

Celso Antônio Bandeira de Mello

***O CONTEÚDO JURÍDICO
DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE***

4ª edição

 EDITORA
*Jus*PODIVM |  MALHEIROS
EDITORES
www.editorajuspodivm.com.br

III

Crêterios para Identifica o do Desrespeito   Isonomia

12. Parece-nos que o reconhecimento das diferencia es que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões:

(a) A primeira diz com o elemento tomado como fator de desiguala o.

(b) A segunda reporta-se   correla o lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado.

(c) A terceira atina   consonância desta correla o lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que   adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto  , fundamento lógico, para,   vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em fun o da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correla o ou fundamento racional abstratamente existente  , *in concreto*, afinada com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.

Em suma: importa que exista mais que uma correlação lógica *abstracta* entre o fator diferencial e a diferenciação consequente. Exige-se, ainda, haja uma correlação lógica *concreta*, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional. E isto se traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição.

Só a conjunção dos três aspectos é que permite análise correta do problema. Isto é: a hostilidade ao preceito isonômico pode residir em quaisquer deles. Não basta, pois, reconhecer-se que uma regra de Direito é ajustada ao princípio da igualdade no pertinente ao primeiro aspecto. Cumpre que o seja, também, com relação ao segundo e ao terceiro. É claro que a ofensa a requisitos do primeiro é suficiente para desqualificá-la. O mesmo, eventualmente, sucederá por desatenção a exigências dos demais, porém quer-se deixar bem explícita a necessidade de que a norma jurídica observe cumulativamente os reclamos provenientes de todos os aspectos mencionados para ser inobjetablem em face do princípio isonômico.

Consideremos, então, com a necessária detença, uma por uma destas questões em que se dividiu o tema para a clarificação didática.

IV

Isonomia e Fator de Discriminação

Sob este segmento colocaremos em pauta dois requisitos, a saber:

(a) A lei não pode erigir em critério diferencial um traço específico que singularize *no presente* e definitivamente, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar.

(b) O traço diferencial adotado necessariamente há de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada; ou seja: elemento algum que não exista *nelas mesmas* poderá servir de base para assujeitá-las a regimes diferentes.

Procuremos aclarar estas duas asserções. Afirmou-se que a lei não pode singularizar no presente, de modo absoluto, o destinatário.

Com efeito, a igualdade é princípio que visa a duplo objetivo, a saber: de um lado, propiciar garantia individual (não é sem razão que se acha inculcado em artigo subordinado à rubrica constitucional “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) contra perseguições e, de outro, tolher favoritismos.

Ora, a lei que, na forma aludida, singularizasse o destinatário estaria, *ipso facto*, incorrendo em uma dentre as duas hipóteses acauteladas pelo mandamento da isonomia, porquanto corresponderia ou à imposição de um gravame inci-

dente sobre um só indivíduo ou à atribuição de um benefício a uma única pessoa, sem ensanchar sujeição ou oportunidade aos demais. Seria o caso da norma que declarasse conceder tal benefício ou impusesse qual sujeição ao indivíduo “X”, filho de “Y” e “Z”.

13. Poder-se-ia supor, em exame perfunctório, que para esquivar-se de tal coima bastaria formular a lei em termos aparentemente gerais e abstratos, de sorte que sua dicção em teor não individualizado nem concreto servir-lhe-ia como garante de lisura jurídica, conquanto colhesse agora e sempre um único destinatário. Não é assim, contudo. Uma norma ou um princípio jurídico podem ser afrontados tanto à força aberta como à capucha. No primeiro caso expõe-se ousadamente à repulsa; no segundo, por ser mais sutil, não é menos censurável.

É possível obedecer formalmente a um mandamento, mas contrariá-lo em substância. Cumpre verificar se foi atendida não apenas a letra do preceito isonômico, mas também seu espírito, pena de adversar a notória máxima interpretativa:

Scire leges non est verba earum tenere sed vim ac potestatem (Celsus, *Digesto*, Livro I, Título III, frag. 17).

Ou pôr em obliúvio a sábia dicção: *Littera enim occidit spiritus autem vivificat* (São Paulo aos Coríntios, Epístola II, Capítulo III, vers. 6).

Black, a sabendas, averbou que o ditame implícito na lei “é tanto parte de seu conteúdo como o que nela vem expresso”.¹

14. Então, se a norma é enunciada em termos que prefiguram situação atual única, logicamente *insuscetível de se*

1. Black, *Construction and Interpretation of Law*, p. 62.

reproduzir ou *materialmente inivável* (pelo que singulariza *agora e para sempre* o destinatário), denuncia-se sua função individualizadora, incorrendo, pois, no vício indigitado.

A inviabilidade de reprodução da hipótese, pois, tanto pode ser lógica quanto material.

15. Haverá *inviabilidade lógica* se a norma *singularizadora* figurar situação atual irreproduzível por força da própria abrangência racional do enunciado. Seria o caso, *exemplificandi gratia*, de lei que declarasse conceder o benefício *tal* aos que houvessem praticado determinado ato no ano anterior, sendo certo e conhecido que um único indivíduo desempenhara o comportamento previsto.

16. Haverá *inviabilidade apenas material* quando, sem empeco lógico à reprodução da hipótese, haja, todavia, no enunciado da lei descrição de situação cujo particularismo revela uma tão extremada improbabilidade de recorrência que valha como denúncia do propósito, fraudulento, de singularização *atual absoluta* do destinatário.

Figure-se grotesca norma que concedesse benefício ao Presidente da República empossado com tantos anos de idade, portador de tal título universitário, agraciado com as comendas tais e quais e que ao longo de sua trajetória política houvesse exercido os cargos “X” e “Y”. Nela se demonstraria uma finalidade singularizadora absoluta; viciosa, portanto.

Trata-se, então, de saber se a regra questionada deixa portas abertas à eventual incidência futura sobre outros destinatários inexistentes à época de sua edição ou se, de revés, cifra-se, quer ostensiva, quer sub-repticiamente, apenas a um destinatário atual. Neste último caso é que haveria quebra do preceito igualitário.

17. Em suma: sem agravos à isonomia a lei pode atingir uma categoria de pessoas ou, então, voltar-se para um só indivíduo se, em tal caso, visar a um sujeito indeterminado e indeterminável no presente. Sirva como exemplo desta hipótese o dispositivo que preceituar: “Será concedido o benefício *tal* ao primeiro que inventar um motor cujo combustível seja a água”.

O primeiro tipo de norma é insuscetível de hostilizar a igualdade quanto ao aspecto ora cogitado, isto é, quanto à “individualização atual do destinatário”, porque seu teor geral exclui racionalmente este vício. O segundo também não fere a isonomia, no pertinente ao aspecto *sub examine*, porque não agride o conteúdo real do preceito isonômico: evitar perseguições ou favoritismos em relação a determinadas pessoas.

18. Quadra aqui, para mais cabal esclarecimento do tema, breve comento sobre a classificação das regras jurídicas quanto à sua estrutura.

A lei se diz *geral* quando apanha uma classe de sujeitos. *Generalidade* opõe-se a *individualização*, que sucede toda vez que se volta para um único sujeito, particularizadamente, caso em que se deve nominá-la lei *individual*.

Diversa coisa é a abstração da lei. Convém denominar de *abstrata* a regra que supõe situação reproduzível, ou seja, “ação-tipo”, como diz Norberto Bobbio. O contraposto do preceito abstrato é o *concreto*, relativo à situação única, prevista para uma só ocorrência; portanto, sem hipotetizar sua renovação. Até aqui seguimos, no respeitante a esta classificação das normas, a proposta de Norberto Bobbio.²

2. Norberto Bobbio (in *Teoria della Norma Giuridica*, Turim, Giappichelli Editori, 1958, pp. 227 e ss.) ensina:

Consideramos, contudo, que o ilustre jusfilósofo se engana as estabelecer as possíveis combinações entre estes quatro tipos de normas: gerais, individuais, abstratas e concretas. Isto porque, consoante nos parece, toda norma *abstracta* – ao contrário do que supõe Bobbio – é sempre *geral*, embora seja certo que a característica da generalidade nada predica quanto à abstração ou concreção da regra. Vale dizer: a generalidade é neutra quanto a isto.³ Reversamente, a abstração contém, requer, logicamente, a generalidade.

“Ogni proposizione prescrittiva, e quindi anche le norme giuridiche, è formata di due elementi costitutivi e quindi immancabili: il *soggetto*, a cui la norma si rivolge, ovvero il *destinatario*, e l’*oggetto* della prescrizione, ovvero l’*azione prescritta*. [p. 228] (...). Orbene tanto il destinatario-soggetto quanto l’azione-oggetto possono presentarsi, in una norma giuridica, in forma universale e in forma singolare. (...). In questo modo si ottengono non due ma quattro tipi di proposizioni giuridiche, ovvero *prescrizione con destinatario universale*, *prescrizione con destinatario singolare*, *prescrizione con azione universale*, *prescrizione con azione singolare*. [p. 229] (...). Invece di usare promiscuamente i termini di ‘generali’ e ‘astratto’, riteniamo opportuno chiamare ‘generali’ le norme che sono universali rispetto al destinatario, e ‘astratte’ quelle che sono universali rispetto all’azione. Così consigliamo di parlare di *norme generali* quando si troviamo di fronte a norme che si rivolgono a una classe di persone; e di *norme astratte* quando si troviamo di fronte a norme che regolano un’azione-tipo (o una classe di azioni). Alle norme generali si contrappongono quelle che hanno per destinatario un individuo singolo, e suggeriamo di chiamare *norme individuali*; alle norme astratte si contrappongono quelle che regolano un’azione singola, e suggeriamo di chiamare *norme concrete*” [p. 231].

3. A regra geral, isto é, dotada de teor de generalidade, apanha toda uma classe de indivíduos. Pode alcançá-los quer no presente, quer no futuro. Por isso, nada obsta a que – sem prejuízo de sua generalidade – eventualmente colha, no presente, apenas um indivíduo e os demais, alojáveis na categoria, venham a existir somente no futuro. Assim, por exemplo, terá como sujeitos-destinatários uma universalidade, para usar adequada expressão adotada por Bobbio, a regra que estabelecer: “Todos os agricultores que tiverem a integralidade de sua plantação se soja atingida pela praga tal beneficiar-se-ão de moratória de três anos para saldar os financiamentos estatais que hajam contraído para o cultivo deste produto”. Ocasionalmente poderá

Com efeito: se geral é a lei que nomeia uma classe de sujeitos, uma categoria de indivíduos, pouco importa que ao momento de sua edição haja apenas um, desde que, no futuro, outros se venham a alocar debaixo da mesma situação, *quando reproduzida*. Ora, a reprodução do “objeto” (na terminologia de Bobbio), isto é, a renovação *da situação*, é o próprio da regra *abstrata*. Pois bem: se uma situação é reproduzível – porque hipotetizada nestes termos –, inevitavelmente abarcará sempre *novos sujeitos*, a dizer: os que pertençam à *categoria determinada* em função da “situação-tipo”. Quem quer que se encontre naquela situação renovável é membro, é participe, da classe ou categoria determinada em vista não dos caracteres inerentes ao indivíduo, mas da tipologia da situação delineada pela norma.

Por isso, entendemos, em contradita ao pensamento de Bobbio, que *toda regra abstrata é simultaneamente geral, dado que apanha sempre*, conquanto às vezes intertemporalmente, *uma categoria de pessoas*.⁴

existir no presente apenas um sujeito nestas condições, e a regra não será menos geral em decorrência disto.

No exemplo dado a regra é geral e abstrata. Seria geral e concreta caso contemplasse um conjunto de agricultores existentes à época da lei e inadmitisse para o futuro a reprodução da situação prevista no mandamento.

Em suma, a generalidade da lei não traz consigo qualquer predicação quanto à concreção ou abstração.

4. Toda norma abstrata, como se disse, exatamente porque supõe renovação da *hipótese* nela contemplada, alcança uma universalidade de sujeitos: aqueles que se veem atingidos pela situação reproduzida; vale dizer, a categoria de pessoas qualificada não pelos traços subjetivos, mas pela inserção na situação objetiva renovável. Por isso, toda norma abstrata é também geral, no sentido mesmo que Bobbio atribuiu à característica generalidade: universalidade de sujeitos contemplados na regra.

O equívoco do eminente jusfilósofo, ao admitir norma, a um só tempo, *abstrata e individual* (*Teoria della Norma Giuridica*, cit., p. 235), deveu-se

19. Ao termo destas considerações pode-se dizer que:

(a) *A regra simplesmente geral nunca poderá ofender a isonomia pelo aspecto da individualização abstrata do destinatário, vez que seu enunciado é, de si mesmo, incompatível com tal possibilidade.*

(b) *A regra abstrata também jamais poderá adversar o princípio da igualdade no que concerne ao vício de atual individualização absoluta, ou definitiva, pois a renovação da hipótese normativa acarreta sua incidência sempre sobre uma categoria de indivíduos, ainda que à época de sua edição exista apenas uma pessoa integrando-a.*

a que confundiu, *data venia*, “abstração” com “eficácia continuada” de atos individuais. Daí seu exemplo de norma individual e abstrata: lei que atribui a uma *determinada pessoa um cargo*, o de juiz de Corte constitucional. Pretende que tal lei se volta para um só indivíduo e lhe prescreve não uma ação única, mas todas as inerentes ao exercício do cargo. Desta última circunstância extraiu a inexacta conclusão de que a norma figurada é abstrata. Na verdade, todavia, não há a característica “abstração”. Com efeito, nela inexistente o traço “reprodução”, “renovação” do objeto, “ação-tipo”, repetição da situação – características que, segundo o próprio Bobbio, conferem a qualificação de “abstrato”. Tem-se, no caso, tão somente *eficácia continuada dos efeitos* de uma hipótese normativa única e *exaurida com sua ocorrência*: a nomeação de uma pessoa para um cargo.

A regra, pois, que investe *aquele* indivíduo – exemplo figurado por Bobbio – é, sobre individual, concreta.

Deveras, seu exemplo não foi o de lei que faculte a alguém investir *sucessivas vezes* (reprodução da situação) titulares de cargos da Corte constitucional, mas o de uma única investidura. A circunstância de alguém receber um plexo de poderes, continuamente exercitáveis, nada tem a ver com a estrutura da norma, mas com a eficácia continuada de um único ato, não renovável.

Em suma: cumpre distinguir exaustão da hipótese, vale dizer, da situação-tipo ali prevista, e exaustão dos *efeitos* gerados por uma dada hipótese. Se a hipótese, ela mesma, se exaure em uma única aplicação, tem-se a norma concreta, embora os efeitos por ela gerados, quando de sua aplicação única, possam perdurar.

Ressalva-se, tão só, conforme advertência anterior (itens 13 a 16), a maliciosa figuração de generalidade ou abstração, ou seja, a de regra que se revista aparentemente destes caracteres, tendo por intuito real costear insidiosamente o impedimento de perseguir ou favorecer nomeadamente determinado indivíduo.

(c) *A regra individual poderá ou não incompatibilizar-se com o princípio da igualdade* no que atina à singularização atual absoluta do sujeito. Será convivente com ele se estiver reportada a sujeito futuro, portanto atualmente indeterminado e indeterminável. Será transgressora da isonomia se estiver referida a sujeito único atual, determinado ou determinável.

(d) *A regra concreta, igualmente, será ou não harmonizável com a igualdade*. Sê-lo-á quando, ademais de concreta, for geral. Não o será quando, sobre concreta, for, no presente, individual.

Torna-se a repetir que as regras propostas neste lanço, para exame de compatibilidade ou não de uma lei com a igualdade, se restringem a uma *pronúncia* adstrita ao aspecto “*individualização absoluta do sujeito*”.

Portanto, ainda que limpa de vícios sob este ângulo, poderá ser recusável por se ressentir de outros defeitos examinados em tópicos subsequentes, e, de resto, muito mais receáveis, na prática diuturna das leis.

20. É inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas ou situações ou coisas (o que resulta, em última instância, na discriminação de pessoas) mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residente. Por isso, são incabíveis regimes diferentes determinados em vista de fator alheio a elas; quer-se dizer: que não seja extraído delas mesmas.

Em outras palavras: um fator neutro em relação às situações, coisas ou pessoas diferenciadas é inidôneo para dis-

tingui-las. Então, não pode ser deferido aos magistrados ou aos advogados ou aos médicos que habitem em determinada região do País – *só por isto* – um tratamento mais favorável ou mais desfavorável juridicamente. Em suma, discriminação alguma pode ser feita entre eles simplesmente em razão da área espacial em que estejam sediados.

Poderão, isto, sim – o que é coisa bastante diversa –, existir, nestes vários locais, situações e circunstâncias as quais sejam, elas mesmas, distintas entre si, gerando, então, por condições próprias suas, elementos diferenciais pertinentes. Em tal caso não será a demarcação espacial, *mas o que nela exista*, a razão eventualmente substante para justificar discrimen entre os que se assujeitam – por sua presença contínua ali – àquelas condições e as demais pessoas que não enfrentam idênticas circunstâncias.

21. O asserto ora feito – que pode parecer, senão óbvio, quando menos, despiendo – tem sua razão de ser. Ocorre que o fator “tempo” assaz de vezes é tomado como critério de discrimen sem fomento jurídico satisfatório, por desprezitar a limitação ora indicada.

Esta consideração postremeira é indispensável para aplinar de lés a lés possíveis dúvidas.

O fator “tempo” não é jamais um critério diferencial, ainda que em primeiro relanço aparente possuir este caráter.

22. Quando a lei *validamente* colhe os indivíduos e situações a partir de tal data ou refere os que hajam exercido tal ou qual atividade ao largo de um certo lapso temporal, não está, em rigor de verdade, erigindo o “tempo”, *per se*, como critério qualificador, como elemento diferencial.

Sucedem – isto, sim – que o tempo é um condicionante lógico dos seres humanos. A dizer: as coisas decorrem numa sucessão que demarcamos por força de uma referência cro-

nológica irrefragável. Por isso, quando a lei faz referência ao tempo, aparentemente tomando-o como elemento para discriminar situações ou indivíduos abrangidos pelo período demarcado, o que na verdade está prestigiando como fator de desequiparação é a própria sucessão de fatos ou de “estados” transcorridos ou a transcorrer.

23. Então, quando diz que serão estáveis os concursados após dois anos, o que, em rigor lógico, admitiu como diferencial entre os que preenchem e os que não preenchem tal requisito não foi o tempo *qua tale* – pois este é *neutro, necessariamente idêntico para todos os seres* –, porém o que ocorreu ao longo dele, uma certa sucessão, uma dada persistência continuada no exercício de um cargo. Foi, pois, a reiteração do exercício funcional que a lei prestigiou como fator de estabilização, e não o abstrato decurso de uma cronologia. Ao fixar os dois anos para desfrute da situação, apenas demarcou a extensão de uma sucessão reiterada de um estado: o estado de funcionário. Nada há de incongruente nisto. É certo que o termo de demarcação (dois anos) poderia ser estabelecido para maior ou para menor; contudo, o que a norma erigiu em valor distintivo foi a reiteração em si mesma. É perfeitamente admissível, do ponto de vista lógico, distinguir situações, conforme sejam mais ou menos reiteradas, para fins de dispensar tratamento especial aos que revelaram certa persistência em dada situação sem que houvessem comparecido razões desabonadoras de sua continuidade.

24. Igualmente, quando a lei diz: a partir de *tal data, tais situações* passam a ser regidas pela norma superveniente, não está, com isto, elevando o tempo à conta de razão de discrimen, porém tomando os fatos subjacentes e dividindo-os em fatos já existentes e fatos não existentes. Os que já existem recebem um dado tratamento, os que não existem e vi-

rão a existir receberão outro tratamento. É a diferença entre existir e não existir (ter ocorrido ou não ter ocorrido) que o Direito empresta força de fator distintivo entre as situações, para lhes atribuir disciplinas diversas. E mesmo nesta hipótese não é ilimitada a possibilidade de discriminar. Assim, *os fatos já existentes foram e continuam sendo todos eles tratados do mesmo modo*, salvo se por outro fator logicamente correlacionado com alguma distinção estabelecida venham a ser desequiparados.

Ainda quando a lei demarca no passado um tempo, uma data, para discriminar entre situações pretéritas, esta demarcação temporal é, também ela, *mero limite* que circunscreve alguma situação objetiva diferenciada com base em fato diverso do tempo enquanto tal. Inclusive neste caso, como em qualquer outro, a data (inicial ou final) nada mais faz senão recobrir *acontecimento ou acontecimentos que são eles mesmos as próprias raízes da desequiparação realizada*.

25. Em conclusão: tempo, só por só, é elemento neutro, condição do pensamento humano, e por sua neutralidade absoluta, a dizer, porque em nada diferencia os seres ou situações, jamais pode ser tomado como o fator em que se assenta algum tratamento jurídico desuniforme, sob pena de violência à regra da isonomia. Já, os fatos ou situações que *nele transcorreram* e por ele se demarcam, estes, sim, é que são e podem ser erigidos em fatores de discriminação, *desde que, sobre diferirem entre si, haja correlação lógica entre o acontecimento, cronologicamente demarcado, e a disparidade de tratamento* que em função disto se adota.

Sintetizando: aquilo que é, em absoluto rigor lógico, necessária e irrefragavelmente igual para todos não pode ser tomado como fator de diferenciação, pena de hostilizar o princípio isonômico. Diversamente, aquilo que é diferenciá-

vel, que é, por algum traço ou aspecto, desigual, pode ser diferenciado, fazendo-se remissão à existência ou à *sucessão* daquilo que dessemelhou as situações.

Como a existência ou a sucessão de fatos só ocorre no tempo, a remissão a ele – com fixação de período, prazo, data – é inexorável. Mas daí não resulta que se haja emprestado ao tempo, *em si mesmo*, um valor de critério distintivo. Resulta, apenas, que este serviu – e não tinha como logicamente deixar de comparecer – como referência dos *fatos ou sucessão de fatos tomados em conta, por si mesmos, no que possuíam de diferenciados*.

Tanto isto é verdade que não há como se conceber qualquer regulação normativa isenta de referência temporal – o que, aliás, serve para demonstrar sua absoluta neutralidade. Deveras: ou a lei fixa um tempo dado ao regular certa situação ou, inversamente, não fixa qualquer limite. Em ambos os casos há uma referência temporal. Numa é demarcada, noutra é ilimitada, mas ambas levam em conta o tempo, seja medido, seja continuado indefinidamente. Pois o tempo medido é tão só uma referência a uma quantidade determinada de fatos e situações que nele tiveram ou terão lugar, ao passo que o tempo ilimitado é também referência a uma quantidade de fatos e situações por definição indeterminados.

26. O que se põe em pauta, nuclearmente, portanto, são sempre as pessoas, os fatos ou situações, pois só neles podem residir diferenças. Uma destas diferenças é a reiteração maior ou menor. É a sucessão mais dilatada ou menos dilatada; é, em suma, a variação da persistência. Esta variação demarca-se por um período, por uma data, mas o que está sendo objeto de demarcação não é, obviamente, nem o período em abstrato nem a data em abstrato, mas os próprios fatos ou situações contemplados e demarcados.

Isto posto, procede concluir: a lei não pode tomar *tempo* ou *data* como fator de discriminação entre pessoas a fim de lhes dar tratamentos díspares sem com isto pelejar à arca partida com o princípio da igualdade. O que pode tomar como elemento discriminador é o fato, é o acontecimento, transcorrido em certo tempo por ela delimitado.

Nem poderia ser de outro modo, pois as diferenças de tratamento só se justificam perante fatos e situações diferentes. Ora, o tempo não está nos fatos ou acontecimentos; logo, sob este ângulo, fatos e acontecimentos em nada se diferenciam. Deveras: são os fatos e acontecimentos que estão alojados no tempo, e não o inverso.

27. A distinção feita longe está de ser acadêmica, e nem se procedeu a ela por amor a algum preciosismo cerebrino. Pelo contrário, apresenta-se sobremaneira fértil em repercussões práticas.

Com efeito, sendo procedente a distinção, ao se examinar algum discrimen legal, para fins de lhe buscar afinamento ou desafinamento com o preceito isonômico, *o que se tem de perquirir é se os fatos ou situações alojados no tempo transacto são, eles mesmos, distintos, ao invés de se indagar pura e simplesmente se transcorreram em momentos passados diferentes.*

Se são iguais, não há como diferenciá-los sem desatender à cláusula da isonomia. *Portanto, se a lei confere benefício a alguns que exerceram tais ou quais cargos, funções, atos, comportamentos, em passado próximo e o nega aos que os exerceram em passado mais remoto (ou vice-versa), estará delirando do preceito isonômico, a menos que existam, nos próprios atos ou fatos, elementos, circunstâncias, aspectos relevantes em si mesmos, que os hajam tornado distintos quando sucedidos em momentos diferentes.*

VI

Consonância da Discriminação com os Interesses Protegidos na Constituição

35. Para que um *discrímen* legal seja convivente com a isonomia, consoante visto até agora, impende que concorram quatro elementos:

(a) Que a *desequiparação* não atinja, de modo atual e absoluto, um só indivíduo.

(b) Que as situações ou pessoas *desequiparadas* pela regra de Direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, *nelas residentes*, diferenciados.

(c) Que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles estabelecida pela norma jurídica.

(d) Que, *in concreto*, o vínculo de correlação suprarreferido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.

36. O último elemento encarece a circunstância de que não é qualquer diferença, conquanto real e logicamente explicável, que possui suficiência para discriminações legais.

Não basta, pois, poder-se estabelecer racionalmente um nexó entre a diferença e um conseqüente tratamento diferenciado. Requer-se, demais disso, que o vínculo demonstrável seja constitucionalmente pertinente. É dizer: as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva não de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional.

37. Reversamente, não podem ser colocadas em desvantagem pela lei situações a que o sistema constitucional empresta conotação positiva.

Deveras, a lei não pode atribuir efeitos valorativos ou depreciativos a critério especificador em desconformidade ou contradição com os valores transfundidos no sistema constitucional ou nos padrões ético-sociais acolhidos neste ordenamento. Neste sentido se há de entender a precitada lição de Pimenta Bueno segundo a qual “qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania”.

38. Parece bem observar que não há duas situações tão iguais que não possam ser distinguidas, assim como não há duas situações tão distintas que não possuam algum denominador comum em função de que se possa parificá-las. É o que se colhe da lição de Hospers.¹ Por isso se observa que não é qualquer distinção entre as situações que autoriza discriminar. Sobre existir alguma diferença, importa que esta seja relevante para o *discrimen* que se quer introduzir legislativamente. Tal relevância identifica-se segundo determinados critérios.

1. *Apud* Agustín Gordillo, *El Acto Administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, p. 26.

De logo, importa, consoante salientado, que haja correlação lógica entre o critério desigualador e a desigualdade de tratamento. Contudo, ainda se requer mais, para lisura jurídica das desequiparações. Sobre existir nexos lógicos, é mister que este retrate concretamente um bem – e não um desvalor – absorvido no sistema normativo constitucional.

39. Assim, poder-se-ia demonstrar a existência de supedâneo racional, a dizer, nexos lógicos, em desequiparação entre grandes grupos empresariais e empresas de porte médio, de sorte a configurar situação detrimetosa para estas últimas e privilegiada para os primeiros, aos quais se outorgariam, por exemplo, favores fiscais sob fundamento de que, graças à concentração de capital, operam com maior nível de produtividade, ensejando desenvolvimento econômico realizado com menores desperdícios. A distinção estaria apoiada em real diferença entre uns e outras. Demais disso, existiria, no caso, um critério lógico suscetível de ser invocado, não se podendo falar em *discrimen aleatório*. Sem embargo, a desequiparação em pauta seria ofensiva ao preceito isonômico, por adversar um valor constitucionalmente prestigiado e prestigiar um elemento constitucionalmente desvalorado.

Com efeito, o art. 173, § 4º, da Lei Maior hostiliza as situações propiciatórias do domínio dos mercados e da eliminação da livre concorrência, posto que, ademais, por tal meio, longe de se concorrer para a justiça social (art. 170, *caput*), tende-se a fugir dela.

Também não se poderiam criar favores restritos a grupos estrangeiros em desvalia de nacionais, conquanto os primeiros tivessem a aboná-los, como diferencial específico, sua alta qualificação tecnológica, porque desse modo se estaria negando o primeiro postulado de um Estado independente,

isto é, a defesa de seus nacionais, além de afrontar a ideia de um desenvolvimento verdadeiramente “nacional”, objetivo consagrado no precitado art. 170 do Texto Magno brasileiro.

40. À guisa de conclusão deste tópico, fica sublinhado que não basta a exigência de pressupostos fáticos diversos para que a lei distinga situações sem ofensa à isonomia. Também não é suficiente o poder-se arguir fundamento racional, pois não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparar, mas tão só aquele que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima. Fora daí ocorrerá incompatibilidade com o preceito igualitário.

* * *