

A IGUALDADE E SUAS NATUREZAS NORMATIVAS: DA AXIOLOGIA À DOGMÁTICA JURÍDICA

Wambert Gomes Di Lorenzo¹

Resumo

A concreção jurídica da igualdade segundo suas diversas naturezas normativas. A eficácia da igualdade tem como obstáculo o monismo normativo a que é submetida, que a considera exclusivamente como princípio e ignora sua natureza normativa diversa. O artigo tem como objeto demonstrar que a igualdade não é apenas um princípio e descrever suas diversas naturezas normativas. Utiliza método de pesquisa qualitativa com recursos bibliográficos onde analisa a concreção da igualdade a partir da distinção entre princípio, regra e postulado normativo da Teoria dos Princípios de Humberto Ávila. Como resultado, propõe que, na perspectiva da axiologia jurídica, além de um valor meta-jurídico, a igualdade é um valor jurídico-constitucional que maximiza a concreção nas normas jurídicas. Na perspectiva da dogmática jurídica, conclui que a igualdade é também princípio jurídico, regra e postulado normativo.

Palavras-chave: Igualdade, Teoria da Norma, Teoria dos Princípios, Axiologia Jurídica, Constitucionalismo de Valores.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem como tema a concreção jurídica da igualdade segundo suas diversas naturezas normativas. Parte da constatação que a eficácia da igualdade tem como obstáculo o monismo normativo a que é submetida, que a reconhece apenas como um princípio jurídico ignorando suas manifestações normativas diversas. Assim, tem como objeto demonstrar que a igualdade não é apenas um princípio e descrever suas diversas naturezas normativas que se apresentam também como valor, regra e postulado normativo. Está fora do seu corte epistemológico o conceito clássico de igualdade, sua análise sob a perspectiva da ética ou da filosofia moral, porquanto o objeto específico é a igualdade enquanto fenômeno normativo jurídico. Sua pretensão é contribuir com um exame a partir da dogmática jurídica e visita a axiologia apenas para analisar as relações entre princípio e valor, e a identidade hermenêutica apesar da distinção ontológica entre os dois.

A análise se serve do método de pesquisa qualitativa com recursos bibliográficos a partir dos quais analisa as diversas manifestações normativas da igualdade sob distinção entre princípio, regra e postulado normativo da

¹ Doutor em Direito do Estado e Teoria do Direito. Professor no PPG em Direito da UCS e na Faculdade de Direito da PUCRS, membro da Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana na UCA. E-mail: wambert@terra.com.br

Teoria dos Princípios de Humberto Ávila, bem como as relações entre princípio de valor sob a luz da doutrina de Robert Alexy e da doutrina constitucional espanhola, abundante na análise do tema.

A eficácia normativa da igualdade jaz sob um monismo normativo que a considera exclusivamente um princípio, limitando assim sua aplicação tanto imediata quanto mediata, que decorre da natureza normativa que se manifesta no caso concreto. Tal monismo compromete a dinâmica interna do ordenamento, na medida em que a rica diversidade normativa da igualdade pode facilitar a adequação da capacidade de mobilização interna do sistema à capacidade de mobilização externa, quer dizer, da realidade dinâmica da qual ele tem que dar conta.

Formalmente, o plano expositivo está dividido em três partes.

Não obstante não ser objeto do artigo uma análise conceitual ou histórica, a primeira parte traz, à título de prolegômenos, uma síntese da ideia clássica de igualdade, quer dizer, como um instrumento relacional de superação da desigualdade ontológica de todos os seres, e as consequências jurídicas do conceito, isto é, a perspectiva da igualdade como um termo relacional, como um critério de comparação de um gênero próprio de um grupo de indivíduos. Ainda, como um dever ser moral e ético que influencia a cultura e o Direito; o ideal de justiça a ser concretizado e que alicerça os ordenamentos jurídicos Ocidentais; e, um fim a ser alcançado ou um programa a ser realizado.

A segunda parte analisa a igualdade enquanto valor. Faz uma incursão na axiologia jurídica, enfrenta o problema semântico do valor e suas dimensões ideal, real e midiática, que se traduzem pelo ser do valor, pelo valor no ser e a mundivisão. Quer dizer, do valor enquanto absoluto, um tipo ideal inesgotável que está no plano do dever ser; do valor enquanto realizável, um dinamismo dos objetos reais que realizam os ideais e que está no plano do ser; e, do valor enquanto escolha dos meios adequados a partir da visão subjetiva de mundo, para a conformação do real ao ideal. Aborda, ainda, o fenômeno do constitucionalismo de valores e a recepção dos valores a partir dos princípios constitucionais.

Uma terceira parte imerge na dogmática jurídica e apresenta as naturezas jurídicas da igualdade que, além de valor jurídico-constitucional, ora se apresenta como princípio jurídico, ora como regra e ora como postulado normativo. Enquanto princípio descreve sua função eficaz e valorativa, bem como sua estrutura normativa bipartida com atributos de complementaridade e parcialidade e, ainda, as suas manifestações na Constituição brasileira. Enquanto regra, demonstra que a igualdade pode se manifestar como uma norma imediatamente descritiva com pretensão de solução imediata de conflitos. Enquanto postulado normativo, a igualdade também pode se manifestar como norma que estrutura o cumprimento de uma conduta ou a realização de um fim.

PROLEGÔMENOS

A condição natural de todos os seres e suas relações entre si é a desigualdade. Não há, e a ciência já o demonstrou, dois seres naturais idênticos em todo o cosmos. Assim, a igualdade é um termo relacional (BOBBIO, 1996), um critério pelo qual se permite estabelecer uma comparação a partir do gênero próximo de uma grupo de indivíduos, como por exemplo, a partir de um atributo natural – cor, gênero, tipo sanguíneo, estatura etc. – ou adquirido – eleitores aptos a votar em uma eleição, profissionais de uma mesma categoria, assistentes de um mesmo espetáculo, usuários de um mesmo transporte público etc. –, mas sempre relacionando os seres entre si. Igualdade é, portanto, um conceito relacional.

No plano ético e político ela indica um dever ser, um estado ideal ou um valor. No plano jurídico, desde Aristóteles, passando pela escolástica e pelas correntes posteriores, de Hobbes e Rousseau até Marx e Rawls, pensar a igualdade é, antes de tudo, pensar a justiça, (MIRANDA, 1993). No plano jurídico-político, a ideia de igualdade indica ora um ideal a ser concretizado, ora um dos alicerces dos ordenamentos jurídicos ocidentais, consubstanciado na aplicação permanente da regra de justiça, que determina o tratamento igual – igual pelo igual, diverso pelo diverso – e põe o problema de se saber quais são as desigualdades irrelevantes para o tratamento dos homens (TABORDA, 1998). A ideia de que todos os homens são iguais – ...That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights – independentemente de sua origem social, gênero, idade etc., só recebeu formulação concreta, em termos jurídico-políticos, na era das grandes revoluções liberais, mais precisamente com a Virginia Bill of Rights, de 12.6.1776 e, ainda assim, não se tratava de igualdade política plena, pois que não se reconhecia direito de sufrágio às mulheres e trabalhadores, num claro exemplo de que este todos eram apenas alguns: os burgueses proprietários, pais de família - modelo de cidadão à moda romana. (TABORDA, 1998).

Portanto, na esfera jurídica, a igualdade está mais no plano do dever ser que do ser, tem uma natureza mais finalística que atual e é mais um ideal que um fato. No plano normativo, é mais um programa a ser realizado do que um dado a ser levado em conta na aplicação da norma (TABORDA, 1998). Entretanto, não obstante o senso comum ter consagrado a igualdade como um princípio, este é apenas um dos substratos de sua essência. Como veremos, a igualdade tem múltiplas naturezas normativas e se manifesta de formas distintas no ordenamento jurídico, exercendo múltiplos papéis normativos, ora como valor, ora como princípio, ora como regra, ora como postulado normativo.

IGUALDADE E AXIOLOGIA JURÍDICA

A Igualdade enquanto valor

Há um problema semântico na palavra valor. Problema de ordem filosófico e conceitual estabelecido pela polissemia de um mesmo vocábulo utilizado para designar três realidades ontológicas que, apesar de distintas, exigem comunicabilidade e complementaridade mútuas, sem as quais o fenômeno axiológico torna-se ininteligível.

O valor enquanto ideal

A primeira acepção do vocábulo valor remete-nos para o mundo dos objetos ideais. Diz respeito às essências, ideias incontrovertidas sobre a natureza das coisas. Refere-se ao ser do valor, isto é, ao valor enquanto objeto cognoscível, susceptível de apreensão pelo sujeito, mas em seu estado absoluto, um ser paradoxalmente estático, porquanto é o que é, não podendo ser mais nem menos, não realizando movimento algum, não podendo ser melhor ou pior, maior ou menor.

O valor enquanto realidade

A segunda acepção da palavra valor remete-nos para o mundo dos objetos reais. Os mundos reais têm no mundo ideal um referencial teleológico que o provoca a realizar um movimento em face de uma realização ontológica que consiste não em ser ele próprio, mas se conformar ao outro enquanto ideal. É o chamado valor no ser. Esse fenômeno gera o mais importante dos atributos do valor: a realizabilidade. Aliás, é esse fenômeno que vai distinguir valor de utopia¹. Assim, o ideal realiza-se no e pelo real. O primeiro tem no segundo um hospedeiro, enquanto que o segundo conforma sua existência à realização do primeiro. É essa, como exemplo, a relação entre Justiça e Direito, pois a primeira realiza-se pelo segundo, e o segundo tem sua plenitude na realização da primeira. Portanto, valor é o encontro entre o ser e o dever ser.

O valor enquanto opinião

Um terceiro significado para a palavra valor refere-se ao aspecto subjetivo. As escolhas dos meios necessários para a conformação dos objetos reais aos ideais, como também para a hierarquia dos bens em relação ao fim último apetecido. Dessa forma, em uma escala de importância e estima, são dispostos tantos os meios quantos os fins, de acordo com a realidade do sujeito.

Os três sentidos atribuídos ao vocábulo valor denotam o ser do valor, o valor no ser e a mundivisão, ou seja, o fim, o meio adequado e a livre escolha ou, em outras palavras, o ideal, a conduta e o arbítrio.

O Constitucionalismo de Valores

O constitucionalismo de valores (Di LORENZO, 2001) inaugurado pela Lei Fundamental de Bonn de 1949 e que contagiou as democracias ocidentais, fez com que estas passassem a colher na seara da vida social e a depositar nas constituições fins sociais e políticos que fossem meios privilegiados para a realização do bem comum. Tais fins são objetivados in natura, isto é, positivados sem a mediação de qualquer recurso linguístico, a não ser o próprio substantivo. Assim, a igualdade, acompanhada de Democracia, liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, justiça, fraternidade, pluralismo, harmonia e paz – apenas para exemplificar com o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil – são conceitos anteriores ao Estado que, dispostos ordenadamente pelo texto constitucional, concorrem para o bem comum e para o fim último, ou seja, a dignidade da pessoa humana.

A igualdade enquanto valor jurídico e constitucional

Enquanto essência, ideia ou natureza, ainda no seu conceito mais abstrato, igualdade é um dever ser, um estado relacional entre coisas que, apesar de distintas, têm a mesma aparência, estrutura, proporção, natureza, qualidade, medida, grau, grandeza, valor, quantidade, quantia ou número, condição ou categoria.

Note-se a contradição conceitual no enunciado acima, pois que distinto e igual se opõem necessariamente. A aporia se dá pela ontologia própria dos valores que, absolutos no ideal, são inesgotáveis no real. De tal sorte que, quando o fenômeno axiológico se dá no ser, se dá sempre parcialmente. Ou seja, sendo realizável, mas inesgotável, a realização dos valores será sempre parcial. No plano axiológico, igualdade é uma ideia em si e, enquanto tal, absoluta. Enquanto atributo real das relações humanas ela é parcial, quer dizer, se realiza em parte. Assim, tais relações são igualitárias apenas em certa medida, o que revela a igualdade não só como fim, mas também como meio para um fim último.

Valores, portanto: são fins que levam a um fim último, a um bem, cuja realização depende das nossas relações de estima a apreço em face dos objetos e dos meios ².

Neste sentido, Direito é um meio que tende para um fim, um absoluto, porquanto na realização do dever ser encontra a sua própria realização. Constitui, assim, o valor no ser.

Nas diversas maneiras de vislumbrar a justiça consiste a mundivisão. Ela encontra sua sinonímia com o bem à medida que significa uma impressão pessoal ou mesmo uma visão deste mesmo bem a partir da experiência histórica que pode ser tanto de uma pessoa quanto de um grupo.

Não obstante tal polissemia do vocábulo valor, os valores constitucionais são fins eleitos pela sociedade política, que derivam do consensus, e são objetivados na ordem constitucional como dever ser de toda sociedade. Requerem, portanto, um movimento constante da sociedade real em direção à ideal, da sociedade realidade para a sociedade realizável.

É como parte dessa ordem axiológica que a igualdade realiza seu papel: sendo fim em si é, todavia, meio para o bem comum que, por sua vez, é meio para dignidade da pessoa humana.

Como afirma Pablo Lucas Verdú (1984), os valores são descobertos pela consciência popular de acordo com seu grau de civilização e apreendidos pela sindérese³, como propõe Artur Machado Pauperio (1977). Trata-se de uma distribuição de bens, de um sistema axiológico de direitos fundamentais, que Verdú proclama bens jurídicos absolutos (VERDU, 1984), mas que, de fato, é uma ordem axiológica anterior à Constituição e nela objetivada.

Segundo Joana Miquel, o texto constitucional deve portar valores mínimos que são indiscutíveis por todos (1993). São valores constitucionais que se caracterizam por configurar toda a estrutura social que desenha a Constituição.

Ainda no plano estritamente jurídico, o valor é essencial ao preenchimento da norma jurídica de concreção. Francisco Meton de Lima afirma que essa essencialidade do valor, no processo de concreção, ocorre tanto no aspecto procedimental quanto no material. Procedimental, porque é posto na corrente argumentativa como contínuo padrão de otimização da norma. Material, por ser fonte vivificadora, informadora e conformadora no processo de densificação dos textos normativos (LIMA, 2001).

IGUALDADE E DOGMÁTICA JURÍDICA

Igualdade enquanto princípio

Há entre princípios e valores, não obstante uma identidade hermenêutica, uma distinção ontológica. Os princípios são hospedeiros e vetores dos valores, são planos de mediação entre o propriamente axiológico e o jurídico, instrumentos pelos quais os valores permanecem na ordem jurídico-constitucional in natura, isto é, como estavam na ordem metaconstitucional. Pelos princípios, os valores passam a ser o que não eram – Direito – sem, contudo, deixar de ser o que eram – valores. Assim, princípios são os meios próprios de jurisdicização dos valores.

Se há um mínimo conceitual incontroverso acerca dos valores constitucionais em abstrato - a ideia de fim –, o mesmo ocorre com alguns valores em particular também considerados em abstrato. Quer dizer que, não obstante os diversos conceitos acerca do princípio da igualdade, todos dizem respeito a uma mundivisão acerca dos meios convenientes para o alcance do fim. Ontologicamente falando, da realização parcial do absoluto.

Fugindo de uma exaustiva e repetitiva tipologia dos princípios, é mister afirmar a clara distinção que há entre princípios e valores. Os primeiros são normas que diretamente jurisdicizam os valores, que recebem os valores do mundo do dever ser e os remetem para âmbito do ser.

Os princípios são também vetores da abertura da Constituição (Di LORENZO, 2001). Caracterizados por sua vagueza semântica, os princípios se prestam a ser preenchidos axiologicamente, permitindo certa geração jurisprudencial do Direito. Todavia, se eles são standards, no sentido de modelo, de padrão, de normas vinculantes, como pretende Dworkin (1999), não o são no sentido de normas vazias de conteúdo, absolutamente carentes de preenchimento. Não são uma delegação de discricionariedade absoluta ou uma autorização de arbítrio para intérprete.

Assim, a concreção dos princípios implica a concreção dos valores. Da mesma maneira, afirma Robert Alexy, um conflito entre princípios implica uma colisão entre valores (2001). Mas o que Alexy diz ser uma colisão de valores é, para ele, uma colisão entre critérios de valoração. A distinção entre valores e princípios fundamenta-se, segundo ainda descreve, na diferença entre os conceitos deontológicos, axiológicos e antropológicos⁴.

É a equação dos critérios de valoração e o produto da colisão desses critérios que resulta na valoração total (ALEXY, 2001). O “bom” seria, portanto, a expressão da valoração total. Assim, o que se designaria valor não seriam os objetos em si, mas os critérios de valoração. Tais critérios seriam, no plano jurídico, as regras de valoração⁵.

Apesar da correção acerca da distinção e da interpretação dos valores e dos princípios, Alexy erra ao ignorar que aquilo que ele chama de valoração total nada mais é que a racional apreensão dos fins últimos⁶.

Tantas diversas são as teorias sobre princípios, quanto abusivo é o uso do vocábulo para designar várias naturezas normativas distintas. Problema agravado por aquilo que Humberto Ávila denuncia como estado de euforia da doutrina por ele denominado de Estado Principiológico (ÁVILA, 2003). Aliás, vem da doutrina nacional, do próprio Humberto Ávila, a Teoria dos Princípios mais nítida, de maior contribuição até o presente, porquanto categoriza gêneros, espécies, naturezas, grupos, séries, qualidades, caracteres, classes e hierarquias normativas até então embaraçadas pela doutrina e pela jurisprudência. Como já anunciado, é tal teoria que nos permite a construção desse primeiro capítulo, já que é a partir de seus postulados que podemos deduzir a manifestação da igualdade em espécies normativas distintas, a saber, enquanto princípio, enquanto regra e enquanto postulado.

Para Humberto Ávila há uma função eficaz valorativa nos princípios, pois, na medida em que eles conceituam a situação com base nos fins jurídicos, explicitam valores, estabelecem um estado de coisas que deve ser realizado sem especificar qual o comportamento devido. Há, assim, uma complementaridade entre princípios e valores, pois os princípios podem ser analisados exaltando os valores por eles protegidos sem examinar quais os

comportamentos indispensáveis à realização desses, bem como, quais os instrumentos metodológicos imprescindível à fundamentação de uma aplicação. Princípios e valores, deste modo, não se confundem, mas se relacionam, uma vez que o estabelecimento dos fins implica a qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover (ÁVILA, 2003).

Princípios são, portanto, normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, não pretendem gerar uma solução específica, mas contribuir para a tomada de decisão, imbricam-se, mas não se conflitam, são normas com pretensão de complementaridade. São imediatamente finalísticos, primeiramente prospectivos, com pretensão de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas ideal e os efeitos da conduta necessária a sua realização (ÁVILA, 2003).

Como todo fenômeno normativo, os princípios têm uma estrutura bipartida, cuja hipótese de incidência é uma razão, fim ou tarefa que diz respeito a um caso concreto, e a consequência jurídica é adoção de uma conduta em razão dos fins (ÁVILA, 2003).

A igualdade é, portanto, um princípio enquanto é revelada como norma mediamente descritiva, tem caráter deontico-teleológico, prospectivo e estabelece um estado ideal que requer um comportamento conforme, como, por exemplo, se encontra no inciso V do Artigo 4º da Constituição Federal ⁷, no caput e no inciso I do Artigo 5º⁸, no inciso XXXIV do Artigo 7º⁹ e I do Artigo 206 ¹⁰.

Seguindo para uma definição, poderíamos descrever o princípio da igualdade como uma espécie de norma com os atributos acima descritos que têm como fim um equilíbrio relacional no qual pesos diferentes igualam os desiguais. Tendo em vista que igualdade substancial é uma ideia, ou um estado ideal, o princípio da igualdade propõe condutas que, no plano relacional, estabeleçam, mesmo que parcialmente, um estado de coisas conforme o ideal.

Em matéria tributária, por exemplo, como afirma Roque Carazza, o princípio da igualdade exige que a lei, tanto ao ser editada quanto ao ser aplicada, não discrimine contribuintes que se encontram em posição jurídica equivalentes, bem como, discrimine, na medida de suas desigualdades, os contribuintes que não se encontrem em situação jurídica equivalente (CARRAZA, 2003). Na doutrina de Humberto Ávila, a aplicação do princípio da igualdade pressupõe o estabelecimento de uma relação entre duas pessoas ou situações de fato (ÁVILA, 2004).

A essa igualdade relacional convém-se chamar de formal, enquanto a igualdade substancial, de material. Assim, igualdade formal é o trato igual das situações iguais sem ministrar nenhum critério para determinar quando se dá essa igualdade. Já a igualdade material é a proibição de discriminações arbitrárias à luz da razão, da comum consciência jurídica ou da natureza das coisas (MOLINA, 1998).

Na leitura do Artigo 5º supra transcrito, observa-se no caput do texto normativo – todos são iguais perante a lei – o aspecto formal dirigido ao aplicador, bem como, no mesmo caput, – garantindo-se aos brasileiros

e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito (...) à igualdade – o aspecto material dirigido ao legislador.

Tem-se, dessa forma, a distinção entre igualdade perante a lei e igualdade na lei. A primeira exclui o poder legislativo do alcance da igualdade, permitindo que leis, cujos critérios de discriminação sejam irrazoáveis, sejam tidas como constitucionais desde que aplicadas uniformemente. A segunda trata igualmente destinatários que se encontram em uma mesma situação, sendo ônus do Estado a justificativa do motivo da diferenciação do tratamento. Ainda, na proposição de Humberto Ávila, o princípio da igualdade abrange o dever de tratar os iguais da mesma forma e a proibição de desigualar arbitrariamente os contribuintes (ÁVILA, 2004).

Assim sendo, o princípio da igualdade, no plano Tributário, tem eficácia interna indireta (ÁVILA, 2003) pois carece da interposição de regra da capacidade contributiva e do postulado da proibição de excesso para realizar sua função bloqueadora – afastamento de elementos que impeçam o estado ideal.

A Igualdade enquanto regra

As regras dissociam-se dos princípios pelo modo que prescrevem o comportamento. As regras são imediatamente descritivas, enquanto os princípios – como já enunciei – são mediamente descritivos¹¹, ou seja, enquanto as regras preveem um comportamento, os princípios determinam a realização de um fim¹².

As regras possuem, no lugar de um elemento finalístico, um elemento descritivo. Ainda, as regras têm um caráter retrospectivo, enquanto os princípios têm um caráter prospectivo, isto é, enquanto as regras descrevem uma situação de fato conhecida pelo legislador, os princípios determinam um estado de coisas a ser construído (ÁVILA, 2003).

Assim, as regras são normas que têm a pretensão de gerar uma solução específica para um conflito entre razões; são, dessa forma, preliminarmente decisivas e abarcantes.

Em resumo, regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas, que têm a pretensão de gerar uma solução específica para um conflito, estando centradas na finalidade e nos princípios que lhes dão suporte.

Todavia, na construção teórica aqui acolhida, subjaz toda uma teoria da norma que afirma a distinção entre norma e dispositivo. Segundo Ávila, normas não são textos, mas o sentido constituído a partir da interpretação. Significa que um mesmo dispositivo pode ser interpretado como regra, como dispositivo e como valor. Ainda, o Intérprete pode considerar como princípio aquilo considerado como regra pelo legislador (ÁVILA, 2003).

A regra da igualdade dá-se quando a norma descreve o comportamento a ser adotado pelo poder legislativo. A igualdade é regra na medida em que a norma propõe a igualdade como fim imediato, assume uma

dimensão normativa mais próxima das condutas que dos fins, possui na base fática mais uma descrição que um fim, apresenta um caráter retrospectivo – descrevendo uma situação de fato descrita pelo legislador – e é preliminarmente decisiva e abarcante.

Vejamos exemplos colhidos da Constituição Federal. O artigo 37 determina que a administração pública obedecerá a alguns princípios e enumera, como no inciso XXI, a igualdade de condições nos processos de licitação pública¹³.

Observe-se que o dispositivo em questão obriga o aplicador a não discriminar o acesso aos processos licitatórios de aquisições públicas, há uma assunção da igualdade como fim imediato. Assume caráter retrospectivo e é preliminarmente decisiva e abarcante, pois determina ao aplicador que: as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes. Assim, especifica imediatamente uma conduta a ser seguida pela administração. Ainda, promove a igualdade de condições no acesso.

Outro exemplo é o artigo 206 que, anteriormente mencionado como princípio - também pelo legislador –, do dispositivo do seu inciso I infere-se regra de igualdade. Há um caráter retrospectivo na medida em que descreve uma situação de fato conhecida pelo legislador e prescreve uma conduta imediata, sendo também preliminarmente decisiva e abarcante, pois determina a igualdade de condições para acesso e permanência na escola.

Note-se, daí, que, desde que o comportamento previsto seja analisado sob perspectivas diversas, o mesmo dispositivo pode ser ponto de partida para regras e princípios. Jamais, entretanto, poderá, sob um mesmo aspecto, um dispositivo ser considerado ao mesmo tempo um princípio e uma regra (ÁVILA, 2003).

A Igualdade enquanto postulado normativo

Os postulados normativos são uma categoria normativa que não impõem um fim – ou mesmo um comportamento específico –, mas estruturam o dever de realizá-lo (ÁVILA, 2003).

Configuram-se, na definição de Humberto Ávila, como normas de segundo grau, metanormas, cuja violação consiste em ignorar sua estruturação na interpretação das demais espécies normativas (ÁVILA, 2003). São, assim, deveres estruturantes da aplicação de outras normas, e sua função consiste em defender princípios e regras.

Há, desse modo, segundo o mesmo autor, duas espécies de postulados normativos: os inespecíficos: ponderação – que consiste num método destinado atribuir pesos e elementos que se entrelaçam como bens, interesses, valores, princípios e fins –; concordância prática – que explicita a finalidade que deve direcionar a ponderação, impõe o dever de realização máxima dos valores que se imbricam e a harmonização de valores que

apontam para sentidos contrários –; proibição de excesso – que proíbe a restrição excessiva de qualquer direito fundamental – segundo o STF é uma das facetas da proporcionalidade –; e, os específicos: razoabilidade¹⁴, proporcionalidade – que exige uma relação de causa entre meio e fim, assim como depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação entre meio e fim – e igualdade.

Destarte, a igualdade manifesta-se como postulado específico quando exige do aplicador consideração e avaliação dos sujeitos envolvidos, dos critérios de diferenciação das finalidades diferenciadoras da diferenciação, estruturando, assim, a aplicação do Direito.

Manifesta-se como metanorma ou norma de segundo grau que orienta a interpretação das demais normas jurídicas, da mesma maneira que defende a igualdade enquanto princípio e enquanto regra.

CONCLUSÃO

A igualdade é um termo relacional que permite estabelecer uma comparação a partir do gênero próximo de uma grupo de indivíduos. No plano ético e político ela indica um dever ser, um estado ideal ou um valor. No plano jurídico-político, ela é o ideal a ser concretizado e o alicerce dos ordenamentos jurídicos ocidentais e o fundamento permanente da ideia de justiça. Está mais no plano do dever ser que do ser, tem uma natureza mais finalística que atual e é mais um ideal que um fato.

Enquanto valor jurídico-constitucional a igualdade é um dever ser, um estado relacional entre coisas que, apesar de distintas, têm a mesma aparência, estrutura, proporção, natureza, qualidade, medida, grau, grandeza, valor, quantidade, quantia ou número, condição ou categoria. No plano axiológico, igualdade é uma ideia em si e, enquanto tal, absoluta. Enquanto atributo real das relações humanas ela é parcial, quer dizer, se realiza em parte. Assim, tais relações são igualitárias apenas em certa medida, o que revela a igualdade não só como fim, mas também como meio para um fim último.

Enquanto princípio, a igualdade é uma norma mediamente descritiva, tem caráter deontico-teleológico, prospectivo e estabelece um estado ideal que requer um comportamento conforme que tem como fim um equilíbrio relacional no qual pesos diferentes igualam os desiguais. Tendo em vista que igualdade substancial é uma ideia, ou um estado ideal, o princípio da igualdade propõe condutas que, no plano relacional, estabeleçam, mesmo que parcialmente, um estado de coisas conforme o ideal. A essa igualdade relacional – ou formal – é o trato igual das situações iguais sem ministrar nenhum critério para determinar quando se dá essa igualdade. Já a igualdade substancial – ou material – é a proibição de discriminações arbitrárias à luz da razão, da comum consciência jurídica ou da natureza das coisas. Assim, tem-se a distinção entre igualdade perante a lei e igualdade na lei. A primeira exclui o poder legislativo do alcance da igualdade, permitindo que leis, cujos critérios de discriminação sejam irrazoáveis, sejam tidas como constitucionais desde que aplicadas uniformemente. A

segunda trata igualmente destinatários que se encontram em uma mesma situação, sendo ônus do Estado a justificativa do motivo da diferenciação do tratamento.

Enquanto regra a igualdade descreve o comportamento a ser adotado pelo poder legislativo e se propõe como fim imediato, assume uma dimensão normativa mais próxima das condutas que dos fins, possui na base fática mais uma descrição que um fim, apresenta um caráter retrospectivo – descrevendo uma situação de fato descrita pelo legislador – e é preliminarmente decisiva e abarcante.

Enquanto postulado normativo, a igualdade é um postulado de tipo específico quando exige do aplicador consideração e avaliação dos sujeitos envolvidos, dos critérios de diferenciação das finalidades diferenciadoras da diferenciação, estruturando, assim, a aplicação do Direito. É uma metanorma que orienta a interpretação das demais normas jurídicas, da mesma maneira que defende a igualdade enquanto princípio e enquanto regra.

NOTAS

1. A palavra utopia foi criada por São Tomás Morus, em 1516, da junção de dois radicais gregos: *ov* - não - *τοπος* - lugar –, significando algo irrealizável, quimera ou fantasia. Na obra *A Utopia – o não-lugar – o nome designava uma ilha na qual subsistia uma sociedade que, segundo a visão do autor, atingira o mais alto grau de perfeição.*
2. Não obstante ser um neologismo próprio da modernidade, a palavra axiologia, enquanto estudo dos valores ou teoria dos valores, é construída a partir do vocábulo grego *ἀξιος* - valor ou digno, merecedor, meritório.
3. *Sindérese* é faculdade natural de julgar com retidão, a posse natural dos princípios básicos da moralidade, inerente a toda ação humana consciente. Na filosofia escolástica, a aptidão natural e inata para a apreensão imediata dos princípios morais que devem orientar a prática.
4. Os deontológicos se referem ao dever ser, são normas proibitivas, atributivas de direitos, permissivas ou ordenadoras. Os axiológicos se referem exclusivamente ao bom. E os antropológicos se situam no campo dos interesses, da vontade, da ação, da necessidade e da decisão.
5. Isso incidirá igualmente na distinção entre princípios e regras que, estruturalmente, se dá também no plano axiológico. Os princípios correspondem aos critérios de valoração, e as regras, às regras de valoração. Terminologicamente, apenas os critérios de valoração poderiam ser chamados de valores. Tendo, por conseguinte, a norma como conceito superior, Alexy classifica as normas em deontológicas e axiológicas. As deontológicas são as regras e os princípios, as axiológicas são as regras e os critérios de valoração – o valor propriamente dito – (2001).

6. Na teoria de Alexy, há uma primazia do valor no ser sobre o ser do valor, um primado do contingente sobre o absoluto. Também, confunde o bem com o útil, porquanto o exemplo que menciona – da valoração total de um carro segundo os critérios do conforto, segurança, economia, velocidade, preço e beleza – apresenta critérios de valoração absolutamente utilitários, pois que o carro seria bom segundo a superação de um critério por outro. O critério triunfante do conflito se tornará regra de valoração. O erro de tal teoria está no divórcio entre ser e valor e na redução do fenômeno axiológico àquilo que chamei de mundivisão. Valor, segundo ela, nada mais seria que uma mera atribuição exógena ao ser e não a plenitude dos seus fins.
7. Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) V - igualdade entre os Estados (grifei).
8. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (grifei).
9. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso (grifei).
10. Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (grifei).
11. Humberto Ávila denomina esse critério de distinção entre normas e princípios de critério da natureza do comportamento (ÁVILA, 2003).
12. Humberto Ávila denomina esse critério de distinção de critério da natureza da justificação exigida (ÁVILA, 2003).
13. Art. 37. A administração pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifei)

14. Segundo Humberto Ávila, há três acepções para a razoabilidade: como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto; Diretriz que exige vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência; e, diretriz que exige relação de equivalência entre duas grandezas. (ÁVILA, 2003)

THE EQUALITY AND ITS NORMATIVE NATURES: FROM AXIOLOGY TO LEGAL DOGMATIC

Abstract

The legal actualization of equality according to its various normative nature. Normative monism hinders the effectiveness of equality by considering it exclusively as a legal principle disregarding its otherwise normative nature. This paper aims to demonstrate that equality is not just a legal principle and to describe its various normative nature. The approach method is qualitative research from bibliographic sources based on which it analyses the actualization of equality from the perspective of Humberto Avila's Theory of Principles' distinction between principle, rule and normative postulate. As an outcome, it proposes that from the legal axiology perspective, moreover than being a metalegal value, equality is a normative constitutional value that maximizes the actualization of legal norms. From the legal dogmatic perspective, it concludes that equality is also a legal principle, a rule and a normative postulate.

Keywords: Equality. Theory of legal norms. Theory of Legal Principles. Legal axiology. Constitutionalism of values

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Ediouro, Rio de Janeiro, 1996.

CARAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

Di LORENZO, Wambert Gomes. Abertura da Constituição. Direito e Justiça. *Revista da Faculdade de Direito da PUCRS*, v. 24, ano XXIII, 2001/2. p. 171-200

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1999.

MIQUEL, Joana Ferre I. **La Herencia Ética de la Constitución. Su aplicación en el aula.** Madrid: Grupo Anaya, 1996.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, 2a. edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.

MOLINA, Pedro Manuel Herrera. **Capacidad Económica y Sistema Fiscal:** Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán. Madrid/Barcelona: Macial Pons, 1998.

PAUPERIO, A. Machado. **Introdução axiológica ao Direito.** São Paulo: Forense, 1977.

TABORDA, Maren Guimarães. **O Princípio da Igualdade em Perspectiva Histórica:** conteúdo, alcance e direções. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 212, p. 241-270, 1998.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Estimativa y Política Constitucionales:** Los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español. Madrid: Universidad de Madrid, 1984.

Trabalho enviado em 08 de setembro de 2015.

Aceito em 25 de outubro de 2015.