

# O LIMITE ENTRE A DESIGUALDADE POSITIVA E A INCONSTITUCIONALIDADE

Graciela Peripolli OLIVEIRA<sup>1</sup>

Marcelo Lasperg de ANDRADE<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo desvendar os mistérios que cercam o limite entre a desigualdade positiva e a inconstitucionalidade, ou seja, até que ponto a discriminação pode existir sem que a garantia do respeito ao princípio da igualdade seja desrespeitada, algo que é bastante árduo até mesmo para os mais qualificados e respeitados autores.

**Palavra chave:** ruptura do limite – exemplos legais – o limite e a vida e sociedade.

## 1. Considerações iniciais

A desigualdade para fins de alcance da igualdade material deve respeitar um delicado limite entre as permissões da Carta Magna e o vício da inconstitucionalidade material, contudo, até mesmo a mais respeitável doutrina encontra grande dificuldade para definir precisamente este limite, e é no universo desta dificuldade que este trabalho penetrará a partir de agora.

## 2. Análise dos critérios para definir a ruptura do limite

Nos parece que quem chega mais perto da precisão para definir tal limite, é Celso Antônio Bandeira De Melo, que estabeleceu que para haver o reconhecimento da quebra desta barreira limítrofe, é preciso que se faça uma divisão em três grandes questões, vejamo-las:

---

<sup>1</sup> Discente do 10º período do curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba. Grc\_dt@hotmail.com

<sup>2</sup> Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

[...] a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; [...] a segunda reporta-se a correlação lógica abstrata existente entre o fator ergido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; [...] a terceira atina a consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e desarte juridicizados. (MELO, 2000 p. 20)

Isto quer dizer que, primeiramente deve se analisar qual o elemento utilizado como fator discriminatório, depois se este elemento reporta a uma relação lógica entre a razoabilidade da discriminação e a escolha do elemento e, por fim, analisar se a Constituição ampara a escolha do elemento como critério de razoabilidade da discriminação, somente após esta análise tripartite, é que saberemos se estamos ou não diante de uma situação de inconstitucionalidade pela quebra do princípio da igualdade, mas esta análise não é tão simples quanto parece, pois para isto, na maioria das vezes é necessário fazer um rigoroso controle feito exatamente desta forma que dissemos, e é neste controle que reside esta dificuldade de definição. (MELO, 2000)

### **3. Exemplos legais e jurisprudenciais**

Mas isto não é tão simples quanto parece, pois para tanto, na esmagadora maioria dos casos esta inconstitucionalidade só é definida através do chamado controle concentrado de constitucionalidade feito pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, enquanto não se conhece o entendimento da Suprema Corte a respeito da negatividade da discriminação contida na lei ou ato normativo, perdura a discussão sobre a ultrapassagem deste limite.

Um bom exemplo disto é o art. 2º da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que dispõe:

Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. Art. 2º Lei 11.340/2006

O problema de inconstitucionalidade em tese encontrado neste dispositivo legal é a expressão “toda mulher”, pois ela induz ao entendimento de que somente a mulher gozaria da proteção a tais direitos, contrariando o disposto no inciso I do art. 5º da Constituição, o que a nosso ver é manifestamente absurdo, uma vez que há uma forte corrente jurisprudencial e doutrinária entendendo que este dispositivo é perfeitamente aplicável por analogia aos homens e casais homoafetivos, portanto, a observância ao princípio da igualdade está confirmada, tornando absolutamente desnecessária a provocação da Suprema Corte para se pronunciar sobre o tema.

#### OBSERVAÇÃO:

Em 2010 foi proposta pela Procuradoria Geral da República, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade com relação a esta lei, que foi julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal em 2012, porém o objeto de impugnação nela apresentado não foi o artigo em comento, portanto, o exposto acima permanece sob amparo da ampla maioria da jurisprudência e doutrina, assim sendo, nosso posicionamento com relação a Constitucionalidade do artigo sob análise pode permanecer sem equívocos.

Com isso, nos parece claro que o limite entre a desigualdade positiva e a inconstitucionalidade pela quebra da isonomia está na ilegitimidade, que pode ser definida através da análise proposta feita por Bandeira De Melo, apresentada no início deste capítulo.

Para esclarecer melhor, retomemos o exemplo citado no artigo anterior de um concurso público para a Polícia Civil, cujo edital estabelece as exigências para os candidatos de altura mínima de 1,60 cm, cor de pele branca e olhos azuis. No primeiro exemplo do artigo anterior, a exigência de altura mínima era razoável em razão da robustez que o exercício da atividade exige, já no segundo exemplo há inconstitucionalidade pela quebra do princípio da igualdade, uma vez que a cor da pele e dos olhos é um atributo que em nada interfere para o exercício da atividade, e são fatores discriminatórios expressamente vedados pela Constituição, aí está a ilegitimidade capaz de romper com o limite.

Outro exemplo de dispositivo legal de constitucionalidade discutível por quebra da igualdade é o do inciso I do artigo 83 da Lei 11.101/2005, que assim dispõe:

A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho; [...] Art. 83, I Lei 11.101/2005

O problema de inconstitucionalidade levantado neste dispositivo, é o limite de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos para privilégio de crédito na falência, quem defende a inconstitucionalidade, se utiliza da tese de que os direitos trabalhistas previstos tanto na Constituição como na legislação pertinente (Consolidação das Leis do Trabalho) “CLT” são para todos, assim sendo, obviamente que este limite traz a ideia de fronta ao princípio da igualdade. Por outro lado, quem defende a constitucionalidade, se municia do argumento de que os trabalhadores com créditos superiores a este limite a receber, não estão tendo seus direitos tolhidos, e o referido limite seria apenas uma questão de critério de classificação de recebimento dos créditos, porém o Supremo Tribunal Federal ainda não foi provocado para pronunciar-se sobre o tema.

Existe ainda na esfera legislativa, uma discussão de enorme peso no que se refere a igualdade entre homens e mulheres, em face a prerrogativa de foro da mulher nas ações de Separação Judicial e Divórcio Direto, prevista no artigo 100, inciso I do Código de Processo Civil, que em tese, se colide com o disposto no artigo 5º, inciso I da Constituição, porém, há precedentes do Superior Tribunal de Justiça entendendo pela constitucionalidade do dispositivo, sob o argumento de que este não se aplica ao Divórcio Direto e que não se admite uma interpretação extensiva do mesmo, entretanto, não houve ainda pronunciamento do Supremo Tribunal Federal que firme entendimento a respeito. Porém, Bulos entende que:

Certamente, estão revogados todos os dispositivos da legislação ordinária que conferiam primazia ao homem ou a mulher, a exemplo da prerrogativa de foro do art. 100, I, do CPC, por força dos arts. 3º, IV; 7º, XXX; e 226, § 5º, da Carta de Outubro. BULOS, 2012 p. 559 (grifo do autor).

Entretanto, a quebra deste princípio pode ser levada a discussão, até mesmo por algo não previsto em lei, que possa levar a um prejuízo individual ou coletivo pela falta desta previsão. Como no caso do interrogatório por videoconferência, que não é previsto na legislação processual penal, e também não vem sendo aceito pela jurisprudência quando não há motivação na determinação

judicial, para garantir o direito do preso a uma igualdade de condições na produção de prova no processo em que é acusado:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Ato processual. Interrogatório. Realização mediante videoconferência. Inadmissibilidade. Forma singular não prevista no ordenamento jurídico. Ofensa a cláusulas do justo processo da lei (due process of law). Limitação ao exercício da ampla defesa, compreendidas a autodefesa e a defesa técnica. Insulto às regras ordinárias do local de realização dos atos processuais penais e às garantias constitucionais da igualdade e da publicidade. Falta, ademais, de citação do réu preso, apenas instado a comparecer à sala da cadeia pública, no dia do interrogatório. Forma do ato determinada sem motivação alguma. Nulidade processual caracterizada. HC concedido para renovação do processo desde o interrogatório, inclusive. Inteligência dos arts. 5º, LIV, LV, LVII, XXXVII e LIII, da CF, e 792, caput e § 2º, 403, 2ª parte, 185, caput e § 2º, 192, § único, 193, 188, todos do CPP. Enquanto modalidade de ato processual não prevista no ordenamento jurídico vigente, é absolutamente nulo o interrogatório penal realizado mediante videoconferência, sobretudo quando tal forma é determinada sem motivação alguma, nem citação do réu. DJ 05-10-2007

Também pode se discutir a quebra do princípio da igualdade impugnando um dispositivo de uma Constituição Estadual, como no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3853 proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em face do art. 29-A do Ato Das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, que concedia aposentadoria vitalícia aos ex-governadores daquele Estado, julgada procedente pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em 2007:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 35, DE 20 DE DEZEMBRO DE 2006, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. ACRÉSCIMO DO ART. 29-A, CAPUT e §§ 1º, 2º E 3º, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS GERAIS E TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO SUL-MATO-GROSSENSE. INSTITUIÇÃO DE SUBSÍDIO MENSAL E VITALÍCIO AOS EX-GOVERNADORES DAQUELE ESTADO, DE NATUREZA IDÊNTICA AO PERCEBIDO PELO ATUAL CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL. GARANTIA DE PENSÃO AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE, NA METADE DO VALOR PERCEBIDO EM VIDA PELO TITULAR. 1. Segundo a nova redação acrescentada ao Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição de Mato Grosso do Sul, introduzida pela Emenda Constitucional n. 35/2006, os ex-Governadores sul-mato-grossenses que exerceram mandato integral, em 'caráter permanente', receberiam subsídio mensal e vitalício, igual ao percebido pelo Governador do Estado. Previsão de que esse

benefício seria transferido ao cônjuge supérstite, reduzido à metade do valor devido ao titular. 2. No vigente ordenamento republicano e democrático brasileiro, os cargos políticos de chefia do Poder Executivo não são exercidos nem ocupados 'em caráter permanente', por serem os mandatos temporários e seus ocupantes, transitórios. 3. Conquanto a norma faça menção ao termo 'benefício', não se tem configurado esse instituto de direito administrativo e previdenciário, que requer atual e presente desempenho de cargo público. 4. Afronta o equilíbrio federativo e os princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade pública e da responsabilidade dos gastos públicos (arts. 1º, 5º, caput, 25, § 1º, 37, caput e inc. XIII, 169, § 1º, inc. I e II, e 195, § 5º, da Constituição da República). 5. Precedentes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 29-A e seus parágrafos do Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul. DJ 26-10-2007.

#### **4. O limite e a vida em sociedade**

Assim, podemos definir em síntese, que o que realmente estabelece o rompimento desta linha limítrofe entre a desigualdade positiva e a inconstitucionalidade, é a vida em sociedade, que aos poucos sofre mudanças as quais a própria ordem normativa do Estado brasileiro não consegue preceder, por esta razão, é tão necessária a intervenção do Poder Judiciário quando este limite é posto à prova.

Sobre isto, utilizando-se o exemplo da Lei 11.340/2006, seguem breves notas de Rodrigo Bossi de Pinho:

Inconstitucionalidade, portanto, não pode ser reconhecida na existência de lei que tutela os interesses de mulheres. Contudo, a inconstitucionalidade surge quando passamos a negar a ampliação dos efeitos dessa lei a outros casos de desigualdade de forças nas relações humanas que submetem uns ao alvedrio de outros, abaixo de um patamar mínimo de dignidade. Revista da EMERJ, v. 12, nº 46, 2009

Por estas poucas palavras do autor, acrescentamos a nossa definição feita anteriormente, que, a desigualdade só padecerá do mal da inconstitucionalidade quando for capaz de reduzir os atingidos por ela, a uma condição de miserabilidade, ainda que apenas psíquica, retirando por completo a sua dignidade, o que infelizmente não ocorre apenas com mulheres que sofrem violência doméstica, mas com todos os grupos sociais minoritários. Revista da EMERJ, v. 12, nº 46, 2009

## 5. Conclusão

Podemos então concluir com absoluta convicção, que o princípio da igualdade é maculado quando também for atingido o princípio da dignidade da pessoa humana, que juntos representam dois dos quatro grandes pilares da ordem constitucional brasileira de 1988.

Entretanto, cumpre salientar que os abusos que resultam na quebra destes princípios, não ocorrem apenas por ações estatais, mas também por parte de alguns subgrupos inseridos nos grupos minoritários que sob o argumento de “defender os seus direitos” acabam por promover a discriminação de forma absurda e inaceitável, como ocorreu no recente episódio em que um grupo de homossexuais promoveu manifestações agressivas contra o Deputado Federal Marco Feliciano, sob o pretexto de “acabar com a ideia da “cura gay” proposta pelo parlamentar, que se declara assumidamente contra o homossexualismo. O que julgamos importante anotar sobre este episódio é que, o fato de ser discriminado não dá legitimidade para discriminar, ou seja, as declarações do Deputado, por mais absurdas e lamentáveis que sejam não têm o condão de permitir que o grupo agisse da forma que agiu, pois a liberdade de opinião, expressão e pensamento também é direito fundamental, e como tal deve ser respeitado e preservado.

A discriminação deve sim ter limites, mas nós enquanto sociedade devemos tomar todo o cuidado para que nesta ansiosa luta pela igualdade, não ultrapassemos todos os limites.

## 6. Referências

BULOS. Uadi Lammêgo, **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva 2012

MELO. Celso Antônio, **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª Edição, 8ª tiragem São Paulo: Editora Malheiros, 2000

[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista21/revista21\\_61.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista21/revista21_61.pdf)

Acessado em 04/02/2014 as 17:58