

Ana Cláudia Singer

A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional

Belo Horizonte

Curitiba



Editora Fórum

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

A246 A&C REVISTA DE DIREITO
ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

Ano 3, n. 11 jan./ mar. 2003)

Belo Horizonte : Editora Fórum, 2003

17x24 cm

Trimestral

ISSN: 1516-3210

ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002
publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito Administrativo

2. Direito Constitucional

1. Ed. Fórum.

CDD: 342

CDU: 342.951

© Editora Fórum Ltda, 2003

Proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do editor.

Editora Fórum

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar Funcionários

CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG

Tel.: 08007043737

e-mail: ediforum@ediforum.com.br

www.ediforum.com.br

Editor responsável:

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira

Projeto gráfico e Diagramação:

Rogério de Souza Magalhães Júnior

Revisão:

Equipe Fórum

Bibliotecária:

Nilcéia Lage de Medeiros

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Compostura Jurídica do Princípio de Igualdade

Celso Antonio Bandeira de Mello

Professor Titular da Faculdade de Direito
da PUC/SP

1. A Constituição brasileira, como tantas outras, estabelece (em seu art. 5º, *caput*) que “todos são iguais perante a lei”.

Qual o alcance deste preceptivo?

Para responder à indagação é preciso, desde logo, formular outras, a saber: afinal, o que significa o princípio da igualdade? O que é que se pretende com ele?

2. Se fôssemos percorrer os caminhos mais tradicionais, poder-se-ia apenas acompanhar a trilha elaborada a partir da célebre lição de Aristóteles e que desemboca na assertiva segundo a qual a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das respectivas desigualdades. Sem dúvida este é um excelente ponto de partida, mas não é um termo de chegada onde se resolva o âmago da questão. Com efeito, poder-se-ia sempre indagar: *quem são os iguais ou, inversamente, quem são os desiguais?*

Recorde-se que Augustín Gordillo, colacionando lições do filósofo Hospers, bem anotou que “possivelmente não haverá duas coisas no universo que sejam exatamente iguais em todos os aspectos... De igual modo provavelmente não haverá duas coisas no universo tão diferentes entre si que careçam de algumas características comuns, de maneira a constituírem uma base para ubicá-la em uma mesma classe.” (*Tratado de Derecho Administrativo*, Macchi, t. 1, 1974, p. I-1 1) Vê-se, pois, que delas poderia-se dizer que são iguais... ou que são desiguais, dependendo dos fatores que se tomasse em conta!

3. Aduza-se, mais, que o próprio das leis em geral é desigualar situações; ou seja, conferir tratamentos distintos às pessoas, inobstante todas sejam igualladas quanto ao fato de serem pessoas.

Assim, o funcionário público, por sê-lo, assujeita-se a dado regime jurídico, de compostura institucional, estatutária; o chamado “celetista”, isto é, admitido na conformidade de Consolidação das Leis do Trabalho, encarta-se em outra disciplina, de caráter contratual, inobstante possam ambos exercer trabalho materialmente idêntico. O comerciante, inscrito na Junta Comercial, assujeita-se a um regime que lhe confere certos direitos não reconhecidos, entretanto, a quem, embora exercendo mister absolutamente igual, não está inscrito como comerciante. No Brasil, o cidadão maior de 16 anos *pode* votar, mas não ser

votado; o cidadão maior de 18 anos tem o *dever* de votar e pode ser votado para certos cargos, exigindo-se idade maior para candidatar-se a outros tantos cargos. O militar é colhido por certas normas, que lhe perfazem o estatuto próprio, as quais, é de bem ver, não se aplicam aos civis.

Se se quiser agregar ainda outro complicador ao problema, basta pensar que, apesar de o Texto Constitucional estabelecer que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (art. 5º, I), o servidor público, se homem, aposenta-se voluntariamente com proventos integrais aos trinta e cinco anos, e a mulher, aos trinta. E mais: se acaso um candidato do sexo masculino pretender inscrever-se para um concurso público para cargo de polícia feminina, certamente ser-lhe-á vedada a inscrição, sem que se considere por isso que está sendo violado o art. 5º, seu inc. I.

Esta cópia de exemplos — e que poderia ser multiplicada por centenas de outros — é mais que suficiente para demonstrar ou sugerir que: (a) o próprio das leis é desigualar situações; (b) até mesmo desigualações que parecem discrepar à força aberta de dispositivo constitucional explícito são — com justeza — por todos recebidas como perfeitamente cabíveis e consentâneas com o princípio da igualdade; (c) o conteúdo do princípio da igualdade, seu alcance (ou seja, aquilo que realmente com ele se visa) é *impedir determinadas* discriminações.

Com efeito, discriminações terão de haver; as normas sempre fazem e sempre farão distinções entre coisas, seres, situações. Estas coisas, seres, situações sempre possuem entre si pontos comuns, os quais permitiriam considerá-los “iguais” com relação a determinados aspectos. É certo, de outro lado, que também sempre apresentarão “diferenças” em relação a outros aspectos e circunstâncias que os envolvem, fato *que* ensejaria considerá-los distintos entre si.

4. Para melhor vincar tudo que se acabou de dizer, arrolemos algumas supostas normas que tomem por base certos fatores de desigualação e, em seguida, comparemos com outras presumíveis normas, de conteúdo diverso, mas que também se assentem nos sobreditos fatores. Ver-se-á que as primeiras hipóteses parecerão chocantes, enquanto as segundas receberemos naturalmente como livres de qualquer vício em face da igualdade.

Suponha-se que uma dada lei diferenciasse os homens altos dos baixos, para fins de outorgar a uns férias de 40 dias anuais, ao passo que aos outros seriam deferíveis apenas 30 dias. Certamente há entre estas pessoas uma *desigualdade* indubitosa, perfeitamente reconhecível: a da *estatura*. Sem embargo, todos concordariam, a uma só voz, que se fosse estabelecida em lei a discriminação aludida ocorreria ofensa ao princípio da igualdade.

Figure-se, agora, que outra norma estatuisse ser vedado às pessoas de olhos azuis ingresso no serviço público. Ainda aqui seria pacífico o entendimento de que o princípio isonômico teria sido frontalmente agravado, conquanto seja claríssimo que há uma visível diferença entre olhos castanhos e olhos azuis.

De igual modo, caberia censura a uma regra de direito que impedisse as pessoas de *raça* branca (ou de *raça* negra) assistirem a espetáculos musicais, facultando-os apenas a pessoas de outra *raça*, sem embargo de serem umas e outras manifestamente desiguais quanto à *raça* ou quanto à cor.

Outrossim, seria unânime o assentimento de que não se poderia, sem ofender o princípio isonômico, vedar que os adeptos da *ideologia* comunista adquirissem ingresso para partidas de futebol, permitindo-o, entretanto, aos partidários de facções ideológicas de centro-direita (ou então, reversamente, vedando a estes últimos e facultando aos primeiros), conquanto entre uns e outros haja claríssima desigualdade no que concerne a opiniões políticas.

Tem-se, aí, pois, uma série de casos em que, apesar de existirem *desigualdades inequívocas* entre as pessoas, suas características ou convicções, não seria possível validamente atribuir-lhes estes direitos distintos a que se aludiu.

Poderia parecer que nessas hipóteses o princípio da igualdade foi transgredido por haver sido tornado critério distintivo entre elas um fator diacrítico (estatura, cor dos olhos, *raça*, credo político), que, embora existente, era insuscetível de ser adotado como critério de desigualação. Não é assim, entretanto. Os mesmos fatores, ao contrário do que se imaginaria, podem perfeitamente ser tomados em conta para fins de se lhes atribuir tratamentos jurídicos distintos.

É fácil demonstrá-lo. Veja-se.

A norma que estabelecesse fiar reservado apenas às pessoas de *alta estatura* fazer parte de guardas de honra em cerimônias militares de grande pompa (com exclusão, portanto, dos mais baixos) seria perfeitamente compatível com o cânone da igualdade. Pessoa alguma, em sã consciência, pretenderia haver nela algum desrespeito ao art. 5º *caput* da Constituição.

A lei que impedisse a pessoas de *olhos azuis* o acesso a cargo público cujo ofício fosse o de manter contato para pacificação de hipotéticas tribos selvagens que tivessem temor (ou aversão) a indivíduos de olhos azuis haveria de ser aceita como absolutamente válida ante o preceito isonômico. Todos, por certo, concordariam em que a regra em questão não mereceria qualquer censura.

Se um centro de pesquisas esportivas estivesse realizando testes, mediante seleção pública, para perquirir se o biótipo da *raça* negra (ou da *raça* branca) influiria no nível de desempenho atlético conforme a modalidade de esporte, poderia, sem dúvida alguma, negar inscrição a candidatos alheios à *raça* pesquisada. Não haveria nisto ofensa alguma ao princípio da igualdade.

A rejeição que um partido político de centro-direita fizesse à filiação de um notório comunista em seus quadros (reversamente, o embargo que um partido comunista opusesse ao ingresso de um centro-direitista professo) seria perfeitamente convivente com a regra isonômica. A ninguém acudiria supor ter havido nisto uma ofensa à igualdade de todos, uma inconstitucional discriminação em razão de convicção política. Aliás, dantes já se trouxe à colação a perfeita legitimidade de se impedir que um homem concorra ao cargo de polícia feminina (sem despeito do art. 5º, I, da Lei Magna), conquanto seja claro que estariam aí diferenciados homens de mulheres no que atina ao acesso a cargo público.

5. Uma vez que os fatores de *discrímen* adotados em todos os exemplos foram os mesmos, por que, então, nos primeiros era evidente a ofensa à isonomia e nos segundos, pelo contrário, apareceu como óbvio não ter havido violação da igualdade?

Respondida esta questão chave, ter-se-ão franqueadas as portas para compreender quando se pode e quando não se pode estabelecer distinções de tratamento em face do preceito isonômico.

A razão é simples. Aquilo que se há de procurar para saber se o cânone da igualdade sofrerá ou não ofensa em dada hipótese não é o fator de desigualação assumido pela regra ou conduta examinada, porquanto, como se disse (citando Gordillo), sempre haverá nas coisas, pessoas, situações ou circunstâncias múltiplos aspectos específicos que poderiam ser colacionados em dado grupo apara apartá-lo dos demais. E estes mesmos aspectos de desigualação, colhidos pela regra, ora aparecerão como transgressores da isonomia, ora como conformados a ela.

Em verdade, o que se tem de indagar para concluir se uma norma desatende a igualdade ou se convive bem com ela é o seguinte: *se o tratamento diverso outorgado a uns for justificável, por existir "correlação lógica" ente o fator de *discrímen* tomado em conta e o regramento que lhe deu, a norma ou a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade; se, pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica ou — o que ainda seria mais flagrante — se nem ao menos houvesse um fator de *discrímen* identificável, a norma ou a conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade.*

6. É exatamente por isso que, dentre os exemplos anteriormente colacionados, todos atinentes ao mesmo fator de desigualação, uns exibiram-se *prima facie* como agressivos à isonomia e outros, reversamente, perfeitamente sintonizados com ela. Para dizê-lo numa palavra: algumas das discriminações eram ilógicas e outras eram lógicas, racionais, visivelmente justificáveis.

É sempre possível desigualar entre categorias de pessoas desde que haja uma razão prestante, aceitável, que não brigue com os valores consagrados no Texto Constitucional, isto é, que não implique em exaltar desvalores, como em seguida melhor se dirá.

Logo, existindo a relação de pertinência lógica referida, os não abrangidos pela regra carecerão da possibilidade de reclamarem em seu prol o tratamento deferido a outros e que não lhes foi outorgado. Inversamente, inexistindo uma relação de pertinência (tal como a indicada), os não abrangidos pela regra poderão invocar em seu favor a necessidade de atender-se ao preceito igualitário.

7. Finalmente, cumpre esclarecer que o reconhecimento da sobredita relação de pertinência lógica, como é compreensível, está atrelado a fatores culturais (dependentes, portanto, de tempo e espaço) e sobreposse ao que na ordenação constitucional houver sido consagrado como valor ou desvalor.

Expliquemo-nos: em certa época e local considerou-se, por exemplo, que dadas profissões ou atividades não se compatibilizavam com a “índole”, com a “natureza” da mulher ou, se se quiser, com o perfil sociopsicológico que se lhe reconhecia pertinente. Donde considerar-se, então, logicamente correlacionado com tais diferenças outorgar aos homens possibilidades não deferidas equivalentemente às pessoas do sexo feminino. Por tal motivo, certas profissões, certas atividades ou especificamente certos direitos — como o de votar e ser votado — não lhes era deferido, sem que, à época, tal discriminação (que hoje nos parece aberrante) fosse havida como incompatível com o princípio da igualdade.

Por outro lado, parece-nos ainda hoje muito normal — e nada garante que assim será para sempre — que haja cargos de polícia reservados às mulheres: os de “polícia feminina. Parte-se, provavelmente, do pressuposto, verdadeiro na atualidade, que certas atividades policiais se farão com menos constrangimento de mulher para mulher, além de que também se reconhece a este sexo maior inclinação para tratar com crianças e idosos no exercício de misteres próprios da Polícia. É por isso que o discrimen entre mulheres e homens nesta hipótese parece “logicamente correlacionado” com a sobredita específica diferença de tratamento que a este respeito se lhes dá.

8. Demais disso, é bem de ver, o próprio ordenamento constitucional absorve valores sociais tidos como relevantes e por isso tanto repele preconceitos que os adversam como rejeita comportamentos que agravariam a situação de pessoas, camadas sociais ou instituições sociais que pretende resguardar ou

valorizar. Bem por isso, não são aceitáveis em face do princípio de igualdade distinções que, embora tenham em seu abono uma racionalidade em abstrato, contendem com estes valores sociais que a Constituição prestigiou.

Por isso seria inconstitucional a regra ou providência que vedasse ou dificultasse o ingresso de mulheres grávidas quer no serviço público, quer em empresas privadas, ou então que embargasse a admissão de casadas, no pressuposto de que entre elas a incidência de gravidez seria muito maior. Conquanto seja certo que ficariam impedidas de trabalhar no período pré-parto e aleitamento, para mencionar apenas alguns inconvenientes, decisões deste jaez adversariam tanto a proteção à maternidade quanto a proteção ao casamento, valores que o Texto Constitucional prestigia.

Sem dúvida, nas hipóteses cogitadas, haveria uma correlação lógica entre o fator de *discrímén* e a discriminação procedida, já que, por razões econômicas, certamente é preferível admitir alguém que ficará disponível para o trabalho por um tempo maior do que alguém que irá interrompê-lo nas circunstâncias aludidas, mas a desigualação de tratamento não seria tolerável por contraditar vetores valorativos consagrados na Lei Magna.

De revés, sempre eu a correlação lógica entre o fator de *discrímén* e o correspondente tratamento encartar-se na mesma linha de valores reconhecidos pela Constituição, a disparidade professada pela norma exibir-se-á como esplendorosamente ajustada ao preceito isonômico. Será fácil, pois, reconhecer-lhe a presença em lei que, *exempli gratia*, isente do pagamento de imposto de importação automóvel hidramático para uso de paraplégico. O mesmo poder-se-á dizer do fato de que embora o serviço público de transporte coletivo urbano de passageiros seja prestado *em regime de universalidade*, em muitos lugares, os que superam certa idade, viajam gratuitamente, enquanto os demais têm que pagar. Sabe-se que em inúmeros museus públicos, aqui como no Exterior, os menores de sete anos e os maiores de certa idade, ora sessenta (na Europa) ora sessenta e cinco (no Brasil), não pagam ingresso, diversamente dos que não se enquadram na hipótese. E a ninguém acudirá dizer que, com isto, está violado o princípio da igualdade.

9. Ao cabo do quanto se disse, é possível afirmar, sem receio, que o princípio da igualdade consiste em assegurar regramento uniforme às *pessoas que não sejam entre si diferenciáveis por razões lógica e substancialmente (isto é, a face da Constituição) afinadas com eventual disparidade de tratamento*. Não há nele, pois, garantia alguma de que pessoas diferenciadas de outras façam jus a tratamento normativo idêntico ao que a estas foi dispensado quando tal diferenciação se haja estribado em

razões que, não sendo incompatíveis com valores sociais residentes na Constituição, possuam fomento lógico na correlação ente o fator de discrimen e a diversidade de tratamentos que lhe foi conseqüente.

Em suma: os tratamentos distintos entre categorias de pessoas são compatíveis com o princípio da igualdade quando há uma correlação lógica entre o elemento distintivo e o tratamento dispensado, desde que tal distinção não afronte valores constitucionais.

O que se visa com o preceito isonômico é impedir favoritismos ou perseguições. É obstar agravos injustificados, vale dizer que incidam apenas sobre uma classe de pessoas em despeito de inexistir uma racionalidade apta a fundamentar uma diferenciação entre elas que seja compatível com os valores sociais aceitos no Texto Constitucional.