

ANOTAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (*)

Lisandra Silveira Bonachela

Advogada e Mestranda em Direito, 1ª Turma no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito de Bauru - ITE.

Em primeiro lugar, há de se mencionar a notória afirmação de Aristóteles que "a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais".

Contudo, qual seria o critério legitimamente manipulável, sem ofender o princípio da igualdade, que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos separados e dá-las tratamento diferenciado? Quem são os iguais e quem são os desiguais?

Qualquer um de nós, a olho nu, é capaz de perceber que todas as pessoas são diferentes entre si, mas essas distinções, por si só, não poderiam servir de critérios justificáveis para um tratamento jurídico diverso.

Por exemplo, basta enxergar que há homens baixos e homens altos. Mas, poderia a lei estabelecer que somente os homens altos têm direito à realização de contratos de compra e venda, sendo este direito vedado aos homens baixos? A resposta negativa é óbvia.

E se outra lei estabelecer que só os soldados com estatura igual ou superior a 1,80m de altura podem se candidatar ao cargo de "guardas da honra" nas cerimônias militares. Haveria ofensa ao princípio da igualdade? Também aqui, parece claro que não.

*Seminário apresentado ao curso de Mestrado em Direito, da Instituição Toledo de Ensino de Bauru-SP, como requisito parcial à conclusão do módulo de Direito Constitucional, tendo como Professor da disciplina, o Doutor Luiz Alberto David Araujo e coordenadora da linha de pesquisa A Responsabilidade Civil e a reparação dos danos, a Professora Doutora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo, Bauru, 14 de novembro de 1998.

Assim, é possível concluir que se deve atinar razoavelmente quando da aferição da legitimidade ou não em determinado caso.

Desta forma, o reconhecimento das diferenciações autorizadoras ou não da quebra da isonomia se divide, segundo Celso Antônio Bandeira de Melo¹, em três questões:

- a) o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

No entanto, deve a norma jurídica observar cumulativamente todos esses elementos para se tornar inatacável em face do princípio isonômico.

Qualquer elemento existente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido como fator de discriminação, não servindo de base para indagar se houve ou não desacato ao princípio da igualdade. Isto porque "as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição"².

Para que uma norma jurídica esteja em consonância com o princípio da igualdade é preciso que:

- a) essa norma não adote um traço tão específico, único, capaz de identificar no presente e definitivamente apenas um indivíduo;
- b) o traço diferencial seja inerente à pessoa, coisa ou situação a ser diferenciada.

A norma poderá ser considerada inviável sob dois aspectos, quais sejam:

- a) inviabilidade lógica, quando a norma singularizadora não for suscetível de reprodução, como por exemplo, uma lei que conceda um benefício às pessoas que tenham praticado determinado ato, no ano anterior, conhecendo-se, desde então, um único indivíduo que o fez.
- b) inviabilidade material, quando a norma, desde o início, descreve minuciosamente uma situação praticada por um único indivíduo, que já era conhecido no momento da edição da norma.

Portanto, há de se saber se a regra possibilita a incidência, ainda que futura, de outros destinatários desconhecidos à época de sua edição, não ofendendo a igualdade, ou se restringe tal regra definitivamente a um só destinatário.

No segundo caso, a lei só não iria ferir a isonomia, sendo direcionada a uma só pessoa, se visar a um sujeito indeterminado ou indeterminável, como, por exem-

¹Celso Antônio Bandeira de Mello, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, pág. 21.

²Idem, pág. 17.

plo, "será concedido tal benefício ao primeiro que inventar um motor movido a água".³

É necessário se fazer a classificação das regras jurídicas quanto à sua estrutura para sabermos suas conseqüências, levando-se em conta o aspecto da "individualização absoluta do sujeito":

a) *Lei geral* é aquela que engloba uma classe de sujeitos, por isso, em razão de sua abstração, nunca poderá ofender à isonomia.

b) *Lei individual* é aquela que se dirige a um indivíduo particularizado, podendo ou não ser compatível com o princípio da igualdade, desde que seja destinada a sujeito futuro, portanto atualmente indeterminado e indeterminável.

c) *Lei abstrata* é aquela que supõe uma situação reproduzível, também jamais podendo contrariar a isonomia, pois sua renovação acarreta na incidência sobre uma categoria de indivíduos.

d) *Lei concreta* é aquela relativa à situação única, sem que haja sua renovação, podendo ou não se harmonizar com a igualdade, pois sendo concreta e geral será harmônica, ao passo que, sendo concreta e individual não o será.

O tempo é elemento neutro, não podendo ser tomado como fator diferencial, sob pena de ferir a isonomia. Todavia, os fatos e situações que nele transcorreram e por ele se demarcaram é que são e podem ser elevados em fatores de discriminação, "desde que, sobre diferirem entre si, haja correlação lógica entre o acontecimento, cronologicamente demarcado, e a disparidade de tratamento que em função disto se adota"⁴.

Por exemplo, "serão estáveis os concursados após dois anos"⁵, aqui o diferencial entre os que preenchem ou não tal requisito não foi o tempo, mas o que ocorreu ao longo dele, ou seja, foi a reiteração do exercício funcional que a lei prestigiou como fator de estabilização e não o abstrato decurso de uma cronologia.

Desta forma, conclui-se que, para que seja feita qualquer discriminação, a regra jurídica tem de manter uma correlação lógica entre o fator erigido e critério de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele.

Para que um discrimen legal seja compatível com o princípio da igualdade, é preciso, segundo Celso Antônio Bandeira de Melo⁶, que concorram quatro elementos:

- a) que a desequiparação não atinja, de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;

³Idem, pág. 25.

⁴Idem, pág. 32.

⁵Idem, pág. 31.

⁶Idem, pág. 41.

c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;

d) que, em concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa, ao lume do texto constitucional, para o bem público.

Feitos estes esclarecimentos, passaremos a analisar os casos autorizadores ou não da quebra do princípio da igualdade.

1 - IGUALDADE "SEM DISTINÇÃO DE QUALQUER NATUREZA"

O artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, veda "*distinções de qualquer natureza*" e o artigo 3º, inciso IV, proíbe "*os preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*". Proíbe-se, também, em razão do artigo 7º, incisos XXX e XXXI, *diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou posse de deficiência*.

O rol elencado nestes artigos é meramente exemplificativo, tendo sido destacados como os motivos mais prováveis de discriminações, mas não são os únicos, como veremos a seguir.

A expressão "*sem distinção de qualquer natureza*" tem o condão de assegurar o indivíduo, não de uma situação jurídica específica, mas contra toda desvirtuação da ordem jurídica.

Assim, se fixado, por lei, um determinado critério de discriminação, nenhum outro elemento poderá interferir na abrangência desta mesma discriminação.

2 - IGUALDADE DE HOMENS E MULHERES

O artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal estabelece que "*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*".

É preciso que se faça a interpretação deste dispositivo levando-se em conta que o mesmo não quer significar igualdade perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações, tornando inaceitável a utilização deste fator diferencial para desnivelar materialmente o homem da mulher, pois é justamente atenuar os desníveis de tratamento a finalidade desta norma.

Não se pode admitir que "sob o manto de desigualdades biológicas, fisiológicas, psicológicas e outras, possa encobrir-se uma verdadeira diferenciação de dignidade jurídica, moral e social entre ambos os sexos"⁷.

⁷Celso Ribeiro Bastos, Curso de direito constitucional, pág. 185.

Todavia, o direito há de respeitar a diferenciação na própria caracterização de cada um dos sexos, impondo, em alguns casos, a exclusividade de um deles. Assim, não é lícito ao homem ingressar no batalhão da polícia feminina, nem a mulher poderá ocupar cargo de carcereiro em prisão masculina.

A expressão "*nos termos desta Constituição*" indica que só poderão ser feitas discriminações previstas na Constituição Federal e, conforme o caso, aquelas que privilegiem as mulheres, entendimento aceito em razão da dupla jornada realizada pela mulher quando também desempenha uma profissão. Veda, pois, a desigualdade criada por lei ordinária.

Em razão deste dispositivo constitucional, surgiram outros a respeito deste assunto, quais sejam, o artigo 226, § 5º, o qual dispõe que "*os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher*".

E ainda os artigos 40, inciso III, e 202, incisos I a III, que tratam de lapso temporal e limite de idade reduzido para a aposentadoria da mulher.

De outro lado, a CF/88 não recepcionou os artigos 256⁹ (bens reservados da mulher) e 219, inciso IV (anulação do casamento - adultério precoce), sendo que, no primeiro caso, beneficia a mulher e, no segundo, a prejudica.

Cumprir fazer, aqui, um breve comentário sobre os homossexuais.

Tentou-se introduzir na CF/88 uma norma que vedasse expressamente a discriminação de homossexuais, mas não houve um consenso na utilização de uma expressão que fosse isenta de qualquer possibilidade de ofensa a quem quer que seja.

Por isto, preferiu-se utilizar expressões genéricas como "*distinções de qualquer natureza*" e "*qualquer forma de discriminação*".

Mas, no "II Relatório da Conferência Nacional de Direitos Humanos", na parte de "Relatórios dos Grupos Temáticos", onde trata das Minorias Sexuais, temos a Avaliação do Programa Nacional dos Direitos Humanos⁹, dispondo o seguinte:

O Programa Nacional de Direitos Humanos é o primeiro documento oficial do Governo Brasileiro a reconhecer a existência no país de cidadãos homossexuais - um importante progresso após tantos séculos de opressão e desconhecimento de mais de 10 milhões de homens e mulheres com orientação sexual homoerótica. Ressalte-se que os homossexuais são citados duas vezes no texto do

⁹Não recepção do art. 246 do Código Civil (bens reservados), em virtude do art. 5º, I, da Constituição Federal: TJ/SP - Art. 246 do Código Civil que não foi recepcionado pela Constituição da República, por força de seus arts. 5º, I e 226, § 5º - Inexistência de direito adquirido contra norma constitucional" (2ª Civil - Apelação Cível nº 210.631-1 - rel. Des. Lino Machado, decisão 1º-11-94, in "*Direitos humanos fundamentais: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*", Alexandre de Moraes, pág. 101).

⁹Trata-se de texto obtido via Internet, no site "Gays e lésbicas unidos na construção de uma sociedade mais justa, solidária e democrática", que transcreve o que foi decidido na "Conferência Nacional de Direitos Humanos. Relatório da II Conferência Nacional de Direitos Humanos: semeando educação e cidadania". Brasília, Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1998. (série Ação Parlamentar, nº 80).

Programa, fazendo referência também à proibição de discriminação por orientação sexual. Porém, mesmo reconhecendo que os homossexuais estão entre as populações mais vulneráveis da sociedade brasileira, contraditoriamente o mesmo Programa que sugere 22 medidas contra o racismo, não ofereceu sequer uma proposta governamental de superação da violação dos direitos humanos dos homossexuais.

Portanto, considerando que "os direitos humanos são direitos fundamentais de todas as pessoas, sejam elas mulheres, negros, homossexuais, índios...", os homossexuais, representados pela Secretaria de Direitos Humanos da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Travestis, inspirando-se nas mesmas reivindicações das demais minorias sociais, já na 1ª Conferência Nacional de Direitos Humanos (1996), propuseram 11 medidas de proteção aos direitos humanos dos gays e lésbicas - propostas que agora são ampliadas e pleiteadas para que sejam incluídas na próxima revisão do Programa Nacional de Direitos Humanos¹⁰.

No sentido de demonstrar a evolução e adaptação dos nossos Pátrios Tribunais, mister se faz observar um recente julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: "*Não se admite, tampouco, discriminação em razão da orientação sexual. O TJRJ reconheceu a existência de sociedade de fato entre duas pessoas do sexo masculino, considerando irrelevante o fato de manterem ou não relações homossexuais*"¹¹.

3 - IGUALDADE "SEM DISTINÇÃO DE ORIGEM, COR E RAÇA"

Pela leitura do texto constitucional, hoje mais abrangente, englobando origem, cor e raça, constata-se a preocupação em evitar situações máximas como o nazismo, o *apartheid*, e também o preconceito da raça negra existente na sociedade brasileira.

Esse dispositivo prevê que a lei penal deve tipificar e punir quaisquer atos indicadores de preconceito.

A Constituição de 1998 é mais abrangente que as demais, por incluir também o preconceito de origem, como, por exemplo, vedando as discriminações de destinos e pessoas de classe social baixa.

A lei 7.716/89 define como crime as práticas de preconceito de raça ou cor, punindo-as com penas variáveis de um a cinco anos de reclusão. Mas essa lei nunca atingiu sua eficácia plena.

Assim, muito mais eficazes e rigorosos são os dispositivos constitucionais que

¹⁰Idem. Vide nota 9 supra.

¹¹RTJERJ 6/111, in "Constituição da República Federativa do Brasil - anotada - e legislação complementar", Luís Roberto Barroso, Saraiva, 1998, pag. 10.

dispõem que "*a lei punirá qualquer discriminação atentória dos direitos e liberdades fundamentais*" (artigo 5º, inciso XLI) e que "*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei*" (artigo 5º, inciso XLII).

Também não se pode fazer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, exceto aquelas constitucionais, que reservam determinados cargos unicamente a brasileiros natos (artigo 14, § 3º, inciso I; artigo 37, inciso I e artigo 12, § 3º).

4 - IGUALDADE "SEM DISTINÇÃO DE CREDO RELIGIOSO"

O inciso VI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 visa assegurar a todos, um tratamento igualitário, independentemente de sua crença religiosa, ao estabelecer que "*é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias*".

A redação desse dispositivo foi inovadora ao retirar a limitação da cláusula, constante em todas as outras constituições anteriores, "*que não contrariem a ordem pública e os bons costumes*", dilatando, portanto, sua abrangência.

5 - IGUALDADE "SEM DISTINÇÃO DE CONVICÇÕES FILOSÓFICAS OU POLÍTICAS"

A norma quer impedir discriminações em razão de ideologias diversas, resguardando a todos a oportunidade de exercício de funções públicas, garantindo a igualdade de situação de todos os candidatos na realização dos concursos públicos, vedando as informações de órgãos de segurança relativas aos oponentes políticos.

O voto igual para todos também é garantido.

6 - O PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURISDICIONAL

O princípio da igualdade jurisdicional apresenta-se sob dois prismas:

- a) como vedação ao juiz, quando da aplicação da lei, em distinguir situações iguais;
- b) como proibição ao legislador de editar normas que possibilitem dar tratamento desigual aos iguais e igual aos desiguais, eivadas, portanto, de inconstitucionalidade.

No primeiro caso, consiste em condenar a existência de júzos ou tribunais de exceção, pois só é possível vigorar as exceções de foro privilegiado expressamente previstas na Constituição, garantindo o juiz natural, plena igualdade, um tribunal independente e imparcial para o julgamento de qualquer acusação.

As Justiças Especiais (militar¹², eleitoral e do trabalho) não ofendem esse princípio, posto que foram criadas para o julgamento apropriado de determinadas matérias.

No segundo caso, condena-se a criação de situações de desigualdade em confronto concreto com outras situações iguais.

A realização da igualdade perante a Justiça depende, também, da garantia de acessibilidade a ela.

Isto porque, não se pode ignorar o fato de que as pessoas de classe baixa dificilmente têm acesso à justiça. Tanto é verdade que a Constituição, no inciso LXXIV do artigo 5º, preocupada com essa desigualdade e na flagrante tentativa de dirimi-la, dispôs que o "*Estado prestará assistência integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*".

Para melhor assegurar a igualdade perante a Justiça, cumpre ao juiz, primeiramente considerar o indivíduo caracterizado pelo grupo do qual é integrante, e, só depois disso, apreciar os critérios adotados pelo legislador.

7 - IGUALDADE PERANTE A LEI PENAL

A igualdade perante a lei penal consagra a aplicação de todo o sistema penal e suas respectivas sanções a qualquer pessoa que praticar determinada conduta tipificada como crime.

Todavia, não significa que deva ser aplicada matematicamente a mesma pena para o mesmo crime, eis que são praticados por pessoas diferentes sob as mais distintas circunstâncias. Para tanto, além das situações agravantes e atenuantes, se impõe a aplicação da regra da individualização da pena, prevista no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal.

Há, ainda, os casos de inviolabilidade e de imunidade parlamentar, porém se tratam de privilégios referentes à função exercida por alguém e não à pessoa que os desfruta.

8 - IGUALDADE PERANTE A TRIBUTAÇÃO

O princípio da igualdade tributária diz respeito à repartição do ônus fiscal da maneira mais justa possível, relacionando-se com a justiça distributiva em matéria fiscal.

Há diversas teorias para explicitar esse princípio, quais sejam, as subjetivas que englobam a do (a) princípio do benefício e a do (b) princípio do sacrifício igual, e as objetivas que convergem para o (c) princípio da capacidade contributiva.

¹²⁹Princípio da igualdade e tratamento diferenciado dos crimes na Justiça comum e militar: STF - 'PRINCÍPIO ISONÔMICO - CÓDIGO PENAL E CÓDIGO PENAL MILITAR - O tratamento diferenciado decorrente dos referidos Códigos tem justificativa constitucionalmente aceitável em face das circunstâncias peculiares relativas aos agentes e objetos jurídicos protegidos. A disparidade na disciplina do crime constituído não vulnera o princípio da igualdade' (2ª T. - Rextr. nº 115.770/RJ - rel. Min. Aldir Passarinho, Diário da Justiça, Seção 1, 21 de fev. 1992, pág. 1.967 in: "*Direitos humanos fundamentais: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*", Alexandre de Moraes, pág. 95).

- a) o *princípio do benefício* leva à tributação proporcional à propriedade ou à renda;
- b) o *princípio do sacrifício* igual estabelece que os custos em favor de alguns, devem ser por estes custeados;
- c) o *princípio da capacidade contributiva*, determinando a distribuição igualitária da carga tributária, através de uma base impositiva que seja capaz de medir a capacidade e alíquotas que igualem verdadeiramente essas cargas.

Entretanto, apenas a igualdade prevista no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal não é bastante para garantir a isonomia perante a tributação, razão pela qual foram estabelecidos outros artigos para esta finalidade.

Nesse sentido, o artigo 150, inciso II da CF/88, preleciona que "*é vedado instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão da ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos*", enquanto o artigo 145, § 1º dispõe que "*sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte*".

Embora pareçam contraditórios, pois o primeiro impede qualquer tratamento desigual, ao passo que o segundo o autoriza, ambos devem ser conjugados na tentativa de realizar de forma concreta a justiça perante a tributação¹³.

Isto porque a graduação, levando-se em conta a capacidade econômica e personalização do imposto, acarretam no agrupamento dos contribuintes em diversas classes, as quais terão entre cada uma delas um tratamento diferenciado, e, dentro delas, um mesmo tratamento.

9 - IGUALDADE "SEM DISTINÇÃO DE IDADE"

O artigo 7º, inciso XXX, da Constituição Federal, prevê a "proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil". (g.n.)

Esse dispositivo visa impedir que pessoas que exerçam a mesma função ou atividade sejam remuneradas de forma diferente, simplesmente por serem jovens ou idosas.

Todavia, há hipóteses em que devem ser feitas certas comparações, levando-se em conta a diferença entre pessoas de idades diferentes, como os menores, os adultos e os idosos. Um exemplo disso, é o limite constitucional mínimo de 14 anos para admissão ao trabalho.

¹³Igualdade tributária: TRF/3ª Região - "Embora a lei possa escolher qualquer fato, econômico ou jurídico, para fundamentar uma isenção tributária, não pode da escolha desse fato advir diferença de tributação para duas pessoas que estejam em igualdade. Propiciando o art. 6º do Decreto-lei nº 2.434/88 tal diferença, fere esse dispositivo o princípio da isonomia" (MAS nº 90.03.20695/SP - rel. juiz Grandino Rodas - 4ª t. *Diário da Justiça*, Seção II, 4 fev. 1991, p. 160, in "*Direitos humanos fundamentais: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil - doutrina e jurisprudência*", Alexandre de Moraes, pág. 98/99).

A proibição genérica de acesso a determinadas carreiras públicas em razão da idade do candidato é inconstitucional, haja vista que deverá haver uma finalidade acolhida pelo direito, justificada pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido, para que essa distinção seja legítima.

Nesse sentido, cumpre transcrever o entendimento do Supremo Tribunal Federal: "*Segundo uma interpretação harmônica dos arts. 7º, XXX, 37, I e 39, § 2º, da Constituição Federal, pode a lei, desde que o faça de modo razoável, estabelecer limites mínimo e máximo de idade para ingresso em funções, empregos e cargos públicos*".¹⁴

Portanto, como vimos, em regra, é vedado constitucionalmente estabelecer limite de idade para o ingresso em funções e cargos públicos, ressalvadas, portanto, as hipóteses admitidas em razão da natureza e das atribuições do cargo a ser preenchido.

10 - CRITÉRIOS DE ADMISSÃO PARA CONCURSO PÚBLICO

A interpretação jurisprudencial direciona-se no sentido de declarar a inconstitucionalidade de lei que estabeleça diferença no critério de admissão em razão do sexo do candidato, discrimen que só poderá ser feito em vista da ordem socioconstitucional.

Por exemplo, conforme já dito anteriormente, é perfeitamente justificável o indeferimento da inscrição de candidatas para o preenchimento de vaga no sistema carcerário masculino, bem como o indeferimento de inscrições de candidatos para a Polícia Militar Feminina.

11 - IGUALDADE ENTRE PARTICULARES

O princípio da igualdade atinge também os particulares, os quais não poderão agir de maneira discriminatória, preconceituosa ou racista, sob pena de serem responsabilizados civil e penalmente.

A igualdade, modernamente, reveste-se em autêntico direito subjetivo.

Embora no direito civil reine o princípio da autonomia da vontade, o cidadão tem o direito de não sofrer qualquer ato discriminatório por outros particulares nas mesmas situações que a lei também não possa fazê-lo. E a parte que se sentir prejudicada poderá recorrer aos auspícios do Judiciário para ver sanada esta inconstitucionalidade.

Por exemplo, na formação de clubes esportivos. É justificável e também legal que enxadristas queiram criar um clube para unificá-los, não permitindo a adesão de sócios que não se dediquem ao referido esporte.

¹⁴STF, RDA 196/103, *in* "Constituição da República Federativa do Brasil - anotada - e legislação complementar", Luís Roberto Barroso, Saraiva, 1998, pág. 9.

Contudo, na formação de um clube social, a recusa na admissão de determinada pessoa nunca poderá ser feita com base em critério discriminatório.

Principalmente os particulares que prestam uma atividade voltada para o público em geral, como um supermercado, uma farmácia, tem maior submissão ao princípio isonômico, devendo, como maior razão, tratar a todos igualmente, sem distingui-los por critérios totalmente subjetivos e desarrazoados.

12 - O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA

"O patrimônio jurídico das pessoas portadoras de deficiência se resume no cumprimento do direito à igualdade, quer apenas cuidando de resguardar a obediência à isonomia de todos diante do texto legal, evitando discriminações, quer colocando as pessoas portadoras de deficiência em situação privilegiada em relação aos demais cidadãos, benefícios perfeitamente justificados e explicados pela própria dificuldade de integração natural desse grupo de pessoas"¹⁵.

Conforme o que já fora dito anteriormente, o que torna possível os tratamentos jurídicos diversos é a "correlação lógica entre o fator de discrimen e a desequiparação protegida"¹⁶.

Desta forma, é razoável que os portadores de deficiência possam ser tratados desigualmente quando comparados às pessoas não portadoras de deficiência, sendo-lhes permitido, por exemplo, o acesso às escolas especiais, aos diferentes tratamentos de saúde de que necessitam e também ao local de trabalho protegido, benefícios estes capazes de proporcionarem seu direito à integração social.¹⁷

"A pessoa portadora de deficiência tem o direito de tornar-se saudável, ou, no mínimo, menos doente".¹⁸

Mediante contribuição à previdência, garante-se o direito de cobertura no caso de doença e invalidez. E mesmo independente de qualquer contribuição, a assistência social deverá garantir, nos termos do artigo 203, inciso V, da Constituição, "*um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei*". Tal benefício não foi, até o presente momento, colocado em prática.

¹⁵Luiz Alberto David Araujo, *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*, pág. 70.

¹⁶Celso Antonio Bandeira de Mello, ob. cit., pág. 37 e seguintes.

¹⁷"Igualdade e deficiência física: STJ - 'Não ofende a qualquer princípio jurídico ou postulado de igualdade o ato judicial que autoriza o candidato, com pequena disfunção motora, a executar a prova de datilografia em máquina elétrica'" (Ementário STJ nº 15/516 - RMS nº 5.121-0 - BA. Rel. min. William Patterson. 6ª T. Unânime, DJ, 15-4-96 in "*Direitos humanos fundamentais: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*", Alexandre de Moraes, pág. 98).

¹⁸Luiz Alberto David Araujo, ob. cit., pág. 84.

O Estado fica obrigado, nos moldes do artigo 208, inciso III, da Constituição Federal, a prestar educação especial, preferencialmente na rede regular de ensino, às pessoas portadoras de deficiência.

A Constituição Federal garante, no seu artigo 244, a adaptação de logradouros e edifícios públicos e veículos de transporte já existentes e dos futuros, possibilitando não só o acesso, como também a plena utilização dos locais acima referidos.

Desde que habilitada, a pessoa portadora de deficiência, seu contrato de trabalho deverá seguir as mesmas regras gerais desde seu início até seu término, inclusive quanto aos salários.

Em se tratando de cargos públicos, há de se observar o que a Constituição Federal estabelece em seu artigo 37, inciso VIII: "*A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão*".

Esta norma nada mais é do que a reserva de mercado para a pessoa portadora de deficiência e aplica-se não só a todos os níveis da Administração Pública (federal, estadual e municipal), mas também às Forças Armadas, consoante se observa no artigo 7º, inciso VIII. De maneira nenhuma essa regra pretende estabelecer privilégios quanto às regras de habilitação.

Esta norma precisa ser completada pelo legislador infraconstitucional, o qual fixará o percentual seguindo alguns critérios, quais sejam, o numérico, levando-se em conta o número de pessoas portadoras de deficiência habilitadas para as funções públicas existentes na população brasileira; o de admissão, pois a admissão seria a mesma para o ingresso de outras pessoas, distinguindo-se, sempre que preciso, na realização de exames médicos e físicos.

13 - DISCRIMINAÇÕES E INCONSTITUCIONALIDADE

Todas as discriminações não previstas expressamente pela Constituição Federal são inconstitucionais.

A inconstitucionalidade pode dar-se de duas formas distintas. A primeira consiste em conceder um benefício a um grupo de pessoas, discriminando as demais. Nesse caso, a declaração de sua inconstitucionalidade atingiria um direito legitimamente conferido, e extingui-lo é função que não compete aos Tribunais. Como tal ato é insuscetível de declaração genérica de inconstitucionalidade por via de ação direta, no entendimento da maioria dos juristas, a melhor solução seria a de estender o referido benefício àqueles que foram discriminados, quando o solicitarem perante o Poder Judiciário¹⁹.

A outra forma de inconstitucionalidade seria impor um ônus, um dever a um grupo de pessoas, discriminando-o em relação aos demais, em situação de igualdade.

¹⁹José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, pág. 222.

de. Caberá, no caso em tela, a declaração de inconstitucionalidade do ato discriminatório em relação a todos aqueles que o pleitearem ao Poder Judiciário, e, ainda, caberá ação direta de inconstitucionalidade por qualquer das pessoas indicadas no artigo 103, da Constituição Federal²⁰.

²⁰Idem, pág. 223.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA:

- ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. Brasília, 2ª edição, 1996, 122 páginas;
- BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil - anotada e legislação complementar*. São Paulo: Saraiva, 1998, 1.296 páginas;
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. Saraiva, 19ª edição, 1998, 499 páginas;
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil, organizada por Juarez de Oliveira*, São Paulo: Saraiva, 14ª edição, 1996;
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. Malheiros Editores, 3ª edição, 5ª Tiragem, 05-1998, 48 páginas;
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional - direitos fundamentais*. Tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2ª edição, 1993, 485 páginas;
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. Vol. 3, Atlas, 01-1997, 308 páginas;
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Malheiros Editores, 13ª edição, 1997, 816 páginas;