

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 29/10/2012

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/34141-o-processo-constitucional-e-o-direito-de-igualdade>

Autore: Lucas Dias Costa Drummond

O processo constitucional e o direito de igualdade

O PROCESSO CONSTITUCIONAL E O DIREITO DE IGUALDADE

Lucas Dias Costa Drummond

Resumo

O presente ensaio presta-se a demonstrar as inferências recíprocas existentes entre os institutos jurídicos do Processo Constitucional e o Direito de Igualdade. Para tanto, foi preciso concentrar-se na longa evolução histórica do direito de igualdade até suas fórmulas mais recentes, momento no qual se mostra patente sua ligação com o pleno exercício do Processo Constitucional. A partir daí, nota-se que existe uma relação de fomento recíproco entre os institutos, na medida em que só é possível tutelar o direito de igualdade sob a égide do direito de igualdade. Igualmente, só se legitima um Processo Constitucional mediante observância ao Direito de Igualdade.

Palavras-chave: Direito de igualdade. Igualdade Procedimental. Processo Constitucional e legitimação.

1. INTRODUÇÃO

Visa o presente trabalho introduzir tema que talvez encontre maior ligação com o Estado Democrático de direito, qual seja: a ligação existente entre o Direito de Igualdade e o Processo Constitucional.

Nesta senda, entendemos que os aludidos institutos guardam ligação sobremaneira íntima, na medida em que, uma vez combinados, propiciam um estado de arte no tocante à Legitimação dos Discursos Jurídicos.

A fim de demonstrar o ponto de encontros do Processo Constitucional e do Direito de Igualdade, faz-se necessário traçar um paralelo de evolução de ambos os institutos. Com isto, desaguaremos nas teorias mais recentes acerca do surgimento do aludido instituto processual, bem como nas Teorias habermasianas de Igualdade Procedimental.

Neste momento, restará demonstrado a forma de fomento recíproco existente entre o Processo Constitucional e o direito de igualdade, na medida em que o primeiro assegura a efetividade do outro, e o segundo confere maior grau de legitimidade àquele.

É de se destacar, entretanto, que este modesto ensaio não se presta a esgotar o presente tema, até porque os temas em debate são de fertilidade infidável. Mas ressalte-se, entretanto, o as conclusões aqui formuladas poderão dar ensejo a novos estudos com alto potencial de contribuição aos ramos dos direitos constitucional e processual estudados em sua fôrma democrática.

2. BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DE IGUALDADE

Com o advento das sociedades modernas e contemporâneas, tem-se que o tema da Igualdade ganha especial relevância nos cenários políticos, sociológicos e jurídicos.

Deve-se, primeiramente, estudar a igualdade enquanto instituto, dentro de uma perspectiva histórica e política, para que, posteriormente, adentre-se à análise da igualdade enquanto princípio jurídico propriamente dito.

Partindo-se da análise primeira do instituto da igualdade, cumpre brevemente elucidar que este teve sua gênese nos primórdios políticos da Grécia antiga, sendo o referido conceito objeto de discussão de diversos filósofos da época.

Considerando que não é o objetivo precípua deste trabalho uma abordagem unicamente histórica, bem como uma análise minuciosa do instituto da igualdade em suas várias facetas, pode-se conceber que a igualdade naquele contexto consistia, basicamente, em uma equiparação dos cidadãos de uma determinada comunidade **em blocos destacados a critério de atributos** tais como gênero, idade, entre outros. Nesta senda, considerava-se, ainda, a Comunidade sob a égide dos fins comuns de seus integrantes, caracterizando a *polis* pela existência de um único projeto de vida (GUALUPPO, 2002, p. 37)

Com efeito, como bem salienta Galuppo (2002, p. 40), perpassando pelo conceito de justiça distributiva (onde deve-se dar a cada um segundo a sua *arethé*), o que caracteriza o funcionamento da *polis*, como mecanismo de identificação nas relações estabelecidas em seu interior é a intitulada igualdade *geométrica*.

Em momento histórico diverso do acima minudenciado, verifica-se que ocorreu a superação do conceito de igualdade geométrica, referenciado pelo pensamento kantiano (CRUZ, 2005, p. 4), no sentido de não mais separar os “iguais”

dos “diferentes”, dicotomia cujo antagonismo não se justifica (GUALUPPO, 2000, p. 214), sob critérios tais como os anteriormente concebidos.

Assim, sob a influências das correntes iluministas e das ditas doutrinas políticas do Liberalismo, rompe-se com a idéia de participação dos membros da *polis*, à luz de condicionantes tais como os preteritamente concebidos pelos gregos na antiguidade. Surge, portanto, o conceito de igualdade na forma *aritmética* vislumbrando-se o *indivíduo* como membro da sociedade.

Pode-se dizer que a ruptura *supra* citada, consiste basicamente na igualdade de tratamento do indivíduo pela Lei (CRUZ, 2005, p. 7), afastando por completo a possibilidade de se estabelecer diferenciações sob critérios que pudessem separar os ditos “iguais” em blocos.

Momento seqüente, com o advento das doutrinas sociais e os direitos de segunda geração, constatou-se que o conceito de igualdade estabelecido na modernidade mostrou-se insuficiente para alcançar o seu fim, dando margem a exploração de um indivíduo sobre o outro, sob os moldes econômicos estabelecidos em ambas as Revoluções Industriais (CRUZ, 2005, p. 8).

A partir de tal momento histórico, vislumbra-se o surgimento do dito Estado de Bem Estar Social, onde o indivíduo passava a demandar do Estado postura ativa no que tange ao fornecimento de condições básicas de vida. Com isto, consolida-se a possibilidade de tratamento diferenciado ao hipossuficiente do ponto de vista econômico, sendo, portanto, campo fértil para a concepção de nova ruptura no que tange ao conceito de igualdade. Passa-se à analisar a igualdade sob a máxima “Tratar desigualmente os desiguais à medida de sua desigualdade” (CRUZ, 2005, p. 10).

Considerando, ainda, momento posterior da análise da Igualdade, deve-se considerar novo giro na evolução do instituto da Igualdade.

Não obstante aos avanços operados no conceito da igualdade, constata-se que todos aqueles oferecidos desde a antiguidade até o século XX mostraram-se insuficientes com o advento das novas perquirições acerca da Legitimidade dos discursos jurídicos inerentes aos Ordenamentos. Nesta esteira, o conceito de igualdade demandaria nova modificação ante às exigências contidas no arcabouço

político e jurídico do Estado Democrático de direito, qual seja, a *participação ativa* nos discursos jurídicos.

Neste sentido, cumpre analisar o pensamento de Habermas quando da análise do tema “igualdade” enquanto princípio jurídico, sendo ainda pressuposto da legitimidade do direito e dos discursos anteriormente mencionados.

Com efeito, destaca-se o Sistema de Direitos preconizados pelo pensamento habermasiano como pressuposto de possibilidade de participação efetiva nos discursos. Para que o destinatário da norma se converta no seu próprio produtor, concebe-se a necessidade de participação do cidadão nos discursos jurídicos. Assim, somente desta forma pode se conceber legitimidade ao direito que se pretenda democrático.

Destarte, sob a égide do referido sistema de direitos, surge o Princípio Jurídico da Igualdade como pressuposto essencial de procedibilidade na participação do cidadão nos discursos jurídicos, por intermédio dos quais se legitima a atividade de produção do direito.

Como se pode perceber, resta claro que o princípio jurídico da igualdade ocupa lugar central nas divagações teóricas concernentes ao direito democrático. Nesta senda, ao que parece, Habermas aborda o tema da igualdade nos sentido de situá-la no contexto dos discursos jurídicos possíveis, diferente das outras conceituações que trabalham a igualdade em seu significado ontológico.

Neste sentido, cumpre colacionar as valiosas palavras de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, em lição baseada no pensamento de Dworkin (2005, p. 12):

A igualdade procedimental do período contemporâneo deve ser entendida como uma *igualdade aritmética inclusiva para viabilizar que um número crescente de cidadãos possa simetricamente participar da produção de políticas públicas do Estado e da Sociedade.* (grifo nosso)

Por fim, com base na construção acima elucidada, surge o conceito de igualdade enquanto igualdade procedimental, demonstrando sua relação umbilical com a Teoria dos Discursos em Habermas, bem como com o tema aqui proposto.

Trata-se, portanto, de questão axial na construção do direito democrático nas complexas sociedades pós-modernas, sendo Princípio jurídico da igualdade franco merecedor de análise minuciosa.

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO CONSTITUCIONAL

No arcabouço do Direito que se pretende democrático, podemos verificar evoluções sensíveis no que tange ao princípio jurídico da igualdade, sob a égide de diferentes paradigmas políticos e constitucionais.

Sendo assim, consoante restou anteriormente demonstrado, constatou-se que os progressos sentidos no conceito da igualdade acabaram por desaguar na definição do referido instituto enquanto a igualdade procedimental, o qual consiste basicamente em uma igualdade aritmética inclusiva, pressuposto inerente de um discurso democrático legítimo. Com efeito, não há como olvidar que tal conceito de igualdade guarda íntima relação com outro instituto advindo do Direito Constitucional e Processual.

Tecidas tais considerações, para efeitos didáticos, cumpre destacar elementos básicos a serem desenvolvidos no presente capítulo, uma vez que este se presta a traçar as interseções e inferências verificadas entre o intitulado Processo Constitucional e o Princípio Jurídico da Igualdade. Primeiramente, tem-se que para o correto entendimento do tema proposto deve-se fazer uma análise do Processo Constitucional como derivado da Supremacia Constitucional e o seu sucedâneo lógico: o controle de constitucionalidade das leis. Ultrapassada tal etapa, analisaremos o princípio jurídico da igualdade – nos moldes já mencionados – em suas relações com o Processo Constitucional.

Sendo assim, tem-se que, conforme já elucidado por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias *in* **Processo constitucional e estado democrático de direito** (2010, p. 467), citando a cátedra de José Alfredo de Oliveira Baracho, “o processo constitucional é a metodologia de garantia dos direitos fundamentais”. Nesta linha de

pensamento, verifica-se que o Processo Constitucional tem a sua gênese nos procedimentos adotados pelos sistemas de Controle de Constitucionalidade das Leis (BARACHO, 1984, p. 346), de forma a garantir os referidos direitos fundamentais contidos na Constituição, o qual haveria demandado a esmerada adequação do ordenamento jurídico aos ditames constitucionais em vigor. Para tanto houve a necessidade de se conferir mecanismos específicos para assegurar a incolumidade das disposições fundamentais contidas na constituição de determinado Estado (BARACHO, 1984, p. 346)

Não obstante, cumpre brevemente pontuar que o Processo Constitucional tem como **recinto** de origem as garantias processuais contidas na Constituição.

Com efeito, deve-se destacar, ainda, que tais considerações, ao lado da concepção de processo com instituto jurídico com bases epistemológicas constitucionais, formam os elementos constitutivos da intitulada Teoria Constitucionalista do Processo (BARACHO, 1984).

Entretanto, a despeito de sua contribuição para o Direito Democrático, a teoria acima epigrafada merece reprimendas por parte da obra de Rosemiro Pereira Leal, visto que tal teoria não afastar a instrumentalidade herdada das teorias do processo anteriores (2005, p. 257). Nesta linha de pensamento, a Jurisdição constitucional, assim como as demais funções do Estado, restaria subordinada às linhas do próprio Processo Constitucional, e não o contrário, como se reproduziu sob o prisma da Teoria do Processo como Relação Jurídica (LEAL, 2005, p. 66-67).

4. EVOLUÇÃO PARALELA DO PROCESSO CONSTITUCIONAL E DO DIREITO DE IGUALDADE

Ademais, urge iniciar a correlação proposta em sede do presente tópico sob uma perspectiva evolutiva do Controle de Constitucionalidade das Leis e o Princípio Jurídico da Igualdade. Conforme já salientado, tem-se que o Processo Constitucional moderno teve suas raízes justamente com o advento do referido controle de constitucionalidade.

Nesta senda, verifica-se que o princípio jurídico da igualdade enquanto mera igualdade aritmética - já minudenciado anteriormente - encontrava-se resguardado pela própria “jurisdição” constitucional, uma vez contido no bojo dos direitos de primeira geração (ou dimensão), objeto central do Estado Liberal de Direito. Destarte, ainda que de forma mais tímida, contatava-se um Controle de Constitucionalidade exclusivamente difuso, nos moldes concebidos por Marshall no caso *Madison versus Marbury*.

Momento seqüente, com a consagração dos direitos fundamentais ditos de segunda dimensão, tem-se que o Estado assume a posição de provedor de determinadas necessidades fundamentais, insofismavelmente em atenção ao princípio da igualdade. Com efeito, tem-se um fortalecimento do Estado frente ao indivíduo, com especial hipertrofia do “Poder” Executivo, eis que este ganha maior campo de atuação, como, por exemplo, na elaboração de políticas públicas e, por conseguinte, maiores prerrogativas frente ao cidadão e à sociedade (BARACHO, 1984).

Nesta senda, tem-se que a “resposta” do sistema de controle de constitucionalidade deveria ser proporcional às novas necessidades, nos sentido de se fortalecer a possibilidade de controle do governo, o qual se assemelharia neste momento histórico ao *Leviatã hobbesiano* (CRUZ, 2004, p. 25). Assim, ao que nos parece, constatou-se terreno fértil para a criação de um sistema concentrado de controle de constitucionalidade, uma vez que este elegeria um órgão único – Tribunais Constitucionais ou *Vesfassungsgewichtstof* – os quais teriam a finalidade precípua de guarda da Constituição.

Todavia, há de se destacar que, consoante preconiza o Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004), tal modelo, francamente baseado na obra de Kelsen, a qual considera tão somente um ordenamento jurídico hierarquizado e escalonado no qual a Constituição ocupa o vértice do sistema jurídico, não faz qualquer referência à necessidade de legitimação da atividade Estatal e revela-se dissonante em relação a uma Teoria Discursiva do Direito e às novas necessidades do cidadão no Estado Democrático de Direito.

Conforme elucidado preteritamente, o Princípio Jurídico da Igualdade experimenta na contemporaneidade nova formatação, repita-se, basicamente conjuntural. Neste sentido, passa-se a estudar a igualdade enquanto pressuposto de legitimação da atividade estatal, consistindo em uma igualdade inclusiva à medida que foca na possibilidade de participação do cidadão nos discursos jurídicos, bem como aritmética visto ser exigida a todos os que compõem a Comunidade.

Portanto, baseado na teoria de Habermas, **o Controle de Constitucionalidade das Leis enquanto forma extrema de expressão da defesa da constituição e dos ditames fundamentais democráticos nela previstos, não pode ignorar uma participação direta do cidadão no Processo Constitucional.** Com efeito, o controle concentrado mostra-se afastado de tal exigência, uma vez que prevê um rol restrito de legitimados a percorrerem as vias possíveis do próprio Processo Constitucional, por óbvio ocorrente unicamente em sede das Cortes Constitucionais.

Neste sentido, tem-se que o controle de constitucionalidade não pode olvidar os controles difusamente realizados, uma vez que possibilitam uma proximidade maior do cidadão dos discursos de aplicação do direito.

Como se pode perceber há uma relação umbilical entre o **princípio jurídico da igualdade (procedimental)** e o Processo Constitucional, uma vez que há inferências recíprocas entre os referidos institutos.

5. CONCLUSÃO

Com base nos breves lições acima colacionadas, conclui-se, portanto, que as inferências recíprocas existentes entre o Processo Constitucional e Direito de Igualdades ocorrem da seguinte maneira:

- a) o Princípio jurídico da igualdade procedimental, por todas suas características inclusivas, é, insofismavelmente, essencial

à legitimação de um Processo Constitucional Democrático o qual se revela orientador de uma Jurisdição Constitucional difusamente realizada;

b) igualmente, o Processo Constitucional e a Jurisdição Constitucional Democrática (CRUZ, 2004) revelam-se protetores do princípio jurídico da igualdade procedimental, uma vez que este se encontra abarcado pela possibilidade de Defesa da Constituição, sob a égide de um controle de constitucionalidade, **especialmente se realizado de forma difusa.**

Daí, torna-se forçoso concluir que o fortalecimento do próprio Processo Constitucional resta condicionado à efetivação da igualdade procedimental, sendo a recíproca verdadeira, ao passo que a ocorrência simultânea e efetiva os referidos institutos tem o condão de fomentar sobremaneira os discursos democráticos pretendidos no Estado Democrático de Direito.

Nesta esteira, verifica-se ser de suma importância notar que o Processo Constitucional só se legitima mediante garantia de uma Igualdade Procedimental. De outro lado, tem-se que a Igualdade Procedimental demanda uma proteção processual específica, para que logre efetividade: qual seja: o Processo Constitucional.

Percebe-se, com isto, uma espécie de “ciclo virtuoso” existente entre os aludido institutos, de forma a homenagear o Estado Democrático de direito, com louros de legitimação e participação ativa do cidadão nos discursos jurídicos.

Bibliografia Consultada

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 408p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 475p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 221p.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 189 p.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 232p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Thomson-IOB, 2005. 339p.