

Essas categorias, incluem informações sobre grupos que determinam a percepção do agente social que os considera a partir dos mesmos.⁵⁵ Tendo sido o comportamento assimilado a uma ou mais dessas categorias, ele permanece armazenado na memória, a partir da qual pode ser subsequentemente acessado, para realizar futuras inferências e previsões sobre os indivíduos. Essas inferências normalmente têm por base o julgamento sobre a categoria que se encontra mais acessível no momento em que a informação é recebida.⁵⁶

- 55 HIGGINS, E. Tory; KING, Gillian. Accessibility of Social Constructs: Information-Processing Consequences of Individual and Contextual Variability. In: CANTOR, N.; KIHLSSTROM, J. F. (Eds.). *Personality, cognition, and social interaction*. Nova Jersey: L. Erlbaum Associates, 1969. p. 71-72.
- 56 NEUBERG, Stephen L. Behavioral Implications of Information Presented Outside of Conscious Awareness: The Effect of Subliminal Presentation of Trait Information on Behavior in the Prisoner's Dilemma Game. *Social Cognition*. v. 6, n. 2, p. 207-208, 1988.

DISCRIMINAÇÃO COMO CATEGORIA JURÍDICA

4

Vimos no primeiro capítulo que o conceito de discriminação tem um significado especial dentro do Direito. Ele indica que alguém sofre algum tipo de desvantagem a partir de categorias proscritas por normas jurídicas. Isso significa que nossas leis devem proteger certas características porque são constantemente utilizadas para excluir indivíduos e impedir o reconhecimento deles como seres capazes de atuar de forma competente na vida social. Depreendemos disso que representações abstratas dos seres humanos dificultam o reconhecimento das implicações das desvantagens nas vidas de pessoas que estão situadas dentro de relações desiguais de poder. A igualdade só pode ser um princípio jurídico eficaz na medida em que as instituições sociais identificam os processos responsáveis por diferentes formas de discriminação. A criação de parâmetros especiais de proteção jurídica está relacionada com um aspecto importante da evolução do constitucionalismo: o processo de categorização do direito. Ele tornou possível a maior proteção de grupos sociais porque a igualdade passou a ser interpretada a partir da existência concreta das pessoas. Os princípios da universalidade e da generalidade, elementos que refletiam o caráter abstrato da representação dos seres humanos, começaram a ser relativizados na medida em que normas jurídicas foram criadas para proteger grupos de indivíduos. Este capítulo aborda então um tema importante para a compreensão da discriminação: a forma como o ideal antidiscriminatório permitiu maior proteção de grupos sociais vulneráveis.

1. *A igualdade formal e a representação abstrata do sujeito humano*

O conceito de igualdade está diretamente relacionado com as representações dos seres humanos dentro do discurso jurídico. O reconhecimento do ser humano como centro do universo inteligível teve implicações consideráveis para o pensamento jurídico moderno. Representado como um indivíduo racional capaz de estabelecer a sua própria norma de conduta, o indivíduo adquire o *status* de princípio fundamental do pensamento político e jurídico. Teorias modernas sobre

a sociedade e sobre o Estado utilizarão essa representação dos seres humanos para estabelecer os pressupostos de uma democracia liberal, primeira manifestação do Estado de direito. Pode-se construir uma sociedade baseada em leis universais e abstratas a partir da premissa de que todos as pessoas possuem uma identidade comum como cidadãos. A faculdade racional de todos os membros da comunidade política permite que eles desenvolvam uma consciência moral universal, o que os tornam capazes de construir uma organização social baseada em leis que expressam a própria racionalidade humana.⁵⁷ A identidade comum de todos os cidadãos engendra uma identidade de direitos e a rejeição de quaisquer privilégios injustos em nome de um princípio geral da igualdade. Como todas as pessoas têm os mesmos direitos, elas devem ser igualmente protegidas, posição que rejeita o tratamento arbitrário entre os cidadãos, o que era característico dos regimes políticos anteriores. A ideologia individualista toma a identidade comum de todos os indivíduos em um elemento central para a universalização dos direitos fundamentais. Um processo dessa natureza requer a homogeneização social a partir da compreensão dos seres humanos como entes abstratos, representados pela figura do sujeito de direito. Essa ideologia estava fundada na negação de que as diferenças de *status* social tenham relevância jurídica, pois o reconhecimento delas não teria lugar no processo de construção de uma sociedade que almejava a uniformização do tratamento jurídico entre as pessoas.⁵⁸

Estabelece-se aqui uma correlação direta entre direitos fundamentais e o princípio democrático. Os direitos fundamentais só podem existir dentro de uma sociedade pautada pela igualdade política e jurídica entre os indivíduos. As teorias democráticas modernas tomaram as noções de autonomia pública e autonomia privada como princípios centrais da organização política. Essas duas esferas da existência estão diretamente relacionadas porque a autonomia pública serve de suporte para a autonomia privada, instâncias da existência humana protegida pela relação necessária entre os direitos fundamentais e o princípio democrático.⁵⁹ O ideal universalista, assentado na noção de identidade comum entre todos os indivíduos, parte das regras de direito que governa a sociedade,

57 HEARSCHER, Guy. *Filosofia dos direitos do homem*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. p. 18-27.

58 ATTAL-GALLY, Yael. *Droits de l'homme et categories d'individus*. Paris: LGDJ, 2003. p. 4.

59 BURDEAU, George. *Droit Constitutionnel et institutions politiques*. Paris: LGDJ, 1974. p. 77-86.

o que possibilita a construção do indivíduo racional como centro do universo político e jurídico.⁶⁰

Essa representação dos seres humanos está relacionada com alguns processos importantes da cultura jurídica moderna. Presencia-se nesse período histórico a emergência da noção de direitos subjetivos, conceito decorrente da afirmação de que o direito é uma qualidade moral das pessoas. Sendo faculdades individuais, os direitos subjetivos permitem que as pessoas gozem da liberdade individual. Essa nova concepção de direito torna possível o reconhecimento do poder de exigir que as instituições estatais reconheçam e garantam o exercício da sua liberdade.⁶¹ O conceito de direito subjetivo está igualmente ligado à noção de pessoa, uma representação dos seres humanos que também possui um caráter jurídico. Esse conceito designa o *status* dos indivíduos dentro de uma comunidade política, indicando que essa comunidade os reconhece como sujeitos possuidores de direitos e também como indivíduos passíveis de imputação jurídica. Assistimos, na modernidade, uma convergência da categoria de pessoa com a noção de ser moral, processo operado pela percepção de que o indivíduo é também uma unidade psicológica. Além de indicar a existência de um ser detentor de uma personalidade jurídica, o conceito de pessoa designa um ente que possui uma consciência racional, o que o torna capaz de agir moralmente.⁶² O conceito de sujeito de direito contém, assim, dois polos. Primeiro é a afirmação de que o sujeito humano é uma realidade psicológica cujo espaço de ação requer a proteção da autonomia privada. Mas ele também é um cidadão, um ser que possui um *status* jurídico e político cuja liberdade está protegida pela autonomia pública.⁶³

Mas a noção de sujeito de direito decorre também da transposição da concepção do homem no discurso filosófico para o discurso jurídico. Sua representação metafísica permite a construção de uma imagem genérica dos seres humanos enquanto seres racionais possuem direitos e obrigações. A noção de sujeito de direito designa assim um ser abstratamente considerado, uma categoria fundada na concepção moral dos indivíduos que possuem faculdades traduzidas na forma de direitos

60 ATTAL-GALY, Yael, *op. cit.*, p. 6.

61 ZARKA, Yves Charles. L'invention du sujet du droit. *Archives de Philosophie*. v. 60, n. 4, p. 533-537, 1997.

62 LACHANCE, George. *Le droit et les droits de l'homme*. Paris: PUF, 1954, p. 147-155.

63 ZARKA, Yves Charles, *op. cit.*, p. 533-537.

e deveres. Tal representação do homem abre espaço para o reconhecimento de uma intersubjetividade jurídica, pois a noção de direito como uma faculdade pessoal permite a extensão do *status* jurídico a todos os indivíduos. Essa construção de uma subjetividade jurídica fundada na ideia de uma racionalidade universal torna possível a construção de uma organização social baseada em normas que expressam a racionalidade humana. Então vemos que a lei surge como um ato de vontade e de razão, permitindo a equiparação de todos os membros da sociedade ao criar uma representação exterior ao indivíduo.⁶⁴

O conceito de igualdade formal decorre diretamente da representação racional do sujeito humano, racionalidade que também está expressa nas normas jurídicas, produto do acordo entre indivíduos igualmente. A criação de normas gerais que reconhecem todos os membros da comunidade política como sujeitos de direito permite o tratamento isonômico entre todas as pessoas, eliminando-se assim aquelas distinções baseadas em critérios ilegítimos. A generalidade das normas permite o respeito da igualdade formal entre os cidadãos, o que transforma a noção de igualdade em um critério fundamental de legitimação da ordem política. Pode-se assim falar do homem como um sujeito jurídico quando se leva em consideração essa estrutura racional que caracteriza todos os indivíduos, o que permite um processo de codificação das normas jurídicas fundado no pressuposto da liberdade como um direito fundamental de todas as pessoas. Esse processo revela a relação entre a noção de igualdade formal e a representação de subjetividade dominante nesse período histórico. O conceito de igualdade torna-se então o pressuposto de leis gerais e abstratas válidas porque são produto da vontade política de indivíduos igualmente racionais.⁶⁵

Nosso texto constitucional incorpora duas concepções de igualdade: a *igualdade formal* e a *igualdade material*. O princípio da *igualdade formal* pode ser definido como a exigência de que as normas jurídicas sejam uniformemente aplicadas a todos os membros da comunidade política. Parte-se do pressuposto de que elas devem ser gerais e abstratas, eliminando-se assim quaisquer tipificações que estabeleçam consequências jurídicas arbitrárias. Reconhece-se que as pessoas são faticamente diferentes em vários aspectos, mas muitas dessas diferenças não podem ser levadas em consideração porque são irrelevantes para o exercício de direitos.

64 AMATO, Salvatore. *Il soggetto e Il soggetto di diritto*. Torino: Giapichelli, 1990. p. 51-67.

65 *Idem*, p. 53-55.

O princípio da igualdade possui uma natureza relacional porque procura garantir tratamento isonômico entre pessoas que possuem características comuns, não se fundamentando em uma relação de identidade absoluta entre indivíduos ou situações. Isso significa que esse princípio procura estabelecer uma equiparação de pessoas ou de situações que possuem as mesmas características sobre as quais incidem uma regulação jurídica. Tais considerações demonstram que o princípio da igualdade formal demanda o tratamento igualitário de pessoas que estão igualmente situadas.

Baseado nos princípios do liberalismo moderno, o princípio da igualdade formal requer então a aplicação uniforme das normas jurídicas. Como todos os seres humanos são igualmente livres, as diferenciações que não estejam baseadas nesse dado fundamental devem ser eliminadas. O tratamento igualitário entre todos os membros da comunidade política pelas instituições estatais presume também uma identidade de procedimento, o que demonstra a correlação íntima entre o princípio da igualdade e o princípio do Estado de Direito. O tratamento igualitário entre os indivíduos só pode existir em uma sociedade na qual as instituições estatais atuam de acordo com as normas jurídicas que representam os interesses da sociedade como um todo.⁶⁶

O princípio constitucional da igualdade formal também está baseada nos pressupostos da generalidade e da universalidade. A exigência da generalidade incorpora um preceito do direito natural moderno segundo o qual as leis devem ter um caráter impessoal e universal. As normas jurídicas podem estabelecer tratamento diferenciado entre os indivíduos, mas tal tratamento deve levar em consideração apenas as diferenças relevantes entre eles. A aplicação uniforme das leis surge então como um requisito para a proteção da liberdade de todos os cidadãos, porque impede a utilização de categorias que estabelecem tratamento discriminatório. O sistema jurídico nos períodos históricos anteriores estabelecia tratamento diferenciado entre classes de pessoas, legitimando privilégios sociais. Por isso, as leis devem ser dirigidas à generalidade dos indivíduos nessa nova ordem social baseada no pressuposto de que todos eles estão igualmente submetidos a elas. O requisito da generalidade incorpora a ideia de que as normas jurídicas têm como função principal a consecução de interesses comuns de todos os cidadãos, sendo então mecanismos de limitação do poder estatal ao excluir diferenciações legislativas ilegítimas. As diferenciações presentes nas normas jurídicas

66 PECES-BARBAR MARTINEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995. p. 284-289.

devem ser adequadamente justificadas, tendo em vista os pressupostos que norteiam o princípio da igualdade formal.⁶⁷ Tal exigência está diretamente relacionada com as noções de legalidade e segurança jurídica, esses princípios estão baseados na ideia de que todos os cidadãos e todos os órgãos do poder público estão igualmente submetidos à lei. Surgindo como uma reação a uma ordem política fundamentada em uma série de privilégios sociais, o princípio da generalidade procura eliminar aquelas normas construídas para estabelecer consequências jurídicas arbitrárias.⁶⁸

O princípio da igualdade formal encerra uma noção de justiça calçada na premissa de que indivíduos similarmente situados devem ser tratados de forma similar. Dessa forma, o princípio da igualdade deve levar em consideração a diversidade entre os indivíduos, mas também deve reconhecer o mesmo valor de todos eles perante a lei. O princípio da igualdade formal está baseado em uma concepção de justiça de caráter instrumental porque parte do pressuposto da uniformidade de tratamento. Quaisquer diferenciações entre classes de pessoas devem ser adequadamente justificadas, sendo que a norma em questão deve ser uniformemente aplicada a todos os membros daquela classe. O tratamento desigual de pessoas igualmente situadas é arbitrário porque estabelece consequências jurídicas diversas a pessoas que estão na mesma situação ou que possuem traços comuns.⁶⁹

O princípio da igualdade formal, visto como elemento organizador das relações entre os indivíduos, pressupõe a existência de uma organização estatal regulada por normas jurídicas legítimas. Esse princípio constitucional só pode existir dentro de uma realidade social na qual o poder estatal está submetido às leis. A igualdade jurídica dentro desse paradigma é então um elemento fundamental do Estado de Direito, um princípio que estrutura a relação entre os indivíduos e as instituições estatais. O conceito de Estado de Direito pode ser definido como uma organização estatal baseada na democracia, o que pressupõe a criação das normas jurídicas pela intervenção ou representação dos governados,

67 PIZA ROCAFORT, Rodolfo. *Igualdad de derechos: isonomía y no discriminación*. San José [Costa Rica]: Universidad Autónoma de Centro América, 1997. p. 50-59.

68 PEREZ-LUNO, Antônio Henrique. El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales. *Anuario de Derechos Humanos*. v. 1, n. 1, p. 262-263, 1981.

69 BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediuoro, 1996. p. 11-15.

normas que são parâmetro e limitação do poder estatal. Tal princípio está fundamentado na premissa de que o poder estatal deve ser regulado pelo Direito, um sistema de normas que tem como função central a garantia da liberdade e da igualdade entre os indivíduos.⁷⁰

O conceito de igualdade perante a lei também pressupõe uma exigência de equiparação. Se a exigência da generalidade das leis está fundamentada na proposição de que as normas devem ser dirigidas a todos as pessoas, a noção de equiparação implica a desconsideração das diferenças entre indivíduos que são irrelevantes para o exercício de direitos. Mais uma vez, o princípio de equiparação constitui uma garantia diante de qualquer forma de discriminação, pois requer tratamento igualitário entre pessoas que podem ser diferenças no plano fático, mas que possuem o mesmo *status* como sujeitos de direito. O sistema jurídico deve então tratar as pessoas de forma abstrata, requisito necessário para o processo de universalização dos direitos fundamentais. A exigência de equiparação refere-se então ao preceito de que todos os seres humanos devem ser considerados abstratamente iguais porque o sistema jurídico atribui o mesmo *status* jurídico a todos os membros da comunidade política.

Devemos observar que a exigência de equiparação está diretamente relacionada com a noção de identidade de procedimento. O princípio da igualdade jurídica também requer a aplicação das mesmas regras procedimentais a todos os cidadãos nas mesmas situações. A igualdade de procedimento é uma forma de legitimação do ordenamento jurídico, pois regula as várias situações de forma imparcial. Isso significa que todas as diferenças devem ser ignoradas, exceto quando elas possuem uma relevância real para a solução do problema jurídico em questão. Procura-se aplicar as mesmas regras jurídicas a todos os indivíduos que se encontram em situações semelhantes, a aplicação delas às diferentes situações promove a igualdade porque afirma a natureza procedimental desse princípio.⁷¹

Esses aspectos da igualdade formal sugerem a existência de outra dimensão fundamental desse princípio que adquire uma função de importância fundamental no constitucionalismo liberal. Todos eles demonstram que o princípio da igualdade está diretamente ligado à ideia

70 VANOSSI, José Reinaldo. *El estado de derecho nel constitucionalismo social*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1982. p. 44-46.

71 PEREZ-LUNO, Antônio Enrique. El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales. *Anuario de Derechos Humanos*. v. 1, n. 1, p. 265-271, 1981.

de racionalidade. Esse conceito impõe a necessidade de justificação dos atos estatais, o que só pode ser alcançado a partir da consideração dos princípios que regulam o sistema jurídico. O princípio da igualdade jurídica não é uma exigência absoluta de tratamento igualitário entre todas as pessoas. Os seres humanos possuem características comuns e também traços que os distinguem um dos outros. O princípio da igualdade não impede que as instituições estatais estabeleçam tratamento diferenciado entre as pessoas. As instituições estatais não podem tratar pessoas igualmente situadas de forma desigual, nem podem deixar de aplicar as mesmas regras procedimentais às mesmas situações. Como os atos governamentais estão necessariamente regulados por normas jurídicas que representam algum interesse público, todos os atos estatais devem tratar de forma igual aquelas pessoas que estão na mesma situação. A noção de racionalidade implica, assim, a necessidade de que todos os atos estatais devem seguir as normas que regulam o poder estatal, normas que são produto da vontade dos cidadãos.⁷²

Mais do que um direito fundamental, a igualdade é também um princípio interpretativo de outros direitos fundamentais. Esse preceito constitucional passou a ser um elemento de importância central para o controle de constitucionalidade dos atos estatais. Assim, a igualdade é ainda um parâmetro para o julgamento da racionalidade dos atos governamentais que estabelecem tratamento diferenciado entre os indivíduos. Ao assegurar o mesmo tratamento a todos os cidadãos, o princípio da igualdade é uma regra a ser observada no processo de elaboração e aplicação do direito. Se o preceito de que todos os indivíduos devem ser tratados da mesma forma perante a lei emergiu com o liberalismo filosófico, a noção de igualdade no conteúdo da lei surgiu posteriormente, mas especificamente em função da consagração da isonomia formal como um parâmetro para o controle de constitucionalidade dos atos estatais. O aparecimento do processo de controle de constitucionalidade motivou os tribunais a impor limites substantivos à atividade estatal, de modo que eles pudessem declarar a ilegalidade dos atos governamentais que contrariassem o princípio da igualdade. A referência ao liberalismo racional sempre teve grande importância na justificação da proteção dos direitos individuais.⁷³

A noção de que todos os indivíduos possuem a mesma capacidade racional, o que permite a ação autônoma, levou vários tribunais a de-

72 VANOSSE, José Reinaldo, *op. cit.*, p. 48-49.

73 ROCAFORT, Rodolfo Piza. *Igualdad de derechos: isonomia y no discriminacion*. San José: Universidad Autónoma de Centro América, 1997. p. 37-39.

clarar a inconstitucionalidade de leis restringindo as liberdades dos indivíduos ao longo do desenvolvimento do constitucionalismo moderno. Procurando garantir a igualdade entre os cidadãos, os tribunais adotaram uma perspectiva de interpretação da igualdade de forma que eles pudessem identificar atos estatais arbitrários.⁷⁴ Eles passaram a recorrer ao princípio da igualdade formal e à noção de razoabilidade para declarar a inconstitucionalidade de leis que utilizam critérios que não guardam quaisquer relações com o objetivo da legislação ou critérios que têm por finalidade a discriminação de grupos sociais. Tradicionalmente, a aplicação do princípio da igualdade no processo de controle de constitucionalidade das leis tem um caráter procedimental. Como esse preceito constitucional constitui um limite ao poder regulador estatal, os tribunais devem verificar se existe uma relação racional entre as classificações legislativas e o objetivo que a legislação pretende atingir. Essa metodologia está fundamentada em um pressuposto bastante simples: as classificações são constitucionais quando há uma relação racional entre o critério de tratamento diferenciado e os objetivos estatais legítimos.⁷⁵

74 Ver, por exemplo: ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. *American Sugar Refining Co v. State of Louisiana*. 179 U.S. 89, 1 S.Ct. 43 U.S. 1900 [afirmando que uma classificação legislativa é arbitrária apenas quando utiliza um critério que não guarda nenhuma relação com o exercício de um direito]; ARGENTINA. Corte Suprema de Argentina, CSJN, Fallos, 153:67, Buenos Aires, Outubro, 26 de 1928 [argumentando que o princípio da igualdade presente na Constituição Argentina não é outra coisa que a exclusão de benefícios que se estendem a outras pessoas igualmente situadas]; MÉXICO. Corte Constitucional Mexicana, Amparo penal em revisión, 231/31, Juiz: Valadez Miguel, 19.11.1933, maioria de 3 votos [afirmando que as garantias individuais consagradas na Constituição Mexicana constituem limites ao poder estatal, instância que não pode arbitrariamente restringir a liberdade dos indivíduos].

75 Ver, por exemplo: ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Gulf, C. & S.F. Ry. V. Ellis*, 165 U.S. 150 (1897) [afirmando que o princípio da igualdade não exclui o poder do legislador em estabelecer classificações legislativas, mas essas classificações devem manter uma relação justa e adequada com o objetivo da legislação]; ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Hayes v. State of Missouri*, 120 U.S. 68, 7 S. CT. 350 U.S. 1887 [afirmando que o princípio da igualdade requer que as classificações legislativas tratem as pessoas igualmente situadas de forma igual]; ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos *F.S. Royster Guano Co. v. Virginia*, 253 U.S. 412 (1920) [indicando que a classificação legislativa deve ser racional, não arbitrária e baseada em critério ▶

Recorrendo ao princípio de que indivíduos similarmente situados devem ser tratados de forma similar, os tribunais começaram então a garantir a igualdade formal entre os indivíduos pela garantia de proteção das mesmas liberdades individuais, uma série de garantias que possibilitariam a manutenção da autonomia pública e privada dos mesmos.⁷⁶

Apesar do caráter universal que os direitos fundamentais adquiriram no paradigma do constitucionalismo liberal, o princípio da igualdade formal não foi suficiente para promover a emancipação dos indivíduos. A doutrina do individualismo parece ser parcialmente responsável por esse processo de exclusão, pois estabelece uma cisão entre a experiência real do indivíduo real e a noção jurídica de sujeito de direito. Os seres humanos são titulares de direitos no aspecto formal, como entidades abstratas das quais desconsideram as suas características específicas. Segundo a doutrina do individualismo, as pessoas devem ser consideradas como seres autônomos vivendo separado dos demais. Essa representação do ser humano é obviamente uma ficção, pois desconsidera o fato de que os indivíduos não vivem em estado de total autonomia. As pessoas vivem em contextos de mútuas vinculações sociais e isso contraria a concepção liberal do homem como um ente absolutamente autônomo. Os seres humanos se distinguem uns dos outros e cada um deles tem um valor em si mesmo. Mas os indivíduos não estão separados dos demais, a identidade pessoal não se forma por um simples processo de desvelamento da razão.

O constitucionalismo liberal foi responsável pelo processo de generalização e universalização dos direitos, criando as bases para a expansão

▶ que guarda uma relação substancial com o objeto da legislação]; MÉXICO. Corte Constitucional Mexicana, Amparo Penal em revisión 214/530, Flores Joaquín, 4 de noviembre de 1931, mayoría de 4 votos [afirmando que todas as pessoas que vivem no solo mexicano estão protegidas pelas garantias individuais e que a restrição dessas garantias só pode ter lugar quando existe uma justificação racional para tanto].

76 Ver, por exemplo: ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Strauder v. Virginia*, 100 U.S. 303 (1880) [declarando a inconstitucionalidade de legislação estadual que proibia a participação de negros na formação de júris populares]; FRANÇA. Conseil d'Etat, 26 juin 1931, *Cambre Syndicale des Propriétaires d'autocars*, Re., p. 707 [afirmando que todos as pessoas devem ser tratadas da mesma forma, sem preferências ou favores]; MÉXICO. Corte Constitucional Mexicana, *Amparo penal em revisión* 2.315/31, Valaes Miguel, 19 de noviembre de 1931, mayoría de 3 votos [classificando o princípio da igualdade como uma garantia constitucional que tem como função principal a limitação do poder estatal].

deles para novos grupos sociais ao longo do tempo. Os diferentes movimentos sociais que propunham a superação do constitucionalismo liberal apontaram as contradições postas pela doutrina individualista que limitava a plena participação de outros grupos, principalmente em função de classe social. Essa crítica à doutrina individualista gera um processo de categorização do direito, movimento que pretende estender direitos fundamentais a todos os seres humanos concretos, considerando os fatores que impedem a emancipação humana.⁷⁷ O processo de categorização do direito, que tem início com o constitucionalismo social, demanda uma nova compreensão da individualidade para a operacionalização dos direitos. Torna-se necessário superar a retórica individualista dos direitos liberais que pressupunham uma autonomia radical dos indivíduos. As transformações sociais ocorridas naquele momento abriram espaço para uma concepção de subjetividade fundada na premissa de que ela é um produto da interação social dos indivíduos, pois eles estão em permanente estado de integração social.

2. O constitucionalismo social e a categorização do direito

Os diversos problemas gerados pela aplicação do princípio da igualdade em termos formais indicaram a necessidade da superação da sua base individualista. A concepção abstrata desse princípio demonstrou ser incompatível com o ideal de promoção da emancipação humana porque desconsiderou os múltiplos determinismos aos quais os seres humanos estão expostos. A crítica dirigida ao conceito de igualdade presente no paradigma liberal nasceu da percepção de que o caráter intersubjetivo dos direitos só poderia ser plenamente realizado a partir do estabelecimento de um sistema social capaz de garantir o acesso de todos os grupos sociais a uma base material de existência. O ideal de liberdade como autonomia só poderia ser realizado dentro de uma ordem social capaz de garantir a proteção social dos indivíduos. Percebeu-se que a efetivação da liberdade depende da disponibilidade de garantias institucionais destinadas a estender condições mínimas de vida para todas as pessoas.⁷⁸ A demanda pela igualdade material entre os membros da comunidade política também está relacionada com as novas formulações da individualidade, concepções que dão especial importância aos processos intersubjetivos na construção da individualidade.

77 ATTAL-GALLY, Yael, *op. cit.*, p. 24-25.

78 GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 332-338.

Essas novas concepções de subjetividade estabelecem os parâmetros a partir dos quais as noções de liberdade e igualdade serão redefinidas no paradigma constitucional que então se instaura. Esses dois princípios fundamentais da ordem constitucional serão tematizados a partir das condições reais da existência. A representação do indivíduo racional não aparece mais como o parâmetro único para a interpretação da igualdade. A igualdade material torna-se um objetivo a ser alcançado porque os indivíduos pertencem a uma coletividade que deve lhes garantir condições materiais para a realização da liberdade individual. A socialização da liberdade e da igualdade no paradigma do constitucionalismo social implica o direito dos indivíduos de exigirem prestações positivas das instituições estatais para que a liberdade possa ser realmente alcançada. Os direitos individuais, no constitucionalismo liberal, eram entendidos como liberdades que deveriam ser protegidas pelo Estado, liberdades de caráter negativo baseadas na compreensão do homem como portador de uma racionalidade universal. No constitucionalismo social, os direitos não são mais apenas garantias do indivíduo contra o Estado, mas, sim, instrumentos que devem ser utilizados para a exigência de prestações positivas, pois a realização ética do ser humano está diretamente ligada à sua existência dentro de uma estrutura social.⁷⁹

As transformações da interpretação do princípio da igualdade no paradigma do constitucional social estão relacionadas com um fenômeno que ganha corpo nesse novo paradigma constitucional: o processo de categorização do direito. O abandono da noção abstrata do indivíduo presente no constitucionalismo liberal impulsionou esse movimento no paradigma do constitucionalismo social. A concepção liberal da individualidade que subjaz à noção de igualdade formal desconsidera as múltiplas determinações presentes na vida dos indivíduos concretos e o papel das interações sociais na constituição da vida das pessoas. A noção de igualdade formulada a partir dessa representação abstrata da subjetividade torna-se insuficiente porque não leva em conta a importância dos meios materiais para o exercício dos direitos individuais. Essa igualdade formal se aplica aos seres humanos como seres abstratos, acentuando assim a desigualdade real existente entre os indivíduos reais. O processo de categorização do direito caracteriza-se por um abandono gradual da representação abstrata dos seres humanos em direção da consideração das diferenças reais existentes entre os indivíduos. Apesar da noção de igualdade no paradigma do constitucionalismo social ainda pressupor a noção de uniformidade, o princípio da igualdade material passa a se

79 BURDEAU, Georges. *Les libertés publiques*. Paris: LGDJ, 1972. p. 11-12.

referir a categorias de indivíduos. Não se trata mais do homem considerado na sua abstração, mas sim de grupos sociais como beneficiários de direitos.⁸⁰

De forma mais específica, o processo de categorização do direito designa um movimento responsável pelo surgimento de normas jurídicas que têm o propósito de proteger grupos de indivíduos em função de uma característica responsável por processos de exclusão social. Se o individualismo igualitarista impedia a consideração das diferenças reais do indivíduo dentro das normas jurídicas em nome do universalismo dos direitos, esse ideal dá lugar à necessidade de consideração de elementos que impedem a concretização da igualdade, ideal que deixa de ser visto apenas a partir de seu aspecto formal. Como nos informa Yaël Attal-Galy, o homem abstrato presente na doutrina liberal dá lugar ao homem situado dentro de relações sociais concretas, forma necessária para o conhecimento de sua vivência real.⁸¹

A igualdade formal perante a lei permanece sendo um princípio importante da ordem jurídica, mas ela é complementada por uma nova dimensão de caráter substancial que se expressa principalmente pela necessidade de igualdade de oportunidades sociais.⁸² Não estamos mais diante de uma concepção da igualdade que pretende promover a autonomia a partir da liberdade jurídica e política. A isonomia material procura estabelecer a isonomia proporcional entre os indivíduos. A satisfação de necessidades materiais básicas tem especial importância para o alcance da liberdade, essa igualdade material pode ser alcançada por meio de políticas públicas que pretendem garantir acesso a condições mínimas de existência.⁸³

Se a cidadania no paradigma do constitucionalismo liberal era definida em termos de direitos que procuravam garantir a igualdade jurídica entre os indivíduos de um ponto de vista funcional, a cidadania, no paradigma do constitucionalismo social, está diretamente ligada às relações sociais entre as pessoas e os arranjos institucionais existentes na sociedade.⁸⁴ A percepção da importância da atuação positiva do Estado na vida dos

80 ATTAL-GALY, Yael, *op. cit.*, p. 8-9.

81 *Idem, Ibidem*.

82 SAGUÉS, Nestor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1993. p. 13. 1 v.

83 PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório, *op. cit.*, p. 290-297.

84 MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 75-85.

indivíduos implica uma concepção de individualidade distante daquela presente no paradigma liberal. Dentro desse paradigma constitucional, o sujeito deixa de ser uma entidade totalmente autônoma, pois sua autonomia decorre também de certas determinações sociais.⁸⁵ A noção de um sujeito identificada como simples portador de direitos contrapõe-se uma noção de sujeito de direito baseada na sua representação de um sujeito ativo dentro das relações sociais, não definido prioritariamente por sua essência racional, mas pela sua inserção dentro de uma estrutura social concreta.⁸⁶ A categorização do direito permite o alcance da igualdade material na medida em que reconhece a relevância social de alguns parâmetros utilizados para classificar pessoas. Essas categorias adquirem o *status* de parâmetros de proteção especial porque serão agora utilizadas tanto para ações estatais que procuram promover grupos, como também para o escrutínio jurídico de práticas sociais nelas baseadas. Podemos dizer então que, embora não se confundam com a noção de grupos, essas categorias designam aspectos da identidade social dos indivíduos, motivo de atos discriminatórios, e pelo qual elas devem ser protegidas.⁸⁷

Todas essas transformações decorrem da rearticulação de algumas dimensões da noção de igualdade jurídica no paradigma do constitucionalismo social. O princípio da generalidade ainda é um aspecto importante das normas jurídicas, porque esse ciclo constitucional também incorpora o princípio da igualdade formal. Mas tal exigência começa a ser relativizada em função do processo de categorização do direito. Como a noção de isonomia material é objetiva, principalmente a criação de uma igualdade proporcional entre indivíduos, as normas jurídicas começam a eleger regularmente algumas características como critério de proteção especial. A eliminação de desvantagens sociais baseadas nesses elementos torna-se um objetivo estatal. Um procedimento dessa natureza distancia-se da exigência de tratamento simétrico existente na concepção de igualdade formal. Se essas categorias seriam irrelevantes segundo os parâmetros da igualdade formal, a consideração das mesmas torna-se particularmente importante para a concretização do ideal de justiça social.⁸⁸

O conceito de equiparação também adquire nova significação. Ele pressupõe a eliminação de práticas discriminatórias por meio da

85 TWINE, Fred. *Citizenship and social rights: the interdependence of self and society*. London: Sagem 1994. p. 9-11.

86 BURDEAU, George, *op. cit.*, p. 17-18.

87 ATTALL-GALY, Yael, *op. cit.*, p. 19-20.

88 PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio, *op. cit.*, 288-292.

desconsideração das diferenças entre indivíduos. Mas tal noção adquire nova significação no constitucionalismo social ao pressupor a atuação positiva das instituições estatais no processo de eliminação de desigualdades sociais. Muitas diferenças entre indivíduos são motivos de tratamento discriminatório, fator responsável pela restrição do acesso a bens materiais. Assim, a consideração delas pelas políticas públicas tem importância para a implementação da igualdade entre os cidadãos. A exigência de identidade de procedimento mantém a mesma importância nesse novo paradigma constitucional, mas os aplicadores do direito devem estar atentos ao fato de que desigualdades entre os vários grupos podem exigir tratamento diferenciado entre os administrados. Disparidades sociais entre pessoas podem comprometer o acesso de membros de diferentes grupos à justiça, o que exige a consideração das condições sociais das partes no processo de administração da justiça.⁸⁹

Assim, verificamos no desenvolvimento do constitucionalismo social um abandono crescente da noção de justiça simétrica presente no paradigma constitucional anterior. Se o princípio da igualdade formal pressupunha uma noção de justiça de caráter procedimental, a noção de isonomia material está baseada no conceito de justiça distributiva. A noção de igualdade material considera as condições sociais nas quais os indivíduos se encontram. Não se alcança justiça social apenas pelo tratamento simétrico entre indivíduos, desconsiderando as condições sociais nas quais eles se encontram. O princípio da igualdade não é apenas um parâmetro para o limite da atuação das instituições estatais, esse preceito constitucional, tendo em vista a sua dimensão material, também exige a atuação positiva delas para eliminar as disparidades entre os diversos grupos sociais.⁹⁰ Surge, nesse momento, uma compreensão

89 SANCHIS, Luiz Pietro. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 25, 1995. p. 17-29.

90 Ver, por exemplo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade, No. ADI 2.649/RS, Órgão Julgador, Relatora: Carmen Lúcia, DJ 16.10.2008 [mantendo a constitucionalidade de legislação que procura inserir deficientes físicos, porque tais políticas procuram realizar objetivos presentes no texto constitucional]; BRASIL. Tribunal Regional Federal – 4ª. Região, Agravo de Instrumento No. 2005.04.01.006358-2/RS Órgão Julgador: 3ª Turma, Relator: Luiz Carlos de Castro Iugon, DJU 01.06.2005 [afirmando que as disparidades sociais entre negros e brancos não são apenas consequência de estamentos sociais, mas sim da exclusão social sistemática, o que requer a atuação das instituições estatais para eliminar as diferenças entre esses grupos].

dos direitos fundamentais como garantias institucionais, perspectiva segundo qual a atuação das instituições estatais devem estar voltadas para a garantia de condições mínimas de existência dos indivíduos.⁹¹

O princípio da igualdade material passa a ser também um parâmetro para a avaliação da constitucionalidade dos atos estatais. Eles serão constitucionais se aplicarem meios razoáveis para alcançar a igualdade proporcional entre as pessoas. A solidificação do entendimento de que os direitos sociais são direitos fundamentais é um ponto particularmente importante para a interpretação do princípio da igualdade. Uma vez que esses direitos pretendem promover a igualdade material entre grupos sociais, o foco de aplicação da razoabilidade move-se de uma mera consideração da situação similar entre esses indivíduos para o exame dos mecanismos necessários para a equiparação deles. Parte-se então do pressuposto de que pessoas diferentes devem ser tratadas de formas diferentes, porque a igualdade tem um aspecto dinâmico. A pressuposição de que o princípio da igualdade implica uma identidade absoluta de tratamento começa a ser algo atentatório à noção de isonomia em função do constante processo de diferenciação presente nas nossas sociedades. Algumas diferenças entre indivíduos são relevantes porque elas são indicativas do *status* que eles ocupam em uma sociedade. O ideal de justiça presente no paradigma do constitucionalismo social demanda a consideração de todos aqueles mecanismos responsáveis por diferentes situações de estratificação social. Vemos então um abandono da concepção abstrata do homem, um ser cuja autonomia é construída independentemente de processos sociais.⁹²

3. A categorização de direitos no Estado Democrático de Direito

A relação entre o princípio da igualdade e as noções de subjetividade adquire importância ainda maior para a análise das demandas de direitos presentes no atual paradigma constitucional. Presenciamos, no atual ciclo constitucional, uma luta pela incorporação de novas dimensões ao princípio da igualdade, processo marcado pela necessidade de harmonização entre o princípio da universalidade dos direitos e a situação particular

91 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 340-355.

92 CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Sampaio (Ed.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 149-151.

de grupos sociais tradicionalmente discriminados. O processo de categorização do direito, iniciado no paradigma do constitucionalismo social, conhece uma intensificação ainda maior no mundo contemporâneo em função do aumento das demandas de direitos que giram em torno da questão da identidade. Essas novas reivindicações estão baseadas no princípio de que a realização do ideal emancipatório do direito moderno só pode ser realmente concretizado a partir da eliminação das representações essencialistas subjacentes ao discurso jurídico. As interações sociais nas sociedades complexas apontam para a natureza fragmentária das noções de subjetividade e de individualidade, não havendo mais possibilidade de se postular a figura do sujeito presente nos paradigmas anteriores como uma categoria ontológica central do Direito.⁹³

O processo de categorização do direito conhece um aprofundamento ainda maior no atual paradigma, processo causado pela existência dos movimentos pela proteção da identidade. Processos discriminatórios atuam diretamente sobre o pertencimento das pessoas a certas coletividades, motivo pelo qual certas características devem ser tratadas como parâmetros especiais de proteção. A categorização do direito representa uma expansão do princípio da igualdade, pois no lugar da consideração do ser humano como ente abstrato, temos o seu reconhecimento de que ele está envolto por relações hierárquicas de poder, razão pela qual precisa ser protegido enquanto membro de certos grupos. Observamos que o movimento descrito possui um caráter dinâmico que se aprofunda com as demandas de igualdade elaboradas nos diversos paradigmas constitucionais. É por esse motivo que atualmente a questão da alteridade adquire relevância central para a reflexão dos direitos fundamentais, porque não se trata mais de afirmar apenas a universalidade dessa categoria de direitos, mas sim de incorporar a questão da diferença entre os indivíduos para que a construção de uma existência integrada seja possível para todos. A homogeneização do corpo social pretendida pelo liberalismo não pode promover a inclusão social de todos os grupos sociais, o que requer a criação de meios para a promoção da integração de certos grupos para que eles possam ter uma vida digna.⁹⁴

A questão da interpretação da igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito adquiriu especial importância em função da expansão do sentido desse princípio constitucional. Inúmeros tribunais avaliam a constitucionalidade dessas políticas públicas examinando a

93 MOUFFE, Chantal. *The democratic paradox*. London: Verso, 2000. p. 19.

94 ATTAL-GALY, Yael, *op. cit.*, p. 71-76.

coerência delas com os princípios que fundamentam a ordem constitucional.⁹⁵ A intensificação do processo de categorização do direito presente no atual paradigma constitucional demonstra a inadequação da aplicação tradicional do princípio da razoabilidade para a garantia de igualdade real entre diferentes grupos sociais. Associado a uma concepção formal de igualdade, esse critério de escrutínio dos atos estatais implica grande deferência às classificações utilizadas pelo governo, permitindo que inúmeras práticas sociais discriminatórias sejam transformadas em leis que passam a regular as relações entre os indivíduos.⁹⁶

A categorização do direito decorrente das lutas pela eliminação de discriminação demonstrou que o processo de aplicação da igualdade não deve ser restringido ao papel de limite do poder de regulação estatal. O princípio da igualdade tem também uma função transformadora, impondo ao Estado a obrigação da criação de políticas públicas que possibilitem a inclusão de grupos sociais. Muitos tribunais procuram verificar se a legislação em questão contribui ou não para o aumento ou para a eliminação da subordinação dos grupos sociais. O paradigma constitucional atual tem um caráter demarcado por ser emancipador, além das dimensões da igualdade presentes nos paradigmas anteriores, pretende-se promover a transformação social por meio da eliminação

95 Ver, por exemplo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RMS NO. 21.046-0/RJ, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator, Sepúlveda Pertence, DJ 14.12.2000 [dissertando sobre a transformação do princípio da igualdade como expressão do processo de categorização do direito e afirmando que a idade só pode ser utilizada como fator de discriminação em situação específica]; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Extraordinário, no. 759.362-RJ Órgão Julgador: 2ª Turma, Relatora: Eliana Calmon, DJ 29.06.2006 [afirmando a constitucionalidade de políticas públicas de ações afirmativas que estabeleçam o escalonamento de pagamento de tarifas de acordo com o poder econômico dos diferentes grupos sociais].

96 Ver, por exemplo: ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte de Massachusetts. *Roberts v. City of Boston*, 59 Mas. (5 Cush.) 198 (1849) [alegando que a proibição do ingresso de uma criança negra em uma escola frequentada por brancos não violava o princípio da igualdade porque a criança poderia frequentar uma escola em outra parte da cidade]; ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 16 S.Ct. 1138 (1896) [mantendo decisão de corte inferior que manteve a segregação de passageiros nos trens interestaduais, desde que os passageiros tivessem acomodações iguais]; ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Minor v. Happersett*, 88 U.S. (21 Wall.) 162, 22 L.Ed. 627 (1874) [mantendo a constitucionalidade de legislação estadual restringindo voto apenas aos homens].

das práticas sociais responsáveis pela subordinação de grupos sociais. Tal perspectiva pressupõe uma permanente articulação da igualdade com outros princípios constitucionais erigidos como princípios estruturantes do sistema constitucional.⁹⁷

O movimento de categorização do direito demonstrou que a igualdade formal não era suficiente para garantir a emancipação humana, deixando vários grupos sociais fora da proteção jurídica necessária. Procurando reverter a situação desses grupos, o legislador implementou uma série de políticas públicas que procuram eliminar processos de exclusão social. Vemos no mundo contemporâneo o surgimento de uma noção de igualdade inclusiva, princípio baseado na ideia de que as instituições estatais devem promover a integração social por meio de políticas capazes de atender as demandas de redistribuição e reconhecimento.⁹⁸ A eliminação gradual de diferentes formas de discriminação tem sido alcançada graças à utilização de uma nova perspectiva de interpretação da igualdade.

97 Ver, por exemplo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Extraordinário no. 395.904/RS, Órgão Julgador: 6ª Turma, Relator: Hélio Quaglia Barbosa, DJ 06.02.2006 [afirmando que o princípio da igualdade se articula com outros preceitos constitucionais de igual importância para se garantir a construção de uma sociedade justa]; BRASIL. Tribunal Federal da 5ª Região. Agravo em Mandado de Segurança no. 2006.81.00.002921-7/CE, Órgão Julgador: 3ª Turma, Relator: Élio Siqueira, DJ 16.11.2007 [mencionando a importância de uma interpretação que possibilite a correlação de normas constitucionais necessárias para se garantir a promoção do bem comum]; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível no. 2005.001.22849, Órgão Julgador: 14ª Câmara Cível, Relator: Ferdinando Nascimento, 11.04.2006 [mencionando a correlação entre igualdade e dignidade para se promover o bem de todos os cidadãos brasileiros].

98 Várias iniciativas legislativas demonstram como o processo de categorização do direito tem se desenvolvido no sistema jurídico brasileiro. Cientes dos processos de exclusão social sofridos por diferentes seguimentos sociais, o legislador brasileiro promulgou diferentes leis para proteger grupos socialmente marginalizados como crianças, mulheres, deficientes físicos, idosos e negros. Os nossos tribunais reconhecem a legitimidade dessas iniciativas reconhecendo a compatibilidade das mesmas com o princípio da igualdade. Ver, por exemplo: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Agravo de Instrumento no. 2003.002.07948, Órgão Julgador: 11ª Câmara Cível, Relator: Cláudio Mello Tavares, 05.11.2003 [afirmando a constitucionalidade de legislação estadual que reservou vagas para negros em instituição estadual de ensino superior].

A interpretação desse princípio no constitucionalismo liberal estava baseada em uma lógica puramente anticlassificatória, perspectiva que se mostrou incapaz de estabelecer a igualdade real entre os indivíduos. Outra metodologia de interpretação da igualdade surgiu no paradigma do constitucionalismo social, concepção relacionada com a necessidade de ações positivas do Estado. Reconhecendo a importância da natureza teleológica das normas constitucionais, vários tribunais começaram a recorrer ao princípio da igualdade material no processo de interpretação do princípio da igualdade. Observamos recentemente que a aplicação do princípio da igualdade no processo de controle de constitucionalidade das leis no atual paradigma constitucional tem um objetivo ainda maior: procura-se proporcionar a inclusão social de grupos sociais por meio de uma concepção da igualdade inclusiva. A rearticulação de alguns elementos da noção de igualdade jurídica pode ser apontada como um fator de fundamental importância no processo de categorização do direito. O primeiro deles é a transformação da exigência de generalidade, princípio que sofreu um processo ainda maior de relativização em função da necessidade da implementação de políticas públicas destinadas à realização da igualdade inclusiva. Não se abandona a exigência de que as normas jurídicas devam ser impessoais e abstratas, mas reconhece-se que as diferenças de indivíduos podem ser levadas em consideração quando se pretende promover a igualdade proporcional entre os mesmos.

Assim, o trajeto percorrido do princípio da igualdade no desenvolvimento do constitucionalismo demonstra a gradual articulação do problema da diversidade humana no processo de interpretação do princípio da igualdade. Ela aparece na teorização da subjetividade subjacente ao discurso jurídico, quando vemos a incorporação da diferença e do reconhecimento na formulação da igualdade nos diferentes paradigmas constitucionais. A integração da diversidade aparece também no processo de interpretação do princípio da isonomia quando percebemos a tentativa dos tribunais de garantir proteção jurídica aos diversos grupos sociais pela eliminação de práticas discriminatórias. Pode-se afirmar que a articulação entre diversidade e igualdade tornou-se um dos objetivos principais do atual paradigma constitucional, tendo em vista os princípios constitucionais que procuram garantir a dignidade humana para os diversos grupos sociais. Então podemos ver que tal movimento foi responsável pela passagem gradual de uma perspectiva anticlassificatória para uma perspectiva emancipatória no processo de interpretação da igualdade.

4. *Que grupos merecem ser protegidos?*

A caracterização da discriminação como um ato desvantajoso imposto a alguém a partir de um critério proibido pelo sistema jurídico exige que nós analisemos a relevância dos motivos pelos quais essas características recebem proteção jurídica. Tanurabh Khaitan nos informa que certas características são protegidas em função da significação social que elas possuem, já que são fontes de desvantagens sistemáticas dentro de uma dada sociedade. Assim, esses parâmetros de proteção especial são juridicamente relevantes porque são a base a partir das quais grupos de indivíduos são discriminados. Eles não possuem nenhuma relevância normativa, não são elementos necessários para o exercício de direitos. São traços transformados em categorias especiais de proteção jurídica porque impedem a realização do princípio da igualdade, fundamento de uma sociedade genuinamente democrática. Assim, como nos diz o autor, certos *discrimens* identificam ou mantêm forte correlação com alguns grupos que sofrem grandes desvantagens dentro de uma sociedade, esses *discrimens* são base para a formação de desvantagens de *status* cultural e de *status* material.⁹⁹

Sendo a discriminação direta um tipo de tratamento desvantajoso baseado em um determinado critério, devemos então inquirir sobre a origem e o estabelecimento deles. Sandra Fredman nos informa que a resposta a essa pergunta está fortemente relacionada com o contexto histórico e social de uma determinada sociedade. A raça foi o primeiro parâmetro de proteção especial no Brasil e nos Estados Unidos, o que se justifica em função da discriminação racial sistemática nas duas sociedades. O sexo e a nacionalidade foram os primeiros critérios estabelecidos em muitos países europeus, a raça veio a ser incluída em tempos mais recentes. Novas categorias foram sendo incluídas em função da mobilização política de diversos grupos sociais, fruto de ações políticas nesse sentido, sendo que a orientação sexual e as necessidades especiais estão entre os casos mais importantes nos tempos recentes. Não podemos esquecer que esses diferentes parâmetros não garantem o mesmo nível de proteção judicial, alguns deles são submetidos a escrutínios mais rígidos do que outros, em alguns casos o tratamento diferenciado será permitido pelas normas jurídicas, sendo a exclusão

99 KHAITHAN, Tarunabh. *The philosophy of discrimination law*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 50-53.

de casais homoafetivos das instituições matrimoniais um dos casos mais importantes.¹⁰⁰

Mais uma vez, esses parâmetros são socialmente relevantes porque são categorias imbuídas de significações culturais. Embora não tenham valor moral, eles são usados para legitimar práticas discriminatórias contra certos grupos. Assim, esses discrímens são indicações que o pertencimento àquela comunidade grupo implica desvantagem social em uma série de situações. Quando comparados com membros de outros grupos, verificamos a presença de diferenças significativas de bem-estar, motivo pelo qual a característica que os designa deve ser protegida. A submissão constante a tratamento discriminatório cria uma série de divisões sociais que impedem a criação de uma sociedade integrada. Esse processo de discriminação produz danos materiais cumulativos, produtos da crença de que todos os membros de um grupo possuem as mesmas qualidades negativas.¹⁰¹ Além de desvantagens materiais, os membros desse grupo ainda enfrentam desvantagens políticas, o que dificulta a transformação da ordem social na qual eles vivem porque os membros do grupo majoritário farão o possível para que as oportunidades estejam sempre concentradas em suas mãos. Por último, certos discrímens merecem proteção especial porque também são fonte de desvantagem de natureza cultural e simbólica. Membros de grupos minoritários são estigmatizados em função da circulação de estereótipos negativos que dificultam a formação de uma imagem pessoal positiva.¹⁰²

Sandra Fredman nos diz que a criação desses parâmetros de proteção judicial acontece a partir de diferentes critérios. Em algumas jurisdições, esses parâmetros de proteção estão claramente enumerados em documentos legais. O judiciário não tem o poder de criar novos critérios, apenas o legislativo pode fazer isso por meio de nova legislação ou emenda constitucional. Mesmo assim, os tribunais têm estendido proteção a certos grupos em situação análoga a outros que são protegidos. Embora alguns grupos consigam ampliar os parâmetros de proteção por meio da pressão sobre o poder legislativo, eles também procuram proteção jurídica a partir dos parâmetros existentes, sendo o caso mais notório a

100 FREDMAN, Sandra. *Discrimination law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 110-111.

101 WASSERMAN, David, *op. cit.*, p. 807-808.

102 KHAITHAN, Tarunabh, *op. cit.*, p. 53-54.

afirmação de que discriminação por orientação sexual também é um caso de discriminação sexual.¹⁰³

A criação desses critérios de proteção jurídica pode acontecer em função da ação do judiciário quando o princípio da igualdade possui uma formulação aberta. Uma norma que define esse princípio como proibição de proteção jurídica permite que tribunais constitucionais possam determinar quais parâmetros serão considerados como elementos de proteção especial. A Suprema Corte dos Estados Unidos pode determinar que critérios serão legalmente protegidos em função da formulação genérica da igualdade como exigência de tratamento simétrico. Parâmetros de proteção são criados em função de uma série de motivos, sendo que o contexto social tem um papel particularmente relevante nesse processo. Assim, vemos na jurisprudência daquele Tribunal a extensão de proteção especial ao sexo, à origem nacional e à filiação ao longo do tempo. Algumas jurisdições enumeram os parâmetros de proteção especial, mas permitem que o judiciário possa estendê-los quando for necessário. Isso acontece principalmente em países nos quais a lista de parâmetros tem um caráter aberto, o que permite a inclusão de novos parâmetros.¹⁰⁴ No caso do Brasil, o inciso quarto do artigo terceiro do texto constitucional permite a ação judicial nesse sentido ao dizer que

103 Esse argumento encontrou expressão na jurisprudência brasileira na decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu casais homoafetivos como entidades familiares. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no. 132, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator Carlos Ayres, 05.04.2011 [*"Noutra maneira de falar sobre o mesmo tema, tanto nos mencionados países quanto aqui na Terra Brasilis pós-Constituição de 1988, o sexo das pessoas é um todo pró-indiviso, por alcançar o ser e o respectivo aparelho genital. Sem a menor possibilidade de dissociação entre o órgão e a pessoa natural em que sediado. Pelo que proibir a discriminação em razão do sexo (como faz o inciso III do art. 1º da nossa Constituição Republicana) é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual que abarca a dimensão sexual de cada qual deles. Por conseguinte, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico. Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da compostura anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial."].*

104 FREDMAN, Sandra. *Op. cit.*, p. 118-124.

não será permitido tratamento arbitrário baseado na raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação. A orientação sexual adquiriu o *status* de um parâmetro de proteção especial no Brasil primeiro pela ação do judiciário, ação que também foi posteriormente acompanhada pelo legislativo.¹⁰⁵

Como esses critérios são analisados pelos tribunais? Muitos deles fazem menção à noção de imutabilidade, elemento que designa características que não podem ser modificadas em função de seu caráter biológico. Tratamentos diferenciados e negativos baseados em elementos dessa natureza seriam discriminatórios porque esses traços são benignos, e também porque estão fora do controle do sujeito; eles adquirem relevância social apenas em função das relações assimétricas de poder presentes nas relações sociais.¹⁰⁶ Mais recentemente os tribunais também classificaram como parâmetro de proteção especial aqueles traços que implicam escolhas fundamentais na vida dos indivíduos. O caso paradigmático é a orientação sexual, elemento central da identidade de uma pessoa, embora talvez não possa ser qualificado como imutável como outros elementos, a sua ocultação implica a imposição de um custo pessoal significativo para o indivíduo, motivo pelo qual deve ser protegido. Ter que esconder a orientação sexual para evitar a discriminação seria uma violação da dignidade pessoal que o sistema jurídico não pode permitir.¹⁰⁷

5. O sentido jurídico de discriminação

O princípio da igualdade inscrito no texto constitucional brasileiro pressupõe o tratamento isonômico entre todos os indivíduos. Mas o mandamento constitucional da igualdade coloca o aplicador do Direito diante de um problema de considerável importância: as normas consti-

105 MOREIRA, Adilson José. *União homoafetiva: a construção da igualdade na jurisprudência brasileira*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 45-120.

106 FREDMAN, Sandra. *Op. cit.*, p. 123-129.

107 Ver, por exemplo CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. *Halpern v. Canada*. (AG), [2003] O. J. No. 2268. [reconhecendo o casamento entre pessoas do mesmo sexo sob o argumento de que a exclusão das casais homossexuais dessa instituição é uma forma de discriminação baseada na orientação sexual, elemento que serve para manter indivíduos em uma situação de subordinação social. A orientação sexual é uma categoria relacionada com elementos centrais da identidade pessoal que possui consequências em diversos aspectos da vida dos indivíduos].

tucionais que prescrevem o tratamento isonômico entre os cidadãos não estabelecem nenhum método de aplicação ou interpretação do princípio da igualdade. Parte-se do pressuposto de que as pessoas devem ser tratadas da mesma forma porque são iguais em um determinado aspecto relevante para o direito. Mas a premissa segundo a qual pessoas similarmente situadas devem ser tratadas de forma similar parece problemática porque os indivíduos são iguais e diferentes em vários aspectos. Deve-se levar em consideração o fato de que a atividade legislativa pressupõe uma constante diferenciação entre classes de indivíduos, pois as instituições estatais precisam criar várias políticas públicas que procuram atingir grupos específicos. Torna-se então necessária a formulação de um parâmetro capaz de determinar aquelas hipóteses nas quais o tratamento diferenciado entre classes de indivíduos é justificado. Isso só é possível quando esse tratamento está baseado em diferenças relevantes entre as pessoas. Essas diferenças só podem ser erigidas como fatores de discriminação quando existe uma relação racional entre elas e o objetivo estatal que a norma pretende atingir.¹⁰⁸

Mas todas as formas de tratamento diferenciado estão de certa forma racionalmente relacionadas com um objetivo estatal. A noção de razoabilidade surge então como um princípio que tem a função de estabelecer um parâmetro para a avaliação da legitimidade dos interesses estatais. As

108 Ver, por exemplo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade No. 489, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Octavio Galotti, DJ 28.08.1998 [indeferindo ação direta de inconstitucionalidade porque a norma garantindo contagem de tempo de serviço em dobro para pessoas que ocupam o cargo de secretário de estado não confronta o princípio da isonomia]; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Apelação Cível, No. [601361952-2/2, Rel. Francisco de Assis Betti [afirmando que o princípio da isonomia formal não tem caráter absoluto. As diferenças entre de funções entre funcionários públicos pode ensejar salários diferentes entre os mesmos]; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Embargos Infringentes No. 1997.02.01.37994-6, Órgão Julgador: 4ª Seção Especializada, Relator: Luiz Paulo do Silva Araújo Filho, 29.05.2008 [considerando como relevante a diferença entre alunos de instituições públicas civis e alunos de instituições militares porque os últimos recebem formação superior paralela à formação militar, o que os possibilita a seguir carreira militar após a formação superior]; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Ação Cível No. 1999.34.00.29345-2, Relator: César Augusto Beassi [argumentando que a Constituição garante o acesso a cargos públicos a todos os brasileiros, mas que o poder público tem o poder de estabelecer requisitos que sejam compatíveis com a especificidade do cargo em questão].

diferenças entre as pessoas só se tornam relevantes quando existe uma congruência entre elas e o interesse público que está sendo perseguido. Não se pode então erigir o sexo como critério de tratamento diferenciado quando se pretende apenas criar privilégios para homens. Homens e mulheres serão submetidos a tratamento distinto apenas quando o gênero dos indivíduos pode ser apontado como uma característica relevante, tendo em vista um objetivo estatal. O reconhecimento da igual dignidade entre homens e mulheres surge então como um limite ao poder regulador estatal, servindo como um parâmetro para o julgamento dos objetivos dos atos governamentais.¹⁰⁹

Nossos tribunais também utilizam o princípio da proporcionalidade para avaliar a racionalidade de atos estatais. A doutrina divide a noção de proporcionalidade em três elementos diferentes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro considera a capacidade da classificação adotada para fomentar um interesse estatal. Neste primeiro momento do processo de escrutínio, o intérprete deve considerar se a classificação é o instrumento mais adequado para alcançar um objetivo legítimo. O intérprete deve examinar posteriormente se os meios encontrados para promover este objetivo é a alternativa menos restritiva de direitos fundamentais. Portanto, a ideia de necessidade coloca a questão de saber se um ato governamental pode chegar a um fim específico com uma maneira menos intrusiva. Na última fase deste inquérito judicial, o intérprete deve avaliar a existência de um equilíbrio entre a restrição de um direito fundamental e a importância da meta constitucional de que a medida visa alcançar.¹¹⁰

A utilização dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade para a interpretação do princípio da igualdade tem importância fundamental para a atividade do poder judiciário, pois cabe aos juízes determinar se as classificações presentes nos atos governamentais estão em harmonia com o mandamento da igualdade. A classificação é um processo inerente à atividade governamental, o legislador está sempre estabelecendo classificações que procuram promover algum interesse estatal. Esse processo implica necessariamente o tratamento diferenciado entre os indivíduos em função de um determinado fator, criando assim uma classe ou grupo de pessoas que possuem uma característica comum.

109 BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

110 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: JusPodivm, 2014. p. 231- 236.

O princípio da igualdade demanda então que indivíduos similarmemente situados sejam tratados de forma similar.¹¹¹

A exigência de tratamento isonômico entre os membros de uma classe está fundamentada em uma noção de justiça identificada com o preceito da igualdade formal. Todos os seres humanos devem ser tratados igualmente porque todos eles são seres igualmente racionais e autônomos. A norma jurídica deve ser universal, pois ela deve ser formulada em termos inteiramente impessoais. Ela também deve ser pautada pelo princípio da generalidade, o que requer a inclusão quantitativa de todos os membros da classe criada pela norma jurídica e exclusão de todos que não pertencem a ela. Essa exigência de universalidade e generalidade indica o caráter individualista do princípio da igualdade formal: a isonomia formal identifica a noção de justiça com o tratamento simétrico de todos os indivíduos que pertencem a uma mesma classe.¹¹²

A doutrina brasileira entende que quaisquer diferenças existentes nas pessoas ou quaisquer situações jurídicas podem ser utilizadas como forma de tratamento diferenciado. Essa afirmação está baseada no fato de que a violação do princípio da igualdade não decorre apenas da utilização de uma determinada característica como fator de tratamento discriminatório, mas, sim, da relação arbitrária entre essa característica e objetivo da legislação em questão. Vemos então que a existência de uma pertinência lógica entre o critério diferenciador e a finalidade da legislação pode ser apontada como o principal aspecto do processo de verificação da adequação da norma jurídica ao princípio da igualdade. Sabe-se que as normas jurídicas procuram regular circunstâncias concretas por meio dos princípios que estruturam o sistema jurídico. Como a atuação estatal deve estar submetida aos princípios constitucionais, as normas criadas pelo pelas instituições governamentais devem sempre utilizar meios justos para alcançar finalidades estatais legítimas.¹¹³

A violação do princípio da igualdade acontece quando uma norma jurídica diferencia indivíduos ou situações para regulá-las segundo fatores que não guardam uma relação racional com um objetivo estatal legítimo. A conexão lógica entre o fator de discriminação e o objetivo da relação determina, portanto, a validade da regra submetida ao controle de constitucionalidade. Isso significa que a inconstitucionalidade não resulta simplesmente da utilização de determinadas características,

111 MELLO, Antônio Celso Bandeira, *op. cit.*, p. 9-11.

112 *Idem.* p. 26-28.

113 BARROSO, Luis Roberto, *op. cit.*, p. 206.

mas sim da existência de uma relação arbitrária entre essas categorias e o objetivo perseguido pelo ato estatal.¹¹⁴ Um ato estatal pode violar o princípio da igualdade pelos seguintes motivos: ele pode deixar de incluir todos os membros de uma classe, impedindo então a proteção jurídica de todos os membros de uma classe; ele pode também ter efeitos sobre pessoas que não pertencem a uma classe e também utilizar uma forma de classificação expressamente proibida pela legislação sendo então um tipo de tratamento diferenciado que não guarda relação com o interesse público. Vemos então que a exigência da existência de uma diferença relevante para a justificação de um tratamento diferenciado entre pessoas similarmente situadas está, então, relacionada com a necessidade de precisão da correlação entre fator de discrimen e o interesse estatal. Analisaremos cada uma dessas hipóteses nos parágrafos seguintes.

O exame da racionalidade dos atos governamentais parte da análise do tratamento de uma determinada norma em relação a uma classe de indivíduos. Os atos governamentais invariavelmente elegem uma determinada característica pessoal, um tipo de relação jurídica ou uma combinação desses dois elementos para definir uma classe de indivíduos sobre a qual incidirá um tratamento diferenciado. O princípio da razoabilidade exige a demonstração da existência de uma congruência considerável entre o fator de discrimen e um interesse público. Muitos atos governamentais são manifestadamente inconstitucionais porque empregam meios que não são capazes de alcançar um interesse estatal legítimo. Um tipo comum de violação da igualdade acontece quando a norma jurídica deixa de incluir todos os indivíduos que possuem a característica que define uma classe. Como a classificação não inclui todas as pessoas que estão similarmente situadas, a utilização do fator de discrimen exige uma justificação racional. O juiz considerará essa norma inconstitucional quando a exclusão de pessoas está em desacordo com o objetivo que a legislação pretende alcançar. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando uma norma estatal estabelece um benefício para uma classe de indivíduos, mas deixa de fora outras pessoas que estão exatamente na mesma situação.¹¹⁵

114 MELLO, Antônio Celso Bandeira, *op. cit.*, p. 37-38.

115 Ver, por exemplo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo de Instrumento No. 277.883-9, Órgão Julgador: 1ª Turma, Relatora: Ellen Gracie, DJ 22.06.2001 [afirmando que norma jurídica excluindo funcionário com curso superior de benefícios financeiros não viola o princípio da igualdade porque a lei pretende beneficiar aqueles funcionários que não foram beneficiados com altos salários durante as suas carreiras profissionais]; BRASIL. ▶

Como o princípio da razoabilidade pretende eliminar aqueles critérios que não são suficientemente adequados para a realização dos objetivos estatais, esse ato estatal será considerado inconstitucional porque não existe uma correlação suficientemente adequada entre os dois termos dessa relação. Esse tipo de legislação viola o princípio da igualdade porque está em desacordo com o princípio da generalidade: todas as pessoas situadas em uma classe devem ser tratadas da mesma forma, sem exclusões arbitrárias. Por exemplo, pessoas impedidas de se candidatarem para o cargo de agente policial porque estão abaixo do limite de altura estabelecido pelo edital de um concurso podem alegar que essa norma é discriminatória. O edital deixa de incluir pessoas que possuem habilidades físicas para o exercício das funções do cargo em

▶ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade No. 1.326-2/SC, Órgão Julgador: Plenário, Relator: Carlos Veloso, 26.09.1997 [decidindo que a exigência de conclusão de curso superior em certas áreas como requisito para o acesso a empregos públicos não viola o princípio da igualdade]; BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade No. 2.652-6/DF, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Maurício Correra, DJ 14.11.2003 [declarando a inconstitucionalidade de norma jurídica que excluiu advogados que atuam no setor privado de pagamento de multa por obstrução à justiça]; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial No. 600.365, Órgão Julgador: 2ª Turma, Relator: Franciulli Neto, DJ. 09.04.2004 [garantindo o direito de matrícula a aluno de curso fundamental obrigado a mudar de cidade em função da transferência do pai de uma cidade para outra sob o argumento de que o sistema jurídico não pode garantir tal benefício a alunos de curso superior e excluir os de ensino fundamental]; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Ação Cível, No. 1999.04.01.072109-1, Órgão Relator: 3ª. Câmara Cível, Relator: Rel. Roger Raupp Rios, DJU 13.02.2000 [declarando a inconstitucionalidade de edital de concurso público que só permitia a inscrição de engenheiros inscritos no CREA sob a alegação de inexistência de relação racional entre esse critério e o objetivo da legislação]; BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, AO 1.0024.04.441587-5/001(1), Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível, Relator: 01.12.2005 [negando provimento a recurso sob o argumento de que a restrição de concessão de benefícios aos filhos de funcionários da ativa não viola o princípio da igualdade, porque tal benefício pretende possibilitar cuidados aos filhos desses funcionários enquanto eles enfrentam a jornada de trabalho].

questão, habilidades que não estão necessariamente relacionadas com a altura da pessoa.¹¹⁶

Algumas normas jurídicas violam o princípio da razoabilidade porque incluem pessoas que não pertencem à classe de indivíduos criada pelo ato estatal. Enquanto a forma de classificação anterior deixava de incluir todos os indivíduos de uma classe, indivíduos cuja inclusão guarda uma relação com o objetivo estatal, essa forma de classificação inclui indivíduos que não possuem o mesmo traço distintivo que determina a classe. Temos também, nesse caso, uma violação do princípio da igualdade porque a legislação não utiliza uma forma de classificação adequadamente delineada para o alcance do interesse estatal que a legislação pretende alcançar.¹¹⁷ Como a noção de racionalidade das

116 A doutrina norte-americana denomina essas classificações como *under-inclusive classifications*. Essas classificações não podem ser tidas como racionais porque elas não estabelecem um tratamento simétrico entre os membros de uma determinada classe. Esse preceito levou a Suprema Corte dos Estados Unidos a declarar a inconstitucionalidade de inúmeros atos governamentais ao longo das últimas décadas. Mas devemos lembrar que as políticas públicas sempre utilizam um certo grau de generalização. Os tribunais norte-americanos reconhecem muitas vezes que essas classificações são *under-inclusive*, mas mantêm a constitucionalidade das mesmas. Isso acontece quando o legislador entende que a solução para um determinado problema social demanda a inclusão progressiva de todos os membros de uma determinada classe de indivíduos. A inclusão imediata de todos os membros seria problemática para a consecução de políticas públicas que tem um caráter experimental.

117 Ver, por exemplo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AR 1.376-4/MG. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Celso de Melo, DJ 16.02.2007 [afirmando que o privilégio de foro perante o STF aplica-se apenas às pessoas que ainda estão titularizadas, não podendo tal benefício ser estendido a ex-ocupantes de cargos ou a ex-titulares de mandatos eletivos]; BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Especial No. 359.444-3/MG, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Carlos Velloso, DJ 28.05.2004 [classificando como violador do princípio da igualdade o ato normativo que outorga permissões para a condução de veículos sem qualificação necessária]; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Ação Cível No. 2001.71.00.030423-3, Órgão Julgador: 3. Turma, Relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, DE 26.07.2007 [negando provimento de recurso de decisão que não inclui ex-combatentes do Esquadrão de Suez como beneficiários de pensão especial, sob o argumento que a inclusão desses combatentes estende benefícios a pessoas que não estão incluídas ▶

classificações legislativas está baseada no nível da congruência existente entre a eleição de um tratamento discriminatório e o objetivo estatal legítimo, a inclusão de indivíduos que não pertencem a uma determinada classe aparece como uma demonstração da violação do mandamento da razoabilidade. Aqueles candidatos excluídos do certame poderiam alegar que a exclusão dos mesmos viola o princípio da igualdade porque inclui pessoas que não estão qualificadas para o exercício das atividades de um agente policial. Algumas pessoas que estão acima do limite de altura podem ser fisicamente débeis e não ter a força física requerida para as funções do cargo em questão. Isso significa que a norma inclui pessoas que não estão aptas a atingir um interesse estatal, nesse caso, a segurança pública.¹¹⁸

Mas a análise da racionalidade das classificações legislativas não se restringe ao exame da existência de exclusão ou inclusão arbitrária de membros de uma determinada classe. Uma classificação pode violar o mandamento da igualdade porque a legislação não permite a utilização do *discrimen* em questão. Temos aqui uma violação do princípio da razoabilidade porque o legislador utiliza classificações que não são passíveis de alcançar nenhum objetivo estatal legítimo. Isso acontece sempre que a forma de tratamento diferenciado está baseada em estere-

▶ na norma jurídica que estende tal benefício apenas para ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial]; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Ação Cível No. 417.818/CE, Órgão Julgador: 1ª Turma, Relator: Élio Siqueira, 26.07.2007 [afirmando que percentagem de reajuste sobre aposentadoria não se estende aos funcionários que não participaram das negociações trabalhistas, entendimento que não viola o princípio da igualdade].

118 Essas classificações são chamadas de *over-inclusive classifications* na doutrina norte-americana. Ao contrário das *under-inclusive classifications*, os tribunais daquele país raramente reconhecem a constitucionalidade dessas classificações legislativas. O problema dessa forma de classificação legislativa reside no fato de que elas violam o princípio moral segundo o qual as pessoas devem ser atingidas apenas pelas consequências de suas ações. Apesar dos problemas associados com esse tipo de classificação, os tribunais norte-americanos chegaram a manter a constitucionalidade dessas classificações em alguns casos excepcionais. Ver, por exemplo: *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81 (1943) e *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944) [mantendo a constitucionalidade de norma que proibia a permanência de todas as pessoas de ascendência japonesa perto de bases militares, o que incluía pessoas de ascendência japonesa nascidas nos Estados Unidos].

ótipos sociais que não guardam quaisquer relações com o exercício de direitos fundamentais. Esses estereótipos têm a função de manter uma ordem social que privilegia certos grupos que comandam o processo político. Muitos órgãos públicos e privados podem recorrer a tratamento discriminatório contra certas categorias de indivíduos, procedimento que viola o princípio da razoabilidade porque constitui uma tentativa de excluir certos grupos de indivíduos de benefícios sociais.¹¹⁹

O processo de interpretação da igualdade requer também a consideração da legitimidade dos interesses estatais perseguidos pela norma jurídica, cabe às cortes determinar a legitimidade do objetivo que a autoridade governamental procurou alcançar com a utilização de uma classificação. Esse exercício requer a análise do problema que a autoridade pretende resolver, como também uma avaliação do custo social da utilização de um critério de tratamento diferenciado. Nem o legislador nem o juiz podem determinar com certeza o grau de congruência entre um fator de tratamento diferenciado e um interesse estatal.

O estabelecimento de políticas públicas requer inúmeras generalizações que podem não guardar uma relação empírica com a realidade social. Os órgãos estatais não poderiam implementar uma política pública se as instituições estatais fossem obrigadas a provar que todos os

119 Ver, por exemplo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial No. 154.857/DF, Órgão Julgador, 6ª. Turma, Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 26.10.1998 [decidindo que a exclusão de uma testemunha pelo simples fato da mesma ser homossexual viola o princípio da igualdade porque a orientação sexual não impede ninguém de atuar como testemunha no processo penal]; BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário No. 377.440/RS, Relator: Moreira Alves – DJ 12.05.2003 [reformando decisão inferior que negou pedido de pensão ao companheiro de uma funcionária pública estadual, sob o argumento de que a Constituição Federal estabelece a igualdade de sexos como um direito fundamental]; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Ação Cível, No. 1999.00.01.003173-5/DF, Órgão Julgador: 1ª. Turma, Relator: Julier Sebastião da Silva – DJ 15.10.2001 [negando provimento interposto pela Política Federal em função de decisão que obrigou aquela instituição a aceitar a inscrição de candidato homossexual por entender que a sua exclusão viola o princípio da igualdade]; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, REO 2005.51.01.025437-3 Órgão Julgador: 6ª. Turma, Relator: Frederico Gueiros, DJU 08.06.2007 [afirmando que a exigência de espera de um ano para o ingresso de aluno aprovado em certame público em função do estabelecimento mínimo de idade dá igualdade de acesso dos cidadãos às instituições escolares].

membros de uma determinada classe possuem um determinado traço. Os tribunais podem chegar à conclusão que a utilização de um fator de discrimen é legítima porque o objetivo estatal ao qual ele está relacionado está constitucionalmente protegido. Um determinado tribunal pode concluir que o estabelecimento de limite de altura atende um interesse estatal legítimo porque pessoas mais altas estão mais capacitadas para proteger a população. A inclusão de pessoas de baixa estatura poderia trazer sérios riscos para a segurança pública e a proteção da população é certamente um interesse estatal constitucionalmente protegido. Algumas pessoas de baixa estatura podem ser mais qualificadas do que pessoas mais altas, mas o aplicador do direito conclui que a altura é uma diferença suficientemente relevante para restringir o acesso de um certo grupo de pessoas a um cargo público.¹²⁰

120 Ver, por exemplo: STF – 2ª T. – RE 140.889-8/MS – Rel. Celso de Mello – DJ 15.12.2000 [mantendo decisão de instância inferior que reconheceu a razoabilidade de se exigir altura mínima para o cargo de delegado da Polícia Federal, pois tal exigência está racionalmente relacionada com as funções do cargo].