Número 11 – setembro/outubro/novembro 2007 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

O PRINCÍPIO DE NÃO DISCRIMINAÇÃO

José Joaquim Calmon de Passos
Professor Catedrático da Universidade Federal da Bahia (aposentado). Coordenador do Curso de Especialização em Processo da Universidade Salvador. Procurador de Justiça (aposentado). Advogado.

1. Cuidar do princípio de não discriminação envolve, necessariamente, a reflexão sobre o princípio da igualdade. Discriminar, que vernaculamente significa diferenciar, distinguir, estabelecer diferença, importa, para revestir-se de conteúdo negativo, que se pressuponha um veto a esse procedimento, vale dizer, que se tenha imposto o não diferenciar, não distinguir nem estabelecer diferença, o que em última análise, se traduz, positivamente, na obrigatoriedade de se dispensar a todos igual tratamento.

Esse estreito nexo entre não discriminação e igualdade se percebe de imediato quando se lê qualquer trabalho versando o princípio da igualdade. Em verdade, neles só se logra defini-la mediante a determinações das discriminações desautorizadas. Isso porque a igualdade absoluta entre os homens encontra desmentidos inafastáveis quer em tudo quanto a ciência nos põe como saber, quer em tudo quanto a reflexão filosófica nos infunde como sabedoria.

Também se evidencia ele em termos de direito positivo constitucional. Podemos observar que em todas as Constituições disciplinam-se conjuntamente, numa mútua implicação inafastável, tanto o princípio da igualdade quanto o de não discriminação. Assim está no art. 13 da Constituição Portuguesa de 1976, na Constituição Japonesa de 1946 (art. 14), na Constituição Italiana de 1947(art. 3), na Lei Fundamental da Alemanha Ocidental, de 1949 (art. 3), na Constituição Espanhola, de 1978 (art. 14) para citar apenas estas.

2. Em verdade, o princípio de não discriminação é insuscetível de ser *construído* a partir dele próprio ou de uma direta referência ao homem. É sempre um consectário ou reflexo do princípio da igualdade, como seja entendido e positivado, ao qual se prende umbilicalmente.

Poderíamos dizer que, cuidando do princípio da igualdade, é sempre possível , em que pesem as dificuldades reconhecidas, identificar o seu conteúdo, construir sua fundamentação e delimitar seu alcance. Partindo-se do homem e de sua necessária sociabilidade temos condições de definir o que os faz iguais ou reclama que como iguais sejam tratados. Já no particular da não discriminação, comportamento idêntico é impensável, porque esse princípio não tem consistência própria, mas é uma aparente derrogação do princípio da igualdade, em face da inelutável necessidade prática de termos que tratar diferentemente os homens para igualá-los. Delimitar a diferenciação aceitável, porque compensadora, da que não comporta acolhida no sistema jurídico constitucional, é o que denominamos, com certa improbidade, de *princípio* de não discriminação, quando se trata não de um princípio, mas de um desdobramento do princípio da igualdade, em face da essencial desigualdade dos homens da necessidade politicamente essencial, em termos de modernidade, de dar-lhes um tratamento igualitário.

3. *Hanah Arendt* nos lembra que se os homens não fossem iguais, seriam eles incapazes de compreenderem-se entre si e aos seus ancestrais, ou de fazer planos para o futuro e prever as necessidades de gerações vindouras. Mas se não fossem diferentes, se cada ser humano não diferisse de todos os que existiram, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender. Com simples sinais e sons poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas, à semelhança do que ocorre com os animais [(1)].

Há, pois, uma igualdade fundamental, que nos insere na espécie humana, e há uma desigualdade, também fundamental, que nos põe como indivíduo e como pessoa. **Essa desigualdade individual, convivendo com a igualdade essencial que nos insere na espécie humana, impõe a "igualdade" como tarefa dos homens e não como algo resultante da própria natureza das coisas. Retomando *Hanah Arendt*, a igualdade presente na esfera pública é, necessariamente, uma de desiguais que precisam ser "igualados" sob certos aspectos e por motivos específicos.** Assim, o fator igualador não provém da natureza humana, mas de fora. E usa, analogicamente, a moeda. A moeda é um fator externo, necessário para igualar as atividades desiguais do médico e do agricultor[(2)]. E se assim é, a nível de economia, assim deve ser a nível de convivência política, acrescentamos nós. O princípio da igualdade, conseqüentemente o de não discriminação, reclama um fator externo, necessário à convivência humana, para nivelar, em termos de vantagens e encargos, homens diferenciados cultural e economicamente.

4. A radicalidade que nos faz, a cada qual de nós, diferentes de todos os homens que já existiram, existem ou virão a existir foi enfatizada na ironia de *Bernard Shaw*, quando nos adverte não devermos fazer ao nosso próximo aquilo que queremos que nos façam, porque , lembra o irreverente escocês, é bem possível que o gosto do próximo seja bem diferente do nosso.

Essa dimensão personalíssima de cada ser humano é um complicador do princípio da igualdade, porquanto ela pode levar, paradoxalmente, a que o tratamento objetivamente justo, porque matematicamente igualitário, seja sentido pessoalmente como injusto por quem a ele submetido. O princípio da igualdade, portanto, consiste na procura e definição dos fatores externos mediante os quais se pode ter uma "moeda" política que permita igualar homens essencialmente diferentes, sob inúmeros aspectos, tanto biológica quanto psicologicamente, tanto em termos materiais quanto em dimensão cultural. A discriminação é a utilização de "moeda falsa" para esse intercâmbio jurídico-político, que está vetado pelo princípio de não discriminação.

Inexiste, destarte, algo intrínseco à condição humana, ou ao político e muito menos ao jurídico, seu instrumento essencial e primordial, que assegure a não discriminação, vale dizer, a igualdade, pelo que é sempre a dimensão política do jurídico que traça os limites do igual tratamento de alguns, de muitos ou de todos.

Apenas para usar um referencial histórico, que pode ser esclarecedor. A Magna Carta, tão celebrada como um acontecimento revestido de alta significação no processo de emancipação política dos homens, a magna Carta foi um ganho apenas para poucos. Os que se podiam atribuir o *status* de nobres, emanciparam-se. E somente eles. Diz-se, inclusive(3) que foi escrita em latim para que os princípios nela firmados não passassem ao domínio público. Preservava-se a elite, ganhadora em termos do igual tratamento, preservando-se, por outro lado, para ela, elite e nobreza, o privilégio do desigual tratamento ao seus vassalos.

Sendo a igualdade jurídico-política, algo não intrínseco ao sistema, nem dedutível, necessariamente, da condição política do homem, revela-se como permanente tarefa a cumprir-se, sujeita sempre ao risco do tratamento circunstancial, em função dos valores socialmente predominantes e dos interesses hemogênicos institucionalizados, sem contar com a relevância, na espécie, dos fatores individuais. E se o princípio da não discriminação se prende umbilicalmente ao da igualdade, sujeita-se ele à mesma contingência e submete-se aos mesmos riscos.

5. Afirma-se, podemos dizer que praticamente; consistir a igualdade juridico-política em tratar-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, sempre com vistas a assegurar maior igualdade substancial. Se trato desigualmente os iguais, discrimino. Se trato igualmente os desiguais, discrimino.

O que vem de ser dito, entretanto, é quase nada, porque fica sem resposta o fundamental: quem são os iguais e quem são os desiguais? O branco e o negro são desiguais. Devo então tratá-los desigualmente? Se a resposta for negativa, deveremos saber por que o tratamento desigual dos desiguais não é igualitário ou quando ele assim não se revela.

Acredito ser possível assentar a seguinte orientação: a igualdade substancial é um objetivo constitucionalmente tutelado. Mas como igualar substancialmente pessoas entre si tão diferenciadas? **A única solução é desigualá-las em termos jurídicos para que através desse desigual tratamento se obtenha maior igualdade substancial.** Desigualar nesses termos é permanecer fiel ao princípio constitucional da igualdade e seu consectário lógico, o princípio de não discriminação. Desigualar em termos diversos é discriminar, o que está constitucionalmente vetado. Ali, o tratamento desigual deixou de ser discriminador, por ter produzido maior igualdade como resultado. Na segunda hipótese, o tratamento desigual se macula de inconstitucionalidade, por oferecer como resultado a manutenção da desigualdade anterior ou sua exasperação, ou a instituição de desigualdade nova antes inexistente.

O problema se põe, portanto, em última análise, como um problema de interpretação constitucional.

6. *Celso Antonio Bandeira de Melo*, em um livro de mérito[4], tenta assentar algumas regras que presidiriam ao problema do igual tratamento, que em verdade são regras autorizadas e desautorizadas de discriminação.

Para ele, o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões:

A primeira, diz respeito ao elemento tomado como fator de desigualização. A segunda, reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *descrimen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico. A terceira é pertinente à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

Esclarecendo essas colocações, diz ele que as operações a seguir são as seguintes:

1) identificar o que é adotado como critério discriminatório;

2) verificar, em seguida, se há justificativa racional (fundamento lógico) para, em vista desse critério, atribuir-se o tratamento desigual;

3) finalmente, analisar se o fundamento racional abastratamente existente é *in concreto* afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional; exige-se, portanto, mais que um a correlação lógico-abstrata entre o fator diferencial e diferenciação conseqüente, reclamando-se a existência de uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional.

Arremata o autor que esses aspectos não devem ser considerados isoladamente, apenas a conjunção dos três permitindo a uma análise correta do problema. Se a norma estiver ajustada ao princípio da igualdade sob o

primeiro aspecto, cumpre examiná-la no tocante aos outros dois. E se a ofensa a qualquer deles a desqualifica, só a consonância com os três a qualifica.

Depois de apreciar cada qual desses aspectos, de modo mais analítico, em capítulos próprios, oferece *Celso Antonio*, como conclusões de suas reflexões, as seguintes:

Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia, por conseguinte também ofensa ao princípio de não discriminação, quando:

I - A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger um a categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II - A norma adota, como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residentes nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequipardes. E exemplifica: é o que ocorre quando se pretende tomar o fator "tempo" _ que não descansa no objeto, como fator diferencial.

III - A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrimen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV - A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrimen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V - A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrimens*, desequiparações que não foram professadamente assumidas por ela de modo claro, ainda que por via implícita.

7. Reconheço o mérito dessa análise e a coerência do discurso lógico-jurídico-formal, não me sensibilizou muito por esse tipo de abordagem. Situo-me entre os que colocam análise dessa natureza como algo a ser considerado num segundo momento e não prioritariamente. A propriedade é do problema posto para solução e sua dimensão política, ética e social, em relação ao qual o justo intuitivo que convive inevitavelmente com todos nós se sobrepõe para solucioná-lo. Para disciplinar a dimensão perigosamente carregada de subjetivismo de que sempre ele se faz acompanhar é que cumpre ao jurista, máxime ao aplicador do direito, "racionalizar " esse "sentido" do justo, quer se impondo a correção lógico-formal de seu pensamento, quer pela explicitação não técnica de suas conclusões, com o que legitima o exercício do seu poder de decidir, possibilitando seu confronto com os valores socialmente predominantes no espaço político e no momento histórico em que decide, que sempre têm na norma legal (não na letra da lei) sua expressão autorizada.

Não é este o lugar próprio para se colocar o problema da interpretação das normas constitucionais, particularmente dos preceitos constitucionais

relativos aos direitos fundamentais, mas insistimos em dizer, como já o fizemos em outro escrito nosso(5), que esse é o problema nuclear, nos dias de hoje, do direito constitucional. Respondê-lo é solver a quase totalidades das dificuldades.

Valendo-nos da síntese que a respeito realizou *Gomes Canotilho*(6), podemos afirmar que sobressaem os métodos hermenêutico clássico, o tópico problemático, o hermenêutico-concretizador, o científico espiritual e o normativo-estruturante, revelando-se todos, sozinhos, como insuficientes. No dizer de *Vieira Andrade*(7) a tendência da interpretação doutrinal e jurisprudencial aponta hoje, em geral, para um "sincretismo metódico", o que significa afirmar-se que todos valem e qualquer deles vale na medida em que se forem úteis para a solução do caso concreto. Por isso mesmo é que me parece adquirir relevo particular o que denominei de "prioridade do problema" posto para solução, que é problema, a meu ver, de natureza política, ética, social, econômica, e não um problema jurídico, devendo ser jurídica, isso sim, a sua solução. É para produzir-se a norma solucionadora que são utilizados os métodos de interpretação, cuja finalidade é "civilizar" e "socializar" a compulsão que temos de saber o justo do caso concreto. E é na fundamentação da solução que todo esse *processo de adequação* deve ser explicitado, de modo suficientemente transparente para proporcionar a análise dos doutos e a avaliação dos não doutos. Aqueles, em termos de adequação ao ordenamento jurídico positivo; estes, no tocante à adequação ao saber o justo socialmente compartilhado, a quem têm acesso os homens conviventes, em permanente processo de interação.

A mim se afigura que a coluna mestra dessa construção hermenêutica, em matéria do princípio de não discriminação, é o ter-se presente, sempre, que o tratamento desigual só se legitima quando dele resulta maior igualdade em termos substanciais.

Tentarei um exemplo que talvez ajude a melhor compreensão de nosso ponto de vista. Se a lei institui a correção monetária de todas as dívidas, seja de valor, seja de dinheiro e aplicando essa norma a um caso concreto o julgador considera o postulante isento da correção monetária, atendendo a sua condição de produtor rural, ele viola o princípio da isonomia, porquanto desiguala diante da lei sem gerar na prática maior igualdade. Seu decidir é inconstitucional.

Diferente seria se o legislador editasse lei isentando os produtores rurais da incidência da correção monetária em dívidas contraídas com vistas a sua atividade produtiva. A decisão do magistrado que a aplicasse não seria, por si, inconstitucional, por vulneradora da igualdade de todos perante a lei. A inconstitucionalidade, a existir, resultaria da lei aplicada. E para analisar-se a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dessa lei teríamos que ponderar. Se a isenção da correção monetária tem por objetivo restabelecer um equilíbrio perdido, em termos econômicos-financeiros, no tocante aos produtores rurais, sacrificados em seus ganhos em benefício da coletividade consumidora, deu-lhes a lei um tratamento desigual não discriminador, porque antes de instituir um privilégio (que desiguala) procura gerar igualdade, compensando um

desequilíbrio não voluntariamente causados pelos próprios produtores rurais, que sendo prejudicial para eles foi benéfico em termos coletivos. Refaz-se um equilíbrio perdido, donde o desigualar deixa de ser discriminador. Mas se a isenção da correção monetária é apenas benéfica para os produtores rurais, que embora estando efetivamente prejudicados, a essa situação não foram levados por força de contraprestação benéfica para a coletividade, a lei será inconstitucional por discriminadora, vale dizer, por haver desigualado privilegiando, isto é, sem querer maior igualdade em termos substanciais.

8. A interpretação dos preceitos relativos ao princípio de não discriminação tem-se colocado na dependência do entendimento que se dê ao princípio da igualdade, por força daquela estreita conexão já por nós acentuada inicialmente.

A Corte européia dos Direitos do Homem definiu como discriminação desautorizada aquela a que falte uma justificação obejetiva e razoável. Assim, seria admissível quando perseguindo um fim legítimo, se também existir uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim visado. Entendeu-se também haver discriminação desautorizada quando um indivíduo ou um grupo, sem justificação adequada, se vê menos bem tratado que um outro, mesmo quando o texto da Convenção não imponha o tratamento mais favorável(8).

9. A Corte Constitucional italiana tem reconhecido haver discriminação lesiva do princípio da igualdade tanto quando se regulamente diferentemente supostos iguais ou análogos quanto ao se dar igual disciplina a supostos distintos. Posteriormente, afirmou existir uma injustificada disparidade de tratamento em toda diferenciação normativa entre supostos comparáveis entre si, qualquer que seja a repercussão que com isso se determine na esfera do sujeito afetado pelo problema, o que permitiu considerar a aplicação do princípio da igualdade como algo dirigido não só à tutela de específicas situações subjetivas, como também a regulamentação de relações com efeitos meramente reflexos sobre quem invoque a aplicação do princípio, donde haver-se reconhecido ao princípio da igualdade em caráter objetivo.

Abandonou-se assim, outrossim, a tese de que as leis pessoais seriam inadmissíveis, sempre que não se pudesse de logo negar que situações individuais, ou de grupos de pessoas individualizadas ou individualizáveis, apresentassem particularidades tais que passasse a justificar-se, com relação a elas, um tratamento diferenciado.

Eliminadas essas limitações subjetivas, decaíram também as objetivas. Superou-se a crença inicial na taxatividade do elenco das discriminações postas no art. 3.1 da Constituição italiana, afirmando-se seu caráter meramente enunciativo e a conseqüente aceitabilidade de quantas discriminações pudessem ser deduzidas do texto constitucional como desautorizadas,

invocando-se, também, as exigências decorrentes da natureza das coisas, que pode em si mesma fazer impossível a aplicação do princípio da igualdade, em virtude de obstáculos de ordem natural, biológica, moral segundo a consciência dominante na comunidade nacional.

Daí foi um passo para se assentar a "razoabilidade" como pedra de toque no exame das discriminações, inclusive no âmbito do direito privado, bem como no tocante a todas as situações previstas constitucionalmente: sexo, raça etc.

Entendo o princípio da igualdade como dever geral da razoabilidade, faz-se possível, inclusive, o controle do poder discricionário e por essa via do excesso de poder, mesmo quando existem regras mais específicas a respeito.

A técnica do juízo de razoabilidade foi depurando-se e especificando-se ao longo do tempo, podendo se dizer que ela consiste, no dizer de *Pizzorusso*(9) em uma outra obra de cotejo entre hipóteses normativas que requer distintas operações lógicas, desde a individualização e interpretação das próprias hipóteses normativas, até a comparação entre elas, desde a identificação dos contextos normativos que podem repercutir, de um modo ou de outro, sobre seu alcance real, até a procura das eventuais disposições constitucionais que especifiquem o princípio da igualdade e seu alcance.

10. Na Alemanha Ocidental, desde a vigência da Constituição de Weimar, doutrinadores e julgadores já haviam desenvolvido uma ampla e profunda reflexão a respeito do princípio da igualdade e seu consectário da discriminação desautorizada. Desde a posição restritiva e formalista inicial, que dava ao princípio um alcance meramente programático para o legislador, sem o poder de vinculá-lo, apenas submetendo o Executivo e o Judiciário, obrigados a aplicar o direito sem consideração de pessoa, até ao momento presente, em que a Corte Constitucional reconhece um fundamento suprapositivo ao princípio, entendendo-o como um veto ao arbítrio e uma imposição de justiça no tratamento de supostos iguais ou diversos.

Cláudio Rossano(10) realiza preciosa síntese das muitas correntes de pensamento, na Alemanha, no tocante ao entendimento do princípio da igualdade e de seu consectário de não discriminação, demonstrando que, de certo modo, ganhou particular dimensão o pensamento de *Leibholz.*

O ponto central dessa doutrina consiste na busca dos limites a serem postos à discricionariedade do legislador pela valoração da relevância da diversidade subsistente na hipótese a ser regulada. Isso Consiste, no entendimento da Corte Constitucional, na circunstância que subsista um fundamento racional, retirado da própria natureza das coisas ou por qualquer outro modo evidente, para a diferenciação ou parificação operada pelo legislador. Isso resultaria, propriamente, da efetiva e adequada presença de uma íntima relação entre as disposições legislativas e a matéria sobre a qual

se concentra a disciplina, em outras palavras, na ausência de arbítrio da norma.

No pensar de *Leibholz*, duas são as idéias nucleares nessa matéria: justiça e arbítrio, que ele expressou nestes termos: comete arbítrio quem se põe fora do direito e da justiça. Assim, se uma norma não é orientada para a "justiça" e de um ponto de vista determinado, com base no qual deve ser submetida a controle, faltava-lhe base efetiva de justificação, devendo ser considerada arbitrária. Não se trata, na espécie, adverte ele, de uma igualdade formal, a ser buscada na forma externa da lei, sim material, a buscar-se nos seu efeitos. Destarte, para solução da questão sobre a existência ou não de arbítrio, nenhum relevo terá o caráter de generalidade da lei, ou o fato de conter ela disposições para indivíduos ou grupos determinados. A indagação deve sempre direcionar-se para a análise do conteúdo de tais disposições.

Criticado por entenderem que sua teoria não oferece bases sólidas à jurisprudência, possibilitando-lhe chegar à concretização ou à determinação do conceito de arbítrio como limite ao legislador, sendo impossível fixá-lo em termos de conteúdo, limitou-se *Leibholz* a responder que esse conceito vive no campo do mutável historicamente, não podendo, portanto, ser fixado a *priori* nem muito menos definido. Isso não impede, entretanto, possa ele ser repensado e aplicado na prática jurisprudencial, do mesmo modo como são aplicados os conceitos de bem público, bons costumes, boa-fé etc. A mutabilidade histórica do arbítrio se reflete obviamente sobre o conteúdo do princípio da igualdade, que vem, assim, a sofrer, também mudanças historicamente, o que é bem fácil de ser comprovado quando se observa que o entendimento do princípio da igualdade em 1848 era bem diverso do que se construiu à luz da Constituição de Weimar e hoje se constrói na vigência da constituição de Bonn.

11. Retomando o que dissemos no item 6, insistir-se em ver, como possível, em nossos dias , conter-se o julgador, impondo-lhe apenas os freios da racionalidade cognitiva da lógica formal e da hermenêutica tradicional é preservar no inalcançável. O mundo de hoje obrigou o juiz a ser, dentre os produtores jurídicos, o que tem relevo crescentemente significativo. Ao invés de insistirmos no inviável, que só tem contribuído para tornar o julgador, em nossos dias, politicamente livre para ser arbitrário, sobrepondo-se, sem que para isso tenha representatividade e esteja submetido aos necessários controles políticos, à vontade social predominante, convém que de uma vez por todas nos convençamos de que o urgente, necessário, diria inadiável é repensar a figura do julgador estatal. Em lugar de insistirmos em conservar a institucionalização arcaica do Poder Judiciário, legitimado para a concepção oriunda de *Montesquieu* e da crença na suficiência do princípio da separação dos poderes e na submissão de todos ao império da lei, como expressão de vontade geral, em lugar disso cumpre "institucionalizar" um Poder Judiciário adaptado ao Estado Social de nossos dias, intervencionista, promotor do desenvolvimento, constitucionalmente responsabilizado por efetivar procedimentos que gerem igualdade substancial na sociedade, vale dizer, que

a democratizem, como já se logrou, com o modelo antigo (que inclui o juiz de hoje) a democratização do Estado, por si só, hoje insuficiente (e à qual não pode ser adaptado o juiz de ontem).

12. No entender quase pacífico do constitucionalismo contemporâneo, o princípio da igualdade (conseqüentemente o de não discriminação) é preceito que se dirige tanto ao aplicador da lei como ao próprio legislador. A igualdade no sentido constitucional, significa igualdade na aplicação do direito.

Inicialmente, entendeu-se esse princípio como traduzindo a igualdade perante a lei; consistiria ele numa exigência dirigida ao juiz estatal e às autoridades administrativas no sentido de assegurarem formalmente uma igual aplicação da lei a todos os cidadãos. O aplicador da lei é que deveria fazê-la incidir no caso concreto de modo igual e não discriminador. Eram assim confundidos o princípio da igualdade de todos perante a lei com o princípio objetivo da prevalência da lei: obediência das autoridades judiciais e administrativas ao ato de decisão (estruturalmente considerado igualitário) dos representantes do povo. Mas, como adverte *Gomes Canotilho*(11) a igualdade na aplicação do direito é mais do que uma positivística igualdade de aplicação da lei; é *igualdade através da lei*. Igualdade nos encargos (ênfase dada pelos liberais) mas também igualdade nas vantagens (assinalou a doutrina do Estado Social).

Com essa postura, não se exige apenas que ao legislar o legislador trate igualmente quantos são destinatários da norma, sim que legisle para que, na convivência social, as desigualdades constitucionalmente desautorizadas não sobrevivam ou se instalem. Assim sendo, cumpre legislar desigualando quando necessário para produzir igualdades em termos sociais, políticos, econômicos, ou seja: cumpre que a igualdade formal se some a igualdade material.

Nessa linha, teríamos um conceito “ampliado” da discriminação. Haveria ela, em termos constitucionais, não apenas no tocante à lei que trata desigualmente sem que o faça para proporcionar, materialmente, mais igualdade, mas principalmente na *omissão do legislador*, deixando de editar as leis que proporcionariam maior igualdade substancial ainda não alcançada na praxis social, isto é, omissão do legislador no seu dever de proporcionar mais igualdade mediante o direito.

Teríamos, assim, discriminação por omissão sempre que existisse um descompasso entre a vontade política a ser institucionalizada (posta constitucionalmente como de imediata eficácia) e a vontade social operante (o que é posto como prática na sociedade e é discriminatório em termos constitucionais). Em outras palavras: Haveria discriminação por omissão sempre que na prática social se operasse um tratamento desigual constitucionalmente desautorizado, mas que se perpetua impunemente por falta de disciplina normativa que imponha legalmente a não discriminação.

13. O problema é extremamente delicado, ainda quando não me pareça deva, só por isso, ser descartado. A inconstitucionalidade por omissão, importando um *agir* do Estado, vale dizer, uma sua prestação que envolve custos, organização e vontade política efetiva, é indissociável, para ser juridicamente posta, da real correlação de forças políticas subjacentes ao ordenamento jurídico formal. Adquire, aqui, relevo particular, a ineliminável correlação entre o direito e o poder político, que, se ignorada pelo aplicador ou pelo intérprete, redundará, na prática, em impotência ou em conflito que necessariamente será solucionado em desfavor do direito formal. Na inconstitucionalidade que envolve um *não agir* do Estado, em que dele se reclama apenas omissão, tudo é diferente. Obtém-se o resultado no caso concreto e tanto basta, permanecendo inatingido o aparato institucional e sua filosofia de agir, se assim quisermos chamar o modo concreto por que atua o Poder em face da sociedade, resultando da efetiva correlação de forças que nela operam politicamente. Na inconstitucionalidade por omissão tudo é diferente. Impondo um agir, obriga a mudanças institucionais e procedimentos que não pedem produzir efeitos só para o caso concreto; e por força dessa vocação à durabilidade, envolve mudanças que jamais ocorrerão se para sustentá-las não existirem, no seio da sociedade, forças políticas em condições de oferecer-lhes a sustentação que reclamam.

Em suma, correndo o risco de ser incompreendido pelo sumário da abordagem, inconstitucionalidade por omissão, em termo de não discriminação, mostra-se evidente o drama da impotência do jurídico para "conformar" o social, o político e o econômico, sendo ele, na verdade, e só, mera compreensão dessa realidade subjacente, com o objetivo de dar-lhe, prospectiva e impositivamente, certo direcionamento. Sem dúvida que há sempre um "retorno" do jurídico sobre o político, o econômico e o social, mas retorno que só opera efetivamente se respaldado numa vontade social, que esta, sim, é realimentadora do jurídico.

Ainda aqui tentarei um exemplo para elucidar.

O acesso ao ensino, em nível superior, no Brasil, é restrito (não formalmente, sim materialmente) aos melhor aquinhoados financeiramente. Sendo gratuito, ele finda por desigualar mais ainda os desiguais. Favorece os ricos pela concorrência desleal na competição do vestibular; e acresce esse favorecimento com proporcionar-lhes ensino gratuito, compelindo os economicamente menos favorecidos a se socorrerem das Universidades pagas. Esses dados não são fantasiosos, mas eles estão aí, apurados objetivamente e ao dispor de quem deles deseje se inteirar. Há conseqüentemente, uma prática social discriminatória, quando o preceito constitucional é impositivo no sentido de estigmatizá-lo.

A dar-se ao princípio constitucional todo o alcance que precisa ter, teríamos, na espécie, uma inconstitucionalidade por omissão. O legislador deixou de promover a edição de leis que eliminem, na prática, esse tratamento desigual, constitucionalmente condenado mas socialmente efetivado. Assim, qualquer pessoa economicamente hipossuficiente poderia reclamar fossem editadas leis que compensassem as desigualdades, de modo a se obter na

prática a igualdade de oportunidade com os estudantes filhos de pessoas ricas. Ou mesmo se poderia pretender individualmente a tutela desse direto. Num ou noutro caso, isso importaria na responsabilidade do Estado, cm recursos públicos, proporcionar alimentação, habitação, segurança financeira aos estudantes hipossuficientes, de modo a que pudessem ter acesso aos mesmos recursos e gozar das mesmas oportunidades dos estudantes ricos, com eles competindo em condições de igualdade. E isso só é viável em termos institucionais e em caráter permanente e geral. Sem contar com o "rescaldo" que permaneceria, com a indagação: não será discriminatória a gratuidade do ensino superior assegurado aos mais ricos? Isentando-os desse desembolso não se tornam mais ricos? Pois não são eles liberados de encargos que terão de ser assumidos por toda a coletividade, o que significa transferir custos para quem não beneficiado, favorecendo quem já largamente beneficiado? Assim agindo, produziu-se mais igualdade ou não?

A magnitude do problema termina por convencer que, no mínimo, a inconstitucionalidade por omissão, em termos de não discriminação, redundará quase que em mero devaneio poético, se não houver, subjacente ao jurídico, uma forte e decisiva vontade política em condições de promover mudanças na correlação de forças existentes na sociedade, de modo a produzir condições materiais que eliminem, em termos substanciais, a desigualdade que o direito formalmente já proclama como inaceitável.

Por força disso é que tenho insistido em dizer que constitui a mais perversa das alienações políticas o discurso mistificador, que transmite aos desfavorecidos a ilusória impressão de que obterão justiça com a só edição das leis, mesmos leis que por falta de suporte numa vontade política efetiva terminarão sendo apenas "lei para ler", como, entre surpreso, perplexo e revoltado me disse um ilustre mestre italiano, bom conhecedor de nossa realidade.

14. As Constituições, como por nós já frisado, associam geralmente princípio da igualdade e o princípio de não discriminação. Depois de afirmarem a igualdade de todos perante a lei, vedam qualquer discriminação em função de sexo, ascendência, raça, cor, língua, país de origem, crenças, opiniões religiosas ou políticas, condição pessoal e social, ideologia ou instrução.

Certo é, entretanto, construir-se entendimento pacífico o de que essa enumeração constitucional é meramente exemplificativa, não taxativa, pelo que outros *discrimens* não expressamente postos a nível de texto constitucional expresso podem e devem ser considerados. No particular, o art. 14 da Convenção Européia dos Direitos do Homem é exemplar, colocando, como norma de encerramento, após sua enumeração de *discrimens* vetados, cláusula "ou toute situation".

A nossa Constituição de 1988 não usou a técnica que vem de ser referida. Nela os princípios se distribuem por vários dispositivos. Começa em seu art. 3º, por colocar como um dos objetivos fundamentais da República

federativa do Brasil o *"promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, ou quaisquer outras formas de discriminação"*. Em seu art. 5º afirma a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se ao brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança, à propriedade, nos termos enunciados em seus muitos incisos. E nesses incisos fazem especial referência à não discriminação os de ns. VIII (ninguém será privado de direitos por motivos de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir a prestação alternativa fixada em lei), LXI (a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais), LXII (a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei).

Disposições pertinentes ainda existem as do art. 7º, relativas aos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, em seus incisos XXX (proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil), XXXI (proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência), XXXII (proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre profissionais respectivos) e XXXIV (igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso).

O art. 12, § 2º (proibição de distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo as estabelecidas constitucionalmente), o art. 39, § 1º (isonomia entre os servidores da administração direta no tocante a cargos de atribuições iguais ou assemelhados bem como entre os servidores dos três Poderes), art. 194, I (universalidade da cobertura em termos de seguridade social) e II (uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços relativos à saúde, previdência e assistência social às populações urbanas e rurais), 206, I (assegurado igualdade de condições para o acesso e permanência na escola), 215 (a garantia de todos do pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional), 226, § 5º (exercício, em condições de igualdade, pelo homem e pela mulher, dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal).

15. Como adverte *Pizzorusso* em relação ao ordenamento Constitucional italiano, com o expresso compromisso de promover o bem de todos, sempre numa linha de eliminar desigualdades materiais, não se persegue um inalcançável igualitarismo. E isso não só deriva de óbices de natureza social, econômica, política e cultural intransponíveis de logo, como de alguns dispositivos da própria Constituição, como o que na ordem econômica assegura a livre iniciativa (art. 170), piso salarial proporcional à extensão e complexidade do trabalho (art. 7º, V) e os muitos que fixam *discrimens* autorizados com vistas a proteger a mulher, os deficientes, os economicamente hipossuficientes, desempregados etc. , sempre com vistas a limitar as disparidades de condições econômicas e sociais derivadas das diferenças de

renda dentro de um certo marco eqüitativo, tanto que se mostra constitucionalmente autorizada, sempre, toda solução que imponha aos que gozam de rendas mais elevadas um maior ônus na responsabilidade pelos ingressos financeiros reclamados pelo Estado, para atender a seus objetivos constitucionais de construir, democraticamente, uma sociedade mais justa, mais fraterna, comprometida com o bem-estar de todos e o desenvolvimento que a todos beneficie (art. 145, § 1º, Preâmbulo, 170).

16. Convém frisar-se que a nossa Constituição, à semelhança da italiana e da portuguesa, entre outras, em seu art. 3º, deixou livre de dúvidas que a nossa igualdade perante a lei é mais que uma mera igualdade de aplicação da lei, *é igualdade através da lei*, donde o discriminar desautorizado resultaria não só de editar leis desigualadoras materialmente, como omitir-se o legislador de editar normas que objetivem a eliminação das discriminações já existentes no seio da sociedade. Ao lado da inconstitucionalidade tradicional (quebra, pelo Estado, do dever de omitir-se) convive, agora, a inconstitucionalidade por omissão (quebra, pelo Estado, do seu dever de agir). Traçou-se, portanto, como objetivo dos poderes públicos, não apenas a abolição das discriminações desfavoráveis, mas também a realização positiva de intervenções, encaminhadas para corrigir as desigualdades de fato existentes no meio social, não apenas as derivadas do passado, como as geradas no presente, mesmo quando oriundas de causas naturais.

E aqui retomamos a reflexão já em parte feita no item 12.

A positivação dos direitos fundamentais (inclusive o de não discriminação), como direitos de acesso e utilização de prestações por parte do Estado é dos mais desafiadores problemas postos para os constitucionalistas em nossos dias.

Como salienta *Canotilho*(14), os poderes públicos têm uma significativa quota de responsabilidade no desempenho de tarefas econômicas, sociais e culturais, incumbindo-lhe pôr à disposição dos cidadãos prestações de várias espécies, como instituições de ensino, saúde, segurança, transportes, telecomunicações etc. À medida em que concretiza essas responsabilidades, resulta para os cidadãos o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelos poderes púbicos, a par do direito de igual quota-parte (participação) nas prestações que esses serviços ou instituições prestam à comunidade.

Com base nesse pressuposto, a doutrina fala em *direitos derivados a prestações,* derivados porque só exercitáveis segundo a medida das capacidades existentes. São direitos suscetíveis de tutela jurisdicional, porque seus titulares podem postular sua proteção junto aos tribunais e em termos individuais, reclamando igual prestação, igual acesso, e também a manutenção do nível de realização que os direitos fundamentais tenham adquirido. Neste sentido se fala em *cláusula de proibição de evolução reacionária ou retrocesso*, o que obviaria, por exemplo, que assegurada legalmente certa prestação em

termos de seguridade social pudesse ela ser posteriormente eliminada, retornando sobre seus passos.

A par disso, cabe a indagação: existem direitos *originários* a prestações? Em termos mais claros: se os direitos derivados nascem com a institucionalização dos serviços, consistindo eles na garantia do acesso não desigualador a tais serviços, haverá o direito originário à prestação, ainda quando inexistente o serviço institucionalizado, e também o direito de compelir o Estado a institucionalizar os serviços necessários à garantia do igual tratamento de todos os cidadãos?

Uma significativa parte da doutrina nega a configuração dos direitos originários como verdadeiros direitos. O fato desses direitos estarem dependentes da ação do Estado e apresentarem um inequívoco déficit de exeqüibilidade e de exigibilidade judicial leva esses autores a falarem da aporia dos direitos fundamentais, econômicos e sociais, reconduzindo a problemática dos direitos sociais para o campo da "política social", ao mesmo tempo em que reduzem o princípio da democracia econômica , social e cultural a uma simples *linha de direção da atividade do Estado.*

Canotilho insurge-se e afirma que em face da Constituição portuguesa (o que vale também, ainda que menos radicalmente, para a nossa) a normativização expressa de direitos sociais, econômicos e culturais nela realizada significa o reconhecimento do princípio da democracia econômica, social e cultural não apenas como *princípio objetivo*, conformador de medidas estatais, mas também princípio fundamentador de *prestações subjetivas.*

Acentuando a radicalidade de sua posição afirma: o entendimento dos direitos sociais, econômicos e culturais como *direitos originários*, implica, como já salientado, numa mudança na *função* dos direitos fundamentais e põe com acuidade o *problema de sua efetivação*. Não obstante se falar aqui em efetivação dentro de uma "reserva possível", para significar a dependência dos direitos econômicos, sociais e culturais dos "recursos econômicos", a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não se reduz a um simples "apelo" ao legislador. Existe uma verdadeira *imposição constitucional* legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas, sociais, na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos.

Ainda quando a Constituição brasileira de 1988 não tenha compromissos expressos com a socialização dos meios de produção e a institucionalização do socialismo, como ocorre na Constituição portuguesa (arts. 2º, 9º, d, 80, c e 81, falando em socialização dos meios de produção e em economia planificada), o certo é que nosso art. 3º impõe como tarefa do Estado promover a progressiva redução de desigualdades sociais, econômicas e culturais, o que pode, perfeitamente, servir de base para construirmos, entre nós, a categoria dos direitos originários a prestações. Daí por que se me afiguram aceitáveis as conclusões de *Canotilho*.

Embora os direitos sociais, econômicos e culturais estejam dependentes de uma reserva de medida legislativa e sejam considerados como leges

imperfectae eles possuem relevante significado jurídico como direitos subjetivos:

1) as normas Constitucionais consagradoras de direitos sociais, econômicos e culturais implicam uma interpretação das normas legais de modo conforme com elas (por ex., no caso de dúvida sobre o âmbito de segurança social deve seguir-se a interpretação mais extensiva possível);

2) a inércia do Estado quanto à criação de condições de efetivação pode dar lugar a *inconstitucionalidade por omissão;*

3) as normas constitucionais consagradoras de direitos econômicos, sociais e culturais implicam a inconstitucionalidade das normas legais que não desenvolvem a realização do direito fundamental ou realizam diminuindo a efetivação legal anteriormente atingida.

A elas, acrescentaríamos. No sistema brasileiro constitucional, há direito originário a prestação individual sempre que seja possível com utilização dos recursos orçamentários já autorizados e existentes e dos serviços já organizados e institucionalizados, se oferecer a sua tutela, o que se postulará mediante o mandado de injunção, como incidente no processo em que se pôs a relação jurídica litigiosa que se afirma incluindo ama questão de discriminação, por falta de norma regulamentadora do exercício desse direito (inciso LXXI do art. 5º da CF, § 1º desse mesmo dispositivo).

NOTAS

1) “A condição Humana”, Forense Universitária, ano 1981, pág. 188

2) Ob. cit., pág. 227

3) “O devido processo legal e a razoabilidade das leis”, Carlos Roberto de Siqueira Castro, Forense-Rio, 1989, pág. 9, n.3.

4) “O conteúdo jurídico do princípio da igualdade”, Ed. Revista dos tribunais, São Paulo, 1984.

5) “Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data - Processo e Constituição”, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1989, pág. 3.

6) “Direito Constitucional”, Ed. Almedina, Coimbra, 4º ed., 1987, pág. 149 e segs.

7) “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, Ed. Almedina, Coimbra, 1983, págs. 125/26.

8) Gerard Cohem Jonatham, “La Convention Europenne des Droits de l’homme”, Presses Universitares de’Aix-Marseille, 1989, págs. 539/43.

9) Alessandro Pizzorusso, “Lecciones de derecho constitucional”, Ed. Centro de Estudos Constitucionales, Madrid, 1984, pág. 163 e segs., de quem aproveitamos sobre o problema da Itália.

10) “L’egualianza giuridica nell’ordinamento constituzionale”, Ed. Eugenio Jovene, Nopolis, 1966, pág.1989 e segs., de quem aproveitamos os informes sobre o problema da Alemanha.

11) “Constituição dirigente e vinculação do legislador”, Coimbra Editora Ltda., Coimbra, 1982, pág. 380 e segs.

12) Em matéria de direito do trabalho a nível internacional temos, aprovadas pelo Brasil a Convenção n. 111, de 1958, da OIT que consagrou, de forma ampla, o princípio de não discriminação em matéria de emprego e profissão. A Carta da OEA. A Convenção n. 19 que trata da igualdade de tratamento entre estrangeiros e nacionais em matéria de acidente de trabalho; a Convenção n. 100 que prevê salário igual para trabalho de igual valor; a Convenção 117, que em sua Parte V cuida da não discriminação em matéria de raça, cor, sexo, crença, Associação Tribal ou Filiação Sindical e, por último a Convenção 118 que dispõe sobre a igualdade de tratamento entre nacionais e não nacionais em previdência social, todas essas da OIT e ratificados pelo Brasil. A respeito da matéria, ver “Direito Internacional do Trabalho”, de Arnaldo Süssekind, LTr. Edit.

13) Ob. cit., pág. 164.

14) “Constituição dirigente”, cit., pág. 385 e segs.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

PASSOS, José Joaquim Calmon de. O Princípio da Não Discriminação. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir “x” na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1888**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br

4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura

do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa:

Informação não disponível.