

# **O sentido e o alcance do princípio da igualdade como meio de controle da constitucionalidade das normas jurídicas na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal e do Supremo Tribunal Federal do Brasil**

Cláudio Petrini Belmonte

## Sumário

1. Introdução. Exposição do trabalho. 2. O princípio constitucional da igualdade em Portugal e no Brasil. 2.1. Breve nota histórica sobre os direitos fundamentais e o princípio da igualdade. 2.2. Conceito de igualdade. 2.3 O princípio da igualdade nos direitos positivos de Portugal e Brasil. 2. 4. O princípio da igualdade nas doutrinas de Portugal e Brasil. 3. Aplicação prática do princípio da igualdade. Análise de acórdãos. 3.1. Introdução. 3.2. Análise dos acórdãos. 4. Conclusão.

### *1. Introdução. Exposição do trabalho*

O presente estudo tem por escopo magno a análise de manifestações dos tribunais “guardiães da Constituição”<sup>1</sup> nos ordenamentos jurídicos de Portugal e Brasil – Tribunal Constitucional e Supremo Tribunal Federal, respectivamente –, acerca do princípio da igualdade no controle da constitucionalidade de normas jurídicas.

Destarte, foram destacados alguns acórdãos proferidos por esses tribunais para serem ora analisados, selecionados de modo a obter uma abordagem variada da matéria, sem a pretensão de exauri-la, haja vista a inesgotável diversidade de situações do cotidiano que podem dar azo, direta ou indiretamente, à violação do princípio constitucional em questão, o que é comprovado pela vasta jurisprudência existente.

Foi enfatizada a jurisprudência do Tribunal de Portugal pelo fato de o autor ser

Cláudio Petrini Belmonte é advogado e mes-trando em Ciências Jurídico-Civilísticas.

aluno de curso de Mestrado junto a uma universidade portuguesa, contudo, devido a sua nacionalidade, não se pôde deixar de fazer menção, ainda que perfunctória, a algumas decisões do Supremo Tribunal Federal do Brasil.

Antes de partirmos diretamente à análise jurisprudencial, *mister* tecermos algumas breves considerações doutrinárias sobre o princípio da igualdade, a fim de possibilitar melhores compreensão e aproveitamento daquela e, bem assim, ao fim e ao cabo, verificar-se se tais Cortes ratificam na prática o que é asseverado pela doutrina.

## 2. O princípio constitucional da igualdade em Portugal e no Brasil

### 2.1. Breve nota histórica sobre os direitos fundamentais e o princípio da igualdade

Os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão (direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei) encontram suas raízes especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII (Hobbes, Locke, Rousseau e Kant), segundo a qual a finalidade precípua do Estado consiste na realização da efetiva liberdade do indivíduo. As revoluções políticas do final do século XVIII marcaram o início da positivação das reivindicações burguesas nas primeiras Constituições escritas do mundo ocidental.

Assim, os direitos fundamentais, no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, destarte, apresentados como direitos de cunho *negativo*, pois dirigidos a uma abstenção e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, nesse sentido, direitos de resistência ou de oposição perante o Estado<sup>2</sup>.

Os direitos fundamentais passaram a ser considerados *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático. E mais, esses direitos passaram a espriar sua abrangência para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual – elementos da ordem jurídica objetiva –, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico<sup>3</sup>. O professor Gomes Canotilho refere que “o fundamento de validade da constituição (= legitimidade) é a dignidade do seu reconhecimento como ordem justa (Habermas) e a convicção, por parte da coletividade, da sua bondade intrínseca”. Podemos dizer que é nesse contexto que os direitos fundamentais, entre os quais o da igualdade, são considerados atualmente. Com efeito, o vulto valorativo dos direitos fundamentais constitui noção intimamente agregada à compreensão de suas funções e relevâncias num Estado Democrático de Direito que efetivamente mereça ostentar esse título<sup>4</sup>.

No tocante especificamente ao princípio da igualdade, sabe-se que não é recente a atenção despendida por filósofos, políticos e juristas acerca de noções de igualdade. Esse tema já pautava discussões desde o tempo dos primeiros filósofos gregos, obviamente que com as características contextuais pertinentes a cada época<sup>5</sup> – vide Platão, “Diálogos. A República”, tradução de Leonel Vallandro, Rio de Janeiro, Ediouro Publicações, 1996, 24. ed.

A noção de igualdade aparece inicialmente na história do pensamento jurídico-político ocidental como norma de justiça. É com o constitucionalismo moderno que se torna, ao lado da legalidade, princípio estruturante da ordem jurídica, abarcando as idéias de *igualdade perante a lei* e *igualdade na lei*.

A idéia de que *todos* os homens são iguais independentemente de sua origem étnica, posição social, idade, etc. – pedra angular da ética cristã – só recebeu formulação concreta, em termos jurídico-políticos, na era das grandes revoluções liberais,

mais precisamente com o “*Virginia Bill of Rights*”, de 12 de junho de 1776, e, ainda assim, não se tratava de igualdade política plena, pois não se reconhecia direito de sufrágio às mulheres e trabalhadores, evidenciando que *todos* eram apenas alguns: os burgueses proprietários, pais de família. Em seguida, a igualdade dos homens foi também levada em consideração nas Constituições de Massachussets (2 de março de 1780) e na francesa de 1791.

Hodiernamente, o princípio da igualdade perante a lei é reconhecido como um valor fundamental nas Constituições de diferentes países, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, estas, as duas mais importantes declarações de direitos.

Como visto, o princípio da igualdade tem seu sentido e alcance relacionado com o respectivo contexto histórico. Nesse sentido, importa mencionar a lição de Castanheira Neves, na qual refere que tal princípio

“é um daqueles que, pela densa carga ideológica e axiológica que lhes vai imanente, não permanecem inalterados no seu sentido autêntico ao longo do tempo, apesar da constância das fórmulas, e antes terão de ser sempre compreendidos no contexto histórico e social em que se proclamam”<sup>6</sup>.

## 2.2. Conceito de igualdade

Igualdade significa a possibilidade de comparação entre dois ou mais objetos, de modo a fazer sobressair elementos que lhes sejam comuns<sup>7</sup>.

A igualdade é diferente da identidade. Aquela possui como pressuposto lógico fundamental a pluralidade de objetos (tanto podendo referir-se a pessoas, coisas ou situações), e esta tem como pressuposto somente um objeto. Como bem ensina o professor Alves Correia<sup>8</sup>, “um objeto não pode ser simultaneamente igual a si pró-

prio”. Para detectar-se uma igualdade, é imprescindível a comparação entre dois ou mais objetos, de modo a fazer sobressair os elementos que lhes sejam comuns.

Uma questão de suma importância é a escolha do critério de diferenciação (*tertium comparationis*) – antecedente ao ato jurídico de avaliação –, uma vez que é aquele que determina, para o avaliador, quais os pontos de comparação entre os objetos e, após tal cotejo, se os mesmos são ou não iguais e, conseqüentemente, se reclamam ou não um mesmo tratamento jurídico<sup>9</sup>. Na escolha de tal critério, o órgão decisor deve levar em consideração valores objetivos e não-subjetivos, o que significa dizer que deva basear-se no quadro de valores vigentes na sociedade, interpretados objetivamente.

Mister salientar, outrossim, que a igualdade em questão será sempre relativa, nunca absoluta. Isso porque a igualdade pressupõe também necessariamente diferença de objetos; igualdade é sempre a abstração de uma desigualdade existente, sob um determinado ponto de vista. A *igualdade* absoluta seria aquela em que há concordância de todos os pontos (características) dos objetos comparados, além da supressão de toda e qualquer diferença entre eles, fatos que seriam quase absurdos<sup>10</sup>.

## 2.3. O princípio da igualdade nos direitos positivos de Portugal e Brasil

Esse princípio, em sua forma genérica, encontra-se positivado nos artigos 13<sup>o11</sup> e 5<sup>o</sup>, *caput*, respectivamente, das Leis Fundamentais de Portugal e Brasil.

Desde já, convém destacar três similitudes dos ordenamentos jurídicos em questão: *a)* em ambos o princípio da igualdade consiste num dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais; *b)* os enunciados semânticos dos dispositivos constitucionais condensam hoje uma vasta riqueza de conteúdo; *c)* as enumerações feitas nos mencionados dispositivos constitucionais não são exaustivas<sup>12</sup>.

## 2.4. O princípio da igualdade nas doutrinas de Portugal e Brasil

Na medida em que as Constituições de Portugal e Brasil recepcionaram o princípio da igualdade (criando a figura da igualdade jurídica) da mesma forma, é natural, e efetivamente acontece, que sejam as mesmas as questões abarcadas pela doutrina dos dois países. Assim sendo, em face dessa paridade no tratamento do aludido princípio, continuaremos no mesmo rumo até agora seguido, qual seja, de não analisarmos separadamente as manifestações doutrinárias desses dois países, levando em conta as opiniões de cada doutrinador ora considerado, independente de sua nacionalidade.

A fim de ratificar essa paridade no tratamento do princípio da igualdade, e somente a título de exemplificação, vale dizer que, em ambos os ordenamentos, corroborados pelos respectivos doutrinadores, tem-se que o princípio da igualdade é pertinente a todas as funções estatais: legislação, administração e jurisdição<sup>13</sup>; um outro ponto de encontro é o entendimento de que o princípio da igualdade deve ser considerado tanto na aplicação do direito, quanto na criação do direito.

### 2.4.a. Igualdade perante a lei e igualdade na lei

Nas disposições constitucionais dos dois países em apreço, surge a afirmação “todos são iguais perante a lei”, o que significa, mantida ainda sua significação tradicional, a exigência de igualdade na aplicação da lei (direito). Seria a aplicação igual da lei, independentemente das pessoas envolvidas. A igualdade na aplicação do direito consiste ainda numa das dimensões básicas do princípio da igualdade, assumindo particular relevância no âmbito da aplicação igual da lei (direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais<sup>14</sup>. A esse respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>15</sup> leciona que, ao ser cum-

prida uma lei, todos os abrangidos por ela não de receber tratamento parificado.

Ocorre que esse entendimento *formal* do princípio da igualdade, respaldando apenas uma *igualdade perante a lei*, não é, *de per se*, garantidor de um tratamento justo e adequado aos cidadãos, tendo em conta as diversas situações vislumbradas no cotidiano das pessoas. Ou seja, se o legislador, ao criar a norma legal, o fizer apenas com base num critério *universalista* de igualdade dos cidadãos, como se todos estivessem nas mesmas condições culturais, econômicas, saudáveis, etc., mesmo que no próprio preceito legal não faça nenhuma distinção espontânea, efetiva e faticamente poderá estar desrespeitando o princípio da igualdade, pois é sabido que, na prática, as pessoas não se encontram todas nas mesmas situações e condições.

É certo que para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, por meio da norma jurídica, iguais situações ou resultados jurídicos. Contudo, o princípio da igualdade, reduzido a um postulado de universalização, pouco adianta, uma vez que permitirá discriminações quanto ao conteúdo (por exemplo, discriminações de pessoas de uma determinada raça ou de uma determinada origem étnica).

Mais uma vez merece destaque a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>16</sup>, pois, ao referir o entendimento de Hans Kelsen, espelha com brilhantismo a matéria:

“Com efeito, Kelsen bem demonstrou que a igualdade *perante a lei* não possuiria significação peculiar alguma. O sentido relevante do princípio isonômico está na obrigação da igualdade *na própria lei*, vale dizer, entendida como limite para a lei. Por isso averbou o que segue: ‘Colocar (o problema) da igualdade perante a lei é colocar simplesmente que os órgãos de aplicação do direito não têm o direito de tomar em consideração senão as distinções feitas nas próprias

leis a aplicar, o que se reduz a afirmar simplesmente o princípio da regularidade da aplicação do direito em geral; princípio que é imanente a toda ordem jurídica e o princípio da legalidade da aplicação das leis, que é imanente a todas as leis – em outros termos, o princípio de que as normas devem ser aplicadas conforme as normas” ( *Teoria Pura do Direito*, tradução francesa da 2ª edição alemã, por Ch. Einsenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 190).

No mesmo sentido, Castanheira Neves<sup>17</sup> leciona que “a igualdade perante a lei oferecerá uma garantia bem insuficiente se não for acompanhada (ou não tiver também a natureza) de uma igualdade na própria lei, isto é, exigida ao próprio legislador relativamente ao conteúdo da lei”.

Isso não significa a irrelevância ou a incorreção do princípio da igualdade nesse sentido formal, uma vez que, na abrangência total do sentido e alcance desse princípio, é importante. Mas é evidente que merece atenção a questão de diferenciar-se, na prática, quem são os cidadãos iguais e quem são os desiguais, tornando necessária a análise do referido princípio também em sentido material.

Assim, passou-se a buscar uma *igualdade na lei*, impondo também ao legislador, ao criar a norma jurídica, o respeito ao princípio da igualdade. Com efeito, passou-se a exigir do legislador que a lei, ela própria, deva tratar por igual todos os cidadãos, vinculando-o à criação de um direito igual a estes<sup>18</sup>. Em outras palavras, passou-se a buscar uma igualdade *material*, sendo essa no sentido de, se for o caso, reconhecer direitos àqueles que se encontram numa situação de inferioridade (podendo ser devido ao meio, condições de vida ou situação pessoal, por exemplo) para, concreta e efetivamente, transporem essa inferioridade de modo a garantir-lhes uma *igualdade de oportunidades* ou de *chances*. Ou seja, se for o caso, agir discriminadamente.

A igualdade material pode oferecer o critério justificativo da derrogação da igualdade formal. Mas essa derrogação é somente aparente, uma vez que a intervenção do legislador a favor de grupos menos favorecidos regula diversamente situações diversas surgidas em face de um desequilíbrio econômico e social. Como visto, se há discriminações que a igualdade repudia, também existem outras que ela postula. O tratamento díspare fere o princípio da igualdade se as situações são iguais, mas, se diferentes, não é censurável. É o que se chama de *discriminação positiva*, conceito que a jurisprudência tem utilizado freqüentemente<sup>19</sup>.

O professor Alves Correia<sup>20</sup> nos ensina que, “numa fórmula curta, a obrigação da igualdade de tratamento exige que aquilo que é igual seja tratado igualmente, de acordo com o critério da sua igualdade, e aquilo que é desigual seja tratado desigualmente, segundo o critério da sua desigualdade.”

Daí que o princípio da igualdade é dirigido (imposta) também ao legislador, vinculando-o à criação de um direito (norma jurídica) que trate por iguais todos os cidadãos.

#### *2.4.b. Conteúdo do princípio da igualdade. Vinculações do legislador. Proibição do arbítrio, da discriminação e obrigação de diferenciação*

O conteúdo jurídico-constitucional do princípio da igualdade consiste num tema muito discutido na literatura jurídica hodierna, do que fazem prova as diferentes posições doutrinárias acerca do mesmo. Contudo, parece claro que esse conteúdo tem vindo progressivamente a alargar-se de acordo com os respectivos contextos liberais, democráticos e sociais.

Assim, as considerações que serão tecidas a seguir baseiam-se em nossa convicção pessoal, sabendo-se que não há unanimidade sobre o tema.

O âmbito de proteção do princípio da igualdade na criação do direito (lei) con-

siste na proibição do legislador de agir arbitrariamente, discriminativamente e na obrigação deste atuar quando for necessário.

#### 2.4.b.1. Proibição do arbítrio

O legislador terá agido arbitrariamente quando a lei por ele criada não possuir um fundamento *objetivamente* razoável, quer no que diz respeito à natureza das coisas, quer na falta de justificativa para a diferenciação legal ou para o tratamento igual<sup>21</sup>. É claro que não se exige do legislador que, na disciplina de determinada matéria, ele tenha em conta todas as possíveis e eventuais diferenças fáticas. No entanto, numa perspectiva pautada na idéia de justiça, se as desigualdades fáticas são de tal modo significativas, o legislador deve atendê-las na regulamentação por ele criada.

O princípio da igualdade não proíbe que a norma jurídica estabeleça distinções; proíbe somente o arbítrio. No rumo do que dissemos acima, proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante (sem qualquer justificação razoável), segundo critérios de valor objetivo constitucionalmente relevantes; a norma será arbitrária se não se basear num fundamento sério, se for sem sentido e sem um fim ou se criar diferenciações jurídicas em relação às quais não é evidente um fundamento razoável<sup>22</sup>. Não é permitido, outrossim, que se tratem por iguais situações essencialmente desiguais.

Muitas críticas têm surgido à formulação do princípio da igualdade como proibição do arbítrio. Não aprofundaremos a matéria para não nos distanciarmos por demais do plano proposto ao presente trabalho; contudo, importa referir que tais posicionamentos são uníssonos em criticar a definição do conteúdo do princípio da igualdade por meio da proibição do arbítrio. Entretanto, outra corrente doutrinária aponta contrariamente a tais posicionamentos críticos, esclarecendo que o conceito de arbítrio não define o conteúdo de validade

do princípio da igualdade, apenas expressa e limita a competência do controle judicial – a proibição do arbítrio encerra uma norma de competência e uma delimitação do poder do tribunal<sup>23</sup>.

A nosso sentir, uma situação não exclui necessariamente a outra. A proibição do arbítrio faz parte, junto com a proibição de discriminação e a obrigação de legislar, do conjunto de imposições às quais o legislador resta vinculado, determinantes para a delimitação do conteúdo do princípio da igualdade. Da mesma forma, a proibição do arbítrio também é relevante para a delimitação da competência do tribunal responsável pela verificação da constitucionalidade da norma.

#### 2.4.b.2. Proibição de discriminação

Está relacionada com uma diferenciação *subjetiva* dos cidadãos.

As Constituições de Portugal e do Brasil indicam expressamente um conjunto de fatores de discriminação ilegítimos – aquela, no seu item nº 2, e esta no corpo dos seus incisos. Contudo, tais fatores são apenas os mais freqüentes e historicamente os mais significativos elementos fundadores de diferenças de tratamento jurídico, não sendo, pois, exaustivos esses elencos, podendo haver outras situações de igual ilicitude em face de diferenciações de tratamento fundadas em outros motivos, basta que também sejam contrárias à dignidade humana, incompatíveis com o princípio do Estado Democrático de Direito ou simplesmente arbitrárias e impertinentes<sup>24</sup>.

O legislador fere o princípio da igualdade quando proporciona quaisquer diferenciações de tratamento entre os cidadãos baseadas em categorias meramente subjetivas ou em razão dessas categorias. Não se exige uma igualdade absoluta em todas as situações, nem se proíbe diferenciações de tratamento; o que se exige é que as medidas de diferenciação sejam materialmente fundadas sob o ponto de vista da segurança jurídica, da proporcionalidade, da

justiça, da solidariedade e não se baseiem em qualquer motivo constitucionalmente impróprio.

Mesmo sendo mais detalhadamente analisado no item seguinte, por ser pertinente também a este, convém salientar que nem sempre as diferenciações de tratamento ferem o princípio da igualdade; são legítimas a) quando se baseiam numa distinção objetiva de situações; b) quando tenham um fim legítimo segundo o ordenamento constitucional positivo; c) quando se revelem necessárias, adequadas e proporcionadas à satisfação do seu objetivo<sup>25</sup>.

#### 2.4.b.3. Obrigação de diferenciação

Trata-se de uma concepção “expansionista” da intensidade vinculativa do legislador com relação ao princípio da igualdade material. Consiste numa dimensão jurídico-social do princípio em análise, em que se busca uma “efetiva igualdade de chances para todos, nas condições ou nas possibilidades de realização da personalidade ético-social de cada um”<sup>26</sup>. Nessa corrente doutrinária, acompanhada também pelo professor Gomes Canotilho, reconhece-se uma força vinculativa ao legislador de não somente ter a obrigação de impor tratamento igual às situações fáticas iguais e desigual às desiguais (mera função normativa, na forma já antes mencionada), mas também de efetivamente transformar a situação fática de modo a superar as desigualdades reais existentes entre os cidadãos (sociais, econômicas e culturais), alcançando-se, assim, uma igualdade fática efetiva, que legitime um tratamento igual sob o ponto de vista jurídico (imposição legiferante). Destarte, o princípio da igualdade é tido também como uma imposição constitucional dirigida ao legislador de atuar na criação de uma efetiva igualdade de oportunidades ou de chances entre os cidadãos.

A obrigação em questão tem caráter relativo, ou seja, somente quando o legislador tiver iniciado a concretização da igualdade real e efetiva dos cidadãos é que o

princípio da igualdade adquire uma dimensão impositiva concreta<sup>27</sup> – ou seja, nas situações em que se faz necessária a criação de uma norma que dê efetividade a um princípio já expressamente tutelado. De qualquer forma, trata-se de um dever jurídico-constitucional imposto ao legislador, que, não o cumprindo, legitima a censura da inconstitucionalidade por omissão.

De nossa parte, concordamos com a pertinência de tal imposição legiferante, pois esta faz parte, juntamente com as proibições a que nos referimos anteriormente, na direção das demais considerações já expostas, de um conjunto de posicionamentos em que se busca o que se entende por igualdade num Estado de Direito Social, cuja missão fundamental é realizar a justiça social<sup>28</sup>. Todavia, existe sempre a ressalva de que o legislador não deve extrapolar esse seu dever-poder, no sentido de buscar que *todos sejam iguais*, porque efetivamente não o são. E isso se dá porque em Estados Democráticos de Direito as pessoas, em tese, têm livre arbítrio de optar pelo estilo de vida que preferem (com mais ou menos estudo, mais ou menos esporte, mais ou menos saudável...) e devem assumir tal escolha. O legislador deve atuar na extinção de diferenciações surgidas em face de desigualdades sociais, financeiras, culturais, etc., enquanto originárias de um Estado Social que não atinge adequadamente seus fins; no entanto, quando for o caso das próprias pessoas serem desiguais por sua livre e espontânea vontade, entendemos que nenhum favorecimento destas mesmas deva haver.

Por derradeiro, não se deve olvidar que a efetivação da igualdade social, real ou fática dos cidadãos está intimamente relacionada com o nível de desenvolvimento econômico-social de um país e, mesmo que o legislador atue adequadamente mediante as imposições que lhe cabem, é certo que os cidadãos não possuem uma justiciabilidade imediata, pois, em sendo ineficiente

o sistema econômico e produtivo do respectivo país, por exemplo, não há garantia de justiça social prática e efetiva.

#### 2.4.b.4. Princípio negativo de controle

Mediante a chamada “função negativa de princípio de controle”, perquire-se se o legislador agiu respeitando os limites da sua liberdade conformadora ou constitutiva (discricionariedade legislativa), que se traduz na idéia geral de proibição do arbítrio e da discriminação. Em outras palavras: no caso concreto, o tribunal deverá analisar se essa atitude se revela como discriminatória e/ou arbitrária, por desprovida de fundamento racional ou material, de acordo com a natureza e a situação específica, além dos efeitos visados pelo legislador, cotejados com o conjunto de valores e fins constitucionais.

O conceito de arbítrio é utilizado para expressar o limite do poder e da competência do controle judicial. Ou seja, os tribunais responsáveis pelo controle da constitucionalidade das normas jurídicas (*in casu*, Tribunal Constitucional de Portugal e Supremo Tribunal Federal do Brasil) são competentes para tornar as respectivas Constituições efetivas em face de uma eventual violação intolerável do direito. Contudo, é vedada qualquer redução na liberdade de conformação do legislador ou na sua discricionariedade legislativa. Constitui um critério meramente negativo, com base no qual são censurados apenas os casos de flagrante e intolerável desigualdade. Significa uma autolimitação do poder do juiz, o qual não controla se o legislador, no caso concreto, seguiu a solução mais razoável ou mais adequada (sentido lato); a proibição do arbítrio e da discriminação exprime apenas os casos limite de violação do princípio da igualdade que merecem censura do tribunal. Com isso, busca-se evitar a substituição do legislador pelo tribunal, o que transformaria este último em mais um legislador ou num “superlegislador”.

### 3. Aplicação prática do princípio da igualdade. Análise de acórdãos

#### 3.1. Introdução

Tal como é evidente também em outros países, os Tribunais Constitucionais de Portugal e Brasil têm-se ocupado numerosíssimas vezes de problemas relacionados com o princípio da igualdade. À jurisprudência coube, e cabe, precisar os contornos, fixar o preciso alcance ou valor do princípio da igualdade (no caso específico deste trabalho, como meio a controlar a constitucionalidade das normas jurídicas) no caso concreto<sup>29</sup>.

Devido à impossibilidade de esgotar a matéria em face de sua ampla aplicação prática, optamos por analisar os seguintes arestos não de uma forma sucinta, de modo a fornecer ao leitor, sobretudo brasileiro, o máximo possível de informações, não só no que diz com o tema específico deste trabalho, mas buscando noticiar algumas particularidades do regime jurídico português, tais como a tramitação processual de questões concernentes ao princípio da igualdade, capacidade ativa para pleitear a inconstitucionalidade de determinada norma jurídica, nomenclatura dos tribunais, etc.

#### 3.2. Análise dos acórdãos

##### 3.2.a. Acórdãos do Tribunal Constitucional de Portugal

###### 3.2.a.1. Ac.<sup>30</sup> n° 263/98 – Proc. n° 373/95 (DR<sup>31</sup>, II série, n° 157, p. 9576)

Em sentença proferida pelo Tribunal da Comarca de Felgueiras, foi fixado um montante a ser pago pelo Estado a determinados cidadãos, a título de indenização por expropriação.

Como a entidade expropriante ainda não havia pago o que lhe era exigível, os expropriados intentaram junto ao mesmo Tribunal uma ação de execução de sentença visando à cobrança coercitiva desse mon-



tante, somado com os respectivos juros de mora, à taxa de 15% (sendo invocado o artigo 829º-A, nº 4, do Código Civil).

Foram opostos embargos à execução sustentando-se, em síntese, que o processo de liquidação dos juros não estava correto, pois os mesmos somente deveriam ser contados desde o termo do prazo a que alude o artigo 100º, nº 1, do Código de Expropriações de 1976, ou seja, após o trânsito em julgado do acórdão proferido pelo Tribunal da Relação do Porto (para onde haviam apelado o município de Felgueiras, na condição de diretamente prejudicado pela sentença, e os expropriados, ambos sem sucesso), e mais, para o efeito, deveria ser utilizada a taxa indicada no artigo 86º, nº 2, do mesmo Código.

Ante a improcedência desses embargos, foi interposto recurso ao Tribunal de Relação do Porto, ao qual foi dado parcial provimento, ratificando a decisão no concernente ao início da constituição em mora, sendo os juros devidos apenas após o termo do prazo a que alude o nº 1 do artigo 100º do referido Código de Expropriações.

Tal decisão foi objeto de recurso interposto junto ao Supremo Tribunal de Justiça, invocando-se a inconstitucionalidade da norma do artigo 100º, nº 1, do Código das Expropriações de 1976, na interpretação dada pelo acórdão da Relação do Porto, por violar o artigo 62º, nº 2, da Lei Fundamental. Esta Suprema Corte negou a revista ao recurso dos exeqüentes.

Com base nesse *decisum*, foi interposto pelos exeqüentes recurso junto ao colendo Tribunal Constitucional, tendo como objeto a constitucionalidade da norma expressa no aludido artigo do Código de Expropriações, na interpretação de que a indenização por sentença exarada num processo de expropriação litigioso só vence juros após o termo do prazo de 10 dias subsequentes à notificação a que esse mesmo preceito alude. Segundo os recorrentes-exeqüentes, a mencionada norma, na interpretação exarada pelo Tribunal da Relação do

Porto e pelo Supremo Tribunal de Justiça, infringe vários dispositivos constitucionais, entre eles o princípio da igualdade. Notadamente acerca desse princípio, diziam os recorrentes que um dos seus corolários lógicos é o da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos, que foi desrespeitado pela interpretação efetuada por esses Tribunais, fazendo recair unicamente sobre os ombros dos expropriados o encargo de suportar o custo da demora no pagamento da indenização em face da expropriação de seus bens.

Na fundamentação do acórdão, o Tribunal Constitucional menciona que a norma expressa no Código de Expropriações situa-se no núcleo do conceito constitucional de justa indenização por expropriação, condensado no artigo 62º, nº 2, da Lei Fundamental. Esse Tribunal manifestou-se no sentido de que o montante da indenização tem a ver com o conceito de justa indenização e que por esse conceito, em casos de expropriação, entende-se uma indenização total ou integral do sacrifício patrimonial expropriado ou uma compensação plena da perda patrimonial suportada, que respeite o princípio da igualdade, na sua manifestação de igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos, não apenas dos expropriados entre si, mas também destes com os não-expropriados. Uma indenização justa (na perspectiva do expropriado) será aquela que, repondo a observância do princípio da igualdade violado com a expropriação, compense plenamente o sacrifício especial suportado pelo expropriado, de tal modo que a perda patrimonial que lhe foi imposta seja equitativamente repartida entre todos os cidadãos.

Disse ainda o Tribunal Constitucional que

“o problema do ressarcimento dos prejuízos suportados pelo expropriado em consequência do atraso do pagamento da indenização por parte da entidade expropriante não apresenta quaisquer especificidades rela-

tivamente às conseqüências jurídicas do não cumprimento pontual de qualquer outra obrigação de conteúdo patrimonial. Não se vê, na realidade, qualquer razão válida para, com fundamento nos princípios constitucionais da justa indenização por expropriação e de igualdade, privilegiar o expropriado no que toca ao eventual atraso na satisfação pontual da indenização relativamente ao regime que, no direito civil, vigora relativamente a qualquer outra pretensão creditória insatisfeita”.

Destarte, o Tribunal entendeu que a norma do artigo 100º, nº 1, do Código de Expropriações de 1976 não viola os artigos constitucionais invocados pelos recorrentes, entre os quais o 13º, nº 1, nem qualquer outra norma ou princípio da Carta Magna.

*3.2.a.2. Ac. nº 1186/96 – Proc. nº 130/95 (DR, II série, nº 36, p. 1833).*

Determinada professora aposentada de Canto Coral interpôs, junto ao Tribunal Administrativo do Círculo de Lisboa, recurso contencioso de anulação da resolução da Direção dos Serviços de Previdência da Caixa Geral de Depósitos, do dia 27 de julho de 1992, que fixou sua pensão de aposentadoria com base no vencimento do 7º escalão, índice 226, da estrutura de carreira docente instituída pelo Decreto-Lei nº 409/89, de 18 de novembro. Alegou que, com base nos termos do artigo 129º, nº 3, do Decreto-Lei nº 139-A/90, de 28 de abril, deveria ter progredido ao 9º escalão, com dispensa de candidatura, uma vez que havia realizado com sucesso o concurso de habilitação para professora de Canto Coral.

Foi negado provimento a esse recurso, o que ensejou a interposição de um recurso jurisdicional para o Supremo Tribunal Administrativo, invocando a inconstitucionalidade da interpretação dada à norma do artigo 129º, nº 3, do Decreto-Lei nº 139-

A/90, efetuada na decisão recorrida que, por restritiva, teria violado (entre outros dispositivos constitucionais) o estatuído no artigo 13º, nº 2, da Constituição Federal. Novamente, foi negado provimento ao recurso.

Com base nesse último aresto, a recorrente interpôs, então, recurso para o Tribunal Constitucional com fundamento na inconstitucionalidade da interpretação dada pelo acórdão recorrido ao já mencionado dispositivo do Decreto-Lei nº 139-A, notadamente ao referir que a expressão “provas de exame de Estado previstas no Decreto nº 36.508, de 17 de setembro de 1947, e legislação subsequente” constante daquele normativo não abrangia à situação da recorrente (que à mesma não se aplicava a progressão prevista nesse dispositivo), apesar de a mesma ter realizado todos os concursos de habilitação para professores de Canto Coral previstos nos artigos 249º e seguintes deste último decreto mencionado como forma de integração na carreira docente. Interpretação restritiva essa que estaria, entre outras violações constitucionais, estabelecendo tratamentos diferenciados e discriminatórios, em afronta ao disposto no artigo 13º, nº 2, da Carta Magna.

O Tribunal Constitucional entendeu que a interpretação da norma constante no aludido artigo 129º, nº 3, efetuada no aresto atacado, não havia sido restritiva, mas sim declarativa, uma vez que, ao interpretar no sentido de que os concursos de habilitação referidos nos artigos 249º e seguintes do Decreto nº 36.508 não são idênticos aos exames de Estado regulados nos artigos 238º e seguintes deste mesmo diploma, tal como o tinha feito o ato administrativo que foi objeto de impugnação contenciosa, a extrair daquela norma um sentido correspondente à letra e ao espírito da lei, não foi feita qualquer restrição à letra da lei, antes declararam o sentido lingüístico coincidente com o pensar legislativo.

O Tribunal asseverou que a norma do nº 3 do artigo 129º do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário, ao referir-se apenas aos exames de Estado previstos no Decreto nº 36.508 para a generalidade dos professores liceais e não aos concursos de habilitação regulados no mesmo diploma e destinados exclusivamente aos professores liceais contratados de Canto Coral e de Lavoros Femininos, não se apresentava desprovida de fundamentos objetivos, racionais e razoáveis ou de fundamentos materiais bastantes, não sendo, por isso, arbitrária. Na verdade, ela tem como base o diferente grau de exigência dos exames de Estado e dos concursos de habilitação, e o diverso nível de habilitações estabelecido como condição para apresentação a uns e a outros. E, fazendo uso do que já havia sido suscitado no aresto atacado, referiu que é de longa data a diferenciação estabelecida pelo legislador para professores de Canto Coral e titulares de exame de Estado e que estes foram submetidos, inclusive, a provas muito mais rigorosas e específicas.

Por elucidativo, merece destaque um trecho do acórdão em questão, no qual refere que o princípio da igualdade, no sentido de limite objetivo da discricionariedade legislativa, não veda à lei a realização de distinções, mas, sim, medidas que estabeleçam distinções discriminatórias, ou seja, desigualdades de tratamento materialmente infundadas, sem qualquer fundamento razoável ou sem qualquer justificação objetiva e racional.

Assim, *in casu*, o Tribunal Constitucional não reconheceu a violação ao princípio da igualdade.

3.2.a.3. Ac. nº 1/97 – Proc. nº 845/96 (DR, I série-A, nº 54, p. 966)

Por meio de pedido de fiscalização abstracta preventiva de constitucionalidade, o excelentíssimo Senhor Presidente da República Portuguesa solicitou fossem analisa-

das as normas constantes no Decreto nº 58/VII, aprovado em 31 de outubro de 1996, mediante o qual buscava-se a criação de vagas adicionais no acesso ao ensino superior.

Segundo o requerente, tal decreto violava vários preceitos constitucionais, entre os quais o princípio da igualdade. Especificamente no que diz com este princípio, tal decreto desrespeitava a igualdade na medida em que criava situações de vantagem e discriminações negativas, e outras não-fundamentadas materialmente, quais sejam: a) o decreto alargou o regime destinado à compensação dos estudantes por deficiências ocorridas na 1ª fase (época de julho) a todos os candidatos que se apresentaram aos exames somente em setembro. Assim, teria sido concedida uma vantagem a estes (que, manifestamente, não foram prejudicados por quaisquer irregularidades ocorridas nos exames de julho) em relação àqueles, sem qualquer fundamento para tal benefício; b) o decreto teria discriminado negativamente os estudantes que, não tendo sido colocados no curso e estabelecimento de ensino da sua primeira opção na 1ª fase do concurso, não realizaram exames de melhoria de nota em setembro, porque já não havia vagas sobranes a que se pudessem candidatar nos cursos e estabelecimento de ensino da sua primeira opção ou porque, embora existindo vagas, não podiam contar com o benefício que o decreto viria criar; c) por fim, o regime criado pelo decreto teria gerado uma desigualdade entre os estudantes que garantiram no presente ano letivo o acesso a uma vaga no próximo ano e os estudantes que venham a obter, no concurso do próximo ano, notas superiores e aos quais não seja, no entanto, assegurada a entrada em virtude de o número de vagas ser limitado.

O Tribunal Constitucional reconheceu a violação do princípio da igualdade, declarando que as normas do decreto em questão criaram retroativamente um quadro legal que, se fosse conhecido anterior-

mente, teria modificado a representação das possibilidades de acesso ao ensino superior pelos candidatos à 1ª fase. Destarte, o desrespeito à igualdade foi determinado por uma violação da segurança jurídica que a modificação retroativa das regras de avaliação dos resultados de um concurso público implica.

Alguns pontos da fundamentação desse acórdão merecem especial destaque; um deles é onde o Tribunal salientou a falta de fundamentação razoável para que os candidatos que fizeram os exames da época de setembro fossem beneficiados por um critério de acesso não condicionado pelo número de vagas, mas só pela classificação. Em seguida, reconhece uma discriminação negativa dos candidatos que somente foram opositores à 1ª fase e não vieram a ser colocados no curso e estabelecimento de ensino da sua 1ª opção, referindo que, de acordo com as disposições do decreto, todos os candidatos estariam numa óbvia posição de paridade se as regras de colocação houvessem sido previamente definidas. Contudo, a circunstância de as regras de colocação na 2ª fase terem sido determinadas já depois de os candidatos terem realizado as respectivas provas e, sobretudo, terem manifestado as suas preferências por cursos e estabelecimentos de ensino é que gerou, potencialmente, um tratamento discriminatório dos candidatos que não concorreram à 2ª fase e até mesmo daqueles que, tendo-o feito, não escolheram os cursos e estabelecimentos de ensino que, em absoluto, preferiam por saberem que não tinham sobrado vagas da 1ª fase. Esses candidatos foram surpreendidos por uma mudança de regras superveniente.

Por derradeiro, merece destaque a passagem em que o Tribunal analisa se a discriminação negativa dos candidatos à 1ª fase que não foram opositores da 2ª fase do concurso seria ou não uma discriminação lesiva da igualdade, haja vista que poder-se-ia entender que o benefício de uns

(se não justificado) não significaria necessariamente o prejuízo de outros, mas corresponderia somente a um não-benefício. No entanto, esse entendimento não era aplicável ao caso concreto, uma vez que as normas em apreço redundavam numa efetiva diminuição das possibilidades de acesso ao ensino superior daqueles que, segundo as suas expectativas razoáveis, não teriam nada a ganhar com a candidatura à 2ª fase. O fato de os estudantes que se candidataram à 1ª fase (e não foram colocados no curso e estabelecimento da sua 1ª opção) não poderem prever as possibilidades de colocação em cursos e estabelecimentos de ensino sem vagas ou com um número exíguo de vagas sobrantes, qualquer que fosse a classificação obtida na 2ª fase (possibilidades que, todavia, passaram a existir retroativamente, no sistema do decreto nº 58/VII), corresponde a uma comparativa subtração de possibilidades de acesso a um grupo de candidatos, precisamente aqueles que, segundo o Tribunal, justificar-se-ia beneficiar.

3.2.a.4. *Ac. nº 646/96 – Proc. nº 201/95 (BMJ<sup>32</sup>, nº 457, p. 74)*

Em 1981, a Caixa Geral de Depósitos<sup>33</sup> deu início a uma execução fiscal contra alguns particulares, por meio da qual houve a penhora de bens móveis e imóveis. Durante a execução, apresentaram-se outras entidades públicas reclamando créditos que seriam devidos pelos executados e, bem assim, pugnando pelos bens penhorados.

A Caixa Geral de Depósitos interpôs recurso para o Tribunal Tributário de 2ª instância, da decisão que graduou os créditos na execução, por entender que os créditos reclamados por essas instituições públicas sobre uma das partes executadas, pessoa jurídica, não deveriam ser graduados com base em bens penhorados de outro executado, pessoa física.

Por despacho do juiz do 1º Juízo do Tribunal Tributário de 1ª instância de Lisboa,

esse recurso não foi admitido com fundamento na intempestividade da sua interposição, haja vista que, com a entrada em vigor do Código de Processo Tributário, foi revogado o artigo 5º do Decreto-Lei nº 32.276, de 24 de novembro de 1943, diploma em que a Caixa havia-se baseado para considerar tempestiva a interposição do seu recurso.

Contudo, por meio de decisão proferida pelo presidente do Tribunal Tributário de 2ª instância, foi revogado o despacho de não-admissão do recurso. Nessa decisão, considerou-se que estava em vigor a norma do artigo 5º do Decreto-Lei nº 33.276.

Em acórdão proferido em 17 de maio de 1994, o Tribunal de 2ª instância negou provimento ao recurso e confirmou a decisão que não havia admitido a interposição do mesmo, reconhecendo sua intempestividade. Tal *decisum* reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 5º do Decreto-Lei nº 33.276, sob o fundamento que a questão se resumia a um alargamento do prazo concedido à Caixa Geral de Depósitos para atacar a sentença de verificação e graduação de créditos, já que estará em tempo de atacar tal sentença se o recurso der entrada no Tribunal no 8º dia após se considerar notificada da conta de liquidação. O Tribunal não encontrou fundamento material válido para tal diferenciação de tratamento, asseverando que se tratava de uma distinção de tratamento injustificada e, por isso mesmo, irrazoável e arbitrária, com desrespeito ao princípio da igualdade. Tal decisão deu azo à interposição de recurso junto ao Tribunal Constitucional, em que a Caixa Geral de Depósitos sustentou a vigência e a não-inconstitucionalidade da norma desaplicada.

Primeiramente, o Tribunal Constitucional asseverou que o artigo 5º do Decreto-Lei nº 32.276, de 24 de novembro de 1943, foi expressamente mantido em vigor pelo artigo 18º, nº 1, do Decreto-Lei nº 693/70, de 31 de dezembro, e que, à data

em que foi admitido o recurso para o Tribunal Tributário de 2ª instância, ainda não havia sido publicado o Decreto-Lei nº 287/93, de 20 de agosto, que transformou a Caixa Geral de Depósitos, Crédito e Previdência em sociedade anônima de capitais exclusivamente públicos – diploma esse que revogou, de um modo geral, a legislação privativa da instituição, nomeadamente o Decreto-Lei nº 693/70.

Em seguida, esse Tribunal salientou que a Caixa Geral de Depósitos, irresignada com a sentença de verificação e graduação de créditos proferida em apenso à execução fiscal por ela movida, ao invés de interpor o recurso no prazo normal de oito dias a contar da notificação prévia da sentença, pretendeu fazê-lo em prazo subsequente, qual seja, contado a partir apenas da notificação àquela entidade de conta de liquidação, para tanto utilizando o privilégio concedido por legislação editada apenas para a, no caso, exequente<sup>34</sup> – foi notificada da sentença em 12 de novembro de 1991 e interpôs o recurso apenas em 9 de janeiro do ano subsequente.

Restou evidente que, no caso em análise, verificava-se uma norma que, quanto à Caixa Geral de Depósito, inibia o normal trânsito em julgado da sentença de verificação e graduação de créditos, permitindo a esta ainda impugná-la em prazo contado da notificação do ato da secretaria que lhe dá execução, sendo certo que as restantes partes na ação executiva apenas podem reagir contra tal decisão nos termos gerais e, portanto, em prazo contado da respectiva prolação e notificação. O Tribunal posicionou-se no sentido de que tal ampliação de prazo era carecedora de fundamento material bastante, não podendo justificar-se em função da natureza daquela instituição ou da especificidade das funções que lhe estavam cometidas, julgando, então, inconstitucional a norma do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 32.276, de 24 de novembro de 1943.

Merece transcrição uma passagem desse acórdão, uma vez que reflete o posicionamento do Tribunal manifesto também em outros arestos:

“os princípios da igualdade das partes e do contraditório possuem dignidade constitucional, por derivarem, em última instância, do Estado de direito (...). Por outro lado, aqueles princípios processuais constituem diretas emanções do princípio da igualdade. Assim, a sua hipotética violação consubstancia, naturalmente, uma inconstitucionalidade material por violação dos artigos 2º e 13º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa.”

Por fim, mister salientar que o Tribunal Constitucional tem admitido que a Caixa Geral de Depósitos manteve até 1993 a natureza de instituto público, o que pode justificar, até essa data, a manutenção de certos regimes especiais. Atualmente, e no caso específico, não havia qualquer fundamento racional na legislação especial que conferisse privilégios à Caixa Geral de Depósitos a ponto de destruir o necessário equilíbrio na execução fiscal proveniente do princípio da igualdade, na sua vertente igualdade processual das partes.

*3.2.a.5. Ac. n° 452/95 – Proc. n° 417/91  
(DR, II série, n° 269, p. 13.897)*

O Provedor de Justiça requereu ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas constantes nos artigos 1º a 11º do Decreto-Lei nº 332/91, de 6 de setembro, e, bem assim, de todas as normas revogadas pelo artigo 12º do mesmo diploma legal. Ou seja, o pedido de declaração de inconstitucionalidade em questão tinha como objetivo primário as normas constantes do Decreto-Lei nº 332/91 (norma que reformula os critérios e o processo de cálculo das indenizações a atribuir aos titulares de ações ou partes de capital de empresas nacionalizadas) e,

como objetivo secundário, as normas revogadas pelo artigo 12º desse Decreto-Lei (normas essas cuja conformidade com a Constituição seria apenas analisada pelo Tribunal Constitucional se se concluísse pela inconstitucionalidade das constantes no referido Decreto-Lei).

No caso presente, a relevância do princípio da igualdade está relacionada com o cálculo do montante da indenização a atribuir aos titulares de ações ou partes de capital de empresas nacionalizadas, notadamente com os artigos 1º a 7º do Decreto-Lei nº 332/91.

Na fundamentação do acórdão, o Tribunal distingue casos de indenização por expropriação dos casos de indenização por nacionalização. Nesse sentido, refere que em ambos os casos se busca a justiça na indenização, que, para efeitos de expropriação, é mais exigente, impondo-se uma indenização total ou integral do dano suportado pelo particular, e, no que tange à nacionalização, menos exigente, que se basta com uma indenização razoável ou aceitável dos prejuízos infligidos ao proprietário dos bens nacionalizados.

O Tribunal Constitucional declarou que as normas constantes nos artigos 1º a 7º do Decreto nº 332/91 não infringem a Constituição Federal (da mesma forma que os demais dispositivos legais suscitados, motivo pelo qual não foi tomado conhecimento do pedido de declaração de inconstitucionalidade das normas revogadas pelo artigo 12º do mesmo Decreto-Lei). Isso porque os três critérios estabelecidos nos artigos em questão – a) valor do patrimônio líquido da empresa; b) valor das cotações a que as respectivas ações hajam sido efetivamente transacionadas na Bolsa de Valores de Lisboa; e c) valor da efetiva rentabilidade da empresa – foram reconhecidos como respeitantes aos princípios constitucionais tutelados, referindo, especificamente, que não violam o já mencionado direito à indenização na forma manifestada na Carta Magna. Essa colen-

da Corte asseverou que tais critérios não são arbitrários, mas têm virtualidades de levarem, na normalidade das situações, a uma indenização razoável ou a uma compensação adequada, tal qual é exigido. Especificamente acerca do primeiro critério – *valor do patrimônio líquido da empresa* –, consta que é habitualmente utilizado em situações em que seja necessário determinar o valor de cotas de sociedade, quer nos casos de liquidação de cotas por morte, exoneração ou exclusão de um sócio, quer nos casos de determinação da contrapartida da aquisição da cota de um sócio que tenha votado contra a fusão da sociedade e que, por isso, tenha o direito de se exonerar, quer, ainda, nas hipóteses de amortização de cotas. Por fim, mister salientar que o Tribunal dispendeu consideração específica ao segundo critério apontado – *valor das cotações a que as respectivas ações hajam sido efetivamente transacionadas na Bolsa de Valores de Lisboa* –, aduzindo que tem um coeficiente de ponderação de apenas 20% e que se apura tomando por base um período de tempo relativamente longo (últimos cinco anos anteriores a 1975), mas, ainda assim, tal critério também é aceitável haja vista que, como já salientado, no âmbito da nacionalização, basta uma indenização razoável ou aceitável, isto é, que seja proporcionada à perda dos bens nacionalizados, que cumpra as exigências de justiça, na sua refração na matéria em causa.

3.2.a.6. Ac. n° 237/98 – Proc. n° 56/95 (DR, II série, n° 137, p. 8.209)

Um grupo de juízes conselheiros do Tribunal de Contas interpôs recurso junto ao Tribunal Administrativo do Círculo de Lisboa, em face do desatendimento de pretensão por eles formulada, qual seja, de suas remunerações consistirem nos níveis determinados, notadamente, pelo disposto na Lei n° 2/90, de 20 de janeiro. Os recorrentes fundamentaram sua irrisignação no fato de a decisão recorrida se ter baseado no estatuído no artigo 1° da Lei n° 63/90, de 26 de de-

zembro, que seria uma norma contrária aos princípios constitucionais da igualdade e da confiança (este ínsito no princípio do Estado Democrático de Direito – art. 2°).

O Tribunal Administrativo do Círculo de Lisboa concedeu provimento ao recurso, reconhecendo a inconstitucionalidade das normas dos n°s 1 e 2 do artigo 1° da aludida Lei n° 63/90 por violarem os princípios da igualdade (arts. 13° e 59°, n° 1, a) e da confiança, e, conseqüentemente, anulou a deliberação recorrida. Tal *decisum* foi objeto de recurso interposto pelo Ministério Público junto ao Tribunal Constitucional.

Na fundamentação do acórdão, o Tribunal Constitucional, ao clarificar o objeto do presente recurso, asseverou que o mesmo consistia na questão da constitucionalidade das normas conjugadas dos n°s 1 e 2 do artigo 1° da Lei n° 63/90<sup>35</sup>, enquanto estabelecem a suspensão da atualização das remunerações dos magistrados judiciais. Após uma minuciosa análise de dispositivos legais concernentes, essa colenda Corte refere que as razões justificativas da elaboração da Lei n° 63/90 – que atingiu indiretamente os magistrados judiciais e os magistrados do Ministério Público, por força da equiparação adotada pela Lei n° 2/90, entre a retribuição base da categoria mais elevada da magistratura judicial e a retribuição base dos ministros – estavam relacionadas com uma eventual reação negativa da opinião pública, em face de outros aumentos de rendimentos que haviam sido anteriormente concedidos à classe política, e que tal reação poderia afetar gravemente o prestígio do regime democrático.

O Tribunal Constitucional analisou se o tratamento mais favorável para as magistraturas, em comparação com o restante dos titulares de cargos públicos abrangidos pelo n° 1 do artigo 1°, constante da norma do n° 2 do mesmo artigo da Lei n° 63/90, era constitucionalmente legítimo à luz do princípio da igualdade, tendo deci-

dido afirmativamente, reconhecendo que a situação fática e jurídica concreta justificou esse tratamento jurídico diferenciado. Para tanto, mencionou que

“os magistrados são titulares permanentes dos cargos públicos que ocupam, não usufruem de prerrogativas especiais de reinserção ou reforma, não beneficiam (exceto os presidentes dos tribunais superiores e os titulares dos cargos superiores do Ministério Público) de abonos para despesas de representação, nem, na generalidade dos casos, da possibilidade de constituírem um gabinete de apoio de utilizarem viaturas oficiais, além de estarem constitucionalmente vinculados à exclusividade de funções”.

Entretanto, no que tange à análise das remunerações das categorias de juizes em questão, essa egrégia Corte entendeu que tais normas feriram o princípio da igualdade (tanto na acepção geral – art. 13º, quanto específica – art. 59º) na medida em que não trataram desigualmente situações desiguais (“assistiu-se uma anulação da diferenciação de remunerações entre as categorias de juiz conselheiro e juiz desembargador, bem como entre as de vice-procurador-geral e procurador-geral-adjunto”), sem que, para tanto, houvesse fundamento material bastante. Asseverou, outrossim, que o legislador ordinário tinha a obrigação de confirmar que, tanto na carreira da magistratura judicial, quanto na da magistratura do Ministério Público (tal como nas carreiras da função pública), às várias categorias a que correspondem diferentes níveis de experiência e de responsabilidade correspondem diferenciações de níveis remuneratórios. Justificou seu posicionamento no mesmo sentido da sentença proferida pelo Tribunal Administrativo do Círculo de Lisboa, em que consta que

“a arbitrária equiparação remuneratória de magistrados pertencentes a escalões diferentes e a exercerem fun-

ções em tribunais ‘hierarquicamente’ diferenciados – para além de integrar violação flagrante da afloração do princípio da igualdade constante no citado artigo 59º, nº 1, alínea a)<sup>36</sup> constituirá, muito em particular, violação do estatuído nos artigos 212º e 217º da Constituição da República Portuguesa, preceitos que necessariamente levam ínsita a existência de escalões diferenciados em termos funcionais e, portanto, remuneratórios dos magistrados”.

### 3.2.b. *Acórdãos do Supremo Tribunal Federal do Brasil*<sup>37</sup>

#### 3.2.b.1. *RE*<sup>38</sup> nº 170471-3 – julgado em 10-11-94 – publicado sob nº 3.07

Trata-se de um Recurso Extraordinário que foi interposto junto ao egrégio Supremo Tribunal Federal, em que se perquiria a constitucionalidade da norma estatuída pelo artigo 6º do Decreto-Lei nº 2.434/88, por meio da qual era concedida isenção tributária relativa ao pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) relativas a pagamentos de bens importados.

Essa colenda Corte reconheceu *in casu* a violação ao Princípio Constitucional da Igualdade, na medida em que essa norma jurídica tratou desigualmente pessoas que se enquadravam em situações iguais, mencionando, com base nas lições de Celso Antônio Banderia de Mello, que “não havia correlação lógica entre o fator erigido em critério de *discrímén* e a discriminação legal decidida em função dele”; foi adotado como fator de *discrímén* um fato aleatório, qual seja, a época de emissão das guias para pagamento do imposto, ou seja, fato alheio à hipótese de incidência do IOF/câmbio.

Merece destaque o posicionamento do eminente Relator Ministro Carlos Velloso quando refere que a simples declaração de inconstitucionalidade da norma em apreço causaria a retirada da mesma do mun-



do jurídico, fazendo com que a concessão fiscal não fosse aproveitada por ninguém, e que, portanto, o Tribunal deveria, segundo sua opinião, estender a aplicação da norma jurídica concessionária da isenção a todos quantos estivessem em situação idêntica.

Contudo, reconhece que se tratava de um posicionamento quase que isolado na jurisprudência do Tribunal, sendo amplamente majoritário o de que o controle da constitucionalidade deve ser negativo, tendo em vista o princípio da separação dos poderes, via de conseqüência, não devendo o Poder Judiciário se arvorar na condição de legislador (Súmula 339).

Respeitando o entendimento quase que totalitário contrário ao seu próprio, o Relator negou seguimento ao recurso, haja vista que a intenção dos recorrentes era ampliar o âmbito de aplicação da norma em análise.

*3.2.b.2. RE n° 199161-5 – julgado em 26-11-96 – publicado sob n° 22.22*

Por meio de um recurso extraordinário, o egrégio Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade da norma exposta na Portaria n° 08/91 do Departamento do Comércio Exterior do Ministério da Fazenda, por meio da qual, com o intuito de defender os interesses fazendários nacionais, restringiu a importação de bens de consumo usados.

O Tribunal posicionou-se no sentido de que, no caso concreto, o princípio isonômico não havia sido violado, sustentando que os conceitos de igualdade e desigualdade são relativos, via de conseqüência, impondo “a confrontação e o contraste entre duas ou várias situações, pelo que onde só uma existe não é possível indagar sobre tratamento igual ou discriminatório”. Assim, como a restrição à importação de bens de consumo usados é destinada às mesmas pessoas, quais sejam, importadores em geral, sejam pessoas jurídicas

ou físicas, não há que se falar em cotejo de situações; para fins da análise em questão, tem-se uma única situação.

Destarte, o recurso da União foi conhecido e provido.

*3.2.b.3. RE n° 165305-1 – publicado sob n° 3.21*

Por meio de um recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade, à luz do princípio da igualdade, de norma editada por determinado município brasileiro, mediante a qual instituiu-se a idade mínima de 45 anos para inscrição em concurso público para a categoria de médico do quadro pessoal do município.

O Tribunal reconheceu o discrimen injustificado, referindo que a limitação da idade, *in casu*, não constituía requisito necessário em razão da natureza e das atribuições do cargo a preencher.

Destarte, foi provido o recurso e reformada a decisão *a quo*.

*3.2.b.4. ADI<sup>39</sup> n° 1355-6 – julgado em 23-11-95 – publicado sob n° 13.24*

Por meio de uma medida liminar, foi colocada à apreciação da Corte Constitucional brasileira a questão se determinados artigos da Lei n° 9.100, de 29 de setembro de 1995, feriam a Constituição Federal à luz do princípio da igualdade.

Tais normas condicionavam o número de candidatos às Câmaras Municipais ao número de representantes do respectivo partido político na Câmara Federal.

A Corte Constitucional manifestou-se no sentido de que o princípio em questão havia sido violado pelas normas jurídicas, na medida em que as mesmas instituíram “critério caprichoso que não guarda coerência lógica com a disparidade de tratamento nelas estabelecida. Afronta à igualdade caracterizadora do pluralismo político consagrado pela Carta de 1988”.

Desse modo, foi deferida a liminar de suspensão da vigência dessa norma, em

face da iminência do desencadeamento do processo eleitoral.

#### 4. Conclusão

Mediante o presente estudo, buscou-se demonstrar, sobretudo ao leitor brasileiro, a forma com que o ordenamento jurídico português respalda o princípio da igualdade no controle da constitucionalidade das normas jurídicas. Donde se depreende a similitude com o sistema jurídico brasileiro, também analisado.

Merece destaque, outrossim, o fato de os acórdãos ora elencados, muito embora consistam apenas numa amostragem exemplificativa, refletirem a consonância entre a aplicação prática do princípio da igualdade pelos Tribunais Constitucionais e os posicionamentos doutrinários concernentes aos Estados aqui considerados, inclusive no que diz com entendimentos atuais e modernos, como por exemplo a exigibilidade de respeito a esse princípio já quando da criação da lei (igualdade na lei).

Por fim, gostaríamos de salientar que a pesquisa prévia à elaboração do presente estudo espelhou uma profunda ingerência do princípio da igualdade no cotidiano forense, notadamente no controle da constitucionalidade das normas jurídicas, objeto específico deste trabalho. Destarte, impraticável uma abordagem exaustiva da matéria; contudo, esperamos ter contribuído para uma adequada utilização jurídica de tão importante princípio, analisando seu sentido e alcance e, bem assim, procurando transmitir o posicionamento do Tribunal Constitucional de Portugal e do Supremo Tribunal Federal do Brasil.

#### Notas

<sup>1</sup> Cfr. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. [s.l. : s.n.], s./d. p. 594.

<sup>2</sup> Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 48.

<sup>3</sup> O que será novamente levado em consideração mais adiante, quando analisarmos a discricionariedade

e o livre arbítrio do legislador na criação das normas jurídicas.

<sup>4</sup> Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet, ob. cit., p. 62.

<sup>5</sup> Conforme ensina Maren Guimarães Taborda (*O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções*, p. 108), para os gregos, especificamente, iguais eram tão-somente os cidadãos, ou seja, os homens livres; as mulheres, até o raiair do século XX, sempre foram consideradas equivalentes ou “iguais” às crianças, não participando da vida política e nem merecendo tutela.

<sup>6</sup> Cfr. Fernando Alves Correia. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, p. 395.

<sup>7</sup> Cfr. João Martins Claro. O princípio da igualdade. In: *Nos Dez Anos da Constituição*. p. 32.

<sup>8</sup> Ob. cit., p. 396.

<sup>9</sup> Isso porque, ao analisar-se a igualdade, os objetos em questão não são comparados na sua totalidade, mas apenas com base em determinados aspectos, com referência a um maior ou menor número de características.

<sup>10</sup> Cfr. Alves Correia. ob. cit., p. 399.

<sup>11</sup> “1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica ou condição social.”

<sup>12</sup> Vide Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. vol. 4. p. 214.

<sup>13</sup> Vide Gomes Canotilho/Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. p. 129 e Celso Antônio Bandeira De Mello. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. p. 9.

<sup>14</sup> Cfr. Gomes Canotilho. ob. cit., p. 389.

<sup>15</sup> Ob. cit., p. 10.

<sup>16</sup> Ob. cit., p. 10.

<sup>17</sup> O Instituto dos ‘Assentos’, p. 166.

<sup>18</sup> Cfr. Gomes Canotilho. ob. cit., p. 389.

<sup>19</sup> Cfr. João Martins Claro. ob. cit., p. 37.

<sup>20</sup> Ob. cit., p. 404.

<sup>21</sup> Nesse caso, quando deveria ter agido discriminadamente e não o fez.

<sup>22</sup> Cfr. Alves Correia. ob. cit., p. 404.

<sup>23</sup> Para aprofundar o tema, vide Alves Correia, ob. cit., p. 422/426.

<sup>24</sup> Nesse sentido, vide Jorge Miranda, ob. cit., p. 214.

<sup>25</sup> Cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira. ob. cit., p. 128.

<sup>26</sup> Cfr. Castanheira Neves. ob. cit., p. 129/131.

<sup>27</sup> Vide Gomes Canotilho. *Constituição Dirigente*. p. 385/388.

<sup>28</sup> Vide Alves Correia, ob. cit., p. 408.

<sup>29</sup> A análise de alguns arestos pode ser encontrada em José Casalta Nabais, *Os direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional*; Martim de Al-

buquerque, *Da Igualdade. Introdução à Jurisprudência*; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 224 e ss.

<sup>30</sup> Acórdão.

<sup>31</sup> Diário da República Portuguesa.

<sup>32</sup> Boletim do Ministério da Justiça.

<sup>33</sup> Instituição financeira portuguesa.

<sup>34</sup> Artigo 5º, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 33.276:

“Dentro dos oito dias seguintes à notificação poderá a administração da Caixa ou reclamar contra ou recorrer da sentença de graduação, se a conta se houver limitado a aplicar as disposições da sentença.”

<sup>35</sup> Art. 1º

1. É suspensa, a partir de 1º de janeiro de 1991, e até que a Assembleia da República aprove os princípios de atualização das remunerações dos titulares de cargos públicos, vigência do disposto no artigo 2º da Lei nº 26/84, de 31 de julho, para efeitos de aplicação do regime provisório previsto nas alíneas b) e c) do nº1 do artigo 31º do decreto-Lei nº 353-A/89, de 16 de outubro, aplicando-se, enquanto vigorar a suspensão, unicamente o regime previsto no artigo 4º deste diploma.

2. A suspensão prevista no número anterior é apenas aplicável à parcela das remunerações e pensões fixadas pela Lei nº 2/90, de 20 de janeiro, que exceda o montante correspondente à remuneração base do cargo de primeiro-ministro.

<sup>36</sup> Art. 59º:

1. Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito:

a) À retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna;”

<sup>37</sup> Todos os acórdãos aqui mencionados foram publicados na Revista de Jurisprudência Informatizada Plenium, editora Saraiva.

<sup>38</sup> Recurso Extraordinário.

<sup>39</sup> Ação Direta Inconstitucionalidade.

## Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Martim de. *Da igualdade: introdução à jurisprudência*. Coimbra : Almedina, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra : Almedina, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra : Editora Coimbra, 1993.
- CLARO, João Martins. *O princípio da igualdade*. In: Nos Dez Anos da Constituição. Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1987, p. 31 ss.
- CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra : Almedina, 1997.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 1998.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. v. 4, Coimbra : Editora Coimbra, 1998.
- NABAIS, José Casalta. *Os direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional*. [s.l. : s.n.], s./d.
- PLATÃO. *Diálogos. A República*. 24. edição. Tradução de Leonel Vallandro. Rio de Janeiro : Ediouro, 1996.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998.
- TABORDA, Maren Guimarães. *O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções*. In: *Estudos Jurídicos*. v. 30, n. 80, 1997. p. 105 ss.

