uma vez que eles se ligam a vantagens pessoais valorativas, a concessão de benefícios baseados em uma comparação de valores entre determinadas pessoas e as demais. Já a prerrogativa se conecta a concessão de vantagens pessoais fáticas, ou seja, a concessão de benefícios baseados em uma comparação da realidade fática entre determinadas pessoas e as demais. Portanto, pressupõe uma necessária aceitação da igualdade aritmética em detrimento da igualdade geométrica sendo compatível com a Democracia.

REFERÊNCIAS:

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*; tradução de Mário Gomes Kury. 4ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Coimbra, 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Da responsabilidade da administração pela situação falimentar de empresa privada economicamente viável por inadimplência ou retardo indevido da satisfação de valores contratados como contraprestação por obras realizadas. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. Brasília: OAB, 1990.

FAGUNDES, Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o Poder Legislativo. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewArticle/14874>>. Acesso em: 01 out. 2013.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOMES, Vinícius da Costa. (Re)Leitura democrática da expressão aristotélica: “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”. Florianópolis:

CONPEDI, 2017. Acesso em 19/10/18 no site: <
<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/09jnw80l/93234FXK2Czu3evX.pdf> >

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. In Maria Fonseca Dias. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 3ª ed.

LEAL, André Cordeiro. Instrumentalidade do processo em crise. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. Belo Horizonte: Revista Meritum, 2006.

LORENTZ, Lutiana Nacur. A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência. São Paulo: LTr, 2006.

MACINTYRE, Alasdair. Justiça de quem? Qual racionalidade? Tradução Marcelo Pimenta Marques. 2ª Ed. São Paulo: Editora Ipiranga, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio constitucional da igualdade. Belo Horizonte: Lê, 1990.