

Fundamentos do direito à igualdade na aplicação da lei

Grounds of the Right to Equality upon Application of Law

Antônio Gomes Moreira Maués¹

Universidade Federal do Pará
ammaues@uol.com.br

Resumo

O artigo analisa os fundamentos do direito à igualdade na aplicação da lei no ordenamento jurídico brasileiro. Examina as concepções de H. Kelsen e R. Dworkin sobre interpretação e aplicação do direito e as transformações do direito à igualdade no Estado Social de Direito. Investiga o conteúdo normativo do direito à igualdade sob a Constituição de 1988, com ênfase no direito à não discriminação, e propõe que o direito à igualdade na aplicação da lei está composto por duas dimensões: direito a um tratamento igual e direito a um tratamento diferente.

Palavras-chave: direito à igualdade, direito à não discriminação, aplicação da lei.

Abstract

The article analyses the grounds of the right to equality upon application of law in Brazilian legal system. It examines the conceptions of H. Kelsen and R. Dworkin about the interpretation and application of law and the transformations of the right to equality in the welfare state. It investigates the normative content of the right to equality under the Constitution of 1988, with focus on the right to non-discrimination, and proposes that the right to equality upon application of law is composed by two dimensions: a right to equal treatment and a right to different treatment.

Keywords: right to equality, right to non-discrimination, application of law.

¹ Professor Titular do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará. Programa de Pós-Graduação em Direito. Rua Augusto Corrêa, n. 1. Guamá. CEP 66.075-900. Belém/PA, Brasil.

Introdução

A partir da Constituição de 1988, desenvolveu-se de maneira significativa no Brasil o estudo dos direitos fundamentais, o que permitiu ampliar a compreensão tanto de suas características gerais quanto dos deveres particulares que o Estado possui em relação a cada um desses direitos (Sarlet, 2009; Silva, 2010; Vieira, 2006). Nesse contexto, a análise do direito à igualdade teve como ênfase os deveres que esse direito impõe ao legislador².

Neste trabalho, buscaremos mudar o foco da análise para os deveres que o direito à igualdade impõe ao juiz, a fim de contribuir para a construção do direito à igualdade na aplicação da lei no ordenamento jurídico brasileiro³. Iniciaremos por um exame das concepções de interpretação e aplicação do direito em H. Kelsen e R. Dworkin, que permitem identificar a importância da aplicação da lei para a igualdade. Em seguida, nossa pesquisa se dirige a investigar os limites da igualdade perante a lei no Estado Social de Direito e o conteúdo normativo do direito à igualdade sob a Constituição de 1988, destacando sua dimensão substantiva como direito a não discriminação, seja ela de caráter ativo ou de caráter passivo. Essas análises sustentam a interpretação do direito à igualdade na aplicação da lei proposta no trabalho, que o compreende em duas dimensões: direito a um tratamento igual e direito a um tratamento diferente.

Do direito à igualdade perante a lei ao direito à igualdade na aplicação da lei

A medida da importância da análise do direito à igualdade na aplicação da lei depende da maneira como o processo de interpretação e aplicação do direito é compreendido. Caso se parta da compreensão de que as normas estão “dadas” no texto normativo, não cabendo ao intérprete mais do que captar o sentido expresso no texto, a interpretação do direito é concebida como uma atividade intelectual reservada aos “casos difíceis”, que são aqueles em que a norma que se aplica ao caso não pode ser extraída imediatamente da leitura do texto. Em consequência, a ênfase do direito à igualdade recai sobre o legislador, que deve produzir normas claras para as diversas situações, cabendo aos juízes somente aplicá-las, sem fazer discriminações que não tenham sido autorizadas pela lei.

Essa perspectiva leva à conclusão de que o direito à igualdade na aplicação da lei não possui autonomia em face do direito à igualdade perante a lei, uma vez que sua efetivação dependeria apenas de que os juízes respeitassem as disposições legais, aplicando igualmente a lei aos casos por ela definidos. Portanto, a construção do direito à igualdade na aplicação da lei deve partir da crítica aos pressupostos dessa concepção.

² A locução “todos são iguais perante a lei”, constante no art. 5º, *caput*, da CR, já se encontra presente na primeira Constituição republicana, a partir da qual desenvolveu-se a interpretação do direito à igualdade com ênfase nos deveres do legislador em nosso ordenamento. Para João Barbalho, por exemplo, a igualdade significa que os direitos assegurados pela Constituição são os mesmos para todos os indivíduos, eliminando-se os “privilégios de raça, casta ou classe”. O tratamento do direito à igualdade na Constituição de 1824 é distinto, pois seu art. 179, XIII, estabelecia que “A Lei será igual para todos”, porém, admitia que a lei recompensasse “em proporção dos merecimentos de cada um”.

³ Na literatura nacional recente, o tema foi abordado em Marinoni (2010, p. 141-166) sob a denominação de “igualdade perante a interpretação judicial da lei”, mas com desenvolvimento distinto ao do presente trabalho.

(a) Interpretação e aplicação do direito em Hans Kelsen

Uma das críticas mais conhecidas foi desenvolvida por Hans Kelsen. Ao escrever sobre interpretação nas últimas páginas da Teoria Pura do Direito, Kelsen parte do problema da indeterminação do ato de aplicação do direito. Para ele, embora a norma de escalão superior regule o processo – e, eventualmente, o conteúdo – pelo qual a norma inferior ou seu próprio ato de execução são produzidos, essa determinação nunca é completa, o que significa que “todo o ato jurídico em que o direito é aplicado, quer seja um ato de criação jurídica quer seja um ato de pura execução, é, em parte, determinado pelo direito e, em parte, indeterminado” (Kelsen, 1984, p. 464).

Essa indeterminação possui, muitas vezes, caráter intencional, quando o órgão que estabelece a norma autoriza o órgão encarregado de aplicá-la a definir de que maneira dar-se-á essa aplicação, como, por exemplo, a lei penal que autoriza o juiz a decidir, no caso concreto, entre uma pena de multa e uma pena de prisão ou fixar o *quantum* da pena dentro dos limites mínimo e máximo fixados na lei. Porém, mesmo quando não há essa intenção, a indeterminação do direito decorre da pluralidade de significações em que a norma se exprime: “o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis” (Kelsen, 1984, p. 465).

Tendo em vista a indeterminação característica do direito, Kelsen compreende que sua aplicação forma “uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo o ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha essa moldura em qualquer sentido possível” (Kelsen, 1984, p. 466-467). Por essa razão, a interpretação científica se limita a fixar a moldura que representa o direito a ser aplicado, permitindo-nos conhecer as várias possibilidades que nela existem. Exclui-se, portanto, que haja uma única solução correta para o caso, pois a moldura oferece várias soluções de igual valor e afirmar que uma sentença judicial está fundada na lei “não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral” (Kelsen, 1984, p. 467).

Na ausência de qualquer método de interpretação que possa determinar qual a significação “correta” de uma norma dentre as várias possíveis, Kelsen conclui sua análise destacando que a interpretação do direito não é apenas um *ato de conhecimento* – o qual se consuma na produção da moldura – mas também um *ato de vontade* praticado pelo órgão aplicador ao efetuar “uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Como esse ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda” (Kelsen, 1984, p. 470). Esse ato de vontade, ao criar direito positivo mesmo para um caso concreto, distingue a interpretação feita pelo órgão aplicador do direito (“interpretação autêntica”) de todas as demais formas de interpretação.

A concepção kelseniana de interpretação nos ajuda a compreender de maneira mais adequada os problemas referentes à igualdade que podem surgir na aplicação da lei. Mesmo que o legislador produza uma lei que se aplique a todas as situações nela descritas, sem admitir nenhuma exceção ao seu comando, os vários significados possíveis contidos nas palavras da lei permitirão que sua aplicação seja desigual, isto é, diante do conjunto de casos potencialmente regulados por ela, a lei será aplicada a alguns deles e não a outros, ou será aplicada de modo distinto aos vários casos. Assim, mesmo que o legislador tenha pretendido tratar igualmente os destinatários da lei, o juiz terá a palavra final sobre ela e, ao escolher um dentre os vários sentidos possíveis, poderá aplicá-la de maneira desigual.

Kelsen tinha consciência desse problema. A inexistência da “interpretação correta” lhe impõe reconhecer que o ideal da segurança jurídica só pode ser realizado de maneira aproximada. Porém, a “interpretação científica” do direito, revelando todas as significações possíveis de uma norma, pode contribuir para aprimorar o trabalho do legislador, subsidiando a busca de uma formulação das normas jurídicas em que “a inevitável pluralidade de significações seja reduzida a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica” (Kelsen, 1984, p. 473).

Essas palavras, com que Kelsen encerra sua obra-prima, demonstram que o autor estava preocupado em limitar a discricionariedade judicial, para o que seria necessário que o legislador buscasse reduzir a indeterminação das normas. Kelsen também expressa esse ponto de vista em seus estudos sobre a justiça constitucional. Ao criticar a adoção pelas Constituições de princípios de “direito natural”, como equidade, justiça, liberdade, igualdade e moralidade, sem desenvolvimento de seu conteúdo no texto constitucional, Kelsen afirmar que tais disposições não permitiriam uma aplicação técnica do direito e seriam particularmente perigosas no domínio da jurisdição constitucional, tornando o poder do juiz “insuportável” (Kelsen, 2003, p. 169).

A leitura da Constituição de 1988, contudo, mostra que o constituinte brasileiro não seguiu o conselho de Kelsen. Assim como em outros processos constituintes na segunda metade do século XX, que forjaram acordos constitucionais de caráter democrático e pluralista, a Constituição de 1988 recorre a princípios e direitos fundamentais com fórmulas bastante abertas, como uma maneira de buscar acordo sobre os bens jurídicos fundamentais a serem protegidos pela Constituição. Dessa forma, abrir-se-ia uma moldura muito extensa para a decisão judicial.

Embora a concepção kelseniana nos alerte que a aplicação do direito é relevante para a garantia do direito à igualdade, sua obra não nos oferece uma solução adequada ao problema. À medida que compreendemos a decisão judicial como um ato de vontade, a discricionariedade do juiz tende a prevalecer contra qualquer alegação baseada no direito à igualdade, uma vez que sua escolha em determinado caso estaria justificada desde que constituísse uma das soluções possíveis oferecidas pela moldura. Assim, uma lei poderia ser aplicada de maneira distinta a casos similares, exigindo-se do juiz apenas uma fundamentação coerente com a sua decisão, demonstrando que aquela interpretação é uma das interpretações possíveis da lei⁴.

(b) Interpretação e aplicação do direito em Ronald Dworkin

Pode-se conferir mais relevância ao direito à igualdade na aplicação da lei a partir da teoria de Ronald Dworkin (1999). Segundo este autor, o conceito de direito é interpretativo, o que significa que a afirmação de que algo é jurídico não é somente uma afirmação de caráter factual, mas requer uma teoria sobre o direito que forneça argumentos em favor dessa afirmação. O direito caracteriza-se, portanto, por ser uma prática social argumentativa.

Ao colocar no centro da teoria do direito o conceito de interpretação, Dworkin (1999, cap. 2) parte da ideia que a comunidade desenvolve, em relação ao direito, uma “atitude interpretativa”, a qual é composta de dois elementos. O primeiro deles pressupõe que as regras jurídicas não apenas “existem”, mas possuem valor, atendendo a algum interesse ou objetivo ou reforçando algum princípio, os quais podem ser formulados independentemente da descrição dessas regras. O segundo elemento pressupõe que as regras devem ser

⁴ Tal como veremos abaixo, a concepção kelseniana de interpretação se ajusta à concepção formal de igualdade.

compreendidas e aplicadas, e mesmo modificadas, de acordo com essas finalidades e princípios. Em síntese, a atitude interpretativa significa que a comunidade busca atribuir “sentido” ao direito e reestruturar o conteúdo de suas regras à luz desse sentido.

Para compreender melhor como funciona a atitude interpretativa, Dworkin opõe duas concepções da interpretação de práticas sociais como o direito: a interpretação conversacional e a interpretação construtiva⁵. A interpretação conversacional busca compreender o que as pessoas dizem a partir de suas motivações. Assim, o intérprete atribui sentido às palavras com base no que ele entende ser a *intenção* da pessoa ao falar o que falou, ou seja, o que ela pretendia ao se comunicar daquela determinada maneira. Aplicada ao direito, essa concepção nos leva a interpretá-lo a partir das motivações dos autores das regras jurídicas, portanto, quaisquer dúvidas sobre seu conteúdo devem ser esclarecidas buscando a intenção dos legisladores que as criaram.

Porém, além das várias dificuldades teóricas e práticas que existem para identificar a intenção do legislador, Dworkin observa que práticas sociais como o direito, compostas pela atitude interpretativa, caracterizam-se por diferenciar a interpretação dos atos e pensamentos dos participantes dessa prática da interpretação da prática em si, daquilo que seus participantes fazem coletivamente. Tal diferença não seria importante caso os participantes sempre concordassem sobre como interpretar essa prática, mas, no campo do direito, o que podemos observar é justamente o contrário. Assim, embora os membros de uma comunidade jurídica compartilhem uma cultura comum, essas similitudes não impedem que se reconheça que há várias interpretações divergentes sobre o sentido do direito, o que elimina a possibilidade de se basear nas diferentes intenções desses membros para interpretá-lo.

A alternativa que Dworkin apresenta à interpretação conversacional no campo do direito é a interpretação construtiva. Nessa concepção, o intérprete atribui sentido ao direito a partir de sua história, buscando interpretá-lo com base nos valores que ele protege. Na maioria das vezes, os diferentes interesses, objetivos e princípios que o direito representa historicamente em uma comunidade determinada darão margem a interpretações concorrentes dessa prática, isto é, o intérprete poderá atribuir valores distintos ao direito, de acordo com o que ele considera a melhor maneira de compreendê-lo. Isso torna necessário examinar os critérios que podem ser utilizados para definir qual dentre essas várias interpretações é a melhor. Caso esses critérios possam ser formulados, a discricionariedade judicial reduz-se significativamente, oferecendo uma forte base de apoio ao direito à igualdade na aplicação da lei, uma vez que o juiz terá o dever de buscar a melhor interpretação, elaborando argumentos que justifiquem porque a norma está sendo aplicada daquela maneira a determinado conjunto de casos e deixando de ser aplicada, ou sendo aplicada de maneira diversa, a outro conjunto de casos.

Igualdade perante a lei e não discriminação

As características do direito constitucional brasileiro a partir de 1988, juntamente com uma compreensão adequada do processo de interpretação e aplicação do direito, demonstram a importância de investigar o direito à igualdade na aplicação da lei. Antes de avançar em sua construção, porém, é necessário analisar do conteúdo normativo do próprio direito à igualdade, a partir do qual as dimensões específicas desse direito perante o juiz

⁵ Dworkin também analisa as características da interpretação científica, mas essa parte de seu argumento é prescindível para os fins deste trabalho.

possam ser reconhecidas. Tal análise requer esclarecer as principais transformações que ocorreram no direito à igualdade desde sua positivação no Estado Liberal.

(a) Os limites da igualdade perante a lei

A consagração constitucional do direito à igualdade principia com a declaração de que “todos são iguais perante a lei”. Essa relação estreita entre lei e igualdade, estabelecida no constitucionalismo moderno, tal como exemplifica o art. 6º da Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁶, deriva da compreensão de que a lei deve consistir em uma regra geral, que não visa uma situação particular nem pessoas determinadas, mas se aplica a todas as pessoas e situações que se incluem em suas prescrições. Evitava-se, assim, que o Estado, ao criar medidas individuais, tratasse os cidadãos de modo arbitrário, garantindo-lhes, ao revés, por meio das prescrições legais pré-fixadas e comuns a todos, imparcialidade no tratamento pelo poder público (Carré de Malberg, 1984, p. 4-6). Essa concepção é a que se recolhe na Constituição brasileira de 1891.

Como indicam seus fundamentos históricos, a relação entre igualdade perante a lei e generalidade se adequava, sobretudo, ao modelo de direito do Estado Liberal, voltado para garantir a autonomia privada dos indivíduos no interior da sociedade capitalista (Unger, 1979, p. 187-191; Faria, 1989). Com o desenvolvimento do Estado Social, no entanto, as leis passaram a incidir cada vez mais sobre categorias de pessoas e não sobre “indivíduos”⁷, apresentando diferentes graus de generalidade. No constitucionalismo brasileiro essa mudança pode ser notada desde a Constituição de 1934 e permeia toda a Constituição de 1988, com suas diversas referências a mulheres, trabalhadores, pessoas com deficiência, empresas de pequeno porte, indígenas e quilombolas, dentre outros⁸.

Além de tornar evidente que o direito moderno opera por meio de discriminações⁹, a passagem para o Estado Social demonstra que a *igualdade* não pode ser confundida com a *identidade*: uma vez que não há duas pessoas ou situações absolutamente idênticas, o juízo sobre a igualdade sempre requer um termo de comparação para ser aplicado. Assim, para avaliarmos se duas pessoas ou situações devem ou não ser tratadas igualmente, é necessário decidir sobre qual aspecto elas serão comparadas. O direito à igualdade implica discernir as situações em que se deve – ou se pode – fazer discriminações, daquelas em que as mesmas não são admitidas pela Constituição.

⁶ “Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”.

⁷ No âmbito da teoria do direito, Hart (1986, p. 137) expôs com clareza esse ponto de vista: “Em qualquer grande grupo, as regras gerais, os padrões e os princípios devem ser o principal instrumento de controlo social, e não as directivas particulares dadas separadamente a cada indivíduo. Se não fosse possível comunicar padrões gerais de conduta que multidões de indivíduos pudesse perceber, sem ulteriores directivas, padrões esses exigindo deles certa conduta conforme as ocasiões, nada daquilo que agora reconhecemos como direito poderia existir. Daí resulta que o direito deva predominantemente, mas não de forma algum exclusivamente, referir-se a categorias de pessoas, e a categorias de actos, coisas e circunstâncias, e o seu funcionamento com êxito sobre vastas áreas da vida social depende de uma capacidade largamente difundida de reconhecer actos, coisas e circunstâncias particulares como casos das classificações gerais que o direito faz”.

⁸ Os reflexos dessa mudança no direito constitucional brasileiro são analisados em Maués (1999).

⁹ Alexy (1993, p. 384-385) observa que o direito à igualdade não pode significar que o legislador tenha que colocar a todos nas mesmas posições jurídicas, nem que tenha que buscar que todos apresentem as mesmas propriedades naturais e se encontrem nas mesmas situações fáticas. A igualdade de todos em relação às posições jurídicas produziria normas disfuncionais (p. ex., as crianças devem prestar o serviço militar, e não apenas os adultos), absurdas (p. ex., penas devem ser imposta a todos e não apenas aos que cometeram crimes) e injustas (p. ex., todos devem pagar os mesmos impostos), além de impedir a atribuição de competências aos governantes por suprimir suas diferenças com os governados. A igualdade de todos em relação às propriedades naturais e situações fáticas tampouco é possível, tendo em vista a própria natureza, ou desejável, pois levaria a um desenvolvimento social limitado.

Isso tornou mais patente para a teoria jurídica os limites da compreensão formal da igualdade perante a lei. Já Kelsen percebia que a igualdade perante a lei podia existir mesmo que a lei não prescrevesse um tratamento igualitário, mas um tratamento desigual, bastando que a lei fosse aplicada corretamente: “A chamada igualdade perante a lei é respeitada (...) sempre que o órgão aplicador do direito considera como relevantes apenas aquelas desigualdades que a lei manda ter em conta” (Kelsen, 1993, p. 60).

Por essa razão, a igualdade perante a lei foi apresentada como uma “fórmula vazia” (Arnardóttir, 2003, p. 9), que não poderia ser preenchida nem mesmo pela concepção aristotélica de justiça, uma vez que a ideia de “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais” não contém os critérios para definir o que deve ser considerado “igual” e o que deve ser considerado “desigual”. Ao deixar de estabelecer exigências em relação ao conteúdo das normas, o direito à igualdade acaba permitindo que qualquer discriminação seja produzida pelo legislador, desde que as normas sejam aplicadas igualmente aos casos regulados por elas¹⁰. Paralelamente, ao desconsiderar categorias que se encontram na base de discriminações estruturais presentes na sociedade, como gênero e raça, a concepção formal de igualdade acaba favorecendo a permanência dessas situações de discriminação, uma vez que não impõe ao Estado promover políticas que visem eliminá-las.

Para superar essas limitações, a teoria jurídica buscou, em um primeiro momento, elaborar a ideia de que é vedado ao legislador estabelecer discriminações arbitrárias. No Brasil, essa abordagem é muito bem representada pela obra de Bandeira de Mello (1999). Afirmando, em princípio, que a igualdade perante a lei “é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador” (Bandeira de Mello, 1999, p. 9), o autor defende que a lei deve respeitar a isonomia desde sua edição, o que o leva a propor como questão fundamental saber “que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas” (Bandeira de Mello, 1999, p. 11).

Em resposta a essa pergunta, Bandeira de Mello observa que não é somente o critério de discriminação escolhido pelo legislador que decidirá se houve ou não desrespeito à igualdade, uma vez que mesmo características pessoais como sexo e raça podem ser legitimamente utilizadas como base de discriminações legais. Assim, para decidir se a discriminação operada pela lei é ou não constitucional, o intérprete deve, além de examinar o critério de discriminação, verificar se existe “correlação lógica” ou “justificativa racional” entre esse critério e a desigualdade estabelecida na lei e, ainda, se essa correlação está de acordo com os interesses protegidos pela Constituição¹¹.

Essa estrutura triádica de avaliação da igualdade representa, sem dúvida, uma tentativa de dar conteúdo a esse direito, estabelecendo limites constitucionais à liberdade do legislador. Como se nota, a chave encontra-se na existência de “justificativa” que pode ser atribuída à discriminação efetuada pela lei¹². Tal abordagem, porém, não é suficiente para solucionar os problemas atuais relacionados ao direito à igualdade.

Baseando-nos nas disposições da Constituição de 1988 sobre igualdade, podemos buscar elementos substantivos que nos ajudem a interpretar esse direito, elaborando critérios

¹⁰ Sob essa perspectiva, Alexy (1993, p. 386) aponta que mesmo a legislação nacional-socialista contra os judeus não violaria o direito à igualdade.

¹¹ “Em suma: importa que exista mais que uma correlação lógica *abstracta* entre o fator diferencial e a diferenciação consequente. Exige-se, ainda, haja uma correlação lógica *concreta*, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional. E isto se traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição. Só a conjunção dos três aspectos é que permite análise correta do problema” (Bandeira de Mello, 1999, p. 22).

¹² No mesmo sentido se orienta a reflexão de Alexy (1993, p. 398), para quem o direito à igualdade exige, *prima facie*, um tratamento igual, e somente admite um tratamento desigual caso ele possa justificado por uma “razão suficiente”.

mais objetivos para definir quais discriminações são autorizadas pelo direito brasileiro¹³. Essas disposições refletem a história de desigualdades reais que permeiam a sociedade brasileira e devem ser bem compreendidas para aplicar corretamente o direito à igualdade em nosso ordenamento.

Tal como vimos, a discriminação legal estará justificada caso se conforme aos objetivos constitucionais. Porém, o amplo espectro de finalidades perseguidas pela Constituição de 1988 facilita o atendimento dessa exigência: o legislador conta com vários argumentos relacionados direta ou indiretamente ao interesse público para tratar de modo distinto determinadas categorias de pessoas, mesmo que isso resulte em claro desfavor¹⁴. Somente nos casos em que a incompatibilidade da discriminação legal com a Constituição seja muito evidente será possível assinalar a violação do direito à igualdade¹⁵.

A análise de uma famosa decisão do STF exemplifica os limites dessa abordagem. Na ADIn nº 4.277, julgada em maio de 2011, o STF reconheceu juridicamente as uniões estáveis homoafetivas “com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva”. Essa ADIn havia solicitado que o STF conferisse “interpretação conforme” a dispositivos do Código Civil que, contudo, utilizavam a mesma expressão, “união estável entre homem e mulher”, presente no art. 226, § 3º da CR. Tratava-se, portanto, de decidir se esses dispositivos deveriam ser interpretados de maneira a vedar o reconhecimento legal de uniões entre pessoas do mesmo sexo, ou seja, se essa discriminação estava autorizada pela Constituição.

Caso analisemos a questão a partir das finalidades constitucionais e sua correlação lógica com o critério de discriminação, podemos formular argumentos contrários à decisão do STF. Estabelecida a proteção constitucional da família no *caput* do art. 226, a legislação que restringe a união estável às relações entre homem e mulher poderia ser justificada como um meio adequado para ampliar essa proteção. As diferenças entre uniões homossexuais e uniões heterossexuais, bem como a presença de um maior número de uniões do segundo tipo em nossa sociedade, sustentariam a utilização do critério da orientação sexual para discriminar entre os dois grupos.

Uma interpretação similar foi sustentada, inclusive, por parte dos membros do STF, os quais, embora votando pela procedência da ADIn, não admitiam a equiparação plena entre os dois tipos de união. Para esses ministros, o reconhecimento pelo STF da união homoafetiva não eliminaria o “espaço reservado ao regramento legislativo”, o que significava autorizar o legislador a regular o instituto de maneira diferente da união heteroafetiva, utilizando a orientação sexual como critério de discriminação para, por exemplo, vedar a conversão da união homoafetiva em casamento.

Ao contrário, a maioria do STF interpretou de maneira mais ampla o direito à igualdade para decidir o caso, tal como podemos exemplificar pelo voto do relator da ADIn, Min. Ayres Britto. O Ministro inicia seu voto abordando as uniões homoafetivas como aquelas que se caracterizam por sua durabilidade, conhecimento do público, continuidade e propósito de constituição de uma família, recordando ainda que, de acordo com a Constituição de 1988,

¹³ Arnardóttir (2003, p. 18) observa que a distinção entre igualdade formal e igualdade substantiva caracteriza a literatura sobre o tema. Além da preocupação com o conteúdo do direito à igualdade, a igualdade substantiva se relaciona a medidas que beneficiam grupos menos favorecidos, permitindo que eles sejam tratados de modo diferente, e impõe ao Estado o cumprimento de deveres positivos para prevenir ou proteger contra a discriminação.

¹⁴ Analisando a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Arnardóttir (2003, p. 42-51) também conclui que o critério da finalidade (*legitimate aim*) não permite uma supervisão adequada dos atos estatais que presumivelmente violam o direito à igualdade. Junto a isso, o TEDH tende a considerar proporcionais as limitações impostas ao interesse privado pelo interesse público que decorrem de discriminações legais.

¹⁵ A jurisprudência do STF sobre a igualdade de acesso aos cargos públicos (CR, art. 37, I) exemplifica essa conclusão, uma vez que critérios como altura (RE nº 148.095), sexo (RE nº 225.721) e idade (Súmula 683) já foram admitidos pelo Tribunal como critérios válidos para excluir candidatos a determinados concursos públicos.

o critério do sexo não pode ser utilizado como “fator de desigualação jurídica”, salvo “expressa disposição constitucional em contrário”. Isso implica reconhecer que está vedado o “tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos” e que o “bem de todos”, previsto pela Constituição, também se alcança por meio da “eliminação do preconceito de sexo”.

No que se refere às relações de família, o Ministro propõe uma interpretação “não reducionista” do instituto, que seria a mais condizente com a Constituição. Para fins da proteção do Estado, a Constituição não faria diferença entre a família constituída formalmente “e aquela existente ao rés dos fatos”. Por essa razão, o casamento torna-se somente uma das modalidades de constituição da família, modificando o regime anterior. A prova disso é a própria consagração constitucional do instituto da união estável, cuja referência, no texto do art. 226, § 3º, ao “homem” e à “mulher”, explica-se pela tradição do mundo ocidental e pela preocupação em ultrapassar o preconceito contra a “companheira”. Reconhecida a união estável como “entidade familiar” tão protegida quanto a família constituída pelo casamento, o Ministro conclui que em ambas as modalidades não há interdição à união entre pessoas do mesmo sexo.

Como se observa, essa decisão indica que determinados critérios de discriminação, como aqueles presentes no art. 3º, IV, resistem à sua utilização pela lei, mesmo que se possa alegar o cumprimento de objetivos constitucionais. Tal interpretação da Constituição significa que ela reconhece não apenas a igualdade perante a lei, mas também o direito a não ser discriminado, ultrapassando a concepção formal de igualdade e orientando-se por uma concepção substantiva de igualdade¹⁶.

(b) O direito à não discriminação no ordenamento jurídico brasileiro

O direito à não discriminação permite excluir o uso de determinadas categorias fundadas em preconceitos como critérios de discriminação legal. Podemos afirmar, assim, que o direito constitucional brasileiro recusa a teoria das “classificações suspeitas” como base para interpretar o direito à igualdade. Essa teoria, de acordo com Dworkin (1999, cap. 10), considera que quando o Estado utiliza critérios de discriminação que afetam grupos historicamente desfavorecidos, é possível validar essas leis desde que o Estado apresenta razões especiais para fazê-lo, de acordo com os objetivos que seus órgãos representativos decidem que devem ser buscados por toda a sociedade. Assim, embora corresponda ao poder judiciário examinar de maneira cuidadosa essas discriminações, elas serão consideradas constitucionais quando se apresente uma finalidade constitucional consistente com elas.

O reconhecimento do direito à não discriminação no ordenamento jurídico brasileiro nos permite ampliar o conteúdo do direito à igualdade e dos deveres do Estado que a ele correspondem. Seguindo a classificação de Arnardóttir (2003, p. 92-126), podemos distinguir dois tipos básicos de discriminação: ativa e passiva. Passemos a sua análise:

a) discriminação ativa: resulta da utilização de critérios vedados de discriminação para a prática de determinados atos do poder público. A discriminação ativa pode consistir em um tratamento discriminatório aberto, em um tratamento discriminatório oculto, ou em aplicações discriminatórias de uma mesma lei ou medida. No primeiro caso, o critério de discriminação encontra-se expresso; no segundo caso, a aplicação do ato do poder público

¹⁶ Para Arnardóttir (2003, p. 31), a concepção substantiva de igualdade tem como base a preocupação com a justiça social, a ênfase na igualdade entre grupos sociais e não entre indivíduos, e a contextualização das diferenças ou desvantagens segundo uma reflexão crítica sobre as relações assimétricas entre os grupos sociais.

gera uma situação de discriminação; no terceiro caso, a lei ou medida não é aplicada de maneira uniforme a todos os casos aos quais ela deveria ser aplicada. O conceito de discriminação ativa está baseado na ideia de que o Estado possui deveres negativos em relação ao direito à igualdade, ou seja, está proibido de praticar atos de discriminação;

b) discriminação passiva: resulta da inação do Estado em proteger o direito à igualdade. A discriminação passiva pode consistir na ausência de legislação ou de medidas que proíbam a discriminação ou produzam ações que combatam as condições que causam ou mantêm a discriminação. Exemplos de discriminação passiva podem ser identificados quando o Estado deixa de produzir normas contra a discriminação; deixa de reparar casos de discriminação; deixa de prover medidas similares para grupos similares ou medidas diferentes para grupos diferentes; e deixa de promover a igualdade material. O conceito de discriminação passiva está baseado na ideia de que o Estado possui deveres positivos em relação ao direito à igualdade, ou seja, está obrigado a praticar atos para protegê-lo¹⁷.

Tal como vimos, os vários tipos de discriminação acima apresentados encontram disposições constitucionais que fundamentam deveres correspondentes do Estado no ordenamento jurídico brasileiro. De modo geral, a Constituição de 1988, além de proibir a discriminação ativa que tenha por base as categorias do art. 3º, IV, utiliza essas mesmas categorias para garantir direitos aos grupos historicamente desfavorecidos em vários outros dispositivos, por exemplo, mulheres (art. 7º, XX; art. 201, § 7º); crianças, adolescentes e jovens (art. 227); idosos (art. 230); indígenas (art. 231) e quilombolas (art. 68 – ADCT).

A chave para resolver a aparente contradição do texto constitucional se encontra nos próprios termos utilizados pelo art. 3º, IV, que se refere aos “preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Assim, a Constituição não proíbe de modo absoluto o uso dessas categorias, mas somente aquele uso orientado pelo preconceito, que tende a manter situações estruturais de discriminação social¹⁸.

Verificamos, assim, que o direito constitucional brasileiro reconhece tanto a igualdade perante a lei (“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”) quanto o direito à não discriminação (“garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito ... à igualdade”) como dimensões do direito à igualdade. A igualdade perante a lei significa que a lei deve ser aplicada igualmente aos casos regulados por ela, enquanto o direito à não discriminação significa que o Estado não pode utilizar determinados critérios de discriminação e deve adotar leis e medidas para combatê-la.

No âmbito da discriminação passiva, uma questão de alta relevância diz respeito ao dever de o Estado promover a igualdade material, o que lhe impõe adotar políticas dirigidas a determinados grupos para melhorar suas condições de vida, reduzindo as desigualdades sociais. Na Constituição de 1988, esse mandamento encontra-se expresso no art. 3º, III, e também pode ser construído a partir do *caput* do art. 5º, ao mencionar o “direito à igualdade” como algo distinto da igualdade perante a lei. Além dessas normas gerais, a Constituição ainda dispõe de normas específicas que obrigam o Estado a promover o acesso a determinados bens por grupos desfavorecidos, como o mercado de trabalho para as mulheres, o acesso aos cargos

¹⁷ A autora também apresenta como um tipo autônomo a “discriminação indireta”, que resulta da desproporcionalidade do efeito de uma lei ou medida inicialmente neutra sobre determinadas categorias de pessoas. Um exemplo desse tipo de discriminação seria a utilização do critério de altura em concursos públicos, que tenderia a limitar a aprovação de mulheres em relação aos homens. A discriminação indireta pode ocorrer mesmo que não haja a intenção de desfavorecer essas categorias, pois é suficiente que ao menos parte de seus membros seja atingido negativamente pela lei ou medida para caracterizá-la. Sem embargo, a própria autora reconhece a dificuldade de demonstrar em juízo a existência dessa discriminação e tampouco encontramos exemplos significativos dela na jurisprudência do STF.

¹⁸ Utilizando os termos de Dworkin (1999, cap. 10), podemos afirmar que a Constituição também recusa a teoria das “categorias banidas” e se inclina em favor da teoria das “fontes banidas”, segundo a qual quando a maioria da sociedade, mesmo usando mecanismos democráticos, toma uma decisão baseada em preconceitos contra os grupos que serão prejudicados por ela, essa decisão não será válida porque viola o direito à igualdade.

públicos para as pessoas com deficiência, o benefício assistencial para os idosos, dentre outros.

A existência dessas normas legitima a adoção de várias políticas de ações afirmativas pelo Estado, que constituem o cumprimento de deveres positivos perante o direito à não discriminação. Porém, pode haver dúvidas se a igualdade material fundamenta outras políticas públicas que não estejam previstas expressamente na Constituição. Nesse campo, trata-se de saber se o poder público está constitucionalmente autorizado a promover essas políticas e quais são os critérios que devem ser adotados¹⁹.

Outra decisão paradigmática do STF, tomada por unanimidade, demonstra o reconhecimento da dimensão material da igualdade no direito brasileiro.

Na ADPF nº 186, julgada em abril de 2012, o STF considerou constitucional a política de cotas raciais para acesso ao ensino superior adotada pela Universidade de Brasília. Dentre os argumentos utilizados pelos Ministros do STF nessa decisão, destacam-se aqueles vinculados à igualdade material. Presente em todos os votos proferidos no decorrer do julgamento, o argumento de que as cotas são um exemplo de concretização da igualdade material fundamenta as ações afirmativas que visam superar as desigualdades reais baseadas na cor das pessoas.

Ao longo do acórdão, os Ministros reconhecem que o Estado tem o dever de adotar políticas de inclusão da população negra, o que se fundamenta no art. 3º da Constituição, bem como no direito à igualdade previsto no art. 5º, *caput*, tendo em vista que as desigualdades entre negros e brancos demonstram que a desigualdade social brasileira não pode ser reduzida ao critério econômico. Tal como afirmado pelo Min. Marco Aurélio, a lei deve ser colocada “em favor daquele que é discriminado, tratado de modo desigual”, o que significa que não basta ao Estado não discriminar, mas também “igualizar”.

Verifica-se, assim, que a igualdade material fundamenta a constitucionalidade das políticas de cotas de acesso ao ensino superior, considerando a autorização constitucional para o desenvolvimento de políticas de igualdade; a existência de desigualdades reais entre negros e brancos; a concepção de que o Estado deve garantir a igualdade de oportunidades no acesso ao ensino superior; e a concepção de que o Estado deve organizar suas políticas buscando efetivar a justiça distributiva, garantindo a participação equitativa nos bens sociais²⁰.

Direito a um tratamento igual e direito a um tratamento diferente

Estabelecido o conteúdo do direito à igualdade no ordenamento jurídico brasileiro, podemos examinar suas dimensões específicas no âmbito da aplicação da lei.

Tal como vimos, o direito à igualdade impõe ao Estado deveres negativos e positivos. A igualdade perante a lei proíbe que o poder público aplique a lei de modo desigual aos casos regulados por ela; o direito à não discriminação de caráter ativo proíbe que o poder público utilize discriminações legais vedadas pela Constituição, de maneira aberta ou oculta, e aplique de maneira discriminatória lei ou medida; e o direito à não discriminação de caráter passivo obriga o poder público a adotar leis ou medidas que proíbam a discriminação e produzam ações que combatam as condições que causam ou mantêm a discriminação.

¹⁹ Como não se tratam de políticas previstas na Constituição, não se pode dizer que o Estado esteja obrigado a adotá-las. Porém, o dever geral de promover a igualdade material autoriza o poder público a criá-las e permite o controle de sua constitucionalidade, uma vez que o exercício dessa faculdade pelo Estado deve ser compatível com o direito à não discriminação.

²⁰ Nessa ação, o STF também fundamenta a existência de cotas raciais no valor da diversidade social, além de desenvolver argumentos que legitimam o uso do fenótipo como critério de avaliação dessas cotas e reconhecem a proporcionalidade da medida adotada.

Essas dimensões da igualdade também constituem direitos no momento da aplicação da lei pelo juiz. No que se refere à igualdade perante a lei, o próprio conteúdo desse direito já incide sobre o exercício da função judicial, proibindo que o juiz deixe de aplicar a lei aos casos por ela regulados. Contudo, para garantir esse direito é necessário dispor de critérios que permitam ao juiz definir qual é a melhor interpretação da lei.

A construção desses critérios parte do direito à não discriminação. Assim, a igualdade não admite que o juiz utilize discriminações vedadas pela Constituição ao aplicar a lei, mesmo quando essas discriminações estejam previstas em seu comando. Ao mesmo tempo, a igualdade exige que o juiz aplique a lei adotando medidas similares para grupos similares e medidas diferentes para grupos diferentes, quando a Constituição impõe o combate à discriminação. No primeiro caso, o direito à não discriminação ativa sustenta o *direito a um tratamento igual* pelo juiz, que o proíbe de fazer discriminações; no segundo caso, o direito à não discriminação passiva sustenta o *direito a um tratamento diferente* pelo juiz, que o obriga a fazer distinções²¹.

A existência dessas duas dimensões da igualdade na aplicação da lei também se manifesta nas formas diferentes de proteger o direito à igualdade que correspondem a cada uma delas. No primeiro caso, o direito à não discriminação de caráter ativo impõe a declaração da inconstitucionalidade da lei ou o uso da interpretação conforme a Constituição para impedir que ela seja aplicada de maneira discriminatória, garantindo o direito a um tratamento igual, como exemplifica a decisão do STF na ADIn nº 4.277. No segundo caso, o direito à não discriminação de caráter passivo impõe a correção da omissão inconstitucional²² ou a declaração de constitucionalidade da lei, garantindo o direito a um tratamento diferente, como exemplifica a decisão do STF na ADPF nº 186.

Assim, o direito à não discriminação nos permite reconhecer a dupla dimensão do direito à igualdade na aplicação da lei no ordenamento jurídico brasileiro. Interpretando as disposições constitucionais que tratam da igualdade, especialmente aquelas que vedam discriminações fundadas em preconceitos, podemos elaborar critérios para proteger esse direito no momento da aplicação da lei. Além disso, as bases fornecidas pelo direito à não discriminação nos permitem enfrentar outro tipo de problema que incide sobre o direito a um tratamento igual e o direito a um tratamento diferente.

Tal como observado por Kelsen, as várias possibilidades de interpretação da lei podem fazer com que ela seja aplicada de maneira diferente a casos similares. Portanto, mesmo quando essa aplicação diferente não se baseia em categorias vedadas pela Constituição, pode haver violação do direito à igualdade na aplicação da lei, tanto quando ela é aplicada de modo distinto a casos juridicamente iguais como quando ela é aplicada de modo igual a casos juridicamente distintos.

A identificação desse problema pressupõe a existência de critérios que permitam determinar quais casos são juridicamente iguais e quais casos são juridicamente distintos, critérios esses que não se reportam às categorias de discriminação vedadas pela Constituição, embora estejam baseados no direito a um tratamento igual e no direito a um tratamento diferente. Esses critérios devem ser buscados não apenas nos parâmetros estabelecidos pela Constituição e pelas leis, mas também pelas decisões judiciais anteriores sobre casos

²¹ Adaptam-se, aqui, os conceitos expostos por Dworkin (2002, p. 349-350).

²² Os casos referentes à correção das omissões inconstitucionais poderão apresentar algumas dificuldades para sua solução. Assim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão impõe prazo para a edição da medida somente ao poder executivo, enquanto o Mandado de Injunção tem sido interpretado de maneira restritiva pelo STF. Em situações de omissão inconstitucional parcial, quando a lei editada não alcançou todos os grupos em situação equivalente que ela deveria beneficiar, a decisão judicial pode consistir na extensão da medida a esses grupos, do que pode resultar, porém, a inviabilidade financeira de sua execução.

similares, a partir das quais será possível avaliar se a decisão judicial presente respeitou ou não o direito à igualdade na aplicação da lei. Tais decisões, ao formarem *precedentes* sobre um conjunto de casos, tornam exigível que o juiz decida da mesma forma os casos juridicamente iguais, pois, se prevalecerem aplicações divergentes sobre um mesmo conjunto de normas restará prejudicado o direito à igualdade. Assim, a própria normatividade do direito à igualdade pode ser revigorada pelo respeito aos precedentes, o que também pode contribuir para que critérios inconstitucionais de discriminação deixem de ser aplicados e ações afirmativas possam ser mantidas.

Conclusão

Objetivamos desenvolver neste trabalho os fundamentos do direito à igualdade na aplicação da lei no ordenamento jurídico brasileiro. Com base nas teorias de H. Kelsen e R. Dworkin sobre os processos de interpretação e aplicação das normas jurídicas, demonstramos a importância de distinguir esse direito do direito à igualdade perante a lei. Em seguida, apresentamos os limites da concepção formal de igualdade perante a lei no Estado Social de Direito, no qual torna-se patente que a lei opera por meio de discriminações, o que fez com que a teoria jurídica formulasse a ideia de proibição de discriminações arbitrárias como critério para impedir que o legislador violasse o direito à igualdade. Como exemplo dessa concepção no Brasil, analisamos a obra de Bandeira de Mello e argumentamos que os critérios ali definidos são insuficientes para limitar o poder do legislador, tendo em vista a diversidade de objetivos estabelecidos na Constituição de 1988.

Sobre essa base, passamos a interpretar o direito à igualdade no Brasil em sua dimensão substantiva, como direito à não discriminação, que protege a cidadania tanto da discriminação ativa, que resulta da utilização de critérios vedados de discriminação para a prática de determinados atos do poder público, quanto da discriminação passiva, que resulta da inação do Estado em proteger o direito à igualdade. Estabelecido o conteúdo substantivo do direito à igualdade no ordenamento jurídico brasileiro, identificado também na jurisprudência do STF, examinamos sua dimensão específica no âmbito da aplicação da lei. Assim, a igualdade não admite que o juiz utilize discriminações vedadas pela Constituição ao aplicar a lei, mesmo quando essas discriminações estejam previstas em seu comando. Ao mesmo tempo, a igualdade exige que o juiz aplique a lei adotando medidas similares para grupos similares e medidas diferentes para grupos diferentes, quando a Constituição impõe o combate à discriminação. Isso significa que o direito à igualdade na aplicação da lei possui duas dimensões: direito a um tratamento igual pelo juiz, que o proíbe de fazer discriminações; e direito a um tratamento diferente pelo juiz, que o obriga a fazer distinções.

Referências

- ALEXY, R. 1993. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 607 p.
- ARNARDÓTTIR, O. M. 2003. *Equality and non-discrimination under the European Convention on Human Rights*. The Hague, Martinus Nijhoff, 265 p.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. 1999. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 48 p.
- CARRÉ DE MALBERG, R. 1984. *La loi, expression de la volonté générale*. Paris, Economica, 228 p.

- DWORKIN, R. 1999. *O império do direito*. São Paulo, Martins Fontes, 513 p.
- _____. 2002. *Uma questão de princípio*. São Paulo, Martins Fontes, 610 p.
- KELSEN, H. 1984. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Coimbra, Armênio Amado, 484 p.
- _____. 1993. *O problema da justiça*. São Paulo, Martins Fontes, 149 p.
- _____. 2003. *A jurisdição constitucional*. São Paulo, Martins Fontes, 344 p.
- FARIA, J. E. 1989. O modelo liberal de direito e Estado. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça*. São Paulo, Ática, p. 19-35.
- HART, H. L. A. 1986. *O conceito de direito*. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 306 p.
- MARINONI, L. G. 2010. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 542 p.
- MAUÉS, A. M. 1999. *Poder e democracia: o pluralismo político na Constituição de 1988*. Porto Alegre, Síntese, 156 p.
- SARLET, I. 2009. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10.ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- SILVA, V. A. da. 2010. *Direitos fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2.ed. São Paulo, Malheiros.
- UNGER, R. M. 1979. *O direito na sociedade moderna*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 278 p.
- VIEIRA, O. V. 2006. *Direitos fundamentais*. Uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo, Malheiros.

Submetido: 22/12/2017

Aceito: 19/06/2019