

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**FACULDADE DE DIREITO**



**A IGUALDADE E A PROPORCIONALIDADE – REFLEXÕES SOBRE A  
PONDERAÇÃO DO LEGISLADOR E A PONDERAÇÃO DO JUIZ NAS AÇÕES  
AFIRMATIVAS**

**KELLYNE LAÍS LABURÚ ALENCAR DE ALMEIDA**

**Mestrado Científico em Direitos Fundamentais**  
**Seminário de Direitos Fundamentais - B**  
**Ano Letivo 2009/2010**

**Lisboa**  
**2010**

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**FACULDADE DE DIREITO**



**A IGUALDADE E A PROPORCIONALIDADE – REFLEXÕES SOBRE A  
PONDERAÇÃO DO LEGISLADOR E A PONDERAÇÃO DO JUIZ NAS AÇÕES  
AFIRMATIVAS**

Relatório apresentado na disciplina de Direitos Fundamentais I e II - B, sob regência do Professor Doutor David Duarte, como requisito parcial para habilitação no Mestrado Científico em Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano letivo 2009/2010.

**KELLYNE LAÍS LABURÚ ALENCAR DE ALMEIDA**

**Lisboa**  
**2010**

## Índice

<b><u>NOTA DE LEITURA</u></b>	<b>3</b>
<b><u>1. INTRODUÇÃO</u></b>	<b>4</b>
<b><u>2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE</u></b>	<b>7</b>
2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE IGUALDADE	7
2.2. CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE	11
<b><u>3. AÇÕES AFIRMATIVAS</u></b>	<b>17</b>
3.1. ORIGENS	17
3.2. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS	20
3.3. OBJETIVOS	24
3.4. AÇÕES AFIRMATIVAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988	26
<b><u>4. A IGUALDADE E A PROPORCIONALIDADE: ANÁLISE DO CONFLITO NORMATIVO NA IMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES AFIRMATIVAS</u></b>	<b>28</b>
4.1. PONDERAÇÃO DO LEGISLADOR: O CRITÉRIO E A MEDIDA DO TRATAMENTO IGUAL E DO TRATAMENTO DESIGUAL NAS AÇÕES AFIRMATIVAS	30
4.2. PONDERAÇÃO DO JUIZ: OS LIMITES DA RECONSTRUÇÃO DA PONDERAÇÃO DO LEGISLADOR NAS AÇÕES AFIRMATIVAS	36
<b><u>5. CONCLUSÕES</u></b>	<b>48</b>
<b><u>6. BIBLIOGRAFIA</u></b>	<b>52</b>

## Nota de Leitura

Este trabalho encontra-se redigido em conformidade com as regras gramaticais ditadas pelo *Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa*, subscrito na cidade de Lisboa, em 16 de dezembro de 1990, por Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe, e, em 2004, por Timor Leste.

Considerando, porém, que a unidade da Língua Portuguesa, embora seja desejável para sua preservação, não é capaz de unificar as diversas linguagens utilizadas por falantes da língua espalhados por oito países em três diversos continentes, avisa-se ao leitor que a linguagem deste trabalho é a correntemente utilizada na escrita brasileira.

Informa-se ainda que a citação das obras e autores de referência foi feita em notas de rodapé, arranjadas ao longo do texto em critério cronológico. No corpo do texto, apenas a primeira menção à obra vem acompanhada de sua referência completa, limitando-se as subsequentes à menção de autor, nome parcial da obra e página.

As citações de obras redigidas em língua estrangeira foram traduzidas livremente para a Língua Portuguesa no intuito de proporcionar clareza e fluência na leitura do trabalho.

## 1. Introdução

“Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”.

Boaventura de Sousa Santos

As relações entre igualdade e diferença encontram-se dentre as maiores preocupações da sociedade contemporânea. Difundem-se as ideias de tolerância e de direito à diferença como formas de garantir os aspectos genuínos e individuais de cada ser humano, impedindo a formação de sociedades de ares monocromáticos. Mas a igualdade e a diferença não se relacionam apenas nos planos axiológicos; o princípio da igualdade, com forma de igualdade e matéria de diferença, transporta para o ordenamento jurídico a necessidade de compor esses dois anseios sociais.

As ações afirmativas, ousadas em seu objetivo de transformação social e cultural de todo um país, representam a mais moderna e polêmica manifestação do princípio da igualdade. Querem a diferença para alcançar a verdadeira igualdade; querem que não haja iguais mais iguais, mas iguais e diferentes tratados com o mesmo respeito e consideração.

No Brasil, feito Estado Social de Direito pela Constituição da República de 1988, acompanha-se o trâmite no Supremo Tribunal Federal de duas ações a questionar a constitucionalidade de ações afirmativas instituídas em universidades públicas brasileiras pela modalidade de cotas que dão o tom da questão: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 199, ajuizada pelo Procurador-Geral da República em 17 de novembro de 2008, pretende a declaração de constitucionalidade da Lei Estadual 5.346/08 (estabelece sistema de cotas para ingresso nas universidades estaduais do Rio de Janeiro em benefício de diversos grupos minoritários) com

---

\* Todo processo de crescimento e transformação é um misto de alegria e tristeza, de certeza e angústia, de gozo e sofrimento. E porque os primeiros passos dessa caminhada só foram possíveis pela graça de Deus e pelo carinhoso incentivo, em uns e nos outros momentos, de meu marido, Luiz Antônio, de meus pais, Elias e Ana Lúcia, e de minha irmã, Lívia, agradeço-lhes. Por tudo.

fundamento no princípio da igualdade e no princípio da proibição de discriminação, ao passo que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, ajuizada pelo partido político Democratas em 20 de julho de 2009, pretende a declaração de inconstitucionalidade dos atos do poder público que instituíram cotas raciais na Universidade de Brasília por violação, dentre outros, ao princípio da igualdade.

É possível desde já perceber que o tema é tortuoso – assim como o é todo assunto que envolve o princípio da igualdade –, mas sua elevada importância compensa o desafio. As ações afirmativas encontram-se ainda na zona nebulosa em que residem as atividades que desafiam os poderes do Estado a perscrutar-lhes a constitucionalidade, chamam o legislador a instituí-las na busca da igualdade material e, depois, convidam o juiz a controlá-las calcado na igualdade formal. Ao jurista, portanto, cumpre a tarefa de investigar esses limites, despidendo-se das paixões e partidarismos comuns ao tema e penetrando no exame das normas pertinentes à hipótese e seus conflitos.

A metodologia de pesquisa adotada foi a técnico-jurídica, pois a análise que se pretende fazer não se destina às questões filosóficas, históricas ou sociológicas que inegavelmente tocam o tema – e serão mencionadas apenas quando necessário à contextualização –, mas eminentemente aos problemas dogmáticos e normativos que se levantam a partir das ações afirmativas.

Encerrada a introdução, inicia-se o tratamento do princípio da igualdade, passando primeiramente pela sua evolução histórica no período pós-constitucional e seguindo em busca da definição contemporânea do conteúdo jurídico do princípio da igualdade no interior dos Estados de Direito.

Em seguida, no capítulo três, parte-se para a análise das ações afirmativas como manifestação do princípio da igualdade. Desde suas origens na jurisprudência da Suprema Corte estadunidense até sua efetiva consagração em textos constitucionais – como ocorre na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 –, as ações afirmativas sofreram transformações semânticas que se refletiram em seu próprio conceito e moldaram-lhes as características e os objetivos. Esse percurso tentar-se-á reproduzir nessa sede.

Ultrapassada a primeira fase de contextualização do tema, o último capítulo será dedicado ao conflito normativo na esfera do princípio da igualdade – representado pela latente tensão entre igualdade formal e igualdade material – e às árduas questões que se levantam tanto na definição do âmbito de discricionariedade do legislador para a implementação da igualdade, quanto na delimitação da atuação jurisdicional no controle

da igualdade. Abstraindo-se as normas contidas no princípio da igualdade e fazendo uso do princípio da proporcionalidade como instrumento de ponderação entre elas, buscar-se-á estabelecer a margem de liberdade legislativa na escolha por tratamentos diferenciados e, a partir dela, a medida da autocontenção judicial no controle da igualdade.

Por fim, serão apresentadas as conclusões decorrentes da pesquisa e das reflexões feitas à propósito deste estudo.

## 2. Princípio da igualdade

O princípio da igualdade é dos mais antigos e importantes na história do constitucionalismo, mas nem por isso atravessou os séculos imune às transformações históricas, sociais e jurídicas de cada tempo. Desde sua origem como valor até sua consagração como norma jurídica, o princípio da igualdade sofreu diversas transformações semânticas que lhe alteraram e ampliaram o conteúdo. As adaptações, porém, nunca lhe modificaram a essência: permanece imbricado – ontem como hoje – com as ideias de justiça, de dignidade humana e de luta contra os privilégios<sup>2</sup>.

O que uma análise mais detida do princípio revela é sua natureza multifuncional e multidimensional<sup>3</sup>, possuindo tantas facetas quantas forem necessárias para se adequar ao Estado em evolução e sempre na busca do ideal de justiça que lhe é ínsito; conservou as dimensões que foram apuradas ao longo de sua evolução, mas continua sempre aberto a novas utilizações e permanece, bem por isso, controverso<sup>4</sup>.

As próximas linhas, portanto, dedicam-se à análise da evolução histórica das dimensões do princípio da igualdade, na tentativa de, ao final, apontar as certezas e dúvidas sobre aquilo que compõe seu conteúdo jurídico.

### 2.1. Evolução histórica do conceito de igualdade

A noção de igualdade é tão antiga quanto a própria existência do ser humano sobre a face da terra; afinal, onde quer que haja duas ou mais pessoas, é possível estabelecer, entre elas, uma comparação. Desde os escritos da antiguidade clássica pode-se perceber o desenvolvimento da ideia de igualdade como um valor a ser buscado na vida em sociedade e, surpreendentemente, já por volta de 350 a.C. Aristóteles identificava, tal como contemporaneamente, a igualdade com a ideia de justiça e a justiça com a proporção<sup>5</sup>.

Após permear toda a história da humanidade como valor<sup>6</sup>, finalmente a igualdade foi alçada à categoria de norma jurídica na idade moderna, a partir do

---

<sup>2</sup> Novais, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra, 2004, p. 101.

<sup>3</sup> Alexandrino, José de Melo. *Direitos fundamentais – introdução geral*, Estoril, Principia, 2007, p. 76.

<sup>4</sup> Novais, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes...*, p. 101.

<sup>5</sup> Aristóteles. *Ética a Nicômaco*, Tradução de Antônio de Castro Caetano, Lisboa, Quetzal, 2004, p. 123-124.

<sup>6</sup> Para maior aprofundamento acerca da evolução histórica do princípio da igualdade no período pré-constitucional, ver, por todos, Albuquerque, Martim de. *Da igualdade – introdução à jurisprudência*, Coimbra, Almedina, 1993, p. 11-43; Dray, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no Direito do*



surgimento das primeiras Constituições escritas. E foi na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que o princípio da igualdade, incorporando a um só tempo as ideias filosóficas de tradição aristotélica e racionalista, recebeu a formatação que seria reproduzida com fidelidade em quase todas as Constituições modernas<sup>7</sup>: “todos são iguais perante a lei”<sup>8</sup>.

Naquela altura, o recém-consagrado princípio da igualdade vinha ao encontro dos anseios da sociedade oitocentista de contenção do arbítrio e da tirania, frutos do poder absoluto. Influenciado pela filosofia iluminista, o homem da idade moderna pretendia afastar as trevas da idade média pela luz da razão, proporcionando a felicidade e o bem social com a eliminação de privilégios e a distribuição de iguais oportunidades a todos. Os privilégios inatos eram inconcebíveis; os homens deveriam ser todos tratados de forma idêntica, pois todos se encontravam equiparados por detentores de uma mesma característica que os apartava de todas as demais criaturas viventes: a razão<sup>9</sup>.

O bem almejado pelos iluministas era a igualdade e o instrumento apto a introduzi-lo na sociedade seria – e somente haveria de ser – a lei. A Revolução Francesa instalou-se para dar cabo do poder tirânico e absoluto exercido pelos monarcas e corroborado por uma justiça corrupta e parcial. O poder executivo – ocupado pelos tiranos monarcas acostumados ao poder absoluto – não era confiável. O poder judiciário – composto por magistrados corruptos e comprometidos com o monarca – não era confiável. A mudança que a sociedade necessitava somente poderia vir pelas mãos do poder legislativo, formado por homens livres, representantes do povo por ele escolhidos e com ele comprometidos para a elaboração de leis gerais e abstratas, especialmente pensadas para que todos os cidadãos fossem tratados de forma idêntica, seja para proteger, seja para punir. Na visão otimista daquela época, liberdade e justiça eram

---

*Trabalho – sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 23-56.

<sup>7</sup> Pinto, Maria da Glória Ferreira. *Princípio da igualdade: fórmula vazia ou fórmula “carregada” de sentido?*, in Boletim do Ministério da Justiça, 358, julho, 1986, p. 21-24.

<sup>8</sup> Embora a Declaração de 1789 tenha sido posteriormente renegada em alguns direitos, elaborando-se novas declarações em 1793 e 1795, foi a de 1789 que influenciou os textos jurídicos do mundo inteiro.

<sup>9</sup> Essa ideia de equiparação dos homens aos olhos da lei fica evidente após a leitura do artigo 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que via apenas nas virtudes e nos talentos fatores de legítima diferenciação entre os homens.

imanescentes à lei geral e abstrata, restando apenas assegurar que os demais órgãos do poder a ela se submetessem e a aplicassem sem olhar a quem<sup>10</sup>.

Nesse contexto, qual seria o conteúdo do princípio da igualdade? A que fim, de fato, destinar-se-ia? O princípio da igualdade da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e das primeiras Constituições tinha por função primordial o controle do aplicador da lei (igualdade na aplicação da lei). A sociedade temia a atuação dos poderes executivo e judiciário, vistos como os únicos capazes de restabelecer os odiosos privilégios que as sociedades modernas pretendiam eliminar<sup>11</sup>, e por isso buscou na filosofia a ideia de igualdade e trouxe-a para o Direito com o fim de vincular os aplicadores da lei às disposições elaboradas pelo próprio povo por intermédio de seus representantes. Ao legislador, somente restava a obrigação de elaborar leis gerais e abstratas, pois na generalidade e abstração da lei certamente já viria inerente o tratamento igual a todos. A situação parecia resolvida, não haveria mais impasses: a lei é igual para todos; todos são iguais perante a lei<sup>12</sup>.

O tempo, porém, encarregou-se de mostrar os equívocos de um conceito tão restrito de igualdade jurídica. Afinal, reduzir o conteúdo do princípio da igualdade à mera igualdade na aplicação da lei é o mesmo que dizer que o princípio da igualdade exige que a lei seja aplicada às situações que prevê e que não seja aplicada às situações que não prevê; dilui-se o princípio na própria aplicação uniforme da lei<sup>13</sup>.

Em suma: o princípio da igualdade resumia-se a exigir aquilo que já seria exigido normalmente de toda e qualquer lei válida pelo princípio da legalidade; não passaria, pois, de tautologia sem maiores relevâncias no ordenamento jurídico. E, ademais de tautológica, a igualdade jurídica vista naqueles termos era também hipócrita. Difícil não é entender por quê.

A ideia de comparação é pressuposto lógico da igualdade, pois somente se pode afirmar a igualdade ou desigualdade entre dois ou vários elementos após realizar-lhes o cotejo. Um objeto não pode ser simultaneamente igual a si mesmo, pois igualdade não é o mesmo que identidade<sup>14</sup>; a igualdade só pode ser concebida quando há comparação.

---

<sup>10</sup> Novais, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes...*, p. 102.

<sup>11</sup> Pinto, Maria da Glória Ferreira. *Princípio da igualdade...*, p. 28.

<sup>12</sup> Novais, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes...*, p. 102.

<sup>13</sup> Pinto, Maria da Glória Ferreira. *Princípio da igualdade...*, p. 27.

<sup>14</sup> Correia, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 396.

É preciso, porém, perceber que as situações e pessoas da vida real possuem uma variedade incalculável de aspectos que lhes são peculiares, não havendo qualquer possibilidade de se encontrar pessoas completamente idênticas ou situações em tudo e tudo sobrepostas. A análise da igualdade há de ser relativa, restrita a um determinado aspecto dos elementos da comparação e segundo um critério de discrimen. E eis, então, o erro do conceito de igualdade jurídica que identifica todos os homens a partir da razão: a razão é, de fato, um aspecto em que os homens são todos iguais, mas há um sem número de outros aspectos em que os homens diferenciam-se entre si. Há aqueles que são cultos e outros que são analfabetos; há aqueles que são ricos e outros que são pobres; há aqueles que são saudáveis e outros que são doentes; e há ainda jovens e idosos, crianças e adultos, homens e mulheres etc. Evidente que as pessoas, embora todas dotadas de razão, não são todas iguais, de forma que as tratar de maneira equivalente produz, isso sim, ainda maior desigualdade<sup>15</sup>.

Embora o princípio da igualdade tenha dado inegável contribuição na limitação do poder absoluto e na criação do Estado Liberal, a tautologia e a hipocrisia a que se fez referência já lhe são marcantes no início do século XX. Os Estados liberais, apesar do fantástico crescimento econômico e do enriquecimento da burguesia, mantinham a maior parte da população imersa em precárias condições de vida, tornando patente a imensa desigualdade social que uma igualdade jurídica meramente formal não se mostrava capaz de aplacar. A ânsia da população era de que o mesmo Estado que outrora se afastara e deixara o mundo caminhar por si mesmo (*laissez-faire*) voltasse a se fazer presente e lhe garantisse também direitos sociais.

A confiança na abstração e na generalidade da lei como garantias da igualdade desvaneceu-se e, na medida em que se tomou consciência das falsas expectativas sobre a justiça como valor imanente à própria lei, a preocupação com a aplicação da lei transferiu-se para o momento de sua criação e para o seu conteúdo<sup>16</sup>.

A estrutura do Estado precisava de renovação, surgindo o Estado Social como negação do Estado Liberal, da mesma forma como anteriormente o Estado Liberal havia negado o Estado Absoluto<sup>17</sup>. O princípio da igualdade também se precisava renovar, precisava buscar não apenas a igualdade na aplicação da lei, mas se dirigir também ao

---

<sup>15</sup> Pinto, Maria da Glória Ferreira. *Princípio da igualdade...*, p. 29.

<sup>16</sup> Novais, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes...*, p. 103.

<sup>17</sup> Claro, João Martins. *O Princípio da igualdade*, in Nos dez anos da Constituição, Organização de Jorge Miranda, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1987, p. 88.

legislador para exigir a igualdade na criação da lei. O conteúdo da igualdade não mais se poderia limitar a tratar todos de forma igual perante a lei; todos são iguais perante a lei, mas a lei deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. O princípio da igualdade necessitava “alargar seu âmbito de compreensão e foi sua ligação com a justiça que lhe deu nova seiva”<sup>18</sup>.

Assim, à já existente garantia de igualdade formal foi acrescida uma nova dimensão, a da igualdade material, e o princípio da igualdade passou a ostentar nova fórmula: os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente.

Pelo princípio da igualdade, o legislador do Estado Social fica vinculado a considerar as reais diferenças existentes entre as pessoas quando da elaboração da lei; tem o dever de preocupar-se menos com a forma do enunciado do que com o resultado que ele efetivamente proporciona. O conteúdo do princípio da igualdade passa a ser entendido como “aplicação igual do direito igual”<sup>19</sup>.

## **2.2. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**

O princípio da igualdade, nas Constituições democráticas atualmente em vigor, ainda vem veiculado nos mesmos termos em que foi inicialmente previsto nas Constituições oitocentistas: “todos são iguais perante a lei”<sup>20</sup>. A carga semântica da fórmula, porém, alterou-se profundamente, acrescida que foi de novas funções e dimensões para que continuasse apta a estruturar os Estados modificados pelos anseios sociais.

A evolução do princípio da igualdade não por acaso se assemelha à evolução dos próprios direitos fundamentais; da mesma forma que estes foram sendo garantidos e ampliados ao longo dos séculos em dimensões que, sem suceder umas às outras, complementavam-se e enriqueciam o rol de direitos da dimensão anterior, também aquele foi sendo acrescido ao longo do tempo na busca da garantia da verdadeira

---

<sup>18</sup> Pinto, Maria da Glória Ferreira. *Princípio da igualdade...*, p. 29.

<sup>19</sup> Canotilho, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Coimbra, 1982, p. 381.

<sup>20</sup> É o caso da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da Constituição da República de Portugal de 1976, que utilizaram a tradicional fórmula da igualdade em seu artigo 5º, *caput*, e em seu artigo 13, respectivamente.

igualdade e da efetivação dos novos direitos fundamentais que ganhavam vida nos ordenamentos jurídicos<sup>21</sup>.

Atualmente, a leitura do princípio da igualdade – especialmente nos Estados Sociais – deve necessariamente incluir em seu âmbito a igualdade na aplicação da lei e a igualdade na criação da lei.

A igualdade na aplicação da lei é a vertente do princípio da igualdade que mais obviamente se extrai da norma que determina que “todos são iguais perante a lei”, podendo ser traduzida pela decantada fórmula de Anschütz de que “as leis devem ser executadas sem olhar às pessoas”<sup>22</sup>. A igualdade na aplicação da lei, portanto, determina que a imposição da lei ao caso concreto deve ser realizada pelo aplicador de forma impessoal, sem distinções entre as situações que se subsumem à ordem legal com base em motivos a ela alheios e por ela não previstos.

Esse primeiro viés do princípio da igualdade, igualdade pura perante a lei, sem distorções nem ressalvas<sup>23</sup>, remete à ideia liberal de distribuição de bens de acordo com os méritos de cada um, cabendo à lei assegurar apenas o tratamento igual daqueles que possuem méritos iguais, proporcionando-lhes o alcance de iguais benefícios. A igualdade na aplicação da lei, deixando livre ao legislador a determinação daquilo que é igual ou desigual, vincula apenas os órgãos aplicadores do direito – administrador e julgador – a executar a lei sem discriminações ou privilégios.

A igualdade no âmago da lei, que permeia também a matéria e não só a forma, não se pode abstrair da igualdade na aplicação da lei, mas apenas da igualdade na criação da lei. É a igualdade na criação da lei que, buscando fundamento na vinculação de todos os poderes públicos aos direitos fundamentais, vincula também o legislador à igualdade e determina que também ele se preocupe em elaborar lei sem discriminações

---

<sup>21</sup> Em igual sentido, Wilson Antônio Steinmetz (*Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 174) frisa as três fases da história dos direitos fundamentais – positivação, generalização e internacionalização/universalização – para relembrar a importância do princípio da igualdade para a ideia de gozo universal dos direitos fundamentais por todas as pessoas. Luis Prieto Sanchís (*Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, in Revista del centro de estudios constitucionales, 22, setembro-diciembre 1995, p. 22) afirma ainda que todos os direitos prestacionais são expressões concretas da igualdade material, pois consistem justamente no dar ou fazer em favor de certos indivíduos, escolhidos de acordo com algum critério, introduzindo inevitavelmente desigualdades normativas.

<sup>22</sup> Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 426.

<sup>23</sup> Raposo, Vera Lúcia Carapeto. *O poder de Eva – o princípio da igualdade no âmbito dos direitos políticos – problemas suscitados pela discriminação positiva*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 249.

ou privilégios<sup>24</sup>. Assim, o outro viés do princípio da igualdade de dedução necessária é a igualdade na criação da lei, vinculando o legislador à criação de leis que imputem iguais situações ou resultados jurídicos aos indivíduos que ostentem as mesmas características<sup>25</sup>.

É necessário notar – como o fez Canotilho – que a igualdade na criação da lei não se satisfaz com a generalidade. Afinal, mesmo a mais genuína universalidade pode permitir ao legislador capcioso que, na tentativa de ludibriar a própria Constituição que lhe confere poder para legislar, cumpra formalmente a igualdade ao tratar de forma idêntica pessoas que reúnam as mesmas características e, ainda assim, viole materialmente a igualdade ao tratá-las todas de forma discriminatória<sup>26</sup> (e a história ainda não permitiu esquecer o regime do *apartheid* na África do Sul, a política estadunidense do *separate but equal* ou o tratamento jurídico dos judeus na Alemanha nazista). Não é, portanto, apenas na forma em que produz a norma que o legislador fica vinculado, mas também no conteúdo legal que veicula, já que o objeto da norma deve ser inegavelmente de inspiração constitucional.

E ainda não é só. Ademais da dimensão negativa do princípio da igualdade, que determina a eliminação de situações de vantagem ou desvantagem infundadas, há ainda uma dimensão positiva, que não se satisfaz com a abstenção do Estado em não promover a desigualdade. O princípio da igualdade exige também a efetiva promoção da igualdade pelo Poder Público, devendo concretizar por meio de lei os reclames de justiça social que o constituinte quis atender<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Segundo explicou Fernando Alves Correia (*O plano urbanístico...*, p. 425-416), a tese de Carl Schmitt que identificou o conteúdo do princípio da igualdade com a proibição de leis excepcionais caminhou por essas vias. Para Schmitt, o princípio da igualdade teria a função de proibir leis de exceção, isto é, leis dirigidas a pessoas ou grupos determinados por motivos individuais. A igualdade, ainda segundo Schmitt, só existiria perante uma norma geral; na norma individual não há igualdade. Assim, o conceito exato de igualdade estaria ligado ao conceito de lei corretamente entendido. Correia obtempera que a ideia de igualdade não vem implícita na lei e não se restringe à lei, mas caracteriza obrigação imposta ao legislador para que, na elaboração da lei, não a viole. O princípio da igualdade não se presta a exigir emanção de leis gerais e abstratas; o que ele de fato exige é o tratamento igualitário e o estabelecimento de diferenciações legais apenas quando haja fundamento para tanto.

<sup>25</sup> Também chamado de princípio da universalidade ou da justiça pessoal pelo professor J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional...*, p. 427. Para uma breve distinção entre universalidade e igualdade, ver Duarte, David. *A norma da universalidade de direitos e deveres fundamentais*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 76, 2000, p. 418-419.

<sup>26</sup> Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...*, p. 427.

<sup>27</sup> Miranda, Jorge. *Igualdade (princípio da)*, Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, 3, p. 415. Em sentido semelhante, identificando a dimensão negativa da igualdade com o princípio da legalidade, a tendencial universalidade da lei e a projeção temporal do direito, e a dimensão positiva da igualdade com a exigência de tratamentos desiguais na medida das diferenças, inclusive com

Assim, o conteúdo contemporâneo do princípio da igualdade, notadamente nos Estados Sociais de Direito, deve necessariamente conter um aspecto mais pragmático, fundamentando a existência de mecanismos de transformação da estrutura social que possibilitem aos menos afortunados condições de igualdade para exercer os seus direitos fundamentais<sup>28</sup>, com a paulatina passagem da igualdade jurídica de programática a precetiva<sup>29</sup>. O conteúdo atual do princípio da igualdade estaria relacionado com a realização da justiça, a ser definida de acordo com os valores de cada sociedade em cada tempo. Não se deseja uma igualação total e absoluta, sob pena de substituição da pluralidade dos valores sociais e humanos por apenas um único valor apontado como legítimo; deseja-se mesmo é corrigir as tendências abusivas da liberdade individual e delimitá-las em conformidade com as demandas sociais<sup>30</sup>.

Fala-se, então, em igualdade social ou igualdade de oportunidades<sup>31</sup>, que consistiria na compensação de desigualdades faticamente existentes para que cada indivíduo tenha efetivas chances de usufruir dos benefícios da vida em sociedade em condições de igualdade com aqueles que as próprias circunstâncias históricas terminaram por privilegiar<sup>32</sup>. E essa compensação não se restringe a reconhecer a

---

compensações que atenuem as desigualdades de partida, Alexandrino, José de Melo. *Direitos fundamentais...*, p. 77.

<sup>28</sup> É por isso que a teoria desenvolvida por Naviasky, não logrou êxito ao distinguir entre igualdade jurídica objetiva e igualdade jurídica subjetiva, segundo lição de Fernando Alves Correia (*O plano urbanístico...*, p. 416-419). Para aquele jurista, a pertinência a um *status* ou classe não poderia justificar tratamento diferenciado do legislador, haja vista que se tratava de característica subjetiva. A crítica a essa teoria é certa: estivesse o legislador vinculado a uma igualdade mecânica, certamente produziria injustiças por não poder diferenciar as pessoas por características e em situações relevantes, como, por exemplo, a maternidade, a doença, a senilidade etc. Ademais, entender que características subjetivas não podem justificar diferenciações legítimas é entender que há igualdade em termos absolutos, o que, de fato, é absurdo.

<sup>29</sup> Miranda, Jorge. *Igualdade...*, p. 406.

<sup>30</sup> Pinto, Maria da Glória Ferreira. *O princípio da igualdade...*, p. 57.

<sup>31</sup> Nesse sentido, ver Oppenheim, Felix E. *Igualdade*, Dicionário de Política, Norberto Bobbio, Nicola Matteuci e Gianfranco Pasquino, 1, Brasília, UNB/Dinalivro, 2004, p. 603-604.

<sup>32</sup> Inspirado em Scholler, Fernando Alves Correia (*O plano urbanístico...*, p. 426-429) ensina que, no Estado Liberal, o princípio da igualdade não era um fim da administração, mas apenas um meio e um limite para a prossecução de fins extrajurídicos; no Estado Social, porém, a igualdade deve fazer parte dos fins da administração. Esse novo entendimento da relação entre a administração e o direito, por um lado, e a natureza eminentemente constitutiva da administração, por outro lado, estão na base de uma nova concepção do princípio da igualdade como tarefa fundamental da administração: a igualdade de oportunidades. A igualdade de oportunidades deve ser entendida, estritamente, como *equality of opportunity*. Essa concepção recebe várias críticas. Dürig diz que é um equívoco. Kloepfer diz que do princípio da igualdade na Constituição não deriva diretamente um dever de prestação de chances reais na vida, podendo tal obrigação provir de outros preceitos constitucionais. De acordo com o jurista, porém, a igualdade de oportunidades pode ser vista como correspondente à ideia de igualdade social, constituindo importante dimensão do princípio da igualdade.

situação de desigualdade; ao legislador é permitido, inclusive, introduzir fatores dinâmicos de compensação, ou seja, instituir por via legislativa tratamentos privilegiados que proporcionem que determinados grupos sociais historicamente discriminados tenham a possibilidade equivalente à do demais corpo social de obter êxito nas situações da vida<sup>33</sup>.

Em suma, pode-se dizer que o conteúdo jurídico do princípio da igualdade na generalidade dos Estados Sociais de Direito é composto pela igualdade formal (igualdade na aplicação da lei) – a vincular todos os aplicadores do direito às escolhas do legislador para evitar tratamentos discriminatórios ou privilegiadores – e pela igualdade material (igualdade na criação da lei) – a vincular o legislador à Constituição na forma e no conteúdo da lei (dimensão negativa e dimensão positiva)<sup>34</sup>.

Antes de encerrar, porém, é válido ressaltar que a igualdade formal e a igualdade material não contêm ideias opostas, como alguma doutrina parece insinuar<sup>35</sup>, mas integram de forma imprescindível o conteúdo do princípio da igualdade. A igualdade material, embora tenha se desenvolvido posteriormente à igualdade formal, não surgiu para derogá-la, alterar-lhe o esquema ou mesmo a importância<sup>36</sup>; veio, isso sim, para juntar-se a ela e enriquecer o conteúdo do princípio da igualdade e a proteção do cidadão no interior do Estado.

---

<sup>33</sup> Novais, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes...*, p. 104-105.

<sup>34</sup> J. J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional...*, p. 428-429) acrescenta ainda à igualdade na criação do direito a dimensão da igualdade justa, que pressupõe um juízo e um critério de valoração. José de Melo Alexandrino (*Direitos fundamentais...*, 2007, p. 74), porém, observa que o problema parece mais relacionado à eleição de critério de diferenciação do que a uma dimensão da igualdade em si. Afinal, a igualdade presume-se justa, a diferenciação é que se presume injusta, necessitando de um critério de justificação e de submissão a controle jurisdicional para que seja possível. Parece assistir razão ao Professor de Lisboa. Sobre critérios de diferenciação, ver capítulo 4 infra.

<sup>35</sup> Parte da doutrina tem inclusive procurado evitar o uso dos termos igualdade formal e igualdade material ao tratar do conteúdo do princípio da igualdade para evitar os equívocos que a eles se associaram. Ignacio Ara Pinilla (*Reflexiones sobre el significado constitucional de igualdad*, in *El principio de igualdad*, Madrid, Luís Garcia San Miguel, 2000, p. 202-203) fala em duas ideias fornecidas pelo princípio da igualdade: a igualdade como situação fática – estado de coisas em que as diversas entidades podem ser consideradas iguais, ao menos em alguns aspectos (identifica-se com a igualdade formal, ao que parece) – e a igualdade como programa de ação – prescrição de comportamentos que têm a finalidade de eliminar as desigualdades que se observam na situação que se toma em consideração (identifica-se com a igualdade material). Alfonso Ruiz Miguel (*La igualdad en la jurisprudencia del tribunal constitucional*, in *El principio de igualdad*, Madrid, Luís Garcia San Miguel, 2000, p. 156-157) fala em igualdade perante a lei e igualdade substancial, sendo aquela a igualdade jurídica, que se realiza no plano do direito, e, esta, a igualdade ideal nos planos social, econômico e cultural. O jurista informa que preferiu não fazer uso das expressões igualdade formal e igualdade material para não evocar a distorcida ideia marxista de desvalorização da igualdade formal – tida como fictícia e enganosa – perante a igualdade material.

<sup>36</sup> Claro, João Martins. *O princípio...*, p. 37.



A distinção do princípio da igualdade em dois âmbitos é válida para clarificar os dois momentos de atribuição de direitos em situação de igualdade ou, de outra perspectiva, a delimitação das obrigações de cada um dos poderes do Estado na promoção da igualdade, mas não pode jamais pretender colocá-los em compartimentos estanques<sup>37</sup>.

A igualdade formal é ainda a garantia mínima e primeira do cidadão em face do Estado<sup>38</sup>, já que igualdade alguma poderia haver se não existisse, previamente, lei que a assegurasse. Como ressalta Vittorio Mathieu, “não se forma uma sociedade de iguais se seus membros não têm, antes de mais, o direito de ser iguais. Sem a garantia do Direito, a igualdade ficaria privada de qualquer efeito. Mas a igualdade jurídica é também condição para que a igualdade real seja real. É assim porque o Estado não se pode limitar a garantir uma igualdade real derivada de outra fonte, porque não existe outra fonte”<sup>39</sup>.

A igualdade material, por sua vez, é que preenche de conteúdo constitucionalmente adequado o princípio da igualdade, funcionando como um indicador do padrão de atuação estatal e permitindo a adaptação do conceito de igualdade às mudanças temporais e sociais.

Para a plena utilização do princípio da igualdade, sua função normativa e sua função social<sup>40</sup> devem caminhar *pari passu* sempre na direção da garantia formal e material da Constituição, em benefício de cada cidadão e de toda a sociedade.

---

<sup>37</sup> Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra, Coimbra, 2008, p. 241.

<sup>38</sup> Novais, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes...*, p. 102.

<sup>39</sup> Citado por Miranda, Jorge. *Manual...*, p. 242-243.

<sup>40</sup> Canotilho, J. J. Gomes. *Constituição dirigente...*, p. 385.

### 3. Ações afirmativas

As ações afirmativas podem ser referidas como a manifestação polêmica do princípio da igualdade. Fundadas no desenvolvimento mais recente do conteúdo do princípio da igualdade – a igualdade social ou a igualdade de oportunidades – as ações afirmativas são a tentativa de efetivar a igualdade material de forma positiva, mediante compensações, promovidas pelo Estado ou pela sociedade civil, a grupos ou categorias de pessoas tradicionalmente vitimados por discriminações ou preconceitos. O outro lado da moeda, porém, é que a concessão de benefício a alguns acaba por necessariamente gerar a preterição de outros, fator que gera descontentamento e enseja discussões pautadas menos pelos aspectos jurídicos que envolvem o tema do que pelas paixões e convicções pessoais de cada um.

Nos tópicos apresentados a seguir o objetivo não é de embrenhar-se nas polêmicas históricas, filosóficas ou sociológicas que envolvem as ações afirmativas; quer-se apenas situar suficientemente os parâmetros que serão levados para o cerne do trabalho no próximo capítulo, que é a análise dos conflitos normativos presentes na efetivação do princípio da igualdade por intermédio de ações afirmativas.

#### 3.1. Origens

As ações afirmativas, como forma mais radical de combate à discriminação e de implementação da igualdade material, surgiram paradoxalmente nos Estados Unidos da América, país marcado pelo preconceito racial institucionalizado em um sistema legal conhecido como *Jim Crow*<sup>41</sup>.

O caso *Brown v. Board of Education*<sup>42</sup> marca o início da luta contra a discriminação institucionalizada nos Estados Unidos, pois foi nessa ocasião que a Suprema Corte, revendo decisão de 1896 no caso *Plessy v. Ferguson* que entendeu constitucional a segregação racial nas escolas desde que as instalações separadas fossem iguais (*separate but equal*), declarou inconstitucional as leis estaduais que estabeleciam

---

<sup>41</sup> O termo *Jim Crow* surgiu por volta de 1830 e designava um personagem negro interpretado pelo comediante Thomas “Daddy” Rice. Em sua performance, o artista, que era branco, enegrecia o rosto com pó de carvão ou rolha queimada e cantava e dançava uma música de maneira ridícula. Esse personagem tornou-se muito popular nos Estados Unidos, representando a imagem estereotipada de inferioridade dos negros em relação aos brancos; por essa razão, todos os atos de discriminação racial eram costumeiramente adjetivados com a expressão *Jim Crow* (informação disponível no sítio eletrônico <http://www.jimcrowhistory.org/history/creating2.htm>).

<sup>42</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

escolas separadas para crianças negras e brancas e negavam às crianças negras as mesmas oportunidades educacionais.

Em âmbito governamental, a política de combate à discriminação iniciou-se no mandato do presidente John Kennedy, que foi inclusive quem cunhou o termo *affirmative action*, embora não ainda com a mesma carga significativa que a expressão carrega hoje. Naquela época, as políticas de ação afirmativa representavam apenas o combate à discriminação racial (*color-blind*) e não estavam imbuídas de qualquer atitude positiva do governo na diminuição do abismo social entre brancos e negros<sup>43</sup>.

Na década de 70, porém, já se inauguraram as primeiras tentativas de inclusão social das pessoas negras nas áreas de educação e trabalho<sup>44</sup> e a Suprema Corte teve oportunidade de se manifestar ineditamente acerca dessas políticas no emblemático caso *Regents of the University of California v. Bakke*<sup>45</sup>. Em 1974, Allan Bakke inscreveu-se pela segunda vez para cursar a Faculdade de Medicina Davis, da Universidade da Califórnia, e foi novamente rejeitado pela instituição. A controvérsia surgiu porque, na mesma ocasião, alguns candidatos com desempenho inferior ao de Allan Bakke tiveram suas vagas garantidas na Faculdade de Medicina como decorrência de um programa de ação afirmativa que reservava determinado número de vagas para estudantes que, além de preencherem outros requisitos acadêmicos, pertencessem a categoria minoritária definida pela Universidade. Sentindo-se prejudicado pela negação de seu direito ao igual acesso às vagas, Bakke levou o caso à justiça e a demanda alcançou a Corte mais alta do país.

A Suprema Corte, então, desenvolveu três critérios ou *standards* de interpretação para analisar normas impugnadas com base no princípio da igualdade. O critério mais rígido, válido para os casos em que a distinção entre as pessoas dá-se com base em critérios de raça, etnia ou origem nacional, é o *strict judicial scrutiny*, em que a diferenciação somente é considerada justificada se comprovada a existência de interesse estatal cogente (*compelling interest*). O critério intermediário, utilizado para discriminações relativas ao sexo, é o *intermediate scrutiny*, em que a diferenciação só é

---

<sup>43</sup> Kaufmann, Roberta Frago Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? – uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 179.

<sup>44</sup> Gomes, Joaquim B. Barbosa. *Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em Direito Constitucional e Internacional*, p. 6. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/31989/31230>>, acesso em 10 de agosto de 2010.

<sup>45</sup> *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

justificada se vinculada a um importante ou significativo interesse estatal. Por fim, o critério judicial mínimo, que serve aos demais casos de diferenciação, é o *rational basis test*, em que basta demonstrar que a diferenciação serve a um objetivo social útil para que reste justificada<sup>46</sup>. No caso Bakke, a Suprema Corte utilizou-se do *strict scrutiny* e o resultado obtido pôde curiosamente ser celebrado tanto por aqueles que eram favoráveis às cotas quanto pelos que eram a elas contrários. Afinal, se por um lado a Suprema Corte reconheceu o direito de Bakke à vaga pleiteada, já que a Faculdade de Medicina não teria realizado com êxito a prova de que a medida de ação afirmativa era de interesse estatal cogente, por outro lado afirmou que a raça era critério lícito para analisar o ingresso em Universidade, quando associada a outros critérios, e com objetivo de aumentar a diversidade social e promover a igualdade<sup>47</sup>.

Alguns anos mais tarde, talvez já mais segura de suas posições acerca das ações afirmativas, a Suprema Corte, no caso *United States v. Paradise*<sup>48</sup>, manifestou-se pela legitimidade da decisão de juiz federal que determinou a contratação de um trabalhador negro para cada trabalhador branco que fosse contratado pelo Departamento de Segurança Pública, até que os trabalhadores negros representassem ao menos 25% do contingente da entidade.

O que é válido notar, entretanto, é que as ações afirmativas foram-se desenvolvendo de forma relutante nos Estados Unidos<sup>49</sup>, mais relacionada que estava sua implementação à prevenção dos graves conflitos sociais que se avizinhavam em decorrência da odiosa discriminação racial a que os negros eram submetidos do que a um real desenvolvimento da vertente material do princípio da igualdade<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> Kaufmann, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas...*, p. 189-191.

<sup>47</sup> Tribe, Laurence H. *Constitutional choices*, Cambridge, Massachusetts and London, Harvard University Press, 1985, p. 222. O constitucionalista, porém, critica a opção do Justice Powell em utilizar o *strict scrutiny* no caso Bakke, submetendo o controle dos programas prejudiciais aos brancos ao mesmo critério de controle dos programas discriminatórios dos negros.

<sup>48</sup> *United States v. Paradise*, 480 U.S. 149 (1987).

<sup>49</sup> Para uma análise mais detalhada de diversos outros precedentes da Suprema Corte estadunidense no tema das ações afirmativas, ver Kaufmann, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas...*, p. 184-206.

<sup>50</sup> E mesmo hoje se pode observar uma retração no progresso das políticas de ação afirmativa estadunidenses, conforme relata Jed Rubenfeld (*Revolution by Judiciary*, Cambridge, Massachusetts and London, Harvard University Press, 2005, p. 175-179) ao falar da existência de uma “*anti-anti-discrimination agenda*”. A questão também é analisada por Dworkin, Ronald. *Levando os direitos à sério*, Tradução de Nelson Boeira, São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 345, que traz as principais objeções daqueles que são contrários às ações afirmativas como sendo o sentimento de inferioridade dos beneficiados pela medida estatal e o fomento do preconceito.

Por isso, o modelo norte-americano, embora sirva de inspiração inicial para o desenvolvimento de políticas de ação afirmativa no Brasil, deve ser tomado tendo em conta as diferentes realidades históricas e sociais de ambos os países. No Brasil, como é lógico, as políticas de ação afirmativa devem estar sempre devidamente justificadas pela aplicação do princípio da igualdade conformado pela Constituição da República de 1988, conforme se terá oportunidade de desenvolver com maior vagar no último capítulo.

### 3.2. Conceito e Características

“Para superar o racismo é necessário primeiramente ter em conta a raça (...), para tratar algumas pessoas como iguais é preciso tratá-las de maneira diferente”. A inspirada afirmação do *Justice Blackmun* da Suprema Corte estadunidense no voto separado que proferiu no caso *Bakke* serve perfeitamente para explicar a que vieram as ações afirmativas.

Constituindo-se em políticas de inclusão social, praticadas por entidades públicas ou privadas, as ações afirmativas servem ao objetivo de promoção da igualdade material e acesso a bens fundamentais de grupos humanos cuja história é marcada pela discriminação de raça, de etnia, de origem nacional, de gênero ou até mesmo em razão de deficiências físicas ou mentais.

A diferença das ações afirmativas em relação às mais comuns políticas antidiscriminatórias é que estas costumam ter conteúdo unicamente proibitivo de discriminação, disponibilizando às vítimas instrumentos meramente reparatórios da injustiça, ao passo que aquelas são multifacetadas e destinam-se à promoção efetiva da igualdade por meio de compensação de desigualdades de partida<sup>51</sup>. Tampouco se pode confundir ações afirmativas com ações protetoras, já que estas últimas são medidas paternalistas estabelecidas com base em estereótipos comumente atribuídos a uma categoria de pessoas – sendo, bem por isso, discriminatórias e inconstitucionais por violação do princípio da igualdade<sup>52</sup> –, ou com medidas de igualação positiva, já que estas, ao contrário daquelas, ensejam tratamentos desiguais com objetivo de promover a

---

<sup>51</sup> Gomes, Joaquim. B. Barbosa. *A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro*, in Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, 38, 151, jul/set 2001, p. 138.

<sup>52</sup> Raposo, Vera Lúcia Carapeto. *O poder de Eva...*, p. 313-314. A jurista cita como exemplo o caso da lei que estabeleceu o dia de trabalho doméstico da mulher, mas não deu igual direito ao homem, na Alemanha.

igualdade material para pessoas individualmente consideradas e não para grupos sociais<sup>53</sup>.

O fundamento das ações afirmativas é encontrado por alguns na chamada justiça compensatória, relacionada à ideia de compensação atual por um tratamento injusto passado, ou seja, na institucionalização de medidas para que a sociedade de hoje repare os descendentes daqueles que ontem foram discriminados. Ao falar, porém, em dívida histórica a ser restaurada por aqueles que não praticaram diretamente o dano em favor daqueles que não sofreram diretamente o dano, esse tipo de construção levanta o grande problema da legitimidade da responsabilização de alguém por dano de outrem sem que houvesse assumido esse risco, ensejando, inclusive, um perigoso jogo de responsabilização *ad infinitum*<sup>54</sup>.

Não pode ser esse, portanto, o fundamento das ações afirmativas. As ações afirmativas, calcadas que estão no princípio da igualdade, são um imperativo de justiça distributiva, de compartilhamento de reais oportunidades entre todos os membros da sociedade, com especial ênfase naqueles membros que historicamente foram submetidos a discriminação que os impediu de concorrer em pé de igualdade com os demais. Se os iguais mais iguais que os outros já conquistaram o privilégio da igualdade, é chegada a hora de proporcionar aos desiguais as oportunidades que lhes foram garantidas pelo Direito e negadas pela vida<sup>55</sup>.

É inegável, entretanto, que as ações afirmativas, sendo medidas extremas que introduzem deliberadamente uma desigualdade no seio da sociedade como meio de conseguir uma maior igualdade como objetivo final<sup>56</sup>, podem colocar em risco toda a construção da igualdade por um efeito reverso de discriminação<sup>57</sup>. Por isso, a utilização das ações afirmativas deve dar-se em doses controladas. Não é toda e qualquer situação de diferenciação indevida justificadora da adoção de uma política de ação afirmativa, mas apenas aqueles casos em que há um histórico de discriminação tão poderoso contra

---

<sup>53</sup> Raposo, Vera Lúcia Carapeto. *O poder de Eva...*, p. 315. O exemplo dado nesse caso é o da concessão de bolsa de estudo para membro de família numerosa, que se encontra individualmente em desvantagem quando comparado com membros de famílias não numerosas.

<sup>54</sup> Kaufmann, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas...*, p. 224.

<sup>55</sup> Rocha, Carmen Lúcia Antunes. *Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade*, in Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, 33, 131, jul/set 1996, p. 284.

<sup>56</sup> Miguel, Alfonso Ruiz. *La igualdad...*, p. 193.

<sup>57</sup> Raposo, Vera Lúcia Carapeto. *O poder de Eva...*, p. 305.

determinado grupo de indivíduos que a mera eliminação da discriminação pelo Estado não é capaz de verdadeiramente restabelecer a igualdade.

As ações afirmativas destinam-se àqueles casos em que ao Estado não chega a abstenção, em que a atitude deve ultrapassar a mera proibição da desigualdade e alcançar a efetiva promoção da igualdade<sup>58</sup> para a mudança do quadro social em espaço de tempo razoável. Teriam tais políticas, portanto, um cunho pedagógico para transformação de comportamentos e mentalidades coletivas, para o engendramento de mudanças culturais e sociais que estimem os valores do pluralismo e da diversidade nas esferas de convívio humano em homenagem à harmonia e à paz social<sup>59</sup>.

Diante desse quadro, já é possível apontar algumas características marcantes das ações afirmativas.

A primeira a merecer menção é sua constituição como mecanismo de inclusão social de grupos humanos. As ações afirmativas, ao promoverem a diferenciação para alcance da igualdade, não se podem dirigir a situações individuais, mas sempre ao favorecimento de um grupo de pessoas tradicionalmente preterido pela sociedade das oportunidades de desenvolvimento.

A partir da primeira característica pode-se abstrair a segunda, que é justamente a utilização de traços discriminatórios para efetuar as diferenciações em benefício dos grupos minoritários. As ações afirmativas utilizam como critério de diferenciação justamente os traços que tradicionalmente são utilizados para menosprezar determinados grupos sociais, porém, desta vez, com objetivo de favorecê-los. Essa é talvez a característica que justifique a grande controvérsia que paira sobre o tema das ações afirmativas. Afinal, o que as diferencia de outras medidas que também promovem diferenciação para o alcance de maior igualdade e que não têm sua constitucionalidade discutida (*e.g.*, progressividade no imposto de renda) é justamente a utilização de traços discriminatórios, aliado ao fato de que pretendem ofertar a seus favorecidos justamente situações de especial escassez, como sói acontecer com os níveis profissionais de prestígio, os cargos públicos e as vagas universitárias<sup>60</sup>.

Outra característica marcante das ações afirmativas é a transitoriedade. Entretanto estabelecidas, as ações afirmativas devem ostentar um prazo máximo para

---

<sup>58</sup> Gomes, Joaquim B. Barbosa. *A recepção...*, p. 139.

<sup>59</sup> Gomes, Joaquim B. Barbosa. *A recepção...*, p. 133.

<sup>60</sup> Miguel, Alfonso Ruiz. *La igualdad...*, p. 193.

perdurar ou um objetivo final para atingir, permanecendo somente até que sejam minimizados ou resolvidos os problemas que têm a intenção de solucionar. Não podem jamais se pretenderem perenes, pois nesse caso tenderiam a inverter o processo de discriminação, transformar a classe preterida de seus benefícios na nova minoria social e ferir reversamente o princípio da igualdade.

Por fim, pode-se citar ainda a imprescindibilidade como característica das ações afirmativas. Considerando que promovem diferenciações com base em características que a princípio não seriam aptas a justificá-las, para que as ações afirmativas sejam lícitas é preciso que o grupo destinatário da medida tenha sido de tal forma preterido pela sociedade que seu acesso a determinadas esferas sociais (como, *e.g.*, educação superior ou postos de trabalho) tenha sido substancialmente dificultado ou até mesmo impedido, sem que haja uma projeção de integração em futuro próximo sem a tomada de alguma medida positiva pelo Estado ou pela sociedade civil.

A imprescindibilidade tem ainda que ver com a modalidade de ação afirmativa que se vai estabelecer: cotas, fator adicional (*plus-factor*), objetivos (*goals*) ou tratamento preferencial (*preferential treatment*).

No caso das cotas, fixa-se uma percentagem específica e imutável de vagas em determinada instituição, a serem preenchidas pelos grupos minoritários que se quer favorecer independentemente da comparação de seus méritos pessoais com o dos demais concorrentes, de modo a equilibrar a presença dos membros desses grupos sub-representados. O fator adicional (*plus-factor*), por sua vez, significa a consideração de traço tradicionalmente discriminatório como um fator positivo de avaliação, a ser tomado em conta juntamente com outros critérios, em benefício do grupo que se quer favorecer e na tentativa de colocá-lo em situação de paridade na disputa com os demais concorrentes ao posto almejado. Já os objetivos (*goals*) caracterizam-se pelo estabelecimento de metas numéricas a serem atingidas para distribuição equilibrada dos postos almejados entre os diferentes grupos que constituem a sociedade, sem que haja, entretanto, um número fixo de postos que devam ser necessariamente conferidos a esse ou àquele grupo. O tratamento preferencial (*preferential treatment*), por fim, representa apenas a instituição de um benefício aos membros de determinado grupo minoritário com o objetivo de remodelar os obstáculos que os impedem de competir em condições



de igualdade, mas sem, no entanto, estipular-lhes benefícios no decorrer da competição em si<sup>61</sup>.

Não é árduo de se ver que, das cotas ao tratamento preferencial, o extremismo da modalidade de ação afirmativa se vai tornando gradualmente mais reduzido, com menor interferência na esfera de liberdade e igualdade dos cidadãos preteridos pela medida positiva. Por isso, não há dúvida de que a demonstração da imprescindibilidade deve ser gradualmente mais rígida de acordo com o grau de agressividade da medida ao direito de outras pessoas. Assim, por exemplo, deve haver um grau maior de demonstração da imprescindibilidade para o estabelecimento de cotas para negros em universidades públicas do que para a instituição de um cursinho pré-vestibular exclusivamente para negros custeado com recursos públicos, haja vista que os custos dessa última medida são diluídos por toda a sociedade, ao passo que os custos da primeira atingem diretamente aqueles que foram preteridos da almejada vaga para estudar em universidade pública.

### **3.3. Objetivos**

As ações afirmativas têm o claro objetivo de coibir as discriminações existentes na sociedade contemporânea e proporcionar a efetivação da igualdade material entre todos os titulares de direitos fundamentais no mais reduzido espaço de tempo possível. Esse é o escopo mais óbvio que se lhe pode extrair, mas não é o único.

Não se pode deixar de mencionar a especial dedicação das políticas de ação afirmativa à transformação social e cultural de determinado povo. Bem se sabe que os efeitos da discriminação não se encerram nos sentimentos de degradação experimentados pelas vítimas diretas de um tratamento injusto, mas persistem no tempo, arraigam-se psicológica, cultural e comportamentalmente no meio social e causam prejuízos e dissabores a todo um grupo humano e seus descendentes indefinidamente. Assim, as ações afirmativas, ademais de pretenderem eliminar as discriminações presentes, destinam-se também a coibir os efeitos persistentes das discriminações do passado, que tendem a permanecer silenciosamente na sociedade atuando como fator de desprestígio e obstaculizando o desenvolvimento dos membros do grupo discriminado (discriminação estrutural)<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Raposo, Vera Lúcia Carapeto. *O poder de Eva...*, p. 317.

<sup>62</sup> Gomes, Joaquim B. Barbosa. *A recepção...*, p. 140.

Em época em que comumente se fala, tanto no âmbito interno quanto no internacional, em tolerância e direito à diferença, as ações afirmativas constituem medidas que vêm justamente ao encontro desses anseios. Dentre seus objetivos consta indubitavelmente o desenvolvimento de uma sociedade plural, diversificada, consciente, tolerante às diferenças e democrática. As ações afirmativas significam a concessão de espaço para que as minorias – quantitativas ou qualitativas – desenvolvam-se e participem da comunidade de forma compatível com a representatividade que de fato merecem ter. Serviriam, portanto, para resolver o problema do “não cidadão”, que não participa política e democraticamente nas decisões do rumo do país e que possui direitos formalmente assegurados na Constituição que lhe são materialmente negados pelo Estado e pela sociedade<sup>63</sup>.

Ademais, não há dúvidas de que as ações afirmativas, ao passo que se destinam a diminuir as abismais desigualdades entre os diversos grupos sociais que compõem o povo de cada país com a universalização do acesso à educação e ao mercado de trabalho, proporcionam o robustecimento econômico do próprio país<sup>64</sup>.

O ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa, árduo defensor das políticas de ação afirmativa no Brasil, aponta ainda um último objetivo dessas medidas, que é o da criação das chamadas personalidades emblemáticas. Talvez inspirado em sua própria história, o ministro afirma que os membros de minorias que alcancem vagas universitárias ou postos de trabalho almejados serviriam como exemplos vivos de mobilidade social ascendente para os demais, demonstrando às gerações mais jovens que os obstáculos à concretização de seus projetos de vida, se outrora foram intransponíveis, não mais o são<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Rocha, Carmen Lúcia Antunes. *Ação afirmativa...*, p. 295. A ministra do Supremo Tribunal Federal, em trecho inspirado, ressalta ao analisar o caso brasileiro que “cidadania não combina com desigualdade. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação. E, no entanto, no Brasil que se diz querer republicano e democrático, o cidadão ainda é uma elite, pela multiplicidade de preconceitos que subsistem, mesmo sob o manto fácil do silêncio branco com os negros, da palavra gentil com as mulheres, da esmola superior com os pobres, da frase lida para os analfabetos... Nesse cenário sócio-político e econômico, não seria verdadeiramente democrática a leitura superficial e preconceituosa da Constituição, nem seria verdadeiramente cidadão o leitor que não lhe rebuscasse a alma, apregoando o discurso fácil dos igualados superiormente em nossa história feita pelas mãos calejadas dos discriminados”.

<sup>64</sup> Gomes, Joaquim B. Barbosa. *A recepção...*, p. 140.

<sup>65</sup> Gomes, Joaquim B. Barbosa. *A recepção...*, p. 140-141.

### 3.4. Ações afirmativas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Se se tiver em conta a conformação contemporânea do princípio da igualdade na generalidade dos Estados Sociais de Direito, especialmente o âmbito material da igualdade nos moldes apresentados no capítulo anterior, é praticamente indefensável, com argumentos jurídicos, a inconstitucionalidade apriorística das ações afirmativas.

No caso específico do ordenamento jurídico brasileiro, embora o princípio da igualdade seja de sempre – goza de previsão constitucional desde 1824<sup>66</sup> – inegavelmente foi a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Constituição da República brasileira) que lhe conferiu a passagem de um princípio de conteúdo inerte a uma concepção dinâmica que permeia toda a estrutura do sistema normativo constitucional brasileiro<sup>67</sup>. No ordenamento jurídico brasileiro, portanto, o sistema normativo-constitucional e o modelo de Estado construído pela Constituição da República brasileira não deixam quaisquer dúvidas acerca da admissibilidade de políticas de ação afirmativa.

Iniciando o percurso pelo preâmbulo – que, embora não ostente valor jurídico, é perfeitamente apto a demonstrar as intenções do legislador constituinte –, percebe-se já que alguns dos objetivos da Constituição da República brasileira identificam-se perfeitamente com os objetivos da instituição de ações afirmativas: assegurar o exercício de direitos sociais, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Adentrando no texto constitucional, vê-se que o artigo 3º<sup>68</sup>, que veicula os objetivos da República Federativa do Brasil, constitui-se de incisos cujos núcleos são

---

<sup>66</sup> Para uma evolução do princípio da igualdade através das Constituições brasileiras, ver Mello, Marco Aurélio Mendes de Faria. *Óptica constitucional – a igualdade e as ações afirmativas*, in Revista da Escola Nacional de Magistratura, 1, 1, abril 2006, p. 82-85.

<sup>67</sup> Rocha, Carmen Lúcia Antunes. *Ação afirmativa...*, p. 288.

<sup>68</sup> “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

verbos de ação<sup>69</sup>, demonstrando que as obrigações do Estado na transformação do quadro social e político do país devem ser implementadas pela atuação estatal, não se satisfazendo a Constituição brasileira com a mera abstenção do Estado em discriminar seus cidadãos.

Para que os objetivos da República não sejam abandonados a uma retórica impossível de ser implementada, a concepção dinâmica da igualdade é imprescindível na interpretação dos dispositivos constitucionais: somente com uma conduta ativa, positiva, afirmativa pode-se perseguir os objetivos estabelecidos na Constituição.

A igualdade vem ainda prevista no artigo 5º<sup>70</sup>, dentre os direitos fundamentais, mas em posição topográfica que demonstra sua importância na Constituição da República brasileira como princípio que deve dirigir o entendimento de todos os direitos fundamentais<sup>71</sup>.

E não é só. A Constituição da República brasileira é ela própria pródiga em estabelecer medidas de ação afirmativa em favor de grupos que entendeu merecedores de tratamento favorecido. É o caso da reserva de vagas em concursos para ingresso no serviço público em favor de pessoas portadoras de necessidades especiais (artigo 37, VIII), do tratamento favorecido de pequenas empresas (artigo 170, IX), da prioridade absoluta dada à criança e ao adolescente no gozo de direitos fundamentais (artigo 227) e do tratamento especial inspirado pela pessoa idosa (artigo 230).

\*\*\*

Se as ações afirmativas são expressão do princípio da igualdade em sua mais moderna leitura, se são admitidas e, em casos especiais, até mesmo determinadas pela Constituição, por que paira sobre elas tanta controvérsia entre os que apaixonadamente as defendem e os que repugnantemente as rejeitam? Haveria na Constituição algum outro princípio a trabalhar em sentido contrário ao princípio da igualdade e a impedir a instituição de medidas de ação afirmativa?

---

<sup>69</sup> Sarmiento, Daniel. *A igualdade étnico-racial no Direito Constitucional Brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa*, in Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 142.

<sup>70</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

<sup>71</sup> Rocha, Carmen Lúcia Antunes. *Ação afirmativa...*, p. 291.

#### **4. A igualdade e a proporcionalidade: análise do conflito normativo na implementação de ações afirmativas**

A construção da moderna teoria democrática funda-se em três principais pilares que desde a Revolução Francesa são proclamados como os anseios basilares do homem que vive em sociedade: liberdade, igualdade e fraternidade. Esses valores, embora organizados harmonicamente na linha de frente dos ideais políticos dos Estados Democráticos de Direito, possuem entre si uma latente tensão ao apontarem simultaneamente para caminhos diversos na escolha das prioridades dentro do sistema democrático<sup>72</sup>.

Tradicionalmente se lembra do eterno confronto entre a liberdade e a igualdade, que não existiriam separadamente – a existência de uma implica, ao mesmo tempo em que limita, a existência da outra – e nem mesmo poderiam ser discutidas separadamente. Assim, liberdade e igualdade não existiriam de maneira absoluta, mas sempre de maneira relativa, garantidas ambas a todos os membros da sociedade na medida em que a porção assegurada a uns restrinja e seja restringida pela porção assegurada aos outros<sup>73</sup>.

A relação entre liberdade e igualdade seria de natureza circular em decorrência da natural desigualdade existente entre as pessoas, potencializada pela artificial desigualdade produzida no seio das comunidades humanas<sup>74</sup>. Os homens são desiguais em suas características naturais e, por isso, alguns seriam mais poderosos e alcançariam as melhores oportunidades, posicionando-se também em situação artificialmente desigual. Associando-se a desigualdade naturalmente existente à liberdade descontrolada dos mais poderosos, aquela tenderia a crescer até níveis socialmente insuportáveis; a igualdade, então, requer a limitação da liberdade, mas só na medida em que também aqueles que tiveram sua liberdade restrita não sejam tratados de maneira desigual.

A liberdade, portanto, seria um valor individual, o âmbito de movimentação que é concedido a cada pessoa pelo ordenamento jurídico, ao passo que a igualdade é um

---

<sup>72</sup> Raphael, D. D. *Tensions between the goals of equality and freedom*, in *Equality and freedom: international and comparative jurisprudence*, volume II, New York, Grey Dorsay, 1977, p. 552-553. O jurista relembra ainda que a tensão entre esses valores só é problemática para quem analisa um Estado cujo regime é democrático, pois apenas na democracia os valores da liberdade e da igualdade foram equiparados na linha de frente do regime político.

<sup>73</sup> Peric, Berislav. *Basic problems in the pursuit of freedom and equality*, in *Equality and freedom: international and comparative jurisprudence*, volume II, New York, Grey Dorsay, 1977, p. 562.

<sup>74</sup> Raphael, D. D. *Tensions between...*, p. 543.

valor social, preocupando-se com a comparação de situações de fato entre as pessoas envolvidas<sup>75</sup>.

O desenvolvimento da ideia da fraternidade como o maior valor da humanidade, implicando o dever de todos em contribuir para a continuidade da vida social em harmonia<sup>76</sup>, provocou alterações profundas no conteúdo do princípio da igualdade<sup>77</sup> que só fizeram aumentar a tensão entre os valores básicos da democracia. O princípio da igualdade contemporâneo, que não mais se contenta com o tratamento igual perante a lei (igualdade formal), mas exige uma lei cuja forma e conteúdo sejam também respeitadores da Constituição e dos direitos fundamentais em sentido negativo e em sentido positivo (igualdade material), termina por encerrar dentro de si próprio o conflito entre as exigências do máximo possível de liberdade social – oportunidade de ação dos mais fortes – e as exigências do máximo possível de igualdade social – igualdade de oportunidade dos mais fracos<sup>78</sup>.

A igualdade formal, na defesa da liberdade, quer que todos sejam individualmente tratados de forma igual; a igualdade material, na defesa da fraternidade, busca uma maior igualdade global, ainda que para seu alcance sejam necessários tratamentos diferenciados e até mesmo privilegiados<sup>79</sup>. Nessa conturbada relação reside o paradoxo da igualdade: a manutenção da igualdade formal implica a negação da igualdade material e a implementação da igualdade material significa a rejeição da igualdade formal, pois o que uma das vertentes da igualdade considera tratamento desigual, a outra considera tratamento igual e vice-versa<sup>80</sup>.

Os questionamentos sobre a constitucionalidade das medidas de ação afirmativa que se destinam à implementação da igualdade material, portanto, passam pelos conflitos normativos<sup>81</sup> internos à própria igualdade, pela escolha entre a implementação

---

<sup>75</sup> Raphael, D. D. *Tensions between...*, p. 553.

<sup>76</sup> Peric, Berislav. *Basic problems...*, p. 570.

<sup>77</sup> Sobre a evolução do conteúdo do princípio da igualdade, ver capítulo 2, tópico 2.2.

<sup>78</sup> Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard. *Direitos Fundamentais - Direito Estadual II*, Tradução de Antônio C. Franco e Antônio Francisco Sousa, Lisboa, Universidade Lusíada, 2008, p. 133.

<sup>79</sup> Raphael, D. D. (*Tensions between...*, p. 545) explica que o maior foco de tensão entre liberdade e igualdade encontra-se na relação entre a igualdade de oportunidade e a igualdade de satisfação, já que a oportunidade é, ao mesmo tempo, igualdade e liberdade dos impedimentos de pleno desenvolvimento de cada ser humano.

<sup>80</sup> Alexy, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 417.

<sup>81</sup> David Duarte (*Rebutting defeasibility as operative normative defeasibility*, in *Liber Amicorum* de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário – estudos de Direito e Filosofia, Organização de

da igualdade formal ou da igualdade material no interior do Estado Democrático de Direito. É da definição das normas que integram o princípio da igualdade que se pode (tentar) abstrair a legitimidade do legislador nos tratamentos iguais ou diferenciados que estabelece e a margem de controle do juiz sobre as escolhas do legislador. A essa empresa dedicam-se os próximos tópicos.

#### **4.1. Ponderação do legislador: o critério e a medida do tratamento igual e do tratamento desigual nas ações afirmativas**

O conteúdo do princípio da igualdade, abarcando as vertentes da igualdade formal e da igualdade material, pode ser sucintamente definido pelo enunciado “os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente”. Desse enunciado, porém, não se retira qualquer significado que seja apto a indicar ao legislador em que situações são exigidos tratamentos iguais ou desiguais e nem mesmo o que seriam tratamentos iguais ou desiguais.

De fato, o princípio da igualdade diferencia-se da generalidade das normas que veiculam direitos fundamentais porque não possui âmbito de proteção, não contém um programa de ação<sup>82</sup>, não assegura ao cidadão nenhum comportamento específico que possa ser atrapalhado pelo Estado ou que possa ser exigido do Estado. A garantia trazida pelo princípio da igualdade tem a ver apenas com a possibilidade de resistência a um tratamento desigual injustificado – na lei ou perante ela –<sup>83</sup>, de forma que, em todas as situações de qualquer gênero em que haja um tratamento jurídico comparativo<sup>84</sup>, o

---

Augusto Silva Dias *et al*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 161) define os conflitos normativos como situações em que duas ou mais normas possuem condições de aplicabilidade semelhantes, mas o conteúdo de suas consequências legais são incompatíveis, de sorte que não podem todas elas ser aplicadas harmonicamente a um só tempo. Ainda de acordo com o professor de Lisboa, a incompatibilidade de hipóteses legais é a causa principal da existência de conflitos normativos e, dentre as possíveis conexões normativas (nada↔nada, parcial↔parcial, parcial↔total e total↔total), pode-se vislumbrar conflito normativo quando as normas se encontrem em conexão parcial↔parcial, parcial↔total e total↔total (p. 162-164).

<sup>82</sup> Pinto, Maria da Glória Ferreira. *Princípio da igualdade...*, p. 32.

<sup>83</sup> Schwabe, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, Organização e Introdução de Leonardo Martins, Tradução de Leonardo Martins *et al*, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 319-320.

<sup>84</sup> Para uma distinção entre normas de regra e normas de princípio baseada na morfologia das normas, com os princípios contendo um pressuposto implícito como “em todas as situações de qualquer gênero” e as regras, “em todas as situações do gênero”, ver Duarte, David. *A norma da legalidade procedimental administrativa – a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 135ss. Embora seja comum a definição da norma da igualdade como princípio, entendimento que é adotado para os fins deste trabalho, vale mencionar o posicionamento diferente de Humberto Ávila (*Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 150), que entende que a igualdade pode funcionar como regra, como

princípio da igualdade deve se fazer presente para dirigir e delimitar a atuação concreta do legislador, independentemente do conteúdo intrínseco da decisão<sup>85</sup>.

É preciso entender, porém, que igualdade não se confunde com identidade<sup>86</sup> e que desigualdade e diferença não são conceitos afins. A diferença, relacionada que está com a diversidade, é natural e é até mesmo almejada e intencionalmente mantida pelo ordenamento jurídico com o intuito de preservar a autenticidade das pessoas e coisas no mundo. Afinal, seria sem sentido querer imputar ao legislador a responsabilidade de inserir a todos nas mesmas posições jurídicas, de igualar a todos em suas características naturais, de proporcionar a todos as mesmas condições fáticas. O legislador não só pode como deve estabelecer tratamentos diferenciados para produzir normas justas e compatíveis com sua finalidade<sup>87</sup>.

O que não pode o legislador é fomentar a desigualdade. A desigualdade é uma modalidade especial de diferença prosrita pelo ordenamento jurídico, é a diferença de grau entre coisas do mesmo tipo, implicando numa relação de superioridade e inferioridade indesejável e injusta<sup>88</sup>.

Assim, o que o princípio da igualdade determina é que os tratamentos jurídicos comparativos na atuação do legislador não impliquem desigualdade constitucionalmente injustificada, não querendo isso dizer que não possam ser diferentes<sup>89</sup>; o que deve ser

---

princípio e como postulado. Como regra, proibiria o tratamento discriminatório; como princípio, instituiria um estado igualitário como fim a ser promovido; como postulado, estruturaria a aplicação do Direito em função de elementos e da relação entre eles. Ainda para uma utilização da igualdade também como valor supremo do ordenamento jurídico na estruturação do sistema de direitos fundamentais, ver Alexandrino, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa – a construção dogmática*, volume II, Coimbra, Almedina, 2006, p. 574-575.

<sup>85</sup> Pinto, Maria da Glória Ferreira. *Princípio da igualdade...*, p. 32. A jurista menciona ainda que é justamente essa característica do princípio da igualdade que o faz receber acusações de ser uma fórmula vazia. Conforme concluiu a autora, e isso será possível observar no decorrer deste tópico, ainda que dependa de valorações, o princípio da igualdade é de importantíssima valia no controle da liberdade e na implementação do Estado Social, sendo-lhe injustas tais acusações.

<sup>86</sup> Luis Prieto Sanchís (*Los derechos sociales...*, p. 23) explica que o juízo de igualdade exclui tanto a identidade como a semelhança, já que se parte de dois sujeitos ou objetos diversos que possuam ao menos uma característica em comum. A identidade seria a igualdade dos objetos ou sujeitos em todos os aspectos e a semelhança implica a existência de traços comuns sem necessidade de identificação dos traços diferenciadores.

<sup>87</sup> Alexy, Robert. *Teoria dos...*, p. 396. Em sentido semelhante, Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Tradução de João Baptista Machado, Coimbra, Almedina, 2008, p. 161.

<sup>88</sup> Raphael, D. D. *Tensions between...*, p. 547.

<sup>89</sup> Para exemplificar a questão, pode-se mencionar as diferenças entre homem e mulher, que, sendo de natureza biológica, não implicam por si só qualquer relação de superioridade e inferioridade. Tendo por base as diferenças entre os sexos, o legislador pode tratar homem e mulher de maneira diferente e, sem que haja qualquer desigualdade, conceder um prazo de licença maternidade para a mulher maior do que o prazo de licença paternidade que concede ao homem após o nascimento do filho. Não poderia, porém,



sempre garantido é que todo cidadão seja tratado com igual respeito e consideração nas deliberações e processos políticos que conferem posições jurídicas (*treatment as equal*) e não que lhe sejam oferecidas as mesmas posições jurídicas que foram atribuídas a outros (*equal treatment*)<sup>90</sup>.

Tampouco é demais reforçar que os juízos de igualdade são juízos comparativos, já que somente é possível aferir se há ou não uma situação de igualdade mediante a comparação de pessoas ou objetos entre si; “uma igualdade sem a possibilidade de desigualdade, uma igualdade que se tem por si mesma e que não se pode perder, carece de valor e é indiferente”<sup>91</sup>.

Os juízos de igualdade são ainda relativos, pois as comparações devem-se estabelecer a partir de um ponto de referência (*tertium comparationis*). A natureza relacional da igualdade<sup>92</sup> decorre do fato de que não existem situações, pessoas ou coisas que sejam sobreponíveis em todos os aspectos, nem que sejam em todos eles diversos; em tudo e todos é sempre possível encontrar pontos de congruência e pontos de divergência. A igualdade, portanto, é uma igualdade de relações, de correspondência, de analogia<sup>93</sup>, de sorte que, se não houvesse a seleção de um critério por intermédio do qual se efetuasse o cotejo, todos os juízos seriam, paradoxalmente, de igualdade e desigualdade a um só tempo.

Assim, para que o juízo da igualdade possa ser feito com algum êxito, é imprescindível que se estabeleça uma comparação entre os sujeitos, objetos ou situações em causa e, para que o resultado do confronto não seja desprovido de sentido, que se aponte um ponto de referência a partir do qual se compara, que se eleja um critério de comparação.

---

legitimamente, estabelecer para a trabalhadora mulher um dia livre no mês para a realização de serviços domésticos sem estender o mesmo direito ao trabalhador homem, já que nesse caso o tratamento diferenciado não se escora em naturais diferenças entre os sexos, mas em convenções sociais de cunho sexista, sendo desigual no tratamento menos benéfico que concede ao trabalhador homem.

<sup>90</sup> Dworkin, Ronald. *A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade*, Tradução de Jussara Simões, São Paulo, Martins Fontes, 2005, p. 584.

<sup>91</sup> Conforme Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*, Tradução de Francisco Ayala, Madrid, Alianza, 2009, p. 224, que alerta ainda que uma igualdade que seja comum a todos os homens é uma igualdade não política, uma vez que lhe falta como correlata uma possível desigualdade.

<sup>92</sup> Para utilizar a expressão de Alexandrino, José de Melo. *A estruturação...*, p. 577.

<sup>93</sup> Kaufmann, Arthur. *Filosofia do Direito*, Tradução de António Ulisses Cortês, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 231-232. O jurista afirma ainda que se não houvesse conexão entre as coisas, cada coisa teria que ter seu próprio nome, sua própria norma; a ordem só existe com base na analogia, que é o intermédio entre a identidade e a diferença, entre a absoluta igualdade e a absoluta diversidade.

Há, porém, mais um elemento que deve ser tomado em conta para que o juízo da igualdade possa ser completo, que é a medida do tratamento igual ou desigual. Afinal, igualdade e desigualdade são o verso e reverso da mesma moeda e, se o princípio da igualdade determina o tratamento igual do que é igual e o tratamento desigual do que é desigual, não se pode ignorar que a alteração de grau ou intensidade no tratamento que se estabelece pode transformar igualdade em desigualdade e vice-versa.

Desse modo, a primeira conclusão a que se pode chegar é que, embora o princípio da igualdade não seja norma que contenha um direito fundamental com âmbito de proteção possível de ser alcançado, não deixa, por isso, de vincular o legislador por meio da verificação do critério de comparação e da medida de diferenciação estabelecidos para o tratamento igual ou desigual. E é justamente nesse ponto que se percebe o porquê do acerto na afirmação de que a igualdade e a desigualdade são juízos valorativos<sup>94</sup>.

A seleção do critério de comparação, embora seja imprescindível para o juízo da igualdade, não conta com qualquer especificação que se possa abstrair do enunciado da igualdade, dependendo de valoração que jamais será intersubjetivamente reconhecível de forma indiscutível<sup>95</sup>. E ainda que, com base na jurisprudência estadunidense<sup>96</sup>, defenda-se a existência de categorias suspeitas para o controle da igualdade, é preciso admitir que nem mesmo esses esforços são capazes de contornar a necessidade de valoração e estabelecer determinado critério de comparação como maniqueisticamente bom ou mal, lícito ou ilícito.

O legislador, ao elaborar a lei, discrimina as situações da vida para submetê-las a uma ou outra regra por ele estabelecida e com esse fim pode selecionar como critério de comparação do juízo da igualdade qualquer elemento residente nas coisas, nas pessoas ou nas situações que confronta<sup>97</sup>, fundando sua legitimidade perante o ordenamento jurídico na existência de um vínculo entre a peculiaridade diferencial escolhida e a desigualdade de tratamento em função dela conferida<sup>98</sup>. Assim, nada impede que um critério de comparação que, em determinado caso, mostrava-se flagrantemente ofensivo

---

<sup>94</sup> Conforme Alexy, Robert. *Teoria dos...*, p. 400.

<sup>95</sup> Nesse sentido, Novais, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais...*, p. 109.

<sup>96</sup> Sobre as categorias criadas pela Suprema Corte norte-americana para o controle do princípio da igualdade, remete-se ao tópico 3.1.

<sup>97</sup> Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 11.

<sup>98</sup> Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico...*, p. 17.

da igualdade, seja plenamente legítimo ante circunstâncias fáticas diversas<sup>99 100</sup>. Com base nesse raciocínio poder-se-ia ainda dizer que ninguém goza do direito de que um determinado critério seja ou não seja utilizado para fazer uma diferenciação, cabendo ao legislador a escolha de que fins promove e de como os promove<sup>101</sup>.

Ao fim e ao cabo, na abertura à escolha do critério e da medida de diferenciação, o princípio da igualdade termina por conceder ao legislador um vasto campo de livre configuração na determinação de tratamentos iguais e tratamentos desiguais<sup>102</sup>, permitindo-lhe promover os fins estatais e constitucionais nos moldes que entender mais adequados.

Como é óbvio, porém, a justificação da conduta do legislador não se restringe à mera demonstração do nexos entre o critério de comparação selecionado e o tratamento estabelecido, sob pena de a vinculação do legislador ao princípio da igualdade não se prestar a mais do que a um controle formal de atuação. As igualdades ou desigualdades de fato são o ponto de partida para a construção de igualdades e desigualdades normativas, mas sua justificação não pode ser meramente fática<sup>103</sup>.

Assim, chega-se finalmente ao ponto crucial do princípio da igualdade, e a segunda conclusão relevante que se pode apontar é que a garantia da igualdade

---

<sup>99</sup> Note-se o esclarecedor exemplo fornecido pelo mestre brasileiro (Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico...*, p. 38): “suponha-se hipotética lei que permitisse aos funcionários gordos afastamento remunerado para assistir a congresso religioso e o vedasse aos magros. No caricatural exemplo aventado, a gordura ou esbeltez é o elemento tomado como critério distintivo. Em exame perfunctório parecerá que o vício de tal lei, perante a igualdade constitucional, reside no elemento fático (compleição corporal) adotado como critério. Contudo, este não é, em si mesmo, fator insuscetível de ser tomado como fato deflagrador de efeitos jurídicos específicos. O que tornaria inadmissível a hipotética lei seria a ausência de correlação entre o elemento de descrimen e os efeitos jurídicos atribuídos a ela. Não faz sentido algum facultar aos obesos faltarem ao serviço para congresso religioso porque entre uma coisa e outra não há qualquer nexos plausível. Todavia, em outra relação, seria tolerável considerar a tipologia física como elemento discriminatório. Assim, os que excedem certo peso em relação à altura não podem exercer, no serviço militar, funções que reclamem presença imponente”.

<sup>100</sup> Nesse ponto, impossível não lembrar o caso das diferenciações que utilizem como base a raça. Embora se tenha criado a cultura de que toda e qualquer diferenciação que utilize a raça como critério é discriminatória e, portanto, violadora do princípio da igualdade, as medidas da ação afirmativa que promovem grupo social em função da raça não podem aprioristicamente ser taxadas de inconstitucionais, já que têm o fim de fomentar elementos sociais tradicionalmente menosprezados. Embora refujam ao âmbito deste trabalho discussões aprofundadas sobre os benefícios ou prejuízos decorrentes das diferenciações que utilizam como critério a raça, remete-se, para interessante reflexão sobre o tema, a Dworkin, Ronald. *Levando os...*, p. 345ss.

<sup>101</sup> Assim, Dworkin, Ronald. *Discriminação positiva*, in *Sub Judice – justiça e sociedade*, 12, janeiro/junho 1998, p. 147-148.

<sup>102</sup> Sanchís, Luis Prieto. *Los derechos sociales...*, p. 27.

<sup>103</sup> Sanchís, Luis Prieto. *Los derechos sociales...*, p. 26.

materializa-se na Constituição por intermédio da exigência de justificação material, pelo legislador, das valorações ínsitas ao estabelecimento de tratamentos iguais ou desiguais.

Para que a exigência de justificação material da atuação legislativa seja satisfeita, não basta que a demonstração do nexó entre a diferença e o tratamento diferenciado possa ser estabelecida racionalmente; é imprescindível também que o vínculo concretamente demonstrável seja constitucionalmente pertinente<sup>104</sup>. Ao legislador, portanto, é autorizado fazer as diferenciações que bem entender, bastando que sejam constitucionalmente justificadas para que sua legitimidade fique livre de contestação<sup>105</sup>.

Infelizmente, a resolução dos problemas do juízo da igualdade não vem de maneira assim tão simples. Isso porque a efetividade da vinculação do legislador à garantia da igualdade pela exigência de justificação material depende da existência de controle de sua atuação pelo poder judiciário, situação que gera o problema de saber qual valoração para o tratamento igual ou desigual deve prevalecer – a do legislador ou a do juiz.

Poder-se-ia, por exemplo, tentar simplificar a questão estabelecendo as hipóteses em que incidiria controle sobre o legislativo por violação ao princípio da igualdade: a) existência de um tratamento desigual, sem nenhuma razão que o permita; b) existência de um tratamento igual, diante de uma razão que o impeça<sup>106</sup>. A valoratividade ínsita ao princípio da igualdade, porém, é avessa aos modelos simplistas, pois, não importa o quanto se caminhe, ao fim, há sempre o confronto com a necessidade de valorações subjetivas (nesse caso, a valoração do que seria razão permissiva do tratamento desigual ou impeditiva do tratamento igual). E ainda quando se consegue estabelecer algumas situações em que se possa avaliar com maior objetividade a licitude ou ilicitude do tratamento estabelecido (em caso de arbítrio, *e.g.*), até se chegar à “diferenciação-limite consentida pelo sistema”, resta uma infinidade de critérios e de medidas de diferenciação cujo ideal controle é de difícil definição<sup>107</sup>.

A questão do princípio da igualdade que contemporaneamente parece insolúvel, portanto, é o estabelecimento dos limites do poder judiciário na substituição das valorações realizadas pelo legislador no estabelecimento de tratamento igual ou desigual

---

<sup>104</sup> Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico...*, p. 42.

<sup>105</sup> Nesse sentido, ver Dworkin, Ronald. *Levandos os...*, p. 347-348.

<sup>106</sup> Sanchís, Luis Prieto. *Los derechos sociales...*, p. 27.

<sup>107</sup> Alexandrino, José de Melo. *A estruturação...*, p. 577.

consonante com os ditames constitucionais. É especialmente a ela que se dedica o próximo tópico.

#### **4.2. Ponderação do juiz: os limites da reconstrução da ponderação do legislador nas ações afirmativas**

O legislador, ao deparar-se com as situações da vida, necessita compará-las para decidir qual o tratamento que relegará a cada uma delas. A Constituição, porém, ao consagrar o princípio da igualdade, vincula-o a adjudicar tratamento igual ao que é igual e tratamento desigual ao que é desigual como única forma de desincumbir-se legitimamente de suas atribuições.

Qual seria o real significado da sinuosa determinação constitucional? À primeira vista, e tendo em conta o conteúdo jurídico do princípio da igualdade<sup>108</sup>, poder-se-ia pensar em abstrair-lhe duas normas com os seguintes enunciados:

a) todos os juízos comparativos entre pessoas, coisas ou situações que, consideradas a partir de um ponto de referência comum, encontrem-se em relação de igualdade, devem resultar em tratamento igual.

b) todos os juízos comparativos entre pessoas, coisas ou situações que, consideradas a partir de um ponto de referência comum, encontrem-se em relação de desigualdade, devem resultar em tratamento desigual.

Esses enunciados, porém, embora contenham a valoração que é ínsita a todos os juízos de igualdade e desigualdade na escolha do critério e da medida da diferenciação, não confeririam margem de manobra ao legislador para que pudesse escolher atuar positivamente na implementação da igualdade material, ainda quando houvesse um fundamento relevante que o impingisse a agir naquela direção. Poder-se-ia, então, abstrair do princípio da igualdade a terceira e a quarta norma enunciando que:

c) todos os juízos comparativos entre pessoas, coisas ou situações que, consideradas a partir de um ponto de referência comum, encontrem-se em relação de igualdade, podem resultar em tratamento desigual se houver uma justificação material constitucional.

d) todos os juízos comparativos entre pessoas, coisas ou situações que, consideradas a partir de um ponto de referência comum, encontrem-se em relação de

---

<sup>108</sup> Conforme definido no tópico 2.2. infra.

desigualdade, podem resultar em tratamento igual se houver uma justificação material constitucional.

Assim, ao legislador ficariam garantidas todas as possibilidades, todos os critérios, todos os tratamentos, bastando-lhe apenas justificar constitucionalmente sua escolha pelo respeito à igualdade formal ou pela implementação da igualdade material.

O problema que esses enunciados ignoram é que, ao contrário do que a fórmula do princípio da igualdade parece transparecer, não existe uma perfeita simetria entre a exigência do tratamento igual e a exigência do tratamento desigual. Os juízos de igualdade, por seguirem a ordem natural das coisas, são aprioristicamente considerados legítimos, dependendo a declaração de sua ilegitimidade de demonstração, se for o caso. Com os juízos de desigualdade exigidos pela igualdade material, porém, acontece o contrário; a introdução de desigualdades normativas para a obtenção de igualdades fáticas exige sempre justificação material<sup>109</sup>.

Essa diferenciação entre juízos de igualdade e de desigualdade não se funda somente na natureza das coisas, mas tem também uma explicação racional. Afinal, se assim não fosse, em todas as situações de comparação sobre as quais tivesse que atuar, o legislador, optando pelo tratamento igual em homenagem à igualdade formal ou pelo tratamento desigual na implementação da igualdade material, teria o dever de fundamentar com a mesma intensidade suas escolhas. O princípio da igualdade seria convertido no princípio das escolhas fundamentadas em juízos comparativo-relativos.

Foi em razão dessa circunstância que Robert Alexy, com o objetivo de estabelecer um ônus argumentativo que funcionasse em favor do tratamento igual, propôs que as normas do dever de tratamento igual e do dever de tratamento desigual não possuíssem apenas o sinal invertido, mas fossem mesmo assimétricas<sup>110</sup>.

Para o professor de Kiel, portanto, as normas do dever de tratamento igual e do dever de tratamento desigual devem ser expressas, respectivamente, sob os seguintes enunciados:

a) Se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> Sanchís, Luis Prieto. *Los derechos sociales...*, p. 27.

<sup>110</sup> Alexy, Robert. *Teoria dos...*, p. 407 ss.

<sup>111</sup> Alexy, Robert. *Teoria dos...*, p. 408.

b) Se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório<sup>112</sup>.

A assimetria dos enunciados, pode-se ver, relaciona-se com a razão suficiente de justificação de determinado tratamento: o tratamento igual é obrigatório sempre que não se puder apontar fundamento que permita o tratamento desigual, ao passo que o tratamento desigual só é obrigatório quando se puder apontar fundamento que o determine.

Também é no conceito de razão suficiente que se pode fazer com que essas normas, a princípio válidas apenas para a igualdade jurídica e, por isso, relacionadas a atos, possam também ser aplicadas para implementação da igualdade material considerando as consequências da atuação legislativa<sup>113</sup>. A preferência, como já foi dito, é pela manutenção da igualdade jurídica, mas pode haver no caso concreto uma razão suficiente para a permissibilidade ou para a obrigatoriedade do tratamento desigual em busca da implementação da igualdade material e essa razão há de prevalecer sempre que se mostrar mais relevante que o princípio colidente – geralmente a própria igualdade formal<sup>114</sup>.

Em suma, poder-se-ia dizer que, para o princípio da igualdade, sempre existe razão para a igualdade e, portanto, esta deve ser postulada enquanto alguma desigualdade fática – que sempre existirá – não se mostre minimamente relevante para proporcionar uma razão que permita ou imponha uma regulação diferenciada<sup>115</sup>.

Diante desse quadro, é plenamente possível identificar qual o âmbito de movimentação discricionária do legislador no estabelecimento de tratamentos iguais ou desiguais. O legislador não goza de discricionariedade nos casos em que o tratamento

---

<sup>112</sup> Alexy, Robert. *Teoria dos...*, p. 410.

<sup>113</sup> Alexy, Robert. *Teoria dos...*, p. 422. Sobre a compreensão dos conceitos de tratamento igual e desigual em relação a atos e a consequências, ver Alexy, Robert. *Teoria dos...*, p. 416, onde o professor, lembrando o caso da assistência judiciária gratuita julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, demonstra que um mesmo tratamento pode ser considerado igual em relação aos atos do legislador – ricos e pobres são igualmente privados do direito à assistência judiciária –, mas desigual em relação a suas consequências – os pobres são tratados de maneira mais gravosa, já que a ausência de assistência judiciária gratuita terminará por vedar-lhes o acesso à justiça, situação que não ocorrerá no caso dos ricos. Discordando que as consequências jurídicas da atuação legislativa possam ser levadas em conta para o controle da igualdade, sob pena de possibilitar ao juiz um controle das próprias soluções legislativas, Múgica, Santiago Cavanillas. *Discriminación, razonabilidad legislativa y razonabilidad judicial: su control por el Tribunal Constitucional (a proposito de la S.T.C. de 6 de octubre de 1989 – nº 159)*, in *Estudios de Derecho Civil em homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, volumen segundo, Barcelona, José Maria Bosch, 1993, p. 1170.

<sup>114</sup> Alexy, Robert. *Teoria dos...*, p. 422-423.

<sup>115</sup> Sanchís, Luis Prieto. *Los derechos sociales...*, p. 31.

igual ou o tratamento desigual é obrigatório, situações configuradas nas normas do dever do tratamento igual e do dever do tratamento desigual já expostas. Nos casos, porém, em que nem o tratamento igual nem o tratamento desigual forem obrigatórios (existência de razão suficiente para a permissibilidade de tratamento desigual), ambos serão admitidos pelo princípio da igualdade se acompanhados pela justificação material da escolha do legislador.

Justamente nos casos de discricionariedade legislativa para implementação do princípio da igualdade que pululam as mais diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais com a intenção de estabelecer os limites do controle dessa liberdade de atuação do legislador pelo poder judiciário para que equilibradamente se mantenha, por um lado, a vinculação do legislador aos direitos fundamentais em homenagem ao princípio da supremacia da Constituição e, por outro lado, o respeito ao princípio da separação de poderes e ao princípio democrático.

Os primeiros esforços nesse sentido podem ser apontados no desenvolvimento da tese de proibição do arbítrio pela pena de Gerhard Leibholz. De acordo com o jurista alemão, seria possível abstrair a proibição do arbítrio do próprio conteúdo do princípio da igualdade, definindo-se a igualdade perante a lei como o emprego não arbitrário do Direito pelo legislador e pelos órgãos de execução da lei. Ressalva, porém, que uma lei que trata incorretamente de modo desigual não é, por si só, uma lei arbitrária; para que seja assim considerada, é necessário que não exista ligação entre a disciplina e o fim produzido ou que essa ligação seja totalmente insuficiente ou ainda que não haja nenhum fundamento razoável para a regulamentação. Durante muitos anos essa teoria serviu de base aos julgamentos do Tribunal Constitucional Federal alemão nos casos de controle do princípio da igualdade – a lei controlada era considerada arbitrária sempre que pudesse ser identificada a ausência de um dos elementos do trinômio fundamento razoável, natureza das coisas ou evidência da diferenciação legal ou do tratamento igual –, mas a doutrina sempre apresentou muita reticência em aceitá-la<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> Conforme lições sobre a tese da proibição de arbítrio de Leibholz dadas por Correia, Fernando Alves. *O plano...*, p. 419-426. O professor faz ainda um repositório da principal doutrina alemã que se opunha à tese da proibição do arbítrio: Scholler fala de uma concretização estereotipada do princípio da igualdade como proibição de arbítrio, considerando-a fórmula vazia que deve ser completada pela obrigação de igualdade de chances ou de oportunidades. Ipsen diz que a proibição do arbítrio não é justificável, não criando vinculação ao legislador. Forsthoff diz que nada concreto se pode deduzir da fórmula da proibição do arbítrio, pois os juízos que proporciona são materialmente evidentes. Böckenförde critica o subjetivismo da fórmula, pois o conceito de arbítrio é cambiável no correr da história, e não há qualquer critério objetivo para a determinação da igualdade e da desigualdade. Häberle qualifica de inócua a limitação da igualdade pelo arbítrio. Dürig e Robbers, porém, dizem que essas críticas servem apenas para quem vê na proibição do arbítrio um critério definidor do conteúdo do princípio da igualdade. Para



De fato, embora o conceito de arbítrio seja útil para identificar as hipóteses em que a atuação do legislador é tão disparatada perante os ditames constitucionais que não resta dúvida da legitimidade do poder judiciário para exercer controle do princípio da igualdade, ele é claramente insuficiente por ao menos duas razões primordiais.

O arbítrio, na forma como concebido por Leibholz, apresentar-se-ia apenas nos casos em que o legislador não tivesse qualquer fundamentação para sua atuação ou quando não houvesse uma mínima coerência entre os objetivos perseguidos e o tratamento estabelecido<sup>117</sup>. Nesse caso, identificar os limites da discricionariedade legislativa com a mera proibição de arbítrio é insuficiente para expressar a riqueza do sentido do princípio da igualdade, é desprezar a função social da igualdade na alteração das desigualdades fáticas, é entender que a vinculação do legislador ao princípio da igualdade tem natureza mais política do que jurídica<sup>118</sup>. Assim, a limitação do controle da igualdade apenas em seu momento mais patológico (arbítrio como “forma mais extrema da injustiça”)<sup>119</sup> é flagrantemente incongruente com a ideia de uma Constituição suprema destinada à criação de um Estado Social de Direito e de equilíbrio entre os poderes para proteção e garantia dos direitos fundamentais.

Ademais, a limitação do controle judicial da igualdade aos casos que se configurem como de arbitrária atuação do legislador, se pretende conferir racionalidade à atividade jurisdicional para evitar o choque entre os poderes, não logrou alcançar seu intento. A definição de arbítrio, baseando-se em conceitos extremamente vagos – fundamento razoável, natureza das coisas, interesse legítimo – não serve para afastar as valorações inerentes ao princípio da igualdade. Sendo assim, e considerando que ainda não se vislumbra a hipótese de um controle jurisdicional que possa ser completamente livre das valorações e ponderações<sup>120</sup>, mais válida à implementação do Estado Social de Direito é a concessão de maior controle judicial sobre a atuação legislativa em busca de proteção mais efetiva dos direitos fundamentais – em especial, nesse caso, do princípio da igualdade – do que a atribuição ao legislador de espaço de atuação discricionária tão

---

esses autores, não passa a proibição do arbítrio de limite à competência de controle judicial pelo tribunal. Assim, a proibição do arbítrio seria apenas uma autolimitação do juiz, que não controla se o legislador tomou a solução mais adequada, mais razoável ou mais justa, intervindo apenas nos casos em que haja um tratamento arbitrário.

<sup>117</sup> Nesse sentido, Novais, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes...*, p. 111.

<sup>118</sup> Novais, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes...*, p. 112.

<sup>119</sup> Canotilho, J. J. Gomes. *Constituição dirigente...*, p. 382.

<sup>120</sup> Nesse sentido, Borowski, Martin. *La restricción de los derechos fundamentales*, Revista Española de Derecho Constitucional, 20, 59, Mayo-Agosto 2000, p. 46.

amplo que possibilite a frustração da natureza dos direitos fundamentais de trunfos contra a maioria<sup>121</sup>.

A tese da proibição do arbítrio como limite da atuação do poder judiciário no controle do princípio da igualdade deve ser, portanto, ultrapassada<sup>122</sup>. O que mais modernamente se propõe – e é acatado em suas mais diversas configurações pelas Cortes Constitucionais – é o controle da igualdade pela ponderação, estruturada em procedimentos escalonados de acordo com o grau de discricionariedade de que dispõe o legislador em sua atuação.

Em breves palavras, pode-se dizer que a ponderação constitui uma técnica jurídica de solução de conflitos não superáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais<sup>123</sup>. Referida em geral como o contraponto da subsunção<sup>124</sup>, a ponderação enfrenta muitas críticas por parte da doutrina<sup>125</sup>, mas essa circunstância não tem impedido sua utilização – já consagrada pelos tribunais<sup>126</sup> – diante da ausência de outras técnicas aptas a adequadamente a substituírem<sup>127</sup>.

---

<sup>121</sup> Novais, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes...*, p. 112.

<sup>122</sup> Entendendo ainda que o controle da igualdade pelo Tribunal Constitucional português configura-se, basicamente, pela proibição do arbítrio, Nabais, José Casalta. *Os direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, in *Por uma liberdade com responsabilidade – estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra, Coimbra, 2007, p. 46 ss.

<sup>123</sup> Barcellos, Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 23.

<sup>124</sup> Para um estudo sobre a fórmula da subsunção e a lei da ponderação, ver Alexy, Robert. *On balancing and subsumption – a structural comparison*, in *Ratio Juris*, 16, 4, December 2003, p. 433 e 436.

<sup>125</sup> Dentre os principais críticos da ponderação, menciona-se, por todos, Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez – sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Tradução de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2005, p. 332 ss, que critica a transformação dos direitos em valores e a queda do muro corta-fogo que representa a compreensão deontológica das normas. Para o jurista, a análise dos direitos fundamentais não se pode fazer em uma relação custo-benefício, nem mesmo nas normas abertas, mas pela definição de qual a norma aplicável ao caso concreto, nos moldes da subsunção (p. 333). Aleinikoff, T. Alexander. *Constitutional law in the age of balancing*, in *The Yale Law Journal*, 96, 5, April 1987, p. 972 ss aponta como principal problema a criação de uma escala que traduza o valor dos interesses a serem comparados, de forma a estruturar a ponderação e libertá-la das preferências pessoais do ponderador. A ausência de um sistema de identificação, valoração e comparação de interesses abalaria seriamente a credibilidade do método ponderativo; sua transformação em um processo mecânico teria feito com que perdesse a habilidade de persuasão, ainda segundo o autor (p. 982-983).

<sup>126</sup> Barcellos, Ana Paula de; Barroso, Luís Roberto. *O começo da história – a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, in *A nova interpretação constitucional – ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas*, Organização de Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 346.

<sup>127</sup> A técnica ponderativa constitui-se de três estágios, de acordo com Robert Alexy (*Balancing, constitutional review, and representation*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3, 4, October 2005, p. 574): identificação do grau de não satisfação do primeiro princípio, importância da satisfação do segundo princípio e demonstração de que a satisfação do segundo justifica a não satisfação do primeiro. Embora esses estágios não pareçam garantir a confiabilidade do método, a ponderação adquire grau muito

A ponderação é ainda o método mais apropriado para resolver os conflitos que envolvem normas sem limites fixados de uma vez por todas, normas abertas e móveis, dependendo o preenchimento definitivo de seu conteúdo da análise do caso concreto<sup>128</sup>. Essa afirmação é especialmente válida nos chamados casos difíceis (*hard cases*), em que a norma diretamente relacionada à hipótese não é bastante para determinar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei controlada em face da Constituição, sendo imprescindível a criação de uma nova norma que resolva a situação<sup>129</sup>.

A ponderação, porém, não é método de utilização exclusiva do poder judiciário, sendo também técnica disponível ao legislador nas escolhas que deve fazer, nos tratamentos que necessita instituir. Aliás, a restrição de princípios constitucionais somente é possível porque, em verdade, no decorrer da atuação legislativa são realizadas diversas ponderações entre normas constitucionais que têm como resultado a lei; não fosse assim, as leis que restringissem direitos fundamentais feririam de morte a supremacia da Constituição<sup>130</sup>. Por isso, o argumento de que a ponderação seria inadequada por permitir ao juiz que se substitua ao legislador – e destrua, com isso, o significado do processo democrático – não pode ser tido como deslegitimador do método; a ponderação contém em si um princípio adicional que ordena ao juiz, *prima facie*, o respeito às decisões do legislador democraticamente legitimado sempre que este atuar no âmbito que lhe concede a Constituição<sup>131</sup>.

Como método jurisdicional de resolução de conflitos normativos, portanto, a ponderação não se prestaria à revisão de toda e qualquer atuação do legislador, mas se destinaria principalmente a duas hipóteses: a) inexistência de regra legislativa específica

---

mais elevado de racionalidade se se fizer uso de instrumentos tais como o princípio da proporcionalidade (Alexy, Robert. *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, in *La Constitución Española en el contexto constitucional europeo*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 1508).

<sup>128</sup> Larenz, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, Tradução de José Lamego, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 575.

<sup>129</sup> Sobre os conceitos de casos fáceis e casos difíceis, ver Hart, Herbert H. A. *O conceito de Direito*, Tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 137 ss; Dworkin, Ronald, *Levando os...*, p. 127 ss. Para uma análise da aplicação do princípio da proporcionalidade na resolução dos casos difíceis, ver, por todos, Pulido, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 147 ss.

<sup>130</sup> Borowski, Martin. *La restricción...*, p. 41-42.

<sup>131</sup> Borowski, Martin. *La restricción...*, p. 48.

para resolver conflito entre princípios constitucionais surgido em caso concreto; ou b) questionamento da constitucionalidade da atuação do legislador<sup>132</sup>.

O princípio da igualdade, com suas características abertura e valoratividade, compõe-se de normas cuja proteção e garantia jurisdicionais dependerão sempre da utilização da ponderação pelos Tribunais. No intuito, porém, de assegurar a não interferência do poder judiciário no âmbito da discricionariedade legislativa, os modelos desenvolvidos passam geralmente por uma gradação nos controles de constitucionalidade relativos ao princípio da igualdade.

Partindo do modelo de controle da igualdade desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink iniciam com a afirmação de que a intensidade do controle deve ser proporcional à intensidade com que o tratamento desigual afeta os desiguais e elevar-se quanto: a) mais o critério se reporte a pessoas e menos a situações; b) mais o critério do tratamento desigual se assemelhe a um dos proibidos no artigo 3º, n. 3, da Constituição da República Federal Alemã; c) menos o atingido puder influenciar o critério do tratamento desigual; d) mais o tratamento desigual dificulte o exercício de liberdades protegidas jurídico-fundamentalmente.

Assim, nos tratamentos desiguais de baixa intensidade, o princípio da igualdade identificar-se-ia com a proibição do arbítrio; nos tratamentos desiguais de elevada intensidade, o princípio da igualdade exigiria um controle de proporcionalidade, com a justificação do tratamento diferenciado dependendo da persecução de um fim legítimo, de sua aptidão e necessidade para atingir o fim e de se encontrar numa relação adequada com o valor do fim<sup>133</sup>. Nessa última hipótese, porém, a necessidade desempenharia um papel mais reduzido nos casos em que a diferenciação tiver como objetivo o fomento de determinado grupo de pessoas, já que a escolha de quem fomentar e como fomentar deve ser deixada ao legislador<sup>134</sup>.

Jorge Reis Novais, por sua vez, inspirado na escala móvel da jurisprudência estadunidense<sup>135</sup>, desenvolve um modelo em que o controle da igualdade fica sujeito a

---

<sup>132</sup> Sarmento, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, p. 113.

<sup>133</sup> Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard. *Direitos fundamentais...*, p. 136.

<sup>134</sup> Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard. *Direitos fundamentais...*, p. 137.

<sup>135</sup> Segundo o professor, os tribunais norte-americanos baseiam-se em ponderação de interesses (*sliding scale*) ou em aplicação ao controle de igualdade de um teste de menor ou maior gravidade de diferenciação e o domínio (não suspeito, quase suspeito ou suspeito) sobre que incide (*three-tier*),

diferentes níveis de densidade, a depender dos interesses em jogo, da existência de categorias suspeitas, da gravidade da diferenciação ou do grau e intensidade de afetação de direitos fundamentais<sup>136</sup>.

Assim, os tipos de diferenciação repetidamente identificados com discriminações odiosas deveriam ser presumidos como arbitrários ou injustificados à partida (caso das diferenciações com base no sexo ou na raça, *e.g.*<sup>137</sup>), assim como aqueles casos em que a diferenciação: a) resultar em uma afetação séria de direitos fundamentais; b) dirigir-se ao reforço de posições, correntes ou concepções majoritárias, distorcendo as regras de competição livre entre ideias, grupos ou posições em concorrência em favor daqueles que já dispõem de condições mais favoráveis; c) resultar da especial vulnerabilidade de um grupo a preconceitos, hostilidades ou estereótipos e se projeta na conseqüente diminuição do seu *status* na comunidade política<sup>138</sup>. Nessas hipóteses, somente se o legislador conseguir justificar constitucionalmente a diferenciação estabelecida, mormente pela demonstração de necessidade de compensação ou promoção de igualdade material da categoria apartada, a presunção é ilidida.

O professor, porém, ressalta que a construção de categorias suspeitas não se presta a determinar a inconstitucionalidade da atuação legislativa por ofensa à igualdade sempre que haja diferenciação baseada em um daqueles critérios. A análise do juiz deverá ser sempre casuísta e a introdução das categorias suspeitas destina-se apenas a associar a insuficiente tese da proibição de arbítrio ao princípio da dignidade humana, proporcionando-lhe o desenvolvimento de suas potencialidades para um controle efetivo da igualdade de forma constitucionalmente adequada. Conclui, por fim, que o controle judicial deve ultrapassar um mero controle de arbítrio mesmo nos casos em que não estejam envolvidas categorias suspeitas, sujeitando-a ao menos a um controle tão rigoroso quanto o aplicável aos demais direitos fundamentais por meio da proibição de excesso<sup>139</sup>.

---

exigindo-se que ela seja sustentada por uma fundamentação meramente razoável ou racional, um interesse importante e uma relação de substancialidade entre os fins prosseguidos e os meios utilizados, ou um interesse compulsivo (Novais, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes...*, p. 115).

<sup>136</sup> Novais, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes...*, p. 115.

<sup>137</sup> Novais, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes...*, p. 112.

<sup>138</sup> Novais, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes...*, p. 114.

<sup>139</sup> Novais, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes...*, p. 114.

A utilização do escalonamento por graus ou das categorias suspeitas como forma de intensificar o controle da igualdade pelo judiciário, apesar de criar interessante lista de *standards* da discriminação legislativa, termina por não produzir resultados práticos que superem em eficiência e racionalidade modelos mais simples de controle jurisdicional da igualdade. É o que se pode observar, por exemplo, por meio da construção de Celso Antônio Bandeira de Mello, com suas correlações lógicas abstrata e concreta no controle da igualdade<sup>140</sup>.

Ademais, se a preocupação é conferir maior racionalidade ao controle judicial da igualdade e acentuar o equilíbrio entre os poderes no exercício de suas funções de implementação e proteção da igualdade, parece que não há método mais desenvolvido e densificado do que a ponderação instrumentalizada pelo princípio da proporcionalidade.

A igualdade e a proporcionalidade gozam já de intrínseca ligação, fruto de sua correlação com a preservação e aperfeiçoamento do sistema de direitos fundamentais<sup>141</sup>. Mas não é só. O princípio da igualdade não se basta, não se define por si só, mas é eternamente dependente de uma força exterior que lhe esculpa, caso a caso, em formato compatível com os ditames constitucionais. Essa força é o princípio da proporcionalidade.

O conteúdo do princípio da igualdade é, a um só tempo, ato e consequência, forma e matéria, liberdade e fraternidade. Não se pode, porém, expressar totalmente o tempo todo, alternando-se suas grandezas em preponderância de maneira adequada a cada momento, na medida do necessário e de forma proporcional. Nesses moldes cabe ao legislador configurar o princípio da igualdade entre os tratamentos iguais e os tratamentos desiguais que estabelece. Com esses contornos deve o juiz fazer o controle da igualdade nas leis que lhe são submetidas à apreciação<sup>142</sup>.

Se, porém, legislador e juiz têm em mãos o mesmo instrumento para implementar e controlar a igualdade, surge a inarredável questão de saber se escolhe

---

<sup>140</sup> Mello, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo...*, p. 41. Para o jurista brasileiro, os critérios e as medidas do tratamento igual e do tratamento desigual são escolhidos livremente pelo legislador, independentemente da existência de categorias aprioristicamente suspeitas. A legitimidade da atuação legislativa não viria, portanto, dessas escolhas iniciais, mas da análise final do elemento tomado como fator de desigualação, do nexos entre o critério de descrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado (correlação lógica abstrata) e da justificação dos interesses almejados com a lei no sistema constitucional de referência (correlação lógica concreta).

<sup>141</sup> Steinmetz, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos...*, p. 175.

<sup>142</sup> Nesse sentido, propondo um modelo metódico de controle da igualdade pela proporcionalidade, Steinmetz, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos...*, p. 181-182.

bem quem escolhe por último ou se há prevalência nas decisões de um ou de outro em cada caso.

Obviamente que, nos Estados de Direito em que há consagração do princípio da separação de poderes, a resposta à questão da prevalência das escolhas não pode passar pelo critério cronológico de decisão, mas, sim, pela delimitação do núcleo essencial das funções de cada um dos poderes do Estado<sup>143</sup>. As escolhas do legislador devem prevalecer sempre que tomadas dentro do espaço de discricionariedade decisória que as normas constitucionais lhe conferem; fora desse espaço, são as decisões judiciais que prevalecem sempre.

No caso do princípio da igualdade, já foi dito que a discricionariedade legislativa reside nas hipóteses em que há razão suficiente para a permissibilidade de tratamento desigual, de sorte que nem o tratamento igual nem o tratamento desigual seriam obrigatórios. Demonstrando o legislador que o tratamento estabelecido é, dentre outros meios disponíveis, adequado à persecução de um fim constitucionalmente legítimo e não mais gravoso do que os demais, jamais poderá o judiciário sobrepujar sobre a escolha legislativa sob o argumento de que haveria escolha melhor.

Em relação às ações afirmativas, porém, a situação é um pouco diversa e um tanto mais complexa. É que, nesses casos, o tratamento desigual estabelecido tem o objetivo de fomentar o desenvolvimento de um determinado grupo social e a demonstração de que um meio qualquer é necessário à persecução do fim é sempre tortuosa. Afinal, apenas na teoria se pode pensar na comparação de meios que fomentem graciosamente mais ou menos um determinado fim; na vida real, os diversos meios fomentam o fim em diversas medidas e, ao mesmo tempo, beneficiam e prejudicam ainda outros fins que, embora não estejam diretamente envolvidos na questão, não podem ser desconsiderados. Quando essas situações de indefinição se apresentem, cabe ao juiz valer-se de suas impressões pessoais para substituir ou não as escolhas do legislador? Ao que parece, não.

Assim como o poder judiciário, em princípio, não pode conceder medidas concretas com o fim de implementação da igualdade material sem anterior intervenção legislativa<sup>144</sup>, também não pode querer tomar para si as escolhas das melhores maneiras de cumprir ou não cumprir a função social da igualdade. Isso porque o poder judiciário,

---

<sup>143</sup> Ramos, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 116.

<sup>144</sup> Sanchís, Luis Prieto. *Los derechos sociales...*, p. 33

embora também seja responsável pela aplicação das normas constitucionais, tem função de controle e não função de ação<sup>145</sup>.

Se o princípio da igualdade não traz um programa de ação, cumpre ao legislador democraticamente eleito estabelecê-lo dentro dos parâmetros constitucionais, resultando a intervenção do judiciário nessa área ofensiva às atividades do poder legislativo<sup>146</sup>. E se comprovada a adequação do tratamento desigual instituído pelo legislador para o fim de fomento, as dúvidas no campo da necessidade – se há ou não outros meios que fomentem mais ou prejudiquem menos outros fins – devem ser imputadas ao âmbito da discricionariedade epistêmica do legislador para justificação de uma autocontenção judicial<sup>147</sup>.

As medidas de ação afirmativa, portanto, devem ser instituídas nos moldes constitucionais e de acordo com a vontade do legislador que se pautar pelas escolhas dirigidas pela proporcional ponderação das normas envolvidas. Nesse caso, as dúvidas naturalmente decorrentes dos processos de transformação social devem ser solvidas em seu favor por respeito ao princípio da separação de poderes e ao princípio democrático. Fora desse quadro, deve o poder judiciário atuar sobre o princípio da igualdade e cumprir o seu papel de garantidor da Constituição e protetor dos direitos fundamentais.

---

<sup>145</sup> Nesse sentido, ver Canotilho, J. J. Gomes. *A concretização da Constituição pelo legislador e pelo Tribunal Constitucional*, in *Nos dez anos da Constituição*, Organização de Jorge Miranda, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1987, p. 353.

<sup>146</sup> Sanchís, Luis Prieto. *Los derechos sociales...*, p. 33. Como é óbvio, porém, essas questões não têm nunca resposta pronta e acabada, de sorte que o próprio autor reconhece a impossibilidade de total exclusão de hipóteses de legítima concretização da igualdade pelo judiciário quando: a igualdade material estiver apoiada em um direito fundamental prestacional diretamente exigível; a igualdade material concorrer com outro direito fundamental; ou a igualdade material vier acompanhada de uma exigência de igualdade formal (o legislador estabeleceu tratamento diferenciado para grupo, mas escolher mal os beneficiários, deixando de fora categoria de pessoas que, por razões de racionalidade, deveria estar incluída), caso em que são possíveis as também polêmicas sentenças aditivas (p. 34-35).

<sup>147</sup> Sobre a discricionariedade estrutural e a discricionariedade epistêmica do legislador, ver Alexy, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66, 22, Septiembre/ Diciembre 2002, p. 23 ss.



## 5. Conclusões

I. O princípio da igualdade, após séculos de evolução, consagrou-se no interior dos Estados Sociais de Direito contemporâneos sob a fórmula “os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente”. Seu conteúdo jurídico é integrado a um só tempo pela igualdade formal (igualdade na aplicação da lei) – a vincular todos os aplicadores do Direito às escolhas do legislador para evitar tratamentos discriminatórios ou privilegiados – e pela igualdade material (igualdade na criação da lei) – a vincular o legislador à Constituição na forma e no conteúdo da lei (dimensão negativa e dimensão positiva) –, mas as vertentes da igualdade, ao contrário do que frequentemente se pensa, não contêm ideias opostas entre si. Igualdade formal e igualdade material integram de forma imprescindível o conteúdo jurídico do princípio da igualdade para que seja possível o equilíbrio entre a valorização da garantia da lei e seu preenchimento com conteúdo constitucionalmente adequado, em benefício de cada cidadão e de toda a sociedade.

II. As ações afirmativas são políticas de inclusão social, praticadas por entidades públicas ou privadas, com o objetivo de promover a igualdade material pelo acesso a bens fundamentais de grupos humanos cuja história seja marcada pela discriminação de raça, de etnia, de origem nacional, de gênero ou até mesmo em razão de deficiências físicas ou mentais. Calcadas no imperativo de justiça distributiva, as ações afirmativas pretendem o compartilhamento de reais oportunidades entre todos os membros da sociedade, mas pelo fato de introduzirem fatores de desigualdade – ainda que com o objetivo final de promoção de maior igualdade – devem ser utilizadas em doses controladas para evitar o nefasto efeito reverso de discriminação.

III. As ações afirmativas caracterizam-se pela utilização de traços discriminatórios para instituir benefícios transitórios que proporcionam a inclusão de grupos sociais tradicionalmente discriminados que não possam, sem o auxílio dessas políticas favoráveis, libertar-se da situação de inferioridade social. Têm o objetivo, portanto, de promover a transformação social e cultural de determinado povo e eliminar os efeitos persistentes das discriminações do passado, promovendo a tolerância e o direito à diferença e diminuindo as abismais desigualdades entre os diversos grupos sociais do país.

IV. No contexto do Estado Social de Direito constituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as ações afirmativas são plenamente

constitucionais e aptas a promover os objetivos da República Federativa do Brasil (artigo 3º) e conferir uma dimensão positiva ao princípio da igualdade (artigo 5º).

V. Há uma natural e latente tensão entre liberdade e igualdade que, embora organizadas harmonicamente na linha de frente dos ideais políticos dos Estados Democráticos de Direito, tendem sempre a apontar para caminhos diversos na escolha das prioridades dentro do sistema democrático. O desenvolvimento da ideia de fraternidade, ao alterar o conteúdo jurídico do princípio da igualdade e nele contemporizar igualdade formal e igualdade material, terminou por fazer com que a igualdade encerrasse em si o choque entre as exigências de máxima liberdade social e de máxima igualdade social, o conflito normativo entre igualdade formal e igualdade material.

VI. Do enunciado “os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente”, que representa o conteúdo do princípio da igualdade, não se consegue apreender o que seriam tratamentos iguais ou desiguais e nem em que circunstâncias seriam exigidos. Isso ocorre porque o princípio da igualdade não possui âmbito de proteção, limitando-se a conferir ao cidadão, em todas as situações de qualquer gênero, o direito de resistência a tratamento desigual injustificado, delimitando a atuação concreta do legislador, independentemente do conteúdo intrínseco da decisão.

VII. Os juízos de igualdade são comparativo-relativos, já que somente é possível aferir se há uma situação de igualdade mediante a comparação entre pessoas, objetos ou situações considerados a partir de um ponto de referência. Assim, a vinculação do legislador ao princípio da igualdade dá-se pela verificação da escolha do critério de comparação e da medida de diferenciação no tratamento estabelecido. Isso, porém, não significa que a justificação da conduta do legislador restrinja-se a demonstrar o nexó entre o critério de comparação selecionado e o tratamento diferenciado estabelecido; exige-se a justificação material da conduta pelo legislador calcada na Constituição e submetida a controle jurisdicional.

VIII. Não existe perfeita simetria entre a exigência de tratamento igual e a exigência de tratamento desigual. Os juízos de igualdade são aprioristicamente considerados legítimos, ao passo que os juízos de desigualdade necessitam sempre de demonstração de justificação material constitucional. Essa diferença, ademais de fundamentar-se na própria natureza das coisas, auxilia o legislador no desenvolvimento de suas atividades e impede a conversão do princípio da igualdade em um mero princípio das escolhas fundamentadas em juízos comparativo-relativos.

IX. Robert Alexy estabeleceu um ônus argumentativo em favor do tratamento igual ao expressar as normas do princípio da igualdade sob os enunciados: “se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório” e “se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório”. A partir dessas normas pode-se identificar o âmbito de atuação discricionária do legislador com os casos em que a existência de razão suficiente para a permissibilidade de tratamento desigual admita a escolha legislativa tanto pelo tratamento igual quanto pelo tratamento desigual.

X. Nos casos de discricionariedade legislativa para concretização do princípio da igualdade é que aparecem os principais problemas sobre os limites do controle jurisdicional sobre a liberdade do legislador, de forma a equilibrar, de um lado, o princípio da supremacia da Constituição e a proteção dos direitos fundamentais e, do outro, o princípio da separação de poderes e o princípio democrático.

XI. O primeiro esforço no estabelecimento dos limites do controle jurisdicional sobre a discricionariedade legislativa pode ser apontado na tese da proibição do arbítrio, de Gerhard Leibholz. Segundo o jurista alemão, o controle jurisdicional da igualdade dever-se-ia limitar aos casos de arbítrio, entendidos como aqueles em que, na lei controlada, pudesse ser identificada a ausência de um dos elementos do trinômio fundamento razoável, natureza das coisas ou evidência da diferenciação legal ou do tratamento igual. Flagrantemente insuficiente para expressar a riqueza do sentido do princípio da igualdade e proteger as posições fundamentais do cidadão, ademais de incapaz de conferir maior racionalidade ao controle da igualdade pela utilização de conceitos abertos, a tese da proibição do arbítrio já não pode ser considerada como o limite da atuação jurisdicional.

XII. O princípio da igualdade, com suas características abertura e valoratividade, terá seu controle dependente da utilização da ponderação pelos Tribunais. No intuito, porém, de assegurar a não interferência do poder judiciário no âmbito da discricionariedade legislativa, os modelos desenvolvidos passam geralmente por uma gradação nos controles de constitucionalidade relativos ao princípio da igualdade. Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, defendem que, nos tratamentos desiguais de baixa intensidade, o controle deve identificar-se com a mera proibição do arbítrio e, nos tratamentos desiguais de elevada intensidade, o controle deve dar-se pela utilização do

princípio da proporcionalidade. Jorge Reis Novais, inspirado na jurisprudência da Suprema Corte estadunidense, desenvolve modelo de controle com diferentes níveis de densidade, a depender dos interesses em jogo, da existência de categorias suspeitas, da gravidade da diferenciação ou do grau e intensidade de afetação de direitos fundamentais. Ao fim, porém, conclui que o controle deverá ser sempre ao menos tão rigoroso quanto aquele a que se submetem os casos relacionados a outros direitos fundamentais, com a utilização do princípio da proibição de excesso.

XIII. A utilização dos escalonamentos ou das categorias suspeitas não supera em racionalidade e eficiência os modelos de controle mais simples. Considerando a intrínseca ligação entre igualdade e proporcionalidade, bem como o fato de que o controle jurisdicional sobre direitos fundamentais encontra na ponderação instrumentalizada pelo princípio da proporcionalidade seu método mais desenvolvido e densificado, não parece haver razão que justifique a escolha de outras formas de controle que não o controle de proporcionalidade.

XIV. Os Tribunais, reconhecendo que a discricionariedade legislativa reside nas hipóteses em que há razão suficiente para a permissibilidade de tratamento desigual, devem respeitar as escolhas do legislador que se enquadrarem nesse âmbito sempre que adequadas à persecução de um fim constitucionalmente legítimo e não mais gravosas do que as demais.

XV. Nos casos, porém, em que o tratamento desigual tiver o objetivo de promoção de grupo social tradicionalmente discriminado (ação afirmativa), havendo dúvida sobre a medida em que os diversos meios adequados fomentam o fim e beneficiam ou prejudicam outros fins, a margem de discricionariedade epistêmica do legislador deve justificar uma posição de autocontenção judicial para salvaguardar o princípio da separação de poderes e o princípio democrático. Nas demais hipóteses, o poder judiciário deve atuar sobre o princípio da igualdade e cumprir o seu papel de garantidor da supremacia constitucional e protetor dos direitos fundamentais.

## 6. Bibliografia

Albuquerque, Martim de. *Da igualdade – introdução à jurisprudência*, Coimbra, Almedina, 1993.

Aleinikoff, T. Alexander. *Constitutional law in the age of balancing*, in *The Yale Law Journal*, 96, 5, April 1987, p. 943-1005.

Alexandrino, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa – a construção dogmática*, volume II, Coimbra, Almedina, 2006.

Alexandrino, José de Melo. *Direitos fundamentais – introdução geral*, Estoril, Principia, 2007.

Alexy, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66, 22, Septiembre/ Diciembre 2002, p. 13-64.

Alexy, Robert. *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, in *La Constitución Española en el contexto constitucional europeo*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 1505-1514.

Alexy, Robert. *On balancing and subsumption – a structural comparison*, in *Ratio Juris*, 16, 4, December 2003, p. 433-449.

Alexy, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3, 4, October 2005, p. 572-581.

Alexy, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008.

Aristóteles. *Ética a Nicômaco*, Tradução de Antônio de Castro Caeiro, Lisboa, Quetzal, 2004.

Ávila, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2008.

Barcellos, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

Barcellos, Ana Paula de; Barroso, Luís Roberto. *O começo da história – a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, in *A nova*

interpretação constitucional – ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas, Organização de Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 327-378.

Borowski, Martin. *La restricción de los derechos fundamentales*, Revista Española de Derecho Constitucional, 20, 59, Mayo-Agosto 2000, p. 29-56.

Canotilho, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Coimbra, 1982.

Canotilho, J. J. Gomes. *A concretização da Constituição pelo legislador e pelo Tribunal Constitucional*, in Nos dez anos da Constituição, Organização de Jorge Miranda, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1987, p. 347-372.

Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2003.

Claro, João Martins. *O Princípio da igualdade*, in Nos dez anos da Constituição, Organização de Jorge Miranda, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1987, p. 31-38.

Correia, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Coimbra, Almedina, 1989.

Dray, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no Direito do Trabalho – sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*, Coimbra, Almedina, 1999.

Duarte, David. *A norma da universalidade de direitos e deveres fundamentais*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 76, 2000, p. 413-431.

Duarte, David. *A norma da legalidade procedimental administrativa – a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Coimbra, Almedina, 2006.

Duarte, David. *Rebutting defeasibility as operative normative defeasibility*, in Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário – estudos de Direito e Filosofia, Organização de Augusto Silva Dias *et al*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 161-174.

Dworkin, Ronald. *Discriminação positiva*, in Sub Judice – justiça e sociedade, 12, janeiro/junho 1998, p. 144-153.

Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*, Tradução de Nelson Boeira, São Paulo, Martins Fontes, 2003.

Dworkin, Ronald. *A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade*, Tradução de Jussara Simões, São Paulo, Martins Fontes, 2005.

Gomes, Joaquim. B. Barbosa. *A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro*, in Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, 38, 151, jul/set 2001, p. 129-152.

Gomes, Joaquim B. Barbosa. *Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em Direito Constitucional e Internacional*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/31989/31230>>, acesso em 10 de agosto de 2010.

Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez – sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso*, Tradução de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2005.

Hart, Herbert H. A. *O conceito de Direito*, Tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

Kaufmann, Arthur. *Filosofia do Direito*, Tradução de António Ulisses Cortês, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

Kaufmann, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? – uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Tradução de João Baptista Machado, Coimbra, Almedina, 2008.

Larenz, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, Tradução de José Lamago, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

Miguel, Alfonso Ruiz. *La igualdad en la jurisprudencia del tribunal constitucional*, in El principio de la igualdad, Madrid, Luís Garcia San Miguel, 2000, p. 155-199.

Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, São Paulo, Malheiros, 2003.

Mello, Marco Aurélio Mendes de Faria. *Óptica constitucional – a igualdade e as ações afirmativas*, in Revista da Escola Nacional de Magistratura, 1, 1, abril 2006, p. 82-91.

Miranda, Jorge. *Igualdade (Princípio da)*, Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, 3, p. 403-423.

Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra, Coimbra, 2008.

Múgica, Santiago Cavanillas. *Discriminación, razonabilidad legislativa y razonabilidad judicial: su control por el Tribunal Constitucional (a proposito de la S.T.C. de 6 de octubre de 1989 – nº 159)*, in Estudios de Derecho Civil em homenagem al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo, volumen segundo, Barcelona, José Maria Bosch, 1993, p. 1161-1185.

Nabais, José Casalta. *Os direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, in Por uma liberdade com responsabilidade – estudos sobre direitos e deveres fundamentais, Coimbra, Coimbra, 2007, p. 9-60.

Novais, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra, 2004.

Oppenheim, Felix E. *Igualdade*, Dicionário de Política, Norberto Bobbio, Nicola Matteuci e Gianfranco Pasquino, 1, Brasília, UNB/Dinalivro, 2004, p. 597-605.

Peric, Berislav. *Basic problems in the pursuit of freedom and equality*, in Equality and freedom: international and comparative jurisprudence, volume II, New York, Grey Dorsay, 1977, p. 559-582.

Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard. *Direitos Fundamentais - Direito Estadual II*, Tradução de Antônio C. Franco e Antônio Francisco Sousa, Lisboa, Universidade Lusíada, 2008.

Pinto, Maria da Glória Ferreira. *Princípio da igualdade: fórmula vazia ou fórmula “carregada” de sentido?*, in Boletim do Ministério da Justiça, 358, julho, 1986, p. 19-64.

Pinilla, Ignacio Ara. *Reflexiones sobre el significado constitucional de igualdad*, in El principio de igualdad, Madrid, Luís Garcia San Miguel, 2000, p. 201-223.



Pulido, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Ramos, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2010.

Raphael, D. D. *Tensions between the goals of equality and freedom*, in *Equality and freedom: international and comparative jurisprudence*, volume II, New York, Grey Dorsay, 1977, p. 543-558.

Raposo, Vera Lúcia Carapeto. *O poder de Eva – o princípio da igualdade no âmbito dos direitos políticos – problemas suscitados pela discriminação positiva*, Coimbra, Almedina, 2004.

Rocha, Carmen Lúcia Antunes. *Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade*, in *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, 33, 131, jul/set 1996, p. 283-295.

Rubinfeld, Jed. *Revolution by Judiciary*, Cambridge, Massachusetts and London, Harvard University Press, 2005.

Sanchís, Luis Prieto. *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, in *Revista del centro de estudios constitucionales*, 22, septiembre-diciembre 1995, p. 9-57.

Sarmiento, Daniel. *A igualdade étnico-racial no Direito Constitucional Brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa*, in *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

Sarmiento, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*, Tradução de Francisco Ayala, Madrid, Alianza, 2009.

Schwabe, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, Organização e Introdução de Leonardo Martins, Tradução de Leonardo Martins *et al*, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

Steinmetz, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

Tribe, Laurence H. *Constitutional choices*, Cambridge, Massachusetts and London, Harvard University Press, 1985.