

O Princípio da Isonomia

Antônio Carlos Cintra do Amaral

O princípio da isonomia, contido na norma do art. 5º da Constituição Federal, é um comando dirigido ao legislador, que deve observá-lo ao aplicar normas constitucionais, de primeiro escalão, produzindo normas legais, de segundo escalão. Normas legais que têm, na Constituição, o seu fundamento de validade.

As normas legais produzidas em desacordo com esse comando constitucional podem ser anuladas, mediante ação direta de inconstitucionalidade, junto ao Supremo Tribunal Federal. Vale dizer: podem ter sua validade desconstituída, por um órgão qualificado pelo ordenamento jurídico para fazê-lo.

A rigor, se uma lei é válida, ou seja, tem fundamento de validade na Constituição, o ato administrativo (norma jurídica de terceiro escalão) conforme com a lei não pode ser descrito como anti-isonômico. Ele é legal ou ilegal, neste caso devendo ser anulado. A questão, posta nesses termos, parece sugerir que não há atos administrativos anti-isonômicos, mas apenas atos legais ou ilegais. Não é bem assim, porém. Pelo menos com esta simplicidade. Vejamos.

Os conceitos contidos nos textos legais podem ser precisos ou imprecisos.¹ Isso se deve, como diz **Hart**, à “*textura aberta da linguagem*”.²

As normas legais - em regra abstratas - são interpretadas para efeito de aplicação a casos concretos. A “*letra da lei*” é o **ponto de partida** na atividade interpretativa. Ao intérprete cabe utilizar outros métodos: o lógico, o sistemático e o teleológico, ou finalístico.

¹ **Renato Alessi**, “*Principi di Diritto Amministrativo*”, vol. I, 3. ed., Milano: Giuffrè, 1974, pp. 230 e ss..

² **H. L. A. Hart**, “*El Concepto de Derecho*”, trad. para o espanhol, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968, pp. 158 e ss..

Em “Sobre o Positivismo Jurídico” (Recife, Instituto dos Advogados de Pernambuco nº 1, 2000) escrevi:

“A norma não deriva ou resulta da interpretação. A norma é uma abstração e pré-existe à interpretação. O raciocínio jurídico desdobra-se, a meu ver, em quatro momentos lógicos distintos. Há a compreensão do texto normativo, quando se apreende seu significado lingüístico. A partir dessa compreensão, interpreta-se a norma, constitucional ou legal, utilizando-se as técnicas jurídicas adequadas, ou, em outras palavras, conjugando-se os métodos filológico, lógico, teleológico e sistemático. Interpretada a norma, o intérprete descreve-a, mediante a formulação de uma proposição em que se contêm as várias soluções de aplicação possíveis. Por último, sustenta-se, mediante argumentação, a solução que parece ser a mais razoável. Esses quatro momentos lógicos nem sempre obedecem a uma ordem cronológica. Com frequência, um jurista experiente chega, no campo de sua especialidade, à argumentação antes de ter, pelo menos conscientemente, percorrido as etapas anteriores”.

Como os conceitos legais são, em regra, imprecisos, há quase sempre mais de uma solução possível de aplicação da norma legal pelo agente administrativo. Dentre essas soluções, o agente administrativo escolhe a que lhe pareça ser “a mais razoável”, no exercício de sua margem de discricionariedade. Se submetido seu ato a controle judicial, cabe ao juiz determinar se a escolha foi “razoável” ou “desarrazoada”. Se considerar que foi “razoável”, o ato continua válido. Se considerar que a escolha foi “desarrazoada”, fulmina-o por ilegalidade. Não lhe cabe considerar que a solução adotada foi “menos razoável” que outra, qual seja, a que ele tomaria **se exercesse a função administrativa**. Não lhe cabe administrar, e sim julgar. É nisso, sinteticamente, que reside a “lógica do razoável”, exposta sobretudo pelo jurista belga **Chaïm Perelman**.³

Como, na interpretação das leis, o intérprete deve buscar sua **finalidade** - consoante ensina **Afonso Rodrigues Queiró** ⁴ - a lei pode ser isonômica, mas o agente administrativo pode escolher uma solução de aplicação não-isonômica. Costuma-se dizer que nessa hipótese há “desvio de finalidade”. No meu entender, há ilegalidade, porque, ao não considerar a finalidade da norma legal, o aplicador da lei escolhe uma solução “**desarrazoada**”, em desconformidade com ela.

Assim, pode-se dizer que, embora o comando constitucional dirija-se diretamente ao legislador, ele pode ser desobedecido, em alguns casos, não pelo destinatário direto desse comando, mas pelo agente administrativo, ao produzir atos (normas de terceiro escalão) desarrazoados, porque anti-isonômicos.

³ Ver *Ética e Direito, Teoria da Argumentação e Lógica Jurídica*, de **Chaïm Perelman**, o segundo tendo como co-autora **Lucie Olbrechts-Tyteca**, todos editados pela Martins Fontes, São Paulo, em tradução para o português, respectivamente em 1996, 1999 e 2004.

⁴ “Se, com Colaço, se afirma que o **fim** da lei é um elemento da própria lei, afirma-se muito e demonstra-se pouco”. A finalidade “É apenas um recurso da interpretação da lei, de nenhum modo um elemento da própria lei”. (**Afonso Rodrigues Queiró**, *Reflexões sobre a Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 1940, p. 74).

Vejamos um exemplo prático.

O inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal dispõe que somente são admissíveis, nas licitações, “as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. Com fundamento nesse dispositivo constitucional, a Lei 8.666/93 estabelece, no art. 30, inciso II, que a documentação relativa à qualificação técnica abrangerá a “comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação”. A norma legal é isonômica. O que é “pertinente” e “compatível” é “indispensável”. O agente administrativo, porém, poderá, em um caso concreto, fazer exigências “dispensáveis”, “impertinentes” e “incompatíveis”. Ou, **o que dá no mesmo**, poderá deixar de fazer exigências “indispensáveis”, “pertinentes” e “compatíveis”. **Em ambos os casos**, estará produzindo ato administrativo anti-isonômico e, em conseqüência, ilegal.

O princípio da isonomia pode ser traduzido, na célebre frase de **Rui Barbosa**, como expressando o dever do legislador de tratar os iguais igualmente, e os desiguais desigualmente, estes na medida de suas desigualdades. Não se trata de assegurar a igualdade absoluta. O princípio da isonomia não implica na igualdade absoluta, e sim na “igualdade perante a lei”.

Hans Kelsen escreve, em seu “O que é Justiça” (São Paulo, trad. para o português, Martins Fontes, 1997):

“E, agora, o singular princípio da assim chamada igualdade perante a lei! Isso não significa senão que os órgãos jurídicos não devem fazer distinções que a própria legislação a ser aplicada não faça. Se a legislação concede direitos políticos somente a homens, não a mulheres; somente a cidadãos, não a estrangeiros; somente a membros de uma determinada raça ou religião, não a membros de outras raças ou religiões, então o princípio da igualdade perante a lei estará inteiramente preservado se, em casos concretos, aqueles órgãos decidirem que uma mulher, um estrangeiro, o membro de uma determinada religião ou raça não podem ter direitos políticos. Esse princípio não tem mais quase nada a ver com igualdade. Significa, apenas, que a legislação deve ser aplicada de acordo com seu sentido. É o princípio da legalidade ou juridicidade, imanente por natureza a toda ordem jurídica, não importando se essa ordem é justa ou injusta.”

Como visto acima, a observância do princípio da igualdade perante a lei, na produção de atos administrativos, confunde-se com a observância do princípio da legalidade. Se bem que a lei aplicada pode, em certos casos, ser inconstitucional.