

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 benéficos, 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 similarmente 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 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 Julgador: 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].