

**DIREITOS FUNDAMENTAIS: MUTAÇÃO DOS
PRINCÍPIOS DA LIBERDADE E DA IGUALDADE.**

I – Introdução:

É importante destacar que o presente trabalho não tem por pretensão esgotar qualquer aspecto do tema “Direitos Humanos”, ou pelo menos, realizar apontamentos técnicos, respondendo as grandes questões concernentes ao tema proposto.

A abordagem que se fará terá como paradigma técnico-jurídico os apontamentos feitos pelo ilustre Mauro Cappelletti em sua obra “Acesso a Justiça”, traduzida pela eminente Ministra do Supremo Tribunal Federal Dr^a Ellen Gracie.

Logo, é de se dizer que o objetivo deste artigo, é: absorvido o pensamento exposto por Cappelletti; utilizando-se de sua visão como lente para análise do tema (mesmo consideradas relevantes as críticas feitas a exposição historicista do Autor) será analisar, de forma crítica, o atual paradigma de liberdade e igualdade, respaldados por uma nova leitura destes princípios constitucionais.

É importante destacar que Cappelletti não foi o primeiro a tratar sobre os direitos fundamentais como elementos fragmentados, ou melhor, como fato-social absolutamente dissociado, destacado e de fácil percepção no contexto social¹. Todavia, é absolutamente clara sua noção historicista acerca da evolução do processo jurisdicional. Se é que o termo evolução é o mais adequado para caracterizar o desenrolar histórico.

Todavia, de maneira didática utilizar-se-à, repita-se, como lente, de sua obra. O desenvolvimento dos temas alcançarão outras doutrinas, outras percepções e conteúdos. Entretanto, para fins didáticos manter-se-à como marco teórico as descrições de Cappelletti.

Logo, a importância da obra em comento, como paradigma, se dá principalmente em razão de ser seu objeto de análise: a implementação da garantia de liberdade e de igualdade – direitos fundamentais dos homens – projetados no acesso ao processo jurisdicional e as garantias materiais constitucionais.

¹ - O jurista Karel Vasak em 1979 foi quem, pela primeira vez utilizou a expressão “gerações de direitos”, disseminando, desde então essa concepção (LIMA, 2003).

Este trabalho será dividido em três partes: 1 – Princípio da Liberdade no Curso da História; 2 – O Princípio da Igualdade: Desenrolar Histórico e 3 – Os Princípios da Liberdade e da Igualdade, Hoje.

Feitas estas considerações passa-se a exposição.

1 – Princípio da Liberdade no Curso da História.

É elucidante ressaltar que todas as formas de governo se legitimam através do Direito, de uma Constituição – escrita ou não - , e que nesta se estabelecem regras e princípios que servirão de garantias e deveres aos indivíduos e ao próprio Estado.

Neste sentido, da leitura feita de Cappelletti, cabe apontar que à medida que foram rompidos os paradigmas de determinada época, surgiram novos conteúdos para o Princípios da Liberdade.

Desde a Revolução Francesa, com os ideais iluministas, a liberdade, como princípio norteador do ordenamento jurídico, fora objeto de contínua transformação substancial. Ou seja, o conteúdo de tal preceito normativo vem se desenvolvendo, se aprimorando, desde que se entendeu a importância desta norma como valor para a completa realização do cidadão e da sociedade.

Num recorte histórico-sociológico tem-se, inicialmente, o Estado Liberal – vislumbrado a partir da segunda metade do século XIX - àquele pautado pelo formalismo jurídico sem garantias efetivas de acesso à justiça, marcado pelas limitações advindas de uma legalidade aprovada e discutida por uma “melhor sociedade” (OLIVEIRA, 2003, p.37) que visava manter seu *status quo* de detentores da propriedade privada.

Neste Estado, a liberdade era abstrata, considerada como o direito de fazer tudo o que não fosse proibido por um mínimo de leis. Todos tinham liberdade de processar,

porém poucos podiam se manter no processo. Tal sistema jurídico cooperava para a manutenção da exploração do homem pelo homem e com a concentração de riquezas.²

Esmagada pela realidade liberal, a sociedade responde dando forma a um novo sistema político – jurídico de organização: o Estado de Bem Estar Social. Nesses tempos o Estado se revela como o grande pai. Surgem os direitos de segunda geração, os chamados Direitos Sociais.

Tenta-se amenizar os problemas sociais causados pela concentração de riqueza. Num lado do mundo – especificamente nos Estados Unidos - uma “segunda onda” surge tornando o processo acessível a todos. Pois, além de tentar³ garantir os direitos sociais, precisava-se de um real acesso à justiça. Nesse período o Estado investe na advocacia financiando assistência jurídica para àqueles que necessitavam.

Contudo, do outro lado do mundo – exatamente na Europa - as manifestações garantistas resultam desde o socialismo até a Social Democracia Italiana, Alemã entre outras. É nesse embaraçoso contexto histórico, não diferente do acima apontado, que a organização política configurava um paradigma que pressupunha a materialização dos direitos individuais anteriormente formais.

A liberdade, neste sentido, não mais será reconhecida como a possibilidade de fazer tudo o que a lei não proíbe, antes será a garantia de um mínimo reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento social ou econômico do lado mais fraco.⁴

² -Tal momento histórico é também denominado como o período de acesso formal à justiça. Apesar de ser adepta da “HISTÓRIA NOVA” (movimento historiográfico que não vincula datas aos fatos, por entender que não há como, a todo tempo, conectar tais elementos, em razão de ser dinâmica e corrente os acontecimentos no mundo) pode-se dizer que esse período vai do final da Revolução Francesa até, mais ou menos 1920. Reitero que há uma complexidade nos acontecimentos que ocorrem no mundo. Inclusive, há quem diga, que materialmente, o Brasil não conseguiu vencer, ainda, a segunda geração (onda ou dimensão) de Direitos Constitucionais (Direitos sociais). Não obstante na realidade, já tenha sido constitucionalizados os direitos de 3ª e 4ª geração (os Direitos Difusos).

³ - Digo tentar porque LIMA, 2003; refere-se desta maneira ao movimento ocorrido nos Estados Unidos da América, neste período, principalmente pelo fato de que, naquele país, a Constituição Federal não tratava das matérias concernentes aos direitos sociais, antes são os diplomas Estaduais que se ocupavam de instituir e tutelar de tais garantias. O referido autor, não fez qualquer menção ao desenvolvimento das garantias sociais, hoje, nos EUA.

⁴ - Esse segundo momento trata de 1920 a 1945.

Com o final da Segunda Guerra Mundial, o Estado Social inicia seu declínio. A sociedade, vendo os abusos ocorridos nesta, começa a questionar a atuação e intervenção do Estado nas esferas íntimas do indivíduo. Tal lição fora extraída dos campos de concentração, das bombas nucleares.

A sociedade não é mais a mesma. A complexidade das relações internacionais marca esse tempo. A indústria evoluiu, o saber é superado dia a dia. As expectativas dos homens face ao Estado se transformam. Não apenas o indivíduo em sua singularidade ou sua realização na coletividade interessa, novos assuntos entram na pauta do dia: meio ambiente, direito do consumidor, biodireito, entre outros. Os titulares desses direitos não podem ser definidos e determinados unitariamente na comunidade. E o Estado não pode ser responsabilizado sozinho pelos danos causados aos entes sociais.

Nesse momento, entidades importantes na definição desse novo paradigma surgem: o Ministério Público, as ONG's, entre outras, vêm refletir as necessidades e aspirações da sociedade civil.

É nesse ponto da história que se torna possível repensar o direito enquanto meio legitimador da vontade soberana do povo. A liberdade avança para mais além dos interesses do homem-social e alcança o homem-humano que revestido da única característica que o torna sensível - sua própria humanidade - desenha um novo conceito de liberdade:

é remontada como direitos que expressam e possibilitam uma comunidade de princípios, integrada por membros que reciprocamente se reconhecem livres e iguais, co-autores das leis que regem sua vida comum. Esses direitos fundamentais adquirem uma conotação de forte cunho procedimental que cobra de imediato a cidadania, o direito de participação, ainda que institucionalmente mediatizada, no debate público constitutivo e conformador da soberania democrática [...] (CATONNI, 2004, P.37).

Logo, pode-se compreender que a liberdade é possível e se realiza através da participação dos cidadãos no contínuo debate. Neste sentido, é vencida a velha ideia de

liberdade meramente material, esse princípio reveste-se de instrumentalidade e avança para além do direito de ir, vir, associar-se, desdobrando-se e atingindo todos âmbitos sociais, porque se implementa na própria construção do debate. Seu conteúdo maximizado visa o acesso, o direito de participação, de expressão.

É a partir desse entendimento que se torna possível conceber o Estado Democrático de Direito. Neste sentido, é bastante relevante compreender, antes de qualquer tentativa de conceituar o referido Estado, que este é supressão⁵ do Estado Social, que, por sua vez, foi a negação do Estado Liberal e assim como este foi à negação do Estado Absolutista e assim por diante.

O Estado Democrático de Direito é àquele que preza pelo pleno acesso de seus pares ao processo que por isso tem como fundamento à liberdade, isonomia e a cidadania participativa.

Logo, é o Estado Democrático de Direito, àquele que visa a plena realização de seus membros, reconhecendo-os, concomitantemente, como autores e destinatários da norma jurídica e de todos seus atos.

Infere-se da leitura de Cappelletti – agregada a outros pensadores historicistas⁶ – que as circunstâncias desta evolução do conteúdo do princípio da liberdade e como ocorreu alcançou todos os âmbitos estatais, por exemplo: no judiciário (a ideia de construção da decisão judicial pelas partes – através das garantias de ampla defesa, contraditório, dos recursos – a possibilidade a ação popular e de ação civil pública, a inserção do instituto “*amicus curie*”, etc); já no Poder Legislativo (a possibilidade de propositura, pela sociedade, de projetos de Lei, a instituição de referendo e plebiscito, etc); no Poder Executivo (a abertura da Controladoria da União para consultas públicas,

⁵ Supressão – também conhecida como síntese - é o terceiro momento do movimento dialético; quais sejam: tese, antítese e supressão. Esse terceiro movimento, não necessariamente caracteriza a evolução dos que o antecederam, ele é, simplesmente, um novo momento.

⁶ - Por todos Norberto Bobbio, A Era dos Direitos.

a aprovação da lei de processo administrativo, etc).

Enfim, enfatiza-se, portanto, que a liberdade, no Estado Democrático de Direito reside no fato de os membros desse Estado serem autores e destinatários da norma jurídica, de serem sujeitos de deveres e de direitos conformados a partir da participação dos cidadãos. No âmbito privado a aplicação do Princípio da Liberdade, sob esta nova perspectiva, trouxe a exaltação do argumento para as relações sociais, não só pela valorização do poder negocial, todavia incentivando-o. Exemplo desta realidade se dá nas questões trabalhistas com o reconhecimento das Convenções Coletivas de Trabalho e Acordos Coletivos de Trabalho e no âmbito empresarial seria a ampliação e difusão de meios alternativos de solução de conflitos, como exemplo o fomento a conciliação e a modesta, mas real expansão da utilização da arbitragem.

2 - Princípio da Igualdade: Desenrolar Histórico.

A Constituição Federal de 1988, com seu advento, inaugurou um novo tempo, esse novo tempo buscou de forma máxima o aprimoramento dos instrumentos que pudessem garantir de forma real direitos aos cidadãos e isto com um auxílio de instituições Estatais e, nesse momento, até mesmo por instituições para-estatais quando não os próprios particulares. Hoje a sociedade civil se organiza e participa, há uma movimentação em prol do debate. Um crescente número de pessoas falam e tentam se fazer ouvir, e quando se sentem violados socorrem-se do judiciário.⁷

⁷ - Apesar de haver um lado bastante preocupante acerca do ativismo judicial, não se deve estigmatizar essa conduta social, porque a busca do socorro do judiciário não se resume em pedidos somente contra o Estado. Acerca das demandas em face do Estado o que pode e deve ser debatido; inclusive porque as decisões judiciais muitas vezes não primam pela preservação do princípio da igualdade, na medida que não costumam avaliar se a concessão de determinado pedido seria universalizável; é sobre a forma de atuação de vários juízes na concessão dos pedidos – desviando-se, de maneira até recorrente, de padrões técnicos.

Todavia, é bastante importante apontar que a busca exacerbada pelo judiciário decorre do acesso à informações concernentes aos direitos do consumidor – daí inclusive apontar que: 1º - a

O Ministério Público teve, também, sua função alargada. Hoje, além do titular da ação criminal, ou seja, a parte acusadora no processo penal, é, também, exercente de uma nobre função: a de *custos legis*, ou seja, fiscal da lei. Fiscalizar pra fazer efetiva a garantia e o cumprimento da lei.

Outro ponto bastante importante foi o reconhecimento do Advogado, através da instituição indispensável da defensoria pública, como meio de garantir um processo paritário e equilibrado, no qual as partes agirão em simétrica paridade ⁸.

Neste sentido, o contraditório não mais é a garantia de dizer e contradizer. A Constituição Federal de 1988 nos proporcionou pensar no processo legislativo, jurisdicional e administrativo, como o grande palco para exposição discursiva e democrática das idéias. Onde as partes envolvidas tenham o mesmo acesso para exposição e sustentação de suas teses. ⁹

Com a nova Constituição o juiz deverá pronunciar sentenças com fundamentação e em conformidade com as provas produzidas no processo (artigo 93,

ineficiência regulatória é uma problema ensejador de inúmeras controvérsias, 2º - que se temos esse problema atualmente é porque o modelo gerencial – talvez inevitável – foi implantando, mas não implementado. Ou seja, ao deslocar a execução de serviços públicos e ampliar, via concorrência o acesso à serviços públicos, deveria-se ter imaginado que as demandas se tornariam mais numerosas.

⁸ - Apesar de saber que ainda é bastante difícil a situação de trabalho da defensoria pública, seu papel é essencial para a dignificação do processo enquanto meio paritário de solução de conflitos. Atualmente, se aguarda que haja uma reestruturação das defensorias públicas e uma maximização – muito mais quantitativa do que qualitativa - dos atendimentos feitos. É importante que dizer que a Constituição prevê a independência funcional e administrativa do órgão, todavia, me parece que poucos são os Estados efetivaram tal garantia.

⁹ - Dizer que o contraditório não é mais a possibilidade de dizer e contradizer, é garantir que através dele que se possa chegar a uma decisão construída de maneira paritária, ou seja, onde os participantes têm acesso às mesmas condições de participação, nos atos que preparam o provimento. É com base nesse viés - o contraditório - que o Profº. Aroldo Plínio (2001, p. 116) destaca a diferença entre processo e procedimento. O processo, necessariamente, no Estado Democrático de Direito, exige a simétrica paridade dos participantes na discussão. Ainda, a simétrica paridade pode ser caracterizada como a possibilidade de todos os envolvidos no processo utilizarem todos os meios de convencimento e demonstração dos fatos permitidos em Direito. Já ao procedimento, segundo o Profº Aroldo Plínio (2001, p.116), é dispensado nesse acesso, ele seria mera consequência do bom andamento processual. Logo, a principal característica do contraditório é aceitação do trânsito em julgado de uma decisão porque as partes participaram do debate. Apesar de reconhecer e respeitar a posição do Ilustre professor dada a devida vênua, não penso que haveria uma distinção entre processo e procedimento para a aplicação do Princípio do Contraditório, nesta nova modelagem do Estado em que vivemos. O contraditório é uma garantia que visa garantir, em última análise, a realização legítima do convencimento do julgador e tal legitimidade deve alcançar o plano material (daí se poder se falar em contraditório substancial) e no plano instrumental (contraditório formal).

IX e combinado com artigo 458, II do Código de Processo Civil). Ainda, as decisões podem sofrer um controle, isto a partir da instituição dos recursos.

Muitos que não compreendem essa intrigante possibilidade vislumbram extingui-la, mas é relevante considerar que a faculdade de poder sujeitar às decisões a recursos é, em primeiro lugar, a possibilidade do rompimento do caso com o fato para uma discussão mais ampla: as questões de direito, puramente de Direito – quando na via dos Tribunais Superiores.

É nessa dinâmica que o Direito se cria e se recria, ou seja, no desenvolvimento argumentativo e criativo de sustentação das teses jurídicas o direito se renova. O que é elementar nos foi dado pela lei e pela doutrina, que também se reinventa; já a jurisprudência é a sacramentação da superação daquilo que é criado. Ela é o importante resultado da renovação jurídica.¹⁰

É por estes e outros motivos que a linguagem ganha um status elevado. Ela é o instrumento propiciador do discurso, e nesse contexto quem será o vencedor?

No novo Estado, o Estado Democrático de Direito, o vencedor é o argumento. Àquele que apresenta o melhor argumento é o vencedor.

O melhor argumento é àquele que garanta a preservação do maior número de garantias. A melhor decisão é aquela que seja mais adequada, que, da mesma maneira, garanta o maior número de direitos possíveis ao cidadão estabilidade e ordem à sociedade. Ressalta-se que tal adequabilidade só será passível e realizável tendo em vista cada caso.

À medida que se compreende as instituições e os institutos criados e tutelados pelo Estado é que se torna possível traçar uma discussão acerca dos princípios

¹⁰ - A exemplo que a jurisprudência é a consagração máxima daquilo que foi produzido pela doutrina e, até mesmo pela lei, é, em primeiro lugar, o fato de existirem leis que “não pegaram”, ou seja, não tiveram sua efetiva aplicação; em segundo lugar, o fato de as criações doutrinárias necessitarem de respaldo prático, qual seja, a aplicação das teses nos casos concretos e isso só existe quando decisões são proferidas.

norteadores do mesmo. É na promoção da discussão que se destacam os imperiosos objetivos do Estado estudado. Por isto destaca-se o artigo 3º da Constituição Federal de 1988) e os incisos que seguem:

Art. 3: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - constituir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
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.

O artigo em questão elenca os objetivos fundamentais, ou seja, àquele destino a ser alcançado, as metas do Estado Brasileiro, na promoção da igualdade de seus pares. Contudo, atualmente, não é possível pensar nos objetivos descritos no artigo em análise como um ideal, algo que nunca será concretizado.

Desse entendimento pretende-se destacar a importância e realidade do texto constitucional enquanto diploma imperativo. A Constituição da República não pode mais ser vista apenas como um instrumento limitador do poder legislativo, ao contrário, tem o fito de transformar a realidade, bem como dar conteúdo a todas normas do ordenamento jurídico – ela é fundamento de validade.

Ainda, da análise dos incisos do artigo em questão é possível inferir que as metas traçadas tendem a alcançar o binômio: indivíduo e coletividade.

Neste ponto é importante destacar que a determinação dos objetivos de forma dúplice se dá em razão da estreita existência de uma relação entre a coletividade e o indivíduo; ou seja, há uma dependência entre estes seres. Obviamente que essa relação se reflete no âmbito jurídico e Maria Celina B. Moraes demonstra isso com bastante precisão ao dizer: “Com cada vez maior frequência aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado, em relação aos quais não há uma delimitação precisa

fundindo-se, ao contrário, o interesse público e o interesse privado. (p.5, 1991)

A formação completa do indivíduo se dá quando ele está devidamente integrado à sociedade; já a existência da sociedade depende, na mesma proporção, da integração, pacífica, criativa e participativa dos indivíduos, por isso a necessidade do direito para regular as relações.¹¹

Em síntese, é da relação indivíduo-coletividade que os objetivos da República Federativa do Brasil serão alcançados.

É neste sentido que a necessidade de compreensão do princípio da isonomia se justifica: quando o outro passa a ser objeto da atenção da coletividade; pois é ele mesmo que a compõe; e do Estado - pois é a partir dele que a sociedade se integra; que o Princípio da Isonomia ganha relevo.

Lima Vaz (2002), define num de seus livros, de forma brilhante, o Princípio da Isonomia:

O conceito de igualdade política começa a se construir no trânsito do social, entendido como domínio em que o imperativo da satisfação das necessidades naturais impõe a associação dos indivíduos em vista do confronto laborioso com a natureza, para o político entendido como o domínio da relação entre homens que se tece exatamente como relação da igualdade na diferença. Trata-se de uma igualdade que não elimina a diferença na relação abstratamente homogênea da dominação, mas "suprassume" na relação concretamente diferenciada do reconhecimento. A invenção grega do político torna-se justamente o gesto instaurador do Ocidente como idéia civilizatória na medida em que dá forma dialética à igualdade na diferença como dialética própria do ser político. Ela assegura ao homem, ser social, essa forma superior de igualdade que o eleva da particularidade das diferenças individuais à universalidade concreta do ser-reconhecido no universo ético da politéia, ou no reino das leis. (grifos nossos) (2002, p. 347).

Antes de tratar das duas questões intrigantes que Lima Vaz põe, torna-se importante destacar que o fato de o filósofo utilizar o termo igualdade política, não

¹¹ - Candido Rangel, Ada Pellegrini e Antônio Carlos de Araújo, logo no primeiro capítulo do livro TEORIA GERAL DO PROCESSO, 18ª edição, com o brocardo jurídico *ubi societas ibi jus*, ou seja, não há sociedade sem direito. Logo, o direito só existe e existe há tempos remotíssimos porque os homens resolveram viver em sociedade e, muito mais, só resistiram porque se uniram em comunidades.

inviabiliza a utilização do conceito construído pelo autor.

Isto porque, pode-se entender que, determinar o princípio da igualdade, como um princípio político, é antes de tudo, alargar a compreensão do indivíduo elevando-o ao nível de cidadão- daí falar-se em direitos fundamentais. E considerá-lo cidadão é fazê-lo remetente e destinatário da norma. É vislumbrar a democracia como algo que transcende a política, na forma em que a conhecemos, é colocar o cidadão como o centro e o fundamento das construções na *polis*, onde ocorre o discurso.

É bastante instigadora a colocação de Lima Vaz, ele faz suscitar duas questões acerca da igualdade: a primeira é a questão do reconhecimento, e a segunda é a questão da igualdade na diferença.

Ao indagar qual o motivo de ater-nos ao outro, tendo em vista a primeira e intrigante questão suscitada pelo filósofo fica fácil responder: todos os indivíduos ocupam o lugar do outro em relação a alguém. Logo, o reconhecimento do outro é o ponto de partida para o entendimento da isonomia enquanto princípio norteador do Estado Democrático de Direito.

Essa ideia se revela, também, quando tratamos da igualdade como direito de segunda geração. Pois para essa corrente historicista a igualdade está inserta no plano dos direitos sociais. Ou seja, no plano da materialidade do provimento.

Associada ao reconhecimento mútuo dos indivíduos, a grande questão que deverá ser trabalhada é a diversidade na constância da tutela jurisdicional.

Pois muito mais que enxergar o outro é preciso aceitá-lo sem discriminá-lo por suas diferenças.

Neste sentido, compreender o que vem a ser o princípio da Isonomia, no Estado Democrático de Direito é o primeiro e principal passo a ser dado no caminho do

reconhecimento do outro, no caminho do reconhecimento de si.

A Isonomia, como destaca Lima Vaz (2002), é a igualdade na diferença. Ao reconhecer o outro como sujeito de direitos, construtor e destinatário da norma, o que se percebe é que àquela isonomia quantitativa, ou natural, perde lugar para um conceito mais amplo, a saber: “a igualdade dos indivíduos é a igualdade de carências e exigências” ;(grifos nossos) (Lima Vaz, 2002, p.347).

Ou seja, no “reino das leis” (Lima Vaz, 2002, p. 347) os homens deverão ser tratados conforme suas particularidades e necessidades. Não será mais admitido, no Estado Democrático de Direito, que a oportunidade se desvincule da possibilidade. Que os indivíduos sejam privados de condições básicas e mínimas que os propicie a chegada num mesmo fim: seu auto-aprimoramento, ou seja, no seu reconhecimento como sujeito de direito.

O reconhecimento do outro associado à igualdade na diferença é a combinação capaz de gerar um Estado mais justo. Talvez, para muitos, a justiça seja um assunto que foge a pretensão jurídica, principalmente hoje, quando o relativismo toma, de certa forma, o *status* do certo, do absoluto, chegando a ser, até mesmo, considerado como verdade. Mas não se pode fugir do destino traçado à atividade jurisdicional, qual seja: a idéia de justiça.

Crer na justiça como ideal, criar teses com o fito de alcançá-la não é renegar as características do Direito na nossa cultura, antes é dar a ele a tarefa de resistir ao despotismo, enfim, a tudo que possa negar a soberania do povo e a legítima atuação do Estado.

Logo, dessa formulação acerca da igualdade pode-se acertadamente, dizer que o princípio da igualdade reside na aceitação da diferença, no reconhecimento do outro como sujeito de direito, como cidadão. Firmado esse entendimento, não é mais possível

aceitar que a igualdade formal seja a única forma de garantia do indivíduo. Como se pode ver a garantia da igualdade hoje, no novo Estado, o Estado Democrático de Direito, não se preza, somente, aos ditames formais e legalistas, antes se trata de acesso e oportunidade, haja vista que os cidadãos são iguais à medida que são tratados conforme suas diferenças.

Rui Barbosa, numa de suas preciosas lições, já determinava:

[...] a regra da igualdade consiste senão em aquinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que sejam desiguais. Nessa desigualdade social proporcionada à desigualdade natural é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar como desiguais os iguais, ou a desiguais com igualdade seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. (Rui Barbosa, 1950).

Enfim, compreender a igualdade na diferença, pressupõe considerar a proteção do indivíduo não como um privilégio, mas como uma condição para sua plena realização na sociedade.

3 – Os Princípios da Liberdade e da Igualdade, Hoje.

Feitas todas as considerações acerca das transformações dos princípios da liberdade e da igualdade, em primeiro lugar destaca-se o que, após tal exposição para alguns possa parecer óbvio: a agregação convergente de conteúdo no desenrolar da construção de tais princípios.

O Princípio da Liberdade, outrora vislumbrado como princípio meramente formal, ou seja, que implicava na omissão do Estado se modificou agregando à sua natureza o elemento material ao seu conteúdo. Neste sentido, vinculando-se, para sua implementação, à essencial ideia de participação dos cidadãos em todos os âmbitos - estatais e privados - como entes preponderantes, cujas manifestações de vontade sejam, sempre, elementos definitivos na política particular ou pública.

Em outras palavras, não mais se trata do Estado não vedar a participação política dos indivíduos, ou quem sabe não proibir determinados cultos (se a liberdade em comento for a religiosa), ou ainda, não censurar a expressão (se tratarmos da liberdade de expressão em qualquer de suas facetas: científica, artística, etc). Hoje, com base neste novo conteúdo do Princípio da Liberdade, cabe ao Estado, muito mais que não envolver-se ou abster-se de coibir, também promover a inclusão dos cidadãos nos debates.

Essa noção acerca da promoção ficou bastante clara quando da decisão acerca da imunidade tributária conferida, pela Constituição da República, aos templos de qualquer culto – artigo 150, VI, b – interpretada, pelo Supremo Tribunal Federal, como abarcadora dos cemitérios sacros. Veja:

“Imunidade Tributária: Cemitérios e Extensões de Entidades de Cunho Religioso:
O Tribunal deu provimento a recurso extraordinário interposto pela Sociedade da Igreja de São Jorge e Cemitério Britânico contra acórdão da Câmara Cível Especializada do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia que entendera que a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, b, da CF não se aplicaria aos cemitérios, porque estes não poderiam ser equiparados a templos de culto algum. Distinguindo a situação dos cemitérios que consubstanciam extensões de entidades de cunho religioso da daqueles que são objeto de exploração comercial por empresas que alugam ou vendem jazigos, asseverou-se que apenas a primeira hipótese estaria abrangida pela aludida imunidade tributária. Considerou-se que o cemitério analisado seria uma extensão da capela destinada ao culto da religião anglicana, situada no mesmo imóvel, e que a recorrente seria uma entidade filantrópica sem fins lucrativos, titular do domínio útil desse imóvel, dedicada à preservação da capela, do cemitério e dos jazigos, bem assim do culto da religião anglicana professada nas suas instalações. Reportou-se ao que decidido no RE 325822/SP (DJU de 14.5.2004), no sentido de que a imunidade do art. 150, VI, b, da CF contemplaria não apenas os prédios destinados ao culto, mas o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades mencionadas nesse preceito, e que a regra do seu § 4º serviria de vetor interpretativo dos textos das alíneas b e c do seu inciso VI. Assim, tendo em conta tratar-se, na espécie, de mesmo imóvel, parcela do patrimônio da recorrente, entendeu-se que o cemitério seria alcançado pela garantia contemplada no art. 150, a qual seria desdobrada do disposto nos artigos 5º, VI e 19, I, todos da CF. Aduziu-se, ao final, que a imunidade dos tributos, de que gozam os templos de qualquer culto, é projetada a partir da proteção aos locais de culto e a suas liturgias e da salvaguarda contra qualquer embaraço ao seu funcionamento. Daí, da interpretação da totalidade que o texto da Constituição é, sobretudo dos referidos artigos, concluiu-se que, no caso, o IPTU não incidiria. RE 578562/BA, rel. Min. Eros Grau, 21.5.2008. (RE-578562)”(grifos nossos) (Informativo 507/STF)

Observe que com esta decisão o Supremo, na verdade, não só interpretou de

forma alargada a extensão da imunidade constitucional, que implementa a garantia de liberdade de culto, assim como realmente promoveu a proteção aos cultos de todos os gêneros – protegeu o culto, o promoveu!

In casu, compunha a liturgia deste culto o sepultamento dos mortos professantes daquela fé. Na medida que o cemitério pertence à igreja e que esta utiliza-se dele para o sepultamento de seus fiéis, como complemento da jornada espiritual por àquela denominação compreendida, tem-se ali um culto religioso.

Logo, a imposição do ônus tributário não só obstaría a realização daquele culto – revelando-se como uma medida afirmativa, quando deveria ser, pela origem do princípio, pelo menos, negativa – como também deflagaria um impedimento substancial na efetividade do Direito a Liberdade de culto daqueles fiéis. A questão ali discutida não se restringia simplesmente a técnica tributária – incidência ou não de tributo - , antes tinha-se como prejudicial a análise de ser ou não àquele direito protegido como direito fundamental ao livre exercício do culto.

Dessa exposição fica bem definida a nova concepção do Princípio da Liberdade: não apenas abster-se de impedir como também promover a realização, a inclusão.

Quanto ao princípio da igualdade o desfecho foi o mesmo daquele tido pelo princípio da liberdade. Nesse coadunou-se a instrumentalidade, originalmente inerente a esse princípio, com a necessidade de promoção substancial do mesmo, implementada a partir de dois vetores: o reconhecimento do outro – logo, a realização da necessária distinção entre iguais e desiguais, além da aferição das desigualdade destes– e questão da igualdade na diferença, ou seja, de dar condições mínimas para realização do indivíduo.

Essa questão, pelo menos no que diz respeito aos portadores de necessidades especiais, por exemplo, no Brasil, anda bem. Numa breve pesquisa jurisprudencial no

site do STF e STJ, os julgados encontrados foram de (2.006) dois mil e seis e versavam basicamente sobre a questão dos concurso público. Além disso, hoje a própria sociedade se organizou bem na resolução e, muito mais, discussão de questões como acessibilidade, inclusão das pessoas portadoras de necessidades especiais, etc.

De qualquer maneira, para demonstrar faticamente a questão da mutação do conteúdo do princípio da igualdade põe-se em pauta a seguinte :

“MS. DEFICIÊNCIA VISUAL. CONCURSO PÚBLICO. ESCRIVÃO. POLÍCIA CIVIL. A Turma, ao prosseguir o julgamento, proveu o RMS de deficiente visual quanto ao direito à reserva de vaga entre os portadores de necessidade especial, em concurso cujo edital não previa a reserva para deficiente visual, além da garantia de seu direito a realizar as demais etapas, promovendo-se sua classificação entre os portadores de necessidades especiais (art. 42, Dec. n. 3.298/1999). Ressaltou o Min. Relator que a reserva de vaga aos portadores de necessidades especiais em concurso público é prevista pelo art. 37, VIII, CF/1988, regulamentada pela Lei n. 7.853/1989 e pelos Decretos n. 3.298/1999 e n. 5.296/2004. E, segundo o Dec. n. 3.298/1999, os concursos públicos devem reservar 5% das vagas aos portadores de necessidades especiais. RMS 20.300-PB, Rel. Min. Paulo Medina, julgado em 3/8/2006. (Informativo 291/ STJ)” (grifos nossos)

É de se observar que o princípio da igualmente, como a doutrina aponta, fora sacramentado pela jurisprudência, que observando os vetores propiciadores da incidência do princípio em questão o garantiu de form eficaz. A ementa selecionada demonstra de maneira clara a aplicação dos novos vetores. O primeiro vetor - o reconhecimento do outro – se manifestou quando o acórdão destacou a existência de uma fator gerador de desigualdade, a necessidade especial, consubstanciada, *in casu*, pela deficiência visual. Concluindo com a implementação do segundo vetor ao determinou a reserva de vagas no certame ora em juízo.

Em outras palavras, optou-se pela igualdade material – nesse novo formato - quando constatou-se a existência de um fator de desigualdade – que impedia a realização, pelo portadores de necessidades especiais, das provas do concurso, logo do possível ingresso na carreira pública – e, mais, quando determinou-se a extirpação do elemento da desigualizador – que no caso era a não reserva de vagas.

Poderia-se citar outras medidas, em termos de políticas públicas, que acabam por fomentar a garantia substancial da igualdade, como por exemplo a famigerada questão das cotas nas universidades públicas, a questão da bolsa escola, etc.

Ademais, apenas criticar tais políticas, sem, tecnicamente aferir-lhes a efetividade na garantia da igualdade, logo, no estabelecimento de meio de realização mínimas de nossos pares, parece-me alguma pouco humana, mas muito menos ainda jurídica, pois viola basicamente a garantia de igualdade, conforme os novos contornos desenvolvidos até aqui.

É claro que os erros técnicos no implemento de tais políticas devem ser corrigidos, bem como os equívocos políticos de caracterização devem ser rediscutidos e, enfim, aprimorados. Todavia, atribuir a tais programas políticos deficit de constitucionalidade ou, até mesmo, de legitimidade não entendo ser um argumento jurídico acertado. A questão de constitucionalidade está bem posta se intercalarmos os objetivos da República (anteriormente tratados) com a realização efetiva do *caput* do artigo quinto da Constituição que garante exatamente a igualdade dos cidadãos. Quanto a legitimidade, por se tratar de questões políticas, e tendo sido o governo eleito em conformidade com a ordem jurídico-eleitoral posta, nada há que se obstar a realização desses programas de governo.

4 – Conclusão

Além de ter demonstrado a mutação, em termos substanciais, sofrida pelos princípios constitucionais de liberdade e da igualdade através de seu desenvolvimento pelo curso da história, constatou-se também que tal desenvolvimento se deu de maneira convergente. Ou seja, que ambos os princípios - o princípio da liberdade e o da igualdade – desenvolveram atributos materiais.

Que a jurisprudência, mesmo que implicitamente; como se impregnada por essa nova concepção estivesse, vem posicionando-se em conformidade esse novo paradigma.

Todavia, não obstante todas as constatações quanto a mutação de conteúdo dos princípios em comento urge destacar que apesar de ter desenvolvido todo esse trabalho tendo como marco teórico – àquelas lentes utilizadas para o desenvolvimento de

ciências humanas – o trabalho do ilustre professor Cappelletti, tem-se por necessária a colocação de observações acerca de sua maneira didática de expor sobre as novas modulações desses princípios:

1 – Não é possível, como pretendem autores historicistas, conceber, como direitos que se sucederam, o desenvolvimento dos direitos fundamentais, principalmente porque esses têm sua implementação indivisível. Em outras palavras, o Estado Democrático de Direito não é pleno quando nele existir qualquer violação, mesmo que mínima, a qualquer direito fundamental.

De que adiantaria liberdade sem igualdade, ou seja, sem um mínimo de condições concorrenciais? Com isso quer-se dizer que os direitos fundamentais exercem, uns sobre os outros, relação de dependência. De que adianta o mínimo necessário para realização do indivíduo sem liberdade política ou expressão artística?

Em Cuba, por exemplo, é indiscutível que existe a promoção do mínimo de condições para realização das pessoas – escola, saúde, etc – todavia, é um Estado que no qual não há um predomínio da liberdade, como a concebemos primariamente. Contrariamente a Cuba veja os Estados Unidos, ainda hoje resiste em aceitar os direitos sociais individuais e, para confusão internacional, os direitos sociais difusos, não obstante várias constituições dos Estados-membros reconhecerem àqueles direitos. Lima (2003), em seu artigo, tratou de mencionar especificamente o caso americano, senão veja-se:

“(..). Até em países desenvolvidos, como nos Estados Unidos, ainda não se aceita pacificamente a ideia de que os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais, apesar de inúmeras Constituições de Estados-membros consagrarem em seus textos direitos dessa espécie. Naquele país, a própria Suprema Corte norte-americana, na chamada “Era Lochner” (primeiras décadas do século XX), declarou a inconstitucionalidade de diversas leis federais, editadas período do New Deal, que concediam aos trabalhadores direitos sociais mínimos, como a limitação da jornada de trabalho e pisos salariais. As decisões baseavam-se justamente na ideia de que a “livre-iniciativa” ou a “liberdade contratual” era um direito assegurado constitucionalmente, e que o legislador não poderia inferir nessa liberdade, sob pena de violar o “due process of law”, em seu sentido material. Fica subentendido. Nessas decisões, que os direitos de primeira geração (liberdade) são mais importantes do que os direitos de segunda geração (igualdade), como se houvesse um nítida hierarquia entre esses direitos. Interessante notar também que, nesse período, o ativismo judicial foi bastante intenso, sendo constantemente invocada a cláusula do “substantial due process” para impedir o surgimento de direitos sociais, o que demonstrava que nem sempre o ativismo judicial é próprio de juízes “revolucionários”.”

Logo, direitos fundamentais se realizam na sua totalidade! Mesmo havendo como implementá-los separadamente, o conjunto denominado direitos fundamentais não se realizaria em razão de deficit elementar. Alegoricamente corresponderia a um fruto com vários gomos, no qual os gomos seriam os direitos, considerados isoladamente, e o fruto em si representaria a categoria de direito fundamentais. Ou seja, é da junção de todos os direitos – no caso brasileiro, elencados no Título II da Carta Magna - que se torna possível conceber como implementados e efetivados os direitos fundamentais.

2 – As nomenclaturas utilizadas na designação dos direitos fundamentais trazem a ideia de que eles se sucedem no tempo. Na verdade isto não é uma realidade! O caso brasileiro é bastante emblemático e apto a demonstrar a veracidade dessa premissa. Em plena era Vargas, na qual vários direitos sociais – pela tradicional doutrina denominados de segunda geração/dimensão/onda – foram implementados, todavia sem que liberdades políticas existissem.

Logo, é decisivo dizer e compreender que os direitos fundamentais – considerados individualmente - não se sucedem ordeiramente no tempo e, mais, romper com que tais nomenclaturas; indicativas desta perspectiva historicista; é essencial para compreensão do dinamismo e correlação dos direitos na realidade social.

Por tudo quanto exposto é clara a concatenação, indissociabilidade e indivisibilidade dos direitos fundamentais. Além disso, para que, de fato, possa-se gloriar e designar-se Estado Democrático de Direito mister que os princípios da liberdade e da igualdade sejam definidos e garantidos como àqueles que, em sua máxima *ratio* assegure a real promoção dos indivíduos possibilitando-os que se reconheçam como protagonistas na sociedade.

5 – Bibliografia

BOBBIO. Norberto. A ERA DOS DIREITOS. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. ACESSO À JUSTIÇA. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTRO. Flávia Lages de. HISTÓRIA DO DIREITO: GERAL E DO BRASIL. Brasil: Lúmen júris, 2002.

OLIVEIRA. Marcelo Andrade Catonni de. JURISDIÇÃO E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. Belo Horizonte:

Mandamentos, 2.004.

LIMA. George Marmelstein. CRÍTICA À TEORIA DAS GERAÇÕES (OU MESMO DIMENSÕES) DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. *Jus Navegandi*, Teresina, ano8, nº173, 26 de dez. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666> . Acesso em 17 de jul. 2009.

MORAES. MARIA CELINA B.. A CAMINHO DE UM DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL. Revista do Estado, Direito e Sociedade. Ed. Dep. Ciências Jurídicas da PUC /RJ. Vol. 1. Rio de Janeiro: 1991.

VAZ. Henrique Cláudio de Lima. ÉTICA E DIREITO. Edições Loyola, São Paulo, Brasil, 2002.

_____ - www.stf.jus.br

_____ .www.stj.gov.br