

## DESIGUALMENTE IGUAIS

**Rui Magalhães Piscitelli**  
*Procurador Federal e Mestrando em Direitos Fundamentais  
pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA – RS*

Instados que fomos a apresentar um artigo para logarmos a conclusão da Cadeira de Teoria dos direitos fundamentais, no Programa de Mestrado da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA-RS, não hesitamos em aprofundar a análise da igualdade.

Isso porque, recentemente, tivemos a distinção de participar, enquanto Membro da Advocacia-Geral da União, da discussão acerca da constitucionalidade ou não da política de cotas raciais e sociais para o ingresso nas Universidades públicas federais.

Ora, como entender, de um lado, impetrantes de mandados de segurança buscando, segundo eles, a igualdade, a qual teria sido ferida pela introdução de tal sistema, e, de outro, as Universidades, objetivando manter tal política pública, sob o argumento de que, somente com eles, seria possível o atingimento da plena igualdade quando se trata de acesso ao ensino superior ?

Resumindo, ambos os contendores sustentavam suas proposições, formalmente, sobre o mesmo princípio da igualdade.

Partindo, então, para a problematização da questão, objetivo do conhecimento científico, passaremos a analisar o tema.

Nossa matriz doutrinária será a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, além de farto apoio doutrinário e jurisprudencial; contudo, inicialmente, faremos uma breve digressão sobre a evolução dos direitos fundamentais, sob um prisma diacrônico, o que se mostra indispensável para o bom entendimento da questão ora posta.

Alertamos, todavia, que a análise sincrônica não será olvidada, senão combinada com a evolução história do constitucionalismo.

### **1 - UM POUCO SOBRE A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:**

Tendo em vista a história da humanidade, podemos considerar a idéia de direitos fundamentais como neófito.

Recordando Ortega Y Gasset, de que “o homem é o homem e suas circunstâncias”, muito teve de ser construído pela civilização até se chegar à estruturação de tais direitos.

Como fatos históricos importantes em tal percurso, temos a edição da Magna Carta inglesa, de 1.215, o Bill of rights britânico, de 1.689, a independência das 13 colônias, que redundou na Declaração da Virgínia, de 1.776, e, em 1.787, na Constituição dos, agora, Estados Unidos da América do Norte, a Revolução Francesa de 1.789, a industrialização do século XIX, a Constituição Mexicana de 1.917, a Constituição de Weimar, de 1.919, a 1ª e a 2ª Guerras Mundiais, o socialismo de Estado, a Constituição Portuguesa de 1.976, e, recentemente, a idéia

de vinculação de tais direitos não somente em face do Estado, senão, também, frente aos particulares.

À cada fase, então, à qual a doutrina constitucional denomina de dimensão, dada a evolução jurídica e social, novos direitos são agregados aos já então existentes.

Para introduzirmos, então, a 1ª dimensão dos direitos fundamentais, necessitamos entender o momento histórico de seu nascedouro.

Em uma sociedade absolutista, controlada pela Realeza e pela Igreja, sequer as mínimas garantias humanas eram respeitadas.

Para se ter uma idéia da personalização total do poder na figura do Monarca, relembre-se a frase de Luís XVI: "L'Etat c'est moi".

E, do descaso do Governo com a população, tenha-se presente a frase de Maria Antonieta, a última Rainha da França, ao ser informada de que o povo francês não tinha sequer pão para comer: "Se não têm pão, comam brioques".

Nesse cenário, então, rompeu a Revolução Francesa.

O terceiro Estado, o povo, então se auto-proclamou no poder, tendo seguido, pois, uma Revolução muito sangrenta e de raízes profundas.

O objetivo dos revolucionários era, mesmo, reiniciar a história, uma história que deveria ter respeito com o recém-nascido cidadão.

E, aqui, note-se uma sensível diferença com o movimento de independentização das 13 colônias inglesas, o qual visava a, na América, dar continuidade a um sistema político e social adotado na Europa.

Por oportuno, veja-se que as 13 colônias tentaram negociar muito com a Coroa inglesa, a qual, insensível, entrou em luta, vindo a perde-la.

E, para garantir que os direitos insculpidos na Declaração Universal dos direitos do homem e do cidadão fossem efetivos, ao Estado coube o papel de uma atitude do tipo negativa.

Isso quer dizer que o Estado, até então onipresente na sociedade, deveria se abster de interferir na vida social, tendo os cidadãos a liberdade para conduzir suas vidas da melhor maneira que lhes aprouvesse, tendo apenas como limite o direito de outro cidadão.

Na economia, o liberalismo triunfava.

A teoria do *laissez faire, laissez passer*, significava que o Estado, quanto mais ausente na vida das pessoas, mais eficiente o seria, pois exclusivamente a iniciativa privada poderia ter ingerência na economia.

Resumindo, o máximo que se podia esperar do Estado era ser um não-Estado.

O princípio da igualdade assim estava assentado na Declaração Universal dos direitos do homem e do cidadão, logo a igualdade era conceituada como um valor formal, no qual, simetricamente, eram desconsideradas as diferenças pessoais, e um mesmo paradigma era a todos aplicado.

Verdadeiramente, a Revolução francesa cumpriu seu objetivo de libertar o homem do Estado; porém, e já adentrando na 2ª dimensão dos direitos fundamentais, não teve a preocupação de libertar o homem do próprio homem !

Isso porque a burguesia, a classe social que surgia para o controle da sociedade, era composta por donos de capital.

O homem, por consequência, despossuído de meios financeiros, continuava refém, não mais agora do Estado (esse “grande e robusto artificial” de Hobbes), mas dos donos dos meios de produção.

No século XIX, a industrialização avançava, e, na sua esteira, a urbanização.

Idéias anarquistas (citar autores) e socialistas redundaram, em 1.917, na Revolução russa, a qual destronando os czares, prometia ao povo, logo após uma fase de controle total pelo Estado, necessária para o aniquilamento das resistências ao novo regime, o comunismo, no qual, já sem o Estado, tudo seria de todos.

Também, da mesma época, as Constituições Mexicana e de Weimar, reconheciam que já não bastava a não-atuação do Estado na sociedade, isso sim, teria levado à submissão de hordas de cidadãos a poucos donos de capital.

Ao Estado, agora, caberia uma postura proativa, de ingerência na sociedade para, tendo também o cuidado de não retornar à sua posição absolutista, garantir o equânime desenvolvimento social.

Esse movimento, após a 2ª Guerra Mundial, a literatura denominou de Estado de bem estar social, o “welfare state”.

E, aqui, a igualdade, no seu conceito formal, já não servia de meio de atuação para o Governo. Este tinha, isto sim, de proceder à equalização material da sociedade. E, para isso, tinha, por vezes, de tratar faticamente desigualmente os cidadãos, para, assim, trata-los igualmente de direito.

De 1.976, então, temos a Constituição Portuguesa, a qual, finalmente, prometia uma transição, de um Estado democrático de direito para um Estado de Direito democrático.

Sem parecer um simples jogo de palavras, a intenção dos constituintes lusitanos era a de promover uma 3ª dimensão de direitos fundamentais, na qual a solidariedade entre os homens teria lugar.

Nessa fase, então, os direitos de igualdade material e os direitos sociais, em tese, já estariam garantidos à toda a população. Seria o momento, pois, de integrar a coletividade em valores éticos que os fortalecesse como nação.

Encerrando as dimensões dos direitos fundamentais, noticiamos que direitos de 4ª e de 5ª geração têm sido anunciados; porém, sem muita repercussão na teoria constitucional.

## **2 – A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:**

Neste ponto, já tendo percorrido, ainda que muito resumidamente, a história dos direitos fundamentais, cabe colocar a seguinte questão: considerando que caísse um extraterrestre na terra, e visse as garantias acima, ele certamente afirmaria: este é um planeta no qual o respeito ao ser humano parece estar sobremaneira garantido. Como responderíamos, então, ao alienígena ?

De fato, o rol dos direitos fundamentais é muito completo.

O Professor Ingo Sarlet chega a sustentar que o art. 5º da nossa Carta Magna não é, em hipótese alguma, exaustivo na sua listagem.

Tranqüilamente, o Professor Ingo nos aponta inúmeros outros direitos na Constituição, fora do art. 5º, que têm o status de direito fundamental. Mais, inclui nesse extenso rol os decorrentes de Tratados internacionais e, mesmo, direitos que estariam implícitos ao redor de todo sistema acima.

O próprio Supremo Tribunal Federal carimbou a anterioridade, do capítulo do sistema tributário nacional, como direito fundamental, como se vê da ementa da ADIN nr. 939/DF, publicada no DJU de 18/03/1.994.

*“EMENTA: - Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisorio sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originaria, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precipua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no paragrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributaria recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que e garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, "a", da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: "b"): templos de qualquer culto; "c"): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e "d"): livros, jornais, periodicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequencia, e inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidencia do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993” (grifo nosso)*

Contudo, o maior problema hoje no tocante aos direitos fundamentais é a sua efetividade.

É verdade que existem países em que já não se preocupam mais com a garantia dos direitos sociais, estão sobremaneira preocupados com direitos difusos, como a manutenção do meio-ambiente equilibrado.

Contudo, temos países, como o Brasil, no qual o emprego continua sendo uma preocupação. E uma grande preocupação !

No mundo dos fatos, basta ficarmos por algumas horas dentro de um Fórum trabalhista para constatarmos as diárias ameaças aos direitos trabalhistas a que os trabalhadores são submetidos.

No modelo de Constituição que fora proposto no Brasil em 1.891 por Rui Barbosa, tese não vencedora à época na qual ao lado de cada direito estaria arrolada uma garantia, seria a jurisdição constitucional a garantia da própria existência dos direitos fundamentais.

No Brasil pós-ditadura militar, a idéia de supremacia das normas constitucionais sobre as leis não encontrava eco.

Assim, a despeito de a intenção do constituinte de 88 ter se encarregado de “recheiar” o texto com direitos de 3ª geração, não podemos nos esquecer de que a Carta Maior, na práxis, teve – e ainda tem, ainda que um pouco menos – intérpretes impregnados do dogma da legalidade.

Mais: no Brasil pós ditadura militar, na década de 80, até mesmo os direitos da chamada 1ª geração, ou dimensão, quais sejam, o de abstenção do Estado, eram difíceis de ser respeitados.

Sem dúvida, a Carta de 88 seguiu a linha dirigente de Canotilho, na linha que sustentava, a qual objetiva, com a introdução de valores avançados no texto Maior, fazer com que a sociedade os busque como objetivo .

Registre-se que importantes instrumentos como o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (parágrafo 2º do art. 103 da Carta) foram instrumentos criados pelo constituinte originário para efetivação dos direitos fundamentais.

Mas como já analisamos, a terra na qual foram jogadas as sementes da nova geração de direitos, digamos, não estava, assim, tão “adubada” democraticamente.

Vide, abaixo, a respeito, a interpretação dada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal acerca da real eficácia de tais institutos, no caso, do mandado de injunção (diga-se que entendimento análogo foi aplicado no caso da Adin por omissão), na Ementa do mandado de injunção nr. 448, publicado no DJU de 06/06/1.997 :

***“Mandado de injunção. Exclusão do INSS da relação processual. Falta de regulamentação do inciso V do artigo 203 da Constituição. Mora do Congresso Nacional. Deferimento, em parte, do mandado de injunção, para reconhecer a mora do Congresso Nacional, dando-se a este ciência para que seja regulamentado o inciso V do artigo 203 da Constituição Federal.”***

Vide, também, que aos Cursos jurídicos o tema constitucional é de somenos importância, ocupando, na maioria das Universidades, 2 semestres tão-somente.

E, mesmo nos outros quase 10 semestres, os outros ramos do Direito (Civil, Penal, enfim), não têm como critério maior de interpretação a Carta constitucional !

No dia-a-dia acadêmico, vemos que disciplinas como Filosofia, Sociologia e Hermenêutica não “colam” entre os alunos, pois, afinal, o importante não é conhecer os artigos das leis ???

Aí começam a ser formados os “juristas” do futuro ....

Por exemplo, por que somente há pouco (como noticiado abaixo do Informativo nr. , do Egrégio Supremo Tribunal Federal) foi estendido às medidas de segurança a limitação em 30 anos de cumprimento aplicada às penas privativas de liberdade ?

Como não tinha se pensado nisso antes ???

A essa idéia acima exposta, o Professor Lênio Streck nos chama atenção quando sustenta: “o ensino jurídico enquanto instância de reprodução do habitus”.

Mesmo quando os operadores se arriscam a aplicar os princípios, diz o Professor Lênio, o problema não diminui.

Toma como exemplo o princípio da supremacia do interesse público, nas petições apresentadas pela Fazenda Pública.

Mas, afinal, questiona, por que é dado como questão pacífica que interesse público é o da Fazenda ???

Interesse público não poderia ser, a título de reflexão, o interesse da sociedade quando o Estado se distancia dos preceitos emanados na sua Carta fundante ???

Em tal modelo, pensamos, o Direito pouco é renovado, senão reproduzido.

Lênio Streck, nesse cenário, não vê como as idéias revolucionárias da Carta Cidadã de 1988 pudessem ter sido assimiladas pelos juristas, daí alertando para a urgente mudança que se faz necessária na práxis do Direito .

Registre-se, para concluir o presente capítulo, que, nesse contexto, o próprio conceito de Constituição dirigente de Canotilho, o qual faz com que a Carta induza à transformação da sociedade, fica em perigo, como nos ressalta sobre o assunto o próprio Constitucionalista português: *“a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. ”* , em citação na obra do Professor Lênio Streck.

### **3 – IGUALDADE NA LEI E PERANTE A LEI :**

Na teoria constitucional dos direitos fundamentais, é importante a distinção entre igualdade na lei e igualdade perante a lei.

O conceito comezinho, ainda que sob uma ótica formal, de igualdade perante a lei corresponde a que todo ato legislativo deve produzir os seus efeitos indistintamente sobre as pessoas nele elegidas.

Ou melhor, na medida em que temos uma possibilidade legal de concessão de um novo benefício previdenciário, por exemplo, todas as pessoas que preencham aqueles pré-requisitos exigidos pelo legislador devem ter direito a usufruí-lo.

O conceito de igualdade perante a lei pressupõe que a sua aplicação seja a mesma para todos nas condições por ela assinalada.

Conceito distinto é o da igualdade na lei.

Este, de índole bem mais democrática, consiste em que, na sua elaboração, o legislador esteja submetido a criar normas que não firam a igualdade entre os cidadãos.

Tal instituto encontra muitos obstáculos no Poder Legislativo, pois este, segundo seus seguidores, é que seria o palco soberano para a elaboração das leis, passando por escolhas de conduta e sanções a que os cidadãos estariam submetidos.

Entendermos que o Legislativo estaria vinculado a tal exigência seria entender que caberia ao Poder Judiciário o seu controle.

Questão que nos fica a refletir é : o Poder Legislativo, na feitura das normas cogentes para toda a população, deveria ou não estar submetido a seguir o respeito ao princípio da igualdade ? Isso poderia, de alguma forma, ferir a independência entre os poderes ?

#### **4 – IGUALDADE FORMAL E MATERIAL :**

Nesta altura da exposição, acreditamos ser possível fazer o aprofundamento dos conceitos de igualdade formal e material.

Até o presente, quando nos referimos à igualdade, insito estava seu conceito formal, ou seja, aquele que significa que a todos deve-se aplicar, literalmente, a mesma norma.

Exemplificando, quando temos uma norma tributária que dá isenção a determinada operação, todos os contribuintes que satisfizerem seus requisitos devem fazer jus à sua exclusão.

A igualdade formal nos remete a seu conceito liberal, da 1ª dimensão dos direitos fundamentais, ou seja, o cidadão não é diferenciado do outro para fins de adequação à norma..

Diferentemente, a igualdade material pressupõe que as pessoas são diferentes.

Para isso, há que se entender que, na sociedade contemporânea, os cidadãos devem ter tratamento diferenciado na medida em que a desigualdade entre eles obstaculizar que a mesma norma surta os mesmos efeitos em toda a sociedade.

A igualdade material é um conceito que deve ser operado pelos 3 Poderes na medida em que a situação fática entre os cidadãos seja extremamente diferenciada.

Como nos ensina Alexy, primeiramente sobre sua correta aplicação, e, logo após, para o risco de seu desvirtuamento (fl. 391 e 397):

*“No está prohibido todo tratamiento desigual de casos esencialmente iguales, sino sólo el tratamiento desigual arbitrario de casos esencialmente iguales ... Si hay razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigua l... La máxima de la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal o para el tratamiento legal igual no es posible encontrar una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna otra forma, sea concretamente comprensible, es decir, cuando la disposición tiene que ser calificada de arbitraria. “*

Encerrando o presente capítulo, citamos, por magistral, citação do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu “Desequiparações proibidas, desequiparações permitidas”, sobre a fundamentação de haver a discriminação chamada de positiva:

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

#### **5- UM POUCO SOBRE AS AÇÕES AFIRMATIVAS:**

Na nossa época, indissociável, quando falamos sobre igualdade material, tocamos no assunto das ações afirmativas.

Sua utilização foi inicialmente feita na sociedade americana, na década de 60, sob o Governo do Presidente Kennedy, o qual, constatando a grande diversidade da sociedade americana, pregava medidas que pudessem incluir aqueles que jamais teriam acesso ao “mundo moderno” sem uma atitude positiva estatal.

O Professor Barbosa Gomes, em artigo sobre o tema, assim bem sintetiza a necessidade de sua adoção pelo Estado:

*“Esta, portanto, é a concepção moderna e dinâmica do princípio constitucional da igualdade, a que conclama o Estado a deixar de lado a passividade, a renunciar à sua suposta neutralidade a a adotar um comportamento ativo, positivo, afirmativo, quase militante, na busca da concretização da igualdade substancial “*

Veja-se, com isso, que ao Estado, desde a 2ª dimensão dos direitos fundamentais, não cabe somente uma posição passiva, esta característica da 1ª fase constitucional.

Assumida a figura do pacto social entre os homens, a este “grande e robusto homem artificial” cabe, em contraprestação à parte da liberdade perdida das pessoas, oferecer condições para que a sociedade se desenvolva num ambiente de tranqüilidade.

E, para isto, o Estado deve, sim, intervir na sociedade, procurando diminuir as desigualdades fáticas para que a igualdade jurídica prevaleça.

Nesse estágio, então, nenhum instrumento mais valioso do que a utilização das ações afirmativas.

Como exemplos de políticas públicas nesse sentido, temos o percentual mínimo de mulheres candidatas por agremiação política, a reserva de vagas para deficientes em concursos públicos, e, recentemente, a adoção das cotas raciais e sociais para o ingresso nas Universidades públicas federais.

Brilhantemente ilustrando o assunto, Alexy sintetiza:

“Este cuadro obtiene um mayor refinamiento si se consideran los derechos de igualdad prima facie abstractos de los cuales – al igual que em el caso de los principios definitivos abstractos – hay dos. Uno de ellos responde al principio de la igualdad de iure; el otro, al de la igualdad fáctica. El derecho prima facie a la igualdad de iure puede ser formulado como derecho prima facie a la omisión de tratamientos desiguales; en cambio, el derecho prima facie a la igualdad fáctica es un derecho prima facie a acciones positivas del Estado”

## **6- A LEGIMIDADE PARA A APLICAÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL:**

Questão de não somenos relevância é se o Poder Judiciário estaria restringido à aceção formal do conceito de igualdade, ou se, no caso concreto, a ele seria legítimo tratar diferentemente onde o legislador e o Poder Executivo não o fizeram.

A resposta a tal indagação passa pela formatação de Poder Judiciário desejado pela sociedade.

Verdade é que sua independência está garantida na Carta Maior; contudo, com a configuração de que deve se pautar harmonicamente com os outros Poderes da República.



Também é verdade que ao Poder Judiciário cabe, precipuamente, a garantia de pacificação social, via soluções exaradas em processos a que é provocado a dirigir.

Mas, pergunta-se, é possível, no nosso tempo, que a fonte das decisões judiciais seja somente a lei ?

Pensamos que não, isto porque o juiz “bouche de la loi”, correspondente à 1ª dimensão dos direitos fundamentais deve ser substituído pelo Magistrado “bouche de lê droit”, na expressão de Lênio Streck.

Tenha-se em mente que o Judiciário, já há algum tempo, não está conforme com seu papel passivo e aplicador da lei.

Como exemplo, podemos citar a criação jurisprudencial da figura dos juro compensatórios, nas desapropriações.

Ao Juiz, hoje, cremos que a justiça deve ser seu norte, e, para isso, a igualdade material deve ser considerada em suas decisões, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas diferenças.

Claro é que o aparato legislativo existente não deve, em hipótese alguma, ser desconsiderado, sob pena de ilegitimidade do juiz para tal, afinal, lembremos, que, dos Membros dos 3 Poderes, o único que não passa pelo crivo da legitimidade popular são os do Poder Judiciário. Isso deve ter de significar algo ...

Mas, no âmbito das políticas públicas, a questão assume contornos especiais, isto porque, classicamente, tal função estava adstrita à competência do Poder Executivo.

O Judiciário evitava adentrar em questões que se aproximassem do mérito administrativo. A respeito disso, a remansosa jurisprudência do Egrégio STF e STJ.

Contudo, recentemente, por ocasião do julgamento da Arguição de descumprimento de preceito fundamental, ADPF nr. 45, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, datada de 29/04/2.004, na pena do Excelentíssimo Ministro Celso de Mello, deixou assentado que, em se tratando de direitos fundamentais, cabe, sim, ao Judiciário proceder à implementação de políticas públicas, verificada a omissão do Poder Executivo, abaixo:

*“certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).”*

Da venerável decisão acima, podemos ter um sinalizador da última palavra do País, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, sobre a matéria.

Tal decisum deve guiar todos os Juízes brasileiros no sentido de que devem fazer uso, sim, do conceito de igualdade material, e, para implementá-lo, podem instrumentalizá-lo sob forma de políticas públicas.

Contudo, não deve haver excesso no manejo de tal competência, pois a função precípua de formulação de políticas públicas continua sendo do Poder Executivo, e, da elaboração das regras primárias, do Poder Legislativo. Repita-se, os 2 Poderes da República com legitimidade popular para as escolhas de vias próprias para a pacificação social.

Muito nos vale, mais uma vez, para este ponto, o escólio de Alexy, abaixo :

“El concepto de la igualdad de hecho se presta especialmente para diversas interpretaciones. Ello se debe a que con respecto a la igualdad o desigualdad de hecho pueden hacerse valer criterios muy diferentes, por ejemplo, dinero, educación, influencia política, capacidad de autodeterminación, desarrollo de dones y talentos, reconocimiento social, posibilidades de ascenso en los diferentes ámbitos sociales, autorrespeto, realización de los planes de vida y satisfacción personal... Pero, toda teoría de la igualdad fáctica es un programa para la distribución de los bienes distribuibles en una sociedad”

Isto quer dizer que a análise desses fatores geradores de igualdade devem ser sopesados pelo legislador e pelo Executivo para a feitura das normas e para a formulação de políticas nacionais, respectivamente, cabendo, isto sim, ao Poder Judiciário, em casos limites, proceder à adequação dos casos que lhe são submetidos à efetiva aplicação dos direitos fundamentais.

## **7 – CONCLUSÕES:**

Ao final do presente artigo a que nos propusemos fazer uma breve reflexão sobre a igualdade, ficamos com algumas impressões que gostaríamos de compartilhar com a comunidade.

Primeiramente, vale ressaltar que o conceito de igualdade material longe está de estar definitivamente formatado.

Contudo, nem por isso, não podemos, incontinenti, caracterizá-lo no pressuposto de que ele está encenado numa sociedade desigual, e, especificamente em nosso País, extremamente desigual.

Lembre-se que poucos países do Mundo têm a renda mais desigualmente distribuída que o Brasil.

Assim sendo, totalmente descabida a aplicação de um conceito de igualdade formal, no qual ao Estado cabia não intervir.

Pelo contrário, em tal estágio, deve, sim, o Estado intervir na sociedade, equalizando ao máximo as situações fáticas, para que o Direito elaborado pelo legislador possa encontrar um campo de aplicação uniforme à sua incidência.

Não o fazer põe em risco a própria razão de existir do Estado.

E, neste momento em que assistimos à vitória do “não” no referendo sobre a proibição da comercialização de armas de fogo e munição no Brasil, não há como concluir que o Estado tem falhado em seus deveres.

E a população, arriscamos nós, já desenha motivação para, pelo menos, readequar os termos do pacto social firmado, no sentido de que, no fracasso do “grande e robusto homem artificial” na garantia da pacificação social, uma parcela maior de liberdade seja restituída à sociedade.

Afinal, se pagamos impostos, e, também, plano de saúde, escolas particulares, segurança privada, seguro de carro e residências, não há que se repensar os termos de tal contrato ?

Muito importante de nota nos leva o raciocínio do Professor Steinemetz, com a idéia nova ainda em nosso País, da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Veja-se que há várias empresas por todo o mundo que têm um patrimônio maior do que o PIB de muitos países.

Nesse contexto, deveria continuar sendo somente o Estado o devedor do respeito aos direitos fundamentais ?

Pensamos que não.

Sobre isso, trazemos à colação importante julgado do Egrégio Supremo Tribunal Federal, RE nr. 201.819, cujo julgamento ainda não foi encerrado, mas que anota, ineditamente, que os particulares também se vinculam à obediência dos direitos fundamentais, como já afirmara o Dr. Wilson Steinmetz, abaixo no seu informativo nr. (ver número do informativo):

*A Turma retomou julgamento de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que mantivera decisão que reintegrara associado excluído do quadro da sociedade civil União Brasileira de Compositores - UBC, sob o entendimento de que fora violado o seu direito de defesa, em virtude de o mesmo não ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua punição — v. Informativos 351 e 370. O Min. Joaquim Barbosa, em voto-vista, acompanhando o Min. Gilmar Mendes, negou provimento ao recurso. Entendeu que os princípios fundamentais têm aplicação no âmbito das relações privadas e que, na espécie, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório deveriam ter sido observados na exclusão de sócio, tendo em conta a natureza peculiar da associação em causa, a qual possui caráter quase público. Por fim, asseverou que a incidência de direitos fundamentais nas relações privadas há de ser aferida caso a caso, para não se suprimir a autonomia privada. Por outro lado, o Min. Carlos Velloso dissentiu e, seguindo o voto da Min. Ellen Gracie, relatora, deu provimento ao recurso. Considerou que a questão cinge-se ao âmbito infraconstitucional, haja vista tratar-se de alegação de ofensa ao princípio do devido processo legal, cuja lei, no caso, seria o estatuto da associação a qual o recorrido aderira. Ressaltou, ainda, que, aplicado o Novo Código Civil, o tema seria de legalidade e que, incidente o antigo, de matéria regimental. Após, pediu vista o Min. Celso de Mello*

(GRIFO NOSSO)

Também digno de menção é a visão ampla de legitimidade para a interpretação da Constituição, que nos é dada por Peter Haberle.

O Autor, no texto, apresenta importantes reflexões sobre a questão de como interpretar a Carta Maior, tentando quebrar paradigmas estabelecidos como a autoridade única do Estado em proceder à tal hermenêutica.

Uma leitura conjunta da Constituição com as ciências sociais é imperiosa, na medida em que o contexto da sociedade deve influenciar no tratamento para aplicação da norma maior.

O interesse público, ressalta o autor, deve ser levado em consideração para a concreção dos preceitos constitucionais.

E isso somente é possível de ocorrer se a sociedade é capaz de compreender o alcance das normas lá contidas. A própria eficácia das normas constitucionais está a isso submetido.

Numa sociedade aberta, então, as soluções não devem estar cingidas a gabinetes de juristas que se auto intitulam detentores do poder exclusivo da interpretação de dispositivos da Carta Magna.

A interpretação viva da Constituição, com a percepção de diversos setores sociais confere vida longa às suas determinações.

É, como refere o Autor: “uma teoria da Constituição e da hermenêutica propiciam aqui uma mediação específica entre Estado e sociedade”.

Mas, na prática, como isso se manifesta ?

Simple, ao redigir um recurso extraordinário, um Advogado dá a sua interpretação a um dispositivo constitucional; um servidor público, ao analisar um pedido administrativo, também deve prestar sua hermenêutica constitucional ao ato; até uma convenção de condomínio deve concertar suas regulamentações, ainda que muito microsociais, à força vinculante da Carta fundante.

Os próprios parlamentares devem ser intérpretes da Constituição, na medida em que, lidando diariamente com o processo legislativo, deve este guardar harmonia, sob pena de inconstitucionalidade das normas criadas, via Poder Judiciário, este, é verdade, o árbitro último das questões constitucionais, mas, e daí a importância do presente estudo, após sopesamento temperado da provocação a que foi submetido.

Lembramos também que o processo de participação popular crescente no processo legislativo brasileiro (como exemplo a iniciativa popular, as audiências públicas da lei de responsabilidade fiscal) têm, recentemente, encontrado o contraponto da intervenção da sociedade no processo judiciário, via ação popular e a criação da figura do amicus curiae, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade.

E é essa possibilidade de interpretação por parte de diversos atores sociais que deve ser estimulada, pois não devemos nos esquecer de que não é a sociedade que vive para o Direito; e sim, este para pacificar aquela.

Concluindo, conclamamos toda sociedade e os membros dos 3 Poderes para não mais utilizarem o conceito de igualdade pressupondo a igualdade fática entre os cidadãos, esta, deve sim, ser pressuposta,

E, para isso, a concepção de igualdade material deve pautar a argumentação jurídica, aplicando desigualmente a lei para criar a igualdade de todos perante o Direito !

Dedico o presente estudo, mais uma vez, ao Sr. Roberto Bocaccio Piscitelli, meu querido Tio Beto, o qual me ensinou que a unidade é encontrada senão no plural, e a razão de viver, sobretudo, no legado que deixamos aos que nos sucederão. Muito obrigado, Tio Beto !

## 8 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Alexy, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid. Editora Centro de estudios políticos y constitucionales, 2.002;
- Bandeira de Mello, Celso Antônio. Princípio da isonomia:: deequiparações proibidas, desequiparações permitidas. In: Revista trimestral de Direito Público, nr. 01, 1.993, pp 156-158;
- Gomes, Joaquim Barbosa, O debate constitucional sobre as ações afirmativas. [www.mundojuridico.com.br](http://www.mundojuridico.com.br).Disponível em [www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=33](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=33). Acesso em 25/10/2.005;
- Haberle, Peter. Hermenêutica Constitucional. Porto Alegre. Editora SAFE, 1997;
- Sarlet, Ingo Wolfgang, A eficácia dos direitos fundamentais. 4ª edição. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 2.004;
- Steinmetz, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo. Editora Malheiros, 2.004;
- Streck, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 2.002;