

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

LARISSA KERSTIN RAMALLO DE PAIVA

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS

CURITIBA

2018

LARISSA KERSTIN RAMALLO DE PAIVA

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, do Centro Universitário Curitiba.

Orientador: Professor Doutor Bortolo Valle

CURITIBA

2018

RESUMO

O presente trabalho objetiva abordar as diferentes concepções do princípio da igualdade a partir de um procedimento histórico abordando sucintamente seus aspectos formais e materiais. Pretende-se analisar a abordagem do referido princípio nas decisões judiciais e os desvios de sua aplicação no poder judiciário. Para a análise jurídica, serão levados em consideração as normas, Princípios Gerais do Direito e a interpretação princípio da igualdade à luz da Constituição Federal, e ainda, sua vinculação nas decisões judiciais para, por fim, traçar um mapeamento dos problemas da aplicação do princípio e verificação da possibilidade de superá-los ou amenizá-los para possibilitar sua aplicação equânime.

Palavras-chave: Princípio da igualdade; poder judiciário; decisões judiciais.

LISTAS DE SIGLAS

CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
LINDB	Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro
PDG	Princípios Gerais do Direito
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

RESUMO	02
LISTA DE SIGLAS	03
SUMÁRIO	04
1. INTRODUÇÃO	05
2. PROCEDIMENTO HISTÓRICO DO CONCEITO DE IGUALDADE	06
2.1. A IGUALDADE COMO JUSTIÇA NA PERSPECTIVA UTILITARISTA	10
2.2. A JUSTIÇA COMO EQUIDADE – JOHN RAWLS	11
2.3. A IGUALDADE SEGUNDO RONALD DWORKIN	15
2.4. AS DIMENSÕES DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE	19
2.4.1. A Igualdade Formal	20
2.4.2. A Igualdade Material	22
2.5. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL NO ÂMBITO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	25
3. MAPEAMENTO DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO ÂMBITO DO DIREITO	30
3.1. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE VINCULADO À FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	33
3.2. COMO SUPERAR OU DIMINUIR OS PROBLEMAS NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE	36
4. CONCLUSÃO	41
REFERÊNCIAS	42

1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho acadêmico pretende-se analisar como o princípio da igualdade é abordado e aplicado em decisões judiciais a partir de elementos que auxiliem na compreensão de referido princípio, bem como os desvios de sua aplicação no poder judiciário, levando-se em conta a diversidade de normas e a aplicação subsidiária dos Princípios Gerais do Direito.

A aplicação do princípio da igualdade é fundamental e pode ser considerada como elemento de sustento no Estado Democrático de Direito. Tal princípio, estudado desde pelo menos a Antiguidade, passou por um processo evolutivo constante, envolvendo aspectos sociais, econômicos, políticos e judiciais.

Serão abordadas diferentes concepções do princípio da igualdade para posteriormente, poder analisar sua aplicação na esfera judicial. Primeiramente, será definido um procedimento histórico e feita uma breve síntese de seus aspectos formais e materiais. Em um segundo momento, será apreciado o princípio da igualdade no âmbito da Constituição Federal e sua vinculação nas decisões judiciais.

Por fim, será traçado um mapeamento dos problemas da aplicação do princípio e verificada a possibilidade de superá-los ou amenizá-los visto que a Constituição da República Federativa do Brasil assegura tal princípio em seu preâmbulo e em alguns artigos, além de constar nas demais normas do ordenamento jurídico.

Considerando ainda nosso modelo estatal no qual os princípios têm força normativa, o princípio da igualdade, propicia, pelo menos em tese, a igualdade em direitos e obrigações e dá a garantia de ser o Estado um ente para efetivação da isonomia, proibindo aos administrados desigualdades injustas e sem motivo, incluindo os magistrados, que tem aptidão para apreciar e valorar a prova sem caracterizar discricionariedade.

Em contrapartida, quando se considera a aplicação do princípio, se evidencia um constante desequilíbrio. Portanto, objetiva-se analisar a afirmação do princípio da igualdade e identificar as dificuldades de sua aplicação justa.

O trabalho tem referencial bibliográficos com base em livros, artigos científicos, trabalhos acadêmicos, doutrina e jurisprudência e estará sustentada por uma metodologia embasada na abordagem dedutiva, em relação ao uso do material utilizado.

2. PROCEDIMENTO HISTÓRICO DO CONCEITO DA IGUALDADE

A igualdade, como princípio fundamental, parece ser um ideal distante, visto que desde os primórdios as sociedades são desiguais em diversos aspectos. Em que pese a evolução cultural e social dos indivíduos, parece haver um abismo entre a igualdade formal e a material.

O estudo da igualdade como princípio, é tratado pelo menos, desde a Antiguidade¹. Aristóteles, por exemplo, vinculou a ideia de igualdade à ideia de justiça, alegando que o homem injusto é iníquo e assim, que em toda espécie de ação positiva ou negativa, há o meio termo, ou seja, uma ação equilibrada.²

O filósofo comparou a igualdade à Régua de Lesbos, instrumento feito por metal flexível que se moldava às irregularidades do objeto a ser medido, utilizado por operários da construção civil. Disso, destacou que “(...) a equidade não mede apenas aquilo que é normal, mas também as variações e curvaturas inevitáveis da experiência humana, e, flexibilizando a rigidez da lei, determina o que é justo em cada situação particular”.³

A partir desse ponto de vista vislumbra-se, uma igualdade-justiça relativa, que dá a cada um o seu. A sociedade grega, à época, legitimava a diferenciação das classes sociais, o que tornava jurídica a desigualdade.⁴

Em um segundo momento, no período do cristianismo, concretizou-se a ideia de igualdade universal por meio do amor e da caridade, porém, essa igualdade tinha apenas fundamentação teórica, visto que por muitos séculos, houve escravidão, desigualdade entre homens e mulheres, e entre os povos. Foi nesse contexto histórico e com base na teoria do Direito Natural, que Thomas de Aquino, filósofo e teólogo de forte influência para o cristianismo, conceituou justiça como sendo a disposição constante da vontade em dar a cada um o que é seu - *suum cuique tribuere*.

¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 312. Disponível em <https://online.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9788502617056/>. Acesso em 01.04.2018.

² ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco; Poética**. seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. — 4. ed. — São Paulo: Nova Cultural, 1991. — (Os pensadores ; v. 2). p. 103.

³ BETIOLI, 2008, *apud* Oliveira, André Gualtieri de. **Filosofia do Direito** – Coleção Saberes do direito;50. Direito – Filosofia I. Título.II. Série. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 361.

⁴ MELO, Bruno Herrlein Correia de. **A igualdade aristotélica e o princípio da isonomia salarial**. Publicado em fevereiro de 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7948/a-igualdade-aristotelica-e-o-principio-da-isonomia-salarial>>. Acesso em 27.08.2017.

Aquino considerava não haver um padrão absoluto de justiça invariável, visto que a razão humana é variável – mesmo que a vontade de buscar a justiça seja um objetivo constante para o homem o que o aproxima muito seu conceito da religião. Argumentava que se somente a vontade de Deus é perpétua, e se justiça é uma perpétua vontade, então a justiça somente pode estar em Deus.⁵

Por ter grande influência racionalista de Aristóteles, Aquino estabeleceu diferenças entre virtudes morais e virtudes da justiça, identificando nas virtudes morais o objetivo de estabelecer a justa medida em atendimento às disposições de determinado sujeito, ou seja, a virtude como prudência, temperança, bondade, ligada à conduta interior, uma vez que convém a si próprio. Já as virtudes da justiça se estabelecem igualando com a coisa anteriormente dada ou recebida, cuida da conduta exterior do homem e está diretamente relacionada ao direito, ou seja, uma virtude que estabelece relação com o próximo.⁶

Assim como Aristóteles, Aquino sustentou que a igualdade implícita no conceito de justiça distributiva não é mecânica, mas sim uma igualdade proporcional.

Para Tomás de Aquino, *apud* Cícero Antônio Di Salvo Crispim:

Na justiça distributiva a pessoa recebe tanto mais bens comuns, quanto mais destacada é a sua posição na comunidade. Na justiça corretiva, por outro lado, é preciso igualar coisa com coisa, de maneira aritmética, de sorte que as perdas sofridas por alguém em virtude de um ato danoso possam ser reparadas, retificando-se também o injusto enriquecimento de um em detrimento de outro.⁷

Passando ao período moderno, o desenvolvimento do princípio da igualdade se deu a partir do constitucionalismo moderno, que surgiu no final do século XVIII em diversos Estados que firmaram declarações de direitos fundamentais do homem limitando o poder estatal e inspirados na crença da existência de direitos naturais e imprescritíveis inerentes aos seres humanos.⁸

⁵ AQUINO, Thomas. **Suma Teológica**. São Paulo: Loyola, 2001, *apud*, Wikipedia, Justiça. disponível em <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Justiça>>. Acesso em 02.04.2017.

⁶ Id., 2001.

⁷ AQUINO, *apud* Crispim, Cícero Antônio di Salvo. **Conceito de Justiça em São Tomás de Aquino: uma visão filosófica e teológica**. Disponível em < http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,conceito-de-justica-em-sao-tomas-de-aquino-uma-visao-filosofica-e-teologica,31014.html#_ftnref27>. Acesso em 03.11.2017.

⁸ MARTINEZ, Ana Luiza Buchalla. **A evolução do princípio da igualdade e sua aplicação sob a ótica material na Constituição Federal**. Elaborado em janeiro de 2012. Disponível em

A saber, a Declaração de Direitos do Povo de Virgínia, de 12 de junho de 1776, que em seu parágrafo 1º reconhece a igualdade de “todos os seres humanos”:

Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança.⁹

No mesmo ano, a Declaração de Independência dos Estados Unidos teve grande repercussão e representou o primeiro ato da democracia moderna, combinando legitimidade da soberania popular e respeito aos direitos humanos, defendendo a igualdade entre os homens, conforme segue:

Consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes (*sic*), a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade. É para assegurar esses direitos que os governos são instituídos entre os homens, sendo seus justos poderes derivados do consentimento dos governados.¹⁰

Posteriormente, no período da Revolução Francesa, a ideia dos direitos fundamentais ganhou força, como se verifica do art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que estabeleceu que "os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos". A igualdade foi um dos pontos centrais do movimento revolucionário e com base nesse fundamento foram extintas as servidões feudais, proclamada a emancipação dos judeus e a abolição de todos os privilégios religiosos, bem como proibido o tráfico de escravos nas colônias.¹¹

Entretanto, a garantia de igualdade de todos perante a lei não teve qualquer serventia aos trabalhadores das indústrias e empresas capitalistas pois não receberam tratamento digno, e sua condição social e econômica era cada vez pior.

<<https://jus.com.br/artigos/20924/a-evolucao-do-principio-da-igualdade-e-sua-aplicacao-sob-a-otica-material-na-constituicao-federal>>. Acesso em 03.11.2017.

⁹ Declaração Declaração de Direitos do Povo de Virgínia. Wikipedia – A enciclopédia Livre. Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Declaração_de_Direitos_de_Virgínia. Acesso em 02.04.2018.

¹⁰ MARTINEZ, loc. cit.

¹¹ Id.

Esta situação fez com que eles se organizassem em busca da garantia de seus direitos.

Por conseguinte, os direitos trabalhistas e sociais foram reconhecidos como direitos fundamentais inicialmente na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919. Ademais, 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.¹²

No atual momento histórico, tem-se uma nova organização do Estado, na qual os direitos políticos, econômicos e sociais têm eficácia positiva e passam a obrigar o Estado a intervir na atividade privada para proteger grupos de indivíduos considerados vulneráveis. O papel do Estado, que anteriormente era de intervenção mínima, passa a ser de Estado interventor, com o objetivo de realizar a justiça social, garantindo iguais oportunidades para cada cidadão.¹³

O princípio da igualdade passou a ser aplicado sob sua ótica material, e aos legisladores, incumbiu-se a função de editar normas para possibilitar a redução das desigualdades sociais, econômicas e culturais, promovendo a intervenção do Estado em prol da equiparação dos indivíduos perante as diferentes condições de vida. E, além de propiciar a igualdade em direitos e obrigações, o princípio da igualdade dá a garantia que o Estado será um ente para efetivação da isonomia, proibindo aos operadores da lei e do Direito oportunizar desigualdades injustas e infundadas.¹⁴

Em outras palavras, segundo Carmem Lúcia Antunes Rocha *apud* MELO:

Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental.
(...) a doutrina, como a jurisprudência, já firmaram, há muito, a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá à expressão igualdade na lei, ou seja: o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei.¹⁵

¹² Id., 2012.

¹³ Id., 2012.

¹⁴ Id., 2012.

¹⁵ MELO, loc. cit.

Portanto, a ideia de igualdade atual está bastante atrelada à justiça formal, que consiste, genericamente, em um princípio de ação, segundo o qual os indivíduos de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma.

2.1. A IGUALDADE COMO JUSTIÇA NA PERSPECTIVA UTILITARISTA

O utilitarismo é uma corrente filosófica, moral e política, de caráter consequencialista, que tem como fundamento o princípio da máxima felicidade (ou utilidade). Este princípio define as ações das pessoas em função das melhores consequências, que interpretadas em razão do aumento ou diminuição da felicidade das pessoas cujo interesse está em jogo.¹⁶

Quando apresentado pelo filósofo inglês Jeremy Bentham (1748-1832) no final do século XVIII, o utilitarismo era uma doutrina filosófica radical que colocava de lado toda e qualquer referência à vontade divina, aos interesses da sociedade, aos costumes e tradições, à lei da natureza etc. No lugar disso tudo, a doutrina pregava o que se pensava ser o procedimento diretamente racional e científico de simplesmente medir a felicidade de cada indivíduo e depois calcular a felicidade da população como um todo.

A relação da justiça com o utilitarismo reside no fato das regras morais da justiça estarem diretamente relacionadas à promoção da felicidade humana, sendo valores como a imparcialidade e a igualdade, virtudes ou obrigações da justiça.¹⁷

A partir dessa ideia, o utilitarismo sustenta, fundamentalmente, que as ações, leis, instituições, etc. podem ser julgadas como melhores ou piores de acordo com a tendência que tenham de ampliar ao máximo o somatório de felicidade dos indivíduos, considerando a felicidade de cada pessoa da mesma forma.

As críticas ao utilitarismo decorrem dos resultados de sua afirmação a respeito da justiça, pois, segundo essa teoria, não há problemas no sacrifício de alguns com o intuito de proporcionar vantagens à maioria caso isso fosse necessário para atingir o

¹⁶ OLIVEIRA, André Gualtieri de. **Coleção Saberes do Direito – 50 – Filosofia do Direito**. 1ª Edição. Saraiva. 2012. p. 101. Disponível em <https://online.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9788502169043/>. Acesso em 02.04.2018.

¹⁷ GONTIJO, Fernanda. **Para desfazer equívocos**. Blog Crítica na Rede. Disponível em <https://criticanarede.com/utilitarismo.html>. Acesso em 02.04.2018

máximo de satisfação possível. John Rawls criticou o utilitarismo por não respeitar a inviolabilidade do indivíduo em relação ao bem-estar social¹⁸ e ofereceu como alternativa a essa filosofia a chamada “justiça como equidade”.

2.2. A JUSTIÇA COMO EQUIDADE - JOHN RAWLS

Segundo Fábio Oliveira, J. Rawls parte de uma concepção geral de justiça, baseando-se na ideia de que os bens sociais primários — liberdades, oportunidades, riqueza, rendimento e as bases sociais da autoestima — devem ser distribuídos de maneira igual, a menos que uma distribuição desigual de alguns ou de todos os bens beneficie os menos favorecidos da sociedade.¹⁹

O marco da teoria está no fato de que tratar as pessoas como iguais não implica remover todas as desigualdades, mas apenas aquelas que trazem desvantagens para uma das partes do contrato. Cita como exemplo, que:

[...] destinar mais dinheiro a uma pessoa em relação à outra promove um maior interesse de ambas as partes ao invés de simplesmente dar-lhes a mesma quantidade de dinheiro, então uma consideração igualitária dos interesses não proíbe uma relação de desigualdade.²⁰

Para se chegar a uma escolha justa de determinado contrato, Rawls propõe que as partes devem começar de uma posição equânime. Os princípios da justiça são para governar a atribuição de direitos e deveres e regular a distribuição de benefícios sociais e econômicos, devem ser compreendidos como resultado de um acordo ou contrato hipotético entre representantes que desconhecem seus interesses particulares.²¹

¹⁸ OLIVEIRA, op. cit., p. 102.

¹⁹ OLIVEIRA, Fábio. **O Conceito de Igualdade na Filosofia política contemporânea**: um debate entre Rawls, Dworkin E Amartya Sen. Revista de filosofia moderna e contemporânea. Brasília, 2013. Disponível em <<http://periodicos.unb.br/index.php/fmc/article/download/9292/7519>>. Acesso em 13.11.2017.

²⁰ Id. 2013.

²¹ RAWLS, 2000, apud OLIVEIRA, 2013.

É justamente porque as partes não sabem acerca dos próprios interesses particulares e sobre sua condição social no momento do acordo hipotético, que esse procedimento pode ser considerado justo. Assim, para Rawls, se os indivíduos contratantes desconhecem ou simplesmente não são informados sobre quem eles serão ou que lugares ocuparão na sociedade, faria sentido que as escolhas dos princípios sejam os mais justos possíveis, e não sacrificariam os direitos e liberdades individuais em prol de benefícios sociais e econômicos próprios, levando em consideração o risco de se encontrar do lado da parte prejudicada.²²

Na realização dessa construção teórica, Rawls problematiza a sociedade a partir de um viés deontológico e extrai um ideal de sociedade que utiliza basicamente dois princípios norteadores para sua elaboração teórica.

O primeiro princípio, segundo o qual: cada pessoa deve ter direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais, que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras; e o segundo no qual: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam, ao mesmo tempo, (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.²³

Na posição original, cobertos pelo “véu da ignorância”, os indivíduos partem de uma posição de igualdade, sendo livres, racionais e interessados, sem reconhecimento de seus atributos naturais e sem vislumbrar uma possível ou efetiva posição social, acordam sobre os princípios de justiça devem governar a estrutura básica da sociedade. Com tal hipótese, Rawls pretende apresentar os princípios da justiça estabelecidos de forma a assegurar a justiça como equidade. Como na posição original, as partes acordantes possuem o mesmo peso no ato da deliberação e escolha dos princípios, cada um pode fazer propostas, apresentar razões para a sua aceitação e assim por diante e provavelmente seriam aceitos os princípios de liberdades básicas iguais e liberdade de pensamento a todos os cidadãos.²⁴

Desse ideal de igualdade entre partes, Rawls dispõe sobre qual sentido os cidadãos são vistos como iguais, e o são, na medida em que consideramos

²² OLIVEIRA, 2013, loc.cit.

²³ RAWLS, op. cit.

²⁴ OLIVEIRA, op. cit.

que todos têm, num grau mínimo essencial, as faculdades morais necessárias para envolver-se na cooperação social a vida toda e participar da sociedade como cidadãos iguais. Ter essas faculdades nesse grau é o que consideramos como a base da igualdade entre os cidadãos como pessoas: ou seja, na medida em que vemos a sociedade como um sistema equitativo de cooperação, a base da igualdade consiste em termos, no grau mínimo necessário, as capacidades morais e outras que nos permitem participar plenamente da vida cooperativa da sociedade. Assim, a igualdade dos cidadãos na posição original é formalizada pela igualdade de seus representantes: isto é, o fato de que esses representantes estão simetricamente situados naquela posição e têm direitos iguais no tocante aos procedimentos que adotam para chegar a um acordo.²⁵

Os princípios decorrentes do acordo entre as partes surgem pela não consideração das contingências que formam os indivíduos representantes na posição original. Segundo Rawls, citado por Oliveira, três contingências afetam diretamente as perspectivas de vida dos cidadãos, provocando as desigualdades que ficam de fora no ato da formulação dos princípios de justiça. São elas:

sua classe social de origem: a classe em que nasceram e se desenvolveram antes de atingir a maturidade; seus talentos naturais (em contraposição a seus talentos adquiridos); e as oportunidades que têm de desenvolver esses talentos em função de sua classe social de origem; sua boa ou má sorte ao longo da vida (como são afetados pela doença ou por acidentes; e, digamos, por períodos de desemprego involuntário e declínio econômico regional).²⁶

A partir disso, Rawls, esclarece que a: “teoria política que pretende propor uma sociedade bem ordenada deve fazer com que os princípios reguladores reconheçam que tais contingências afetam o plano de vida dos seus indivíduos”²⁷. É por isso que considera que o “véu da ignorância” é elemento indispensável em sua teoria da justiça pois com ele as pessoas, que não teriam conhecimento de suas condições naturais e na sociedade, não teriam as informações daquilo que poderia influenciar suas escolhas em relação aos princípios e estariam assim, mais próximos de pensar na justiça.²⁸

Outro aspecto importante para o ideal de justiça é que com o “véu da ignorância” os indivíduos não têm conhecimento “da concepção do bem de cada

²⁵ RAWLS, op. cit.

²⁶ Id, 2013.

²⁷ Id, 2013.

²⁸ OLIVEIRA, loc. cit.

indivíduo, as particularidades de seu plano de vida racional e os traços característicos da psicologia do agente, como por exemplo, a aversão ou simpatia pelo risco”²⁹. Para Rawls

as partes não conhecem as circunstâncias particulares de sua própria sociedade. Ou seja, elas não conhecem a posição econômica e política dessa sociedade, ou o nível de civilização e cultura que ela foi capaz de atingir. As pessoas na posição original não têm informação sobre a qual geração pertencem.³⁰

A teoria de Rawls se afasta da do utilitarismo priorizando o justo sobre o bem. Faz isso destacando o primeiro princípio (da liberdade) em relação ao segundo (desdobrado nos da igualdade de oportunidades e da diferença)³¹, alegando que:

(...) as violações das liberdades básicas iguais protegidas pelo primeiro princípio não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens econômicas e sociais. Essas liberdades têm um âmbito central de aplicação dentro do qual elas só podem ser limitadas ou comprometidas quando entram em conflito com outras liberdades básicas. Uma vez que podem ser imitadas quando se chocam umas com as outras, nenhuma dessas liberdades é absoluta; entretanto, elas são ajustadas de modo a formar um único sistema, que deve ser o mesmo para todos. É difícil, talvez impossível, fazer uma especificação completa dessas liberdades independentemente das circunstâncias particulares, sociais, econômicas e tecnológicas, de uma dada sociedade. A hipótese é de que a forma geral consiste numa lista que pode ser definida com exatidão suficiente para sustentar essa concepção de justiça. Sem dúvida, liberdades que não constam nessa lista, por exemplo, o direito a certos tipos de propriedade (digamos, os meios de produção), e a liberdade contratual como determina a doutrina do laissez-faire, não básicas; portanto, não estão protegidas pela prioridade do primeiro princípio. Finalmente, em relação ao segundo princípio, a distribuição de renda e riqueza, e de posições de autoridade e responsabilidade, devem ser consistentes tanto com as liberdades básicas quanto com a igualdade de oportunidades.³²

O acordo hipotético seria uma forma de fazer com que se percebesse que as diferenças pessoais deveriam ser irrelevantes para que todos fossem tratados de

²⁹ Id., 2013.

³⁰ RAWLS, op. cit.

³¹ OLIVEIRA, op. cit.

³² RAWLS, loc. cit.

forma igual, eliminando a possibilidade de atuação em benefício de interesses particulares, priorizando assim, o bem sobre o justo.

Para o autor da teoria, o “véu da ignorância” e a condição dos indivíduos numa posição igualitária possibilita viabiliza a promoção do conceito de justiça.

2.3. A IGUALDADE SEGUNDO R. DWORKIN

Ronald Dworkin defendia a adoção da igualdade de recursos, que propõe que uma distribuição equitativa de bens é justa quando satisfaz algumas premissas que promovem fundamentos sólidos para a esfera da igualdade eleita, tal como a distribuição equitativa dos recursos disponíveis.³³

Parte-se da ideia de que as pessoas são responsáveis pelas escolhas que fazem no decorrer de sua vida, porém, deve-se levar em consideração também a influência de seus atributos naturais, tais como a inteligência, e talento, que pode se destacar em uma sociedade e influenciar a distribuição equitativa de bens.³⁴

O conceito de igualdade de Dworkin se traduz basicamente na disposição de recursos que as pessoas devem possuir para que possam realizar/implementar suas escolhas pessoais. Este tipo de argumento utilizado é herança de John Rawls. No entanto, o mecanismo do contrato social é utilizado apenas quando Dworkin tenta nos convencer de que a esfera da igualdade eleita por sua concepção de justiça é a mais apropriada.³⁵

Assim como Rawls, Dworkin critica a posição utilitarista de justiça constatando que o bem estar nunca pode ser utilizado como o único critério para uma análise social bem sucedida. A igualdade de recursos defendida por Dworkin se configura, sobretudo, a partir de dois princípios básicos que permeiam toda a sua teoria da justiça: escolha e responsabilidade.³⁶

A escolha como um princípio fundamental tem o papel de esclarecer o que, de fato, deve ser distribuído na sociedade com a finalidade de refletir as escolhas das

³³ OLIVEIRA, loc cit.

³⁴ Id., 2013.

³⁵ Id., 2013.

³⁶ Id., 2013.

partes envolvidas. Este princípio permite uma avaliação sobre a relação entre a igualdade e a liberdade na distribuição das riquezas. O intuito do autor é demonstrar que uma distribuição idêntica de riquezas não pode ser necessariamente traduzida como uma distribuição justa. Em contrapartida, o princípio da responsabilidade resulta da responsabilidade de cada indivíduo sobre o sucesso em sua vida. É um princípio relacional no qual cada um deve ser responsável pelas escolhas do decorrer de sua própria vida.³⁷

Resta ao governo a criação de mecanismos para que os cidadãos alcancem os objetivos refletidos outrora nos planejamentos e opções disponíveis. Para defender e esclarecer como se daria o funcionamento de uma sociedade baseada na igualdade de recursos, Dworkin, assim como Rawls, utiliza uma situação hipotética e cria um modelo de divisão igualitária e legítima dos bens disponíveis em uma sociedade real.³⁸

A situação hipotética é de uma nova sociedade que surge com imigrantes de um naufrago em uma ilha deserta com abundância de recursos. Nessa situação, as pessoas concorrem de forma igualitária com a distribuição dos recursos da ilha. Para não fazer uma distribuição arbitrária, os recursos seriam distribuídos de acordo com o teste da inveja, que determina que “nenhuma divisão de recursos é uma divisão igualitária se, uma vez completa, qualquer imigrante preferir o montante de recursos de outro ao seu próprio montante”.³⁹ Mas, considerando, ainda, que hajam mais de uma opção de bens no sorteio, e que seja feito de forma igualitária, e que um dos participantes não goste da opção que lhe tocou, haverá uma distribuição igualitária, mas não justa pois essa pessoa não se satisfará com seu recurso.⁴⁰

Surgiu então a necessidade de formular um mecanismo distributivo, que permitisse a partilha dos recursos de forma igualitária e não-arbitrária, reconhecendo, assim, que o teste da inveja não é satisfeito com qualquer espécie de distribuição. A partir daí, tem-se a proposta de leilão inicial, no qual os habitantes da ilha teriam as conchas como moeda de troca pelos bens a serem leiloados em lotes de preço fixo. Assim, os habitantes da ilha com interesse nos produtos poderiam fazer propostas,

³⁷ Id., 2013.

³⁸ Id. 2013.

³⁹ DWORKIN, apud PATULLO, Marcos Paulo Falcone. **A igualdade no pensamento de Ronald Dworkin**. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2010. p. 42. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp125204.pdf>>. Acesso em 13.11.2017

⁴⁰ PATULLO, 2010. p. 42.

até haver apenas um comprador para cada lote, de modo a satisfazer o teste da inveja.⁴¹

Observa-se assim, que os participantes do leilão têm influência equitativa sobre os destinos por possuírem o mesmo poder econômico, e, ainda, podem se opor a qualquer distribuição que eventualmente os desagrade. Há, assim, um mercado igualitário, no qual os indivíduos exercem influência na forma como os recursos serão distribuídos de forma equânime.⁴²

Algumas considerações críticas poderiam ser direcionadas à teoria da igualdade de recursos. A mais clássica delas faz referência ao suposto cidadão que possui gostos dispendiosos. Esta crítica sutilmente reflete a possibilidade de notar indivíduos mais satisfeitos com a realização de escolhas não dispendiosas. Isso poderia acarretar um sentimento de injustiça, sob o ponto de vista daqueles que possuem gostos dispendiosos, ao ponto de reivindicar medidas que levassem em conta a igual consideração. Esta igual consideração implicaria a solicitação de maior quantidade de recursos para que esses pudessem satisfazer seus gostos e menor quantidade para aqueles que possuem gostos menos dispendiosos. Para analisar esse possível problema, Dworkin diz que a neutralidade mais eficaz exige que a mesma parcela seja destinada a cada um dos indivíduos, de modo que a escolha entre gostos mais ou menos dispendiosos fosse elaborada pelas pessoas, sem nenhuma noção de que a parcela que lhes cabe fosse aumentada se escolhessem uma vida mais dispendiosa.⁴³

Para o defensor da igualdade de recursos, a existência de indivíduos com gostos dispendiosos não fundamenta uma real premissa crítica, uma vez “caros” implicam a necessidade de procedimentos reguladores de distribuição. Outro problema de possível entrave à igualdade de recursos diz respeito aos talentos naturais. A deficiência física, por exemplo, poderia incapacitar indivíduos para uma livre escolha de projetos de vida quando comparados aos indivíduos que gozam de uma saúde plena. Portanto, parece que a distribuição de uma mesma quantidade de recursos não é compreendida como uma distribuição justa.⁴⁴

⁴¹ Id., 2010, p. 43.

⁴² Id., 2010, p. 43.

⁴³ DWORKIN, 2005, apud OLIVEIRA, 2013.

⁴⁴ OLIVEIRA, loc. cit.

A concepção da igualdade de recursos, para que seja considerada justa, parece exigir um sistema que produza desigualdades, como por exemplo, o custo diferencial de bens e oportunidades destinadas àqueles com necessidades especiais. O importante, no entanto, é como fazer com que essa diferenciação econômica de bens e oportunidades para alguns grupos de indivíduos, não ignore a base que fundamenta a igualdade de recursos – o leilão igualitário inicial.⁴⁵

Dworkin se preocupou com a questão da justiça em cada caso particular, não somente com a soma agregada entre as partes da sociedade. Por isso, admite que para um avanço político seja necessário explicitar o papel da liberdade dentro de sua teoria da justiça. E para seu entendimento, a liberdade é um dos aspectos fundamentais para uma distribuição igualitária, havendo, inclusive, congruência para a própria definição do que seja uma real distribuição justa. A liberdade, de acordo com Dworkin, não deve ser compreendida como sinônimo de permitido, pois se trata de um conjunto de direitos distintos. A liberdade é um instrumento pelo qual se pode viabilizar um ideal de igualdade dentro de uma sociedade. E é assim que Dworkin debate a liberdade, em companhia da igualdade de recursos. Para o autor, a liberdade só se concilia com a igualdade quando um número de pessoas opta pelo direito à liberdade. Isto porque percebem que somente com certo grau de liberdade é possível defender interesses particulares. E para o autor, isso faria com que as pessoas desejassem adquirir a liberdade em suas cotas de recursos. É dessa forma que essas pessoas poderiam viabilizar a concretização de objetivos.⁴⁶

Recai, portanto, sobre o Estado o dever de promoção de uma política justa para a comunidade, que respeite a esfera privada dos indivíduos para realizarem suas liberdades e desenvolverem suas escolhas. Dworkin fez a abordagem política do Leilão na ilha deserta, para simular uma situação ideal de condições adequadas de distribuição e ordenamento social e demonstrar que a igualdade de recursos seria a melhor maneira de promover uma distribuição igualitária.⁴⁷

A partir da teoria da igualdade de recursos se tornaria possível superar eventuais circunstâncias em que as pessoas poderiam, naturalmente, sofrer e

⁴⁵ Id., 2013.

⁴⁶ Id., 2013.

⁴⁷ Id., 2013.

necessitar de compensações político-sociais previstas em uma teoria da justiça inadequada.⁴⁸

2.4. AS DIMENSÕES DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Considerando o princípio da igualdade como universal, pode-se considerá-lo como um valor-guia que assume um papel ético fundamental, com repercussão direta nas mais diversas searas da vida humana, como nas áreas social, econômica, jurídica e política⁴⁹.

Pérez Luño pontua que, dependendo do contexto econômico, social e religioso de cada sociedade, uma determinada dimensão da igualdade poderá se sobressair em detrimento de outras.⁵⁰ Considerando essa ideia, se diz que a igualdade possui uma multiplicidade de significados, podendo incidir também em uma vasta gama de assuntos.

O valor da igualdade, se bem pode considerar-se como uma exigência constante da vida coletiva, tem variado em sua significação, conteúdo e relevância social ao longo do processo histórico. Assim, comprova-se que em diferentes épocas têm se dado preeminência a diferentes aspectos da igualdade ao interligar esta ideia com exigências religiosas, políticas, jurídicas, raciais ou socioeconômicas. Por isso, é imprescindível partir da multiplicidade de esferas nas quais incide a igualdade e do caráter histórico de sua realização.⁵¹

“A igualdade constitui um direito fundamental e integra o conteúdo essencial da ideia de democracia.”⁵² A igualdade veda o tratamento desigual dos indivíduos como

⁴⁸ Id., 2013.

⁴⁹ DA SILVA, VITA E CARDIN. **Direitos fundamentais** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/51f4alp5/L5meI24s151BH0xF.pdf>>. Acesso em 08.09.2017.

⁵⁰ LUÑO, 2005 *apud* DA SILVA, VITA E CARDIN. 2015.

⁵¹ Id. 2015. (Tradução nossa).

⁵² BARROSO, Luís Roberto; OSÓRIO, Aline Rezende Peres. **“Sabe com quem está falando?”**: Algumas notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. P. 03. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/SELA_Yale_palestra_igualdade_versao_fina.pdf. Acesso em 04.04.2018.

a hierarquizações e desequiparações infundadas, e tutela uma neutralização das injustiças históricas, econômicas e sócias, com respeito às diferenças.

Serão abordadas as duas principais dimensões do princípio da igualdade: a igualdade formal e a material. A primeira trata da proteção contra a existência de privilégios e tratamentos discriminatórios; a segunda corresponde às demandas por redistribuição de poder, riqueza e bem-estar social. A CRFB de 1988 prevê essas duas dimensões da igualdade. A igualdade formal vem prevista no art. 5º, caput: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. A material encontra-se no art. 3º, e prevê os objetivos da República Federativa do Brasil, como “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I) e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III).⁵³

2.4.1. A Igualdade Formal

A igualdade formal, conforme visto, 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.⁵⁴

Segundo Pérez Luño, 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. Situações iguais devem ser igualmente tratadas.⁵⁵

Como exigência de equiparação, a igualdade preceitua que, ainda que distintas no plano fático, determinadas situações iguais no plano jurídico devem receber igual trato. Pelo entendimento de Luño tal balanceamento deve ser feito com parcimônia pois, como a igualdade é diferente de 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

⁵³ Id.

⁵⁴ LUÑO, loc. cit.

⁵⁵ Id. 2015

do uniformismo, e em sendo um princípio extremamente dinâmico, a igualdade formal implicará na necessidade de oferecer tratamentos diferenciados. No entanto, isso não deve ser feito com discriminação ou arbitrariedade, sendo mister que a incidência da igualdade seja feita com base na racionalidade.⁵⁶

Por fim, a igualdade significa, ainda, a exigência da regularidade do procedimento, na 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.⁵⁷

A igualdade formal prevaleceu no Estado Liberal e, conforme expõe Martinez, possuía as características de garantia dos direitos individuais (direitos políticos e liberdades individuais), ausência de previsão de direitos sociais nos textos constitucionais, não intervenção do Estado no domínio econômico e positividade do princípio da legalidade, da separação de poderes e da liberdade contratual.⁵⁸

Nesse Estado de intervenção mínima eram resguardados os direitos humanos de primeira geração (ou direitos de liberdade), que impunham uma prestação negativa do Estado, que se restringia a proteger a esfera de autonomia do indivíduo, o que provocou o aumento exarcebado da desigualdade social, com a acumulação de capitais e concentração de renda para alguns em detrimento de outros. Constatou-se, nessa época, que o liberalismo gerava a opressão das classes menos favorecidas, tendo resultado na substituição pelo Estado Social, com o intervencionismo estatal.⁵⁹

No Brasil, desde a Constituição do Império de 1824, o princípio da igualdade esteve previsto, e estava disposto como a "igualdade perante a lei", reforçando o sentido da igualdade formal. Porém, na CRFB de 1988, o princípio da igualdade ganhou novo contorno incorporando a igualdade material, e legitimou o tratamento diferenciado dos grupos socialmente vulneráveis, direcionado neste momento para os trabalhadores e para os mais pobres.⁶⁰

⁵⁶ Id. 2015.

⁵⁷ Id. 2015.

⁵⁸ MARTINEZ, loc. cit.

⁵⁹ Id. 2012.

⁶⁰ Id. 2012.

2.4.2. A Igualdade Material

Com as crises, tais como a pobreza no continente Europeu após a 1ª Guerra Mundial e a crise de 1929 se desencadeou o surgimento de um novo ciclo social-democrático em que a neutralidade estatal propiciou profundas desigualdades e resultou impotência para a resolução dos problemas sociais e econômicos.

A partir de então, surgiu o Estado Social, no qual o Estado passa a ter um papel ativo de intervenção na atividade particular e para conduzir negócios da economia. O Constitucionalismo Liberal cedeu espaço para o Constitucionalismo Social com promoção da igualdade material, legitimando o tratamento diferenciado, ampliando as funções a serem desempenhadas pelo Estado, no plano econômico e social.⁶¹

Nesse Estado Social, destacam-se a Constituição Mexicana de 1917, que foi a primeira carta política que sistematizou o conjunto de direitos sociais do homem (trabalhistas e previdenciários), estabelecendo, ainda, critérios de participação estatal na ordem econômica e social, bem como a Constituição de Weimar de 1919, que consagrou os direitos sociais de segunda geração. Tais documentos serviram de base para a Constituição de 1934⁶² e passaram a garantir os direitos de segunda geração:

A segunda geração de direitos humanos representa a modificação do papel do Estado, exigindo-lhe um vigoroso papel ativo, além do mero fiscal das regras jurídicas. Esse papel ativo, embora necessário para proteger os direitos de primeira geração era visto anteriormente com desconfiança, por ser considerado uma ameaça aos direitos do indivíduo. Contudo, sob a influência das doutrinas socialistas, constatou-se que a inserção formal de liberdade e igualdade em declarações de direitos não garantiam a sua efetiva concretização, o que gerou movimentos sociais de reivindicação de um papel ativo do Estado para realizar aquilo que CELSO LAFER denominou 'direito de participar do bem-estar social'.

Cabe salientar que, tal qual os direitos da primeira geração (ou dimensão), os direitos sociais são também titularizados pelo indivíduo contra o Estado. Nesse momento são reconhecidos os chamados direitos sociais, como o direito à saúde, educação, previdência social, habitação, entre outros, que demandam prestações positivas do Estado para seu atendimento e são denominados direitos de igualdade por garantirem, justamente às camadas mais miseráveis da sociedade, a concretização das liberdades abstratas reconhecidas nas primeiras declarações de direitos.⁶³

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo.** 6ª Edição. Saraiva. 2017. Disponível em <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547218546/>>. Acesso em 04.04.2018

⁶² MARTINEZ, loc. cit.

⁶³ RAMOS, 2005, apud MARTINEZ, 2012.

Para Pérez Luño, 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, nesse mesmo contexto histórico, emergiu também, a preocupação com a efetivação dos direitos do homem, fazendo com que este fosse considerado como sujeito de direitos, de modo que nenhum deles tivesse mais acesso a determinados bens do que outros.⁶⁴

O pensamento de Giovanni Campanha de Oliveira 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.⁶⁵

Com a evolução do constitucionalismo neoliberal fez com que fosse consignada na CRFB, de 1988 o princípio da igualdade, do seu ponto de vista formal, em uma diversidade de momentos, porém, como leciona José Afonso da Silva, a Constituição procura aproximar os dois tipos de igualdade, na medida em que não se limitara ao simples enunciado da igualdade perante a lei, nesse sentido:

Mas, como já vimos, o princípio não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual – esclarece Petzold – não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais

⁶⁴ LUÑO, loc. cit.

⁶⁵ OLIVEIRA, 2011, apud DA SILVA, VITA, CARDIN, 2015

sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica em que os “iguais” podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados irrelevantes pelo legislador. Este julga, assim, como “essenciais” ou “relevantes”, certos aspectos ou características das pessoas, das circunstâncias ou das situações nas quais essas pessoas se encontram, e funda sobre esses aspectos ou elementos as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas; por consequência (*sic*), as pessoas que apresentam os aspectos “essenciais” previstos por essas normas são consideradas encontrar-se nas “situações idênticas”, ainda que possam diferir por outros aspectos ignorados ou julgados irrelevantes pelo legislador; vale dizer que as pessoas ou situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos⁶⁶

Conforme defende Claudia Lima Marques, tratar os iguais de forma igualitária e desigualmente os desiguais é mais que o princípio da igualdade, é equidade, ou seja, uma solução justa para o caso concreto.

Constata-se também que o direito à igualdade é um dos primados do direito moderno, mas não em sua maioria direitos ‘negativos’ de igualdade (‘Abwehrrechte’-direitos de defesa, direitos a uma conduta negativa – ‘Rechte auf negative Handlungen’). Pós-moderno é o direito a ser (e continuar) diferente, como afirma Erik Jayme, o ‘droit à la difference’, é o direito à igualdade material (e tópico) reconstruída por ações positivas (‘Rechte auf positive Handlungen’) do Estado em prol do indivíduo identificado com determinado grupo.⁶⁷

A visão material da igualdade vem complementar a sua visão formal. Não basta, portanto, a lei declarar que todos são iguais, deve propiciar mecanismos eficazes para a consecução da igualdade. O princípio da igualdade o está atrelado à atividade do legislador e do julgador, sendo uma limitação e uma regra de interpretação. Como regra de limitação, o proíbe de editar normas que estabeleçam privilégios infundados, sob a alegação de inconstitucionalidade. Como regra de interpretação, cabe ao juiz interpretar a lei evitando a criação de privilégios de qualquer espécie.⁶⁸

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 34ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 216.

⁶⁷ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do consumidor: arts. 1 ao 74: aspectos materiais**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 41.

⁶⁸ FERREIRA FILHO, 2015, p. 312.

2.5. PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL NO ÂMBITO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Primeiramente, cabe conceituar princípios e diferenciá-los das regras. Os princípios “não desencadeiam automaticamente as consequências jurídicas previstas no texto normativo pela só ocorrência da situação de fato que o texto descreve”⁶⁹. Estes captam os valores morais da comunidade e os ternos e elementos próprios do discurso jurídico. Têm uma dimensão que as regras não possuem: a dimensão do peso.

Princípios podem interferir uns nos outros e, nesse caso, deve-se resolver o conflito levando-se em consideração o peso de cada um, e isso não se faz por meio de critérios de mensuração exatos, mas segundo a indagação sobre quão importante é um princípio numa dada situação. Para Alexy, os princípios são normas que ordenam a realização de algo na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.⁷⁰

Sobre a distinção entre regras e princípios Marinoni assinala que:

enquanto as regras se esgotam em si mesmas, na medida em que descrevem o que se deve, não se deve ou não se pode fazer em determinadas situações, os princípios são constitutivos da ordem jurídica, revelando os valores ou os critérios que devem orientar a compreensão e a aplicação das regras diante das situações concretas.⁷¹

Os princípios gerais são enunciados normativos que orientam a compreensão do ordenamento jurídico no tocante à elaboração, aplicação, integração, alteração ou supressão das normas. Representam o núcleo do sistema legal e positivados são normas jurídicas.⁷²

⁶⁹ DWORKIN, 1978, apud MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁷⁰ Id., 2013.

⁷¹ MARINONI, 2008, apud MENDES, 2013.

⁷² BRAGA, Wladimir Flávio Luiz Braga. **Princípios Gerais Do Direito**. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Artigos/14/PrincipiosGeraisDireito.pdf>>. Acesso em 20.08.2017.

Dentre os PGD encontra-se o princípio da igualdade, que é elemento fundamental do Estado Democrático de Direito e está, além de no preâmbulo, positivado na Constituição Federal.

Segundo a corrente filosófica denominada jusnaturalismo, alguns direitos do homem são universais, pautados na natureza humana, vêm antes mesmo da própria lei e ocupam uma posição superior a todo o ordenamento jurídico. O princípio da igualdade seria um desses direitos anteriores, superiores e universais, eis que decorre diretamente da condição humana do indivíduo e, por isso, assim deve ser considerado, de modo a funcionar como base para todo o Direito⁷³.

Por sua vez, o Estado Democrático de Direito é um conceito que “designa qualquer Estado que se aplica a garantir o respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica.”⁷⁴

É um modelo estatal baseado na força normativa dos princípios e na consolidação de uma justiça substancial que se caracteriza por conjugar, a um só tempo, direitos humanos em sucessivas dimensões, comportando também, por isto, uma postura positiva do Estado.⁷⁵

O preâmbulo da CRFB, que dispõe que:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia (sic) 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.⁷⁶

⁷³ DA SILVA, VITA, CARDIN, loc. cit.

⁷⁴ SANTOS, Adairson Alves dos Santos. **O Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10143>. Acesso em 20.08.2017.

⁷⁵ SIQUEIRA, Alessandro Marques de. **Estado Democrático de Direito. Separação de poderes e súmula vinculante**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12155/estado-democratico-de-direito>>. Acesso em 20.08.2017.

⁷⁶ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02.04.2018.

Em que pese essa parte dispositiva não possuir caráter normativo, pode ser utilizado como fonte de interpretação das normas constitucionais, pois nela constam diretrizes políticas e ideológicas da Constituição.⁷⁷

Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana, positivado no art. 1º, III, da CRFB deve ser levado em consideração na interpretação de todo o ordenamento jurídico. Portanto, o princípio da igualdade deve ser aplicado com a finalidade de resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana. Conforme já visto, para que isso possa se concretizar, alguns setores da sociedade devem ter tratamento legislativo diferenciado em razão de situações de vulnerabilidade.⁷⁸

Na CRFB, o princípio da igualdade consta entre os objetivos fundamentais do país, assim constando no art. 3º da CRFB: "*I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; III - (...) reduzir as desigualdades sociais e regionais e; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*". Estas normas têm como objetivo o alcance da igualdade material e cabe ao legislador formular normas que visem a redução das desigualdades sociais econômicas e culturais.⁷⁹

A partir da análise conjunta do "caput" do art. 5º que dispõe que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza" e dos objetivos definidos no artigo 3º, chega-se à conclusão de que não basta ao Estado deixar de discriminar, mas que também deve atuar para a redução das desigualdades e promover a inclusão social.⁸⁰

Considerando, ainda o artigo 5º, XXXII, que dispõe a respeito da defesa do consumidor, "XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor", verifica-se a aplicação do princípio da igualdade material, visto que o consumidor deve ser tratado legislativamente de forma diferenciada dentro da relação de consumo, por sua vulnerabilidade em relação ao fornecedor e diante das práticas abusivas do mercado.⁸¹

Por sua vez, os incisos LXXIV e LXXVI do mesmo artigo que determinam que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos" e que "são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na

⁷⁷ MARTINEZ, loc. cit.

⁷⁸ Id., 2012.

⁷⁹ Id., 2012.

⁸⁰ Id., 2012.

⁸¹ Id., 2012.

forma da lei: a) o registro civil de nascimento; b) a certidão de óbito”, pretendem efetivar a igualdade material, permitindo às pessoas com menos recursos financeiros o pleno acesso à Justiça e a igualdade de tratamento e de oportunidades, atendendo, assim, ao princípio da dignidade da pessoa humana.⁸²

Para Martinez, o princípio da igualdade:

deve operar tanto no sentido de se tornar uma vedação ao legislador na edição de leis que possam criar privilégios entre pessoas que se encontram em situação idêntica como deve ser considerado uma regra de interpretação para o operador do direito, que deverá aplicar a lei e os atos normativos de forma igualitária, ou seja, sem distinções, se estiver diante de pessoas em situações iguais. Além disso, esse princípio exerce uma função limitadora perante os particulares, que não poderão praticar condutas discriminatórias, sob pena de responsabilidade civil e penal, nos termos da legislação vigente.⁸³

Martinez ressalta, ainda, que o princípio veda discriminações arbitrárias, favoritismos e perseguições, uma vez que o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualem, atende ao conceito de justiça.

De acordo com André Ramos Tavares:

é preciso, portanto, encontrar um critério capaz de legitimamente apartar essas duas categorias genéricas e abstratas de pessoas. É necessário saber quais são os elementos ou as situações de igualdade ou desigualdade que autorizam, ou não, o tratamento igual ou desigual. Ou, o que dá no mesmo, é preciso concretizar esse princípio (que como qualquer outro é abstrato). A partir de critérios objetivos precisos, sob pena de torná-lo um escudo de impunidade para a prática de arbitrariedades⁸⁴

O legislador e o magistrado são os responsáveis pela concretização desta garantia e possuem a incumbência de criar mecanismos para reduzir as desigualdades, objetivando tratar desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade e na proporção de seus méritos.⁸⁵

⁸² Id., 2012.

⁸³ Id., 2012.

⁸⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 414.

⁸⁵ FACÓ, Juliane Dias. **Uma Análise da Fundamentação das Decisões Judiciais à luz dos Princípios Constitucionais**. Disponível em www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/877/628. Acesso em 10.09.2017.

Essas ideias são sintetizadas da seguinte forma:

O princípio isonômico, ditado pela Constituição em termos de ampla generalidade (art. 5º, caput, c/c art. 3º, inc. IV), quando penetra no mundo do processo assume a conotação de *princípio da igualdade das partes*. Da efetividade deste *são encarregados o legislador e o juiz*, aos quais cabe a dúplice responsabilidade de não criar desigualdades e de neutralizar as que porventura existam. Tal é o significado da fórmula *tratar com igualdade os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das desigualdades*. (grifos no original)⁸⁶

Disto resulta que, nos processos judiciais, as partes têm o direito de serem ouvidas e produzir provas para embasar as suas pretensões, com o intuito de influenciar na decisão do magistrado. E é por tal razão que os atos decisórios devem ser motivados.

⁸⁶ DINAMARCO, 2004, apud FACÓ.

3. MAPEAMENTO DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO ÂMBITO DO DIREITO E DAS DECISÕES JUDICIAIS

Pelo que se viu até agora, é inequívoco que o princípio da igualdade deve ser aplicado no processo judicial. A doutrina costuma apontar duas funções desempenhadas pela igualdade no direito. Primeiramente, serve como elemento de integração da norma jurídica em situações em que o intérprete se depara com uma lacuna do ordenamento, ou seja, quando não há norma jurídica específica para determinado caso, cabe ao aplicador do direito preencher essa lacuna normativa. Em segundo lugar, a equidade serve como elemento de adaptação das normas jurídicas. Neste caso, cabe ao juiz interpretar a legislação e/ou adaptá-la ao caso concreto.

Embora sejam apontadas as funções anteriormente citadas, a ideia de igualdade é uma só. Ela consiste em levar em conta o que há de particular em cada caso concreto para aplicar a solução mais justa.

A equidade ajuda, assim, a evitar o que Cícero expôs na conhecida frase *summum ius summa iniuria* (o maior direito é a maior injustiça), isto é, o direito aplicado de modo rigoroso, sem qualquer flexibilização, pode gerar situações injustas.

Faz parte da aplicação do direito a flexibilização da norma jurídica em determinados casos. O direito existe em função da sociedade e do indivíduo, e não o contrário. Se há situações particulares ou novas, cabe ao intérprete adequar o direito a elas, tal como disciplina o art. 5º da LINDB: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Finalmente, é preciso esclarecer que a equidade não pode ser confundida com arbítrio. Agir com equidade é flexibilizar e ajustar a lei, mas com base no ordenamento jurídico.

O direito moderno por muito tempo depreciou a equidade. Com o positivismo jurídico, que concebia a função judicial como mera aplicação de um direito, não cabendo ao judiciário criar. Consumou-se a perda de espaço da equidade dentro do direito. Porém, décadas depois, com a decadência das concepções positivistas, verificou-se um retorno da equidade. Os autores pós-positivistas a reincorporam em suas teorias da interpretação e aplicação do direito.

Considerando que a decisão é fruto do sistema judicial e não uma mera prestação do juiz, é inevitável constatar que a racionalidade da decisão está ancorada

no sistema e não apenas no discurso do juiz que a proferiu. Em contrapartida, quando se trata do sistema judicial, pode-se considerar irracional decisão divergente, proferida pelo mesmo órgão jurisdicional em caso similar.⁸⁷

Em âmbito judicial, o contraditório legitima o procedimento como meio, porém não garante o ajuste da decisão ao conteúdo dos direitos fundamentais. Afirma-se, diante disso, que a legitimação da jurisdição depende da legitimidade da decisão, porém, a ideia de processo justo não é suficiente para legitimar a decisão. O respeito aos direitos fundamentais processuais é requisito para se ter decisão justa; porém, embora necessário, trata-se de requisito insuficiente. A tese que faz supor que a justiça da decisão decorre de um processo justo é redutiva, pois desconsidera o conteúdo da decisão, dando ênfase apenas ao procedimento. Nessa perspectiva, a decisão é o simples resultado do procedimento, um ato jurisdicional despido de conteúdo substancial. O que importa é somente a qualidade e não a substância do procedimento.⁸⁸

Nesse aspecto, surge a questão da tensão entre a decisão judicial que afirma o direito fundamental em face da norma editada pelos representantes eleitos pela maioria. Diante desse problema, e buscando explicar a legitimidade da decisão surgem as teorias textualistas, procedimentalistas e substancialistas.

As teorias textualistas sugerem a interpretação textual da Constituição, vinculam a legitimidade da jurisdição à literalidade da norma constitucional escrita. Esta corrente não é capaz de dar legitimidade às decisões judiciais pois as normas constitucionais, principalmente as principiológicas, que afirmam os direitos fundamentais são de natureza aberta e indeterminada. Para viabilizar a proteção dos direitos fundamentais e sua realização de fato, bem como fazer o controle das normas infraconstitucionais, é preciso interpretar e situar os conteúdos dos direitos fundamentais, o que não pode ser feito por uma interpretação textual das normas constitucionais.⁸⁹

As teorias procedimentalistas dão legitimidade à jurisdição destacando a função do processo democrático na elaboração da lei. Estas teorias criticam a busca de um conteúdo substancial na tutela dos direitos fundamentais com base no

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **O precedente na Dimensão da Igualdade**. Disponível em: <http://www.academia.edu/218490/O_Precedente_na_Dimensao_da_Igualdade>. Acesso em 27.08.2017.

⁸⁸ Id.

⁸⁹ Id.

argumento de que inexistem valores fundamentais aceitos por todos os cidadãos de forma pacífica. Os adeptos destas correntes afirmam que, diante da natureza aberta das normas constitucionais, não se deve dar ao juiz o poder de escolher os valores substanciais nelas contidos, pois isso poderia gerar a tirania dos tribunais. Portanto, a legitimidade da decisão não seria encontrada oportunizando ao magistrado o poder de determinar o conteúdo substancial dos direitos fundamentais para se opor à decisão da maioria da casa legislativa. Por outro lado, a teoria de Habermas, ao contrário das demais teorias procedimentalistas, permite a infiltração da decisão por paradigmas ético-morais, demonstrando preocupação com a formação de consenso em relação aos direitos fundamentais em espaço público no qual deveria se desenvolver um debate popular. Para ele, os juízes constitucionais devem agir de modo a garantir as condições do processo democrático de legislação. A eles cabe “examinar os conteúdos de normas controvertidas, principalmente em conexão com os pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo legislativo democrático”.⁹⁰

Por fim, as teorias substancialistas destacam o conteúdo material dos preceitos constitucionais, advindo a legitimação da jurisdição do fato de os juízes aplicarem as cláusulas amplas da Constituição de acordo com uma concepção dos valores morais que lhes servem de base.

Ronald Dworkin sintetiza a proposta substancialista na seguinte passagem:

Nosso sistema constitucional repousa sobre uma teoria moral particular, isto é, que homens têm direitos morais contra o Estado. As cláusulas difíceis da Carta de Direitos (...) têm de ser entendidas como apelativas a conceitos morais (...); por essa razão uma corte que está incumbida do ônus de aplicar estas cláusulas plenamente como direito tem de ser uma corte ativista, no sentido de que precisa estar preparada para moldar e responder questões de moralidade política.⁹¹

Considerando as teorias apresentadas, objetiva-se demonstrar que a legitimação da jurisdição depende do conteúdo da decisão. Disso decorre que a jurisdição não encontra legitimação ao oferecer decisões diversas para casos iguais

⁹⁰ HABERMAS, 1994, apud MARINONI, 2010.

⁹¹ DWORKIN, 1978, apud MARINONI, 2010.

ou ao gerar decisão distinta da que foi formada no tribunal competente para a definição do sentido e do significado das normas constitucionais e dos direitos fundamentais.⁹²

Na visão de Marinoni,

é pouco mais do que absurdo pensar que o Poder Judiciário, caracterizado por um déficit de legitimidade democrática em relação ao Legislativo, possa ter várias concepções acerca de um mesmo direito fundamental, para num momento admitir e em outro negar a constitucionalidade do produto da Casa habitada pelos representantes eleitos pela maioria.⁹³

Caso as decisões judiciais se resolvessem apenas com base na aplicação da lei, não haveria motivo para se falar em igualdade nas decisões, bastaria a igualdade perante a lei. Portanto, ao se tratar da igualdade das decisões, remete-se à questão da interpretação judicial.

A problemática da aplicação da lei não se encontra propriamente no poder do juiz mas na dicção da norma. Em que pese o objetivo de limitação da decisão aos exatos termos da lei para conter o arbítrio do juiz, não resta dúvida de que a interpretação da lei varia de acordo com a norma escrita, que abre maior ou menor espaço para o juiz atuar na definição do significado normativo e ainda, diante da variedade de procedimentos e técnicas processuais, o que aumenta o poder do magistrado para soluções diversas em situações de mesmo caráter.⁹⁴

3.1. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE VINCULADO À FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAS.

A liberdade conferida ao juiz para apreciar e valorar a prova não se confunde com discricionariedade judicial, muito menos com o poder discricionário (leia-se imune a controle) de analisar determinado aspecto ou elemento de prova em

⁹² MARINONI, loc. cit.

⁹³ Id, 2010.

⁹⁴ Id, 2010.

detrimento de outra circunstância só porque esta vai de encontro à solução adotada pelo julgador.

A exigência de fundamentação se impõe de forma ainda mais contundente nos atos discricionários, como assinala José Rogério Cruz e Tucci:

A exposição dos fundamentos do *decisum* assume importante papel de racionalização na valoração dos elementos de convicção, na medida em que a liberdade de tal exame não exclua, mas, na verdade, até imponha que este seja adequadamente justificado. (grifo do original)⁹⁵

José Carlos Barbosa Moreira, ensina que:

A motivação suscita um maior número de questões. A primeira afirmativa, que convém repetir, é a da indispensabilidade da motivação, em qualquer hipótese, inclusive quando o juiz, podendo fazê-lo, decide discricionariamente. É falsa a idéia (*sic*) de que o ato discricionário não precisa ser fundamentado. Deve-se repelir energicamente essa concepção. Quando o ato é discricionário, torna-se até mais necessária a motivação, sob pena de cair-se no domínio do arbítrio: *sic volo, sic jubeo*. Se a lei concede ao juiz a possibilidade de optar entre várias soluções, ele há de explicar por que uma lhe pareceu mais apropriada que as outras. (grifos do original)⁹⁶

O Estado Democrático de Direito não pode, portanto, prescindir da fundamentação das decisões prolatadas pelos membros do Poder Judiciário, que desempenham relevante função perante a sociedade e os sujeitos envolvidos na demanda. É mecanismo de legitimação do poder e garantia fundamental do indivíduo. Disto se infere que a exposição de fundamentos pelos órgãos judiciais necessita ser dotada de clareza e precisão. Nela devem estar refletidos os elementos constantes nos autos. A cognição do juiz não pode se restringir aos argumentos expendidos pela parte vencedora do processo, sob pena de se perpetrar violação ao princípio da igualdade e da motivação dos atos decisórios.⁹⁷

A necessidade de fundamentação das decisões judiciais surgiu com escopo de exercer a fiscalização e controle sobre a atividade jurisdicional. Sob a perspectiva da

⁹⁵ CRUZ ; TUCCI, 1989, apud FACÓ.

⁹⁶ MOREIRA, 1999, apud FACÓ.

⁹⁷ FACÓ.

época da Revolução Francesa, os juízes deveriam atuar em estrita observância à lei, expressão máxima da vontade do povo.⁹⁸

A evolução do Direito, porém, e a mudança de um Estado Legal para um Estado Democrático revelaram que o juiz não poderia ser reduzido a mero aplicador da lei, devendo figurar como verdadeiro intérprete. O magistrado seria responsável pela efetivação e aplicação da norma posta pelo legislador, tornando-as compatíveis com os novos valores vigentes na sociedade. Assim, “a fundamentação das decisões concebida inicialmente como instrumento limitador da atividade do juiz passou a representar gradativamente o espaço legítimo da manifestação construtiva da norma pelo julgador”⁹⁹. Assim a análise das razões que levaram o juiz a decidir em determinado sentido, possibilita à parte o exame da higidez da decisão.

A necessidade de motivação imposta aos órgãos judiciais figura no rol das garantias fundamentais e pode ser considerada uma garantia constitucional especial, pois se revela como mecanismo de controle da atividade jurisdicional e instrumento para que os sujeitos envolvidos no processo assegurem a realização dos seus direitos. Dito de outro modo, funciona como limite da atividade jurisdicional, evitando o arbítrio e proporcionando a efetivação dos direitos fundamentais vez que os problemas jurídicos não podem ser resolvidos apenas com uma operação dedutiva (geral-particular). Há uma tarefa na produção jurídica que pertence exclusivamente aos tribunais: a eles cabe interpretar, construir e, ainda, distinguir os casos, para que possam formular as suas decisões, confrontando-as com o direito vigente.¹⁰⁰

Em relação à fundamentação do princípio da igualdade, segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero, parte-se do pressuposto de um dever jurídico de tratamento igual ou desigual, o que implica num dever de argumentação para uma justificação jurídico-constitucional visto que, como já citado anteriormente, é vedada a desigualdade em caráter arbitrário.¹⁰¹

Para uma justificação adequada, deve-se diferenciar o princípio geral da igualdade das cláusulas especiais da igualdade, visto que a intensidade de vinculação do Estado, especialmente do Poder Legislativo, é mais intensa em casos de proibição de discriminação do que partir do parâmetro do direito geral de igualdade, o que

⁹⁸ FACÓ.

⁹⁹ CORDEIRO, 2007, apud FACÓ.

¹⁰⁰ FACÓ, op. cit.

¹⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 586.

implica maior limitação da liberdade de conformação legislativa. Como exemplo, tem-se a proibição de diferenciação salarial em razão do gênero. A CRFB não deixa margem para a tentativa de tratamento distinto.¹⁰²

As cláusulas especiais foram uma resposta ao modelo da igualdade formal e têm o condão de afastar os argumentos que pretendem justificar como juridicamente legítimo o tratamento desigual de diversas categorias de pessoas, tais como homens e mulheres, e pessoas com diferentes religiões, ou até mesmo filhos legítimos ou “ilegítimos”. Uma vez proibida constitucionalmente a adoção de critérios de discriminação, em tese, não se poderia invocar motivo lógico ou racional para afastar a inconstitucionalidade do tratamento desigual.¹⁰³

Se por um lado, a metodologia baseada na diferenciação entre o direito geral de igualdade e as cláusulas especiais se revela útil, de outro, não se pode afirmar que a proibição de diferenciação com base em determinado critério, tal como idade ou gênero, impeça algum tratamento desigual justificado ou mesmo exigido. Com isso, se de modo geral se supõe que diferenciar homens e mulheres gera uma suspeita de inconstitucionalidade, não significa que não possam existir razões suficientes para justificar alguma diferença de tratamento, como no caso do Recurso extraordinário a ser tratado.¹⁰⁴

3.2. COMO SUPERAR OU DIMINUIR OS PROBLEMAS NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE.

As cláusulas gerais são caracterizadas por vagueza ou imprecisão de conceitos, permitindo assim o tratamento de particularidades concretas e de situações inexistentes e imprevisíveis à época da elaboração da norma.¹⁰⁵

“Em razão destas características, permite capturar em uma mesma hipótese uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal”¹⁰⁶. Com isso, confere-se maior subjetividade ao juiz,

¹⁰² Id. 2017, 587.

¹⁰³ Id. 2017, p. 588.

¹⁰⁴ Id. 2017, p.588.

¹⁰⁵ PICCARDI, apud MARINONI, 2010.

¹⁰⁶ MARTINS-COSTA, apud MARINONI.

que pode construir a decisão a partir de elementos que não estão presentes no texto normativo.

A passagem da técnica em que a aplicação da norma se dá por subsunção, para a técnica das cláusulas gerais, na qual se exige um raciocínio judicial muito mais complexo e sofisticado, faz ver a necessidade de insistir na igualdade perante as decisões judiciais. Estas decisões, fundadas em elementos que não estão presentes na legislação, podem gerar insegurança jurídica caso sejam proferidas de forma discricionária. Vale dizer que, embora o juiz possa criar a norma jurídica, é preciso impedir que haja multiplicidade de normas jurídicas para casos iguais.

Os princípios são norma abertas e a decisão é a norma jurídica do caso concreto. Com isso, verifica-se possibilidade de os juízes criarem diversas normas jurídicas para a regulação de casos substancialmente idênticos. Porém, a função dos princípios não é a de permitir uma inflação de normas jurídicas para um mesmo caso, mas o estabelecimento de normas jurídicas de caráter geral.¹⁰⁷

Para Marinoni, o sistema que prevê cláusulas gerais e deixa de instituir mecanismo vocacionado à fixação de normas jurídicas com caráter geral, comporta-se de forma irresponsável e em desacordo com a Constituição, em especial com as normas que garantem a segurança e a igualdade.¹⁰⁸

O aumento de poder judicial obtido pela aplicação das cláusulas gerais exige um sistema de precedentes, bem como critérios capazes de garantir o controle das decisões judiciais para garantir a segurança jurídica jurisdicionados.

Em relação ao sistema de precedentes, segundo Marinoni:

Não há necessidade de pensar em coisa julgada *erga omnes*, própria às ações em que o controle de constitucionalidade é concentrado, ou em súmula vinculante. As decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo em controle difuso – v.g., recurso extraordinário –, não podem deixar de ter eficácia vinculante. O Judiciário não pode legitimamente conviver com concepções diversas e antagônicas acerca de um direito fundamental, máxime quando o seu significado já foi definido pelo Supremo. Imaginar que as decisões tomadas por este tribunal, apenas por serem produzidas em controle difuso, não obrigam os demais juízes, é desconsiderar a fragilidade do coeficiente de legitimidade democrática do Judiciário e esquecer-se da importância do discurso – visto como elemento componente do conceito de democracia – como via de legitimação do controle da constitucionalidade.¹⁰⁹

¹⁰⁷ MARINONI, loc. cit.

¹⁰⁸ Id.

¹⁰⁹ MARINONI, 2010.

O controle de constitucionalidade realizado pelo STF, por exemplo, é feito a partir dos recursos extraordinários que tenham repercussão geral. A repercussão geral, por sua vez, foi instituída a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004 e regulamentada pelo CPC e pelo Regimento Interno do STF.

Os temas de repercussão geral demandam uma comunicação mais direta entre os órgãos do Poder Judiciário em relação a informações sobre os temas em julgamento, processos sobrestados e sobre a sistematização das decisões e ações necessárias para a plena efetividade e uniformização de procedimentos. A sistematização de informações auxilia a padronização no âmbito do STF e nos demais órgãos do Poder Judiciário para garantir a segurança dos jurisdicionados.¹¹⁰

Para exemplificar como é feito o controle de repercussão geral, serão analisadas partes do Recurso Extraordinário 1.058.333, ainda não julgado, apenas recebido no STF.

Trata-se de um processo originário do Paraná, em que a candidata requereu marcação de prova de segunda chamada para realização do teste de aptidão física em concurso para o cargo de Policial Militar do Estado do Paraná pois, à época da prova estava grávida de 24 semanas. O Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, em 12/12/2013, concedeu definitivamente a segurança, mantendo “a reserva de vaga para, depois de superado o estado gravídico, proceder à realização do exame físico” (Processo 0002642-19.2013.8.16.0179).

A argumentação utilizada no exame de admissibilidade do recurso foi de que:

Além de gravidez não ser doença, a especial condição de gerar um filho não pode contar em desfavor da mulher. Tendo em vista que a possibilidade de remarcação do teste de aptidão física pode acarretar a eliminação da candidata gestante do concurso público ou risco à saúde da gestante e do nascituro, torna-se importante avaliar se há comprometimento do princípio da isonomia ou de outros valores caros ao constituinte.

A Constituição Federal de 1988 representou um marco na promoção da igualdade de gênero, tanto em ambiente laboral quanto familiar. Assim tais valores se irradiam, inspirando a jurisprudência dessa Corte e a legislação nacional. Dentre os precedentes em que foram canceladas medidas diferenciadoras dos gêneros em prol da **igualdade material**, merecem ser mencionados a Ação Declaratória de Constitucionalidade 19 e a Ação Direta

¹¹⁰ Repercussão geral. STF. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>. Acesso em 04.04.2018.

de Inconstitucionalidade 4.424, em que o Plenário declarou a constitucionalidade de dispositivos da Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha; o RE 658.312, anulado por vícios processuais, que tratava do intervalo de quinze minutos para mulheres trabalhadoras antes da jornada extraordinária; e o MS 29.963, em que a Segunda Turma desta Corte entendeu ser possível exigir-se teste físico diferenciado para o homem e a mulher em concurso público.

Também no plano internacional, vê-se a preocupação comum de combater as injustiças sociais pautadas no gênero. O Brasil é signatário da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, internalizada por meio do Decreto 4.377, de 13 de setembro de 2002. Em particular, a fim de assegurar condições de igualdade entre homens e mulheres, o artigo 11 da Convenção assegura expressamente “o direito às mesmas oportunidades de emprego”, “o direito de escolher livremente profissão e emprego”; e “o direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, inclusive a salvaguarda da função de reprodução”.

Destarte, a vexata quaestio transcende os limites subjetivos da causa, porquanto versa sobre o direito de a candidata grávida ser submetida ao teste de aptidão física em época diversa daquela inicialmente prevista no edital do concurso público. É que a questão possui significativo impacto em outros casos idênticos, em que se confrontam o interesse da candidata gestante, amparado nos direitos à igualdade material, dignidade humana e liberdade reprodutiva; o interesse social, manifestado no direito ao planejamento familiar, direito à saúde e princípios da administração pública aplicados ao concurso público; e o interesse dos demais candidatos, amparado na segurança jurídica da vinculação às cláusulas editalícias e no princípio da impessoalidade. Configura-se, assim, a relevância da matéria sob os pontos de vista social e jurídico, bem como a transcendência da questão cuja repercussão geral ora se submete ao escrutínio da Corte.¹¹¹

Ainda pendente o julgamento, porém, verifica-se a forma como são analisados os princípios e realizado o controle e sopesamento dos princípios para possibilitar a aplicação da igualdade material.

É possível dizer que o STF adota o entendimento de que o princípio da igualdade exige um controle rigoroso da relação de razoabilidade e congruência lógica entre o fator de discrimen e a discriminação questionada como violadora da igualdade para justificar o tratamento desigual e banir qualquer diferenciação arbitrária.¹¹²

No caso da repercussão geral, em que pese a disposição de que “todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção”, verificam-se razões para justificar a

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Constitucional. Administrativo. Concurso público. Teste de aptidão física. Candidata gestante. Direito à remarcação sem previsão editalícia. Tema 335 da repercussão geral. Re 630.733. Inaplicabilidade. Direito à igualdade, à dignidade humana e à liberdade reprodutiva. princípios da impessoalidade e da eficiência no concurso público. Reconhecida a existência de repercussão geral. RE 1.058.333. Recorrente: Estado do Paraná. Recorrido: Eveline Bonfim Fenilli Spinola. Relator atual: Ministro Luiz Fux. Brasília, 19 de outubro de 2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14027922>. Acesso em 04.04.2018.

¹¹² SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, loc. cit., p. 588

diferenciação de tratamento visto que a prática do exame físico poderia colocar em risco a vida da candidata e do nascituro.

Assim, o caso em questão resulta na aplicação de tratamento desigual, de modo a guardar relação lógica e racional com a finalidade.¹¹³

¹¹³ Id.2017, p. 588.

4. CONCLUSÃO

Pelo exposto, resta claro que as concepções do princípio da igualdade sofreram modificações ao decorrer do tempo.

Considerando que a função dos princípios gerais do direito, dentre eles o da igualdade, é de promover o estabelecimento de normas jurídicas de caráter geral e não de permitir uma inflação de normas para um mesmo caso, mas, por vezes, e por ser um princípio extremamente dinâmico, a igualdade implica na necessidade de oferecer tratamentos diferenciados.

Tem-se por um lado, a necessidade de decisões equitativas e da segurança jurídica e, por outro, de normas gerais e duradouras. Como se verifica, este conflito em relação à legislação e à aplicação do direito devem encontrar um meio termo ideal entre segurança jurídica e equidade. Esta questão varia de acordo com o momento histórico da sociedade.

De um modo geral, o direito segue um caminho intermediário, conferindo em suas normas gerais margem de interpretação e discricionariedade de atuação a quem o aplica e permite a complementação do direito positivado por meio da verificação e integração de lacunas nos casos em que as normas legais não satisfazem as exigências da justiça, em sua extensão conceitual.

No entanto, isso não deve ser feito com discriminação ou arbitrariedade, sendo mister que a aplicação do princípio da igualdade pelos aplicadores do direito seja feita com base na racionalidade, respeitando também a imparcialidade e razoabilidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo**. 6ª Edição. Saraiva. 2017. Disponível em <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547218546/>>. Acesso em 04.04.2018.

BARROSO, Luís Roberto; OSÓRIO, Aline Rezende Peres. **“Sabe com quem está falando?”**: Algumas notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/SELA_Yale_palestra_igualdade_versao_fina.pdf. Acesso em 04.04.2018.

BRAGA, Wladimir Flávio Luiz Braga. **Princípios Gerais Do Direito**. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Artigos/14/PrincipiosGeraisDireito.pdf>>. Acesso em 20.08.2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02.04.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Constitucional. Administrativo. Concurso público. Teste de aptidão física. Candidata gestante. Direito à remarcação sem previsão editalícia. Tema 335 da repercussão geral. Re 630.733. Inaplicabilidade. Direito à igualdade, à dignidade humana e à liberdade reprodutiva. princípios da impessoalidade e da eficiência no concurso público. Reconhecida a existência de repercussão geral. RE 1.058.333. Recorrente: Estado do Paraná. Recorrido: Eveline Bonfim Fenilli Spinola. Relator atual: Ministro Luiz Fux. Brasília, 19 de outubro de 2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14027922>. Acesso em 04.04.2018.

CRISPIM, Cícero Antônio di Salvo. **Conceito de Justiça em São Tomás de Aquino: uma visão filosófica e teológica**. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,conceito-de-justica-em-sao-tomas-de-aquino-uma-visao-filosofica-e-teologica,31014.html#_ftnref27>. Acesso em 03.11.2017.

DA SILVA, VITA E CARDIN. **Direitos fundamentais** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS. Florianópolis: CONPEDI, 2015. P. 516-517. Disponível em <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/51f4alp5/L5mel24s151BH0xF.pdf>>. Acesso em 08.09.2017.

FACÓ, Juliane Dias. **Uma Análise Da Fundamentação Das Decisões Judiciais Á Luz Dos Princípios Constitucionais.** Disponível em www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/877/628. Acesso em 10.09.2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 40ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em <https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502617056/>. Acesso em 01.04.2018

GONTIJO, Fernanda. **Para Desfazer Equívocos.** Blog Crítica na Rede. Disponível em <https://criticanarede.com/utilitarismo.html>. Acesso em 02.04.2018

LOVETT, Frank. **Uma teoria da justiça, de John Rawls** [recurso eletrônico]: guia de leitura / Frank Lovett ; tradução: Vinicius Figueira ; revisão técnica: Maria Carolina dos Santos Rocha. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre : Penso, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O precedente na Dimensão da Igualdade.** 2010. Disponível em: http://www.academia.edu/218490/O_Precedente_na_Dimensao_da_Igualdade. Acesso em 27.08.2017.

MARTINEZ, Ana Luiza Buchalla. **A evolução do princípio da igualdade e sua aplicação sob a ótica material na Constituição Federal.** Disponível em <https://jus.com.br/artigos/20924/a-evolucao-do-principio-da-igualdade-e-sua-aplicacao-sob-a-otica-material-na-constituicao-federal>. Acesso em 03.11.2017.

MELO, Bruno Herrlein Correia de. **A igualdade aristotélica e o princípio da isonomia salarial.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7948/a-igualdade-aristotelica-e-o-principio-da-isonomia-salarial>. Acesso em 27.08.2017

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, André Gualtieri de. **Coleção Saberes do Direito 50 - Filosofia do direito.** 1ª Edição: São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em <https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502169043/>. Acesso em 02.04.2018

OLIVEIRA, Fabio. **O Conceito de Igualdade na Filosofia política contemporânea: um debate entre Rawls, Dworkin E Amartya Sen.** Revista de filosofia moderna e contemporânea. Brasília, 2013. Disponível em <http://periodicos.unb.br/index.php/fmc/article/download/9292/7519>. Acesso em 13.11.2017.

PATULLO, Marcos Paulo Falcone. **A igualdade no pensamento de Ronald Dworkin**. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2010. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp125204.pdf>. Acesso em 13.11.2017

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34^a ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

SANDEL, Michael J. **Justiça** – O que é fazer a coisa certa. 12^a Edição – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTOS, Adairson Alves dos Santos. **O Estado Democrático de Direito**. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10143. Acesso em 20.08.2017.

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

SIQUEIRA, Alessandro Marques de **Estado Democrático de Direito. Separação de poderes e súmula vinculante**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12155/estado-democratico-de-direito>. Acesso em 20.08.2017

ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do direito**. – São Paulo: Saraiva, 2012. – (Série IDP – Linha direito comparado) 1. Direito - Filosofia I. Título. II. Série.