

O princípio da isonomia e as classificações legislativas

CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO

Procurador da República no Estado do Rio de Janeiro, Professor de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e "Master of Laws" pela University of Michigan — Law School.

"A Lei não pode obrigar que os brancos me amem, mas pode impedir que eles me discriminem."

MARTIN LUTHER KING

SUMÁRIO

- I — Introdução
- II — Legislação e classificação legislativa
- III — O sentido do princípio da isonomia
- IV — Limitações da idéia jurídica da igualdade
- V — Possibilidades exegéticas do princípio da isonomia

I — INTRODUÇÃO

Objetiva este estudo analisar de modo sucinto e crítico o princípio de que todos são iguais perante a lei, que ganhou espaço próprio em quase todos os documentos constitucionais editados após a Revolução Francesa, quando esta no ano de 1789 fez sepultar o "ancien régime", abrindo caminho às aspirações antiabsolutistas e igualitárias.

É certo, todavia, que a Constituição dos Estados Unidos da América, elaborada pela Convenção de Filadélfia em 1787, já anteriormente à vitória dos revolucionários franceses, dera notícia ao mundo da consagração jurídica do ideal da soberania popular e, assim, da igualdade política na formação e titularidade do Estado, o que vai simbolizado na locução — “we the people” — que inaugura o preâmbulo daquela notável lei fundamental. Organizavam-se então as colônias recém-independentes da Nova Inglaterra sob a forma de Estado federal, adotando o sistema de separação funcional do poder público, bem como a noção de supremacia e rigidez constitucional, que a esse tempo, ainda sem o amparo da rica teorização doutrinária e jurisprudencial acerca do “judicial review” que se seguiu ao célebre voto de “Chief Justice” MARSHALL no caso *MARBURY v. MADISON* (1), exsurgia de maneira implícita da cláusula “in pursuance thereof”, conforme contida no artigo 6º da Constituição (2).

Inobstante a sua índole pioneira, a Lei Magna norte-americana, posto exemplificar o modelo clássico e sintético de Constituição, mais apropriado à mentalidade liberal e burguesa então reinante, que não se ocupava de assuntos que não aqueles relacionados com os traços genéricos e estruturais da sociedade política, não apresentou desde logo um elenco de direitos e garantias individuais oponíveis ao próprio Estado. A rigor, o “Bill of Rights” americano foi sendo introduzido na ordem constitucional daquele país mediante sucessivas emendas à Constituição, entre elas a Emenda 14, somente adotada em 1868, e que incorporou expressamente o princípio da isonomia, lá identificado sob a fórmula da “equal protection of the laws” (3).

Foi por conseguinte o direito público francês que formalizou em primeiro lugar a nível constitucional a idéia jurídica da igualdade, estampando-a logo no artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, depois incorporada à guisa de preâmbulo ao texto constitucional adotado a 3 de setembro de 1791 (4).

Tendo a partir daí o ideal da “égalité” alcançado lugar cativo nas Constituições modernas, nascia no plano jurídico-positivo poderoso instrumento de reação contra os privilégios pessoais e a hierarquização das classes sociais, que, com variantes puramente culturais, vigorou por toda a antiguidade, na Idade Média e no Renascimento absolutista. Nascia também com o princípio da isonomia a fonte inesgotável de argumentos para o ideário igualitarista, que a

(1) 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

(2) Essa disposição contida na segunda parte do artigo 6º da Constituição americana está assim redigida: “This Constitution and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof...”

(3) Assim dispõe a parte final da seção 1 da referida Emenda 14: “... nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law, nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

(4) Nesse sentido dispõe o artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, editada a 25 de agosto de 1789: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.” Cabe registrar, aqui, que o inteiro teor dessa Declaração continua fazendo parte integrante do direito constitucional em França, vez que tanto a Constituição de 1946 quanto a de 1958, ainda vigente, proclamam de modo expresso e solene sua adesão às disposições de tal documento revolucionário.

partir da 2ª metade do século XIX incendeia a história do pensamento político-econômico, espalhando até os nossos dias suas centelhas cada vez mais acesas.

Paradoxalmente, porém, o avanço dos movimentos em prol da igualdade social fez resultar o conflito, até hoje insolvido, entre a limitada noção da igualdade jurídica, que de acordo com suas origens históricas preconiza não mais, ou pouco mais, que a abolição dos privilégios pessoais e o desejo de igualdade real, isto é, de igualdade de fato entre os homens no meio social, conflito esse que passou a constituir tormento de todo regime político.

Ocorreu, então, que a idéia da igualdade dita jurídica ou formal deixou de servir aos postulados da igualdade dita material ou real, chegando mesmo a tornar-se obstáculo a ser transposto pela sociedade política se se quiser saltar do estágio de Estado de Direito, de natureza puramente jurídico-positiva, para o estágio de Estado de Justiça, que representa um avanço teórico na concepção da entidade estatal, por isso que enfoca axiológica e sociologicamente as estruturas internas da organização política (5).

Tem-se aí tema de vocação verdadeiramente enciclopédica que, por sua amplitude, não pode nem de longe ser aprofundado nos estreitos contornos deste trabalho. Consciente dessa circunstância, minha intenção aqui foi tão-só a de examinar em breves linhas, mas de modo o tanto quanto possível crítico, a problemática que envolve o princípio da isonomia, pondo em confronto o seu reduzido sentido original com as dificuldades atuais que sua aplicação apresenta. Procurei ainda especular acerca das suas imensas possibilidades exegéticas, para o que tomei por modelo a construção acadêmica e jurisprudencial que tem sido levada a efeito ultimamente nos Estados Unidos da América, onde se lança mão dos mais sofisticados esquemas de análise constitucional com vistas a romper as históricas barreiras jurídico-positivas que impedem ou limitam a utilização do princípio isonômico como instrumento eficaz para a proteção de direitos do indivíduo e para a realização da justiça social.

II – LEGISLAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO LEGISLATIVA

Não se deve supor que a regra constitucional da isonomia (6) impede que se estabeleçam desigualdades jurídicas entre os sujeitos de direito. Não. Tal não é assim porquanto o fenômeno da criação legislativa importa inevitavelmente em classificar pessoas e coisas segundo toda sorte de critérios fáticos.

(5) Observe-se, nesse sentido, que a idéia do Estado de Direito, seja conforme originalmente formulada na Alemanha por Von Mohl (ReichStaat) seja conforme mundialmente celebrizada por Jefferson (government of laws), em que pese a sua imensa utilidade teórica para a concretização dos anseios iniciais de limitação jurídica do poder público, apresenta pouca valia para o questionamento científico das crises sociais intestinas da organização política. É que, retratando o ordenamento jurídico o regime político-econômico subjacente à organização estatal, a distância entre o Estado de Direito e o Estado Social ou de Justiça pode ser a mesma que separa, na linguagem das filosofias antipositivistas, o "legal" do "justo". Sobre o assunto recomenda-se a excelente obra de MICHEL MIALLE, *L'Etat du Droit*, Presses Universitaires de Grenoble, 1978, especialmente as págs. 183 e segs.

(6) Entre nós ela vem prevista no art. 153, § 1º, da Constituição Federal, com a redação seguinte: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas..."

No que respeita em especial à classificação legislativa dos indivíduos, os homens são discriminados juridicamente com base em uma miríade de índices classificatórios, seja em razão da sua qualificação profissional, em razão do montante de sua renda, em razão da sua idade, e assim por diante segundo uma incontável ordem de diferenciação. Ninguém poderá objetar, nesse sentido, por exemplo, com a inconstitucionalidade do sistema de alíquotas progressivas instituído na legislação do imposto de renda, que classifica os contribuintes para fins de tributação em diversas classes de acordo com a renda líquida de cada um, o mesmo se podendo dizer no tocante à recente lei de iniciativa presidencial estabelecendo reajustamento semestral de salário, onde se prevêem níveis de reajuste diferenciados segundo diversas faixas salariais.

O fenômeno de que o exercício da atividade legislativa costuma importar em toda sorte de classificações jurídicas foi retratado de forma magistral por MORRIS FORKOSCH, ilustre Professor de Direito Constitucional da "Brooklyn Law School", nos Estados Unidos da América, que expõe:

"The right to legislate implies the right to classify... From the very necessities of society, legislation of a special character, having these (police power) objects in view, must often be had in certain districts... Special burdens are often necessary for general benefits... In other words, general legislation which applies to all persons (or property), and gives or takes equally from all, is contrasted with special legislation which applies to less than all, and gives or takes special burdens to or from this special group. This inequality... is of no significance upon the question of constitutionality" (7).

Quem traduziu entre nós, com aguda percepção, o fenômeno de que as classificações jurídicas são essenciais à atividade normativa do Estado, foi o saudoso SAN TIAGO DANTAS, que observou:

"Quanto mais progridem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferenças de sexo, de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre os distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade da valia que oferecem a todos, raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre os distingue conforme as circunstâncias em que se produzem ou conforme a repercussão que têm no interesse geral. Todas essas distinções, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade" (8).

E cabe reparar que as discriminações legislativas podem ser tão numerosas quanto podem ser os critérios indicativos de distinção entre os homens, dos quais se pode valer o legislador como suporte fático para a edição das normas jurídicas. Nessa linha de idéias é natural que quanto maiores forem as dife-

(7) Morris Forkosch, *Constitutional Law*, The Foundation Press, 2nd. ed., pág. 519.

(8) San Tiago Dantas, *Problemas de Direito Positivo*, 1953, p. 56.

renças econômicas e sociais observadas no meio social, o que obedece sempre ao grau de desenvolvimento das nações, maiores serão os indícios fáticos utilizáveis para as classificações legislativas. Tudo porque, consoante se verá no item seguinte, o princípio constitucional da isonomia não exige a equivalência real entre os homens, mas tão-só a igualdade de tratamento jurídico para idênticas situações de fato. Tratar igualmente os iguais é o seu escopo único, embora nada impeça, ao contrário, tudo aconselha, que o processo legislativo seja utilizado para eliminar ou diminuir as desigualdades reais entre os homens.

É certo que determinados traços distintivos não podem servir como critérios de classificação normativa, o que se dá sempre que a Constituição ela mesma considera odiosa a classificação feita com base em tais critérios ("invidious discrimination" — segundo a nomenclatura norte-americana), como é o caso típico entre nós das discriminações por motivo de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Tal ocorrendo, fica subtraída à competência do legislador ordinário a faculdade de estabelecer classificações com base em tais indícios fáticos de diferenciação, incorrendo na civa de inconstitucionalidade o ato normativo que estabelecê-las.

III — O SENTIDO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

A regra de que todos são iguais perante a lei traduz, segundo sua origem histórica mais genuína, a exigência da simples igualdade formal entre os sujeitos de direito, proibindo que se crie tratamento jurídico diverso para idênticas situações de fato. Impede, em suma, que o legislador trate desigualmente os iguais.

Chega-se historicamente a essa conclusão se se considerar que a Revolução Francesa, não no seu limiar, mas na sua consagração final, foi muito mais um movimento de reformulação política do que um movimento de reformulação social. É que a elite burguesa que então assumiu o poder político em França, longe de pretender estabelecer um regime de igualdade material extensivo à classe camponesa e às camadas inferiores do chamado terceiro estado (*le tiers-état*), seus aliados do início da revolução, pretendeu tão-só destruir as estruturas políticas de dominação e privilégio absolutistas que tanto prejudicavam o exercício da liberdade necessária à exploração da atividade econômica manipulada pela burguesia. A vitória revolucionária de julho retrata, com efeito, muito mais uma conquista da liberdade política capitalista do que uma conquista da igualdade social, aspiração essa logo sufocada com a instalação em Versailles da classe burguesa, a esta altura já livre do jugo absolutista. Daí por que a queda do antigo regime representa não apenas a falência dos dogmas institucionais do absolutismo, notadamente a vocação hereditária ao trono e a concentração de poderes nas mãos do rei, mas, sobretudo, a ruptura com o sistema hierárquico de organização social, que dificultava o acesso da burguesia mercantil ao lucro desenfiado.

Como bem esclarece ANDRÉ HAURIOU, por essa razão histórica, o ideal de igualdade que se conseguiu concretizar no desfecho da revolução vitoriosa foi tão apenas o da isonomia formal e jurídica, sem substância concreta, consistente na simples abolição dos privilégios atribuídos à nobreza e ao clero,

de maneira a operar-se a transformação do estado de uma sociedade politicamente hierarquizada para uma sociedade juridicamente igualitária ⁽⁹⁾. Semelhante análise é feita por FRANCIS PAUL BENOIT, na sua magnífica e recente obra acerca da democracia liberal, onde sustenta:

“L'égalité en effet, à l'inverse de la liberté, n'est pas alors reconnue comme un droit: elle n'est considérée que comme un moyen, de portée générale, qui permettra d'assurer de façon effective le respect des droits reconnus. L'égalité n'a pas de contenu concret propre, elle n'est précisément que l'égalité en droits, elle est la condition de la réalité des droits qui vont être reconnus, et donc, notamment la condition de la liberté ... Tel est en effet l'essentiel: l'Ancien Régime avait pour base l'inégalité en droits; le nouveau regime social issu de la Révolution aura pour base l'égalité en droits. Mais cette égalité en droits ne joue que le rôle de base fondamentale, de principe directeur de l'organisation sociale, un rôle d'orientation. En elle-même elle est sans contenu concret. Une deuxième étape s'impose donc: celle de la définition de ces droits, qui seront, bien sûr, également reconnus à tous, mais surtout dont les contenus concrets seront en harmonie avec le principe de base de la société, l'égalité” ⁽¹⁰⁾.

Essa concepção jurídica e limitada da igualdade impregnou todo o mundo liberal da época moderna e contemporânea, vinculando até os nossos dias a mentalidade constitucionalista no Ocidente, conforme se verá mais adiante, embora aqui e ali já se esboçem esquemas exegéticos na tentativa de ampliar o seu sentido, de modo a utilizar a regra de isonomia como instrumento jurídico de promoção da justiça social.

No Brasil, o princípio isonômico, considerado este como simples vedação formal a privilégios individuais, adentrou a nossa primeira constituição republicana, promulgada a 24 de fevereiro de 1891, cujo art. 72, § 2º, assim prescrevia:

“Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégio de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.”

Em face da própria letra com que se redigiu a nossa primeira regra constitucional de isonomia, JOÃO BARBALHO e CARLOS MAXIMILIANO, sem dúvida os dois maiores comentadores da Carta Magna do limiar da República,

(9) Eis na íntegra a prestigiosa opinião de André Hauriou: “La Révolution de 1789 a certes été, au principal, une révolution politique, mais elle a été aussi, dans une large mesure, une révolution sociale en ce sens qu'elle a fait succéder, tout au moins sur le plan juridique, une société égalitaire à une société hiérarchisée et inégalitaire. Jusqu'en 1789, la société française est, en effet, divisée en trois ordres ayant chacun un statut juridique particulier, le Clergé, la Noblesse et le Tiers-Etat” (in *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Ed. Montchrestien, 1975, págs. 778-779).

(10) Francis-Paul Benoit, *La Démocratie Libérale*, Presses Universitaires de France, Paris, 1978, págs. 24-25.

foram unânimes em concluir pelo sentido puramente formal daquela recém-adotada norma de igualdade. O primeiro deles foi categórico no expor:

“Não há, perante a lei republicana, grandes e nem pequenos, senhores nem vassalos, patrícios nem plebeus, ricos nem pobres, fortes nem fracos, porque a todos irmana e nivela o Direito. Não existem privilégios de raça, casta ou classe, nem distinções quanto às vantagens e ônus instituídos pelo regime constitucional. E a desigualdade proveniente de condições de fortuna e de posição social não influi nas relações entre o indivíduo e a autoridade pública. A lei, a administração, a justiça são iguais para todos” (11).

A sua vez, com análise mais penetrante, sustentou CARLOS MAXIMILIANO:

“... Todavia, a igualdade como garantia fundamental da lei básica não tem caráter absoluto, mas, ao revés, é relativa. Tratam-se igualmente situações semelhantes e desigualmente situações dessemelhantes. A igualdade assegurada pelas Constituições não é uma igualdade de fato ou material, consistente numa parificação mecânica. Consiste, na verdade, numa potencial paridade jurídica de todos os membros da coletividade estatal perante a lei” (12).

E foi na trilha desse entendimento formalístico e liberal, fiel às mais legítimas tradições franco-anglo-americanas, que o constitucionalismo brasileiro delineou o alcance da nossa regra de isonomia. Assim está, por exemplo, a conclusão sucinta a que chegou o Professor PAULINO JACQUES no trabalho de tese com que concorreu à cátedra de Direito Constitucional na antiga Faculdade de Direito da Universidade do Brasil, sob o título *Da Igualdade perante a Lei*. Textualmente:

“No Brasil de nossos dias, portanto, todos são iguais perante a lei significa tratamento igual para os que se encontram nas mesmas condições e debaixo de idênticas circunstâncias” (13).

Vale assinalar, neste passo, que a teorização brasileira do princípio da isonomia, posto que atrelada à concepção formalista da igualdade, desprezou por completo o problema da igualdade dita real ou material, acatando, assim, os postulados do liberalismo clássico, por demais condescendente para com as desigualdades sociais geradas pelo regime de incontrolada concorrência econômica. Bem exemplifica esse enfoque doutrinário a opinião de FRANCISCO CAMPOS, que aduz:

“Ele (o princípio da igualdade) se difunde por todo o tecido das relações humanas que possam constituir objeto de regulamentação jurídica, ou seja, suscetíveis de configurar-se em conteúdo de um ato ou de um comando da autoridade pública. Não é princípio adstrito

(11) João Barbalho, *Comentários à Constituição de 1891*, art. 72, § 2º, pág. 303.

(12) Carlos Maximiliano, *A Constituição Brasileira Comentada*, vol. V, pág. 248.

(13) Paulino Jacques, *Da Igualdade perante a Lei*, Ed. Forense, 1957, pág. 167.

a um aspecto ou a uma forma de organização social: é um postulado de ordem geral, destinado a reger o comércio jurídico em todas as modalidades, de modo a assegurar, particularmente sob as constituições liberais e democráticas, o regime da concorrência, que é a categoria sob a qual elas concebem não somente a ordem social, como a ordem política, a ordem econômica e a ordem jurídica" (14).

Modernamente, nada ou quase nada se fez no Brasil no sentido de questionar o excesso de formalismo liberal da regra da "igualdade perante a lei", ao contrário do que ocorre nos centros culturais mais desenvolvidos política e economicamente, a exemplo dos Estados Unidos, França e Alemanha, onde a idéia da igualdade jurídica a toda hora recebe pinceladas teóricas que lhe dão vida nova, adaptando-a às modernas exigências sociais. É de ressaltar-se entre nós, porém, como sendo das poucas mas honrosa exceção, a crítica atirada ao princípio jurídico da isonomia por PONTES DE MIRANDA, que de maneira percuciente comenta o conflito entre a igualdade de direito e a igualdade de fato:

"Para se chegar, no direito, a maior igualdade entre os homens, é preciso criarem-se, no mundo fático, mais elementos comuns a todos. Maior igualdade não se decreta, se bem que se possa decretar redução de desigualdades artificiais, isto é, fora do homem" (15).

Tal se explica por que a igualdade real ou material entre os homens na sociedade política depende em grande parte do modelo político-econômico adotado pelas nações, e não do fato de o Estado estar subordinado a uma ordem jurídica que imponha de forma apenas normativa e abstrata o ideal da igualdade, ou de estarem os atos estatais sujeitos ao controle jurisdicional, sendo eles, por isso, suscetíveis de invalidação se discrepantes do direito vigente.

(14) Conf. *Revista de Direito Administrativo*, vol. X, pág. 380. Vale notar que esse ponto de vista conservador, onde resulta implícito que o poder público não tem a obrigação constitucional de corrigir as desigualdades ocorrentes no meio social, e que essas desigualdades constituem uma consequência natural e inevitável do regime de liberdade econômica, foi o que efetivamente prevaleceu também nos Estados Unidos até meados da década de 30. A decisão da Suprema Corte americana no caso *COPPAGE v. KANSAS*, 236 U.S. 1 (1915), invalidando lei estadual que objetivava proteger esforços no sentido da organização profissional e sindical, considerada indesejável a essa época, bem reflete essa mentalidade típica do classicismo liberal. Reconheceu, então, aquela alta Corte, em voto hoje em dia inteiramente ultrapassado na jurisprudência americana, que: "inequalities are but the normal and inevitable result of the exercise of rights of contract and property". Contudo, conforme se exporá nos tópicos seguintes, a partir da década de 40, o constitucionalismo norte-americano empenhou-se para distinguir, inclusive na área econômica, entre desigualdades permitidas e desigualdades não permitidas. É certo, porém, que o forte compromisso ideológico das instituições político-econômicas americanas com os cânones da economia de mercado não permitiu que a "equal protection of the laws", em que pese a todo o seu avanço exegético naquele país, se saísse vitoriosa no mister de eliminar por inteiro as desigualdades existentes na vida social. As conquistas sociais que lá se alcançaram decorreram, por isso, muito mais da iniciativa do legislador ordinário, do que do trabalho judicial de análise e aplicação da Constituição, do que faz exemplo eloqüente o "Civil Rights Act", votado pelo Congresso americano no ano de 1964, garantindo de forma específica o direito à igualdade em inúmeros aspectos da vida social.

(15) Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1969*, vol. IV, pág. 871.

Todavia, como se exporá a seguir, são muitos os que, alhures, preconizam a reformulação teórica da regra isonômica, buscando libertá-la das suas limitações de origem e desse modo transformá-la em instrumento útil para o desenvolvimento social e político da cambiante sociedade contemporânea, de vocação nitidamente humanista e socializante.

IV – LIMITAÇÕES DA IDÉIA JURÍDICA DA IGUALDADE

O grande dilema que abate o princípio da isonomia repousa na impotência virtual que o mesmo apresenta para eliminar ou diminuir, a pretexto de exigência constitucional, as desigualdades materiais entre os homens (16). É porque, como se anotou acima, seu elemento teleológico cinge-se a exigir igual tratamento jurídico para todos quantos estejam na mesma situação de fato, nada aduzindo acerca do grau de justiça e moralidade das relações humanas no contexto social.

O magnífico trabalho jurisprudencial que tem sido levado a efeito nos tribunais norte-americanos fornece exemplos eloqüentes desse conflito inexorável entre a igualdade formal e a igualdade real, bem como das imaginosas tentativas que lá se vêm fazendo para superar o impasse criado pelos estreitos contornos do princípio jurídico da isonomia.

Ainda recentemente a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu uma série de controvérsias em que se buscou impugnar, por motivo de inconstitucionalidade, programas governamentais de cunho econômico e social, sobretudo de natureza previdenciária, para o que se argumentou, em linha de princípio, com a deficiência de tais projetos públicos em superar desigualdades materiais mediante tratamento jurídico desigual e mais benigno para os segmentos populacionais mais carentes da sociedade americana. Pretendeu-se mesmo, com

(16) Cogita-se aqui, evidentemente, das desigualdades sociais corrigíveis, a exemplo da riqueza, grau de instrução, oportunidades de emprego etc., porquanto as diferenças genéticas e inerentes aos homens, como a cor da pele, a inteligência, a aptidão física etc. que a doutrina norte-americana denomina "immutable traits", são insuscetíveis de serem corrigidas faticamente, muito embora se possa proibir, no plano jurídico, que se estabeleçam classificações legislativas com base nesses caracteres distintivos, podendo-se, ainda, além disto, impor ao legislador, em sede constitucional, a obrigação de fixar no direito ordinário tratamento discriminatório mais benigno para os grupos inferiorizados por fatos da natureza, como os inválidos de toda espécie. A recente Emenda nº 12 à vigente Constituição do Brasil, assegurando aos deficientes, embora de modo programático, a melhoria de sua condição social e econômica, configura genuíno exemplo dessa última hipótese de correção de desigualdades. Não é demais registrar, por oportuno, que essa distinção entre desigualdades mutáveis e desigualdades imutáveis remonta a priscas eras, sendo de notar que ROUSSEAU, no seu discurso acerca da origem da desigualdade humana, já expunha: "I conceive two species of inequality among men; one which I call natural, or physical inequality, because it is established by nature, and consists in the difference of age, health, bodily strength, and the qualities of the mind, or the soul; the other which may be termed moral, or political inequality, because it depends on a kind of convention, and is established, or at least authorized by the common consent of mankind. This species of inequality consists in the different privileges, which some men enjoy to the prejudice of others, such as that of being richer, more honored, more powerful, and even that of exacting obedience from them" (Jean-Jacques Rousseau in *The Social Contract and Discourse on the Origin of Inequality*; tradução inglesa pela Washington Square Press, 1977, pág. 176).

audácia, estabelecer a nível de "common law" uma proteção constitucional da pobreza, seguindo-se a linha da mais genuína tradição intervencionista do judiciário americano nos grandes temas nacionais, que caracterizou a convenção "policy judge made" e que marcou sobretudo a presidência de "Chief Justice" WARREN, quando a Suprema Corte, *a latere* e independentemente do Poder Legislativo, muito inovou na ordem jurídica daquele país, criando políticas jurisprudenciais para a proteção de inúmeros direitos, bem como para a reparação de desigualdades sociais, de que faz exemplo a política de integração racial compulsória nas escolas públicas, formulada no caso BROWN v. BOARD OF EDUCATION (17), e a de regulamentação do procedimento policial para o interrogatório dos indiciados criminalmente, formalizada no julgamento do caso MIRANDA v. ARIZONA (18). Essa adaptação pretoriana da ordem jurídica às realidades emergentes no meio social caracteriza o que se convencionou chamar de a concepção instrumental (instrumental conception) do direito anglo-americano, que avista o sistema de normas positivas como um sistema vivo e dinâmico de valores destinado a reger as cambiantes realidades sociais e, por isso, judicialmente adaptável a essas mesmas realidades (19).

Convém acrescentar que os reclamos por uma sociedade mais justa e igualitária têm conduzido os Estados Unidos a um intenso controle judicial sobre as classificações legislativas dotadas de repercussão econômica e social, tendo mesmo se chegado na década de setenta ao extremo de se reivindicar para a pobreza (poverty) o status de classificação suspeita (suspect classification), a exemplo das classificações em razão de raça (racial discrimination) (20) ou em razão de origem nacional (alienage) (21), que segundo a prática constitucional americana faz desencadear o controle judicial rígido (strict scrutiny) da classificação legislativa, expondo-a ao crivo quase discricionário dos juizes,

(17) 347 U.S. 483 (1954).

(18) 384 U.S. 436 (1966).

(19) O desenvolvimento da concepção instrumental do direito americano que teve lugar no início do século 19, e que foi responsável pela maioria das relevantes mudanças ocorridas nos Estados Unidos tanto no campo do direito público quanto do direito privado, é analisado em profundidade pelo Professor HORWITZ, para quem "what dramatically distinguished nineteenth century from its eighteenth century counterpart is the extent to which common law judges came to play a central role in directing the course of social change" (Cf. Morton J. Horwitz, *The Emergence of an Instrumental Conception of American Law — 1780-1820*, pág. 287).

(20) A discriminação legislativa em razão de raça só foi definitivamente considerada uma "suspect classification" na motivação (reasoning) da decisão (holding) no caso KOREMATSU v. UNITED STATES, 323 U.S. 214 (1944), quando, por contraditório que pareça, a Suprema Corte dos Estados Unidos manteve a condenação criminal de cidadão americano da chamada raça amarela, em virtude de violação de regulamento militar editado ao tempo da última Grande Guerra que proibia a presença em determinadas áreas litorâneas, sobretudo na costa oeste, de pessoas com ancestrais japoneses. Assim fazendo, aquela alta Corte entendeu compatível com a Constituição o questionado regulamento militar, para o que exerceu decisiva influência o então estado de beligerância entre os Estados Unidos e o Japão.

(21) O critério da nacionalidade como base de classificação legislativa foi considerado suspeito pela Suprema Corte americana no caso GRAHAM v. RICHARDSON, 403 U.S. 365 (1971), que declarou inconstitucional a lei estadual que discriminava, para fins de concessão de benefício de natureza previdenciária, entre residentes americanos e residentes alienígenas.

como intérpretes finais que são das leis e da Constituição (22). Dentre as inúmeras tentativas feitas nesse sentido, cabe destacar os casos *DANDRIDGE v. WILLIAMS* (23), *RICHARDSON v. BELCHER* (24), *JEFFERSON v. HACKNEY* (25), *LINDSEY v. NORMET* (26), *SAN ANTONIO IND. SCHOOL DIST. v. RODRIGUEZ* (27), *DEP. OF AGRICULTURE v. MORENO* (28), *JIMENEZ v. WEINBERG* (29).

Em *DANDRIDGE v. WILLIAMS* a Suprema Corte dos Estados Unidos considerou compatível com a Constituição Federal o programa de previdência social (welfare benefits program) formulado pela Assembléia Legislativa do Estado de Maryland, que fixava o limite máximo mensal de certos benefícios previdenciários em 250 dólares por família, isto independentemente do tamanho do grupo familiar ou do seu grau de necessidade econômica. Para tanto, entendeu aquela alta Corte que os benefícios da previdência social podem ser concedidos mediante um valor uniforme e geral, não exigindo a Constituição a adoção de um sistema de auxílio que considere casuisticamente as diferenças sócio-econômicas da imensa classe de contribuintes do "social security system". Com essa decisão a Suprema Corte americana inaugurava uma grande série de pronunciamentos judiciais que em conjunto transmitem o princípio de que os programas de previdência pública não são obrigados, por imperativo constitucional, a corrigir as desigualdades econômicas existentes no meio social. Adotou-se, em outras palavras, o princípio de que a correção de injustiças sociais deve advir da deliberação política e incondicionada do legislador ordinário, que não está impelido a tanto pelos superiores comandos da constituição.

Nessa linha de decisão, entendeu a Suprema Corte no ano seguinte, ao julgar o caso *RICHARDSON v. BELCHER*, que a lei previdenciária federal pode, sem qualquer vulneração da Lei Maior, estabelecer reduções no valor do benefício por invalidez, de maneira a compensar, desonerando o Tesouro Nacional, outras rendas percebidas a qualquer título pelo beneficiário do "disability benefit", pouco importando ainda que tal redução não seja igualmente exigida nos contratos de previdência privada (private insurance benefits). O que ressalta implícito nesse acórdão é justamente a idéia de que a promoção da igualdade através das classificações legislativas pode ser alcançada mediante a supressão apenas parcial das desigualdades, não sendo exigência de ordem constitucional que elas abranjam toda a plêiade de situações desiguais existentes no mundo fático.

No caso *JEFFERSON v. HACKNEY*, o órgão máximo da Justiça norte-americana, ao declarar condizente com a Constituição Federal um programa

(22) Sobre a discricionariedade judicial no julgamento dos atos normativos em face da Constituição consulte-se a notável obra de KENNETH CULP DAVIS, *Discretionary Justice*, University of Illinois Press, 1976, especialmente às págs. 151 e segs.

(23) 397 U.S. 471 (1970).

(24) 404 U.S. 78 (1971).

(25) 406 U.S. 535 (1972).

(26) 405 U.S. 56 (1972).

(27) 411 U.S. 1 (1973).

(28) 413 U.S. 528 (1973).

(29) 471 U.S. 628 (1974).

legislativo do Estado do Texas, formulou o entendimento de que os diversos projetos de previdência pública promovidos por uma mesma unidade federativa podem estabelecer diferentes índices de necessidades familiares a serem supridas pelos respectivos programas assistenciais.

Em *LINDSEY v. NORMET*, a Suprema Corte americana proferiu decisão de alta repercussão social ao entender como sendo constitucionalmente válido o procedimento judicial da ação de despejo por falta de pagamento adotado pela Legislatura de Oregon. Os suscitantes da inconstitucionalidade argumentavam então com a obrigação do Estado de evitar a qualquer custo o despejo, até mesmo mediante o pagamento dos aluguéis em atraso a cargo dos inquilinos insolventes, de modo a impedir que alguém pudesse ser vítima desamparada da pobreza. Invocava-se, no fundo, um direito constitucional à moradia, argüível contra o poder público em caso de comprovada carência econômica. Aqui a Suprema Corte foi categórica em repelir o pleito de correção do desequilíbrio financeiro entre os proprietários de imóveis e inquilinos, aduzindo que a Constituição protege a propriedade privada contra o confisco e que, além disso, não existem remédios constitucionais para todos os males sociais. Em outras palavras, esse pronunciamento pretoriano contém implícita a idéia, sempre presente nessa linha de questões, de que compete ao Poder Legislativo, no exercício de sua função inovadora e constitutiva da ordem jurídica, e não ao Poder Judiciário, cingido na função precípua de declarar o direito aplicável, tomar a iniciativa para a correção das desigualdades sociais. É ilustrativa nesse ponto a passagem do voto de Justice WHITE, representando a maioria da Corte, onde se lê:

“We do not denigrate the importance of decent, safe and sanitary housing. But the Constitution does not provide judicial remedies for every social and economic ill. We are unable to perceive in that document any constitutional guarantee of access to dwellings of a particular quality or any recognition of the right of a tenant to occupy the real property of his landlord beyond the term of his lease, without the payment of rent. Absent constitutional mandate, the assurance of adequate housing and the definition of landlord-tenant relationships is a legislative not a judicial function. Nor should we forget that the Constitution expressly protects against confiscation of private property or the income therefrom” (30).

Em *SAN ANTONIO IND. SCHOOL DIST. v. RODRIGUEZ*, julgado no ano de 1973, foi trazida às barras da Suprema Corte americana questão que há tempos vinha agitando o debate jurídico nos Estados Unidos, relativo à constitucionalidade dos sistemas estaduais de financiamento da educação pública inteiramente apoiados na arrecadação do imposto predial (property tax), sistemas esses que classificavam, para fins de custeio das escolas públicas, os diversos distritos educacionais (school district) de acordo com o respectivo índice de arrecadação da “property tax”. Sustentava-se, então, que os residentes nos distritos educacionais mais pobres, posto que dotados de padrão residencial mais

(30) Cf. Gerald Gunther, *Constitutional Law — Cases and Materials*, Foundation Press, 1975, págs. 849 e 850.

precário e apresentando, por conseguinte, menor arrecadação do imposto sobre a propriedade imobiliária, estariam condenados a receber um nível de educação inferior àquele oferecido nos "school districts" melhor aquinhoados pela receita derivada do imposto predial. Pretendia-se, em suma, o reconhecimento de um direito constitucional a igual nível de educação nas escolas públicas, isto independentemente da capacidade contributiva do distrito educacional a que pudesse pertencer a criança em idade escolar. E é bom que se diga, à guisa de esclarecimento, que as escolas públicas estaduais e municipais representam nada menos que 90% das instituições de ensino de 1º e 2º graus nos Estados Unidos, o que bem dá conta da repercussão nacional do julgamento do caso RODRIGUEZ. Cabe reparar ainda que os fundamentos para a arguição da inconstitucionalidade de tal sistema financeiro-educacional eram articulados com base na teoria, muito prestigiada na mentalidade constitucional norte-americana, da interdependência das normas constitucionais (the nexus theory), para o que se argumentava que uma educação qualitativamente desigual poderia resultar numa desigual participação popular no sufrágio eleitoral, comprometendo ainda as condições necessárias para um igual exercício da manifestação de opinião, que são garantias asseguradas livres de toda sorte de constrangimento pelas 13ª e 15ª Emendas da Constituição dos Estados Unidos.

Tem-se aí um eloquente exemplo da capacidade inventiva do jurista saxônico em tirar o máximo de proveito da fonte primeira de direitos que é a Constituição. No caso em exame, todavia, a atual Suprema Corte dos Estados Unidos (The BURGER Court), de tendência mais tímida, senão conservadora, e menos intervencionista do que a "WARREN Court", que na década de 50 invalidou cerca de 200 textos legislativos da política do "New Deal" capitaneada pelo Governo Roosevelt (31), concluiu no sentido da constitucionalidade do questionado "system of financing public education", no caso adotado pela Legislatura do Texas. Assim fazendo, considerou aquele Tribunal que a pretendida igualdade dos padrões de ensino público, embora socialmente desejável, não configura direito individual protegido constitucionalmente. E por não configurar direito constitucional, não é dado a ninguém invocá-lo enquanto o Poder Legislativo, e só ele, não deliberar conceder tal direito na via da legislação ordinária.

Mais recentemente, como que excepcionando essa linha de parcimônia na aplicação da "equal protection of the laws" na área econômica e social, a Suprema Corte americana, no caso DEPT. OF AGRICULTURE v. MORENO, considerou inconstitucional dispositivo do "Federal Food Stamp Program of Assistance to Households", que condicionava o gozo de tal benefício previdenciário à comprovação do vínculo de parentesco pelas pessoas que co-habitassem um mesmo imóvel. Tal se deve por que aquela Excelsa Corte vislumbrou na classificação legislativa em apreço uma tentativa governamental disfarçada e ilegítima no sentido específico de excluir de tal proteção previdenciária as chamadas comunidades "hippies" (hippie communities), aparentemente consideradas indesejáveis pelo governo americano, o que configuraria uma "invidious discrimination". Como se verifica, a preocupação judicial no invalidar essa distinção

(31) Cf. Gunther, ob. cit., pág. 658.

legislativa entre “moradores parentes” e “moradores não parentes” assenta-se menos em razões de igualdade econômica, e mais em razões de privacidade individual (privacy), que sabidamente constitui um valor sacrossanto na longa história das liberdades públicas naquele país.

No ano de 1974, julgando o caso *JIMENEZ v. WEINBERGER*, a mesma Corte de Justiça invalidou ainda o preceito constante da lei federal de previdência social (Social Security Act) que suprimia o pagamento do auxílio-invalidez (disability benefit) para os filhos ilegítimos nascidos após a inabilitação física e laboral do titular do benefício previdenciário. O objetivo maior do dispositivo invalidado era, à evidência, estimular aqueles em gozo de tal benefício a não gerarem filhos, de modo a não se onerar ainda mais os altos encargos da previdência social. O que ressalta dessa decisão é o propósito judicial de impedir a discriminação desnecessária e odiosa entre duas classes de filiação ilegítima, qual seja a dos nascidos antes e a dos nascidos após a ocorrência da incapacidade física do segurado.

Todos esses exemplos da belíssima jurisprudência norte-americana servem para evidenciar o impasse exegético que enfrenta o princípio jurídico da isonomia quando invocado para corrigir as desigualdades materiais ocorrentes no mundo fático, evidenciando que o sistema de igualdade puramente legal acaba por distinguir entre duas espécies de desigualdades para fins de controle jurisdicional: as desigualdades constitucionalmente permitidas e as desigualdades não permitidas pela Constituição. Isto vem comprovar o que se disse de início, que o princípio jurídico da igualdade é, no fundo, um princípio autorizativo de desigualdades sociais e econômicas entre os homens nos sistemas constitucionais que o adotam. Servem ainda os exemplos examinados acima para trazer à tona o conflito institucional de competência entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, que sempre se estremece quando se invoca a Constituição para a proteção das igualdades fundamentais entre os homens.

No Brasil, embora de forma ainda muito acanhada, tem-se experimentado já, particularmente no campo do funcionalismo público, os reflexos do impacto entre a idéia jurídica da igualdade e a aspiração pela igualdade de fato. Assim é que em diversas oportunidades o nosso Supremo Tribunal Federal tem repellido pretensões de funcionários por equivalência de vencimentos feitas sob fundamento da identidade concreta de funções⁽³²⁾. Nesses casos, como dá conta o enunciado da Súmula 339 da jurisprudência do Pretório Excelso, tem-se entendido reiteradamente que o fato da estruturação dos cargos públicos em carreira, bem como o da fixação por lei dos respectivos vencimentos, desautoriza o Poder Judiciário a criar ou estender vantagem à revelia do órgão dotado de competência legislativa para criá-las ou estendê-las⁽³³⁾.

(32) Por exemplo, os acórdãos prolatados nos Recursos Extraordinários n.os 79.053-SP/74 e 82.953-SP/76, publicados, respectivamente, na *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vols. 71/pág. 886 e 80/pág. 871.

(33) É de registrar que infindáveis questões análogas a essas são diariamente suscitadas perante a Justiça do Trabalho no Brasil relativamente à aplicação da regra isonômica contida nos artigos 5º e 461 da CLT, que impõem a equivalência salarial por trabalho de igual valor.

O que se deve notar, para concluir esse tópico, é que inobstante as limitações inerentes ao princípio jurídico da isonomia pode ele operar como fonte inesgotável de proteção ao indivíduo contra os excessos de intromissão do Estado intervencionista. Nesse sentido, a regra constitucional da igualdade passa a operar quase como mais um princípio garantidor da liberdade econômica formal nos sistemas de democracia liberal. Basta, para tanto, que as instituições políticas e jurídicas saibam reanimá-lo com imaginação e perseverança, porquanto a experiência das nações ensina que o sucesso de toda ordem constitucional repousa menos na qualidade técnica das Constituições e mais na virtude dos homens e das instituições que lhes dão vida e sentido. Nessa linha de convicção, passa-se ao item final deste singelo estudo, apreciando-se as imensas possibilidades exegeticas do princípio da isonomia no campo dos chamados direitos humanos.

V – POSSIBILIDADES EXECÉTICAS DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

A potencialidade da regra de que todos são iguais perante a lei reside a meu ver no instrumental que tal norma oferece para controle pelos órgãos judicantes, notadamente aqueles do Poder Judiciário, do próprio conteúdo dos atos normativos, sejam eles oriundos das Câmaras Legislativas ou editados por agentes da Administração Pública, conforme a tendência que por toda parte se vai generalizando.

Considerando que legislar importa, via de regra, em classificar, consoante procurei demonstrar de início, para que a classificação legislativa seja válida, faz-se preciso, em primeiro lugar, que se proponha ela a fins constitucionalmente legítimos, o que vale dizer, por exemplo, que não busque discriminar indivíduos em razão de sexo, de raça, trabalho, credo religioso e convicção política, o que é expressamente vedado pela Constituição do Brasil (34).

É preciso, além disso, que a classificação legislativa se apresente razoável e se revista da indispensável racionalidade. Isto quer dizer que a norma classificatória não deve ser arbitrária ou caprichosa, mas que deve, ao revés, funcionar como meio idôneo e hábil para o atingimento de uma finalidade constitucionalmente válida. Para tanto, há de existir necessariamente um mínimo de compatibilidade e congruência entre a classificação em si e o fim a que ela está voltada. Se tal relação de identidade entre meio e fim (“means-end relationship”, segundo a expressão norte-americana) da norma classificatória não se fizer presente, de modo que a classificação resulte leviana e injustificada, padecerá ela do vício da arbitrariedade, vez que nem mesmo ao legislador é dado discriminar leviana e injustificadamente entre os homens e grupos na sociedade política.

Nesse particular, a doutrina e a jurisprudência brasileira não acompanharam o avanço teórico do constitucionalismo norte-americano onde assentamos as raízes de nossa República, tendo-se ambas mantido numa atitude tímida e obsoleta com relação ao princípio jurídico da igualdade. A rigor, poucos, pouquíssimos foram entre nós os que se aperceberam do potencial da regra isonômica como técnica de controle do mérito da atividade normativa do poder público, seja ela levada a efeito pelo órgão legislativo ordinário ou pela Adminis-

(34) Artigo 153, § 1º

tração Pública no exercício de função legislativa delegada (35). A exceção mais honrosa está representada nesse campo pelo tão douto quanto saudoso AMILCAR DE ARAÚJO FALCÃO, que embora preso ao conceito clássico e jurídico de isonomia, consegue admitir, com arrimo na doutrina alemã de NAWIASKY e KAUFMANN, a prestabilidade da regra isonômica para servir como instrumento de controle do arbítrio legislativo. Eis o que comenta o ilustre jurista brasileiro: "Só num extremo se admite o controle jurisdicional da lei discriminatória: é quando o seu dispositivo não pode encontrar a mínima justificativa, ou se reduz ao puro arbítrio... Tem-se, em conclusão, que é um princípio diretivo, endereçado ao legislador, o da igualdade entre fatos, situações ou coisas (sachliche Rechtsgleichheit) e que ao intérprete não é dado fazer aplicações desse preceito, nem ao Judiciário se permite instaurar, com tal fundamento, um controle de legalidade ou de constitucionalidade, salvo se se configurar a hipótese extrema de absoluta inexistência de qualquer justificativa para a distinção, diferenciação ou discriminação legal. Tal discriminação cabe ao legislador, que para tanto dispõe de ampla discricção (36).

Ante a ausência de contribuição mais específica ao tema em apreço por parte da nossa literatura jurídica, resta oportuno atualizar a teoria constitucional pátria com base na moderna reformulação do princípio da igualdade jurídica conforme realizada alhures, notadamente nos Estados Unidos da América, o que torna-se especialmente válido quando existe uma profunda relação entre os sistemas constitucionais em confronto, como a que ocorre entre o brasileiro e o norte-americano, cujo entrelaçamento foi talvez o traço mais característico de nossa formação republicana.

Nos Estados Unidos da América o grande papel contemporâneo da "equal protection of the laws", segundo prevista na 5ª e 14ª Emendas à Constituição daquele país, (37) é justamente o de abolir o abuso do poder governamental

(35) A propósito da delegação legislativa no direito constitucional norte-americano, veja, deste autor, o trabalho de tese jurídica apresentado à University of Michigan — Law School, sob o título "The nondelegation doctrine in the American Constitutional Law", publicado no Brasil, na *Revista Arquivos do Ministério da Justiça*, vol. 149, ano 1979, págs. 95 a 196.

(36) Amílcar de Araújo Falcão, no parecer publicado na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 49, ano 1957, pág. 498. Cabe acrescentar que deve parecer evidente, em que pese ao comedimento nesse particular de tão ilustre comentário, que, se podem apresentar-se inconstitucionais as discriminações destituídas de qualquer justificativa, é natural que possa o Poder Judiciário exercer generalizadamente sobre as classificações legislativas o salutar "judicial review", sem o que não se poderá determinar quais dentre elas não encontram guarida no sistema jurídico comandado pela Constituição.

(37) Convém esclarecer que a 5ª Emenda da Constituição americana contempla uma série de direitos individuais endereçados à observância da União Federal, mas não fazendo expressa menção ao princípio da "equal protection of the laws", consoante aquela que é feita com relação apenas aos Estados-Membros da Federação, na 14ª Emenda. Contudo, a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos pacificou a questão surgida em torno dessa omissão, entendendo que a "due process clause" contida na 5ª Emenda abriga de modo implícito o princípio da isonomia, que deve, por isso, como aliás não poderia deixar de ser, merecer também o respeito do legislador federal.

em todas as suas exteriorizações, repelindo os males da irracionalidade e irrazoabilidade, e, não raro, do favoritismo e da perseguição pessoais, de que não estão livres as gigantescas burocracias modernas. Desempenharia o princípio da igualdade, nesse sentido, a nível de controle da legislação, papel semelhante ao desempenhado pela teoria francesa do desvio de poder (*détournement de pouvoir*) para o controle da moralidade dos atos praticados a nível da Administração Pública (38).

No curso da sua evolução jurisprudencial nos Estados Unidos, a regra da igualdade (*equality rule*) atingiu o sofisticado estágio de exigir que as classificações legislativas atendam aos requisitos da razoabilidade (*reasonableness*) e racionalidade (*rationality*), ambos já considerados uma garantia constitucional implícita contra as investidas excessivas do atual Estado intervencionista.

Expondo a respeito dessa evolução histórica da "equal protection of laws", LAURENCE TRIBE, o festejado Professor de Direito Constitucional da "Harvard Law School", leciona em sua obra mais recente:

"The Supreme Court, from its earliest examination of socioeconomic regulation, has considered that equal protection demands reasonableness in legislative and administrative classifications. The Court's original conception of the reasonableness required, however, was very limited: no regulatory provision was repugnant to equal protection as long as it placed under the same restrictions, and subject (ed) to like penalties and burdens, all who... (where) embraced by its prohibitions; thus recognizing and preserving the principle of equality among those engaged in the same (regulated activities) (39). But this narrow view of nondiscriminatory application within the established class was soon discarded as empty of content, since persons or activities treated differently by government could for that very reason be deemed not the same. Unaccompanied by any independent measure of when persons or acts were inherently equivalent, the original test afforded virtually no scope for review. To provide such scope, equal protection came to be seen as requiring some rationality in the nature of the class singled out, with the rationality tested by the classification's ability to serve the purposes intended by the legislative or administrative rule: The courts must reach and determine the question whether the classifications drawn in a statute are reasonable in light of its purpose..." (40)

Nessa linha de exposição, GERALD GUNTHER, eminente Professor de Direito Constitucional da "Stanford University", chega a sustentar que, além da relação de congruência entre a classificação legislativa e o fim a que a

(38) Sobre o assunto, veja, deste autor, o estudo "Considerações acerca do desvio de poder na Administração Pública", publicado na *Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 5, ano 1977, págs. 259 a 268.

(39) Repare-se ser exatamente essa a noção conservadora do princípio da isonomia ainda hoje adotada pelo constitucionalismo brasileiro.

(40) Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, Foundation Press, 1978. págs. 994-995.

mesma se destina, o princípio da “equal protection of the laws” exige que as classificações criadoras de desigualdades jurídicas entre os cidadãos devam ser justificadas por “compelling state interests”, isto é, por interesses públicos necessários e inadiáveis. Eis na íntegra o comentário do ilustre jurista americano:

“Legislation qualifying for new equal protection strict scrutiny required a far closer fit between classification and statutory purpose, a far closer congruence between means and ends, than the rough and ready flexibility traditionally tolerated by the old equal protection. Moreover, equal protection became a source of ends scrutiny as well; legislation in the areas of the new equal protection had to be justified by compelling state interests” (41).

A rigor, todos os expoentes do moderno Direito Constitucional norte-americano poderiam ser aqui invocados, já que o sistema das liberdades públicas naquele país de há muito consagrou a nova concepção da “equal protection of the laws”, exigindo certa razoabilidade às classificações legislativas, a ser apurada pelos órgãos judicantes do Estado mediante a comparação entre os fins supostamente almejados pelas normas classificatórias e os meios estabelecidos pelo legislador para o atingimento desses fins. Pode-se, então, concluir com o magistério do já citado Professor MORRIS FORKOSCH, que:

“Indeed, the very idea of classification is that of inequality so that it goes without saying that the fact of inequality in no manner determines the matter of constitutionality. The nub of the situation is the degree of permitted classification. In effect, we ask whether there can be classification of the persons and the items involved, and then to what extent or degree can this classification penetrate. The test for justifying a classification is whether it can be deemed to be founded on some rational or otherwise constitutionally permissible state policy. Phrased differently, a classification itself must be reasonable or natural under the particular circumstances involved. If it is arbitrary or capricious, or if there is no reasonable relation to the objects to be accomplished, or if it runs afoul a specific constitutional prohibition, or a federal power is unduly affected, then it is denounced” (42).

Acatando esse entendimento doutrinário, de há muito a Suprema Corte americana vem exigindo que as classificações legislativas sejam razoáveis e apresentem uma plausível relação de justificativa entre a classificação em si e os fins objetivados pela norma classificatória. Assim é que, já no ano de 1920, aquele excelso Tribunal, julgando o caso ROYSTER GUANO CO, v. VIRGINIA, 253 U.S. 412 (1920), expressamente manifestava tal exigência: “a classification must be reasonable, not arbitrary, and must rest upon some ground of difference having a fair and substantial relation to the object of the legislation, so that all persons similiary circumstanced shall be treated alike”.

(41) Gerald Gunther, ob. cit., págs. 519-520.

(42) Morris D. Forkosch, ob. cit., págs. 519-520.

Por suas potencialidades verdadeiramente ilimitadas como instrumento de controle da "racionalidade" e "razoabilidade" das classificações legislativas em face da Constituição, de que se pode sempre lançar mão quando esgotadas todas as reservas de argumentação jurídica para se obter a invalidação judicial das normas classificatórias, foi que HOLMES, um dos mais eminentes juizes que passaram pela Suprema Corte Americana, referiu-se ao princípio da isonomia como "the usual last resort of constitutional arguments" (43).

Faz-se oportuno notar que a invocação da regra da igualdade, bem como o julgamento constitucional que se possa fazer com base nela, não impede que o Poder Legislativo retorne outra vez ao assunto, dispondo novamente sobre a matéria objeto da legislação invalidada. Tudo porque a declaração de inconstitucionalidade em casos que tais apenas significa que a regulamentação normativa em questão deva ter um impacto mais global, uma abrangência maior, de modo a dela se eliminar a especificidade classificatória tida por contrária a Constituição. Trata-se, pois, de situação bastante diversa daquela em que se invalida um ato normativo por considerar o seu objeto incompatível com a Constituição, como se passa, por exemplo, entre nós, com a lei que prejudica o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada (44). Nessa hipótese é inútil a atividade legislativa renovar-se na esperança vã de angariar a conformidade constitucional, vez que a inconstitucionalidade aí, resultando do próprio objeto do ato normativo, é de todo incorrigível.

Em virtude da sua flexibilidade epistemológica, bem como da fácil manipulação que o princípio da isonomia oferece tanto aos legisladores quanto aos juizes, permitindo renovadas chances de regulamentação e julgamento da matéria objeto de uma lei invalidada com base em tal princípio constitucional, isto mediante a oportuna correção da classificação legislativa considerada intolerável, é que a jurisprudência norte-americana, sobretudo com o patrocínio da "Warren Court", nas décadas de 50 e 60, não hesitou em valer-se da regra isonômica para controlar o próprio mérito dos atos normativos, notadamente no que toca à racionalidade e razoabilidade das classificações legislativas. Tal se deu com muita ênfase e constância no campo das classificações consideradas suspeitas ou quase suspeitas (*suspect classifications*), como aquelas relativas à raça, sexo, origem nacional etc. Tendo em vista, porém, que os pronunciamentos da Suprema Corte americana, ventilando essas classificações suspeitas, se contam às centenas, criando um verdadeiro sistema de tratamento jurisprudencial para cada uma dessas categorias sociais, fica apenas o registro da intensa utilização do princípio da isonomia como poderoso instrumento de "judicial review" para a proteção das denominadas minorias étnicas e econômicas naquele país.

Poder-se-á contrapor, no entanto — à luz da tradição jurídica brasileira, que estabelece profundas limitações ao controle jurisdicional dos atos do poder público, desautorizando julgamentos acerca do mérito dos atos chamados discricionários, dos quais o ato legislativo, por seu conteúdo político, é certamente o

(43) Essa expressão foi proferida por HOLMES em seu voto no caso BUCK v. BELL, 274 U. S. 200 (1927).

(44) Vide o artigo 153, § 3º, da Constituição do Brasil.

exemplo mais expressivo —, que a utilização judicial do princípio da igualdade como meio de controle do objeto das normas jurídicas importaria em sobrepor as decisões judiciais às deliberações legislativas, de modo a transmutar, indevidamente, os juízes em superlegisladores. Encarado o problema sob esse ângulo, apenas, é certo que os excessos de interferência judicial na atividade parlamentar devem ser evitados por isso que esta é, ou pelo menos presume-se que seja, representativa da soberania popular. Todavia, há que se levar em conta, em primeiro lugar, que nos últimos anos significativa parcela da competência legislativa passou a ser exercida por agentes da Administração Pública, portanto por legisladores livres do controle oriundo do sufrágio eleitoral. Demais disto, resta deixar claro que o que pode estar em jogo toda vez que se invoca a tutela da regra isonômica são direitos constitucionais, o que vale dizer garantias fundamentais do indivíduo oponíveis ao próprio Estado. E cabe reparar, ainda, que tanto mais numerosos e eficazes serão esses direitos constitucionais quanto maior for o alcance normativo da Constituição, a ser determinado pela experiência das instituições nacionais, concretizadas notadamente pela atuação dos órgãos da magistratura, como intérpretes derradeiros que são da Lei Maior nos países, como o Brasil, onde prevalece o sistema jurisdicional de controle da constitucionalidade das leis. Tudo se reduz, em suma, em saber qual o sentido das normas constitucionais. Quanto maior ele for, menor será, na mesma medida, a área de liberdade para classificar as pessoas e as coisas. Em outras palavras, quanto mais amplo, quantitativa e qualitativamente, for o elenco de direitos reconhecidos de modo explícito ou implícito na Constituição (45), mais reduzidas serão as chances de discriminações arbitrárias e injustificadas por parte do poder público. Se assim for, como acredito que seja, ampliando-se o alcance exegético do princípio da isonomia, poder-se-á chegar, conforme se logrou chegar nos Estados Unidos da América, ao reconhecimento de um direito de nível constitucional contra as classificações legislativas destituídas de motivo ou de finalidade legítima. Em prol desse tipo de experiência jurisprudencial, vale assinalar, ainda, que, se é o ideal de igualdade entre os homens que está em jogo, o acanhamento institucional na sua proteção pode gerar prejuízos irreparáveis, não apenas ao indivíduo ou grupo que é vítima da discriminação, mas a toda a sociedade política, que em virtude desse acanhamento fica permanentemente exposta a toda sorte de arbítrio e desatino do legislador, bem como a toda sorte de pressões por parte dos grupos que manipulam o poder político e econômico.

Essas ligeiras considerações acerca de conflitos institucionais de competência que podem surgir nos sistemas de separação funcional do poder público em torno do princípio da isonomia, pela sua natural magnitude, devem ser objeto de trabalho acadêmico autônomo. O registro que a elas se faz tem em mira apenas dar notícia de alguns dos muitos problemas de ordem político-institucional que a aplicação da regra da igualdade perante a lei enseja. O aprofundamento dessas considerações, porém, posto transbordar de muito os estreitos objetivos deste estudo, fica reservado para uma outra oportunidade.

(45) Observe-se, aqui, que tanto a Constituição brasileira quanto a norte-americana, aquela no art. 153, § 36, e esta na 9ª Emenda, são expressas no afirmar que a enumeração que fazem de direitos individuais não exclui outros direitos que possam decorrer do sistema de princípios adotados por cada uma delas.