

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE COMO LIMITAÇÃO À ATUAÇÃO DO ESTADO*

THE PRINCIPLE OF EQUALITY AS A CONSTRAINT TO THE STATE PERFORMANCE

PAULO BONAVIDES

Membro do Comitê de Iniciativa que fundou a Associação Internacional de Direito Constitucional (Belgrado) da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e do Instituto Ibero-americano de Direito Constitucional. Foi professor catedrático na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e professor visitante nas Universidades de Colônia (1982), do Tennessee (1984) e de Coimbra (1989).

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O princípio da igualdade no Estado liberal – 3. A igualdade no Estado social – 4. O princípio da igualdade como princípio limitativo da ação do Estado.

RESUMO: Neste artigo, a essência emblemática do sentido da igualdade, aplicado à esfera social e jurídica, é tematizada teórica e historicamente. Virtualizada pela interpretação hermenêutica, a intenção posta na análise é a de compreender o teor da crise que ensejou as possibilidades de um compromisso democrático com uma igualdade relativa, que no Estado Social contemporâneo expressa-se como direito e como técnica. Como direito, essa igualdade relativa vinculou-se à concepção liberal, dando-lhe prosseguimento ao restringir e limitar a atuação do Estado; como técnica inseriu-se no espaço social da chamada Constituição aberta, configurando-se como a mais valiosa das garantias sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Igualdade, Limitação, Compromisso democrático, Estado liberal, Estado social, Constituição aberta, Garantia social.

ABSTRACT: The theoretical, historical analysis in this article focuses the symbolic essence of the sense of equality applied to the social and legal spheres. Through hermeneutics, the author grasps the contents of the crisis that made possible to have a democratic commitment to a relative equality that, in today's Constitutional State, expresses itself as a right and as a technique. As a right, this relative equality is linked to the liberal conception, unfolding it by imposing constraints to the State action. As a technique, it became inserted in the social space of the "open Constitution", assuming the form of the most valuable social guarantee.

KEYWORDS: Equality, Restraint, Democratic commitment, Liberal State, Social State, Open Constitution, Social guarantee.

Recebido para publicação em outubro de 2003.

* Texto originalmente publicado em *A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 112-128.

1. Introdução

O princípio da igualdade figura entre os temas mais latos e equívocos de quantos a Filosofia, a Ciência Política e o Direito fizeram objeto de suas reflexões, desde a Antiguidade aos nossos dias. Cada época retoma-o, na esperança de interpretá-lo com menos incerteza, verificando-se, porém, a renovação de velhas dificuldades que fazem seu conhecimento tão problemático quanto o da democracia, desde muito inexoravelmente atada ao irracionalismo de juízos passionais que aquecem a imaginação, mas esfriam a lógica e o raciocínio.

A busca da verdade acerca da isonomia, conduzida à esfera especulativa, abandona o campo estritamente científico para mergulhar no devaneio metafísico. Com efeito, esse obstáculo inicial decorre da circunstância de que estamos em presença de uma noção aberta, tanto à interferência filosófica como à inquirição política e ideológica, mas cuja ignorância faria ininteligível esse conceito nos seus próprios fundamentos, pois em verdade contém o princípio da igualdade uma certa medida essencial de valor com substrato impossível de se conter em dimensão unicamente jurídica.

É mais fácil lidar nas Constituições com os direitos da liberdade, usualmente catalogados como direitos fundamentais e discriminados de maneira quase didática nos textos constitucionais, do que com a igualdade, que, apesar de sua fluidez e amplitude, nem por isso deixa de ser o outro pólo básico ao redor do qual gravita toda a ordem constitucional na sociedade contemporânea.

O primeiro contraste que se nos oferece é exatamente este pertinente à relação de igualdade e liberdade como valores fundamentais da convivência e princípios de uma ordem jurídica traçada segundo a inspira-

ção de um ideal de justiça, paz e segurança. Conduzidos ao plano histórico, exprimem eles, respectivamente, os dois ordenamentos – chaves do Estado moderno, a saber, as duas formas sucessivas que o molde ideológico de organização política do Estado ocidental tomou nos dois últimos séculos: o Estado liberal, abraçado à liberdade, com o culto da personalidade como valorização tutelar, e o Estado social, preso à igualdade, como culto democrático da dignidade humana.

Antes, porém, de analisarmos a institucionalização da igualdade em termos jurídicos, faz-se mister compreendê-la filosoficamente como um valor que o Direito depois elegeu para implantá-lo na sociedade, sob a inspiração dos anseios de justiça e segurança social. Não padece dúvida de que a consideração filosófica assume importância capital para a compreensão do tema, importância, aliás, reconhecida por Leibholz, antigo juiz da Corte constitucional de Karlsruhe, professor da Universidade de Goettingen e autor da monografia mais profunda e clássica que já se escreveu na literatura jurídica acerca do princípio da igualdade perante a lei. A omissão do aspecto filosófico faria, pois, impossível, segundo o insigne jurista, elucidar o conceito de igualdade.

O eixo da indagação filosófica sobre o tema não pode ser senão este: são os homens iguais ou desiguais por natureza?

A primeira tese que vingou nos tempos clássicos foi a da desigualdade natural dos seres humanos proclamada por Aristóteles e Platão, servindo-lhes de base a toda a especulação política subsequente.

É Platão o filósofo teorista por excelência dessa desigualdade. A guerra, a doença, a tempestade, configurando o perigo e o risco, repartem os homens entre fracos e fortes, ignorantes e sábios, governados e

governantes, apedeutas e especialistas, entre “o saber que se impõe e a ignorância que se confessa”, como se fora, diz um jurista – comentando a obra de Platão –, uma necessidade tão inelutável quanto a lei da oferta e da procura.

A desigualdade, estabelecida pela natureza, compelia, por exemplo, na borrasca, o marujo a uma dócil obediência ao timoneiro, seu “salvador”. Produzia-se, assim, uma submissão – origem do governo – derivada da natureza das coisas.

Tomou esse raciocínio na reflexão conservadora daquele pensamento filosófico a dimensão ilustrativa da crença mediante a qual uns haviam nascido para comandar, outros para obedecer. Na raiz disso tudo estava a discriminação orgulhosa com que o grego se presumia superior ao bárbaro, o senhor ao escravo, o nobre ao plebeu, convicções expressivas de uma desigualdade natural convertida em desigualdade social. A Antiguidade clássica viveu em larga parte à sombra dessa crença, só abalada posteriormente com os estóicos e os cristãos.

Mas teríamos de aguardar a Idade Moderna para presenciar a inteira e consciente ruptura dessa tese, que o argumento de novas escolas e novos pensadores intentaria arruinar. E nesse quadro já moderno que se nos depara a intervenção de Hobbes, começo decisivo de uma posição comum, característica de toda a moderna escola jusnaturalista tocante ao problema da igualdade.

A novidade fundamental da filosofia hobbesiana é a que resulta do reconhecimento ou presunção, pela primeira vez, de uma igualdade natural, cuja admissão se faz indispensável para que se possa obter a paz. Intérpretes dessa conclusão do filósofo referem-se a uma “igualdade natural de compensação”, em virtude da

hesitação do texto de Hobbes, onde primeiro teve ele de excluir a relevância da desigualdade de corpo e alma, para cimentar uma igualdade natural. Dizia o pensador: “É fácil ao homem mais fraco matar o mais forte, não se admitindo que alguém, confiando em suas forças, possa se julgar por natureza superior, uma vez que a desigualdade atual – por exemplo, a da riqueza, do poder ou da aristocracia – provém da lei civil”.

O passo decisivo de Hobbes acha-se voltado para a igualdade natural, fazendo estremecer as premissas aristotélicas e platonianas de uma desigualdade natural. Não chega ele, contudo, à igualdade civil, senão que primeiro intenta legitimar a desigualdade instituída pela lei, por via do contrato, ou seja, a existente no estado de sociedade: uma desigualdade institucional que se lhe afigura necessária como instrumento básico de conservação da paz e da segurança.

Representa ela para Hobbes o preço que o homem, quando sacrifica aquela liberdade geradora de uma permanente beligerância da espécie humana no estado de natureza, paga ao Estado pela certeza da convivência no plano da relação jurídica e da submissão à autoridade.

Da igualdade natural para a igualdade na ordem social era o caminho que a Filosofia teria ainda que seguir, concentrando toda sua crítica, como fez Rousseau, nas desigualdades provenientes da lei, do Direito instituído na sociedade. Ficara Hobbes, pois, à retaguarda; o passo dianteiro seria dado por Rousseau, que parte diretamente no rumo de uma análise reflexiva, cujo resultado mais importante é, sem dúvida nenhuma, o princípio da igualdade perante a lei.

Lançava-se, assim, a ponte que unia a especulação filosófica a uma proposição já perfeitamente vinculável ao Direito. A

igualdade civil convertera-se no tema central de todas as cogitações filosóficas, políticas e jurídicas dos tempos modernos, investigada desde os seus fundamentos, numa inquirição que talvez fosse melhor designar de ideológica, pela abrangência de aspectos e valores inculcados por essa qualificação menos específica.

Os dois princípios – o da igualdade natural e o da igualdade civil –, já conciliados, se exteriorizaram numa positivação jurídica solene, quando a primeira Constituição revolucionária da França, de 03.09.1791, incorporou ao seu texto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada a 26.08.1789.

Reza o art. 111 daquela Constituição: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais somente podem fundar-se na utilidade comum”.

A igualdade civil moderna nasceu com a Revolução Francesa e a filosofia política e jurídica que a antecedeu. Dois pensadores tornaram-se clássicos no exame da implantação do princípio da igualdade: Rousseau, que teorizou a igualdade civil, e Marx, que lhe conferiu a dimensão material ou econômica, derogando aquela por ilusória, numa crítica contundente, cujas consequências alteraram depois, parcialmente, as bases do Estado moderno.

Examinemos, em ligeiros traços, a essência das duas posições com respeito ao princípio da igualdade.

A igualdade foi posta politicamente como um esquema para transcender ou dirimir o conflito e a contradição entre a liberdade e o poder, entre governados e governantes, entre o homem e o Estado, entre a maioria e a minoria. Buscando-se a igualdade, buscava-se a unanimidade. Rousseau julgou encontrá-la na igualdade jurídica dos cidadãos.

Essa igualdade poderia ser estabelecida, segundo o filósofo, no estado de sociedade, onde imperavam desigualdades provenientes unicamente do artifício das instituições, da injustiça da lei civil, que desconheceu ou menosprezara a liberdade natural do homem.

A tese básica do *Contrato social* é a discussão desse problema, tanto quanto a do célebre *Discurso* sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Mas a discussão somente naquele traz a receita para emancipar seres humanos que, tendo nascido livres, eram vistos pelo filósofo, por toda parte, carregados de ferros. A retomada da liberdade, Rousseau a propõe mediante o chamado *Contrato social*, tese predileta do direito natural racionalista.

Ironizando a afirmativa de Aristóteles de que há escravos por natureza, assevera Rousseau que isso acontecia por haver escravos contra a natureza, a saber, homens que, tendo nascido na escravidão, nasceram, pois, para ser escravos. Aristóteles tomara, segundo ele, o efeito pela causa. A força fez os primeiros escravos – afirmou Rousseau –, e sua frouxidão os perpetuou. Entende o pensador que, estabelecendo-se a igualdade jurídica entre os cidadãos, terão eles os mesmos interesses, circunstância que conduziria à eliminação das desigualdades de fato e, por consequência, à unanimidade.

Desapareceria, assim, o conflito potencial entre o poder e a liberdade, harmonizados por meio da *volonté générale* do povo.

Projetou-se esse pensamento de fundo contratualista sobre a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, segundo a qual “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”. A Declaração apontava ao mesmo tempo para

o fato de que “a ignorância, o esquecimento ou desprezo dos direitos do homem”, entre os quais figuravam em primeiro lugar na filosofia revolucionária a liberdade e a igualdade, constituíam as únicas causas das “desgraças públicas e da corrupção dos governos”.

Mas, ainda estabelecida a igualdade preconizada por Rousseau, a minoria não deixaria de existir, o que o filósofo mesmo chegava a reconhecer, procurando, contudo, apoucá-la mediante a evasiva de que jamais seria ela oprimida, visto que a maioria não poderia nunca enganar-se. Nesse ponto vulnerável de suas teses, Rousseau acabou assimilando a minoria à maioria, para sustentar o frágil postulado da unanimidade do corpo social democrático, assentado na igualdade jurídica ou igualdade dos cidadãos.

A utopia de uma igualdade absoluta, alcançada por via da igualdade jurídica, ficou patente quando a reflexão demonstrou que esta última não eliminava as desigualdades materiais, aumentadas historicamente em razão da chamada Revolução Industrial, da introdução da máquina e do conseqüente surto do capitalismo.

Uma nova utopia de fundo socialista surgiu, porém, culminando com o marxismo, em busca também da igualdade absoluta, ou seja, da unanimidade. Depois de criticar a igualdade pretendida pela revolução burguesa, o marxismo se propõe a alcançá-la por outro caminho, a saber, mediante a eliminação das desigualdades materiais, econômicas e sociais, que persistem debaixo do manto formal da igualdade jurídica de Rousseau e dos racionalistas franceses.

O suposto socialismo científico de Marx pretende chegar à igualdade material, única, segundo ele, apta a tornar possível a verdadeira igualdade jurídica, pondo ter-

mo, assim, às desigualdades oriundas da sociedade de classes. Enquanto houvesse classes sociais, haveria desigualdade. E as classes jamais se extinguiriam na sociedade se os meios de produção não passassem da apropriação individual para a apropriação social. Quando, porém, se efetivasse essa passagem crucial, já não haveria necessidade do Estado, o órgão mantenedor e perpetuador da diferenciação de classes. Lograr-se-ia, dessa maneira, a homogeneidade social, o fim da distinção entre governantes e governados, maiorias e minorias – em suma, a unanimidade, a igualdade, em termos absolutos.

Contra essas duas correntes radicais – a de Rousseau, postulando a inteira igualdade como igualdade jurídica, sem o complemento da desigualdade, e a de Marx, aspirando a idêntico resultado, como igualdade material – levanta-se o compromisso democrático de uma igualdade relativa, aquela que o direito constitucional positivo do Ocidente tem acolhido nas linhas mestras de seu processo evolutivo, e que faremos, a seguir, objeto central no prosseguimento deste ensaio.

A igualdade relativa institucionaliza-se tanto no Estado liberal como no Estado social, com variantes expressivas que sujeitaremos a um repasse crítico e expositivo. Aqui, o princípio da igualdade é relativo, não constitui obstáculo à tese teórica de que ele limita necessariamente o poder do Estado. O que é relativo é o processo de institucionalização da igualdade, não o princípio em si, considerado intrinsecamente, como idéia, como noção abstrata, com força bastante racional suficiente para colocá-lo, na ordem dos valores, acima da legislação ordinária, que emana do Estado e que o vincula, conforme veremos.

Em outras palavras, a igualdade no plano metafísico ou na esfera axiológica

permanece absoluta, pelo menos na filosofia do Estado liberal, mas sua institucionalização, ao contrário da hipótese de Rousseau e Marx, já não é ambiciosamente procurada em termos absolutos no terreno fático, ou seja, na realidade positiva, na concreção dos ordenamentos jurídicos.

Por esse prisma, que distingue a igualdade teórica da igualdade fática, se constrói toda a teoria igualitária tanto do Estado liberal como do Estado social. Há entre ambas significativas diferenças, mas essencialmente são limitativas do poder do Estado, em termos de teoria, sem embargo da contradição que sua relatividade poderia inculcar.

Essa relatividade atenua-se quando observamos que a igualdade teórica, como igualdade absoluta, embora exterior, distante ou de impossível aplicação, nem por isso se faz desnecessária, constituindo um valor ou fonte ideal de inspiração para a justiça e a liberdade. Os constituintes do Estado democrático moderno jamais a desprezaram, por servir-lhes de norte ou horizonte. Fizeram-na, conforme veremos, o princípio elementar de limitação teórica do poder estatal, não quebrantando, assim, os laços teóricos que a prendem à igualdade concreta, àquela que no plano institucional se relativizou.

2. O princípio da igualdade no Estado liberal

Na doutrina do Estado liberal a igualdade é concebida, do ponto de vista filosófico, como um direito fundamental que entra na categoria dos direitos naturais – portanto, como um dos elementos componentes da idéia de justiça.

Sem essa colocação filosófica da noção de igualdade, que é vista igualmente como um termo afim, complementar, harmônico

e até certo ponto integrativo da liberdade, com a qual não colide, o Estado liberal não poderia ter destruído a teoria do poder absoluto, contra a qual investiu historicamente, pondo termo ao ciclo das realezas de direito divino e inaugurando um novo feixe de instituições políticas, sociais e econômicas, representativas de outro estilo de organização da sociedade, tão distinto daquele positivado na aliança das instituições feudais com o absolutismo monárquico.

Partindo da igualdade natural, a tese liberal, justificativa do poder do Estado como instrumento de uma sociedade inspirada no contrato, que valorizava basicamente os fins individuais, não poderia deixar de fazer da igualdade, tanto quanto da liberdade, dois conceitos – limites, restritivos do ordenamento estatal.

Mas, ao invés de pôr a ênfase também na institucionalização da igualdade como um direito natural, conforme procederam com respeito à liberdade, concebida enquanto liberdade do indivíduo e oposta, qual uma constante, ao poder do Estado, que fizeram os teóricos do Estado liberal?

Primeiro, para guardar coerência doutrinária, inscreveram-na nas declarações constitucionais de direitos, não constituindo, portanto, surpresa encontrá-la gravada na primeira Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, debaixo daquela solene proposição já vista de que “todos os homens nascem livres e iguais em direitos”. A seguir, fizeram a mesma profissão de fé tocante à igualdade civil, ou seja, a afirmativa de que todos os homens são iguais perante a lei, logo convertida num axioma constitucional do liberalismo.

Mas, manipulando dois conceitos básicos – o de liberdade e o de igualdade –, somente puderam conciliá-los, na aplicação institucional, mediante o sacrifício do

segundo, ou seja, da igualdade, em sua compreensão absoluta, isto é, como direito absoluto também oponível ao Estado e que pertence a cada indivíduo. Se ontem, no plano das instituições, o Estado liberal sacrificava a igualdade, hoje, o Estado social tende a sacrificar a liberdade.

Esse desvio ou paradoxo do liberalismo, imolando a igualdade e apartando-a da igualdade natural, foi manifesto no que se refere à institucionalização da igualdade política. Revelou também aquela doutrina as mesmas hesitações, porém com implicações menos graves com referência à igualdade civil, que ficou inteiramente estancada numa consideração de todo formal.

No que tange à igualdade política, os liberais conceberam-na segundo a fórmula aristotélica de igualdade proporcional, igualdade diferenciada ou relativa, que faz da própria desigualdade um complemento indispensável, de que não pode prescindir.

Essa igualdade procura dar a cada um o que se lhe deve, segundo o seu mérito, *suum cuique tribuere*, como constava da máxima romana. Canoniza, pois, na aplicação institucional o critério diferenciador, fundado sobre aptidões naturais, capacidade intelectual, talento, caráter, propriedade. Era a consagração do conceito aristotélico da justiça distributiva, base de uma igualdade discriminadora, que importava tratar os iguais de modo igual e os desiguais desigualmente. Trasladada ao plano político, como significativamente aconteceu, representava, porém, um rompimento com a tese da desigualdade natural, que o liberalismo não ousava transportar para aquela esfera, embora a admitisse no plano jurídico e civil propriamente dito, mas ainda aqui, conforme veremos, com cautelas que lhe exauriam quase todo o conteúdo, pelo formalismo abstrato e obstaculi-

zante do sentido material, ou seja, da aplicabilidade que pudesse ter como limite jurídico efetivo ao poder do Estado.

A modalidade de sufrágio introduzida e acolhida pelo Estado liberal fez-se ilustrativa de uma concepção de igualdade política exatamente em moldes aristotélicos, a saber, uma igualdade relativa ou proporcional. A ideologia liberal, de caráter aristocrático, entendia legítimas e essenciais as distinções que faziam heterogênea a sociedade, pela educação, renda, patrimônio, capacidade intelectual, aptidão de seus membros.

A igualdade expressava-se, assim, mediante um critério diferenciador, que institucionalizava e mantinha distinções reconhecidas na época por justas ou relevantes, no interesse evidente do predomínio da ordem constitucional burguesa. Disso resultou a inevitável consagração, no domínio político, de um sufrágio restrito ou limitado, traduzido, por exemplo, na admissão do voto plural, que poderia favorecer em distintos sistemas estatais certas categorias de pessoas, em razão de instrução, bens materiais, sexo ou idade.

A capacidade eleitoral, não sendo reconhecida a todos igualmente, segundo uma igualdade absoluta ou aritmética, constituía objeto de discriminação, mediante a qual pôde a burguesia, na sociedade liberal, manter uma dominação de classe, compatível com seus interesses políticos mais sólidos e fundamentais.

Hoje, depois que aquelas distinções perderam a valorização histórica, seria absurdo cogitar de reintroduzi-las na sociedade do século XX. Demais, a igualdade política tomou outro caráter, assumiu nova feição, novo molde, até se converter na igualdade radical, aritmético-absoluta do Estado social, que procura desesperadamente afastar do conceito o complemento

da desigualdade, sem preencher, contudo, de forma completa, sua aspiração de igualitarismo absoluto, conforme demonstram Michels e Schindler.

O Estado liberal produziu a versão clássica do Estado de Direito, tanto na ordem do direito público como na ordem jusprivatista, tanto na esfera do direito constitucional como do direito civil. O positivismo jurídico da escola exegetica, dos dogmatistas e dos pandectistas, a seguir, de toda a jurisprudência de conceitos, é basicamente o prolongamento coerente de uma só linha de evolução, na qual, por mais paradoxal e singular que pareça, o jusnaturalismo de tradição clássica, secular e racional, encontra materialmente no positivismo jurídico, como Direito realizado, menos a negação do que a afirmação, ou seja, a concretização mesma de normas e princípios de direito natural, postos na lei, convertidos em direito positivo dos Códigos e das Constituições.

Era como se o direito natural, obra da razão pura, houvesse, com a reflexão contratualista, completado sua tarefa de mudança nas bases do Direito e da sociedade, entregando a esta os fundamentos lógicos, perpétuos, imperecíveis do Direito legislado pela revolução racionalista.

Um positivismo jurídico que resguardava esses princípios e fundamentos, escusando-se a discuti-los, por constituírem, já, um tácito e confortável pressuposto da ordem estabelecida, ou que transferisse esse debate para o campo filosófico, foi a atitude logo tomada pela Metodologia e Ciência do Direito, emancipadas, assim, de todos os laços metafísicos tecidos por uma reflexão jusnaturalista já exaurida.

É nesse quadro que se compreende por que Bugnet afirmava não lecionar em sua cátedra o direito civil, mas o Código de Napoleão; ou a ousadia de um constituinte

francês que pedia a pena de morte para quem ousasse tocar pela reforma num artigo da Constituição.

Nunca dois extremos se comunicaram tão de perto quanto o jusnaturalismo e o positivismo, nesse quadro de aproximação histórica, em que o direito natural produzia já o seu direito positivo, e este, fazendo-se independente, tomou preceitos metodológicos que encobriam, por inteiro, diante da análise superficial, sua fonte, sua origem como direito natural legislado.

O entendimento desse fenômeno afigura-se-nos indispensável para a correta percepção das contradições que o Estado liberal na qualidade de Estado de Direito aparentemente ostenta, sendo alguns de seus princípios e institutos, como o da igualdade, ininteligíveis fora de semelhante quadro interpretativo.

Quando o princípio constitucional da igualdade perante a lei entrou nas primeiras Constituições, sua aplicação se deu, pois, no âmbito de um positivismo jurídico, que exprimia o culto e a suficiência da lei, a par de uma confiança ilimitada no legislador, de cuja razão não se duvidava ao elaborar a norma, expressão da vontade geral.

A coincidência da legalidade com a legitimidade era tamanha na crença do positivista que suas faculdades críticas não percebiam ou não tomavam consciência, pertinente ao princípio da igualdade, de que o arbítrio pudesse ingressar materialmente nas leis, ou produzir um conteúdo discriminatório injusto. Durante essa fase, o princípio não representava ainda para o direito positivo um limite eficaz à atuação do Estado.

Apesar de se reconhecer na estrutura do Estado de Direito, democrático e constitucional, o império da ordem jurídica, não havia remédio nem salvaguarda eficaz

contra a lei injusta que formalmente se inserisse no ordenamento normativo para quebrantar o princípio da igualdade. Com efeito, o princípio da igualdade jurídica vinculava e obrigava a administração e a justiça na aplicação da lei, o governante e o juiz, mas não o legislador.

À luz desse entendimento ou dessa hesitação em teorizar a extensão do princípio, até que pudesse ele abranger também no seu raio vinculativo o elaborador constitucional da norma, ou seja, o legislador, é que se explicam as vacilações, até mesmo os recuos que em determinados sistemas ocorreram com as técnicas de controle por via de ação. Temia-se que a dilatação do princípio de igualdade jurídica, freando o legislador, desse ao juiz uma força tal, que sua vontade se substituísse à daquele.

Dessa perplexidade resultou na época do Estado liberal a verificação de que o princípio da igualdade perante a lei, não sendo um remédio contra o arbítrio do legislador, tinha por esse aspecto valor mais ideal, programático ou diretivo, de princípio “não-justiciável”, e portanto sem eficácia para limitar a atuação do Estado, quando este fizesse o arbítrio penetrar no conteúdo da lei, discriminando com injustiça ou tratando desigualmente os iguais e igualmente os desiguais. Em suma, quando por obra do legislador mesmo a lei se tornasse a consagração sub-reptícia do arbítrio.

É óbvio que numa ordem jurídica onde não constasse do direito positivo a garantia institucional de que o princípio de igualdade restringe a ação do Estado, essa ação poder-se-ia tornar arbitrária, materializada no conteúdo ou substância das leis. Ficaria, assim, o cidadão privado de proteção judiciária contra o arbítrio que porventura se insinuasse na sociedade pelas dobras da própria lei, mediante uma vontade formal-

mente intangível do legislador. Desvinculado o autor da norma de todo o controle que o sobredito princípio deve exercer legitimamente em nome da justiça, de que é valor e parte constitutiva – sobre o conteúdo dos textos normativos, correríamos sempre o risco material de ter leis arbitrárias.

O princípio da igualdade perante a lei no Estado liberal foi juridicamente um conceito deveras limitado, demasiado formal – haja vista a igualdade jurídica na esfera do direito privado em relação a certos institutos – de pouco alcance para a prevenção eficaz do arbítrio, eventualmente alojado no corpo da lei.

A seguir, acompanharemos o desdobramento do mesmo princípio no âmbito do Estado social, em que ele se modificou enquanto igualdade não apenas política, vista à luz de um critério diametralmente oposto àquele do liberalismo – o critério anterior da igualdade relativa ou proporcional –, senão também (como igualdade jurídica, igualdade de todos perante a lei. Vai esta tomar uma latitude tal, até se converter num dos meios destinados a limitar juridicamente, com eficácia, o poder do Estado. A importância dessa limitação é tanto maior quanto mais se atenta na irreprimível expansão material dos meios intervencionistas com que o Estado ingressa, hoje, em todos os campos da atividade).

3. A igualdade no Estado social

A igualdade figura entre os conceitos (básicos da democracia. O princípio democrático sem a igualdade não teria consistência. Num certo sentido, é ela mais importante para a democracia do que a própria liberdade. Não se concebe um Estado democrático sem igualdade, sendo possível, contudo, concebê-lo – e este é o

caso das chamadas democracias totalitárias de Talmon – sem a liberdade, pelo menos aquela forma de liberdade política teorizada modernamente com base nas afirmações individualistas da personalidade humana, conforme a concepção do Estado liberal).

A igualdade nessa forma de Estado constituía um valor inferior à liberdade. Num conflito entre os dois princípios prevaleceria, como tem prevalecido para os liberais, a liberdade, e não a igualdade. Em rigor, toda a teoria liberal do igualitarismo aplicado às instituições políticas teve sempre a desigualdade por complemento. Haja vista a igualdade política que só se exprime mediante o critério aristotélico, diferenciador, da igualdade proporcional ou geométrica.

Assim se explica a presença legítima no Estado liberal de instituições hoje consideradas antidemocráticas, se as aferíssemos pelo critério novo da igualdade aritmética, absoluta, radical. Esse critério, caracterizando a igualdade política do Estado social, substitui a igualdade proporcional do liberalismo. Conduz, portanto, a um igualitarismo extremo, em que aparece secularizada a proposição bíblica segundo a qual todos os homens, afeiçoados à imagem de Deus, foram criados iguais.

Já não se trata de dar a cada cidadão o que é seu, mas de nivelar politicamente todo valor participativo na formação da vontade do Estado. O direito eleitoral contemporâneo traduz com toda clareza o que essa nova concepção igualitária significa relativamente ao voto. Sem ela não teríamos chegado nunca ao sufrágio universal. Ao princípio da igualdade política, concebida aritmeticamente, *one person, one vote*, deparou-se-lhe também uma técnica de sufrágio do mais refinado sentido democrático e igualitário, que é o sistema do voto proporcional, por onde resulta não

só a atomização do sufrágio, senão também, em termos de valor, uma projeção axiológica absolutamente igualitária do elemento democrático. O Estado social da democracia absoluta ou da democracia de massas consagrou, por inteiro, essa forma aritmética de igualdade política.

Traça Leibholz um esboço de inexcusável clareza acerca do processo igualitário desencadeado por essa concepção diferente da igualdade política, desconhecida, e até mesmo combatida, pelos institucionalizadores do Estado liberal. Escreve o professor de Goettingen: “Com isso se explica o absurdo que constituiria hoje cogitar-se ao menos da idéia de reintroduzir as restrições do direito eleitoral do século XIX, cujos últimos restos na Inglaterra somente foram removidos em 1949. A introdução do sufrágio feminino, no curso do último século, em número cada vez mais crescente de Estados, a igualização do círculo eleitoral lá onde persiste o sistema majoritário, a progressiva acolhida e aperfeiçoamento do sistema proporcional – que dá a cada cidadão individualmente a certeza de que não somente o seu voto tem um valor igualitário absoluto, senão também que, no aproveitamento dos votos, ele assume a mesma eficácia ou efeito político útil, parecendo assim incompatível, de algum modo, com todas as contramedidas adotadas pelas leis eleitorais para tolher a pulverização partidária –, demonstram que o processo de radicalização contínua da igualdade, mesmo na esfera política, ainda não se ultimou por completo. Cada vez mais novas áreas emergentes se sujeitam a esse processo de igualitarismo progressivo. O processo de democratização igualitário-radical, uma vez desencadeado, continua a atuar segundo uma dinâmica que lhe é imanente. Em conexão com tal aspecto, faz-se mister ponderar primeiro nas mu-

danças quase revolucionárias que, durante os últimos anos e décadas, se operaram no terreno social, econômico e educacional da maioria dos países do hemisfério ocidental. Com o auxílio da intervenção do Estado e de uma permanente economia dirigida, já se chegou hoje, em crescente número de países, inclusive os Estados Unidos – onde basta considerar o *New Deal*, bem como as amplas garantias sociais dos anos 30 e os mais recentes e largos planejamentos na esfera estadual e federal –, àquela homogeneidade social, que nos autoriza falar não apenas de uma democracia política, senão também de uma democracia econômica e social, ou seja, não somente de cidadãos ativos, mas por igual de *cidadãos econômicos* num *Estado empresarial*”.

Partindo da noção de que os direitos sociais básicos não são direitos básicos genuínos, mas direitos de conteúdo variável e relativo, mensuráveis por determinadas exigências materiais impostas pelo grau histórico de desenvolvimento de cada sociedade, Leibholz não só os coloca numa esfera relativa como supõe, ao mesmo passo, haver descoberto a chave da tensão que se estabelece entre eles e os direitos básicos liberais, pois representam, os primeiros, mais a segurança da sociedade do que a liberdade do indivíduo, aferida pelo conceito do liberalismo. Uma vez estabelecido o conflito entre ambos, o Estado tende a limitar a liberdade para afiançar o direito social, inclinando-se por uma opção democrática em favor do valor igualdade contra o valor liberdade.

Em função disso, assim se resumem, segundo aquele publicista, as duas posições críticas dos liberais pertinentes à correlação igualdade-liberdade: quanto mais livres os homens, mais desiguais; quanto mais iguais, menos livres ou mais sujeitos às limitações do princípio democrático igualitário. Sen-

do, enfim, de teor material relativo, é da índole dos direitos sociais básicos, segundo aquele jurista, demandar uma constante concretização e atualização de conteúdo, vinculando, em consequência, mais o legislador do que o juiz.

Quando transita da área política para a área econômica com uma série de desigualdades sociais e materiais, o Estado social se desfaz do conceito da igualdade lógico-aritmética para abraçar-se ao critério geométrico-proporcional, pois ele é o agente mais ativo e poderoso da promoção igualitarista na sociedade. Esse critério ínsito na justiça social e de aplicação indispensável para fazer a espécie de justiça que a sociedade demanda, lhe serve de instrumento. Torna, assim, o Estado social, por essa via, ao conceito da justiça distributiva, de inspiração aristotélica, em que, ao efetivar-se, o princípio da igualdade tem por complemento a própria desigualdade.

Com referência ao direito, a igualdade alcança, então, efeitos aplicativos que têm sido teorizados com vistas a determinar os limites da atuação do Estado, de sorte que este, no exercício da faculdade discriminativa ou diferenciadora, não entre no campo das relações jurídicas desatado de vínculos, sem os quais a liberdade correria grave risco.

A doutrina alemã, expressa excelentemente por Leibholz, Hesse, Zippelius, Maunz, Herzog e tantos outros juristas que acompanharam e criticaram a jurisprudência dos tribunais da Alemanha, desde a Constituição de Weimar, condensou toda uma doutrina resumida no reconhecimento de que o princípio de igualdade deve limitar materialmente a atuação do Estado.

Desaparece, pois, se nos for lícito o emprego da imagem ousada, a figura do legislador *legibus solutus*, isto é, absoluto, cuja criação normativa, em nome inclusive

do princípio da separação de Poderes, não se sujeitava a nenhum controle de teor material, valorativo ou substancial. A eficácia dessa limitação é que faz o Estado Social ser um Estado de Direito, em inteira harmonia com o princípio da liberdade, o que não ocorre com o Estado social dos ordenamentos totalitários.

4. O princípio da igualdade como princípio limitativo da ação do Estado

Como evoluiu para aquele resultado a doutrina contemporânea da igualdade? Eis o que a seguir intentaremos demonstrar.

Durante determinada fase do Estado liberal prevaleceu na Alemanha, por exemplo, o entendimento de que o princípio da igualdade não vinculava o legislador, não sendo, portanto, restritivo da soberania interna do Estado, como hoje acontece. A esse aspecto, conforme ressaltou Leibholz, pouca atenção se conferia. Laband, clássico do positivismo formal e jurista típico da idade liberal precursor de Kelsen, escrevia os quatro volumes de seu monumental *Tratado sobre o direito público do império alemão* sem dispensar um tratamento interpretativo mais adequado ao princípio da igualdade. A interpretação que prevalecia, conforme o mesmo Leibholz, entre quantos de acordo com a Constituição eram chamados a aplicar a lei na Justiça e na Administração, fora no sentido de empregá-lo de maneira uniforme, sem consideração de pessoa, não havendo lugar para o conceito tomar o largo alcance político que tomou com a Constituição de Weimar e o advento do Estado social.

Foi essa, indubitavelmente, a interpretação que também prevaleceu no constitucionalismo liberal dos Estados Unidos, país onde o princípio estreou com o célebre texto da Declaração da Independência,

anterior à Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão. Asseverava o documento americano que todos os homens haviam nascido iguais e dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, fórmula em que transparecia com toda nitidez a aplicação dos princípios filosóficos do direito natural.

O princípio da igualdade jurídica interpretado pelos tribunais americanos, sobretudo pela Suprema Corte, limitou sempre os três Poderes, não abrindo ressalva para a legislatura, ao contrário do que ocorrera com a tradição liberal européia. Mas, quer no liberalismo americano, quer no europeu, dominava a nota do formalismo igualitário, com respeito ao princípio jurídico da isonomia, expressa também em nosso País pela posição doutrinária de Francisco Campos quando afirmou, categórico, que a Constituição enunciava esse princípio “em termos absolutos ou plenários, com isso manifestando a intenção de que ele se torne efetivo em toda a latitude de seu sentido e em qualquer circunstância, seja qual for a situação ou a condição da pessoa, a natureza da coisa, a espécie da relação, o estado de fato que a lei pretende reger”, acrescentando, a seguir, que “não haverá condições à igualdade perante a lei” e que se trata de “um direito incondicional e absoluto”.

A crise do princípio da igualdade culminou durante a passagem do Estado liberal ao Estado social, quando o positivismo lógico-formal vislumbrava unicamente a norma, enquanto o positivismo sociológico, mais crítico e atento às mudanças sociais e históricas, via a norma e ao mesmo passo a realidade.

Disso resultou que o sobredito princípio, permanecendo idêntico no texto constitucional, sofreu, contudo, uma variação interpretativa substancial, visível principal-

mente nas Constituições de Weimar e Bonn. Traduzia-se essa variação na versão nova de que a igualdade vinculava também o legislador, vedando-lhe elaborar leis em que o essencialmente igual fosse tratado de modo desigual e o essencialmente desigual, de maneira igual. Estabelecera-se, assim, por via hermenêutica, um limite considerável à ação do Estado em termos jurídicos. Era, em suma, a proporcionalidade na aplicação social do Direito, o reconhecimento de que na esfera jurídica a igualdade estará sempre acompanhada da desigualdade para lograr-se, então, a igualdade justa.

É de observar, pois, que o critério relativo ao princípio da igualdade, ao fazer-se jurídico, deixou de ser o radical-aritmético da igualdade política contemporânea, instituída pelo Estado social, para ser nesse mesmo Estado o geométrico-proporcional de Aristóteles, cifrado na regra de que os iguais por natureza devem ser tratados igualmente, e os desiguais, de forma desigual.

Mas não bastava reconhecer que esse mandamento do princípio da igualdade vinculava o legislador ou que ao juiz era lícito examinar a compatibilidade da lei com o referido princípio: fazia-se mister também resolver, conforme assinalou Leibholz, o problema do teor ou conteúdo da vinculação do legislador à regra igualitária. Era indispensável, assim, aplicado o critério diferenciador da igualdade relativa, de cunho aristotélico, determinar quais os pressupostos fáticos consentiriam ao legislador estabelecer o tratamento jurídico distinto.

Esse pressuposto fático teria que ser procurado na “essencialidade” ou “relevância” da distinção a ser feita, ficando, porém, tal “relevância” contida na mutabilidade de um quadro histórico dinâmico, ou seja, no relativismo de um critério valora-

tivo, variável de acordo com o padrão dos valores imperantes na comunidade ou vivos na consciência coletiva, os quais serviriam de apoio para valorar cada situação concreta ou real defrontada pelo legislador.

As possibilidades diferenciadoras são inúmeras, constituindo um largo espaço aberto para ser livremente preenchido. Encontrarão, porém, um limite intransponível posto pela ordem constitucional ao vedar o arbítrio. Faltando ao legislador, quando regula matéria fática, uma base de evidência objetiva, lógica, derivada da natureza das coisas, para legitimar a distinção normativa que se pretenda estabelecer, aí estará configurado o arbítrio. Faz-se mister, pois, como ressalta a jurisprudência do Tribunal Federal da Suíça, lembrada por Leibholz, que a norma não seja arbitrária. Sê-lo-á se a base discriminativa não encontrar justificação “na natureza mesma e nas exigências das relações que a lei é chamada a regular”.

O arbítrio aparece como noção-chave, capital delimitadora da aplicação jurídica do princípio da igualdade. Concebe-se essa noção na teoria constitucional contemporânea menos como conceito formal do que material, representando, por esse aspecto, a negação de um valor de justiça. É a fronteira para o território da inconstitucionalidade, desde que o arbítrio, com respeito à igualdade, representa a inconstitucionalidade máxima. Sua determinação material se faz deveras difícil, conforme reconhecem os juristas, em razão da variabilidade histórica do conceito. Mas é possível, talvez, fixá-lo no entendimento de que ele existe quando determinado fundamento racional, não propriamente subjetivo e abstrato, mas preso à natureza das coisas ou a situações fáticas, está sendo violado e a violação encontra resistência no sentimento jurídico dominante, traduzido hoje,

por exemplo e a título meramente exemplificativo, pela consciência social do Direito.

Existe o arbítrio – disse Leibholz – quando não se pode encontrar para o tratamento legislativo diferenciador ou equiparador base racional manifestamente objetiva.

Outros vão mais longe, como Radbruch. O arbítrio do legislador em nenhuma hipótese pode reclamar a qualidade ou ter a pretensão de ser “Direito”, isso ocorre, segundo o insigne jurista, quando a “igualdade, que constitui o cerne da justiça, é negada pelo Direito que se positiva”. Diz, por sua vez, von Jhering que nem todo abuso do Poder Legislativo constitui arbítrio, ou seja, nem toda lei falha ou má é arbitrária. O arbítrio entra a existir quando “uma disposição legislativa se torna incompatível com os princípios gerais do Direito, que trazemos conosco, ou já foram incorporados pela própria legislação”.

Na jurisprudência constitucional, o princípio da igualdade tem sido basicamente compreendido como a proibição do arbítrio, conceito que se explica pela reação da consciência jurídica quando esta atua no sentido da sustentação dos valores da justiça.

Reconhecia o Tribunal do *Reich*, ainda sob a Constituição de Weimar, que “o princípio da igualdade perante a lei somente poderia ter este significado: os fatos que pela lei deveriam ser tratados igualmente, se o fossem de modo desigual, esse tratamento representaria o arbítrio”. Seria, portanto, arbitrário, segundo manifestação daquela Corte, “um tratamento diferente que não se pudesse justificar com base em nenhuma consideração racional”.

No mesmo sentido, um acórdão do Tribunal Constitucional da Baviera caracterizava como arbítrio “todo tratamento diferenciado, sem bastante fundamento objetivo e sem orientar-se suficientemente pela idéia

de justiça”. O princípio da igualdade veda, por conseguinte, a criação de desigualdades carentes de justificação em fundamentos reais, plausíveis e racionais.

Como se vê, todas essas reflexões acerca do arbítrio na teoria e na *praxis* indicam que o princípio da igualdade pode limitar juridicamente a atuação do Estado, expressa em atos do administrador, do juiz e do legislador, sendo que a vinculação deste último foi a mais difícil de estabelecer, em razão de tocar em pontos teóricos mais delicados e complexos, referentes ao princípio da separação de Poderes e ao controle de constitucionalidade.

O teor social do igualitarismo democrático contemporâneo também dificulta o estabelecimento de limites precisos à atuação do Estado. De sorte que o princípio da igualdade só se emprega eficazmente como limitação ao poder estatal quando este atua de maneira arbitrária. Fora daí, por sua própria elasticidade, o princípio tem aplicação constitucional importantíssima como elo entre a sociedade e o Estado, ou seja, como porta de entrada, conforme referem Konrad Hesse e Hermann Heller, “através da qual a realidade social, valorada de modo positivo, penetra diariamente na normatividade estatal”. É assim que a igualdade funciona como princípio regulativo da chamada “Constituição aberta”, teorizada com extrema originalidade e nitidez por Häberle, ao desenvolver os fundamentos conceituais de uma teoria material da Constituição.

Em suma, no Estado social contemporâneo, o sentido do princípio da igualdade se contém na sua significação como direito e como técnica.

Como direito, ele se vincula à concepção liberal e lhe dá prosseguimento pois restringe e limita a atuação do Estado, sendo o primeiro dos direitos fundamen-

tais. Não só abre as Declarações de Direitos, senão que rege e fundamenta também toda a ordem jurídica para a tutela e proteção das liberdades individuais. Está, inclusive, fora do alcance do poder constituinte derivado.

Como técnica, é altamente estimulativo e fomentador da atuação do Estado; insere-

se no espaço social da chamada Constituição aberta, estando positivamente para a intervenção do Estado assim como negativamente a separação de Poderes esteve para o abstencionismo estatal. Por esse último aspecto – a saber, como técnica – é o princípio da igualdade a mais valiosa das garantias sociais.