

O princípio da igualdade e o direito das obrigações¹

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

1. Introdução

Depois da Constituição de 1988, que explicitou princípios e cláusulas gerais na regulação da sociedade, inclusive para as relações que ocorrem em ambiente civil, surgiu no país um forte movimento de pesquisa e estudo dos reflexos dessas normas constitucionais sobre o direito privado. Expressão de um direito novo e avançado em relação aos antigos e superados preceitos da ordem civil codificada em 1916, trouxe novas vertentes e iluminou o nosso direito privado. Não se tratava de diminuir o espaço e a importância do Direito Civil, ao contrário, cuidou-se de enriquecê-lo com os novos princípios, muitos deles depois consagrados no Código de Defesa do Consumidor, no próprio Código Civil de 2002, e em leis esparsas, como a que cuida da concorrência. Destacam-se nesse trabalho a forte presença do Professor Doutor Gustavo José Mendes Tepedino e a produção de diversos juristas do Rio de Janeiro.

2. Os princípios constitucionais servem para reconstruir o direito civil².

1 Artigo escrito em homenagem ao Prof. Ricardo-César Pereira Lira, com base em palestra proferida no Congresso "O Direito no Século XXI", em 30 de março de 2007, CEPAD/IDC, Rio de Janeiro.

2 NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 138.

ções atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais, é dizer, nem toda discriminação será sancionada: apenas e tão-somente aquela que resultar em violação de direitos. Este o sentido das preleções de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: O princípio (da igualdade) não é, todavia, absoluto. As próprias constituições, ao consagrá-lo, nem por isso renegam outras disposições que estabeleçam desigualdades⁴⁷. Também assim se posicionam Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins: “*Em síntese, só se tem por lesado o princípio constitucional (da isonomia) quando o elemento discriminador não se encontre a serviços de uma finalidade acolhida pelo direito*”⁴⁸.

16. Liberdade e igualdade

São dois os postulados que sedimentam o direito constitucional moderno dos Estados democráticos: liberdade e igualdade.

A liberdade é um estado natural. O homem, ser racional, é livre para pensar. O homem somente realiza sua virtualidade com o uso da razão, e essa racionalidade é necessariamente livre. Livre pensar é só pensar, disse um nosso filósofo.

A igualdade não é da natureza, é uma exigência racional, um postulado de justiça. Hoje devemos nos preocupar mais com a igualação material do que com a igualdade formal, uma vez que o Estado Moderno conseguiu, com altos e baixos, assegurar a vigência do princípio da igualdade jurídica; falta — estamos disso cada mais afastados — implantar a igualdade substancial, garantindo a todos um mínimo de condições de sobrevivência digna.

PONTES DE MIRANDA, no seu livro *Democracia, Liberdade e Igualdade: os três caminhos*, escreve, mostrando o descompasso entre as duas realidades:

A liberdade, reconhecida a todos os indivíduos, igualiza-os nessa condição: ser livre. Porém igualdade é mais do que liberdade. Daí parecer que a tendência à igualdade se desenrola mais devagar que

47 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1967, p. 242.

48 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1, p. 7. Veja, também, SILVA JUNIOR, Hédio. O princípio de igualdade e os direitos de igualdade na Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 178, jan./mar. 2002.

a tendência à democracia e à liberdade. Democracia e liberdade são realizações no sentido da igualdade. (...) Certas desigualdades persistem, às vezes aumentam, a despeito da existência de certa liberdade e de certa democracia. (...) Assim, é possível serem livres todos os habitantes de um país e terem o direito de voto, sem que se tenham apagado certas desigualdades (e.g., diferenças de educação), inclusive desigualdades quanto a certos atos jurídicos⁴⁹.

A igualdade e a liberdade sofrem necessariamente processos corretivos. A liberdade sem concessões à igualdade é desumana, pois escraviza o homem ao homem. A igualdade sem liberdade escraviza o homem ao Estado. São dois valores diferentes que, em estado absoluto, são antinômicos, se contradizem e se agridem. O Professor Eros Roberto Grau citou Tobias Barreto: “(...) *liberdade, igualdade e fraternidade — três palavras que se espantam de estarem juntas, porque significam três coisas reciprocamente contraditórias, principalmente as duas primeiras*”⁵⁰.

Ambos os conceitos devem ser relativizados, um impondo limites ao outro, mas com efeitos diferentes: em certos casos, é preciso limitar a liberdade, para aumentar a igualdade; ou promover a igualação, para aumentar a liberdade.

O conceito de sujeito de direito mostra como essas duas idéias, sendo antinômicas, iluminam o nosso tema: quem não tem condições efetivas de ser sujeito de direito (art. 1º do Código Civil) não exerce liberdade em nenhum dos seus planos, e, portanto, não é igual. Os miseráveis não são livres nem iguais, a não ser na sua carência.

17. No direito privado, a igualdade pode funcionar como um princípio limitador.

Encontra-se, no princípio da igualdade, uma das idéias principais do constitucionalismo moderno, a fonte primária legitimadora das restrições aos direitos fundamentais, uma vez que a convivência harmônica de diversas posições individuais e coletivas pressupõe o

49 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1945, p. 450.

50 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 25.

gozo racional impeditivo do aniquilamento dos direitos a cada um assegurados⁵¹.

Isto é, o pleno gozo de direitos fundamentais — como a liberdade, por exemplo, — pode levar à opressão da outra pessoa, colocada em posição de desigualdade, desprotegida contra quem, usando de sua liberdade, alcançar posição mais benéfica na relação. Por isso, restringe-se a liberdade para preservar, tanto quanto possível, uma situação de igualdade.

O critério para essa limitação não deve ser apenas formal, mas material:

No terreno das restrições às liberdades constitucionais, porém, essa exigência de igualdade (de todos perante a lei) não deve ser apenas tomada no sentido formal que acaba de ser lembrado. Ela implica, também, a necessária *equanimidade* dos efeitos legais; vale dizer, o tratamento de acordo com as *reais condições* de situação econômica de suas respectivas categorias (...). No regime de ordenação da atividade econômica, próprio da CF 1988, o princípio da igualdade é sempre relativo, tendo em vista as preferências nela declaradas. Assim é que o Estado tem o dever de atuar de forma diferenciada entre as regiões geoeconômicas e as classes sociais, a fim de cumprir o princípio de redução das desigualdades existentes⁵².

Há um chão constituído dos direitos fundamentais, e paredes, que impõem limites⁵³. A liberdade e a autonomia privada, por exemplo, podem ser limitadas por uma exigência do princípio da igualdade. O abuso do poder econômico e a estipulação de cláusulas contratuais abusivas podem exigir medidas de contenção, limitativas de alguns direitos igualmente fundamentais, mas que devem ceder passo a outros valores.

51 SHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 67.

52 COMPARATO, Fábio Konder. Regime constitucional do controle de preços no mercado. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 24, n. 97, p. 25-26, jan./mar. 1991.

53 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 237.

PERELMAN admite:

Quando as relações são econômica e socialmente desiguais, a liberdade conduz à opressão do mais fraco; buscar-se-á protegê-lo com leis imperativas, que limitam o campo de liberdade contratual: passar-se-á do regime de “autonomia da vontade” para determinação de um estatuto do trabalhador elaborado no século XX por esse ramo essencial do direito social que recebeu o nome de direito do trabalho (...). Uma legislação social cada vez mais complexa será elaborada em todos os países desenvolvidos com o intuito de evitar o abuso do poder econômico. As concepções funcionais do direito limitarão todos os direitos individualistas, mais especialmente o direito de propriedade, graças à teoria do abuso de direito, que deixa de proteger os direitos de que os indivíduos dispõem quando estes não são exercidos conformemente ao bem comum, ao interesse geral⁵⁴.

18. É inçada de dificuldades a questão das restrições à liberdade negocial em razão do princípio da igualdade. É que a intervenção na relação obrigacional, para estabelecer ou restabelecer a igualdade, defronta-se com o princípio da autonomia privada. Em alguns casos, estão legitimadas as intervenções no interno da função do contrato, em razão do interesse público, que justifica uma intervenção de igualação, de que dá exemplos PERLINGIERI: locação para uso residencial, constituição de sociedade cooperativa, contrato de transporte público de pessoas e mútuo para habitação⁵⁵.

Ocorre que a autonomia privada tem um núcleo irredutível.

Num plano diametralmente diverso se situa os casos em que os direitos fundamentais não podem aspirar a uma força conformadora de relações privadas, dado que isso significaria um confisco substancial da autonomia pessoal. É difícil, por exemplo, argumentar com o princípio da igualdade ou proibição de não discriminação no caso de um pai que favorece um filho em relação ao

54 PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Revisão da tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 221-222.

55 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 288.

outro, através da concessão da quota disponível, ou de um senhorio que promove ação de despejo por falta de pagamento de renda, mas abdica desse direito em relação a outro inquilino, nas mesmas circunstâncias, pelo fato de ser este das mesmas convicções políticas⁵⁶.

19. Ainda deve ser ponderado que nas relações de direito privado pode ser identificada uma espécie de igualdade distributiva.

Como sabemos, justiça distributiva consiste na repartição estatal de honras e ônus, dando a cada um o que é seu, segundo situações objetivas de mérito e de trabalho. Justiça comutativa está presente nas relações de direito privado, regulamentando o intercâmbio e procurando assegurar que as coisas permutadas sejam equivalentes.

Na relação de direito privado, não há ligação só horizontal, muitas vezes é vertical a que se estabelece entre indivíduos e organizações. Quando se pensa em direito privado, a idéia que ocorre é a da justiça comutativa, da igualdade entre as pessoas que se relacionam em um plano horizontal. Acontece que hoje há uma realidade sócio-econômica que amplia o paradigma tradicional do direito privado. Abre-se uma porta que excede a visão horizontal do conflito entre duas pessoas, para registrar a presença também de relações verticais, entre o indivíduo e grandes corporações⁵⁷.

Também é distributiva (vertical) a relação que se expressa na responsabilidade civil, que muitas vezes leva em consideração fatores sociais para a definição dos valores indenizatórios, como acontece no acidente no trabalho. LORENZETTI dá o exemplo: o aumento da pensão da aposentadoria privada é deferido de acordo com o impacto no restante do sistema; a imputação da responsabilidade atende aos critérios de fracionamento e difusão de custos, o que é distributivo.

20. A incidência imediata do princípio da igualdade nas relações contratuais.

Respeitáveis doutrinadores não admitem a eficácia imediata dos preceitos constitucionais sobre a relação horizontal entre os cidadãos.

56 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 1293-1294.

57 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. Tradução de Véra Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 237.

Para PERLINGIERI, o princípio da igualdade não pode ser aplicado imediatamente à relação de direito privado, devendo ser harmonizado e compatibilizado com o inteiro sistema normativo. Na interpretação, contribuiria para individuar o conteúdo específico que devem assumir as cláusulas gerais: da equidade, da lealdade, do estado de necessidade, da lesão, da boa-fé e da função social da propriedade. Na valoração das cláusulas contratuais, deve ser considerado primeiramente o respeito à igualdade, para se saber se são dignas de proteção⁵⁸.

A melhor orientação, porém, indica outra solução. Devemos admitir a eficácia imediata dos princípios constitucionais sobre as relações de direito privado, ainda que sem a intermediação de lei ordinária. A solução dos conflitos que decorrem dessa colisão deverá ser encontrada com a técnica própria que nos veio da doutrina e da jurisprudência germânicas.

O constitucionalismo contemporâneo corrobora a tendência irresistível “*que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições*”⁵⁹.

Não se compreenderiam uma sociedade e uma ordem jurídica em que o respeito da dignidade e da autonomia da pessoa fosse procurado apenas nas relações com o estado e deixasse de o ser nas relações das pessoas entre si. Não basta, pois, limitar o poder político; é preciso também assegurar o respeito das liberdades de cada pessoa pelas demais pessoas. Tudo está em saber de que maneira⁶⁰.

21. O problema da igualdade no contrato

No contrato, o princípio da igualdade formal — da igualdade frente à lei — consagrou verdadeiras desigualdades, na medida em que as

58 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 49.

59 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 286.

60 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2000, t. 4, p. 325.

partes dispunham de diferentes condições de manifestação da vontade e de conformação do contrato.

Só mais recentemente, tem sido realçada a importância de se garantir no contrato uma posição de igualdade, ainda que relativa, entre os participantes, surgindo legislação, orientações jurisprudenciais e produção doutrinária em todo o mundo para enfatizar o aspecto da justiça do contrato, de que é exemplo a lição forte de GHESTIN⁶¹ (é nulo o contrato injusto), fortalecendo-se a idéia da necessidade de ser alcançada ou mantida a equivalência das prestações, nos contratos comutativos.

Por ser o contrato instrumento valioso para o convívio social, verdadeiro instrumento de política econômica, se faz cada vez mais presente a ação do Estado sobre os contratos⁶². Daí a maior influência estatal na liberdade de contratar, de que são exemplos os contratos necessários, os obrigatórios, a estipulação legal ou administrativa de cláusulas exigidas ou proibidas pela lei, etc.

Isso se explica, porque a desigualdade dos agentes econômicos é a característica de uma ordem econômica fundada na livre iniciativa, que se processa por meio da livre concorrência.

O problema básico da igualdade nas obrigações está em garantir o máximo de benefício aos mais fracos, aos menos favorecidos da sociedade, ao débil na relação negocial, com o mínimo de restrição aos demais. Partindo do pressuposto de que há a desigualdade entre as partes, essa desigualdade pode ser mantida, desde que: tenha sido assegurada a posição inicial de igualdade, que a desigualdade resultante não seja discriminatória, que se tenha assegurado o máximo de benefício ao mais fraco, com o mínimo de limitação ao co-contratante.

22. A equivalência das prestações é um postulado que decorre do respeito ao princípio da igualdade. Porém, equivalência não significa que as prestações devam ser iguais. “*A justiça de intercâmbio que entra aí em jogo não exige igualdade dos objetos — não se costuma intercambiar o igual — mas igualdade valorativa (equivalência) das prestações*”⁶³.

61 GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil: la formation du contrat*. 3e éd. Paris: LGDJ, 1993.

62 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 95.

63 ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio. *La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual*. Madrid: Montecorvo, 1978, p. 11.

Podemos arrolar como efeitos do princípio da equivalência: a regra sobre cumprimento simultâneo; a indenização pela mora; a exceção de não cumprimento; a onerosidade excessiva; o abuso de direito; o enriquecimento sem causa e a revisão do valor da prestação. Essas disposições partem do pressuposto de que a situação das partes deve ser equilibrada; não sendo assim, a lei dispõe sobre os seus efeitos.

23. No contrato sinalagmático ou bilateral, as prestações são correspectivas, havendo entre elas reciprocidade. Nessa situação, é preciso distinguir entre o que é exigência do sinalagma e o que decorre do princípio da igualdade. O equilíbrio sinalagmático entre as duas partes se dá e se satisfaz na medida em que essa reciprocidade é cumprida. A questão da equivalência, decorrente do princípio da igualdade, se dá em outro nível, mais acima: havendo a prestação correspectiva, isto é, satisfeita a bilateralidade, cumpre examinar se essa prestação satisfaz a exigência de igualdade relativa entre as prestações, ou seja, a equivalência. Se não houver a prestação, não se concretiza o sinalagma; se a prestação for insuficiente, não há a equivalência e, aí, é ferido o princípio da igualdade.

24. A equivalência de bens se apresenta como uma exigência de justiça, da justiça comutativa.

O que é essencial no contrato, segundo o direito objetivo, é a satisfação das necessidades que ele permite realizar e sua conformidade à justiça comutativa. Isso importa que cada uma das partes receba o equivalente do que ela dá⁶⁴.

25. A questão da equivalência está aludida com mais frequência na revisão do contrato por alteração das circunstâncias, embora “*não é função do direito velar pela equivalência objetiva das prestações estabelecidas pelos contratantes, pois precisamente se trata de facilitar o tráfico patrimonial, o qual ficaria virtualmente congelado se tal requisito fosse exigido. O tráfico se encontra dominado por estimativas pessoais dos interessados. Estimativas nunca sujeitas a regras fixas e invariáveis, mas a circunstâncias diversas, concretas e mutáveis*”⁶⁵. E o

64 GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil: la formation du contrat*. 3e éd. Paris: LGDJ, 1993, p. 229, par. 253.

65 LOPEZ JACOISTE, José Javier. Sobre la aporía de la equivalencia contractual. In: *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*. Madrid: Tecnos, 1976. v. 2, p. 836.

jurista dá a solução que lhe parece adequada: “*esse mesmo caráter aporético da equivalência objetiva determina iniludível deslocamento metodológico das exigências quantitativas de onerosidade contratual até o terreno do razoável*”⁶⁶.

26. A desigualdade pode se estabelecer também entre profissionais. GHESTIN relaciona o agricultor integrado, o concessionário, o franqueado, o subcontratante, que participam da atividade do seu contratante e se colocam em uma situação de subordinação de fato. Conclui: “*Vê-se, pois, que as relações entre profissionais podem igualmente apresentar um caráter de profunda desigualdade, assim como podem existir entre profanos e profissionais*”⁶⁷.

27. O conceito de causa não interfere de modo imediato com o princípio da igualdade.

Embora DÍEZ-PICAZO entenda que o equilíbrio das prestações é uma das possíveis questões relacionadas com a figura da causa⁶⁸, na verdade, o problema da igualdade e do princípio que dela deriva (o da equivalência) não se confunde com o da causa.

Causa é “*le pourquoi de l’obligation*”; é o que a explica, e pode ter dois sentidos diferentes: (1) pode ser a causa eficiente, isto é, o fato gerador da obrigação (transferência material de valor de um patrimônio a outro); é de natureza objetiva, ou pode ser (2) a causa final, isto é, o fim perseguido pelo que contrata; é de natureza subjetiva (o fim perseguido pelo comprador é o de receber a coisa, e este fim está presente em todo o contrato de compra e venda)⁶⁹.

STARCK, ROLAND e BOYER dão o exemplo: uma pessoa compra um imóvel e se obriga a pagar o preço. O objeto da sua obrigação é fácil de identificar: é o preço que ele se obrigou a pagar. Por que o comprador se obrigou a pagar o preço? Porque o vendedor se obrigou a lhe transferir a propriedade do imóvel. A causa da obrigação do comprador (pagar o preço) não é outra senão a obrigação do vendedor (transferir a propriedade). Mas se pode ir mais longe, e perguntar por

66 LOPEZ JACOISTE, José Javier. Sobre la aporía de la equivalencia contractual. In: *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*. Madrid: Tecnos, 1976. v. 2, p. 858.

67 GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil: la formation du contrat*. 3e éd. Paris: LGDJ, 1993, p. 52, par. 76.

68 DÍEZ-PICASO, Luis. *El negocio jurídico*, p. 186.

69 GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil: la formation du contrat*. 3e éd. Paris: LGDJ, 1993, p. 819.

que o comprador assumiu essa sua obrigação e obteve o compromisso do vendedor. Posso dizer que ele assim contratou, porque espera que o vendedor cumpra a sua obrigação. E ainda posso continuar procurando as razões: por que pretende ele adquirir, qual o fim ou o destino, etc. Até onde ir?

A doutrina clássica responde a essa questão: a causa a que deve atender o juiz é somente o primeiro fim, o fim imediato da obrigação, porque só ele se pode conhecer com certeza. Todas as outras razões não são senão motivos, mais ou menos distantes⁷⁰.

Para que exista a causa, no contrato comutativo, é preciso que haja uma contrapartida real, o deslocamento de um bem de um patrimônio a outro. Para que falte a causa, “é preciso uma falta total de contrapartida. Isso está longe da exigência da equivalência das prestações”⁷¹.

Na verdade, a questão da equivalência das prestações somente se põe se o contrato tiver causa. Se nada foi previsto como contraprestação, não há contrato sinalagmático. Se houve a contraprestação, sendo ela insuficiente ou não-equivalente, somente aí se põe o tema da equivalência, e, por consequência, o da igualdade entre as partes.

28. É preciso ponderar os efeitos da quebra da igualdade em relação às partes, e ainda em relação a terceiros. A falta de equivalência em um contrato — que uma vez celebrado entra no mundo fático — pode ter reflexos sobre terceiros também.

29. Deve-se usar o princípio da proporcionalidade para superar a desigualdade ou para discriminar.

É corrente a associação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio⁷²; pode-se mesmo dizer ser ele corolário do Estado de Direito. Para evitar o arbítrio na avaliação das situações, tem sido observada nos Estados democráticos a tendência ao uso do princípio da proporcionalidade para orientar a ação do legislador ou do aplicador; a invocação da igualdade para manter ou alterar uma certa situação deve corresponder ao princípio da proporcionalidade.

70 STARCK, Boris; ROLAND, Henri; BOYER, Laurent. *Obligations: contrat*. 5e éd. Paris: Litec, 1995. v. 2, p. 309.

71 GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil: la formation du contrat*. 3e éd. Paris: LGDJ, 1993, p. 945.

72 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 153.

É que, para produzir a igualação ou atribuir preferências (gerando a desigualdade), são impostas restrições a direitos. Essas restrições devem ser sempre proporcionais aos fins visados.

O princípio da proporcionalidade serve para estabelecer uma relação adequada entre os fins e os meios de que se dispõe; institui a relação entre esses dois pontos, confrontando o fim e o fundamento da intervenção com os efeitos desta, tornando possível o controle do excesso.

Há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência do arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e/ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente⁷³.

São três os elementos do princípio da proporcionalidade: a) pertinência ou aptidão, para aferir se determinada medida representa o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público; b) a necessidade, segundo a qual a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que almeja; uma medida, para ser admissível, deve ser necessária. De todas as medidas que servem à obtenção de um fim, cumpre eleger a menos nociva aos interesses do cidadão. É a escolha do meio mais suave. Sobre esses dois elementos (a e b), discorreu George Ress, citado por BONAVIDES: *“O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado, quando, com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental”*⁷⁴; c) a proporcionalidade em sentido estrito (*stricto sensu*), mandamento de ponderação e avaliação, uma vez que a escolha deve ser feita atendendo à situação existente e a que resultará da implantação da medida adotada a título de garantia da igualdade, avaliação a ser feita à luz dos valores em causa, com a estipulação daquele que, em juízo razoável, deve fundamentar a adoção da medi-

73 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 393.

74 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 409-410.

da, com restrição aos demais. Essa última ponderação é a mais difícil de ser feita, embora nunca afastada de dados concretos e objetivos, a fim de que o próprio juízo de proporcionalidade não se constitua em uma solução arbitrária. A proporcionalidade será aferida depois de verificada a adequação e a necessidade, tendo em vista o dano a ser causado e a vantagem decorrente, o que deve ser feito atendendo aos aspectos relevantes, sociais, econômicos, jurídicos, morais, etc., submetendo esse julgamento aos fins últimos do Estado, que, a meu juízo, estão presos à idéia de Justiça.

O legislador pode estabelecer limitações aos direitos fundamentais da liberdade e da igualdade para realizar certos valores admitidos pelo ordenamento constitucional. Assim, pode restringir a liberdade de mercado de uns, para manter o princípio da livre concorrência de outros, como acontece com as disposições da lei sobre livre concorrência (Lei 8.884/94); pode conceder benefícios materiais a outros, para garantir a igualação entre os contratantes (Lei 8.078/91 — Código de Proteção e Defesa do Consumidor), etc. Para essa intervenção no âmbito dos direitos fundamentais, deve o legislador cumprir com os ditames do princípio da proporcionalidade; a desatenção implicará a inconstitucionalidade da medida.

Especificamente no que diz com o princípio da igualdade, o legislador pode discriminar em favor de uma categoria quando isso for apto, necessário e proporcionado ao fim a que se almeja, para realizar um fim constitucionalmente valorado. Assim, as discriminações que são feitas em razão do sexo, da altura, da idade, etc. (limite de peso para certa atividade, limite de idade para concurso), desde que atendam à proporcionalidade exigida para o caso. Também, quando restringe direitos de alguns para implantar a igualação das pessoas em determinadas situações, como acontece no mercado de bens e valores, ou nas relações de consumo. As limitações impostas devem ser adequadas, necessárias e proporcionadas.

30. Ações afirmativas

Não basta o Estado se abster de discriminar, de tratar desigualmente, faz-se mister que o Estado atue positivamente, visando à redução das desigualdades sociais⁷⁵.

75 CLÈVE, Clèmerson Merlin; RECK, Melina Brecknfeld. As ações afirmativas e a efetivação do princípio constitucional da igualdade. *A & C: revista de*