XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITOS FUNDAMENTAIS

JONATHAN BARROS VITA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Lucas Gonçalves Da Silva, Jonathan Barros Vita, Valéria Silva Galdino Cardin– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-051-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito fundamentais. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apresentação

O XXIV Encontro Nacional do CONPEDI Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito em parceria com o Programa Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe UFS, ocorreu em Aracaju entre os dias 03 e 06 de junho de 2015 e teve como tema central DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção e estabelecendo um fio condutor evolutivo para os mesmos.

No caso concreto, assim aconteceu com o GT DIREITOS FUNDAMENTAIS. Coordenado pelos professores Jonathan Barros Vita, Lucas Gonçalves da Silva e Valéria Galdino Cardin, o referido GT foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados no presente e-book, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido também a maior atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Como o ato de classificar depende apenas da forma de olhar o objeto, a partir da ordem de apresentação dos trabalhos no GT (critério de ordenação utilizado na lista que segue), vários grupos de artigos poderiam ser criados, como aqueles que lidam com: questões de raça,

religião e gênero (8, 10, 12, 13, 15, 24 e 27), concretização de direitos fundamentais (1, 5, 9, 11, 16, 18, 19 e 22), liberdade de expressão e reunião (3, 6, 17 e 25), teoria geral dos direitos fundamentais (7, 14) e temas multidisciplinares que ligam os direitos fundamentais a outros direitos (2, 4, 20, 21, 23, 26 e 28)

1. A inclusão nos mecanismos de produção de riqueza face à relativização do princípio da igualdade pelos programas de transferência de renda, de Rogério Piccino Braga

2. Benefícios da clonagem terapêutica e as células-tronco embrionárias frente ao princípio da dignidade humana no ordenamento jurídico brasileiro, de Janaína Reckziegel e Luiz Henrique Maisonnett

3. As teses revisionistas e os limites à restrição da liberdade de expressão, de Rodrigo De Souza Costa e Raisa Duarte Da Silva Ribeiro

4. A inviolabilidade do domicílio no curso da fiscalização tributária, de Pedro Cesar Ivo Trindade Mello

5. Acessibilidade: um direito fundamental da pessoa com deficiência e um dever do poder público, de Flavia Piva Almeida Leite e Jeferson Moreira de Carvalho

6. Biografias não autorizadas e o direito à privacidade na sociedade da informação, de Narciso Leandro Xavier Baez e Eraldo Concenço

7. O princípio da igualdade e suas dimensões: a igualdade formal e material à luz da obra de Pérez Luño, de Giovanna Paola Batista de Britto Lyra Moura

8. Intolerância contra as religiões de matriz africana: uma análise sobre colisão de direitos através de casos judiciais emblemáticos, de Ilzver de Matos Oliveira e Kellen Josephine Muniz De Lima

9. A criança e o adolescente e os direitos fundamentais - o papel das mídias sociais e das TICs sob o prisma do princípio da proteção integral e da fraternidade, de Bruno Mello Corrêa de Barros e Daniela Richter

10. Laicidade e símbolos religiosos no brasil: em defesa da liberdade religiosa e do estado democrático de direito, de Eder Bomfim Rodrigues

11. O serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social, de Paulo Ricardo Schier e Adriana da Costa Ricardo Schier

12. Sobre a dominação masculina (re)produzida na publicidade: reações da sociedade vistas a partir de denúncias ao CONAR, de Helio Feltes Filho e Taysa Schiocchet

13. É para rir? A atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos casos envolvendo liberdade de expressão e racismo nos discursos humorísticos, de Caitlin Mulholland e Thula Rafaela de Oliveira Pires

14. O poder judiciário, a constituição e os direitos fundamentais: ativismo judicial no STF pela crítica de Antônio José Avelãs Nunes, de Tassiana Moura de Oliveira e Ana Paula Da Silva Azevêdo

15. Mudança de sexo e a proteção dos interesses de terceiros, de Kelly Cristina Presotto e Riva Sobrado De Freitas

16. Os custos dos direitos fundamentais e o direito prestacional/fundamental à saúde, de Rubia Carla Goedert

17. Democracia na era da internet, tática black bloc e direito de reunião, de Gilton Batista Brito e Lucas Gonçalves Da Silva

18. A pessoa com espectro autista e o direito à educação inclusiva, de Carolina Valença Ferraz e Glauber Salomao Leite

19. A problemática dos custos no campo de execução dos direitos fundamentais: alternativas e soluções para o cumprimento do mínimo existencial, de Diogo Oliveira Muniz Caldas

20. Direitos fundamentais: questões de princípios entre o viver e o morrer, de Robson Antão De Medeiros e Gilvânklim Marques De Lima

21. A Amazônia e o paradoxo das águas: (re)pensando a gestão hídrica urbana, de Jefferson Rodrigues de Quadros e Silvia Helena Antunes dos Santos

22. Beneficio constitucional de prestação continuada: o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o critério da renda per capita à luz da efetividade, de Benedito Cerezzo Pereira Filho e Luiz Fernando Molan Gaban

23. Os "mortos" civilmente: aspectos políticos e jurídicos acerca da invisibilidade do preso provisório em um estado democrático de direito, de Samyle Regina Matos Oliveira e Edinilson Donisete Machado

24. As mulheres no mercado de trabalho: desmistificando a igualdade entre os gêneros, de Deisemara Turatti Langoski e Olga Maria B Aguiar De Oliveira

25. Os limites entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio: uma análise sobre o caso dos supostos justiceiros , de Rafael Santos de Oliveira e Claudete Magda Calderan Caldas

26. Tráfico de pessoas para retirada ilegal de órgãos: um crime degradante contra o ser humano, de Fernando Baleira Leão De Oliveira Queiroz e Meire Marcia Paiva

27. O desafio da igualdade: casos de intolerância religiosa na contemporaneidade e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de Jose Lucas Santos Carvalho

28. O cadastro ambiental rural como direito à informação e o sigilo de dados, de Luciana Costa da Fonseca e Danielle Fonseca Silva

Finalmente, deixa-se claro que os trabalhos apresentados no GT DIREITOS FUNDAMENTAIS, acima relatados, foram contemplados na presente publicação, uma verdadeira contribuição para a promoção e o incentivo da pesquisa jurídica no Brasil, consolidando o CONPEDI, cada vez mais, como um ótimo espaço para discussão e apresentação das pesquisas desenvolvidas nos ambientes acadêmicos das pós-graduações.

Desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita - Unimar

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Profa. Dra. Valéria Galdino Cardin - Unicesumar

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E SUAS DIMENSÕES: A IGUALDADE FORMAL E MATERIAL À LUZ DA OBRA DE PÉREZ LUÑO

EQUALITY PRINCIPLE AND ITS DIMENSIONS: AN ANALYSIS OF FORMAL AND MATERIAL EQUALITY BASED ON PEREZ LUÑO`S WORK

Giovanna Paola Batista de Britto Lyra Moura

Resumo

O presente artigo tem como objetivo principal a análise do princípio da igualdade, em suas duas nuances, partindo, para tanto, do estudo da obra do doutrinador jusnaturalista espanhol António Enrique Pérez Luño. É cediço que o princípio da igualdade, muito embora consagrado nas Ciências Jurídicas desde tempos primórdios, ainda gera bastante celeuma no âmbito doutrinário do Direito, haja vista ser dotado de complexidade que desafia os estudiosos do tema. Isso se deve ao fato de que a igualdade relaciona ideias, valores e sentimentos muito díspares, o que faz com que muitos o encarem como uma mera utopia, ao invés da realidade que o mesmo deve representar. A igualdade subdivide-se em material e formal, esta também chamada de igualdade jurídica, e está, nas duas acepções, consagrado pela Carta Magna de 1988. Do ponto de vista da igualdade formal, o princípio significa que a norma jurídica não pode estabelecer diferenciações entre os indivíduos jurisdicionados, salvo quando constitucionalmente autorizado, ou quando tal distinção implicar em uma maior igualdade material entre aqueles que são desiguais na prática. No que tange à acepção material, a norma jurídica tem um papel deveras importante na busca pelo que é justo, de modo a possibilitar que os sujeitos disponham das mesmas oportunidades de se desenvolver nos planos intelectual e físico.

Palavras-chave: Princípio da igualdade; igualdade formal; igualdade material; oportunidades.

Abstract/Resumen/Résumé

The present article mainly aims to analyze the equality principle, in both of its meanings, starting, in order to do so, from the book written by the Spanish jusnaturalist author António Enrique Pérez Luño. It is known that the equality principle even though it has been enshrined at Law Science since times of yore, still generates quite a big confusion inside the doctrinal field, for it involves complexity that challenges those who study the subject. This is due to the fact that equality involves different ideas, values and feelings, what makes some people face it as a mere utopia, as opposed to the reality that it must represent. The equality principle is subdivided into formal and material, this one also being called as legal equality, and it is enshrined at the Brazilian Constitution of 1988 in its both meanings. From its formal conception, the equality principle means that the law cannot establish differentiation between those individuals who are under its authority, unless constitutionally allowed, or when that

distinction promotes material equality between people who are unequal in practice. As for its material meaning, law plays an important role on pursuing what is fair, in a way to make it possible for individuals to dispose of the same opportunity to develop both on physical and intellectual fields.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Equality principle; formal equality; material equality; opportunities.

1 INTRODUÇÃO

É sabido que o legislador constituinte, ao início do processo de redemocratização do país, utilizou a Carta Magna de 1988 como documento principal para resgatar à sociedade princípios de outrora, esquecidos, principalmente, pelos governos autoritários na época do Regime Militar. A partir do novo paradigma, os indivíduos deixam de ser submetidos a Atos Institucionais e outros instrumentos legais semelhantes, para terem seus direitos efetivamente consagrados no texto legal, mormente no que tange aos direitos e garantias fundamentais, de modo que nenhum dispositivo infraconstitucional poderá violar a norma constitucionalmente posta, até por obediência à teoria de Hans Kelsen.

Muito embora este exista desde muito antes do processo de redemocratização do país, o princípio da igualdade ganhou força, no Brasil, a partir de tal época, impulsionado, principalmente, pelo sentimento do constituinte originário de resgate aos direitos fundamentais dos indivíduos, prerrogativas estas contra as quais o Regime Militar constantemente atentava. Diluído no texto constitucional, encontramos o princípio da igualdade em diversas oportunidades, tais como o art. 4º, inciso VIII, que dispõe sobre a igualdade racial, o art. 5º, I, que trata da igualdade entre os sexos, e o principal deles, o próprio caput do art. 5º, que estabelece a igualdade entre todos os indivíduos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

O presente artigo tem o objetivo de apresentar o princípio da igualdade sob o enfoque da obra do doutrinador espanhol António Enrique Pérez Luño, que, em sua obra *Dimensiones de la igualdad*, tratou do tema de maneira específica e detalhada, abordando o princípio da igualdade em suas mais diversas facetas. Apresenta, para tanto, um estudo detalhado do princípio da igualdade em suas duas acepções: a material e a formal.

Insta mencionar, a título de melhor compreensão do texto que segue, que o autor do texto-base do presente artigo é filiado à corrente filosófica do Direito chamada jusnaturalismo. Segundo ela, alguns direitos do homem são universais, porquanto pautados em sua própria natureza humana e vem antes mesmo da própria lei, ocupando, pois, uma posição superior a todo o

ordenamento jurídico. O princípio da igualdade seria um desses direitos anteriores, superiores e universais, pois decorre diretamente da condição humana do indivíduo e, por isso, assim deve ser considerado, de modo a funcionar como base para todo o Direito.

No que tange à estruturação deste trabalho, enfatizamos, primeiramente, as características gerais do princípio da igualdade, mormente no que concerne à sua multiplicidade de significados, aos erros em sua consideração e à diferenciação entre igualdade, identidade e semelhança. Estes apontamentos iniciais servirão à melhor compreensão dos tópicos que se seguem, que dividem a igualdade em dois tipos diferentes.

Em um segundo momento, abordamos a tentativa de compreender como a lei influencia o ordenamento jurídico ao ser aplicada, de maneira igual, para todos os indivíduos subsumidos ao seu poder. Para tanto, fizemos uma digressão sobre a igualdade formal ou igualdade jurídica.

Um terceiro elemento foi apresentar as características precípuas da igualdade enquanto instrumento de busca incessante por aquilo que é justo. É que não basta que a lei seja aplicada de forma igual a todos – muitas vezes, as realidades fáticas das vidas destes indivíduos são tão distintas entre si, que conceder-lhes tratamento igual somente aumentaria o abismo de desigualdade existente entre eles. Sob este enfoque, discorremos acerca da igualdade material, que ultrapassa as barreiras da aplicação legal para abraçar a justiça, a equidade, a diminuição das desigualdades sociais, econômicas, funcionando como instrumento de promoção de sustentabilidade.

O último capítulo mostra que a igualdade material como reivindicação moral daquilo que é justo é instrumento de justiça distributiva, do oferecimento de oportunidades iguais e possibilita aos indivíduos desfrutarem de suas próprias liberdades, de maneira plena. Assim, a Igualdade como possibilidade de cada membro da sociedade de possuir iguais oportunidades para desenvolver sua capacidade natural nos planos físico e intelectual. Já a igualdade formal, por sua vez, não significa uniformismo, uma vez que, para que se atinja a igualdade material, é necessário um tratamento diferenciado de circunstâncias e situações semelhantes, mas de acordo com pressupostos normativos que excluam a arbitrariedade ou a discriminação.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A IGUALDADE

Ao iniciar suas digressões sobre a igualdade, Pérez Luño inicia seu estudo por tecer considerações acerca das características gerais do princípio da igualdade, sem adentrar, especificamente, em quaisquer de seus desdobramentos. Atenta, primeiramente, para a heterogeneidade dos direitos sociais entre si. Acreditamos que é característica inerentes às ciências sociais o envolvimento de valores e sentimentos muitos distintos entre si, mas igualmente importantes. Por isso, ainda no sentido do pensamento do autor, concluímos que, da mesma forma que as ciências sociais, também os direitos sociais lidam com dita diferença, ao passo em que são todos igualmente importantes. Diante disso, resta dificultosa a tarefa de sopesar o princípio da igualdade em relação aos mesmos, com base em exigências da época.

Surge, então, a solução para o problema, na opinião do doutrinador espanhol. É preciso que se estude o princípio da igualdade como um *Grundwert,* ou valor-guia. A igualdade assumiria, assim, um valor ético fundamental, com repercussão direta nas mais diversas searas da vida humana, mormente nas áreas social, econômica, jurídica e política. Em assim sendo, ainda que os homens nasçam com características que os diferenciam entre si, como a composição corporal, estas não são elemento suficiente para que um se sobreponha ao outro, conforme o pensamento de Thomas Hobbes (1983):

> "A natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades do corpo e do espírito que, embora por vezes se encontre um homem manifestadamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isso em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nela reclamar qualquer benefício que outro não possa também aspirar, tal como ele. Porque quanto à força corporal o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte, quer por secreta maquinação, quer aliando-se com outros que se encontrem ameaçados pelo mesmo perigo."

Pérez Luño (2005) pontua que, dependendo do contexto econômico, social e religioso de cada sociedade, uma determinada dimensão da

igualdade poderá se sobressair em detrimento de outras. Daí dizer que o termo possui uma multiplicidade de significados, podendo incidir também em uma vasta gama de assuntos:

> "El valor de la igualdad, si bien puede considerarse como una exigencia constante de la vida colectiva, ha variado em lo referente a susignificación, contenido y relevância social a lo largo del processo histórico. Así, se comprueba que en distintas épocas se ha dado preeminencia a diferentes aspectos de laigualdad al conectarse esta Idea com exigencias religiosas, políticas, jurídicas, raciales o socioeconomicas. Por ello, es imprescindible partir de la multiplicidad de esferas em las que incide la igualdad y del carácter histórico de su realización. A este fin se dirige, en primer término, la referencia a la pluralidade significativa de la igualdad, que servirá de sucinta introducción para el análisis de su dimensión formal."

Portanto, o estudo da igualdade deve partir da multiplicidade de esferas em que incide a igualdade e o caráter histórico de sua realização.

Muito embora a igualdade compreenda uma multiplicidade de significados, que variam de acordo com as etapas históricas de uma sociedade, não se pode admitir que haja confusão entre ela e os conceitos de identidade e semelhança. A sociologia, a antropologia e a história se ocuparam em distinguir tais conceitos. Segundo Nagib Slaibi Filho (2010), a identidade é o conjunto de características singulares de um indivíduo, segundo as quais se é possível individualizá-lo – é o verdadeiro direito do sujeito de ser ele mesmo. Já a igualdade é o direito de cada um de ser tratado de maneira igual aos outros, vedada a concessão de privilégios não permitidos constitucionalmente, bem como a prerrogativa de receber tratamento diferenciado, caso as condições da vida prática dos sujeitos envolvidos já sejam suficientemente díspares entre si, e a desigualdade do tratamento importe em igualdade prática. A semelhança, por sua vez, é a mera aproximação entre diferentes entes, com base na presença de características parecidas (PÉREZ LUÑO, 2005).

Finalmente, o autor informa que, do ponto de vista lógico, a igualdade pressupõe três caracteres básicos: primeiramente, só pode ser medida se houver uma pluralidade de indivíduos entre os quais se possa tecer comparações. Partir do estudo da igualdade a partir de uma única pessoa

seria desconstituir o seu conceito, ou, no mínimo, confundi-lo com a identidade, o que, como vimos anteriormente, seria incorreto. Além da pluralidade de sujeitos, para que se faça um juízo de igualdade, é necessário que os mesmos se relacionem entre si, afinal, restaria impossível compará-los se eles se encontrassem incomunicáveis. Por fim, a análise da igualdade perpassa uma comparação entre os sujeitos em análise, haja vista que apenas através desse método pode-se definir quais características são importantes para a análise da igualdade, e quais são dispensáveis.

3 DIMENSÕES DA IGUALDADE FORMAL

Ao separar a igualdade em dois diferentes aspectos, abordados um de cada vez, Pérez Luño (2005) inicia seu estudo por tecer considerações acerca da igualdade formal ou jurídica, provavelmente em razão de a mesma poder ser mais facilmente compreendida e enxergada, na prática, do que a igualdade material. Cabe salientar, ainda, que a igualdade formal é aquela que mais se opera nas relações jurídicas hodiernas, enquanto a igualdade material, por seu caráter filosófico, deve ser estudada de maneira interdisciplinar. Para tanto, as Ciências Jurídicas se socorrem de outras ciências sociais, a fim de melhor entendê-la.

A igualdade formal está sintetizada no princípio da igualdade perante a lei, e pressupõe que haja um mesmo conjunto de normas jurídicas que se ocupe de tratar das questões oriundas dos problemas e anseios de todos os cidadãos.

Vejamos o que diz Nícolas Trindade da Silva (2012) sobre o assunto:

> “A igualdade formal sempre que é evocada, refere-se ao Estado visto sob sua natureza formal, no sentido de ser a igualdade perante a lei com a preocupação e o comando legal do tratamento igualitário sem aferições sobre qualidades ou atributos pessoais e explícitos dos destinatários da norma. A igualdade formal resulta da perspectiva política do Estado de Direito, que é fundado na lei, no sentido da lei igual para todos. Assim, todos são iguais perante a lei como forma de garantia dos direitos fundamentais estabelecidos por este Estado legal.”

No mesmo diapasão, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen (2002):

> "Uma das criações do direito moderno é a idéia de unicidade do sujeito de direito. Concepção necessária para a criação da idéia da igualdade jurídica, ou seja, de que todos são iguais perante a lei. Da necessidade da produção de uma só norma aplicável a todos decorrerá também a idéia da necessidade da codificação das normas, que será vencedora no século XIX."

São exemplos de diplomas legais pioneiros na consagração da igualdade formal a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, datada de 1776, que, em uma concepção jusnaturalista (SILVA, 2012), determinou que *all men are created equal* (todos os homens foram criados iguais). Seguindo o mesmo raciocínio e na mesma senda jusnaturalista, no mesmo ano, a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia definiu, textualmente, em seu art. 1º, que:

> "Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança."

O mesmo *Bill of Rights* da Virgínia estatuiu, ainda, em seu art. 4º, a vedação de prestígios ou vantagens a particulares, ao passo em que também proibiu a hereditariedade de certos títulos, como o de magistrado, porquanto considerou absurda a ideia de que algum indivíduo nascesse imbuído de tal característica/título, senão vejamos:

> "Nenhum homem e nenhum colégio ou associação de homens pode ter outros títulos para obter vantagens ou prestígios, particulares, exclusivos e distintos dos da comunidade, a não ser em consideração de serviços prestados ao público, e a este título, não serão nem transmissíveis aos descendentes nem hereditários, a idéia de que um homem nasça magistrado, legislador, ou juiz, é absurda e contrária à natureza."

No contexto europeu, foi pioneira a Declaração dos Direitos do Homem

e do Cidadão, datada de 1789, cujo texto admitiu a vontade geral como base para a edição das leis. Assim, segundo o mesmo diploma legal, todos os cidadãos tem direito a opinar na formação daquela, quer seja diretamente (democracia direta) ou através de seus representantes (democracia representativa).

O Tribunal Constitucional espanhol, conforme cita Pérez Luño (2005, p. 21), tem reconhecido que a Constituição Espanhola de 1978, em seu art. 14, definiu um duplo sistema de significado perante a lei: o primeiro, a igualdade perante a lei para o legislador, que significa que o mesmo não pode e nem deve estabelecer, na lei, tratamentos diferenciados entre indivíduos que, dos pontos de vista legalmente aceitáveis, estejam em uma mesma situação; o segundo, para o aplicador, cujo trabalho deve envolver a aplicação de uma mesma lei para sujeitos em situações iguais, sendo a ele vedado criar ou levar em consideração critérios que não os da norma com a finalidade de diferenciá-los.

Neste sentido, Germana da Silva Leal (2013):

> "O princípio da igualdade consagrado pela Constituição da República tem operatividade sob dois enfoques distintos: de um lado, destina-se ao legislador ou ao próprio Executivo quando da edição das espécies legislativas, impondo a estes que sejam observadas suas premissas constitucionais e, consequentemente, oferecendo oposição a qualquer forma de tratamento diferenciado a pessoas que se encontrem em situações idênticas; de outro, obriga ao intérprete a aplicação das normas de forma igualitária sem estabelecer diferenciações em virtude de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça ou classe social."

No Brasil, a evolução do constitucionalismo neoliberal fez com que fosse consignada na Constituição Federal de 1988 o princípio da igualdade, do seu ponto de vista formal, em uma diversidade de momentos. Embora muitos doutrinadores pátrios discordem sobre a importância jurídica do preâmbulo, principalmente em sua capacidade de gerar direitos, insta mencionar que já aquela parte introdutória da Carta Magna estabelece a igualdade como um dos princípios norteadores da República Federativa do Brasil:

> “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

Entretanto, a expressão mais importante da igualdade formal no ordenamento jurídico constitucional brasileiro está positivada no seu art. 5º, caput e inciso I, cujas redações trazemos à baila:

> “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:
> I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”

A igualdade perante a lei, segundo Pérez Luño (2005, p. 22), pode ser compreendida por quatro prismas distintos. Primeiramente, ela significa uma exigência de generalidade, no sentido de que a norma jurídica deve ser universal, impessoal e abstrata, estando excluídas as concessões de imunidades e privilégios particulares. Portanto, situações iguais devem ser igualmente tratadas.

Como exigência de equiparação, a igualdade preceitua que, ainda que distintas no plano fático, determinadas situações iguais no plano jurídico devem receber igual trato. O autor determina que tal balanceamento seja feito com parcimônia, pois, como a igualdade é diferente da identidade, deve haver uma equiparação entre os objetos que apresentem características comuns, de modo a oferecer-lhes a mesma proteção jurídica.

Ainda nas palavras do autor, por vezes, em razão de ser diferente do uniformismo, e em sendo um princípio extremamente dinâmico, a igualdade formal ou igualdade perante a lei implicará na necessidade de oferecer

tratamentos diferenciados. No entanto, pontua que isso não deve ser feito com discriminação ou arbitrariedade, sendo mister que a incidência da igualdade seja feita com base na racionalidade.

Por fim, a igualdade significa, ainda, a exigência da regularidade do procedimento, seguindo a ideia de Nicklas Luhmann (1969), segundo o qual a todos os cidadãos devem ser aplicadas as mesmas regras de procedimento jurídico, com o conseguinte descarte das distinções entre eles, salvo aquelas razoáveis.

4 DIMENSÕES DA IGUALDADE MATERIAL

O estudo da igualdade em seu aspecto material, necessariamente, remete-nos ao Pós-Segunda Guerra Mundial. Ao iniciar seus apontamentos sobre o assunto, Pérez Luño (2005, p. 39), comenta que, com o mundo arrasado, a falta de materiais de subsistência básica levou a uma preocupação com a distribuição dos bens de consumo tão escassamente disponíveis, de modo que todos os indivíduos tivessem igual acesso àquilo que lhes caberia do pouco que existia.

Ademais, ainda no contexto do pós-Guerra, emergiu, também, a preocupação com a efetivação dos direitos do homem, fazendo com que o mesmo fosse considerado como sujeito de direitos, de modo que nenhum deles tivesse mais acesso a determinados bens do que outros. Criou-se, assim, a chamada segunda geração de direitos, decorrentes do segundo termo do lema da Revolução Francesa - a igualdade.

Neste sentido, o autor aponta que a Constituição Italiana de 1947, antes mesmo de consagrar o princípio da igualdade formal, atribui ao Estado o dever de remover obstáculos de natureza econômica e social que porventura limitem o direito à igualdade e à liberdade dos indivíduos, com vistas a possibilitar o desenvolvimento físico e intelectual da pessoa humana. Desta feita, o texto constitucional em comento positivou a necessidade de haver não só uma igualdade perante a lei, mas obrigou o Estado a implementar esta mesma igualdade no plano prático, de maneira a tornar atingível que todos os seres humanos tivessem acesso às mesmas oportunidades

econômicas e sociais de desenvolver suas aptidões, o que, naturalmente, levaria a um melhor exercício de suas liberdades individuais (SEN, 2000).

Entretanto, nem sempre foi fácil defender a igualdade em seu aspecto material. Em o que Pérez Luño (2005) chama de “assalto anti-igualitário”, os neoliberais conservadores, representados, principalmente, por Milton Friedman, atribuem maior importância à liberdade em detrimento da igualdade. Tal raciocínio é seguido, também, por Nicklas Luhmann (1969), para quem a igualdade formal, ou igualdade perante a lei, é bastante, não havendo necessidade prática de implementação da igualdade formal.

Engrossando, ainda, o rol dos que rejeitam a ideia de igualdade material, estão os representantes da chamada *Nouvelle Philosophie*. Para estes, a igualdade constituiria afronta aos direitos dos mais capazes, ou *Les Maîtres penseurs* (GLUCKSMANN, 1977).

Este pensamento que afronta o igualitarismo, segundo o autor, é terrivelmente perigoso, porquanto envolve ideias fascistas e autoritárias, ao passo que também as legitima.

Apesar de ter ganho força no pós-Segunda Guerra Mundial, a defesa da igualdade material se estende desdetempos remotos. Aristóteles deu início à ideia, ao apregoar a divisão desigual de bens entre aqueles que se achassem em situações também desiguais. Deu, pois, início às ideias que, mais à frente, desembocariam na formulação do conceito de igualdade material, porquanto pautadas na igualdade prática, e não meramente legal.

Vejamos as palavras do filósofo sobre o assunto:

> "A justiça é uma espécie de meio-termo, porém não no mesmo sentido que as outras virtudes, e sim porque se relaciona com uma quantia ou quantidade intermediária, enquanto a injustiça se relaciona com os extremos. E justiça é aquilo em virtude do qual se diz que o homem justo pratica, por escolha própria, o que é justo, e que distribui, seja entre si mesmo e um outro, seja entre dois outros, não de maneira a dar mais do que convém a si mesmo e menos ao próximo (e inversamente no relativo ao que não convém), mas de maneira a dar o que é igual de acordo com a proporção; e da mesma forma quando se trata de distribuir entre duas outras pessoas."

Da mesma forma, ao passo que positivavam a igualdade material,

conforme visto no ponto anterior, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, e a *Bill of Rights* do Estado da Virgínia, do mesmo ano, também tiveram o cuidado de estabelecer a igualdade material enquanto princípio vigente na nação recém-independente e naquele Estado da Federação. Fizeram-no ao consagrar, entre outros direitos, a igualdade entre os homens, de modo que todos eles, independentemente de direitos de natureza hereditária, detinham a prerrogativa de buscar aquilo que fosse necessário à consecução de seus ideais de felicidade, vida e liberdade.

Ainda, a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar, de 1919, também se preocuparam com a defesa da igualdade material, conforme relembra Anna Luiza Buchalla Martinez (2012):

> "Os direitos trabalhistas e sociais vieram a ser reconhecidos como direitos fundamentais inicialmente na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919. Além disso, em 1919 foi criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a partir daí a proteção do trabalhador assalariado passou a ser objeto de regulação convencional entre diferentes Estados.
> Neste momento histórico, ocorre uma nova evolução na organização do Estado, na qual os direitos políticos, econômicos e sociais passam também a ter eficácia positiva no sentido de obrigar o Estado a intervir na atividade privada para proteger determinado grupo de indivíduos, considerados vulneráveis. O papel do Estado, que anteriormente era de mero expectador da sociedade, se transforma para que o Estado se torne protagonista com o objetivo de realizar a justiça social."

Diante de todo o exposto, podemos definir a igualdade material como a igualdade de oportunidades para todos os indivíduos, na medida de sua desigualdade, de modo a possibilitar que todos eles possam ter o direito de, se quiserem, ter os meios necessários ao desenvolvimento de suas características pessoais físicas e intelectuais. Neste sentido, a igualdade material ultrapassa as fronteiras da igualdade perante a lei, para se conceber em um objetivo muito mais amplo, qual seja, de romper barreiras muitas vezes quase intransponíveis, como a pobreza, o analfabetismo, as classes sociais, a falta de cultura e informação, a dificuldade de acesso a saúde, saneamento básico, moradia, a impossibilidade de acesso aos meios de

comunicação e ao consumo, enfim, tudo aquilo sem o que o sujeito não alça vôos maiores, na direção de sua própria superação.

Para Giovanni Sartori (1976), a igualdade material é a reivindicação moral daquilo que é justo, ou seja, da consecução dos objetivos da justiça distributiva. A igualdade material, ainda segundo o autor, é representada pela igualdade de oportunidades, para que todas as pessoas, enquanto seres humanos, possam desfrutar de suas liberdades da mesma maneira, sem a ocorrência de privilégios, ou direitos hereditários, que as diferencie de forma desarrazoada.

Trazemos à baila o pensamento de Giovanni Campanha de Oliveira (2011) sobre a igualdade material:

> "O conceito de igualdade, assim como os outros conceitos científicos, evolui com o tempo. A igualdade defendida pelo liberalismo era a igualdade formal, que tinha como fim abolir os privilégios existentes na própria lei. Os liberais defendiam que todos deveriam ser iguais perante a lei, possuindo os mesmos direitos garantidos no ordenamento jurídico. Com o passar dos anos, com a evolução da sociedade e dos seus anseios, a igualdade meramente formal passou a ser insuficiente. O princípio da igualdade passou a conter a previsão de ações que o afirmasse, que o tornasse efetivo não apenas na letra da lei, mas também na realidade fática. Nesse contexto, surgiu a igualdade material, que visa garantir a justiça social, proporcionando a igualdade de oportunidades, bem como condições reais de vida. Ademais, passou-se a não mais reconhecer apenas uma igualdade estática, negativa, mas uma igualdade dinâmica, positiva, que possui a intrínseca missão de promover uma igualação jurídica. Assim, começou-se a exigir não apenas o tratamento igual ao igual, mas o desigual aos desiguais na medida de sua desigualdade."

Impende salientar que, muito embora cite uma infinidade de autores que estudaram a igualdade material, Pérez Luño não se debruçou sobre a origem dos recursos a serem destinados à consecução da igualdade material. Resta-nos pensar que não o fez porque, em o fazendo, adentraria na seara das políticas públicas e do Direito Administrativo, o que não seria interessante, do ponto de vista didático, para a obra-base do presente artigo.

Entretanto, a solução para o problema do custeio das políticas públicas tendentes a diminuir as desigualdades sociais e aumentar o leque de oportunidades oferecidas a todos os seres humanos, de modo a fazer

possível que disfrutem de suas liberdades naturais de maneira justa, está, principalmente, no combate à corrupção em nosso país. Todos os dias, vemos nos noticiários que o dispêndio de dinheiro com a corrupção nos mais diversos setores da nossa economia é inconcebível. Tais recursos poderiam estar sendo alocados em políticas públicas de acesso à moradia, à escola primária de qualidade, à saúde pública de qualidade, ao saneamento básico adequado à prevenção de doenças, à cultura, ao lazer, enfim, à diminuição do abismo existente entre as classes sociais ricas e miseráveis do nosso país, de modo que todos os indivíduos, independentemente da maneira como nasceram, tivessem a chance de decidir os rumos de seu destino, e o que gostariam de fazer com a vida que lhes foi dada.

5 CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, e com base em toda a bibliografia apresentada, podemos concluir que, diferentemente do pensamento de Luhmann, anteriormente citado, não pode haver uma dissociação entre a igualdade formal e material, de maneira a atribuir a uma maior importância do que à outra. É que ambas estão umbilicalmente ligadas, e uma não pode subsistir sem a outra. Assim, para que haja uma igualdade plena entre os indivíduos, faz-se mister que ambas as nuances da igualdade sejam observadas.

A igualdade formal é o meio pelo qual o cidadão pode se proteger contra eventuais abusos das autoridades estatais, ficando, pois, resguardado pela segurança jurídica que a Constituição Federal apregoa como garantia individual. Não significa que os indivíduos serão tratados com uniformismo, uma vez que isto seria aumentar ainda mais as desigualdades que se lhes sobrevêm. Representa a vedação de concessão de imunidades, privilégios ou direitos hereditários de qualquer natureza, salvo aqueles autorizados pela Carta Magna, de modo que somente as diferenciações com vistas a diminuir as desigualdades serão toleradas.

A igualdade material, por sua vez, como reivindicação moral daquilo que é justo, é instrumento de justiça distributiva, do oferecimento de

oportunidades iguais e possibilita aos indivíduos desfrutarem de suas próprias liberdades, de maneira plena. Assim, a Igualdade como possibilidade de cada membro da sociedade de possuir iguais oportunidades para desenvolver sua capacidade natural nos planos físico e intelectual.

Tanto o legislador quanto o aplicador devem lançar mão do princípio da igualdade em suas atividades. Ao primeiro, o princípio servirá como norte para a elaboração dos diplomas legais, conquanto os mesmos lhe devem obediência; ao segundo, deve embasar a interpretação da lei e sua aplicação. Assim, ambos terão papel relevante na consecução dos objetivos tanto da igualdade material como da formal, na caminhada com destino à formação de um país mais justo e de uma sociedade menos desigual.

6 REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Os Pensadores: Abril Cultural, 1979.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **As idéias viajantes: igualdade formal e igualdade material.** B. Cient. ESMPU, Brasília, a. I – no 3, p. 55-62 – abr./jun. 2002.

GLUCKSMANN, A. **LesMaîtrespenseurs**. Paris: Grasset, 1977.

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

LUHMANN, Nicklas. *LegitimationdurchVerfahren*. Luchterhand, Neuwied:

Berlin, 1969.

MARTINEZ, Anna Luiza Buchalla. **A evolução do princípio da igualdade e suaaplicação sob a ótica material naConstituição Federal.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/20924/a-evolucao-do-principio-da-igualdade-e-sua-aplicacao-sob-a-otica-material-na-constituicao-federal>. Acesso em: 05 fev. 2015.

OLIVEIRA, Giovanni Campanha de. **As açõesafirmativascomoefetivação do princípio da igualdade**. Disponívelem: <http://jus.com.br/artigos/21869/as-acoes-afirmativas-como-efetivacao-do-principio-da-igualdade>. Acessoem: 05 fev. 2015.

PÉREZ LUÑO, António Enrique. **Dimensiones de la igualdad.** Madrid: Dykinson, 2005.

SARTORI, Giovanni. **Democrazia e definizioni**. Il Mulino: Bologna, 1976.

SEN, Amartya. **Desenvolvimentocomoliberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Germana Leal da. **Concretização da igualdade material e políticas públicas: visão do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/377/342>. Acesso em: 06 fev. 2015.

SILVA, Nícolas Trindade da. **Da igualdade formal a igualdade material**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12556&revista_caderno=9>. Acesso em: 02fev 2015.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Igualdade, identidade e direito à diferença: notas sobre os múltiplos estatutos jurídicos do cidadão do século XXI.**Disponívelem: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/nagib_slaibi_filho_igualdade_identidade_direito_diferenca.pdf>. Acessoem: 05 fev. 2015.