



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CÂMPUS I – CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
CURSO DE DIREITO**

CHRISTYAN GONÇALVES ANÍBAL

**O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A DEFESA DAS MINORIAS E GRUPOS
VULNERÁVEIS**

CAMPINA GRANDE

2017

CHRISTYAN GONÇALVES ANÍBAL

**O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A DEFESA DAS MINORIAS E GRUPOS
VULNERÁVEIS**

Trabalho de Conclusão de Curso da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Glauber Salomão Leite.

CAMPINA GRANDE

2017

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

A597p Anibal, Christyan Goncalves.
O princípio da igualdade e a defesa das minorias e grupos vulneráveis [manuscrito] : / Christyan Goncalves Anibal. - 2017.
34 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2017.

"Orientação : Prof. Dr. Glauber Salomão Leite,
Coordenação do Curso de Direito - CCJ."

1. Constitucionalismo. 2. Principios Constitucionais. 3.
Direitos Sociais.

21. ed. CDD 342.02

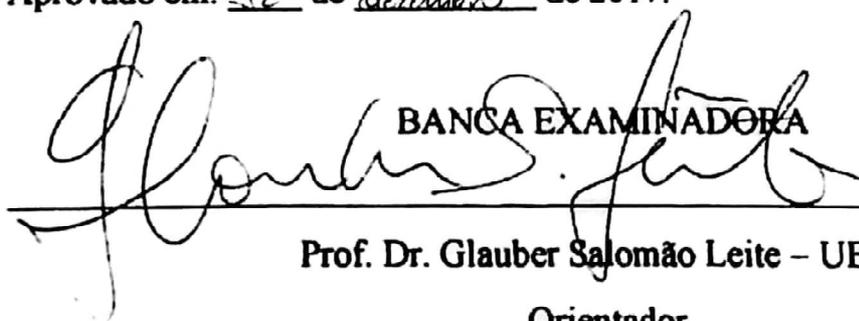
CHRISTYAN GONÇALVES ANÍBAL

**O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A DEFESA DAS MINORIAS E
GRUPOS VULNERÁVEIS**

Trabalho de Conclusão de Curso da
Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Glauber Salomão
Leite.

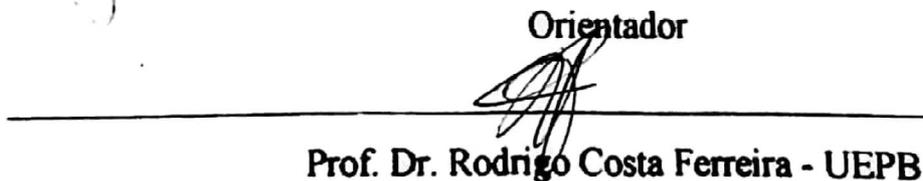
Aprovado em: 12 de dezembro de 2017.


BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Glauber Salomão Leite - UEPB

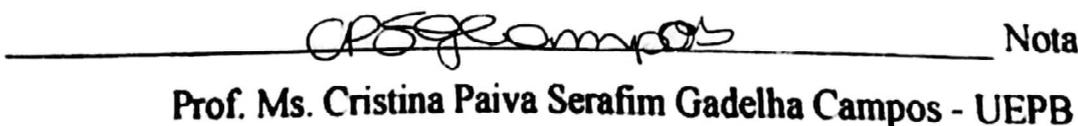
Orientador

Nota: 9,0


Prof. Dr. Rodrigo Costa Ferreira - UEPB

Examinador

Nota: 9,0


Prof. Ms. Cristina Paiva Serafim Gadelha Campos - UEPB

Examinadora

Nota: 9,0

À minha família: Pai, pelo exemplo de hombridade e respeito; Mãe, pela doçura e afeto; Irmão, pela amizade, ainda que por vezes silenciosa; Esposa, pelo amor e companheirismo irrestrito; e Filha, por renovar a vontade de viver e ser razão para cada novo dia, DEDICO.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Glauber Salomão Leite, um profissional da educação pelo qual tenho a mais sincera reverência e admiração, não só pela paciência e sabedoria com que orientou a execução deste trabalho, mas pela eficiência e respeito com o qual ministrou aulas no decorrer do ciclo acadêmico, passando a ser um exemplo que levarei para todo sempre.

Ao Professor Doutor Rodrigo Costa Ferreira, que, além de exemplo profissional, como poucos que já conheci, passou a ser um amigo e orientador de vida, uma palavra de apoio certo nos encontros pelos corredores da instituição.

À Professora Mestre Cristina Paiva Serafim Gadelha Campos, uma professora tão competente e uma pessoa de coração tão bom que, em apenas um período de convivência, transformou-se em homenageada constante da minha turma, e da minha parte não poderia ser diferente.

Ao meu Pai, José Pascoal Gonçalves de Albuquerque Costa, e à minha Mãe, Lucineide Aníbal de Albuquerque, que, mais que um nome, me deram inspiração e a força necessária para seguir na vida em paz, mesmo diante das dificuldades que sempre houveram e haverão, formando uma família linda com o também homenageado, Wesley Gonçalves Aníbal, meu irmão e modelo de dedicação e companheirismo.

À Maríllia Rosalina Pereira de Araújo Aníbal, a melhor esposa que alguém poderia ter, capaz de colocar um sorriso em meu rosto, mesmo quando o cansaço ou a tristeza tentam impedir, e que, além de tudo que me proporciona, me deu o maior presente, nossa filha, Ana Cecília Pereira Gonçalves Aníbal, que, mesmo sem falar palavra alguma, transpassa um amor sem precedentes, sendo a razão deste trabalho uma busca para que possa viver do modo que a natureza a fez, sem qualquer discriminação ou repreensão por isto.

São estes primeiros os verdadeiros dignos de homenagens por essa e por todas as outras conquistas que terei em minha vida.

Aos meus avós, Tereza Aníbal Leonardo, José Aníbal (*in memorian*) e Maria Imperiano (*in memorian*), meus tios, pelos quais chamo como usualmente, Tia Neninha, Deusinho, Lucimar, Tio Gida, Tio Neto, Suzélio, Ivaneide, Tio Genésio, Marizete, Tia Vilma e Jacinta, e, ainda, meus primos e primas, representados aqui por Iara, José, e Natália. E a Iolanda e Deodorio, representando a família de minha esposa, demonstração de que irmãos não precisam ter o mesmo sangue. Todos estes me deram forças em ligações de afeto que vão além do simples parentesco.

A Alúcio e a Zezinho, motoristas responsáveis pelo trajeto Olivedos-Campina Grande, assim como a todos os companheiros dessas longas e exaustivas viagens.

Ao meu primeiro amigo, Vamberto Oliveira, e aos demais que fiz no meu caminhar, precipuamente os conseguidos no decorrer de minha vida acadêmica: Adelson Paiva, Alison Cândido, Emanuel Henriques, Éverton Costa, Herieckson Medeiros, João Luís, Renato Gabriel e Sérgio Rodrigues. Modelos de inteligência e companheiros de vida.

“Ana, estás me ouvindo? Onde te encontrares, levanta os olhos! Vês, Ana? Estamos saindo da treva para a luz! Vamos entrando num mundo novo – um mundo melhor, em que os homens estarão acima da cobiça, do ódio e da brutalidade. Ergue os olhos, Ana! A alma do homem ganhou asas e afinal começa a voar. Voa para o arco-íris, para a luz da esperança. Ergue os olhos, Ana! Ergue os olhos!”

Chaplin (O Grande Ditador)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 MARCO TEÓRICO NAS REVOLUÇÕES LIBERAIS DO SÉCULO XVIII E A EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE	9
3 CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS NOVOS CONCEITOS DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE	13
3.1 IGUALDADE FORMAL	14
3.2 IGUALDADE MATERIAL	15
3.3 IGUALDADE DIFERENCIADORA.....	16
4 SUBPRINCÍPIOS E CLASSIFICAÇÃO DA IGUALDADE	18
4.1 IGUALDADE FORMAL E MATERIAL	18
4.2 DIFERENCIAÇÃO	19
4.3 AUTONOMIA DA VONTADE	20
4.4 VEDAÇÃO DO RETROCESSO	20
4.5 PROTEÇÃO COLETIVA (NÃO INDIVIDUALIDADE).....	21
4.6 IRRENUNCIABILIDADE.....	22
4 IGUALDADE COMO MEIO DE DEFESA DAS MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS	23
4.1 A IGUALDADE FORMAL NO DIREITO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	23
4.3 IGUALDADE MATERIAL NO DIREITO DA MULHER.....	26
4.3 DIREITO HOMOAFETIVO E A IGUALDADE DIFERENCIADORA.....	29
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	31
REFERÊNCIAS	33

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A DEFESA DAS MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS

Christyan Gonçalves Aníbal¹

RESUMO

O presente artigo consubstancia-se numa análise da igualdade como princípio regente do Estado. Primeiro se faz uma construção histórica do conceito, a partir das Revoluções Liberais, como marco teórico deste. Após se analisar a história, é feita uma construção doutrinária do princípio, tomando por base a própria Constituição Federal de 1988, como emaranhado de perspectivas sobre o tema. Feito isto, o trabalho parte para um estudo mais amplo, desta vez dividindo o macrossistema da igualdade em vários princípios-meios, que se aliam pela efetivação dela. Por fim, tendo toda esta base teórica, finaliza-se o estudo com a aplicação do apreendido em casos específicos de minorias e grupos vulneráveis existentes em nossa sociedade, mais precisamente o direito do deficiente, da mulher e dos homossexuais, a fim de se chegar a uma conclusão sobre a real utilização do princípio como meio de defesa destes.

Palavras-Chave: Igualdade. Constitucionalismo. Minorias.

1 INTRODUÇÃO

Recentemente um movimento de extrema-direita realizado na cidade americana de Charlottesville, Virgínia, chocou o mundo. Centenas de homens e mulheres tomaram as ruas enquanto empunhavam tochas e protestavam contra negros, estrangeiros e homossexuais. Ideologias que estavam retidas nos livros de história da Alemanha Nazista e o lema de Mussolini de que “não se pode colocar todos no mesmo nível. A igualdade é antinatural e anti-histórica” parecem ainda fazer sentido para alguns.

Notícias como esta, mais recorrentes do que deveriam, renovam o debate acerca da intolerância às diferenças e discriminação das chamadas minorias e grupos vulneráveis: Negros, estrangeiros, homossexuais e, ainda, mulheres, idosos e deficientes, entre outros. Historicamente estes grupos sofrem ações violentas, mas também são discriminados no dia-a-dia em relações sociais, civis ou de emprego simplesmente por ser quem são, o que é tão difícil quanto.

Aliada a esta problemática social está a ideia comum, principalmente de estudantes e professores de direito, de que a Igualdade faz parte de um debate já consolidado, de onde não

¹ Aluna de Graduação em Ciências Jurídicas na Universidade Estadual da Paraíba – Campus I.
Email: barbozasuelen@gmail.com

se retira nada de novo. Uma crença que engessa o único princípio capaz de fazer frente à discriminação e à injustiça social decorrente desta.

A igualdade, a contrário senso, deve caminhar de braços dados com as modificações sociais. Cada dia surge uma nova ideologia, um novo grupo social ou até uma nova forma de se violar tal princípio, e se este tema não for renovado da mesma forma, resultará no aumento da cultura de desigualdade, marginalização e nos graves problemas que trazem consigo.

Justifica-se assim a importância do presente estudo. Em primeiro plano visamos renovar a tratativa do Princípio da Igualdade, com uma análise de sua evolução histórica, trazendo novos conceitos e reconstruindo os elementos formadores, com o fim de renovar o estudo sobre o tema. *A posteriori*, utilizaremos os conceitos apreendidos na análise de casos específicos de aplicação da igualdade como meio de defesa das chamadas minorias e grupos vulneráveis.

Objetivamos, desse modo, com este estudo, *lato senso* uma compreensão ampla do Princípio, tanto numa concepção clássica quanto numa perspectiva mais moderna. Já *estrito senso*, temos por objetivo a utilização prática de tudo aprendido nos estudos de eventos reais, sobre determinados grupos sociais, e, precipuamente, na solução da problemática da discriminação e desigualdade destes.

A partir de pesquisas explicativas, bibliográficas, documentais e de casos, visamos chegar a um resultado satisfatório, em um estudo indutivo, com amplitude ainda inédita em âmbito acadêmico sobre o tema. Podendo os resultados obtidos servirem de base para futuras tratativas sobre o Princípio da Igualdade e sua utilização como meio de defesa das minorias e grupos vulneráveis.

2 MARCO TEÓRICO NAS REVOLUÇÕES LIBERAIS DO SÉCULO XVIII E A EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Se faz necessária uma rápida análise histórica do Princípio da Igualdade para melhor compreendê-lo. Isso porque este princípio é uma construção social, em que a demanda do meio e da época leva a sua afirmação gradativa. Os gregos, por exemplo, deram o nome a isonomia (*iso* - igual; *nomia* - norma) para justificar a participação dos cidadãos na política. Aristóteles, por sua vez, ainda na antiguidade, elaborou os conceitos da justiça distributiva baseada em uma igualdade seletiva, característica de sua época.

Porém, com o fim de manter um estudo conciso e focado, manteremos a construção histórica apenas a partir do período das Revoluções Liberais do Século XVIII e da queda do

Absolutismo. Isso porque foi só com estes movimentos que a igualdade foi positivada como princípio regente do Estado.

Com as grandes navegações do século XVI e seguintes, aliadas ao surgimento das cidades, da moeda e do comércio, mas, principalmente, com a invenção de novas tecnologias e técnicas industriais, passou-se a haver uma implosão desenvolvimentista no continente europeu. Uma certa classe de indivíduos, dita como burguesia, detentores destes ramos, passaram a acumular riquezas. Neste sentido, afirma Carvalho:

Os burgos (cidades com muros) se desenvolveram economicamente e ampliaram de tamanho. Dos burgos surgiram os burgueses (a nova classe social, chamada *burguesia*), importantes comerciantes que foram fundamentais para o desenvolvimento da mentalidade capitalista. (2017, p. 10)

Com a Revolução Industrial o protagonismo da burguesia passou a ser ainda maior. A um ponto em que adquire força para questionar o modelo estatal de sua época, e passa a ter por objetivo reivindicar maior participação nas decisões de sua sociedade. Decorre daí um movimento de busca pelo fim do Absolutismo, posto que suas imposições não combinam com as pretensões burguesas, precipuamente, como diz a ministra Cármen Lúcia a “Ruptura de uma situação em que prerrogativas pessoais decorrentes de artificios sociais impõem formas despóticas e acintosamente injustas de desigualdade” (1990, p. 35).

A lei, destarte, foi a arma encontrada pela classe recém alçada ao poder e como forma de positivação, surgiram as constituições regentes dos Estados. Tudo isto baseado no “*Liberté, Egalité, Fraternité*” (Liberdade, igualdade, fraternidade), que visa colocar o indivíduo em um lugar de autonomia e limitação do poder estatal, posto que “uma vez que todos os homens nascem livres e iguais, então cada um é dotado de igual talento para buscar o que é melhor para si” (MARQUESI, 2005). É o que bem explica Carmén Lúcia:

Estabelece-se, então, um Direito que se afirma fundado no reconhecimento da igualdade dos homens, igualdade em sua dignidade, em sua condição essencial de ser humano. Positiva-se o princípio da igualdade. A lei, diz-se então, será aplicada igualmente a quem sobre ela se encontre submetido. Preceitua-se o princípio da igualdade perante a lei. (ROCHA, 1990, p. 32)

A igualdade torna-se fundamento essencial do Estado. Prega-se a mínima interferência estatal e a extinção de privilégios. Os princípios constitucionais recém criados não assentavam com temas como a escravidão, imposição religiosa e hierarquia social, e esse é o maior avanço dos Movimentos Liberais. Em uma perspectiva formal de igualdade, todos os indivíduos são iguais perante a lei e o Estado.

Contudo, ainda que essa teoria seja o embrião da igualdade como tratamos hoje, ela era mais uma forma de diminuir a ingerência estatal do que de efetiva proteção dos mais necessitados. Ao considerar que cada indivíduo é igual em condições aos outros, suas liberdades e direitos seriam os mesmos, porém os meios de acesso aos benefícios estatais também, o que gera um problema social ainda maior, conforme Lôbo:

Consumou-se o darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem qualquer espaço para a justiça social. Como a dura lição da história demonstrou, a codificação liberal e a ausência da constituição econômica serviram de instrumento de exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerando reações e conflitos que redundaram no advento do Estado social (1999, p. 1).

Portanto, com a máscara de isonomia, a sociedade da época gera uma desigualdade nas condições sociais que, aliada ao crescente movimento industrial dos anos seguintes, criou uma marginalização dos mais fracos economicamente, que a simples igualdade formal e vertical (a medida que refere-se à relação Estado-indivíduo) não remediaria. “Esse tipo de igualdade gerou as desigualdades econômicas, porque fundada ‘numa visão individualista do homem, membro de uma sociedade liberal relativamente homogênea’” (SILVA, 2000, p. 217).

No século XX, há um agravamento desta situação social, posto que, além da marginalização social decorrente do modelo de Estado, houveram as duas Grandes Guerras. A Segunda Guerra Mundial, precipuamente, foi marcada, não só pelas mortes em campos de batalha, mas pela crise humanitária das atrocidades Nazistas. Piovesan bem descreve esta época:

Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de onze milhões de pessoas. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, à pertinência a determinada raça — a raça pura ariana. No dizer de Ignacy Sachs, o século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político e industrial (2013, p. 191)

As atrocidades praticadas pelo *Führer* em muito desrespeitava até a própria constituição adotada pelo regime, a Constituição de Weimar. Suas leis e decretos de modificação do direito penal, econômico e, principalmente, civil, com a ideologia racial, eugenia e perseguição às minorias, não tinham qualquer vínculo com princípios constitucionais. Uma prova de que a mera positividade constitucional não seria capaz de solucionar toda a problemática social do período.

Com o fim da guerra, e, então, traumatizados por tudo que assistiram, os países formadores da comunidade internacional se uniram em 1948 para a assinatura da Declaração

Universal dos Direitos Humanos, sob os olhares das duas novas potências mundiais: Estados Unidos e Rússia.

Trazendo novos valores, saudosos nos tempos de guerra, este documento foi inovador na forma de tratamento dos direitos individuais. Piovesan resume bem as características da Declaração:

A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana). A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos e valor intrínseco à condição humana é concepção que, posteriormente, viria a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passaram a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos. (2013, p. 204)

Diante do impacto deontológico da carta, logo após a guerra são promulgadas constituições em todo o mundo, como a italiana, em 1947, a alemã (Alemanha Ocidental), em 1949 e a espanhola, em 1978. Países que, tempos antes, passavam por violações de direitos, agora incorporam valores fundamentais de respeito à dignidade, estabelecidos nesta Declaração.

As determinações constitucionais que, de início, só visavam limitar a atuação do Estado aos particulares, em uma ótica vertical, a partir dali tinham uma vinculação também horizontal. As garantias trazidas nos textos, baseadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, tornam-se modos de coordenação da relação indivíduo-indivíduo, não só governante-indivíduo. Surge o chamado movimento de Constitucionalização do Direito, onde valores sociais e de defesa da pessoa, incluindo a igualdade, são sobrelevados pelos Textos Constitucionais e incorporados, hierarquicamente, pelos códigos nacionais.

Este movimento de constitucionalização, porém, não teve efeitos instantâneos na igualdade. A mera positivação normativa não foi capaz de solucionar problemas de marginalização e discriminação de minorias. Como exemplos, a segregação racial americana e o apartheid sul africano.

Neste cenário surgem os movimentos sociais em todo o mundo, clamando por igualdade plena e inclusão social: Nos Estados Unidos, negros lutavam por efetivação dos seus direitos, assim como na África do Sul; Movimentos feministas e LGBT, com início em San Francisco, EUA; Já no Brasil, mesmo sob mãos de ferro dos militares, as minorias se uniram na luta pela volta da democracia e justiça social.

Os vários movimentos culminaram em um novo regime constitucional, a partir dos anos 80, onde apenas afirmar que todos são iguais perante a lei não é suficiente. Agora o Estado deveria dar garantias de que as diferenças pessoais não seriam utilizadas para inferiorizar uma classe ou hierarquizar uma sociedade.

O ex-Ministro Ayres Britto, chama este período da história de “Constitucionalismo Fraternal”, no qual o Estado reafirma o liberalismo, mas também age ativamente como imersor dos princípios no meio social. Afirma ele:

Efetivamente, se consideramos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chegando nos dias presentes à etapa fraternal esta fase em que as constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do Desenvolvimento, do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, da Democracia e até de certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer a interação de uma verdadeira comunidade; isto é, uma comunhão de pela consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico (2003, p. 216)

Com o constitucionalismo fraternal, o princípio da igualdade se torna o que é hoje, o cerne da atuação estatal, ao menos no ocidente. Não há como se estabelecer preceitos fundamentais, sem se considerar a igualdade como ponto de partida. Foi o que aconteceu em vários textos constitucionais posteriores, incluindo-se a nossa constituição de 1988, como veremos a seguir.

3 CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS NOVOS CONCEITOS DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A Constituição Cidadã de 1988, como sabemos, nasceu da aspiração de vários movimentos sociais, outrora perseguidos socialmente, principalmente na ditadura militar, e incorporou a efervescência deste período, tornando-se a mais completa no sentido de proteção social de toda nossa história.

O princípio da igualdade não foi esquecido no texto constitucional, a começar pelo preâmbulo, quando assim afirma:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a **igualdade** e a justiça como valores supremos de uma **sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social** e

comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988) (Grifo nosso)

Tomando a igualdade como um princípio fundamental, vemos na Constituição da República Federativa do Brasil um emaranhado de todas as teorias criadas a partir dela. Desse modo, podemos fazer uma análise constitucional deste princípio, ao mesmo tempo em que estudamos as diferentes perspectivas incorporadas pela Norma Maior e pela doutrina.

3.1 IGUALDADE FORMAL

A igualdade formal é, ainda, resquício da Revolução Francesa e dos desígnios liberais. Está ligada à relação vertical entre Estado e indivíduos. Não pode a lei nem o Estado diferenciar os homens (no sentido de ser humano). É assim que explica Miragem:

A igualdade formal, consagrada no direito francês, e por sua influência, nos Códigos Civis de todos os países de tradição romano-germânica até então, propunha que o critério de igualdade que identificava a todos era o fato de existirem como seres humanos, embasando, por outro lado, o individualismo filosófico e, afinal, o individualismo jurídico. Neste sentido, todos deveriam estar sujeitos a uma mesma lei, e exercer sua liberdade na esfera de permissão do direito privado, em absoluta igualdade de condições jurídicas (2012, p. 27)

Os sistemas normativos, portanto, não poderão estabelecer critérios seletivos ou discriminatórios, pautando-se na neutralidade da atuação estatal. Suas diferenças só serão consideradas para o seu benefício, nunca de maneira prejudicial. Surge a ideia de igualdade na lei e igualdade perante a lei, como forma de aplicação do princípio.

A igualdade perante a lei corresponde a obrigação de aplicar as normas jurídicas gerais aos casos concretos, na conformidade como o que eles estabelecem, mesmo se delas resultar uma discriminação, o que caracteriza a isonomia puramente formal, enquanto a igualdade na lei exige que, nas normas jurídicas, não haja distinções que não sejam autorizadas pela própria constituição. Enfim, segundo a doutrina, a igualdade perante a lei seria uma exigência feita a todos aqueles que aplicam as normas jurídicas gerais aos casos concretos, ao passo que a igualdade na lei seria uma exigência dirigida tanto àqueles que criam as normas jurídicas gerais como àqueles que as aplicam aos casos concretos (SILVA, 2014, p. 217)

No Texto Constitucional brasileiro, podemos encontrar essa perspectiva de igualdade quando o art. 5º, *caput*, afirma que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Quando se afirma “perante a lei”, o texto constitucional está englobando as duas formas de aplicação. Tanto a lei, quanto a aplicação dela pelo aparelho estatal não poderão, desse modo, ser usados como meio de desigualdade.

A regra, portanto, é a igualdade, no conceito ortodoxo da palavra, sendo todos os indivíduos vistos como um só, sem qualquer distinção, e tratados com equidade. Porém, como

veremos a seguir, há casos em que esta consideração não comporta a complexidade da vida social, devendo haver diferenciação de tratamento.

3.2 IGUALDADE MATERIAL

Como se percebeu a partir do relato histórico, tratar todos como iguais, por vezes, pode não ser suficiente para se chegar a uma igualdade plena. Quando o que se pretende é a formação de uma sociedade homogênea, há a desconsideração de toda diversidade social, e se cria um perfil ideal, estando todos os demais indivíduos, diferentes por natureza, marginalizados. É aí que nasce a Igualdade Material, como meio de justiça social.

Ainda que seja baseado em estudos de Aristóteles, não tem o mesmo caráter. O filósofo via a igualdade material como um meio de justificar a hierarquia social, sendo alguns, por seus méritos pessoais, mais beneficiados que outros, considerados inferiores. Por outro lado, o novo conceito aqui estudado, busca, justamente, o respeito pelas diferenças, a fim de se igualar em condições sociais.

Segundo esta perspectiva, considera-se “as desigualdades reais existentes na vida fática, permitindo que situações desiguais fossem destinatárias de soluções distintas”, conforme explica Masson (2017, p. 259). Cada um tem, portanto, o direito de ser tratado igualmente, quando o tratamento diferenciado o prejudica, e o de ser tratado desigualmente, quando a igualdade discrimina.

À medida que consideramos as diferenças pessoais de cada um, propondo a partir delas diferentes condições legais, estamos tornando a sociedade mais isonômica. Isso porque a mesma igualdade que libertou na Revolução Francesa, precisa da intervenção diferenciada do Estado no novo Regime Constitucional Social, sob o risco de gerar discriminação e marginalização.

Logo, podemos considerar que, enquanto a igualdade formal atua verticalmente, a igualdade material decorre da horizontalidade do poder constitucional. O Poder Estatal visa impedir que as diferenças naturais, econômicas ou políticas, sejam danosas aos indivíduos. Com base nestas diferenciações, procura-se a inclusão daqueles que as detêm no meio social, buscando-se dar oportunidades, até mesmo desiguais, para que consigam os mesmos objetivos que qualquer outro teria.

A igualdade material se faz, nestes termos, um meio de defesa contra o darwinismo social do Estado Liberal, tratado por Lôbo. Não serão as diferenças pessoais que irão impedir

um indivíduo de ter acesso aos direitos e benefícios estatais. Caso elas dificultem, cabe ao próprio Estado solucionar positivamente a questão.

Destarte, aliados aos estudos de José Afonso da Silva, podemos dizer que a igualdade material atua “na” lei e “perante” ela, vinculando os criadores das normas jurídicas e seus aplicadores a dar diferentes soluções legais, para casos específicos, com o fim de diminuir as diferenças de tratamento danosas a estes.

Na Constituição de 1988, são vários os exemplos de igualdade material. Citamos aqui o art. 3º, I e III, quando coloca como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, “constituir uma sociedade livre, justa e solidária” e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Há, portanto, uma inovação jurídica, ao passo que a República Federativa do Brasil fica proibida da mera atuação passiva característica da igualdade formal, passando a ser protagonista na diminuição das desigualdades, reconhecendo as características individuais e dando solução diversa para cada uma, algo que nenhuma outra constituição do nosso país havia determinado. Até porque, os textos anteriores, serviam apenas como mera concretização legal da perseguição às minorias que marcou o regime militar.

As cotas por consideração da renda e benefícios sociais são os exemplos clássicos do caráter inclusivo desta perspectiva, quando se garante uma porcentagem de vagas em universidades para pobres na forma da lei ou quando se dá uma ajuda financeira aos mais desprovidos economicamente, estamos equacionando as oportunidades proporcionalmente às dificuldades que as diferenças impõem. Contudo estes não são os únicos casos, como veremos no decorrer deste estudo.

3.3 IGUALDADE DIFERENCIADORA

Com a devida *vênia* a todos os doutrinadores que veem a igualdade sob uma perspectiva bilateral, propomos um conceito tripartite: Além de considerarmos a igualdade sob a ótica formal e material, consideramos que há uma igualdade diferenciadora, ou material militante, como designa Masson (2017).

Esta nova perspectiva parte do conceito de igualdade material estrito senso, onde as diferenças devem ser equacionadas pelo direito, a fim de evitar discriminação ou exclusão social. Mas diferencia-se por exigir uma ação ativa do Estado, por meio de políticas públicas que visem, não apenas a mera consideração das diferenças e a diminuição dos seus efeitos, mas gerar meios de efetivação destas.

Surge como vital, o Direito à Diferença. Explicado por Flávia Piovesan, este direito visa o reconhecimento de identidades próprias, afim de se chegar a um status de emancipação das diversidades existentes no meio social. Aqui não se pretende diminuir as diferenças, mas sim sobrelevar, emancipar, favorecer uma sociedade heteronômica.

A igualdade diferenciadora parte do princípio de que a positivação normativa, por si só, não é capaz de efetivar os ideais de igualdade plena, necessitando-se de uma ação ativa do Estado, que dê condições de manutenção das diferenças individuais, características da sociedade plural que vivemos. Quando o ente estatal permanece em posição passiva, os grupos sociais, em suas singularidades, são omitidos da participação social, podendo chegar a extinção.

Efetivar as diferenças, portanto, é um meio de se chegar a uma igualdade fática. Quando, na Carta Magna de 1988, encontramos que é objetivo do Estado, nos termos do art. 3º, IV, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, ela está agindo com a igualdade diferenciadora, posto que não trata em diminuição das diferenças, mas sua promoção.

Com base nisso, podemos perceber que o conceito do princípio à igualdade é formado por três perspectivas distintas e que devem agir de modo harmônico: a igualdade formal, como meio de limitação do Estado; a igualdade material pura, como meio de pôr fim a marginalização e discriminação; e a igualdade diferenciadora, que pretende uma atuação ativa do poder estatal, a fim de emancipar as diferenças em busca de uma justiça social, que mantenha o caráter diversificado da sociedade.

É assim que bem explica Piovesan:

Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério sócio-econômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça como reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios). (2008, p. 343)

Concluimos, desse modo, o estudo sobre o amplo conceito de igualdade, visto por diversas perspectivas em nosso ordenamento jurídico. Cada uma requer um modo de atuação diferente do Estado. Assim podemos perceber que, a depender da época ou do clima social, a igualdade é sempre renovada, permanecendo um estudo atual e de importância para o Direito.

4 PRINCÍPIOS CORRELACIONADOS À IGUALDADE

A igualdade não é um meio, mas um fundamento da atuação estatal. É o que determina o Art. 3º do nosso Texto Constitucional, quando faz objetivos do Estado: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Justamente por ser um princípio-fim, é que devemos estabelecer meios para sua efetivação. Desse modo, do seu amplo conceito, nós podemos deduzir vários princípios correlatos, que agem como meio de execução, forma de concretização e objetivação deste. Isto posto, a igualdade é tida como um macrossistema de princípios, que atuam com um mesmo objetivo final.

A importância dos princípios é retratada nas palavras de Nunes:

(...) nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio. É que ele, como estrela máxima do universo ético-jurídico, vai sempre influir no conteúdo e alcance de todas as normas (...) percebe-se que os princípios funcionam como verdadeiras supranormas, isto é, eles, uma vez identificados, agem como regras hierarquicamente superiores às próprias normas positivadas no conjunto das proposições escritas ou mesmo às normas costumeiras. (2003, p. 164 e 172)

Cientes da necessidade dos princípios na atuação do direito, e como a igualdade carece de elementos estruturais, princípios-meios, que levem à sua concretização, seguiremos o estudo dos princípios formadores deste macrossistema de igualdade.

4.1 IGUALDADE FORMAL E MATERIAL

Com base nos conceitos de igualdade formal e material, já explicitados anteriormente, nós podemos estabelecer dois princípios autônomos. Enquanto o primeiro determina que a lei não poderá fazer distinções entre os indivíduos, o segundo afirma que as diferenças de cada indivíduo não podem ser usadas como meio de discriminação.

São dois princípios que se completam: um atua verticalmente, exigindo um tratamento equânime dos homens pelo Estado; enquanto o outro atua horizontalmente, na relação *inter personas*, impedindo que as diferenças naturais sejam danosas a grupos que as detenham.

São formações de momentos históricos diferentes, mas, do mesmo modo, detentoras de obrigatoriedade. A igualdade formal nasceu de uma época de privilégios estatais a classes determinadas, onde não existia isonomia de tratamento legal. Já a material surgiu quando o

conceito da primeira foi corrompido, servindo como forma de marginalização de grupos determinados.

O momento de sua criação, conseqüentemente, justifica a elaboração de tais princípios, pretendendo evitar os desmandos estatais e sociais dos séculos passados, a fim de se chegar a uma igualdade fática, onde todos têm os mesmos direitos, ao tempo que suas diferenças são respeitadas.

4.2 DIFERENCIAÇÃO

O sociólogo Bourdieu instituiu um princípio de mesmo nome, para justificar as diferenças sociais. Segundo ele, cada grupo social possui “*capitais*” - valores de caráter pessoal, como cultura, economia, arte e esporte, entre outros; que são absorvidos pelo “*habitus*” - internalização de cada ator social. Estes elementos caracterizam grupos sociais que lutam por sua efetivação. Cada um luta, nas relações pessoais, pela emancipação dos seus “*capitais*”. Não pretendem que o meio os modifiquem, para torná-los iguais aos demais, mas efetive suas singularidades.

Podemos extrair daí, destarte, o princípio da diferenciação como elemento jurídico da igualdade. Cada um destes grupos, visto como minorias, luta pelos seus interesses e o reconhecimento das suas individualidades. Cabe ao Estado, assim, reconhecer cada um e facultar condições, por meio de políticas públicas, para sua existência e de seus valores.

Resumindo, o princípio consiste na responsabilidade do Estado de identificar e zelar por todas as variedades sociais, sejam as decorrentes de questões físicas, ou as de caráter cultural ou ideológico. As únicas diferenças que devem ser combatidas ou reduzidas são as que geram danos aos próprios indivíduos (como problemas de saúde curáveis) ou ao meio social (como as ideologias de intolerância), as que formam seu “*habitus*” sadio, por outro lado, devem ser majoradas, como elemento da personalidade.

Se faz necessária, portanto, uma determinação principiológica que vincule os poderes estatais à defesa das diferenças sociais. Nenhuma nação se mantém sem a diversidade, prova disso são as constantes guerras civis em países do oriente médio, onde a perseguição a minorias está fortemente enraizada na cultura local.

É público e notório que a igualdade, tanto no aspecto formal quanto material, é por vezes interpretada erroneamente como extinção ou a mera conformidade das diferenças. De tal sorte, normas, decisões judiciais, ações administrativas e qualquer ato jurídico devem pautar-se, além

da igualdade estrito senso, no princípio da diferenciação, para, não só haver conformação, mas o efetivo favorecimento da emancipação das várias diversidades sociais.

4.3 AUTONOMIA DA VONTADE

Assim como a igualdade, a liberdade foi um dos fundamentos da Revolução Francesa, e não à toa é a primeira palavra do lema “*Liberté, Egalité, Fraternité*”. Para que haja igualdade, é necessário que haja a liberdade individual. E não é possível o respeito às diferenças se não houver a autonomia individual para o indivíduo viver naquilo que é.

A autonomia da vontade é reflexo contrário do poder estatal: O Estado ecoa poder aos indivíduos, e estes refletem ações autônomas, de livre vontade, dentro dos limites estabelecidos. Garante-se, assim, ao indivíduo a liberdade de ação e pensamento, quando em respeito aos parâmetros legais.

Ao tratar dela, Lôbo afirma que não é um princípio Jurídico, mas político, pois advém de fundamentos ideológicos. Com isso, ele propõe que o princípio surge da própria concepção individual, sendo a normatização dele apenas assessória.

Com base nisso, podemos ver que, a autonomia da vontade deve reger os vários ramos jurídicos. Incluindo o direito das minorias, podendo considerá-la como mais um princípio vinculado à igualdade, com o fim de dar condições para sua concretização.

Permitir que cada indivíduo seja responsável e único interessado por seus atos, omissões e convicções, quando não causarem danos aos bens fundamentais, é permitir a heterogeneidade social. Esta, em segundo plano, deve ser protegida pelo princípio da diferença, para a consolidação da igualdade.

Vemos que assim, cria-se um ciclo de princípios que formam um sistema jurídico sólido: Autonomia-diferenciação-igualdade. A autonomia permite a incorporação de diferenças pelos indivíduos, formando seus *habitus*, os quais serão sobrelevados pela diferenciação, a fim de se estabelecer uma igualdade plena.

4.4 VEDAÇÃO DO RETROCESSO

O princípio da Vedação do Retrocesso vincula o Estado nos direitos sociais, conforme conceitua Masson:

[...] princípio que visa impedir a edição de qualquer medida tendente a revogar ou reduzir os direitos sociais já regulamentados e efetivados, sem que haja a criação de

algum outro mecanismo alternativo apto a compensar a anulação dos benefícios já conquistados. (2017, p. 341)

Todo o contexto histórico de lutas faz do princípio da igualdade uma conquista dos movimentos sociais. A partir do momento em que há uma ação estatal pautada na igualdade, em qualquer dos poderes, esta conquista não pode ser retirada posteriormente. Haveria um retrocesso não só jurídico, mas político-social.

Podemos exemplificar como este princípio funciona com um exemplo atual. O Código Penal, em seu art. 128, e valendo-se da igualdade material, afirma que

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:
I - Se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
II - Se gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 1940)

Vemos que aqui há uma diferenciação de tratamento entre as mulheres que se encaixam em condições específicas e as demais, que são proibidas de provocar aborto em si mesma ou consentir que outro o provoque, sob pena constante no art. 124 do Código Penal.

Contudo, recentemente, uma PEC de número 181/15, que tratava unicamente de novas disposições sobre a licença maternidade, foi alterada em uma das comissões da Câmara dos Deputados, e agora o texto propõe a proibição total do aborto em qualquer caso, inclusive os permitidos na lei penal.

Pelo princípio da Vedação do Retrocesso, a ser aplicado nas ações de igualdade, este texto seria prejudicial a uma realidade já existente de defesa de um determinado grupo. Desse modo, seria vedado o retrocesso social, proibindo-se tal ação legislativa, mesmo que ela esteja nos moldes do processo constitucional.

Vê-se com um exemplo, como atua o princípio da vedação do retrocesso no princípio da igualdade, e ainda demonstra-se a sua necessidade, como meio de defesa das minorias e das conquistas sociais. Nestes termos, tal princípio deve dar caráter de irretroatáveis aos avanços no âmbito da igualdade, trazidos por leis, ações governamentais ou decisões judiciais.

4.5 PROTEÇÃO COLETIVA (NÃO INDIVIDUALIDADE)

O princípio da igualdade tem um caráter plural. Isso porque ele age na defesa de uma variedade de conjuntos de pessoas que compartilham de alguma característica ou concepção em comum.

Quando se dá o direito de um deficiente ter passagem gratuita, estamos favorecendo a todos os deficientes, da mesma forma, quando um homossexual consegue o direito ao

casamento civil. Sendo assim, visualizamos a igualdade como uma proteção coletiva, e não individual. O mesmo princípio que reafirma as diferenças, numa perspectiva material, iguala formalmente os pertencentes ao mesmo grupo social.

Visa-se assim evitar que leis, atos administrativos ou decisões que favoreçam alguém ou uma parcela de indivíduos de um determinado grupo social, sejam omitidos aos demais integrantes do grupo. Uma política pública de assistência aos deficientes, por exemplo, não pode favorecer pessoas do bairro “a” em detrimento dos do bairro “b”.

Ainda que exista apenas uma pessoa que se enquadre nas características de defesa de determinada diferença, esta continuará sendo uma proteção coletiva. Isso porque poderão surgir indivíduos naquelas condições futuramente, e precisarão da mesma cobertura protetiva.

Este princípio é importante porque torna a igualdade um direito impessoal, que protege, ao mesmo tempo, toda a sociedade, de modo abstrato (dando o direito de ser igual quando a desigualdade é danosa e ser diferente quando a igualdade discrimina) e grupos sociais específicos. Efetivando ainda mais a dignidade humana no Princípio da Igualdade.

4.6 IRRENUNCIABILIDADE

Rousseau, em “O Contrato Social”, afirmou que ao renunciar à liberdade, o homem abre mão da própria qualidade que o define como ser humano. Da mesma forma, ao renunciar os preceitos da igualdade, estamos abdicando de nossa própria dignidade humana.

Ao afirmar que a Igualdade é uma proteção coletiva, nós estamos querendo dizer que os direitos defendidos ali não pertencem a um ou outro indivíduo, mas a todo grupo. Portanto, por não ser um direito que pertence a alguém, forma a personalidade, ele é indisponível, e, portanto, irrenunciável.

Mesmo que um indivíduo não queira se valer das conquistas da igualdade, não poderá renunciar, uma vez que no futuro poderá necessitar desta fonte vital de dignidade. E mais, ainda que pudesse renunciar, estaria descaracterizando, em segundo plano, toda a sociedade, ou um segmento dela, que detém valor jurídico de proteção.

Decorrendo da proteção coletiva, portanto, este princípio tem importância no fato de concretizar a ideia de indisponibilidade da igualdade, como aspecto da dignidade humana. Afirmando que ela não pertence a ninguém, nem mesmo aos protegidos, mas a toda sociedade.

5 IGUALDADE COMO MEIO DE DEFESA DAS MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS

Já foi dito que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, traz os vários aspectos inerentes ao princípio da igualdade. A Norma Maior espalha no nosso ordenamento jurídico, em todos os ramos, determinações que irão sobrelevar este princípio. Contudo, é na defesa das chamadas minorias e grupos vulneráveis que ele entra em destaque, uma vez que há uma tendência de marginalização destes, sendo os mais necessitados.

Antes de qualquer tratativas, é necessária a conceituação dessas chamadas minorias e grupos vulneráveis. As primeiras são formadas por indivíduos que, por questões étnicas, linguísticas ou religiosas, estão em menor número no meio social; já os segundos por pessoas que possuem características especiais, que necessitam de uma proteção estatal, seja por conta da idade, gênero, deficiência ou condição social.

Partiremos agora para o objetivo principal deste trabalho, qual seja o estudo sobre as formas de proteção destes grupos sob o prisma da igualdade, focando nas mais recentes alterações. Neste panorama consideraremos um grupo para cada perspectiva do princípio: Igualdade Formal na defesa dos deficientes; Igualdade Material na efetivação dos Direitos da Mulher; e, por fim, Igualdade Diferenciadora como fundamento do Direito Homoafetivo.

5.1 A IGUALDADE FORMAL NO DIREITO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A deficiência já foi vista como meio de “inutilização” dos indivíduos. Nas sociedades antigas, como a Espartana e até a Romana, as pessoas tinham autorização ou até o dever, de sacrificar bebês nascidos com alguma deficiência. Após séculos, foi a vez do Nazismo alemão trazer uma eugenia doentia, que chegava a assassinar deficientes, independentemente da idade, com fins de pesquisa científica.

Mas é importante lembrar que, em sua maioria, as sociedades vêm desenvolvendo ideais de respeito às pessoas deficientes. Primeiro com a valoração cristã da caridade e amor ao próximo, e depois com o desenvolvimento das ciências, que passaram, paulatinamente, a tornar as vidas destas pessoas melhores.

Da mesma forma, o tratamento das pessoas com deficiência sempre foi objeto de análise do direito. Contudo, antes havia uma visão anacrônica dessa perspectiva, de modo que os indivíduos nessa condição eram vistos como “anormais”, como bem explicam Barcellos e Campante:

Durante muito tempo a deficiência foi compreendida como condição médica e a acessibilidade como a adaptação do meio aos *déficits* ou *anormalidades* físicas, mentais, cognitivas ou sensoriais que caracterizavam a pessoa com deficiência. O modo de organização da sociedade era percebido como neutro ou normal – não se percebia nada de errado com ele. A pessoa com deficiência é que necessitava de assistência em função de *sua* inadequação aos meios usuais de acesso aos direitos e aos bens da vida social em geral. Nesse contexto, a acessibilidade era a ferramenta por meio da qual a sociedade tentava responder às necessidades excepcionais que essas condições médicas, em si, produziam. (2012, p. 411)

Numa visão seletiva e discriminatória, os deficientes eram vistos como indivíduos fora das características ideais do ser humano. Mas o desenvolvimento dos elementos modernos da igualdade fez surgir uma nova visão da deficiência e da acessibilidade, onde a sociedade se adapta ao indivíduo, e não o contrário. Desse modo, foram sendo estabelecidas modificações no ordenamento jurídico com o intuito de dar acesso ao indivíduo com deficiência a direitos e garantias, antes negados.

O Estatuto da pessoa com Deficiência, Lei 13.146 de 06 de julho de 2015, foi a modificação mais importante sobre o tema no direito pátrio. Ele tem por base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo no 186, de 9 de julho de 2008, adquiriu valor de norma constitucional, nos termos do art. 5º, §3º da Constituição Federal, desde a promulgação do Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Considera-se Pessoa com Deficiência, nos termos do art. 2º do Estatuto, “aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Antes de mais nada, observa-se que o verbo utilizado pelo legislador foi “obstruir”, não “incapacitar” ou “impedir”. Há um obstáculo que dificulta a participação, mas não incapacita ninguém, de maneira absoluta. Desse modo o Estatuto reestrutura a Teoria das Incapacidades, afirmando que uma pessoa com deficiência não é impedido da plena capacidade civil. Em outras palavras, Stolze escreve:

[Com a entrada em vigor do Estatuto] a pessoa com deficiência - aquela que tem impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, nos termos do art. 2º - não deve ser mais tecnicamente considerada civilmente incapaz, na medida em que os arts. 6º e 84, do mesmo diploma, deixam claro que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa (2015, p. 1)

Tal mudança, portanto, inovou o direito. A partir da sua entrada em vigor, são considerados absolutamente incapazes, apenas os menores de 16 anos, excluindo-se os casos decorrentes de deficiências da redação anterior do art. 3º do Código Civil. Modifica-se, também,

a lista dos relativamente incapazes do art. 4º, excluindo aqueles “que por deficiência mental, tenham discernimento reduzido” e “excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”, e incluindo os que não podem exprimir sua vontade, por causa transitória ou permanente.

O princípio da proteção coletiva da igualdade, portanto, impede que sejam estabelecidos níveis de deficiência, como antes era feito, para determinar que alguns são capazes plenamente ou relativamente, ou absolutamente incapazes, em uma formalização intragrupo. Todos agora são capazes de participar da vida civil, desde que possam exprimir sua vontade (um impedimento lógico). Quando não puderem serão devidamente assistidos (não mais representados).

Ainda que pareça uma modificação singela, a mudança na teoria das incapacidades, baseada na dignidade da pessoa humana e, principalmente, na igualdade formal, gera impacto em institutos do direito civil, como a interdição absoluta - que passa a ser extinta, já que menores não podem ser interditados; casamento, curatela, adoção, contratos, e vários outros.

Ainda que existam instrumentos de proteção e assistência, como a Tomada de Decisão Apoiada, os deficientes são vistos agora como plenamente capazes de participar da vida civil, decidindo por si mesmo e atuando como indivíduo de direitos e deveres, tendo as mesmas condições jurídicas de um indivíduo sem deficiência. Como determina o Princípio da Igualdade formal.

Outro fator importante é a diminuição da aplicação da curatela. Este instituto, por vezes, impede o deficiente de ter ação ativa nas decisões de sua vida civil. Agora só será utilizado de forma extraordinária, em casos de natureza patrimonial ou negocial, e com motivação, preservando os direitos do curatelado, conforme art. 85, §2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Também houve uma importante influência da igualdade formal no matrimônio. O art. 6º do Estatuto afirma que a deficiência não afeta o direito de “casar-se e constituir união estável”, nem “exercer direitos sexuais e reprodutivos”. Consubstancia-se, portanto, alteração em vários artigos referentes ao casamento no Código Civil.

Dentre tais artigos, estão o 1.548, que considerava nulo o casamento contraído pelo enfermo mental, e que foi revogado - dando-se ao deficiente mental ou intelectual em idade núbia o direito de casar, expressando pessoalmente sua vontade ou por meio de representante ou curador (art. 1.550, §2º). Também se excluiu do conceito de erro essencial, anulável do casamento, as deficiências físicas e mentais.

As alterações no instituto do casamento, mais uma vez é uma intervenção do Princípio da Igualdade Formal nas relação do Estado com os indivíduos. Em tratativa vertical, igualamos

os indivíduos, de modo que as deficiências não tornam os direitos destas pessoas inviáveis, como era antes. Já é possível, inclusive, encontrar decisões baseadas em tais modificações, como esta do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA CASAMENTO. REQUERENTE QUE TEVE RECONHECIDA LIMITAÇÃO MENTAL EM ANTERIOR SENTENÇA DE INTERDIÇÃO. DEFERIMENTO DO PEDIDO. Sentença recorrida que foi proferida quando já estava em vigência a Lei nº 13.146/15, que revogou a hipótese de nulidade do casamento de pessoa com deficiência mental, até então prevista no artigo 1.548, I do Código Civil e incluiu expressamente a possibilidade de casamento na hipótese em comento, nos termos do § 2º do 1.550. Caso em que é de rigor o deferimento da autorização para o casamento. DERAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70070435912, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 13/10/2016). (TJ-RS - AC: 70070435912 RS, Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 13/10/2016, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/10/2016)

Dado o seu impacto, as modificações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência irão influenciar em vários outros ramos do direito ampliando a igualdade, como no direito processual, quando acaba com a proibição de proposição em Juizados Especiais por incapazes na Lei 9.099/90. Ou ainda no Direito Eleitoral, onde, conforme art. 15, II, da Constituição Federal, era possível a perda ou suspensão dos direitos políticos em caso de incapacidade absoluta. Nestes termos, portanto, as pessoas com deficiência não podem mais ter impedimento em seus direitos, seja civis, processuais, políticos ou qualquer outro.

Com base em tudo exposto, podemos perceber o quanto a chamada igualdade formal ainda traz benefícios sociais, aqui no direito das Pessoas com Deficiência. Ainda que seja um conceito antigo, existiam casos de desigualdade vertical (de tratamento estatal) positivadas em lei ainda em nosso tempo, e o Estatuto, conjugando os conceitos deste princípio, é um braço forte na efetividade da isonomia, vital em uma sociedade plural como a contemporânea.

5.3 IGUALDADE MATERIAL NO DIREITO DA MULHER

Na apresentação do livro “Manual dos Direitos da Mulher”, Leite faz uma grave constatação:

Quando o Brasil se preparava para a IV Conferência Mundial da Mulher, realizada em Beijing, China, em setembro de 1995, as pesquisadoras à frente de trabalho tiveram uma surpresa: no país pouco, ou quase nada, escrevia-se sobre mulheres e escassos eram os registros sobre a atuação da mulher brasileira, tais como escolaridade, taxa de desemprego, criminalidade, número de vítimas em violência doméstica, etc. (2013, p. 30)

Esta afirmação demonstra o quanto o nosso país é retrógrado no tratamento das mulheres. Ainda que a constituição afirme que homens e mulheres são iguais em direitos e deveres, conforme o art. 5º, I, não é possível visualizar esta igualdade na sociedade. Como explicar que as mulheres ainda recebam salários menores que os homens nas mesmas funções, por exemplo?

Dias contextualiza bem esta problemática numa perspectiva civilista e até otimista:

A presença da mulher é a história de uma ausência. Sempre esteve subordinada ao marido. Sempre esteve excluída do poder e dos negócios jurídicos, econômicos e científicos. O lugar dado pelo direito à mulher sempre foi um não lugar. Relegada da cena pública e política, sua força produtiva sempre foi desconsiderada, não sendo reconhecido o valor econômico dos afazeres domésticos. Mas acabou sendo trilhado um caminho para o estabelecimento da igualdade de direitos entre homens e mulheres, fato que exige um novo tipo de contrato conjugal, pois hoje as mulheres não são mais esposas sem voz e voto. (2005, p. 93 e 94)

Como bem disse a autora, as inovações no aspecto social trazidas pela Constituição de 1988 trilharam o caminho para o estabelecimento da isonomia de direitos entre homens e mulheres. Contudo este caminho ainda é trilhado a passos rasos.

O Novo Código Civil de 2002, foi resultado direto destes movimentos de igualdade, mas de evolução social, em termos de igualdade, ainda é pouco. Por exemplo, o código abole, em caráter formal, a antiga diferenciação de gênero para a aquisição da capacidade civil. Tanto homens quanto mulheres adquirem a plena capacidade aos 18 anos, detendo todos os dois gêneros de autonomia de vontade, não sendo mais a mulher submissa aos homens.

A mulher contemporânea também tem, nos termos do art. 226, §5º da Constituição Federal, o mesmo poder parental do homem, o que dá por encerrada a sociedade patriarcal que comandava o direito no código anterior. Surge então um novo conceito de família, como bem explica Leite:

Essa nova família não tem chefia única, mas uma chefia exercida em conjunto por ambos os envolvidos. Não está calcada no matrimônio, mas no afeto, e não é necessariamente heterossexual, pois a razão para a sua existência é a felicidade, e não o ortodoxo conservadorismo. Em outras palavras, entre ser tradicional e ser feliz, os membros da nova família brasileira escolhem a felicidade (2013, p. 818)

Porém, são muitas as arestas no princípio da igualdade que não foram corrigidas pelo nosso direito e que ainda estão à tona. Um dos exemplos é justamente a diferenciação de tratamento salarial dos gêneros. Ainda que a realidade jurídica seja pautada na isonomia, na realidade fática, não acontece o mesmo. Há uma clara violação da igualdade formal, ainda no século XXI.

Outro ponto ainda mais controverso, é a questão do aborto voluntário. Teria a mulher o direito de encerrar uma gravidez por vontade própria? Seria a autonomia da vontade e a liberdade sobre o próprio corpo violadas pela criminalização do aborto?

Normativamente, o artigo 128 do Código Penal defende o aborto voluntário, em caso de estupro ou risco de vida à mulher, quando for o único meio de salvá-la. Além disso o Supremo Tribunal Federal (STF) em 2012, na ADPF 54, julgou procedente um pedido de interrupção da gravidez de feto anencefálico, considerando que não havia crime.

O voto do Ministro Ayres Britto ilustra bem esta última questão:

(...) é um direito que tem a mulher de interromper uma gravidez que trai até mesmo a ideia-força que exprime a locução 'dar à luz'. Dar à luz é dar à vida e não dar à morte. É como se fosse uma gravidez que impedisse o rio de ser corrente. (2003, p. 217)

Nestes casos a mera igualdade formal não solucionaria, uma vez que colocaria todas as mulheres, independente das suas qualidades pessoais, nas mesmas condições de tratamento legal. Estamos diante, portanto, de uma solução material onde a situações específicas são dadas determinações legais diferenciadas, com o fim de não causar danos aos agentes. A proibição do aborto, nestes casos, seria uma forma de inferiorizar as mulheres, ao ponto de transformá-las em objeto vinculado ao dever de gerar filhos.

Como já foi dito anteriormente, porém, está em processo na Câmara dos Deputados a PEC 181, alterada em uma das comissões temáticas, que visa criminalizar qualquer forma de aborto, inclusive as que hoje são permitidas. Sob a justificativa de igualar em deveres as mulheres, estamos desconsiderando os direitos daqueles grupos que possuem características próprias e que hoje são defendidas por lei e jurisprudência.

Há portanto um desrespeito ao princípio da vedação do retrocesso, posto que, com a aprovação de tal projeto, haveria um prejuízo social a todos os direitos conseguidos ao longo da nossa história como sociedade isonômica. O que denota a importância de um estudo amplo e objetivo do princípio da igualdade, que, por vezes, é omitido.

A atuação da igualdade no direito das mulheres, destarte, é vital. O fato de serem integrantes de um grupo vulnerável ainda muito discriminado, faz com que necessitem da consideração de suas características individuais, para que essas não sejam usadas para inferiorizá-las socialmente, não bastando a igualdade formal, mas também consideração pessoal, em uma diferenciação de tratamento, trazida pela igualdade material.

4.3 DIREITO HOMOAFETIVO E A IGUALDADE DIFERENCIADORA

A homossexualidade existe desde quando existe a relação entre seres humanos. Há registros históricos, que datam de 10 mil anos atrás, onde tribos da Oceania documentaram relações homossexuais em rituais. Porém, mesmo no ano de 2017, este ainda é um dos tabus sociais no Brasil e no mundo.

Dada a sua importância, o tema da homoafetividade deve ser objeto de proteção do direito, haja vistas tratar de princípios como a liberdade, intimidade e, principalmente, igualdade. É o que bem explica Luís Roberto BARROSO, citando os fundamentos do princípio retratados neste trabalho, como a autonomia da vontade:

As uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo são uma consequência direta e inevitável da existência de uma orientação homossexual. Por isso mesmo, também são um fato da vida, que não é interdito pelo Direito e diz respeito ao espaço privado da existência de cada um. As relações homoafetivas existem e continuarão a existir, independentemente do reconhecimento jurídico positivo do Estado. Se o direito se mantém indiferente, de tal atitude emergirá uma indesejada situação de insegurança (2011, p. 8)

A fim de se evitar, portanto, tal insegurança, o ordenamento jurídico brasileiro está começando a abordar, ainda que tardiamente, as questões homoafetivas. São várias as frentes de estudo: no Direito Penal, a questão da criminalização da homofobia; no Direito Tributário, a inclusão de companheiro homoafetivo como dependente; no Direito Eleitoral, a inelegibilidade reflexa ou por parentesco decorrente destas relações. Contudo, nenhum ramo tem maior importância na igualdade em relações homossexuais que o Direito Civil.

Nele são tratados todos os aspectos da relação do Estado com a vida privada, e por isso precisa estar em consonância com as modificações sociais. Casamento, União Estável, Sucessão ou até a intervenção científica são questões a ser regidas pelo Direito Civil.

Prova do afirmado é que em 2011 o STF teve que intervir no tema como guardião da Constituição Federal. A ADPF 132 - RJ, onde o Estado do Rio de Janeiro demanda a aplicação do regime de união estável às uniões homoafetivas, e da ADI 4.277 - DF, onde a Procuradoria-Geral de Justiça buscava o reconhecimento de tais uniões como entidade familiar.

Em julgamento histórico, no dia 05 de novembro de 2011, o Supremo Tribunal Federal decidiu, de forma unânime, pelo reconhecimento jurídico da união estável de pessoas do mesmo sexo. Uma decisão fundamentada na Igualdade Diferenciadora, porque estamos considerando as diferenças individuais na interpretação da igualdade, e dando condições de sua emancipação.

Em seus votos os ministros reconstruíram os conceitos tradicionais de família, transpassando as barreiras religiosas, e chegando a um estágio mais hedonista e de justiça social,

como se depreende da fala do ministro Luiz Fux: “Daremos a esse segmento de nobres brasileiros, mais do que um projeto de vida, um projeto de felicidade”. Como fundamento jurídico, podemos destacar o voto do ministro Ricardo Lewandowski:

Entendo que as uniões de pessoas do mesmo sexo que se projetam no tempo e ostentam a marca da publicidade, na medida em que constituem um dado da realidade fenomênica e, de resto, não são proibidas pelo ordenamento jurídico, devem ser reconhecidas pelo Direito, pois, como já diziam os juristas romanos, *ex facto oritur jus*. (2011, p. 20)

A partir desta decisão e do seu efeito vinculante, abriu-se as portas no ordenamento jurídico nacional, para um novo panorama de direitos aos homossexuais. Não se busca a mera igualdade, mas a consideração das diferenças, como meio de participação social. A negativa do reconhecimento destas relações fazia com que fossem diminuídas, omitidas e até caladas.

A partir do momento em que os efeitos da união estável são estendidos aos casais homoafetivos, pelo princípio da igualdade diferenciadora, também são garantidos os direitos de sucessão, regime de bens e sua transmissão, recebimento de seguros e todos os outros dados a este tipo de relação.

O que faltava, porém, era a possibilidade de casamento, vedada, para muitos, pelo art. 1.514 do Código Civil, que afirma expressamente que “o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”. Há, portanto, uma interpretação literal do texto normativo, lê-se a realidade legal sem considerar a realidade de fato.

Coube ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial 1.183.378 - RS, determinar que:

Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar. (2011, p. 13)

Além disso, o Conselho Nacional de Justiça, na Resolução 175 de 14 de maio de 2013, passou a vedar as autoridades competentes de recusa de habilitação, celebração do casamento civil ou conversão de união estável.

Fazendo uma relação destes exemplos com o conceito de igualdade diferenciadora, podemos perceber uma ação ativa do Estado reafirmando direitos, os quais irão servir como meio de notabilidade do Direito Homoafetivo, em suas singularidades, como digno de proteção estatal.

Assim sendo, ainda que a gramática legal traga uma vedação, a igualdade diferenciadora age dando uma interpretação diferente, que impede a discriminação, e reformula a família tradicional, realinhando-a aos diferentes grupos sociais existentes.

Ações contrárias existirão, como a do juiz Waldemar Cláudio de Carvalho, do Distrito Federal, que permitiu que a homossexualidade fosse tratada como doença passível de tratamento psicológico para “reabilitação”. Mas a força da sociedade aliada aos princípios que regem a igualdade irão prevalecer, de modo que haja a plenitude da isonomia no nosso ordenamento jurídico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo desse trabalho é discorrer sobre o princípio da igualdade como meio de defesa das minorias e grupos vulneráveis. Por meio de uma pesquisa doutrinária, visamos a construção e renovação do conceito deste princípio, com o propósito de aliarmos este a exemplos da vida comum de meios de sua utilização.

Em um primeiro momento, fizemos uma análise histórica, iniciada no momento em que a igualdade se concretiza como princípio regente do Estado, nas Revoluções Liberais. Por meio de tal análise, nós podemos perceber a evolução da isonomia, partindo de um meio de limitação do poder estatal, para um meio de inclusão e diminuição da discriminação e marginalização, com o chamado Constitucionalismo Fraternal.

Após a construção histórica, se fez necessária a concretização do conceito deste princípio. Para isso, nos valem do próprio Texto Constitucional brasileiro, sendo ele uma fonte das várias perspectivas sobre o tema. Por meio dela, tratamos da igualdade formal, como isonomia ampla entre todos, da material, como consideração das diferenças no tratamento estatal, e da diferenciadora, como uma ação ativa do Estado, na efetivação da diversidade social.

Com o conceito formado, adentramos ainda mais no tema, subdividindo o princípio em vários outros, que atuarão, em forma de macrossistema, no favorecimento da igualdade. Tal divisão se faz necessária, como modo de ramificação da atuação da igualdade dentro do Estado de Direito. Nestes termos, tratamos dos princípios da igualdade formal e material, da diferenciação, da autonomia, da vedação do retrocesso, da aplicação coletiva e irrenunciabilidade.

Tendo o conceito amplamente formado, inclusive como macrossistema de princípios, a igualdade foi utilizada, por fim, como meio de defesa das minorias e grupos vulneráveis. Exemplificando o direito dos deficientes, como perspectiva formal, o direito das mulheres,

como material e o direito homoafetivo, como exemplo de igualdade diferenciadora, nós demonstramos a problemática deste trabalho: De que forma este princípio ainda pode ser utilizado atualmente como defesa da justiça social das minorais.

Desse modo, nós podemos concluir pela efetiva e atual utilização deste princípio na defesa de direitos, por mais que para muitos seja um ciclo fechado. Subdividindo a igualdade, nós podemos perceber os vários meios de atuação dele na sociedade contemporânea, seja no direito, seja nas relações pessoais.

O Princípio da Igualdade, portanto, foi demonstrado conforme a sua importância, restando este trabalho numa análise amplificada dele. E é assim que deve ser visto pelo Estado e pelos manipuladores do direito, pois só assim chegaremos a uma sociedade pautada na justiça social e defesa dos mais necessitados.

THE PRINCIPLE OF EQUALITY AND THE DEFENSE OF MINORITIES AND VULNERABLE GROUPS

ABSTRACT

This article is based on an analysis of equality as the governing principle of the State. First, a historical construction of the concept is made, starting from the Liberal Revolutions, as its theoretical framework. After analyzing the history, a doctrinal construction of the principle is made, based on the Federal Constitution of 1988, as a tangle of perspectives on the subject. Once this has been done, the work goes into a larger study, this time dividing the macrosystem of equality into several media-principles, which are allied by its effectiveness. Finally, having all this theoretical basis, the study is finished with the application of the apprehended in specific cases of minorities and vulnerable groups existing in our society, more precisely the right of the handicapped, women and homosexuals, in order to arrive to a conclusion on the actual use of the principle as a means of defending them.

Keywords: Equality. Constitutionalism. Minorities.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, Mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico Das Relações Homoafetivas No Brasil**. São Paulo: Revista Brasileira de Direito Constitucional, 2011.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARVALHO, Leandro. "**Surgimento da burguesia**"; *Brasil Escola*. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/historiag/surgimento-burguesia.htm>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JUSTINIANO I, **Digesto de Justiniano, liber primus**: introdução ao direito romano / Imperador do oriente Justiniano I. Tradução de Hélcio Maciel França Madeira. Osasco: Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/507>. Acesso em: 01 dez. 2017.

MARQUESI, Roberto Wagner. **Fronteiras entre o direito público e o direito privado**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7788>>. Acesso em: 27 out. 2017.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia e SILVA, Roberto B. Dias da. "Igualdade e diferença: o direito à livre orientação sexual na Corte Europeia de Direitos Humanos e no Judiciário brasileiro". In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **20 da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RIBEIRO, Moacyr Petrocelli de Ávila. **Estatuto da Pessoa com Deficiência: a revisão da teoria das incapacidades e os reflexos jurídicos na ótica do notário e do registrador**.

Colégio Notarial do Brasil. 2015. Disponível em
<<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NjlyMA==>>
> Acesso em: 10 nov. 2017

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

TRICOT, J. **Éthique à Nicomaque**. Nouvelle traduction avec introduction, notes index par J. Tricot. Paris: Vrin, 1959.

TRICOT, J. **La Politique**. Nouvelle traduction avec introduction notes et index par J. Tricot. Paris: Vrin, 1959.

VECCHIO, Giorgio del. **Lições de filosofia do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

VILANI, Maria Cristina Seixas. **Origens medievais da democracia moderna**. Belo Horizonte: Inédita, 2000.