

## O CONTROLE JUDICIAL DA IGUALDADE: A GARANTIA DO RESPEITO ÀS DIFERENÇAS

*THE JUDICIAL CONTROL OF EQUALITY:  
THE GUARANTEE OF RESPECT FOR DIFFERENCES*

Laudivon de Oliveira Nogueira<sup>126</sup>

### **Resumo**

O tema da igualdade, enquanto princípio estruturante do Estado de Direito, tem suscitado aprofundados estudos sobre as suas diferentes dimensões ao longo do seu processo de formação. De sua origem até os dias atuais, a concepção do que é igualdade passou por significativa evolução, partindo de uma igualdade perante a lei, com caráter meramente formal, para uma igualdade na lei, em que o respeito à igualdade reporta a um tratamento igual aos iguais e, desigual, aos desiguais. Para além de se determinar quem é igual e em que é igual, releva compreender em que medida o tratamento desigual é admissível, ou ainda, até que ponto o juiz constitucional pode sindicá-lo. Este artigo visa discorrer sobre a concepção de igualdade, expondo as suas múltiplas faces, para em seguida abordar sobre o controle judicial do princípio da igualdade, enquanto metódica que visa a proibição do arbítrio e proibição do tratamento desigual sem razão objetiva ponderosa. Sob a perspectiva de adoção de metódica de controle judicial, finaliza com a análise da aplicação do princípio da igualdade na experiência constitucional brasileira. A pesquisa foi realizada mediante método hipotético dedutivo.

---

<sup>126</sup> Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. MBA em Gestão do Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Direito Público pela Faculdade Integrada de Pernambuco. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Acre. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Acre.

**Palavras-chave:** Igualdade; Princípio; Direito Fundamental; Arbítrio; Controle; Método; Proporcionalidade.

**Abstract**

The theme of equality, as a structuring principle of the Rule of Law, has raised in-depth studies on its different dimensions throughout its training process. From its origin to the present day, the concept of equality has undergone significant evolution, from equality before the law, with a merely formal character, to equality in law, in which respect for equality refers to equal treatment to equal and, unequal, to the unequal. In addition to determining who is equal and what is equal, it is important to understand to what extent unequal treatment is permissible, or even to what extent the constitutional judge can syndicate the decisions of the democratic legislator, and how he can do so. This article aims to discuss the concept of equality, exposing its multiple faces, and then address the judicial control of the principle of equality, as a methodical one that aims to prohibit arbitrary and prohibit unequal treatment without a powerful objective reason. From the perspective of adopting a methodical judicial control, it ends with an analysis of the application of the principle of equality in the Brazilian constitutional experience. The research was carried out using a hypothetical deductive method.

**Keywords:** Equality; Principle; Fundamental right; Will; Control; Method; Proportionality.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Igualdade: uma construção do direito; 2.1. Igualdade: um conceito relativo e neutro; 2.2. No domínio real da vida a diferença é a marca predominante entre as pessoas; 2.3. Da escolha dos pontos de referência a determinar quem é igual e em que é igual; 3. Decodificando as múltiplas faces do Princípio de Igualdade; 3.1. Das dimensões liberal, democrática e social do princípio da igualdade; 3.2. No domínio do âmbito de proteção do princípio da igualdade: proibição do arbítrio, proibição da discriminação e obrigação de diferenciação; 3.3 Da igualdade formal e da igualdade material; 3.3.1 Da igualdade perante a lei (formal) e da igualdade na lei (material); 3.3.2 Da igualdade jurídica (formal) e da igualdade fática (material); 3.3.3. Igualdade genérica e igualdade específica; 4. O controle judicial do Princípio da Igualdade: uma questão de método para o respeito às diferenças; 4.1. O problema da metódica de controle; 4.2. Do princípio da igualdade enquanto proibição do arbítrio e proibição do tratamento desigual sem razão objetiva ponderosa; 4.3. O controle do

princípio da igualdade na experiência constitucional brasileira; 4.3.1. Caso do salário da licença gestante; 4.3.2. Caso da contribuição previdenciária dos servidores inativos e pensionistas do serviço público; 4.3.3. Caso do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo; 5. Conclusão; Referências.

## 1 Introdução

O princípio da igualdade é um dos mais importantes princípios estruturantes do Estado de Direito. Considerado a virtude soberana<sup>127</sup> que legitima o próprio governo de uma nação, também é marcadamente o de presença mais frequente e mais antiga nos textos constitucionais<sup>128</sup>.

Conquanto, à primeira vista, a ideia de igualdade possa parecer de fácil compreensão e leve ao entendimento de que algo deva ser tratado igual, sua concepção, todavia, é seguramente uma das mais complexas a ser elaborada pelo entendimento humano.

De sua origem, que se remete ao pensamento filosófico grego clássico, até a sua primeira positivação, ou assunção como máxima do direito, a concepção de igualdade evoluiu significativamente no curso da história. “Todos são iguais perante a lei”, essa era a concepção típica do estado liberal para a igualdade. Mas era uma igualdade apenas formal. A partir daí, evolve-se sob as exigências do estado democrático e do estado social, a denotar uma igualdade também material. Respeitar a igualdade é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Conferir distinção de tratamento é possível, desde que a diferenciação seja admissível, o que nem sempre é fácil aferir. Difícil também é discernir o que é o trabalho do legislador (na conformação da norma de igualdade) e o que é o trabalho do juiz (na concretização da igualdade).

Há quem identifique igualdade com a proibição do arbítrio. Se não houver uma razão suficiente a permitir um tratamento desigual, o tratamento igual se impõe. Se houver uma razão suficiente para o dever de tratamento desigual, o tratamento desigual se impõe<sup>129</sup>. Assim, igualdade é o que não é arbitrário. Distinções arbitrárias entre as pessoas são, pois, excluídas pelo princípio da igualdade.

Todavia, será que o princípio da igualdade se limita a essa concepção? Será o princípio da igualdade tão somente a proibição do arbítrio?

---

<sup>127</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

<sup>128</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 101.

<sup>129</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.421-422.

Do ponto de vista histórico, as diferenciações feitas em razão da raça, cor de pele, religião, língua, são vistas como injustificadas e são justamente essas as que sucederam, mesmo sob o manto do Estado de Direito, de sua fase liberal aos dias atuais.

Diz a doutrina que sempre que houver diferenciações tais, elas são a princípio suspeitas, a exigir do juiz um escrutínio mais intenso ao percrustá-las. Diferenciação em função de sexo, por exemplo, é suspeita, mas é preciso ver se o legislador tem uma razão forte que não resulte desqualificação a considerar negativamente afetados os destinatários da norma.

Quando é que nesses domínios pode haver inconstitucionalidade? Qual a justificação para diferenciar? Como aferir isto sem cair no ativismo judicial?

Para responder a essas indagações, far-se-á no Capítulo 1 a análise da ideia de igualdade enquanto concepção do Direito, para depois, no Capítulo 2, discorrer sobre as múltiplas faces em que se desdobra o princípio da igualdade.

Especificamente, no Capítulo 3, tratar-se-á sobre a controlabilidade do princípio da igualdade, apresentando por fim uma breve leitura da experiência constitucional brasileira nesta seara.

## **2. Igualdade: uma construção do direito**

### **2.1. Igualdade: um conceito relativo e neutro**

A igualdade é uma concepção cujo entendimento depende de um procedimento de relação e referência, por meio do qual são revelados os aspectos iguais, entre dois ou mais objetos comparados entre si. Dizer que algo é igual pressupõe uma relação de comparação de certas características dos objetos em comparação.

Assim, tratar de igualdade é referir uma relação do que é considerado igual por revelados os aspectos comuns. Como ensina Alexy, a igualdade corresponde a juízos de relações triádicas, onde “A” é igual a “B” em relação à característica “E” (ou as características “E<sub>1</sub>”, “E<sub>2</sub>”, ... “E<sub>n</sub>”). E o mesmo raciocínio se aplica aos juízos de desigualdade<sup>130</sup>.

Por aí se pode dizer que o entendimento de igualdade passa necessariamente pelo acordo ou desacordo das características em causa<sup>131</sup>.

É uma relação, contudo, sem um valor definido. Para ter algum sentido, a proposição de igualdade carece, pois, de prévia especificação do objeto que será comparado, bem assim do atributo em causa desse mesmo objeto.

Daí que o conceito de igualdade é relativo, nunca absoluto. No domínio da igualdade, o resultado do que é ou não igual depende de uma relação triádica, na qual se possa identificar quem são os iguais e os desiguais e em que são iguais ou desiguais, particularmente quanto as suas características.

<sup>130</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.399.

<sup>131</sup> LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. Tradução de Anoar Aiex. Pirapozinho: Nova Cultural, p. 211.

O sentido descritivo de igualdade, portanto, há de ser estabelecido a partir da superação da indeterminação quanto ao objeto e dos atributos em comparação. Dizer que algo é igual nada significa enquanto não se delimitar o que é igual e em que é igual.

Como assenta Bobbio, asseverar que alguém é livre de logo faz sentido. A ideia de liberdade é aí inteiramente compreendida na assertiva, na própria expressão da afirmação. Por outro lado, afirmar que alguém é igual não conduz a nenhuma conclusão. A assertiva não encerra um entendimento, nada diz em sentido absoluto. Há uma incompletude, dado que o enunciado assim posto não deixa claro o que isso possa significar. Se alguém é considerado igual, de imediato resulta a indagação: é igual em relação a quem e quanto ao quê?<sup>132</sup>

Assim considerada, a igualdade se revela um conceito neutro. Não há neste nenhuma sinalização dos valores adotados como critérios selecionadores de determinadas características que serão cotejadas entre os objetos em relação.

A igualdade, por conseguinte, constitui um conceito relativo diante da exigibilidade de determinação de quem são os sujeitos relacionados e das características que lhes são comuns. É, ainda, um conceito axiologicamente neutro por não constarem em sua esfera conceitual os critérios valorativos para a delimitação das características naturais ou condições fáticas dos objetos postos em relação.

## **2.2. No domínio real da vida a diferença é a marca predominante entre as pessoas**

No âmbito real da vida, a igualdade nunca é uma igualdade total, no sentido de igualdade de todos e em relação a tudo. Sempre há diferenças marcantes entre os indivíduos considerados.

A respeito dessa questão, Alexy assinala não existir uma igualdade ou uma desigualdade em relação a todos os aspectos entre indivíduos e situações humanas, circunstância esta que ele considera uma igualdade/desigualdade fática universal<sup>133</sup>.

No mesmo sentido, Pieroth e Schilink destacam a desigualdade fundamental como “o princípio segundo o qual nenhuma pessoa é exatamente como a outra e de que nenhuma situação é exatamente como a outra”<sup>134</sup>.

Nada obstante a natureza comum biológica e física, as pessoas são inequivocamente diferentes em vários aspectos que vão de sua personalidade, condição econômica, social ou cultural.

Uma vez submetidas a um juízo relacional universal sem delimitação de específicos aspectos individuais, as pessoas são inexoravelmente únicas e diferentes uma das outras. Nenhum indivíduo é absolutamente idêntico a outro. Por mais coincidentes os fatores em

---

<sup>132</sup> BOBBIO, Norberto. **Igualdad y libertad**. Traducción de Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1993, p.54.

<sup>133</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.400.

<sup>134</sup> PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book, parágrafo 463.

causa, sempre haverá uma diferença pontual que as diferencia, *verbi gratia*, ideologia, nacionalidade, profissão, estado civil, etc.

Sem que a relação esteja restrita a certas características naturais ou a determinadas condições fáticas, não se pode afirmar haver igualdade ou desigualdade.

No domínio da vida real, portanto, a diferença refere o estado primário. Ninguém é absolutamente igual, assim como também não é absolutamente desigual. Isso significa dizer que na situação real da vida nunca haverá uma identidade e conseqüentemente um juízo de igualdade ou desigualdade plena.

Em suma, não há nem será possível haver uma semelhança total, uma plena identidade de características naturais e condições fáticas, numa dimensão puramente ontológica.

### **2.3. Da escolha dos pontos de referência a determinar quem é igual e em que é igual**

Para se dizer que há igualdade ou desigualdade entre as pessoas é preciso que no amplo espectro de características naturais e condições fáticas, ou seja, no domínio da desigualdade fática universal, sejam eleitas as que servirão de ponto de referência para o juízo relacional de comparação.

Ponto de referência é o que Pieroth e Schilink denominam de conceito supra ordenado comum (*genus proximum*), sob o qual recaem as diferentes pessoas e situações, a serem evidenciadas, completa e exaustivamente, a partir de uma marca distintiva<sup>135</sup>, de uma diferença específica. Ao tratar do tema, Canotilho assinala que o ponto de referência, por ele denominado de pressuposto de fato ou situação de fato, são os objetos, pessoas que se consideram iguais ou desiguais<sup>136</sup>.

O que a lei realiza quando disciplina sobre as posições jurídicas (direitos a algo, liberdades ou competências) em verdade está a delimitar o ponto de referência, ou seja, os aspectos a serem considerados para diferenciar os indivíduos que estarão compreendidos entre os que se submetem a um dever, uma proibição ou permissão (sendo estes os considerados iguais), e os excluídos por um regime diferenciado<sup>137</sup> (como tais referidos como os desiguais).

Por assim dizer, a aferição da igualdade ou da desigualdade sempre estará a depender de um ponto de referência, ou melhor, de um parâmetro, a determinar um ou vários aspectos de diferenciação relacionados a pessoa em si, coisas ou situações<sup>138</sup>.

O ponto de referência assentado em determinadas características naturais ou condições fáticas tem, por assim dizer, o condão de conferir ao juízo relacional um campo

<sup>135</sup> PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book, parágrafo 465.

<sup>136</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997, p. 1295.

<sup>137</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 12.

<sup>138</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 12.

de atuação, no qual será realizada a comparação entre os indivíduos que nele se possam enquadrar.

Daí que igualdade não se reduz à mera identidade<sup>139</sup>, assim considerada a acepção de que algo é idêntico a outrem. A igualdade reporta-se a uma fatia dimensional da realidade das coisas. Isto é, a igualdade diz respeito sobre o que é ou não igual no âmbito do elemento erigido a ponto de referência – ou seja, o elemento que corresponda a um recorte do amplo espectro de elementos possíveis da realidade, *verbi gratia* sexo, raça, cor, idade, credo, condição social etc. - e posto em comparação relativamente a sujeitos distintos.

A depender do campo analisado, a relação do que é igual ou desigual pode mudar completamente.

A tomar como único elemento de comparação a própria natureza humana, do ponto de vista biológico ou físico, há de se dizer certamente que todos os seres humanos são iguais. Se não for posto em causa nenhum outro atributo, não há diferenciação.

Mas diferença sempre há, a constituir ou uma desigualdade natural ou uma desigualdade social.

A questão é que no âmbito da igualdade não basta identificar quem é igual, mas, sobretudo, em que é igual.

A desconsiderar qualquer ponto de referência para simplesmente considerar as pessoas sem as diferenciações decorrentes de características naturais ou de condições fáticas, não se tem aí um juízo relacional de igualdade ou desigualdade, mas uma injusta relação igualitarista<sup>140</sup>, na qual se concebe, desde o início, uma igualdade de todos em tudo.

Mas é importante ter em mente que a igualdade delimitada por um ponto de referência, que se traduz numa igualdade fática parcial, não corresponde à noção de igualdade ou desigualdade da fórmula “os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente”. A igualdade fática parcial nada diz sobre uma obrigatoriedade de um tratamento igual ou desigual<sup>141</sup>, porquanto refere a um campo delimitado no amplo espectro das diferenças das situações reais da vida. É o ponto referencial tão somente a identidade de determinadas características circunscritas e consideradas para viabilizar a comparação de pessoas.

Em suma, a igualdade parcial é apenas um ponto referencial de partida, no qual há de operar o juízo relacional.

É assim que, sob a perspectiva do direito, o legislador elege características naturais e condições fáticas das pessoas que servirão de ponto de referência para viabilizar a relação comparativa.

---

<sup>139</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais**. Tomo IV. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 280.

<sup>140</sup> BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 2ª reimpressão. São Paulo: Editora Unesp, 1995, p.100.

<sup>141</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.399.

A escolha do traço diferenciador, das características naturais ou condições fáticas, porém, não pode recair sobre qualquer coisa ou fator neutro, conforme enfatiza Mello. Deve, ao invés disso, ficar restrita às características existentes na pessoa, coisa ou situação a ser diferenciada, de modo que elemento algum nelas não existente não poderá servir de base para sujeitá-las a regimes diferentes. Ademais, o ponto de referência, o fator de discriminação, não pode consistir num traço tão específico que singularize de modo absoluto o indivíduo no tempo presente e de modo definitivo<sup>142</sup>.

Destarte, a igualdade de partida formulada pela lei, ou melhor, a igualdade essencial deve ser entendida como a comparabilidade das características naturais das pessoas e das condições fáticas nas quais se encontrem, de maneira que se possa afirmar que há entre os indivíduos cujas características foram comparadas uma relação de igualdade ou de desigualdade, isto é, que são essencialmente iguais ou desiguais.

### **3. Decodificando as múltiplas faces do Princípio de Igualdade**

#### **3.1. Das dimensões liberal, democrática e social do princípio da igualdade**

O princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do Estado de Direito de mais longa participação nos textos constitucionais. Ao longo de dois séculos é, ainda, o de mais acentuada e multifacetada evolução e controvérsias doutrinárias, a refletir e influenciar as transformações do Estado de Direito, como bem observa Novais<sup>143</sup>.

Por seguir a evolução histórica do Estado de Direito, o princípio da igualdade vem reconduzir à teoria do Estado, espelhando a ideia do Estado de direito democrático e social. E nessa quadra, Canotilho e Moreira<sup>144</sup> salientam que o princípio da igualdade edifica-se sob as dimensões liberal, democrática e social.

Na dimensão liberal, o princípio da igualdade vem refletir a ideia de igual posição de todas as pessoas perante a lei, geral e abstrata, independentemente de seu nascimento e do seu status. É a conformação da fórmula clássica do princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei e que, no passado, espanou as desigualdades estatuídas no “antigo regime” francês entre os séculos XVI e XVIII, vedando a diferenciação das pessoas em classes jurídicas distintas e sob diferentes direitos e deveres em razão do nascimento, posição social, raça, sexo.

Sob a dimensão democrática, o princípio da igualdade se traduz na proibição de discriminações, positivas ou negativas, na participação no exercício do poder político. Assim, tanto o acesso ao exercício do poder político e relevância do sufrágio por igualdade do voto e elegibilidade, quanto o acesso a cargos públicos passaram a submeter-se ao crivo da igualdade.

---

<sup>142</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 23.

<sup>143</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.101.

<sup>144</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**, 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 337.

Em relação à dimensão social, o princípio da igualdade denota a sua função social a impor a eliminação das desigualdades fáticas, quer econômicas, sociais ou culturais, de modo a alcançar a igualdade real.

Em face dessas três dimensões, Canotilho e Moreira lecionam que o princípio da igualdade é estruturante do Estado de direito democrático e social porque a) impõe a igualdade na aplicação do direito, proibindo diferenciação dos cidadãos com base em condições meramente subjetivas (igualdade de Estado de direito liberal); b) garante a igualdade de participação na vida política da coletividade e de acesso aos cargos públicos e funções políticas (igualdade de Estado de direito democrático); c) exige a eliminação de desigualdades de fato para se assegurar uma igualdade material no plano econômico, social e cultural (igualdade de Estado de direito social).<sup>145</sup>

### **3.2. No domínio do âmbito de proteção do princípio da igualdade: proibição do arbítrio, proibição da discriminação e obrigação de diferenciação**

Considerado sob o domínio de seu âmbito de proteção ou de seu conteúdo, o princípio da igualdade abrange, segundo classificação esposada por Canotilho e Moreira, as dimensões da proibição do arbítrio; da proibição de discriminações e da obrigação de diferenciação<sup>146</sup>.

Em primeira linha, a igualdade se traduz na imposição de um tratamento jurídico idêntico, de modo que eventuais diferenças de tratamento devem ser adequadamente justificadas, sob pena de concretizar o arbítrio. Assim, arbítrio deve ser entendido como a distinção de tratamento destituída de justificação razoável à luz do catálogo de valores constitucionais. É o tratamento injustificado e desarrazoado como igual para situações substancialmente desiguais, ou como desigual para situações substancialmente iguais. Daí que, sob esse prisma, a igualdade constitui um princípio negativo de controle, um limite externo da liberdade de conformação ou de decisão dos poderes públicos.

Na esteira desse argumento, Alexy vem interpretar o enunciado clássico “o igual deve ser tratado igualmente, o desigual, desigualmente”, no sentido de que “se não houver nenhuma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, um tratamento igual é obrigatório” ou, então, que “se houver uma razão suficiente para o dever de tratamento desigual, o tratamento desigual se impõe”.<sup>147</sup>

Quando se tratam igualmente os substancialmente iguais ou desigualmente os substancialmente desiguais, nada há a contrapor, porquanto observada a máxima da igualdade. Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais é o fundamento orientador da igualdade.

O problema, verdadeiramente, surge quando se trata desigualmente os iguais ou igualmente os desiguais. Isto porque a distinção não é em si vedada. Proibida é

<sup>145</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**, 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 337.

<sup>146</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**, 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 339.

<sup>147</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.421.

discriminação destituída de justificação razoável, isto é, quando destituída de uma razão objetiva, de um fundamento material bastante.

Há violação da igualdade quando o tratamento desigual é realizado sem nenhum critério objetivo. Logo, arbítrio é o tratamento discriminatório que se dá sem uma justificação razoável segundo critérios objetivos.

Arbítrio é, portanto, uma distinção de tratamento sem uma justificação razoável. E essa distinção passa pela dignidade da pessoa humana. Um critério válido para distinção é o critério que não fere a dignidade da pessoa humana.

Conforme destaca Novais, citando Ronald Dworkin, a cláusula da igualdade não garante a cada indivíduo o mesmo tratamento ou benefício concedido a outros, mas apenas um tratamento como igual, de modo que no processo de formação da vontade política e na concessão de benefícios ou imposição de sacrifícios por parte do Estado, o indivíduo será tratado com igual preocupação e respeito<sup>148</sup>. E pelo fato de que todos têm igual dignidade, todos devem ser tratados como iguais, evitando-se as distinções que violem a igual consideração e respeito devidos a todas as pessoas. Mercê disso, o princípio da igualdade só tem sentido à luz da dignidade humana.

De outro vértice, na preleção de Canotilho, “existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais”<sup>149</sup>.

E assim estabelecido, o que a fórmula da proibição do arbítrio estatui é a impossibilidade de desequiparações de tratamento fortuitas ou injustificadas<sup>150</sup>, de maneira que “nem aquilo que é fundamentalmente igual deve ser tratado arbitrariamente como desigual, nem aquilo que é essencialmente desigual deve ser arbitrariamente tratado como igual”<sup>151</sup>.

Por outro vértice, no que tange à proibição de discriminação, o princípio da igualdade consiste na proibição de quaisquer diferenciações de tratamento entre as pessoas baseadas em categorias meramente subjetivas ou em face dessas mesmas categorias, que historicamente justificaram discriminações, tais como sexo, raça, religião, convicções filosóficas ou políticas.

Trata-se, pois, de fatores de discriminação ilegítimos ou categorias suspeitas, arrostados pela maioria dos textos constitucionais, a exemplo das vedações constantes no art. 13-2, da Constituição da República portuguesa de 1976; no art. 3-3 da Lei Fundamental alemã de 1949; e no art. 3º, incisos IV, da Constituição Federal brasileira de 1988.

---

<sup>148</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 109.

<sup>149</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997, p. 428.

<sup>150</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 18.

<sup>151</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**, 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 339.

Não constituem exatamente um rol taxativo relacionado em cada constituição, mas um indicador de que são ilícitas as diferenciações de tratamento contrárias à dignidade humana e incompatíveis com o princípio do Estado de direito democrático.

Entretanto, a proibição de discriminação não importa necessariamente na igualdade total em todas as situações nem na cabal proibição de diferenciação de tratamento.

São legítimas as diferenciações de tratamento quando se firmam numa situação objetiva de situações; não se estribem nas categorias suspeitas; tenham um fim legítimo segundo a ordem constitucional; e se apresentem necessárias, adequadas e proporcionadas à satisfação de seu objetivo<sup>152</sup>.

As medidas de distinção do tratamento, portanto, devem ser materialmente fundadas sob a ótica da certeza do direito, da praticabilidade, da justiça e da solidariedade<sup>153</sup>.

Assim, a distinção proibida é a de caráter subjetivamente estreme, que leva em conta aspectos puramente particulares da pessoa ou de uma só pessoa, a retirar da lei por consequência a característica de generalidade e abstração<sup>154</sup>. E a fundar em categorias meramente subjetivas, a discriminação dá-se dessa maneira com a pecha da ilegitimidade<sup>155</sup>.

A ilegitimidade pode ocorrer diante das denominadas “categorias suspeitas” de discriminação, ou seja, daquelas que dizem respeito sobre raça, sexo, cor, idade, nacionalidade, ideias políticas ou religiosas, que requerem especial escrutínio para avaliar sua objetividade<sup>156</sup>. Significa dizer que estando em questão tais diferenciações, elas são em princípio suspeitas, de modo que a ilegitimidade passa a ser presumida. E sendo suspeito, o juiz deve examinar a situação com um escrutínio mais intenso (princípio da proporcionalidade no sentido amplo ou proibição do excesso).

Na ordem jurídica brasileira, as categorias suspeitas de discriminação enunciadas na lista aberta prevista no art. 3º, IV, da Constituição Federal<sup>157</sup>, estão a dizer ao legislador que este não poderá beneficiar ou prejudicar alguém de qualquer direito ou isentar esse mesmo alguém de um dever, assentando uma medida legal num fundamento puramente preconceituoso.

Como sabido, o preconceito em função de sexo, raça, cor de pele ou ideias políticas ou religiosas sempre esteve na raiz das decisões legislativas que levaram a um injusto

<sup>152</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**, 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 340.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997, p. 1298.

<sup>154</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997, p. 1298

<sup>155</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997, p. 1298.

<sup>156</sup> A expressão “categorias suspeitas” tem origem na doutrina norte-americana e diz respeito sobre a distinção de tratamento baseado na diferença racial. Atualmente, entretanto, o sentido foi ampliado para referir motivo de discriminação preconceituosa proibida pelo princípio da igualdade.

<sup>157</sup> BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Publicada no Diário Oficial da União nº 191-A, de 5 de outubro de 1988: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

tratamento jurídico diferenciado entre as pessoas. E por essa particularidade são consideradas suspeitas e, portanto, ilegítimas a princípio.

Assim, diante de uma determinada categoria suspeita, o tratamento diferente será presumivelmente ilegítimo. Mas poderá ser legítimo desde que não importe numa desqualificação que afete negativamente os destinatários da norma.

A diferenciação em razão de sexo, por exemplo, é a princípio suspeita. No entanto, se o legislador tem uma razão forte que não importe numa desqualificação, numa afetação negativa dos destinatários, aí a diferença pode se ater com a legitimidade.

No que toca à obrigação de diferenciação, a distinção do tratamento pode ser a expressão de uma obrigação do poder público para compensar uma desigualdade de oportunidades, por questões de natureza social, econômica ou cultural<sup>158</sup>. O princípio da igualdade nesse ponto situado consiste na imposição ao poder público do dever de promover a eliminação de desigualdades fáticas, assegurando uma igualdade jurídico-material.<sup>159</sup>

Em resumo, o princípio da igualdade prescreve em seu âmbito protegido um conteúdo igual da lei, a proibição de tratamento arbitrário e um dever de compensação das desigualdades sociais, econômicas e culturais, visando uma igualdade fática.

### 3.3 Da igualdade formal e da igualdade material

Quando trata sobre a igualdade, várias modalidades são delineadas pela doutrina, com o escopo de salientar aspectos inerentes ao procedimento ou ao conteúdo do princípio da igualdade. Assim, a igualdade é classificada como formal e material; perante a lei e na lei; jurídica e de fato etc. Entretanto, como observa Rothenburg<sup>160</sup>, com quem comungo da ideia, o núcleo conceitual jurídico-normativo da igualdade, em verdade, gira em torno da concepção da igualdade formal e da igualdade material.

Enquanto princípio de estatura constitucional, a igualdade teve a sua primeira positivação histórica na Constituição Francesa<sup>161</sup> de 3 de setembro de 1791, como produto direto do pensamento político dominante no período da Revolução Francesa (1789-1799), consagrando-se desde então e até aos dias atuais como um axioma político e jurídico<sup>162</sup> nas diversas constituições da contemporaneidade.

<sup>158</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997, p. 1298.

<sup>159</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**, 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 341.

<sup>160</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. **Igualdade Material e Discriminação Positiva: O princípio da Isonomia**. Artigo publicado no sítio da Universidade do Vale do Itajaí. Núcleo de Estudos Jurídicos. Vol. 13. n. 2. p. 77-92 / jul-dez 2008. Disponível em: <www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/1441/1144> Acesso em: 8 set 2013.

<sup>161</sup> Embora existam posições divergentes a indicar a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 como a “primeira positivação global e com força constitucional dos direitos fundamentais, cf. PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book, parágrafo 20.

<sup>162</sup> CASTANHEIRA NEVES, A. **O instituto dos “Assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. 1ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1983, p. 118.

Nesta fase inicial, porém, o princípio da igualdade esteve restrito a uma concepção eminentemente formal, baseada na indistinta igualdade dos homens perante a lei, o que era perfeitamente justificado à realidade do então nascente estado constitucional de matriz liberal. A juridicização da igualdade tinha escopo certo: a abolição dos privilégios da nobreza e do clero<sup>163</sup>, o que somente poderia ser feito se a lei, numa genérica e uniforme, estrita e imparcial aplicação<sup>164</sup> considerasse iguais todos os que se encontrassem numa mesma situação, sem diferente consideração quanto às circunstâncias pessoais ou quanto ao tratamento decorrente da norma. Era, portanto, uma igualdade absoluta em termos jurídicos.

Posteriormente, o princípio da igualdade veio assumir outro aspecto, não mais de mera formalidade da aplicação da lei, mas como axioma no conteúdo da lei que também deve ser igual. Esta é a segunda fase evolutiva do princípio da igualdade, e agora no âmbito de uma igualdade material, que visa afastar situações de injustiça que a exclusiva dimensão formal se mostrou inapta a fazê-lo.

Em sentido material, a igualdade passa a permear o conteúdo da própria lei. Surge aí uma exigência de igualdade no seu conteúdo e na sua realização jurídico-normativa, ou nas palavras de Castanheira Neves, “uma igualdade da lei já em si”<sup>165</sup>.

Sob esse prisma dicotômico de uma igualdade formal e de uma igualdade material, é de se discorrer, portanto, para efeito de melhor compreensão do conceito, acerca das distinções mais específicas sobre o tema, conquanto de modo breve.

### 3.3.1 Da igualdade perante a lei (formal) e da igualdade na lei (material)

Com o advento do Estado Liberal, o princípio da igualdade foi cunhado como tão somente uma igualdade na aplicação da lei<sup>166</sup>. E, assim, passou a representar a ideia de que a lei seria aplicada a todos os seus destinatários por igual, sem olhar a quem, sem distinção quanto à função da posição social, de títulos ou de convicções. Enfim, a igualdade referia uma lei que é igual para todos, todos são iguais perante a lei.

Por outras palavras, a igualdade perante a lei significa que ela deve ser aplicada uniformemente. Refere, pois, acerca do momento posterior à elaboração da norma jurídica, sendo um referencial ao aplicador da lei, que a deve aplicar indistintamente a todos os que se encontram em sua hipótese de incidência normativa.

É por isso que o princípio da igualdade muito se identifica com a forma mais simples de legalidade<sup>167</sup>, e o que fez Kelsen concluir que aquela não era senão a própria juridicidade da aplicação do Direito em geral, então imanente às normas jurídicas<sup>168</sup>. Para

<sup>163</sup> Durante o Antigo Regime, a sociedade francesa do século XVIII era estruturada em Clero ou Primeiro Estado; Nobreza ou Segundo Estado e Povo ou Terceiro Estado.

<sup>164</sup> CASTANHEIRA NEVES, A. **O instituto dos “Assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. 1ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1983, p. 120.

<sup>165</sup> CASTANHEIRA NEVES, A. **O instituto dos “Assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. 1ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1983, p. 120.

NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 102.

<sup>167</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 102.

<sup>168</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.158.

Kelsen, aplica-se a lei a todos e indistintamente, não por observância de uma compreensão de igualdade como conteúdo material, mas como aplicação obrigatória da lei, segundo o postulado da legalidade da aplicação das leis.

A despeito da correção ou não dessa posição, a igualdade está na exata medida de aplicação igual da lei a todos os que estão na mesma situação de incidência constante nas proposições normativas. Prepondera a igualdade no procedimento, no modo como é aplicada, não o conteúdo do que é aplicado ou a quem é aplicado.

Resumindo, partindo do pressuposto lógico da igualdade formal, uma determinada lei Y sempre será aplicada aos indivíduos A e B de forma igual, porque estes sob o contexto de aplicação da norma são supostamente considerados iguais quando se encontram na mesma situação fática constante da proposição normativa.

Isto quer dizer que por igualdade perante a lei não há nenhuma análise quanto à eventual igualdade ou desigualdade das pessoas em si mesmo consideradas, mas tão só quanto ao aspecto procedimental de igual aplicação da norma que as toma como objeto e as coordena segundo os efeitos jurídicos imputados a determinadas condutas.

Verificada a hipótese da lei, ou seja, a conduta devida ou prescrita, ao intérprete e aplicador compete tão somente dirigir a norma ao destinatário que se encontra na situação de incidência. Tratar igualmente é aplicar a lei indistintamente a todos os que se encontram em seu âmbito normativo. É a consideração da lei na sua tão só generalidade e abstração.

Não há como ignorar o caráter próprio e principiológico da igualdade perante a lei, isto é, da sua qualidade de postulado da racionalidade prática e universal<sup>169</sup>, que impõe o dever de idêntico tratamento, ou aplicação igual da lei, a todos os que se encontram numa mesma situação, constituindo por isso mesmo dimensão básica, mas não exclusiva, do princípio da igualdade.

Por outro ângulo, o princípio da igualdade também se dirige ao próprio legislador e não somente ao aplicador da lei. Ao legislador se impõe o dever de criar um direito igual para todos os cidadãos. Um direito que confira igualdade material de todos na lei.

E a propósito do que venha a ser a “criação de um direito igual”, Canotilho preleciona que se refere a um princípio da justiça pessoal, um postulado de racionalidade prática: “para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos”. Também, destaca como uma exigência de igualdade material através da lei, devendo tratar-se por ‘igual o que é igual e desigualmente o que é desigual’. E ainda como uma “igualdade justa”, a estabelecer um critério de valoração para a relação de igualdade a permitir aferir quando uma lei trata dois indivíduos de forma igualmente justa<sup>170</sup>.

A obrigação do legislador, portanto, não se resume a impor tratamento igual a uma igualdade essencial. Ao legislador se atribui a obrigação de transformar a situação fática para superação das desigualdades reais existentes entre as pessoas. É o que se ocorre, por

---

<sup>169</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p 527.

<sup>170</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997, p. 427-428.

exemplo, quando se distingue tendo em conta uma justa ou igual repartição dos encargos públicos.

A igualdade na lei significa que o legislador, no momento de elaboração da norma jurídica, não pode adotar discriminações injustificadas e desproporcionais e que deve promover diferenciações, considerando as semelhanças e diferenças, de modo que sejam compensadas as desigualdades sociais, econômicas e culturais.

Por essa compreensão, o princípio da igualdade funciona como promotor de uma igualdade substancial, “um princípio de igualdade de oportunidades (*Equality of opportunity*) e de condições reais de vida”, o que faz deste princípio não apenas um princípio de Estado de direito, mas também um princípio de Estado social<sup>171</sup>.

Com isto também se pode assinalar que o princípio da igualdade, enquanto igualdade material ou igualdade na lei, está ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que somente “são admissíveis as diferenciações fundamentadas em critérios que não ponham em causa a igual consideração e respeito devidos a todas as pessoas”<sup>172</sup>.

Da ideia de igualdade social ou de igual dignidade da pessoa humana - além do fundamento contra discriminações desprovidas de um critério razoável - emana também uma igualdade perante os encargos públicos. Os encargos públicos, assim materializados em impostos e restrições ao direito de propriedade, devem ser repartidos de forma igual pelos cidadãos. E no caso de haver um sacrifício especial de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, que se justifique por razões de interesse público, aos afetados deverá reconhecer-se uma indenização ou compensação como forma de manter o igual tratamento perante os demais indivíduos.

Por conseguinte, a igualdade na lei e a igualdade perante a lei são respectivamente prescrições inerentes à igualdade material e à igualdade formal.

### 3.3.2 Da igualdade jurídica (formal) e da igualdade fática (material)

No cotejo dos atos e das consequências da ação estatal, a igualdade pode ser considerada sob o ângulo da igualdade jurídica e da igualdade fática<sup>173</sup>.

Enquanto igualdade jurídica, o princípio da igualdade se insere na dimensão de validade da norma, consequentemente no plano do dever-ser. A igualdade é o que direito diz que deve ser.

Por outra forma, a igualdade fática aponta para o plano da efetividade, do ser, isto é, a da igualdade no mundo da realidade, com a promoção de uma igualdade de oportunidades e da disponibilização das condições materiais que possa eliminar ou atenuar as desigualdades essenciais.

Evidentemente, pela própria essência da igualdade jurídica e da igualdade fática, é inevitável uma colisão fundamental entre esses dois princípios, porquanto, como observa Alexy, aquilo que é um tratamento igual para um princípio é para o outro um tratamento

<sup>171</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997, p. 430.

<sup>172</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 110.

<sup>173</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 416.

desigual e vice-versa<sup>174</sup>. Por isso é que se conclui que para promover uma igualdade fática é necessário aceitar uma desigualdade jurídica.

### 3.3.3. Igualdade genérica e igualdade específica

No contexto dos direitos fundamentais, a igualdade, assim como ocorre com o direito de liberdade, há um direito geral de igualdade ao lado de direitos de igualdade específicos<sup>175</sup>.

Como um direito fundamental geral, a igualdade tende a se expressar com o clássico enunciado normativo “todos são iguais perante a lei”.

É que o se verifica, a propósito, na redação do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal brasileira, o qual preceitua que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)”.

A par dessa construção geral do direito da igualdade, também se estabelecem cláusulas especiais com disposições a obrigar um tratamento igual e a proibir a discriminação.

É, à vista disso, um reforço à ideia de uma igualdade justa. E, historicamente, trata-se de uma reação ao modelo de igualdade estritamente formal de uma mera igualdade perante a lei<sup>176</sup>.

Na Constituição brasileira, essas cláusulas são encontradas, por exemplo, no artigo 5º, I, que trata da igualdade entre homens e mulheres; no artigo 7º, XXX, que proíbe diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; no artigo 196, *caput*, que trata do acesso igualitário e universal aos bens e serviços em matéria de saúde; no artigo 206, I, que confere igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; dentre outros dispositivos dispersos no texto constitucional.

As cláusulas especiais se prestam, pois, a conferir grande intensidade de vinculação dos órgãos estatais, em particular do legislador, às disposições que impõem um tratamento igual ou que proíbem uma discriminação.

As cláusulas especiais concorrem, por assim dizer, à conformação da igualdade material, retirando do legislador espaços de atuação e de escolhas em âmbitos onde o tratamento igual é impositivo e proibitiva a discriminação.

<sup>174</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.417.

<sup>175</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 393.

<sup>176</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p 536.

Nesse quadro, deve compreender-se que os fundamentos materiais de uma cláusula especial de igualdade tem primazia, como lei especial, em relação às proposições prescritivas gerais de igualdade<sup>177</sup>, que assumem o papel de lei geral.

Nesse passo, as cláusulas especiais, sem negar uma geral diretriz de igualdade, vêm assegurar uma mais particular igualdade para evitar uma indesejada desigualdade material por motivos subjetivos ou meramente econômicos, sociais ou culturais.

#### **4. O controle judicial do Princípio da Igualdade: uma questão de método para o respeito às diferenças**

##### **4.1. O problema da metódica de controle**

De tudo o que se pontuou até aqui, é indene de dúvidas de que respeitar a igualdade nos dias atuais é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Mercê disso, uma questão que se põe quanto ao domínio do princípio da igualdade é saber até onde o tratamento desigual é admissível, ou, ainda, até onde as decisões do legislador democrático são sindicáveis pelo juiz constitucional e como esse mesmo juiz pode fazê-lo.

Segundo Alexy, da assimetria entre a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual resulta compreender que o enunciado geral da igualdade exige *prima facie* um tratamento igual. O tratamento desigual somente se justifica diante de princípios contrapostos<sup>178</sup>.

E a propósito dessa afirmação, Pieroth e Schilink reforçam que só é jurídico-constitucionalmente relevante, a depender de justificação, portanto, o tratamento desigual do que é essencialmente igual<sup>179</sup>. Logo, esse é o ponto de partida para a controlabilidade dos atos do legislativo pelo judiciário.

Identificada uma distinção de tratamento entre os que são essencialmente iguais ou essencialmente desiguais, a sindicabilidade pelo judiciário faz-se pertinente para aferir a justificativa jurídico-constitucional tomada pelo legislador para o tratamento desigual.

Mas, para se aferir a observância da igualdade, havendo diferença de tratamento, parte-se da premissa de que o tratamento diferenciado deve reconduzir a um critério valorativamente válido de distinção, que se traduza, pois, num fundamento de distinção não arbitrário.

Por essa razão, há quem identifique a igualdade com a proibição do arbítrio<sup>180</sup>. Há igualdade desde que a diferença de tratamento não seja arbitrária. Distinções arbitrárias entre as pessoas, portanto, são excluídas pelo princípio da igualdade.

<sup>177</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997, p. 431.

<sup>178</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 411.

<sup>179</sup> PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book, parágrafo 463.

<sup>180</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.111.

À vista disso, é de perscrutar se o princípio da igualdade se limita a um tratamento não arbitrário. A doutrina e algumas constituições vêm sinalizado que não, na medida em que têm firmado critérios que vão além da mera proibição do arbítrio.

E isso se explica porque, não obstante a exigência racional de que o igual não deve ser tratado desigualmente, o legislador continua ainda assim dispondo da mais ampla margem de conformação<sup>181</sup>, haja vista que, em face de cada diferenciação, sempre há vastos argumentos que podem sustentar a diferenciação, esvaziando o sentido da igualdade de consequências jurídicas.

Por isso, Novais, ao asseverar que a identificação da igualdade com a proibição do arbítrio se revela marcadamente insuficiente enquanto modelo de controle, pontua que qualquer desigualdade de tratamento deve ser sujeita a um controle tão rigoroso quanto o aplicável à restrição dos direitos fundamentais<sup>182</sup>.

E é exatamente esse o sentido aplicado ao princípio da igualdade pela jurisprudência constitucional americana e europeia, quando sujeita o controle da igualdade “a diferentes níveis de densidade consoante os interesses em jogo, a existência de categorias suspeitas, a gravidade da diferenciação ou o grau e intensidade de afetação de direitos fundamentais”<sup>183</sup>.

Assim é que novos modelos de controle da igualdade vêm sendo construídos, ora se agregando à dimensão da proibição do arbítrio as exigências do princípio da proporcionalidade, ora se estabelecendo fórmulas alternativas de controle entre o critério da diferença (proibição do arbítrio) e a medida da diferença (princípio da proporcionalidade em sentido lato).

Mas é de se perscrutar se há um método que traduza com precisão o sentido do princípio da igualdade. Convém, sob esse ponto, indagar se a estruturação combinada ou alternada dos testes da igualdade, pelo critério da diferença e/ou pela medida da diferença, pode mesmo ser considerada uma metódica de controle mais efetiva para a sindicabilidade das decisões do legislador democrático pelo juiz constitucional. Até onde se pode ir sem cair no ativismo judicial?

Sem pretender discorrer sobre toda a complexidade desse tema, mas tão simplesmente com o escopo de vislumbrar uma resposta a essas indagações, analisar-se-á a seguir alguns desses testes, baseados na proibição do arbítrio e/ou na aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido lato.

#### **4.2. Do princípio da igualdade enquanto proibição do arbítrio e proibição do tratamento desigual sem razão objetiva ponderosa**

Embora o enunciado geral da igualdade requeira a princípio um tratamento igual para os essencialmente iguais, e desigual para os essencialmente desiguais, o tratamento integralmente igual não é necessariamente exigível nem proibida toda e qualquer

<sup>181</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.112.

<sup>182</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.112 e 114.

<sup>183</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.115.

preferência e secundarização, segundo ressaltam Pieroth e Schilink. Proíbe apenas o tratamento desigual sem fundamento jurídico-constitucional<sup>184</sup>.

A par disso, Pieroth e Schilink aduzem que os problemas de tratamento igual sempre podem ser entendidos também como problemas de tratamento desigual, dependendo tão somente da escolha do grupo de comparação, isto é, de que se conheça o ponto de referência que os reúne como iguais ou os exclui por desiguais.

Diante de um tratamento desigual entre os essencialmente iguais e igual ente os essencialmente desiguais, é fundamental perquirir a justificação jurídico-constitucional de tal distinção.

Quanto à exigência de justificação jurídico-constitucional para o tratamento desigual, Pieroth e Schilink observam que o Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) adota um modelo alternativo de controle da igualdade. À priori, faz uma distinção segundo a intensidade que o tratamento desigual afeta os atingidos, determinando a partir daí se o princípio da igualdade será entendido como proibição do arbítrio ou como proibição de tratamento desigual sem um fundamento objetivo ponderoso. Em seguida, realiza o controle de constitucionalidade segundo as exigências da proibição do arbítrio ou do princípio da proporcionalidade.

Por esse modelo, se estiver em causa um tratamento desigual de fraca intensidade, o princípio da igualdade significa proibição de arbítrio e consequentemente o controle de constitucionalidade se limita a um controle de evidência de situações de tratamento arbitrário, sendo aceitas as discriminações para as quais exista qualquer fundamento objetivo<sup>185</sup>.

Por outro lado, no caso de um tratamento desigual de forte intensidade, o princípio da igualdade é entendido como proibição do tratamento desigual sem fundamento objetivo ponderoso, a submeter-se à avaliação do princípio da proporcionalidade<sup>186</sup>. Nesse caso, será aceito um tratamento desigual para o qual exista um fundamento objetivo ponderoso, ou seja, um fundamento que se traduza num tratamento proporcionalmente igual.

Com efeito, a adoção do princípio da proporcionalidade no controle da igualdade somente ocorre nos casos de tratamento desigual de forte intensidade, e como tal a proibição do arbítrio não é suficiente para a caracterização do princípio da igualdade.

Sob a lógica desse modelo jurisprudencial alemão, a intensidade do tratamento desigual aumenta tanto mais: a) quanto mais o critério do tratamento desigual se reporte a pessoas e quanto menos se reporte a situações; b) quanto mais o critério do tratamento

---

<sup>184</sup> PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book, parágrafo 460.

<sup>185</sup> PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book, parágrafo 471.

<sup>186</sup> PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book, parágrafo 472.

desigual se assemelhe a um dos critérios proibidos do art. 3-3, da Constituição alemã<sup>187</sup> (categorias suspeitas); c) quanto menos o atingido puder influenciar o critério de tratamento desigual; e d) quanto mais o tratamento desigual dificulte o exercício das liberdades protegidas jurídico fundamentalmente<sup>188</sup>.

Uma vez considerado o princípio da igualdade como proibição de tratamento desigual sem um fundamento objetivo ponderoso, a avaliação segundo o princípio da proporcionalidade<sup>189</sup> importará na aceitação de um tratamento desigual que vise a um fim legítimo; seja apto e necessário para atingir este mesmo fim; e haja proporcionalidade entre o valor do fim e o tratamento desigual.

A crítica que se faz a este modelo alternativo, no qual a sindicabilidade ora se faz mediante o critério da proibição do arbítrio, ora mediante a proibição de tratamento desigual sem um fundamento objetivo ponderoso, diz respeito sobre a dificuldade na identificação dos casos em que a violação possa ser considerada como forte, em confronto com aqueles que possam ser caracterizada como fraca<sup>190</sup>. Com efeito, para se determinar a intensidade do tratamento desigual, há mesmo certa margem de subjetivismo na definição do marco da escala de cada um dos parâmetros segundo as contingências do observador. E sob esse contexto, é factível que seja entendida a igualdade como proibição do arbítrio quando, em verdade, esse critério não seja suficiente para aferir a violação da igualdade.

Outro modelo que se pode evocar para compreensão do tema é o da “igualdade proporcional”, então adotado pela jurisprudência constitucional portuguesa. De estruturação diferente do modelo abraçado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, a fórmula da “igualdade proporcional” considera o princípio da igualdade como proibição do arbítrio acrescido das prescrições do princípio da proporcionalidade no sentido lato (proibição do excesso).

Por esse modelo de uma “igualdade proporcional”<sup>191</sup>, a aferição da violação da igualdade vem ocorrer em dois passos. No primeiro, verifica-se se há um “critério legítimo de diferenciação”, mediante o teste do arbítrio. No segundo, uma vez superado o teste do arbítrio, sucede-se com o teste da proporcionalidade da “medida da diferença”, seguindo as análises próprias dos subprincípios do princípio da proporcionalidade em sentido lato, aferindo-se: a) a legitimidade do fim do tratamento desigual; b) a aptidão da

---

<sup>187</sup> ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. 23 de maio de 1949. Disponível em: <[http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz\\_pt.pdf](http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf)>. Acesso em 19 out. 2013.

<sup>188</sup> PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book, parágrafo 470.

<sup>189</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997, p. 1297;

<sup>190</sup> BRITO, Miguel Nogueira. COUTINHO, Luís Pereira. A “igualdade proporcional”, novo modelo no controlo do princípio da igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 187/2013. **Direito & Política**. Loures: Diário de Bordo editores, n.4, p. 185, jul./out. 2013.

<sup>191</sup> BRITO, Miguel Nogueira. COUTINHO, Luís Pereira. A “igualdade proporcional”, novo modelo no controlo do princípio da igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 187/2013. **Direito & Política**. Loures: Diário de Bordo editores, n.4, p. 186, jul./out. 2013.

medida de tratamento desigual para assegurar um fim e a necessidade deste tratamento, ou melhor, a dimensão do sacrifício, para alcançar esse mesmo fim; e c) a proporcionalidade entre o sacrifício imposto e o benefício alcançado com o tratamento desigual para a prossecução do fim.

Essa fórmula, contudo, também não é imune a críticas. A divisão do controle do princípio da igualdade em um duplo teste – do arbítrio e da proporcionalidade da medida da diferença – pode dar ensejo a uma contradição lógica entre os testes, nos quais o critério legítimo de diferenciação aferido sob o crivo do arbítrio não seja aceitável enquanto fim legítimo sob a ótica do teste do princípio da proporcionalidade.

Por essa perspectiva, Brito e Coutinho observam que o modelo da “igualdade proporcional” em vez de se apresentar como um controle mais denso e exigente do princípio da igualdade, pode em verdade se convolar numa fórmula menos vigorosa, relativamente à satisfação dos testes de cada um dos princípios em que se fraciona o princípio da proporcionalidade no sentido lato (proibição do excesso)<sup>192</sup>.

Independentemente da crítica que se possa fazer aos modelos adotados pela jurisprudência constitucional em geral, é irrefragável que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo vem promover importante reforço ao método de controle do princípio da igualdade.

#### **4.3. O controle do princípio da igualdade na experiência constitucional brasileira**

Por corresponder a um princípio complexo e ainda em fase de consolidação, a igualdade depende sobretudo de modelos de controle para o escopo de se tornar factível sob o aspecto da realização dos propósitos do Estado de direito, democrático e social.

Mas é, sobretudo, nos “casos difíceis”, ou seja, naqueles em que não é fácil saber, *prima facie*, se o tratamento desigual atende aos preceitos da igualdade segundo os valores constitucionais ou se corresponde à sua violação, que a adoção de um método intersubjetivo de controle se faz imprescindível para evitar casuísmos.

No caso da experiência constitucional brasileira, verifica-se que o controle do princípio da igualdade tem seguido um modelo argumentativo baseado na proibição do arbítrio, muito embora num ou noutro acórdão se perceba alguma referência ao princípio da proporcionalidade, contudo sem que se decline especificamente alguma metódica de controle do tratamento desigual por uma razão ponderosa.

À guisa de exemplo dessa observação tomar-se-á a seguir alguns acórdãos do Supremo Tribunal Federal nos quais a igualdade esteja no centro da questão em causa.

Deve-se salientar, entretanto, que longe de querer aferir a correção ou não do conteúdo dos acórdãos, o que se propõe é tão somente perquirir o método adotado pela Corte Constitucional brasileira em termos de controle do princípio da igualdade.

---

<sup>192</sup> BRITO, Miguel Nogueira. COUTINHO, Luís Pereira. A “igualdade proporcional”, novo modelo no controlo do princípio da igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n° 187/2013. **Direito & Política**. Loures: Diário de Bordo editores, n.4, p. 183, jul./out. 2013.

#### 4.3.1. Caso do salário da licença gestante

Na ação direta de inconstitucionalidade ADI nº 1.946-5 DF, o Supremo Tribunal Federal analisou, em julgamento realizado em 3 de abril de 2003, a constitucionalidade do art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, que definiu o limite máximo dos benefícios do regime geral de previdência social, sem estatuir qualquer ressalva quanto ao salário da licença-maternidade mencionada no art. 7º, XVIII, do texto Constitucional<sup>193</sup>.

De acordo com a citada emenda constitucional, uma vez estabelecido o valor do limite máximo do benefício do regime geral de previdência em R\$ 1.200,00, este também seria aplicado à licença-maternidade, não obstante a disposição do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal brasileira assegurar que a gestante tem direito fundamental à licença de cento e vinte dias sem prejuízo do emprego e do salário.

No caso, a Corte constitucional entendeu que a falta de ressalva na emenda constitucional tem o condão de criar uma discriminação entre homens e mulheres, pois o empregador estará conclamado a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam a suas aptidões, salário nunca superior a R\$ 1.200,00 para não ter que responder pela diferença não alcançada pelo regime geral de previdência.

Nas palavras do relator, ministro Sydney Sanches, em voto proferido por ocasião do julgamento da medida cautelar requerida nos autos da ação direta de inconstitucionalidade, a norma assim editada estaria a facilitar e estimular a opção do empregador pelo trabalhador masculino, em vez da mulher trabalhadora, fomentando “a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88)”<sup>194</sup>.

Concluiu então o Supremo Tribunal Federal a ocorrência de violação ao princípio da igualdade em decorrência de discriminação fundada por motivo de sexo, sem uma razão objetiva bastante, motivo por que conferiu ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20 interpretação conforme a Constituição.

#### 4.3.2. Caso da contribuição previdenciária dos servidores inativos e pensionistas do serviço público

Por meio das ações diretas de inconstitucionalidade ADI nº 3.105 e ADI nº 3.128<sup>195</sup>, julgadas em 18.8.2004, o Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade

---

<sup>193</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 23 set. 2013.

<sup>194</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 1.946-5/DF, Medida Cautelar. Relator: Ministro Sydney Sanches. Decisão unânime. Brasília, 29.4.1999. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347341>>. Acesso em 16.9.2013.

<sup>195</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 3.105/DF, Relatora: Ministra Ellen Gracie. Decisão maioria. Brasília, 18.8.2004, Brasília. Disponível em <

do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003<sup>196</sup>, que instituiu a contribuição previdenciária dos servidores inativos e pensionistas do serviço público.

Referida norma ao tempo que instituiu a contribuição previdenciária para inativos também criou diferentes faixas de incidência da contribuição para os aposentados e pensionistas da União e os dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Na proposição prescritiva, os servidores inativos e pensionistas da União contribuiriam para o regime próprio de previdência a partir do valor correspondente a sessenta por cento do que ultrapassasse nos seus proventos o valor máximo dos benefícios do regime geral de previdência social (setor privado). Para os servidores inativos e pensionistas dos Estados, Distrito Federal e Municípios a faixa de incidência seria diferenciada a partir de cinquenta por cento.

A Corte Constitucional manifestou-se à unanimidade no sentido de que o princípio da igualdade foi violado quando a norma jurídica instituiu tratamento discriminatório entre servidores públicos pelo só fato de estarem ligados a outros entes federativos, sendo pois arbitrária a medida legal restritiva.

No voto vista condutor dessa tese, o ministro César Peluso veio assinalar não haver correlação lógico-jurídica a mediar entre o critério de diferenciação tomado pela norma e o tratamento normativo diferenciado do valor dos proventos e das pensões<sup>197</sup>. Assenta assim que a discriminação é injustificada, já que são servidores públicos tanto os da União, como os dos Estados, Distrito Federal e Municípios, e, como tais, estão na mesma situação jurídico-funcional considerada pelo *caput* do art. 4º da Emenda Constitucional. E indaga “por que deveriam uns, por efeito de desconto da contribuição, suportar incidência mais gravosa que a de outros, à só luz da desvaliosíssima circunstância de não pertencerem aos quadros da União”.

---

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>. Acesso em: 16.9.2013.

<sup>196</sup> BRASIL. Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003, publicada no Diário Oficial da União de 31.12.2003. (...) Art. 4º Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

Parágrafo único. A contribuição previdenciária a que se refere o *caput* incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere:

I - cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

Tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República.

II - sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União.

<sup>197</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 3.105/DF, Relatora: Ministra Ellen Gracie. Decisão maioria. Brasília, 18.8.2004, Brasília. Disponível em <  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>. Acesso em: 16.9.2013. p. 238 dos autos.

Noutras palavras, a Corte entendeu não justificado um tratamento desigual para os que são essencialmente iguais, relativamente ao critério diferenciador consistente na condição de servidor público.

Por outro vértice, a Corte, por sua maioria, entendeu não haver violação à igualdade por ter a norma instituído contribuição previdenciária para uma faixa de inativos e pensionistas do serviço público que percebem proventos acima do teto máximo dos benefícios do regime geral de previdência, e não ter feito o mesmo para os inativos do regime geral. Nesse caso, o entendimento resultante foi no sentido de que a relação de igualdade entre aposentados e pensionistas do regime geral e do regime próprio de previdência não é alterada, já que tanto num caso quanto no outro há uma igualdade de tratamento para os que se encontram na mesma situação de inativo. É o caso da faixa de inativos e pensionistas do serviço público que percebem proventos abaixo do teto do regime geral. Em ambos os casos, os aposentados não são tributados, não contribuem para o respectivo regime previdenciário. Não há aí nenhuma desigualdade de tratamento.

Quanto aos inativos e pensionistas do serviço público situados na faixa remuneratória superior ao teto do regime geral, entendeu-se que para estes o tratamento tributário diferenciado resulta da responsabilidade social pelo custeio da previdência, pela distribuição equitativa dos encargos públicos.

A perulstrar os argumentos da Corte constitucional brasileira, emerge o seguinte:

a) há igualdade essencial entre os inativos do regime geral com os inativos do regime próprio que percebem proventos até o limite do regime geral de previdência, de modo que houve um tratamento jurídico igual conferido a estes últimos. Nesse caso, a justificação jurídico-constitucional do tratamento não é relevante;

b) há uma igualdade essencial entre os servidores inativos da União, dos Estados, Municípios e Distrito Federal. E por essa razão, não se vislumbra uma justificação razoável e objetiva para que os servidores da União, Estados, Municípios e Distrito Federal sejam tratados de forma desigual, sem que isso não importe numa discriminação arbitrária.

#### **4.3.3. Caso do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo**

Na ação direta de inconstitucionalidade promovida pela Procuradoria Geral da República ADI nº 4.277-DF e na arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro ADPF nº 132, o Supremo Tribunal Federal analisou quanto à constitucionalidade do tratamento desigual conferido entre a união estabelecida entre homem e mulher e à união constituída por indivíduos do mesmo sexo.

Ao decidir a questão, em julgamento realizado em 5.5.2011, a Corte Constitucional brasileira entendeu que o sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Entendeu ainda que há isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos a resultar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Em face disso, decidiu por conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 1723 do Código Civil, para excluir do dispositivo qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo enquanto entidade familiar.

No julgado, portanto, a Corte constitucional brasileira deixa patente que reconhece a igualdade essencial entre casais heterossexuais e casais homossexuais, bem assim que a ordem normativa infraconstitucional tem conferido tratamento diverso entre esses iguais, sem contudo, estabelecer qualquer argumento razoável que ampare a diferenciação ou a exclusão das uniões homoafetivas do conceito constitucional de família.

## 5. Conclusão: um controle ainda inacabado

Consoante resultou desenvolvido ao longo deste estudo, é de se sintetizar o seguinte:

1) Em que pese a sua evolução ao longo de duzentos anos e de reunir as diferentes dimensões (liberal, democrática e social) catalisadas durante o seu processo de formação, o princípio da igualdade não é um princípio perfeitamente acabado e estável, mas ainda aberto, controvertido e de compreensão nem sempre uniforme.

2) Por encerrar um conceito axiologicamente neutro, a partir do qual não é possível determinar o que se deve considerar igual, haja vista a impossibilidade de se especificar objetivamente todos os critérios admissíveis de diferenciação, a compreensão da ideia de igualdade passa a ser articulada concomitantemente com o seu método de controle. Igualdade passa a ser assim o tratamento igual dos iguais e, desigual, dos desiguais, segundo a metódica adotada.

3) Não há um modelo perfeito e inacabado de controle do princípio da igualdade, porquanto sempre há espaço para subjetivismo em algum aspecto considerado durante a análise da distinção de tratamento.

4) Na experiência constitucional brasileira, ao contrário da que se verifica na América do Norte e na Europa, a igualdade tem se resumido a ideia da proibição do arbítrio, nada obstante existam menções aqui e acolá ao princípio da proporcionalidade, contudo sem aplicação metódica firmada pela Corte.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução do grego por Mario da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, c1985.

BOBBIO, Norberto. **Igualdad y libertad**. Traducción de Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1993.

\_\_\_\_\_. **Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 2ª reimpressão. São Paulo: Editora Unesp, 1995

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**, 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CASTANHEIRA NEVES, A. **O instituto dos “Assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. 1ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1983.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de Alex Martins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996

LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. Tradução de Anoar Aiex. Pirapozinho: Nova Cultural.

\_\_\_\_\_. **O segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução de Júlio Fischer. 1º ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais**. Tomo IV. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**, 1º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006

PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book.

PLATÃO. **As Leis**. Bauru: Edipro, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem da desigualdade. Tradução de Maria Lacerda de Moura. Editora Ridendo Caddtigat Mores, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BÍBLIA. Traduzida em Português por João Ferreira de Almeida. Revista e Corrigida. Ed. 1995. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1995.

BRITO, Miguel Nogueira. COUTINHO, Luís Pereira. A “igualdade proporcional”, novo modelo no controlo do princípio da igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 187/2013. **Direito & Política**. Loures: Diário de Bordo editores, n.4, p. 182-191, jul./out. 2013.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Igualdade Material e Discriminação Positiva: O princípio da Isonomia**. Artigo publicado no sítio da Universidade do Vale do Itajaí. Núcleo de Estudos Jurídicos. Vol. 13. n. 2. p. 77-92 / jul-dez 2008. Disponível em: <[www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/1441/1144](http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/1441/1144)> Acesso em: 8 set 2013.

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. 23 de maio de 1949. Disponível em: <  
[http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz\\_pt.pdf](http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf)>. Acesso em 19 out. 2013.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Publicada no Diário Oficial da União nº 191-A, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 23 set. 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 1.946-5/DF, Medida Cautelar. Relator: Ministro Sydney Sanches. Decisão unânime. Brasília, 29.4.1999. Disponível em <  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347341>>. Acesso em 16.9.2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 3.105/DF, Relatora: Ministra Ellen Gracie. Decisão por maioria. Brasília, 18.8.2004, Brasília. Disponível em <  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>. Acesso em: 16.9.2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 4.277-7/DF, Relatora: Ministro Ayres Britto. Decisão unânime. Brasília, 5.5.2011, Brasília. Disponível a partir de <  
<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>>. Acesso em: 16.9.2013.