

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

JOSÉ FRANKLIN DE SOUSA

Pós-Graduado pela PUC-SP em Direito do
Consumidor e Direito Processual Civil

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

1.A Declaração dos direitos.....	3
2.Teoria dos direitos fundamentais do ser humano...	5
3.Direitos e deveres individuais e coletivos.....	9
4.Direito de Igualdade.....	14
5.Direito de Liberdade.....	34
6.Direitos Coletivos.....	60
6.1.Direito à informação.....	60
6.2.Arcabouço normativo.....	60
6.3.Publicidade institucional e manipulação pelo poder público.....	112
6.4.Direito à informação na Constituição Federal...	126
6.5.Liberdade de expressão e discriminação.....	146
6.6.Evolução do direito à informação.....	158
7.Direito de representação coletiva.....	174
8.Direito de participação.....	181
9.Direito dos consumidores.....	190
10.Liberdade de reunião.....	204
11.Liberdade de associação.....	212
12.Direito de Propriedade.....	218
12.1.Propriedades Especiais.....	247
12.2.Limitações ao direito de propriedade.....	249
12.3.Função social da propriedade.....	257
Bibliografia.....	265
Notas.....	280

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

1.A Declaração dos direitos.

No Brasil, a Constituição do Império já os consignava quase integralmente, havendo, nesse aspecto, pouca inovação de fundo, salvo quanto à Constituição vigente que incorpora novidades de relevo; ela continha um título sob rubrica confusa Das Disposições Gerais, e Garantia dos Direitos Civis e Políticos dos cidadão brasileiros, com disposições sobre a aplicação da Constituição, sua reforma, natureza de suas normas e o art. 179, com 35 incisos, dedicados aos direitos e garantias individuais especialmente. Já a Constituição de 1891 abria a Seção II do Título IV com uma Declaração de Direitos, assegurando a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança e à propriedade nos termos dos 31 parágrafos do art. 72; basicamente, contém só os chamados direitos e garantias individuais.

Essa metodologia modificou-se a partir da Constituição de 1934 que abriu um título especial para a Declaração de Direitos, nela inscrevendo não só os direitos e garantias individuais, mas também os de nacionalidade e os políticos; essa constituição durou pouco mais de 3 anos, pelo que

nem teve tempo de ter efetividade. A ela sucedeu a Carta de 1937, ditatorial na forma, no conteúdo e na aplicação, com integral desrespeito aos direitos do homem, especialmente os concernentes às relações políticas.

A Constituição de 1946 trouxe o Título IV sobre as Declarações dos Direitos, com 2 capítulos, um sobre a nacionalidade e a cidadania e outro sobre os direitos e garantias individuais, incluindo no caput do art. 141, o direito à vida. Assim fixou o enunciado que se repetiria da Constituição de 1967 (art. 151) e sua Emenda 1/69 (art. 153), assegurando os direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade.

A CF/88 adota técnica mais moderna; abre-se com um título sobre os princípios fundamentais, e logo introduz o Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, matéria que nos ocupará a partir de agora.

2. Teoria dos direitos fundamentais do ser humano.

A doutrina francesa indica o pensamento cristão e a concepção dos direitos naturais como as principais fontes de inspiração das declarações dos direitos; fundada na insuficiente e restrita concepção das liberdades públicas, não atina com a necessidade de envolver nessa problemática também os direitos econômicos, sociais e culturais, aos quais se chama brevemente direitos sociais; outras fontes de inspiração dos direitos fundamentais são o Manifesto Comunista e as doutrinas marxistas, a doutrina social da Igreja, a partir do Papa Leão XIII e o intervencionismo estatal.

A forma das declarações de direitos assumiu, inicialmente, a forma de proclamações solenes; depois, passaram a constituir o preâmbulo das constituições; atualmente, ainda que nos documentos internacionais assumam a forma das primeiras declarações, nos ordenamentos nacionais integram as constituições, adquirindo o caráter concreto de normas jurídicas positivas constitucionais, por isso, subjetivando-se em direito particular de cada povo, que tem consequência jurídica prática relevante.

Os direitos fundamentais do ser humano constituem a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas; no qualitativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, as vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados; é a limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem.

A natureza desses direitos são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana; a eficácia e aplicabilidade das norma que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do direito positivo; a CF/88 é expressa sobre o assunto, quando

estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, têm aplicação imediata.

Os direitos fundamentais do ser humano podem ser classificados em cinco grupos, segundo a CF: 1) direitos individuais (art. 5º); b) direitos coletivos (art. 5º); c) direitos sociais (arts. 6º e 193 e ss.); d) direitos à nacionalidade (art. 12); e) direitos políticos (arts. 14 a 17).

A Constituição fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos fundamentais, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas, até porque os direitos individuais, estão contaminados de dimensão social, de tal sorte que a previsão dos direitos sociais, entre eles, os direitos de nacionalidade e políticos, lhes quebra o formalismo e o sentido abstrato. Com isso, transita-se de uma democracia de conteúdo basicamente político-formal para a democracia de conteúdo social, se não de tendência socializante. Há certamente um desequilíbrio entre uma ordem social socializante e uma ordem econômica liberalizante.

Os direitos e as garantias dos direitos fundamentais distinguem-se em dois grupos:

- a) garantias gerais, destinadas a assegurar e existência e a efetividade (eficácia social)

daqueles direitos, as quais se referem à organização da comunidade política, e que poderíamos chamar condições econômico-sociais, culturais e políticas que favorecem o exercício dos direitos fundamentais;

b) garantias constitucionais que consistem nas instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais; são de dois tipos:

b.1) gerais, que são instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes e, assim, impedem o arbítrio com o que constituem, ao mesmo tempo, técnicas de garantia e respeito aos direitos fundamentais;

b.2) especiais, que são prescrições constitucionais estatuinto técnicas e mecanismos que, limitando a atuação dos órgãos estatais ou de particulares, protegem a eficácia, a aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial.

O conjunto das garantias forma o sistema de proteção deles: proteção social, política e jurídica; em conjunto caracterizam-se como imposições, positivas ou negativas, aos órgãos do Poder Público, limitativas de sua conduta, para assegurar a observância ou, no caso de violação, a reintegração dos direitos fundamentais.

3.Direitos e deveres individuais e coletivos.

Os direitos individuais são do direitos fundamentais do homem-indivíduo, que são aqueles que reconhecem a autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado.

São destinatários dos direitos e garantias individuais os brasileiros e os estrangeiros residentes no País (art. 5º); quanto aos estrangeiros não residentes, é difícil delinear sua posição, pois o artigo só menciona 'brasileiros e estrangeiros residentes'.

A Constituição Federal dá um critério para a classificação dos direitos que ela anuncia no art. 5º, quando assegura a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade; preferimos no entanto, fazer uma distinção em três grupos:

- a) direitos individuais expressos, aqueles explicitamente enunciados nos incisos do art. 5º;
- b) direitos individuais implícitos, aqueles que estão subentendidos nas regras de garantias, como direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida, o direito à atuação geral (art. 5º, II);

c) direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil, aqueles que não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a provir do regime adotado, como direito de resistência, entre outros de difícil caracterização *a priori*.

A rubrica do Capítulo I, do Título II anuncia uma especial categoria dos direitos fundamentais: os coletivos, mas nada mais diz a seu respeito; onde estão, nos incisos do art. 5º, esses direitos coletivos?; muitos desses ditos interesses coletivos sobrevivem no texto constitucional, caracterizados, na maior parte, como direitos sociais (arts, 8º e 37, VI; 9º e 37, VII; 10; 11; 225) ou caracterizados como instituto de democracia direta nos arts. 14, I, II e III, 27, § 4º, 29, XIII, e 61, § 2º, ou ainda, como instituto de fiscalização financeira, no art. 31, § 3º. Apenas as liberdades de reunião e de associação, o direito de entidades associativas de representar seus filiados e os direitos de receber informação de interesse coletivo e de petição restaram subordinados à rubrica dos direitos coletivos.

Os deveres que decorrem dos incisos do art. 5º, têm como destinatários mais o Poder Público e seus agentes em qualquer nível do que os indivíduos em particular; a inviolabilidade dos direitos assegurados impõe deveres a todos, mas

especialmente às autoridades e detentores de poder; Ex: incisos XLIX, LXII, LXIII, LXIV, e etc.. do art. 5º.

A vida como objeto do direito: a vida humana, que é o objeto do direito assegurado no art. 5º, integra-se de elementos materiais e imateriais; a vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir a si mesmo e um tomar posição de si mesmo; por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos.

O direito à existência consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo; é o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável; tentou-se incluir na Constituição o direito a uma existência digna.

A CF, além de garantir o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX), declara que ninguém será submetido a tortura ou tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III). A fim de dotar essas normas de eficácia, a Constituição preordena várias garantias penais apropriadas, como o dever de comunicar, imediatamente, ao juiz competente e à família ou pessoa indicada, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre; o dever da autoridade policial informar ao preso seus direitos; o

direito do preso à identificação dos responsáveis por sua prisão e interrogatório policial.

A CF realçou o valor da moral individual, tornando-a um bem indenizável (art. 5º, V e X); à integridade moral do direito assume feição de direito fundamental; por isso é que o Direito Penal tutela a honra contra a calúnia, a difamação e a injúria.

A pena de morte é vedada; só é admitida no caso de guerra externa declarada, nos termos do art. 84, XIX (art. 5º, XLVII, a). A eutanásia também é vedada pela Constituição; o desinteresse do indivíduo pela própria vida não exclui esta da tutela; o Estado continua a protegê-la como valor social e este interesse superior torna inválido o consentimento do particular para que dela o privem.

Em relação ao aborto, a Constituição não enfrentou diretamente o tema, mas parece inadmitir o abortamento; devendo o assunto ser decidido pela legislação ordinária, especialmente a penal.

A tortura é prática expressamente condenada pelo inciso III do art. 5º, segundo o qual ninguém será submetido a tortura ou a tratamento desumano e degradante; a condenação é tão incisiva que o inciso XLIII determina que a lei considerará a prática de

tortura crime inafiançável e insuscetível de graça, por ele respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, se omitirem (Lei 9.455/97).

A CF declara invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X); portanto, erigiu, expressamente, esses valores humanos à condição de direito individual, considerando-o um direito conexo ao da vida. A intimidade caracteriza-se como a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais; abrangendo nesse sentido à inviolabilidade do domicílio, o sigilo de correspondência e ao segredo profissional.

Em relação à vida privada, a tutela constitucional visa proteger as pessoas de dois atentados particulares: ao segredo da vida privada e à liberdade da vida privada. O direito à preservação da honra e da imagem, não caracteriza propriamente um direito à privacidade e menos à intimidade; a CF reputa-os valores humanos distintos; a honra, a imagem constituem, pois, objeto de um direito, independente, da personalidade.

A Constituição tutela a privacidade das pessoas, acolhendo um instituto típico e específico para a efetividade dessa tutela, que é o *habeas data*,

que será estudado mais adiante. A violação à privacidade em algumas hipóteses, já constitui ilícito penal; a CF foi explícita em assegurar ao lesado, direito à indenização por dano material ou moral decorrente da violação do direito à privacidade.

4.Direito de Igualdade.

As Constituições só tem reconhecido a igualdade no seu sentido jurídico-formal (perante a lei); a CF/88 abre o capítulo dos direitos individuais com o princípio que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza; reforça o princípio com muitas outras normas sobre a igualdade ou buscando a equalização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substanciais.

A isonomia poder ser formal e material: a isonomia formal é a igualdade perante a lei; a material são as regras que proíbem distinções fundadas em certos fatores; Ex: art. 7º, XXX e XXXI; a Constituição procura aproximar os dois tipos de isonomia, na medida em que não delimitará ao simples enunciado da igualdade perante a lei; menciona também a igualdade entre homens e mulheres e acrescenta vedações a distinção de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação.

O sentido da expressão ‘igualdade perante a lei’: o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei; significa para o legislador que, ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte aquinhoá-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades; isso é que permite, à legislação, tutelar pessoas que se achem em posição econômica inferior, buscando realizar o princípio da equalização.

A igualdade entre homens e mulheres já se contém na norma geral da igualdade perante a lei; também contemplada em todas as normas que vedam a discriminação de sexo (arts. 3º, IV, e 7º, XXX), sendo destacada no inciso I, do art. 5º que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; só valem as discriminações feitas pela própria Constituição e sempre em favor da mulher, por exemplo, a aposentadoria da mulher com menor tempo de serviço e de idade que o homem (arts. 40, III).

O princípio da igualdade jurisdicional ou igualdade perante o juiz decorre, deflui da igualdade perante a lei, como garantia constitucional indissoluvelmente ligada à democracia; apresenta-se

sob dois prismas: como interdição do juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça.

O princípio da igualdade tributária relaciona-se com a justiça distributiva em matéria fiscal; diz respeito à repartição do ônus fiscal do modo mais justo possível; fora disso a igualdade será puramente formal.

A igualdade perante a lei penal deve significar que a mesma lei penal e seus sistemas de sanções hão de se aplicar a todos quanto pratiquem o fato típico nela definido como crime; devido aos fatores econômicos, as condições reais de desigualdade condicionam o tratamento desigual perante a lei penal, apesar do princípio da isonomia assegurado a todos pela Constituição (art. 5º).

Além da base geral em que assenta o princípio da igualdade perante a lei, consistente no tratamento igual a situações iguais e tratamento desigual a situações desiguais, é vedado distinções de qualquer natureza; as discriminações são proibidas expressamente no art. 3º, IV, onde diz que:... 'promover o bem de todos, sem preconceitos de

origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação; proíbe também, diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou posse de deficiência' (art. 7º, XXX e XXXI).

O princípio da não discriminação e sua tutela penal apresenta-se na Constituição Federal com dois dispositivos que fundamentam e exigem normas penais rigorosas contra discriminações; diz-se num deles que 'a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais', e outro, mais específico porque destaca a forma mais comum de discriminação, estabelecendo que 'a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei'. (art.5º, XLI e XLII).

São inconstitucionais as discriminações não autorizadas pela Constituição; há duas formas de cometer essa inconstitucionalidade; uma consiste em outorgar benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação; a outra forma revela-se em se impor obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupos de pessoas, discriminando-as em face de outros na

mesma situação que, assim, permaneceram em condições mais favoráveis.

O princípio da igualdade das partes impõe a bilateralidade da audiência, já que a possibilidade de reação de qualquer das partes em relação à pretensão da outra, depende sempre da informação do ato praticado. Daí o fundamento da citação da parte contrária, quando válida, estabelecendo a relação jurídica processual.

O princípio da igualdade pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual: ‘Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades’.

Para que essas diferenciações normativas não sejam consideradas discriminatórias, precisa-se que ‘exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com

os direitos e garantias constitucionalmente protegidos'.¹

Assim, é importante mostrar a tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade que é a limitação ao legislador, ao intérprete e ao particular. O legislador, no exercício de sua função constitucional de edição normativa, não pode negar o princípio da igualdade já que configura inconstitucionalidade. Logo, as normas que criem diferenciações abusivas que não tenham nenhuma finalidade lícita, serão incompatíveis com a Constituição Federal.²

O intérprete não pode aplicar as leis e atos normativos se for criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. Principalmente o Poder Judiciário que deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas. Além disso, devido princípio da isonomia, a legislação processual deverá estabelecer mecanismos de uniformização de jurisprudência a todos os Tribunais.³

Quanto mais progridem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferenças de sexo, de profissão, de

atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre se distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade de valia que ofereceu a todos; raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre os distingue conforme as circunstâncias em que se produzem, ou conforme a repercussão que têm no interesse geral. Todas essas situações, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. Servem, porém, para indicar a necessidade de uma construção teórica, que permita distinguir as leis arbitrárias das leis conforme o direito, e eleve até esta alta triagem a tarefa do órgão do Poder Judiciário.⁴

No caso da limitação de idade em concurso público, nota-se que a proibição genérica de acesso a determinadas carreiras públicas, devido somente em razão da idade do candidato, é um flagrante de inconstitucionalidade, uma vez que não se encontra direcionada a uma finalidade acolhida pelo direito, tratando-se de discriminação abusiva, em virtude da vedação constitucional de diferença de critério de admissão por motivo de idade, que consiste em corolário, na esfera das relações do trabalho, do princípio fundamental da igualdade, que se entende, a falta de exclusão constitucional inequívoca, como

ocorre em relação aos militares, a todo o sistema de pessoal civil.⁵

Não obstante ficarão ressalvadas, por satisfazer a uma finalidade acolhida pelo direito, uma vez examinada à luz da teleologia que informa o princípio da igualdade, as hipóteses em que a limitação de idade se possa legitimar como imposição de natureza e das atribuições do cargo a preencher.⁶

Quanto ao tratamento isonômico entre homens e mulheres está previsto no art. 5º, I da Constituição Federal, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.
7

É inaceitável a discriminação pelo sexo, que seja feito com o propósito de desnivelar materialmente o homem da mulher, a não ser quando a finalidade pretendida for atenuar os desníveis. Nesse caso, além de tratamentos diferenciados entre homens e mulheres previstos pela própria constituição, poderá a legislação infraconstitucional pretender atenuar os desníveis de tratamento em razão do sexo.⁸

Em relação aos critérios de admissão para concurso público, a interpretação jurisprudencial

direciona no sentido da inconstitucionalidade da diferença de critério de admissão considerado o sexo previsto no art. 5º, inciso I, e § 2º do art. 39 da Constituição Federal, permitindo-se exceções tendo em vista a ordem socioconstitucional.⁹

É também proibida qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, constituindo crime a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem indução ou instigamento à esterilização genética; promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados por meio de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde.¹⁰

Mas suponha-se que haja um concurso público para seleção de candidato a exercício físicos, que seja controlado por órgãos de pesquisa, que sirva de base para o estudo da medição de especialidade esportiva mais adaptada às pessoas negras. É obvio que pessoas brancas, não vão poder concorrer. e não

existirá nenhum agravo ao princípio da isonomia pela exclusão de outras pessoas que não sejam negras.¹¹

Da mesma forma, não há problema em que sejam admitidas apenas mulheres, o que seria desequilíbrio em razão do sexo, a concursos para preenchimento de cargo de polícia feminina.¹²

Quanto à constitucionalidade da prerrogativa do foro em favor da mulher, a partir do surgimento do Código de Processo Civil de 1939,¹³ o ordenamento jurídico brasileiro tem contemplado a regra a qual estabelece que, para as demandas de dissolução da sociedade conjugal, o foro competente é o da residência da mulher, como até hoje se encontra disciplinado no Código de Processo Civil.

Uma discriminação legal que privilegia a mulher em detrimento do homem, chocando-se contra os artigos 5º, *caput* e inciso I, e 226, § 5º da Constituição de 1988, que preveem a igualdade entre homens e mulheres inclusive no exercício dos direitos e deveres da sociedade conjugal.¹⁴

Atualmente, quando a igualdade de direitos entre o marido e a mulher é incontestável, não se faz mais necessária a regra protetiva, e que a solução mais coerente seria definir a competência pela regra comum, que é a da residência do réu. Nesse sentido entende-se

que já não prevalece o foro privilegiado, assim estabelecido a benefício da mulher casada, porquanto conflita com o princípio da igualdade entre os cônjuges, proclamado no art. 226, § 5º, da Constituição Federal de 1988.¹⁵

Assim, o que se proíbem são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, porque é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualem, já que o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito de que as liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.¹⁶

Há duas espécies de igualdade: formal e material. A formal, dentro da concepção clássica do Estado Liberal, é aquela em que todos são iguais perante a lei. Existe também a material, denominada efetiva, real, concreta ou situada. Trata-se da busca da igualdade de fato na vida econômica e social. Em diversos dispositivos o constituinte revela sua preocupação com a profunda desigualdade em nosso

país, com a criação de mecanismos que assegurem uma igualdade real entre os indivíduos.¹⁷

A isonomia forma é aquela absoluta em que todos são iguais, não há diferenças, mas sabe-se que isso, de antemão, não é verdade. Já a isonomia material é aquela que parece mais adequada, pois leva em consideração características sociais e econômicas.

Em face da Constituição, não se pode interpretar o princípio da igualdade como um princípio estático indiferente à eliminação das desigualdades, e o princípio da democracia económica como um princípio dinâmico, impositivo de uma igualdade material. Isto poderia significar, de novo, quer a relativização do princípio da igualdade, quer a relativização do princípio da democracia social. Aquele seria interpretado no sentido de igualdade formal perante a lei, esquecendo a dimensão da dignidade social, este constituiria tão somente um instrumento de diminuição de desigualdades fácticas.¹⁸

A igualdade material pregada pelo princípio da igualdade é também a igualdade real veiculada pelo princípio da democracia económica e social. Nesta perspectiva, o princípio da democracia económica e social não é um simples instrumento, não tem uma função instrumental a respeito do princípio da igualdade, embora se lhe possa assinalar uma função conformadora tradicionalmente recusada ao princípio da igualdade: garantia

de igualdade de oportunidades e não apenas de certa justiça de oportunidades. Isto significa o dever de compensação positiva da desigualdade de oportunidades.¹⁹

O princípio da igualdade e o princípio da democracia económica e social unem-se em uma unidade não redutível a momentos unidimensionais de estática ou dinâmica da igualdade. Vê-se que o princípio da igualdade é, simultaneamente, um princípio de igualdade de Estado de direito e um princípio de igualdade de democracia económica e social.²⁰

O Estado deve buscar que todos efetivamente possam gozar dos mesmos direitos e obrigações. Como por exemplo, não basta a Constituição assegurar a todos formalmente a igualdade no acesso ao Poder Judiciário, conforme art. 5º, XXXV. Para o exercício universal e concreto desse direito, é indispensável que o Estado forneça assistência judiciária gratuita para que as pessoas que não possam arcar com as despesas do processo possam postular ou defender seus direitos em juízo, conforme art. 5º, LXXIV.²¹

O processo civil moderno rege-se pelos grandes pilares da democracia, entre os quais, destaca-se a igualdade como valor de primeira grandeza. O princípio da isonomia, ditado pela Constituição em termos de ampla

generalidade quando penetra no mundo do processo assume a conotação de princípio da igualdade das partes. Da efetividade deste são encarregados o legislador e o juiz, aos quais cabe a dúplice responsabilidade de não criar desigualdades e de neutralizar as que porventura existam. Tal é o significado da fórmula tratar com igualdade os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das desigualdades.²²

A leitura adequada do Código de Processo Civil, mostra que ele inclui entre os deveres primários do juiz a prática e preservação da igualdade entre as partes, ou seja: não basta agir com igualdade em relação a todas as partes, é também indispensável neutralizar desigualdades.²³

A tarefa de preservar a isonomia consiste, portanto, nesse tratamento formalmente desigual que substancialmente iguala. Exemplo vivo é a promessa constitucional e legal de assistência jurídica integral aos necessitados.²⁴

A igualdade de todos perante a lei reflete também na garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, a qual deve ser outorgada a todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Nota-se que não só nacionais, mas também pessoas

físicas ou jurídicas estrangeiras radicadas ou não no país são todos beneficiados por essas garantias.²⁵

O juiz imparcial atua de modo equilibrado, o parcial é propenso a buscar o favorecimento de uma das partes. Nem teria significado a preocupação pela imparcialidade do juiz, não fora com o fito de garantir aos sujeitos litigantes o tratamento isonômico indispensável para que, ao fim, o processo possa oferecer tutela jurisdicional a quem efetivamente tenha razão.²⁶

O tema da isonomia confina com o das garantias da liberdade, do contraditório e da ampla defesa, porque a igualdade das partes inclui igualdade em oportunidades de participar com liberdade, defendendo-se adequadamente. Contraditório é participação e participar do processo significa, para as partes, empregar as armas lícitas disponíveis com o objetivo de convencer o juiz a dar julgamento favorável.²⁷

O contraditório não é característica da isonomia muito menos faz parte dela. O que os relaciona é essa convergência funcional, somada ao fato de que ambos são importantíssimas premissas democráticas e, portanto, manifestações do cuidado do Estado contemporâneo pelas liberdades públicas.