

IGUALDADE, ISONOMIA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: CONQUISTAS E DESAFIOS DOS ÚLTIMOS VINTE ANOS

Cíntia Regina Béo¹

Sumário: 1 Introdução. A terminologia: igualdade ou isonomia? 2 Desenvolvimento da noção de igualdade sob o prisma histórico-jurídico 2.1 Considerações gerais 2.2 As influências franco-americanas no constitucionalismo moderno e na delimitação do princípio da igualdade. 2.3 As Constituições brasileiras. 3 Os desafios atuais do princípio da igualdade: a fragmentação e os estatutos. 3.1 Panorama geral da Constituição Federal de 1988. 3.2 Os desafios da igualdade e do tratamento isonômico na atualidade 4 Conclusão. 5 Referências.

1 Introdução. A terminologia: igualdade ou isonomia?

Igualdade e isonomia são termos que sempre se apresentam de forma muito próxima, causando uma primeira inquietação metodológica, a ser respondida antes mesmo de aprofundarmos o tema principal, que é a evolução da questão da igualdade/isonomia sob a vigência da Constituição Federal de 1988. Ao se tratar de igualdade/isonomia estar-se-ia diante de termos sinônimos? Ou apesar de similitudes, igualdade e isonomia seriam termos diversos com conteúdos específicos? Tal indagação não é estéril ou meramente acadêmica, considerando-se a força e a importância que a interpretação constitucional assumiu na vigência da Constituição Federal de 1988, sobretudo na jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal.

¹ Doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Professora de direito constitucional e direitos humanos em cursos de graduação e pós-graduação. Assessora de Defesa da Cidadania da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo.

Consideramos que a interpretação constitucional possui um papel fundamental na consolidação de um sistema jurídico. Dar-se-á, por intermédio da interpretação constitucional, a harmonização de diferentes princípios e valores que coexistem em um sistema, que não se vale apenas de um sistema hierárquico e pré-ordenado, mas também de princípios com diferentes graus de concretização². No mesmo sentido da importância da interpretação, afirma-se que o sistema também se forma por meio da interpretação e da consideração dos elementos valorativos constantes das normas.³

Destarte, a precisão terminológica que se conseguir alcançar será fundamental para a interpretação dos termos apresentados e consolidará o sistema normativo constitucional, estabelecendo conteúdo aos vetores principiológicos que igualdade e isonomia evocam.

O estudo da terminologia não se descortina de forma consistente nos textos dos doutrinadores de direito constitucional. Frequentemente encontramos isonomia e igualdade sendo tratados como sinônimos, sem preocupação em estabelecer qualquer diferenciação.

Alguns exemplos podem ser trazidos à baila para demonstrar essa afirmação. Celso Antônio Bandeira de Mello, ao discorrer em sua obra sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, que traz luzes à questão de forma lapidar, enuncia quais seriam os critérios de diferenciação que configurariam um desrespeito à isonomia⁴. Podemos destacar também José Afonso da Silva, que coloca as duas expressões como sinônimas:“(...) inscreveram o princípio da igualdade perante a lei, enunciando que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta a distinção de grupos.”⁵

² A respeito, ver: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Tradução de José Lamego. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 573.

³ A respeito, ver: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 283.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 9. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 21.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 72.

Poderíamos analisar vários outros textos doutrinários clássicos sobre direito à igualdade neste espaço, mas a conclusão seria a mesma, da utilização de ambos os termos, e com grande aproximação sinonímia. A única diferença que se afigura é que, em dados momentos, a igualdade, quando assegurada por um dispositivo legal, é referida como isonomia, enquanto o termo igualdade pretende-se mais genérico, a abarcar não somente o texto positivado, como o princípio geral. E nesse sentido temos as definições de De Plácido e Silva a respeito dos termos igualdade e isonomia:

“IGUALDADE. Do latim *aequalitas*, de *aequalis* (igual, semelhante), é indicativo da semelhança de caracteres ou elementos componentes de duas coisas. Assim a igualdade é a uniformidade de grandeza, de proporção, de extensão, de peso, de altura, enfim, de tudo que possa haver entre duas ou mais coisas. (...) *Igualdade* é a designação dada ao princípio jurídico instituído constitucionalmente, em virtude do qual todas as pessoas, sem distinção de sexo ou nacionalidade, de classe ou posição, de religião ou de fortuna, têm perante a lei os mesmos direitos e as mesmas obrigações. Mas, pela instituição do princípio, não dita o direito uma igualdade absoluta. A igualdade redundando na igual proteção a todos, na igualdade das coisas que sejam iguais e na proscrição dos privilégios, isenções pessoais e regalias de classe, que se mostrariam desigualdades. Desse modo, a igualdade é perante a lei e perante a justiça, para proteção ou castigo, para a segurança de direitos ou imposição de normas coercitivas.

ISONOMIA. Na terminologia jurídica, exprime a igualdade legal para todos. E assim, assinala o regime que institui o princípio de que ‘todos são iguais perante a lei’ em virtude do que, indistintamente e em igualdade de condições, todos serão submetidos às mesmas regras jurídicas. *Isonomia*. Assinala, ainda, o sistema que estabelece serem dois ou mais Estados dirigidos e governados pelas mesmas leis.”⁶

Assim, podemos concluir em um primeiro momento que o termo igualdade pode ser utilizado de forma técnico-jurídica ou não, enquanto que isonomia é um termo de menor amplitude, que exprime uma igualdade

⁶ DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. *Vocabulário jurídico*. 11. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 405 e 525.

reconhecida pelo sistema jurídico. A própria etimologia do termo isonomia exprime que estamos diante de uma situação em que não temos necessariamente situações ou fatos iguais, mas aplicamos a mesma previsão legal, por isonomia, já que temos a mesma, a igual (*iso*) norma ou dispositivo legal (*nomos*) incidindo sobre o caso.

Ou seja, enquanto o término *igualdade* é muito mais amplo, por se referir a situações que não devem ser diferenciadas, *isonomia* é um termo mais restrito, aplicado à igualdade formal, de previsão legal incidente sobre fatos diversos. Enquanto na menção à igualdade é subjacente um reconhecimento de uniformidade de algum fator, de alguma questão que merece o mesmo tratamento, a isonomia é muito mais técnica, pela imposição de um determinado regime jurídico, a fatos ou situações que se encontram sob sua égide.

Sob essa perspectiva, não causa nenhum espanto a análise que se efetua do texto constitucional vigente. Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a terminologia utilizada é igualdade, não havendo qualquer menção à isonomia.

A igualdade é invocada das mais diferentes formas no texto constitucional, seja pelo próprio termo *igualdade*, ou por termos que derivam da mesma raiz etimológica (igual, iguais, igualmente, igualitário) ou por repelir a incidência de seu antônimo, a desigualdade. No entanto, podemos identificar dois usos frequentes e significativos, em termos de interpretação do texto constitucional.

O primeiro deles é para enunciar princípios gerais ou específicos, como a igualdade desacompanhada de maiores especificidades, como valor maior de todo o texto constitucional e dos direitos fundamentais (preâmbulo e art. 5º, *caput*), o respeito à igualdade entre os Estados como princípio das relações internacionais (art. 4º, inc. V), a igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, inc. I e art. 226, § 5º), a igualdade entre trabalhadores com vínculo empregatício e trabalhadores avulsos (art. 7º, inc. XXXIV), o valor igual do voto para todos (art. 14, *caput*), a igualdade entre licitantes (art. 37, inc. XXI), a universalidade e o igual direito de todos à saúde (art. 196, *caput*) e à educação formal (art. 206, inc. I), a igualdade processual que deve ser respeitada quando adolescentes forem acusados de prática de

atos infracionais (art. 227, § 3º), ou mesmo a proibição de tratamento diverso para contribuintes que se encontrem em situações equivalentes (art. 150, inc. II), entre várias outras previsões.

Nesse mesmo sentido se encontra empregado o termo *desigualdade*, com o enunciado de que constitui-se em um dos objetivos da República Federativa do Brasil a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º e inc. III), repetida em outras passagens constitucionais, como na definição de parâmetros para a atividade financeiro-orçamentária (art. 165, § 7º).

O segundo sentido vem a se referir à simples correspondência, similaridade, a mesma duração de um mandato eletivo (art. 32, § 3º), a previsões que valem para um mesmo período (art. 37, inc. III), pensões de igual valor (art. 40, § 7º), incentivos fiscais de igual valor (art. 43, inc. I), a mesma duração de um prazo de vigência por prorrogação das medidas provisórias (art. 62, §§ 2º e 7º), por exemplo, dentre tantas menções possíveis que se poderia fazer com relação ao texto constitucional.

Resta claro que a Constituição Federal vigente consagra a igualdade em determinados momentos, pois aplica o mesmo tratamento para pessoas ou situações equivalentes, ou estabelece como uma forma de justiça o mesmo tratamento jurídico para situações que, diversas, apresentam similitude e pedem tratamento indistinto, como o caso dos trabalhadores avulsos e dos trabalhadores com vínculo empregatício. A norma constitucional traz isonomia entre trabalhadores em situações diversas que, no entanto, apresentam algum ponto em comum, ainda que este seja tão somente a condição de trabalhador. Ao mesmo tempo, ao estabelecer que o acesso é universal a todos, sem qualquer discriminação, aos serviços de saúde e de educação, o constituinte reconhece que todos são iguais e merecem as mesmas oportunidades.

Outro exemplo é a igualdade de condições entre licitantes, estabelecida pelo artigo 37, inciso XXI do texto constitucional. Seguramente, os concorrentes dentro de uma licitação não provêm de um contexto fático igual, mas devem ser tratados de forma igual e imparcial pelo Estado, razão pela qual estamos diante de uma isonomia (igualdade de tratamento) estabelecida por uma previsão constitucional.

Assim, podemos concluir que há uma sutil diferença entre *igualdade* e *isonomia*. Se ambas estão a concretizar a justiça, a primeira provém de uma real igualdade ou similitude, enquanto a segunda surge da constatação que determinadas situações, ainda que diversas, devem ter o mesmo tratamento jurídico, por alguma razão subjacente, a fim de se concretizar um ideal de justiça. Todavia, essa distinção não deve ser fator impeditivo e sim ampliativo do gozo das liberdades e direitos fundamentais que a Carta da República apresenta. Por essa razão, a sinonímia não deve ser aplicada com finalidade redutiva, mas ser aceita sempre que ampliar o espectro da igualdade prevista no texto constitucional.

2 Desenvolvimento da noção de igualdade/isonomia sob o prisma histórico-jurídico

2.1 Considerações gerais

Superada a questão terminológica, ainda se afigura tarefa extremamente árdua conceituar a igualdade e estabelecer seu trajeto evolutivo, para relacioná-la às previsões identificadas como isonomia. A igualdade, em si, não se sustenta como conceito. É sempre um conceito referenciado ou relacional, não é um conceito autossuficiente. Sempre que se questiona a respeito da igualdade, seguir-se-ão, no mínimo, mais duas perguntas: O que é igual? Quem é igual?⁷ Ademais, será necessário dar o enfoque correto ao que se pretende pesquisar e conceituar. Seria o objetivo conceituar o princípio da igualdade? A regra da igualdade? A igualdade positivada ou isonomia? O conceito jusfilosófico de igualdade?

Como o escopo deste trabalho é a igualdade positivada na Constituição Federal de 1988 e seus reflexos, a análise se dará na evolução histórica tendente ao constitucionalismo e à positivação da igualdade.

Um dos primeiros relatos seguros sobre a igualdade, ainda que de forma bastante singela (pela proibição de tratamentos privilegiados) teria sido a Lei das XII Tábuas, de 450 a.C., que na Tábua IX diz que a lei não deveria estabelecer privilégios. No entanto, no escopo proposto, há que se

⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, liberdade e igualdade: os três caminhos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 197. p. 63.

examinar os conceitos de igualdade que embasaram o pensamento iluminista do século XVIII que positivou a igualdade perante a lei.

É possível afirmar que o conceito de igualdade do qual se vale o movimento constitucionalista deita suas raízes no pensamento ocidental. Outras múltiplas perspectivas são abertas em relação à questão da igualdade. Porém, o pensamento oitocentista, que fundou as bases do constitucionalismo e das primeiras declarações de direito, tem como origem mais remota o pensamento e as práticas da Antiguidade clássica (sobretudo dos escritos aristotélicos), influenciado pela doutrina cristã que se desenvolveu por pensadores da Idade Média (iniciando em Santo Tomás e Santo Agostinho e se consolidando com as encíclicas papais mais recentes e que fomentaram a discussão sobre os direitos sociais).

Apesar dessas origens, a preocupação com a universalidade da igualdade é hodierna. Compreenda-se a expressão universal, aqui empregada, como sendo aquilo que alcança a todos os membros de uma determinada sociedade, delimitada temporal e espacialmente. É possível verificar que na Antiguidade romana ou mesmo após as declarações de direitos do século XVIII e do advento do constitucionalismo, alguns grupos sociais ficaram à margem do tratamento igual que deveria ser dispensado a todos. Assim ocorreu em relação aos escravos, aos negros, às mulheres, às pessoas com deficiência e tantos outros grupos sociais que atualmente se articulam, em um esforço para superar as desigualdades forjadas desde os primórdios da civilização ocidental.

Essa evolução do conceito de igualdade relaciona-se, outrossim, com a conceituação da liberdade. A preocupação inicial deu-se com uma forma de liberdade, a de exercício político, considerada como a *liberdade dos antigos*, que reflete uma visão e um exercício da igualdade, contraposta ao conceito de *liberdade dos modernos* (entendidos como modernos os artífices do constitucionalismo e das revoluções burguesas do século XVIII). No alvorecer do constitucionalismo, a preocupação foi com a liberdade na esfera individual de ação, eclipsando a liberdade dos antigos e o interesse nos direitos de participação política. A mudança de visão reflete-se na forma como os modernos passaram a tratar a igualdade de início, ou seja, com um caráter nominalista ou meramente formal.

Como bem demonstra, no entanto, Pontes de Miranda⁸, as desigualdades não são atributos exclusivos da Antiguidade clássica. Ao tratar da igualdade e da liberdade, assevera que a história da conquista da liberdade em cada país é bem diversa. Já a história da conquista da igualdade é muito parecida, pois a divisão em classes, grupos e o estabelecimento de privilégios foi algo comum a inúmeros agrupamentos sociais.

Com o advento do Renascimento e do Iluminismo, associados a mudanças socioeconômicas e, sobretudo, à transição da economia feudalista para a capitalista, sob o signo do liberalismo, passaram a surgir as primeiras Constituições, que tratam especificamente da igualdade.

A razão pela qual a igualdade, como um dos direitos humanos, somente surgiu de forma institucionalizada no século XVIII, através das primeiras Constituições, é uma questão que vai além das influências dos escritores iluministas. As condições sociais existentes à época é que proporcionaram o florescimento dos direitos humanos no Ocidente, conforme preleciona José Damião de Lima Trindade⁹. Seriam tais condições a mão de obra escassa em razão da dizimação da população europeia pela peste bubônica, a formação dos burgos habitados por pessoas livres, florescendo o pequeno comércio, e o avanço do capitalismo.

No mesmo sentido o pensamento de Marcelo Campos Galuppo¹⁰, que assevera que a modernidade adota a fórmula da igualdade em razão de fatores históricos, como a reforma protestante, a revolução científica e a emergência do capitalismo, que propiciaram a separação da ordem jurídica da ordem religiosa e do direito da moral.

Especificamente sobre a questão da igualdade em relação à ideia de Constituições antigas e modernas, a igualdade que restou consagrada foi a igualdade impregnada da ideologia liberal, que caracterizou o constitucionalismo moderno.

⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, liberdade e igualdade: os três caminhos*, cit., p. 132.

⁹ TRINDADE, José Damião de Lima. Anotações sobre a história social dos direitos humanos. In: SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1998. p. 24-25.

¹⁰ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 27.

Primeiramente, a absoluta igualdade entre todos os cidadãos. O governo tem por fim o interesse de todos, e não de uma oligarquia. Nas questões particulares, todos são iguais perante a lei. No manejo dos negócios públicos, não tem privilégio a situação social nem a fortuna: é o valor próprio dos indivíduos, pobres ou ricos, que lhes concede influência. Essa igualdade é essencialmente liberal.¹¹

A função das Constituições modernas, em sua gênese, era precipuamente garantir os direitos do homem contra o arbítrio do Estado. Ao limitar o poder, estruturar como ele viria a ser exercido, já se saía da esfera do arbítrio.

Feitos esses esclarecimentos, passa-se a analisar a positivação do princípio da igualdade, iniciada no século XVIII e consolidada no século XIX, dentro do constitucionalismo moderno, das revoluções conhecidas como *burguesas* e dos principais documentos editados à época, quais sejam a Declaração de Independência e a Constituição dos Estados Unidos da América, com o seu *Bill of Rights* e as Declarações de Direitos editadas durante a Revolução Francesa.

2.2 As influências franco-americanas no constitucionalismo moderno e na delimitação do princípio da igualdade

Até o advento da independência e a consolidação da Constituição americana, todas as treze colônias tiveram cartas coloniais com previsões de direitos e deveres em relação ao Rei da Inglaterra. Essas cartas coloniais, a princípio, se pareciam muito com a Magna Carta, sobretudo as primeiras, outorgadas na segunda metade do século XVII (1650-1700). Possuíam caráter pouco genérico e bastante situacional, estabeleciam algumas instituições públicas, como a figura do governador, mas ainda de forma muito rudimentar.

No entanto, as colônias passam a editar internamente suas leis, independentemente da submissão ao trono inglês. O ato normativo mais importante desse período, no que diz respeito aos direitos fundamentais, foi a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 12 de junho de 1776.

¹¹ CROIZET, A.; FIGUEIREDO, Genuíno Amazonas de. *A cidadania na Grécia e em Roma*. 2. ed. atual. e rev. por EaD/CEE/MCT. Brasília: Senado Federal; Centro de Estudos Estratégicos; Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002. p. 29. (Coleção Leituras sobre a Cidadania, v. 2).

Editada pouco antes da Declaração de Independência, essa *Bill of Rights* em muito se parece com o que viria a ser a Declaração Francesa, alcançando um notável grau de abstração e generalidade. Várias outras colônias adotaram até o final daquele ano de 1776 uma declaração, já que as colônias se tornaram países independentes e somente após a formação confederativa viriam finalmente a se tornar um único país.

A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia – talvez a primeira declaração de direitos no sentido que entendemos modernamente – contempla vários direitos que constariam tanto da Declaração de Independência, como da Constituição americana. Reconhece as liberdades públicas e, sobretudo, declara na Seção I que todos os homens, por natureza, eram igualmente livres e independentes, dotados de certos direitos inerentes a essa condição, que não lhes podem ser retirados, após terem adentrado a vida em sociedade. Na seção IV, há uma vedação de privilégios, o que pode ser entendido como corolário do princípio da igualdade.¹²

A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América não tardou a ocorrer e não discrepou dessa noção de direitos naturais e inalienáveis do homem que naquela circunstância estavam sendo declarados.

Dentre as verdades declaradas autoevidentes, os *founding fathers* da América colocaram a igualdade em primeiro lugar, afirmando que “*all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness*”¹³. Por serem todos iguais, à imagem e semelhança do Criador, todos deveriam desfrutar de certos direitos, dentre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade.

No tocante à igualdade, é interessante notar que apesar de ser estatuída através de uma fórmula genérica, jusnaturalista, de inspiração religiosa (o fundamento da igualdade está em haverem todos sido criados por uma entidade superior: o Criador), a universalidade cai em contradição com o próprio texto da Declaração.

¹² A respeito da Declaração ver FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Liberdades públicas: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1978.

¹³ GRAFTON, John (Ed.). *The Declaration of Independence and Other Great Documents of American History 1775-1865*. New York: Dover Publications, 2000. p. 6-7.

No rol de atos considerados injustos e despóticos do Rei da Grã-Bretanha, que motivariam a independência das treze colônias, no último a ser exposto encontra-se a relação entre os índios e os colonizadores. Afirmar-se na Declaração que: “*He has excited domestic insurrections amongst us, and has endeavoured to bring on the inhabitants of our frontiers, the merciless Indian Savages, whose known rule of warfare, is an undistinguished destruction of all ages, sexes and conditions.*”¹⁴

Posteriormente, iniciou-se o debate no Congresso da Filadélfia, que viria a dar origem à Constituição americana, e que se desenvolveu de forma muito acirrada, em inúmeros aspectos. Dos poderes da União à forma de representação dos Estados no Congresso Nacional, muitos aspectos se tornavam polêmicos, pois envolviam a limitação do poder e sempre pairava a sombra de uma forma de poder concentrado ou despótico, como havia sido o domínio da Grã-Bretanha, e do qual queriam tanto fugir os novos Estados americanos.

O texto final, em razão da ideia de se ter uma Constituição política, ou mesmo porque alguns dos participantes da assembleia consideravam que as declarações de direito deveriam ser objeto de discussão pelos Estados membros da Federação, não continha originalmente uma declaração de direitos.

Apesar de não conter uma declaração de direitos, a Constituição norte-americana previa, desde seu texto original, no artigo I, seção 9, alguns direitos. Eram eles: a igualdade, ainda que prevista de forma incipiente, consistindo apenas na proibição de concessão de títulos de nobreza; a ir-retroatividade da lei penal; o devido processo legal, aplicado aos casos criminais, não havendo decreto condenatório sem o devido julgamento prévio; e a garantia do *habeas corpus*.

Terminados os trabalhos constituintes em 1787, era necessária a ratificação por pelo menos nove dos treze Estados, para que o texto entrasse em vigor, o que ocorreu em junho de 1788. No entanto, alguns Estados

¹⁴ “Ele tem incitado a insurreição entre nós, e empenha-se a trazer os habitantes de nossas fronteiras, os cruéis Índios Selvagens, cuja regra conhecida de guerra é a destruição indistinta de pessoas de todas as idades, sexos e condições.” (GRAFTON, John (Ed.), *The declaration of independence and other great documents of american history 1775-1865*, cit., p. 8. Nossa tradução).

resistiram, justamente os mais populosos (Virgínia e Nova Iorque). Temia-se que sem a adesão desses Estados, a Constituição não fosse eficaz. Daí a intensa publicação de artigos pró-federalismo nos jornais de Nova Iorque que, posteriormente reunidos, deram origem aos *Federalists papers* ou à obra *O federalista*.

Cinco Estados ratificaram a Constituição, sob a condição de que fosse passada uma declaração de direitos. E a Virgínia, exatamente pela influência de sua declaração, não ratificou de imediato a Constituição. Em razão das manifestações pró-declaração de direitos, quando o Congresso norte-americano se reuniu pela primeira vez, o assunto de ordem, o primeiro a ser tratado, foi exatamente emendar a Constituição para conter uma declaração de direitos. E assim foram aprovadas, em 1791, as dez primeiras emendas, que constituem a declaração de direitos ou o *Bill of Rights* da Constituição americana.

Nenhuma das dez emendas contempla a igualdade de forma explícita, como inscrita na Declaração de Independência. Entretanto, em nenhum momento se afirma a inexistência do direito à igualdade. Mas não se pode negar que, ao não se prever uma disposição genérica de igualdade, abriu-se espaço para a discussão das questões relativas aos escravos, posteriormente em relação aos negros, às mulheres e aos próprios nativos indígenas, que eram tidos como inimigos e, portanto, não estavam sob nenhuma proteção.

Se na América a revolução sucedia para estabelecer um país independente e sua Constituição, na Europa a situação era um pouco diversa. Vindos de um período de monarquias absolutistas, que asseguravam ao soberano o poder total, advindo, muitas vezes, de um poder divino, e de uma estrutura predominantemente feudal, os países da Europa, em especial a França, passaram pelas transformações ocorridas na América de forma diversa.

A França é o ponto de partida para o estudo da positivação dos direitos fundamentais e do constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX, por ter sido precursora no pensamento e nas realizações, com a Declaração de Direitos de 1789 e com o movimento constitucional que se estenderia por toda a Europa e também pelos países que deixam de ser colônias e se declaram independentes, como o Brasil.

A Revolução Francesa, que pretendia derrubar o antigo regime e substituir a monarquia pela república, iniciou-se em 1789, ano em que a França faz sua primeira Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Diferentemente da declaração americana ou de seu *Bill of Rights*, a declaração francesa pretendia-se universal. Entenda-se que esse espírito diverso dava-se pelas circunstâncias históricas. Enquanto o espírito prático e casuístico prevalecia nos Estados Unidos da América, buscando uma solução jurídica para os problemas enfrentados pelas treze ex-colônias, a Revolução Francesa é resultado do pensamento advindo de uma razão abstrata, daí a facilidade muito maior de se transpor o modelo francês do que o americano.

Após a queda da Bastilha e antes do conturbado processo de elaboração da Constituição francesa de 1791, o processo de positivação dos direitos fundamentais se iniciou com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.

Em seu preâmbulo, a Declaração francesa afirma que sua função é impedir o esquecimento de direitos que possuem origem natural. Ou seja, tal qual a visão americana, os direitos são preexistentes e a função de tais documentos é apenas declará-los. Diferentemente da invocação divina ou da inspiração do Criador, a Declaração francesa tende a ser mais laica em seu texto¹⁵, em razão das próprias circunstâncias históricas – a Revolução Francesa demandava uma separação entre Estado e Igreja, sobretudo no que tangia à fundamentação divina do poder real.

No tocante ao princípio da igualdade, que nos interessa de perto, temos que o próprio preâmbulo da declaração nega quaisquer privilégios ou foros de nobreza, com a finalidade de abolir a sociedade estamental existente. Sendo o próprio movimento revolucionário fundado na liberdade, na igualdade e na fraternidade, o artigo primeiro consagra a fórmula geral da igualdade: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.”¹⁶

¹⁵ Se verificarmos o próprio preâmbulo, ele ainda invoca a proteção do Ser Supremo, sem, no entanto, recorrer à fórmula da igualdade com base na criação divina.

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 154.

Estando em vigor a Declaração de 1789, a Constituição francesa de 1791 pouco evoluiu em matéria de igualdade. Além do preâmbulo, não há qualquer outra menção à igualdade. Talvez digna de nota somente a acessibilidade a todos aos cargos públicos, por suas virtudes e talentos, o que exclui a ideia de privilégio. No entanto, período curto seria de vigência da Constituição de 1791. Com a revolta jacobina, a prisão do monarca Luís XVI e sua conseqüente condenação à morte, a república instaurou-se de forma revolucionária, sendo o novo governo marcado como sendo de ano I (1793) e feita uma nova Constituição, que se adaptava aos novos moldes de estruturas políticas desejadas (republicanas), o que não impediu que o período seguinte fosse conhecido como *Terror*, em razão das constantes execuções.

A primeira Constituição republicana francesa tem em seus primeiros artigos a declaração de direitos, sendo o preâmbulo da Constituição de 1793 praticamente o mesmo da Declaração de 1789. Porém, melhorou-se a técnica e a enunciação dos direitos fundamentais. Assim, os artigos 1º, 2º e 3º da declaração de direitos (que consiste na primeira parte da Constituição republicana) formam a declaração de igualdade.

Com a previsão de que a vida em sociedade é destinada à conquista da felicidade, seria obrigação dos governos respeitar os direitos naturais e imprescritíveis do homem, que seriam a igualdade, a liberdade, a segurança e a propriedade. Para terminar a enunciação, considerava todos os homens iguais em natureza e perante a lei. Era mantida a igual acessibilidade aos cargos públicos, pelos méritos de quem os pleiteasse.

Aos poucos, os jacobinos foram perdendo poder e até mesmo sendo executados pelo próprio líder Robespierre. Ao final, Robespierre também seria executado, em razão de seus atos, fazendo com que uma nova Constituição (chamada Constituição do ano III) fosse adotada em 1795.

A Constituição de 1795 mantém a república e a estrutura constitucional anteriores: a Constituição política era precedida de uma declaração de direitos. A forma de enunciar a igualdade é diversa nessa Constituição, como dispõe o artigo 3.º de sua declaração de direitos: “A igualdade consiste em que a lei é a mesma para todos, quer proteja,

quer puna – a igualdade não admite distinções de nascimento, nem hereditariedade de poderes.”¹⁷

Do período revolucionário francês, resta a Constituição de 1799 para análise. Ela representa a instituição do *diretório*, uma forma de governo muito parecida com o parlamentarismo, assentada em um parlamento bicameral. Não era digna de nota em matéria de direitos fundamentais, pois não possuía uma declaração de direitos como as demais Constituições. Ainda era possível, no entanto, invocar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. No entanto, sua existência e vigência foram breves, em razão da ascensão ao poder de Napoleão Bonaparte, que viria, em 1804, a restabelecer a monarquia na França.

2.3 As Constituições brasileiras

A Constituição Política do Império de 1824 é uma Constituição liberal e a declaração de direitos nela contida reflete o espírito da época. Considerando-se que, em geral, o primeiro artigo ou *caput* do artigo que introduz uma declaração de direitos traz em si os valores ou princípios norteadores de todo o texto que se segue, podemos licitamente concluir que os valores adotados pelo constituinte foram a liberdade, a propriedade e a segurança individual. São esses que constam explicitamente do *caput* do artigo 179 da Constituição de 1824, como “base dos direitos civis, e políticos dos Cidadãos Brasileiros”.

A igualdade não é mencionada no *caput* do artigo 179, somente sendo enunciada no inciso XIII, com uma redação voltada somente para a igualdade perante a lei. A técnica utilizada não se vale do exemplo das declarações de direito e das Constituições já existentes, nem proclama que “todos são iguais perante a lei”. A seu turno, a Carta de 1824 enunciou de forma diversa o princípio da igualdade, prescrevendo que a lei deve ser “igual para todos, quer proteja, quer castigue, recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”.

¹⁷ Veja-se que tal fórmula foi adotada em sua quase integralidade na Constituição brasileira de 1824, discutida a seguir.

Ainda em relação à igualdade, o texto de 1824, consagrando a ideia de igualdade formal, prescreve no artigo 179, inciso XVI, que não haveria privilégios, com exceção daqueles destinados a cargos públicos e considerados essenciais. Outrossim, veda a existência de foro privilegiado no artigo 179, inciso XVII. Por fim, determina que o acesso aos cargos públicos é igual para todos (art. 179, inc. XIV), sendo que cada um deverá apenas demonstrar sua virtude e seu mérito.

Forçoso ressaltar, entretanto, que Pimenta Bueno, escrevendo sobre a Constituição Imperial, analisa a questão da igualdade e encontra-se muito à frente de seu tempo, preocupando-se com uma igualdade material, pois ao classificar a Constituição de 1824 como liberal, sem qualquer intervenção do Estado, reclama que eventuais intervenções se fariam necessárias, pois havia incontestáveis desigualdades de fato a serem combatidas.

“Não concluiremos esta secção de igualdade legal sem recordar que os esforços da civilização actual se empenhão, quanto podem, por diminuir a horrivel desigualdade material que mormente em alguns paizes tanto abate uma porção da humanidade. É uma desgraça e um perigo ver ao lado de uma opulência espantosa e gozos e luxo requintados uma multidão de seres humanos na miséria! sem um só gozo, sem esperanças! será isso compativel por muitos tempos com a manutenção tranquilla do Estado? As grossas sommas que elle gastará para entreter forças repressoras não serão mais bem applicadas em melhoras destas tristes condições? É um dos fructos dos governos absolutos, dos erros e injustiças do passado, da instituição da diversidade de castas, do feudalismo, da desigualdade dos impostos, da escravidão e do consequente pauperismo! Os meios desse melhoramento estão no pensamento e esforços da civilização; cumpre que a legislação e os governos illustrados por virtude e precisão os auxiliem o quanto possão com um princípio fixo e progressivo.”¹⁸

Com a proclamação da República e a consequente elaboração de um novo texto constitucional, houve a introdução da fórmula genérica “todos

¹⁸ BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia de J. Villeneuve, 1857. p. 84.

são iguais perante a lei” no texto do artigo 72, parágrafo 2º da primeira Constituição Republicana.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 inovou o regime político, substituindo a monarquia pela república e o Estado unitário pelo Estado federativo. Entretanto, em matéria de igualdade, pouco ou nada avançou.

Como referido acima, a Constituição da República adotou o princípio genérico da igualdade perante a lei e, em reação à organização monárquica, afastou os títulos nobiliárquicos ou quaisquer foros de nobreza. Entretanto, a igualdade ainda não foi alçada a princípio norteador da república. Continuaram sendo princípios em matéria de direitos fundamentais a liberdade, a segurança individual e a propriedade.

Na Constituição de 1934, a igualdade foi enunciada de forma totalmente diversa das Constituições anteriores. Em que pese não estar no *caput* do artigo 113, que privilegia como valores fundamentais a liberdade, a subsistência, a segurança individual e a propriedade, a igualdade está estatuída logo no item 1 do referido artigo 113, de forma bastante circunstanciada, proibido os privilégios e as distinções, das mais diversas formas.

Entretanto, vida curta esperava a Constituição de 1934, substituída pela Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937.

A Constituição de 1937, fruto de um conturbado período político nacional, e vigente durante um período igualmente instável no âmbito internacional, representa uma involução em vários aspectos, em comparação à sua antecessora mais próxima, a Constituição de 1934.

Enquanto a Constituição de 1934 adotava um texto mais minucioso, proclamando a igualdade de todos perante a lei e vedando discriminações em relação ao sexo, à cor, à raça ou a outras formas discriminatórias, o artigo 122, item 1 da Constituição de 1937 vale-se tão somente da genérica e estéril forma “todos são iguais perante a lei”. No próprio artigo referido, item 3, proclama-se igual acessibilidade a todos os brasileiros aos cargos públicos, sendo também retirada do texto a vedação à discriminação de qualquer espécie.

Com a redemocratização do país em 1945, era necessário elaborar uma nova Constituição. Além disso, a vigência do texto constitucional de

1937 era colocada em dúvida, em razão da não aplicação da própria Constituição e da edição de várias leis constitucionais editadas pelo Presidente da República.¹⁹

Em verdade, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 resgatou alguns valores introduzidos pela Constituição de 1934 (a primeira Constituição brasileira a consagrar direitos sociais) e que haviam sido suprimidos na Constituição de 1937, ou simplesmente não se haviam tornado efetivos diante do período ditatorial durante o qual ela vigorou.

O artigo 141, que introduz a declaração de direitos da Constituição de 1946, não contempla em seu *caput* a igualdade como um valor vetor dos direitos fundamentais. Entretanto, a Constituição de 1946 aponta para algumas alterações na visão de direitos fundamentais, incluindo, junto aos tradicionais valores da liberdade, segurança e propriedade, a inviolabilidade do direito à vida.

No tocante à igualdade, seu enunciado na Constituição de 1946 não mantém as inovações da Constituição de 1934. Mesmo depois de superado o período de vigência da Carta de 1937, a fórmula nominalista foi introduzida no artigo 141, parágrafo 1º, proclamando a igualdade de todos perante a lei, sem qualquer menção às formas de discriminação.

Da mesma forma foi tratada a questão em relação à acessibilidade aos cargos públicos. Os cargos públicos seriam acessíveis a todos os brasileiros que preenchessem os requisitos legais, nos termos do artigo 184, sem qualquer menção à impossibilidade de distingui-los em função de fatores como sexo e estado civil, como previsto pela Constituição de 1934.

A grande temática da Constituição de 1967 foi novamente a segurança nacional. Com essa preocupação, tanto no campo político, como no tributário, houve uma forte concentração dos poderes na figura da União. Certamente, diante dessas ponderações, queda-se dificultosa a tarefa de estudar a igualdade, quando o foco institucional era completamente diverso. Sobremaneira prejudicado se torna o estudo da Carta de

¹⁹ A respeito da vigência da Constituição de 1937, ver: PORTO, Walter Costa. *Constituições brasileiras: 1937*. 2. ed. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia; Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Constituições Brasileiras, v. 4); e BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. 9. ed. *História constitucional do Brasil*. Brasília: OAB, 2008.

1967, quando é considerada questão facilmente constatável: sua curtíssima vigência.

Sem se indagar sobre a natureza jurídica da Emenda Constitucional n. 1, de 31 de outubro de 1969, se expressão do poder constituinte derivado ou se início de uma nova ordem constitucional, por expressão do poder constituinte originário, é fato inegável que o texto original de 1967 teve curtíssima vigência, e, portanto, restrita possibilidade de repercussão jurídica.

Apesar de tais vicissitudes, examinaremos o texto original da Constituição de 1967 e o texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 1/69, devido às relevantes diferenças existentes.

No texto de 1967, a igualdade genérica estava prevista no artigo 150, parágrafo 1º. Não se encontrava, como ocorreu nos demais textos constitucionais, no *caput* do artigo, sendo certo que os valores inspiradores dos direitos fundamentais são a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade.

Entretanto, o artigo 150, parágrafo 1º, da Constituição de 1967 prevê a igualdade genérica de todos perante a lei, retomando a redação que veda qualquer espécie de discriminação, tendo, dentre outros fatores, o sexo, o credo religioso e a raça. Ou seja, toda vez que o constituinte emprega tal redação, há uma admissão expressa da existência de desigualdades que podem e devem ser combatidas.

Com relação à acessibilidade aos cargos públicos, não há qualquer menção específica para que não houvesse discriminações em razão de qualquer fator, mantendo-se a redação generalista de que os cargos públicos eram acessíveis a todos, igualmente, desde que preenchessem os requisitos legais (art. 95, *caput*).

A Emenda Constitucional n. 1 de 1969, como já referenciado, transformou profundamente o texto da Constituição de 1967, desde o próprio nome da Constituição, alterado para “Constituição da República Federativa do Brasil”, passando pela incorporação de todos os atos institucionais até então editados, e, por fim, modificando o conteúdo dos dispositivos constitucionais, agora renumerados.

A igualdade foi enunciada sem qualquer diferença em relação ao texto original da Constituição Federal de 1967, passando apenas a constar do artigo 153, parágrafo 1º, havendo menção às formas de discriminação, como sexo ou cor. Da mesma forma que não constou do *caput* do artigo 150, a igualdade também não foi introduzida como princípio ou valor determinante no *caput* do artigo 153, que contempla a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade. Ou seja, a importância da igualdade somente viria a ser reconhecida expressamente no texto da Constituição Federal de 1988.

Certamente, a Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 1 de 1969, não daria conta das modificações que estariam por vir.

3 Os desafios atuais do princípio da igualdade: a fragmentação e os estatutos

3.1 Panorama geral da Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, em comparação às suas antecessoras, é a mais ampla em termos de igualdade e tratamento isonômico. O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor fundamental da ordem constitucional no artigo 1º, inciso III, é basilar para se entender que o atual texto constitucional nasce sob o signo da igualdade.

Ainda que se tenha que o conceito de dignidade da pessoa humana é um conceito aberto, que deverá sempre ser atualizado e concretizado, não se sustenta que tenha um significado sempre cambiante, mas que sua extensão esteja sempre em constante construção, aperfeiçoamento e desenvolvimento, através da práxis constitucional. Como são várias as formas pelas quais a dignidade da pessoa humana pode ser concretizada, nesse ponto podemos enfatizar as correntes hermenêuticas relacionadas à noção de direitos fundamentais.

Assim, podemos vislumbrar na dignidade da pessoa humana a ideia de unificação ou de síntese dos direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana sintetiza e ao mesmo tempo serve de vetor hermenêutico para a interpretação de todos os dispositivos constitucionais. E, por meio do reconhecimento dessa dignidade, a mais radical igualdade, de que todos os

seres humanos, independentemente de quaisquer circunstâncias, são dotados de iguais direitos.

Se não bastasse o princípio da dignidade da pessoa humana, são objetivos da República Federativa do Brasil a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, incs. III e IV). A redução das desigualdades sociais e regionais também é prevista no texto constitucional como princípio da ordem econômica brasileira e financeira (art. 170, inc. VII).

Mais do que retórica, simplesmente por fazer constar do texto constitucional tais objetivos e por consagrar a dignidade da pessoa humana, há um reconhecimento de que a sociedade brasileira era (e em certa parte ainda é) extremamente desigual e a norma fundamental busca superar essa vulnerabilidade histórica.

A igualdade alcança sua previsão mais ampla. Além da igualdade formal prevista no artigo 5º, *caput*, pelo qual todos são iguais perante a lei, há inúmeras previsões tendentes à realização da igualdade material, inúmeros preceitos consagram a igualdade material, dispondo sobre pessoas que merecem tratamentos distintos ou direitos que devem alcançar a universalidade.

No tocante às pessoas ou grupos que possui direitos iguais, mesmo que para isso necessitem de tratamento diverso, podemos trazer como exemplo latente o tratamento dispensado a homens e mulheres. Logo no artigo 5º, inciso I, prevê-se de forma expressa a igualdade entre os sexos nos termos da Constituição Federal, medida pedagogicamente necessária e, do ponto de vista jurídico, importante para não deixar dúvidas sobre os limites e a extensão dessa igualdade, que permeia todo o texto constitucional, passando pelas relações de trabalho e de família. Ainda assim, a função social da maternidade não foi contemplada de forma completa e a mulher somente se incorpora às Forças Armadas de nosso país de forma voluntária em tempo de paz, ou compulsória em tempo de guerra.

A criança e o adolescente passam a ser sujeitos de direitos, com tutela específica nos artigos 227 e 228 do texto constitucional, o que é uma

modificação profunda dos padrões anteriores²⁰. Infância e adolescência, diferentemente do que é preconizado na atualidade, eram consideradas fases da vida que somente poderia ser plena na condição de adulto. No Brasil, antes do tratamento preconizado pela Constituição Federal de 1988, o termo menor era utilizado, e inicialmente servia apenas como critério da diferenciação daqueles que seriam ou não submetidos a punição criminal. Ou seja, o menor é aquele que não pode ser submetido à legislação penal comum por ter seu desenvolvimento incompleto. E o termo passou a ter ampla utilização, criando-se, até mesmo, a Funabem (Fundação de Assistência e Bem-estar do Menor), já durante o Governo Vargas.

Posteriormente, além de marco da imputabilidade penal, a menoridade passou a ser parâmetro para tutela, caso o menor se encontrasse em situação irregular, o que era o norte do Código de Menores. A Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, na qual foi consagrado o princípio norteador de todas as ações voltadas para a infância, do “interesse superior da criança”, ou “o melhor interesse da criança”, traduções da expressão original “*the best interest of the child*” veio a se consolidar no texto da Constituição Federal de 1988, que reconhece a prioridade e a proteção especial.

No que tange às pessoas com deficiência, o texto constitucional foi bastante econômico, se limitando às barreiras arquitetônicas e à acessibilidade física (arts. 227, § 2º e 244). No entanto, felizmente, com os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, a tutela dos interesses das pessoas com deficiência, com embasamento constitucional, tem sido frequentemente utilizada, com avanços significativos. Mais recentemente, o Brasil aderiu à Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, e, considerando-se a redação do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, em razão da Emenda Constitucional n. 45/2004, tem-se *status* constitucional de suas previsões.²¹

²⁰ Não se pode olvidar da etimologia do termo infância, pois *infans* significa aquele que não tem voz ou palavra.

²¹ A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência foi promulgada pela Assembléia Geral das Nações Unidas (ONU), no dia 3 de dezembro de 2006, e assinada pelo Brasil no dia 30 de maio de 2007. A aprovação interna do texto da Convenção pelo Congresso Nacional deu-se pelo Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008.

Ainda no texto constitucional temos as previsões relativas aos idosos (art. 230), aos povos indígenas (arts. 231 e 232), como específicas, dentre várias outras existentes de forma explícita ou implícita, de forma esparsa pelo texto constitucional.

No que tange à universalização de direitos, no texto constitucional se dá destaque à universalização da saúde e do direito à educação (arts. 196 e 205). Em que pese o ensino superior não ser ainda universal, e baseado no critério do mérito, avançou-se com relação às Constituições anteriores, que previram o mais básico acesso ao ensino formal, sem garantia – como sói ocorrer na atualidade – de acesso para aqueles que não tiveram a oportunidade na idade adequada.

3.2 Os desafios da igualdade e do tratamento isonômico na atualidade

Passados vinte anos de vigência da Constituição Federal de 1988, com a redemocratização do país, a efetivação da igualdade, como princípio fundamental e valor de justiça no sistema, diante de algumas ponderações do item anterior, pode-se inferir que houve muitos avanços. Não houve acanhamento por parte do constituinte em influenciar em questões antes vistas como estritamente privadas, publicizando e interferindo em inúmeras relações sociais e ampliando serviços.

De um sistema em que a mulher não era considerada um sujeito de direito pleno, com os mesmos direitos e deveres que os homens, houve uma sensível evolução. A Constituição Federal de 1988 não recepcionou inúmeros dispositivos discriminatórios existentes no Código Civil de 1916, vigente à época de sua promulgação, no campo dos direitos civis. As relações familiares foram profundamente alteradas pelo reconhecimento da igualdade de direitos e deveres entre cônjuges na relação matrimonial, da união estável como entidade familiar, e da mesma forma, da família monoparental, que ainda é predominante estatisticamente, formada pela mulher e seus filhos.²²

²² As famílias chefiadas por mulheres correspondiam em 2007 a 26,3% do total de famílias existentes no país, conforme Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Outrossim, o sistema constitucional alterou substancialmente a situação de crianças e adolescentes. Tradicionalmente submetidos a um poder quase absoluto de seus pais, foi-lhes reconhecida a qualidade de sujeitos de direito, com especial reconhecimento de sua personalidade em formação, e, conseqüentemente, de direitos que garantam o pleno desenvolvimento.

Ainda na esteira de influência do direito público sobre o direito privado, a previsão constitucional de que um sistema de proteção e defesa do consumidor deveria ser previsto em lei (art. 5º, inc. XXXII) fez com que fosse editada a Lei federal n. 8.078/90 e que esses direitos passassem a ter uma disciplina com forte influência do direito público.

Apesar de não serem mencionados com tanta ênfase no texto constitucional, idosos e pessoas com deficiência também tiveram avanços na legislação infraconstitucional e na conquista de direitos na sociedade. E os povos indígenas, outrossim, ainda que a muito custo, têm tido o reconhecimento de seus direitos, sendo assegurado, mesmo que ainda a demarcação de terras – da mesma forma que o reconhecimento das áreas remanescentes de quilombos – se dê de forma ainda muito lenta, considerando-se os vinte anos de vigência da Constituição Federal.

Desse balanço da Constituição Federal, podemos trazer como consequência, várias previsões legais com a finalidade de assegurar os direitos destes segmentos – entre outros – constitucionalmente previstos.

Assim temos, pela ordem cronológica, os seguintes diplomas infraconstitucionais, tendentes a dar condições iguais para aqueles que foram indevidamente alijados do sistema, até o advento da Constituição Federal de 1988:

a) Lei federal n. 7.716/89 (Lei do Racismo) e Lei federal n. 8.081/90, que criminaliza o preconceito de origem, raça, cor, religião ou etnia praticados nos meios de comunicação;

b) Lei federal n. 7.853/89 (Lei de Apoio às Pessoas com Deficiência);

c) Lei federal n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

d) Lei federal n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor);

e) Lei federal n. 8.842/94 (Política Nacional do Idoso);

f) Lei federal n. 9.029/95, que proíbe práticas discriminatórias na admissão e permanência de mulheres na relação de trabalho, tendo como parâmetro a gravidez, esterilização, métodos anticoncepcionais e questões relacionadas à maternidade;

g) Lei federal n. 9.313/96, de distribuição gratuita obrigatória de medicamentos para pessoas com HIV/AIDS;

h) Lei federal n. 9.797/99, sobre a obrigatoriedade de cirurgia gratuita de reconstituição da mama pelo Sistema Único de Saúde, em caso de mutilação causada por tratamento de câncer;

i) Decreto federal n. 3.298/99 (Política Nacional de Integração das Pessoas com Deficiência);

j) Decreto federal n. 3.361/2000, sobre a integração dos empregados domésticos ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e ao seguro desemprego;

k) Lei federal n. 10.097/2000, que altera a Consolidação das Leis Trabalhistas (mais conhecida como Lei do Aprendiz);

l) Lei federal n. 10.216/2001, de proteção e direitos das pessoas com transtornos mentais e de alteração do modelo de assistência à saúde mental (Lei Antimanicomial ou Lei da Reforma Psiquiátrica);

m) Lei federal n. 10.421/2002, de extensão à mãe adotiva dos direitos de licença maternidade e salário-maternidade;

n) Lei federal n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso);

o) Lei federal n. 10.779/2003, relativa ao seguro desemprego para o pescador profissional que exerça a atividade de forma artesanal;

p) Lei federal n. 10.845/2004, que instituiu o Programa de Complementação Educacional Especializado para as Pessoas com Deficiência;

q) Lei federal n. 10.891/2004, que instituiu o Bolsa Atleta;

r) Lei federal n. 11.096/2005, que institui o Programa Universidade para Todos – PROUNI;

s) Lei federal n. 11.340/2006, sobre a violência doméstica e familiar (Lei Maria da Penha).

Esses são apenas alguns exemplos de diplomas normativos de âmbito nacional, de caráter superior, que instituíram medidas (efetivas ou não) tendentes à busca de igualdade, em vigor após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Como escolha metodológica, não foram mencionados os tratados e convenções internacionais já incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.²³

Merece destaque, no entanto, mencionar que tramitam no Congresso Nacional vários projetos que também são relacionados com a igualdade: a união civil entre pessoas do mesmo sexo (Projeto de Lei n. 1.151/95); a criminalização do preconceito por orientação sexual como crime hediondo (Projeto de Lei n. 3.817/2004); o Estatuto da Igualdade Racial (Projeto de Lei n. 6.264/2005); o Estatuto dos Povos Indígenas (Projetos de Lei ns. 2.057/91 e 2.619/92, apensados), entre vários outros.

Assim, o panorama que se traça em relação à igualdade, nos vinte anos de vigência da Constituição Federal de 1988, é um esforço de concretização da igualdade material pela via legislativa.

É interessante notar que no ordenamento jurídico brasileiro, a efetividade é tratada como um problema legislativo. Veja-se que a desigualdade é combatida por meio de previsões legais que muitas vezes carecem de eficiência. Mencionamos aqui a legislação federal de forma breve, mas ao se estudarem medidas legislativas nos âmbitos estadual e municipal, encontram-se inúmeros diplomas dispendo sobre questões antidiscriminação, sem serem dotadas, no entanto, de eficácia social.

Não se deve tomar a adoção de novas leis como um fator *per se* negativo. É comum que se compare o sistema brasileiro com outros sistemas, como o americano, o inglês ou de outros países europeus, que não possuem tantos diplomas legislativos, como mais efetivos em várias questões, variando da punição criminal ao respeito a direitos humanos fundamentais.

²³ Entendemos que os tratados e convenções internacionais em matéria de direitos humanos, mesmo tendo sido incorporados ao ordenamento jurídico antes do advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, possuem *status* constitucional.

Duas questões devem ser tidas em conta, com muita cautela, quando se trata deste tema. A primeira delas se refere aos sistemas: a mera comparação pode se tornar vazia de sentido se não se consideram as especificidades da *common law*, em relação ao sistema romano-germânico. A introdução deste artigo demonstra diferentes formas de apropriação somente do princípio da igualdade. Não se deve tomar o sistema jurídico apenas em si, mas também considerar como ele se encontra inserido em todas as circunstâncias sociais e históricas que permeiam sua existência.

Tanto há exemplos de experiências bem sucedidas sem a necessidade de previsões e regramentos legais específicos – como o respeito aos direitos do consumidor na Grã-Bretanha –, como há exemplos, no tocante à igualdade, de que a ausência de uma previsão legal (ou quiçá constitucional) acaba por trazer consequências inimagináveis no sistema brasileiro. É o caso da ERA (*Equal Rights Amendment*). Essa proposta de emenda à Constituição norte-americana não logrou o número de adesões mínimo pelos Estados para entrar em vigor. Seu texto é singelo, podendo ser resumindo na previsão de que homens e mulheres são iguais perante a lei, com os mesmos direitos e deveres. Causa espécie que uma emenda com esse teor nunca tenha logrado aprovação na América, e até mesmo que pudesse fazer diferença. Ousamos considerar que sim, tal previsão teria feito diferença em casos julgados pela Suprema Corte americana, em que a igualdade material não é considerada, a fim de reconhecer que uma trabalhadora gestante não pode ser demitida em razão de sua gravidez.²⁴

Assim, não se pode considerar a generalização – a ausência ou a existência de uma lei ou previsão legal – como fator preponderante para a efetivação de um direito ou para a concretização da igualdade consagrada por nosso texto constitucional. A institucionalização por via legal, muitas vezes, é um dado favorável à concretização da igualdade.

Veja-se a questão de gênero hoje, no quadro brasileiro. Ainda que seja necessário avançar ainda mais, a previsão constitucional de igualdade era necessária, tanto quanto a adequação de diplomas infraconstitucionais, para que o próprio texto legal não fosse discriminatório, pois considerava

²⁴ A propósito do caso citado, para maiores detalhes, ver: MINOW, Martha. Razão feminista: ganhando-a e perdendo-a. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 259-276.

a mulher incapaz, dependente de um chefe de família, entre tantas outras previsões do ordenamento brasileiro, que com a Constituição Federal de 1988 foram paulatinamente sendo extirpadas. Por analogia, cremos que para que sejam respeitados direitos independentemente de orientação sexual, faz-se necessária a edição de diplomas que, no mínimo, retirem do ordenamento pátrio inúmeras previsões discriminatórias.

A segunda questão é decorrente da análise do extremo oposto – a legislação em excesso. Há uma crença e – mais grave – uma prática que é legislar proficuamente sobre um tema, considerando que a previsão legal de *per se* resolva as questões relativas à desigualdade. Resulta, inúmeras vezes, em um sistema intrincado, de difícil compreensão, com previsões até mesmo sobrepostas, sem que haja uma eficaz aplicação desses diplomas.

Além disso, há que se cuidar para que a questão da igualdade não se disperse em discussões e defesas de direitos de grupos, que com maior força de mobilização social causem impactos diversos nas políticas públicas, provindo de uma visão fragmentada da igualdade, que deve se dar de forma universal.

Não se trata de considerar que esta ou aquela medida é menos ou mais importante, mas sim ter em conta a noção de direitos humanos como interdependentes. Por certo, a redução das desigualdades demanda inúmeras considerações específicas, mas elas não podem ser fragmentadas, de modo que sejam criados inúmeros estatutos e, conseqüentemente, voltemos a uma situação prévia à Revolução Francesa, de uma sociedade que se protege em estatutos, desta vez traduzidos em estatutos jurídicos.

4 Conclusão

Urge que a legislação infraconstitucional seja revista no que tange à busca da igualdade real para diversos segmentos historicamente excluídos dos direitos fundamentais. A tendência atual é de previsão de direitos para grupos organizados e que conseguem pressão política suficiente para seu reconhecimento.

A prática política não é condenável. Pelo contrário, o exercício da cidadania deve ser cada vez mais ativo e com reconhecimento da legitimidade da atuação dos grupos sociais. E várias medidas – mesmo com a

exacerbação legislativa – ainda se fazem necessárias, seja para erradicar previsões discriminatórias, seja para promover a igualdade.

No entanto, o que vem ocorrendo não é contemplar os desiguais de forma diversa, na medida de suas desigualdades, pois houve uma nociva segmentação da discussão da igualdade, em que os interesses podem se tornar contrapostos e o reconhecimento da legitimidade de tais direitos pode ser considerado contrário ao reconhecimento dos direitos de outros grupos. Está em curso uma polarização de interesses que deveriam caminhar juntos e com a mesma finalidade.

Outrossim, as medidas compensatórias ou que aquinhoam diferentemente certos grupos em relação a outros, com exceção de diferenças de índole natural, que nunca vão deixar de existir, ao menos em princípio (como, por exemplo, a maternidade, em relação a homens e mulheres), devem ser colocadas sempre com revisões periódicas, a fim de se estimular que sejam desnecessárias e revogadas no futuro, a bem da igualdade, na medida mais universal que se puder alcançar.

5 Referências

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. 9. ed. *História constitucional do Brasil*. Brasília: OAB, 2008.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia de J. Villeneuv, 1857.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CROIZET, A.; FIGUEIREDO, Genuíno Amazonas de. *A cidadania na Grécia e em Roma*. 2. ed. atual. e rev. por EaD/CEE/MCT. Brasília: Senado Federal; Centro de Estudos Estratégicos; Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002. (Coleção Leituras sobre a Cidadania, v. 2).

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. *Vocabulário Jurídico*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Liberdades públicas: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1978.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GRAFTON, John (Ed.). *The Declaration of Independence and Other Great Documents of American History 1775-1865*. New York: Dover Publications, 2000.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Tradução de José Lamago. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed., 9. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001.

MINOW, Martha. Razão feminista: ganhando-a e perdendo-a. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 259-276.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, liberdade e igualdade: os três caminhos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

PORTO, Walter Costa. *Constituições brasileiras: 1937*. 2. ed. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia; Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Constituições Brasileiras, v. 4).

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TRINDADE, José Damião de Lima. Anotações sobre a história social dos direitos humanos. In: SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1998. p. 21-163.