

Nº 9
Primer trimestre 2017

Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 9. Marzo 2017

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Próximamente disponible en SMARTECA y VLEX

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gablex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a Araceli Muñoz de Pedro

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. David Larios Risco

Asesor jurídico de la Organización Médica Colegial de España.

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia

D. Jaime Pintos Santiago

Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*"

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias

D^a. Concepción Campos Acuña

Directivo. Público Profesional. Secretaria de Gobierno Local Ayuntamiento de Vigo

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y
Justicia. Gobierno de Cantabria. Cuerpo de Letrados.



SUMARIO

CELEBRACIÓN DE LA I JORNADA REVISTA GABILEX.....10

EDITORIAL..... 12
El Consejo de Redacción

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

“LA DEFENSA PRIVADA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”.....18
D. Jordi Gimeno Bevia

“EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FACTURA ELECTRÓNICA EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA LA MANCHA.....46

D^a Matilde Castellanos Garijo

“REFLEXIONES CRÍTICAS A LA LEY 39/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: LA NUEVA TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA DEL PROCEDIMIENTO.....92
D. Carlos M^a Rodríguez Sánchez

“ASPECTOS GENERALES DEL DELITO DE DEFRAUDACIÓN A LA HACIENDA PÚBLICA”128
D^a Mónica de la Cuerda Martín

SECCIÓN INTERNACIONAL

“MERCADOS PÚBLICOS: EVALUAR O NO EVALUAR EL RENDIMIENTO DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS, ESA ES LA CUESTIÓN”.....186
D. Luís Valadares Tavares

“EL PRINCIPIO O CLÁUSULA GENERAL DE IGUALDAD: UN BREVE ESTUDIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO ESPAÑA/BRASIL”.....202
D. Paulo S. Bugarin

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DE FECHA 16 DE FEBRERO DE 2017 (CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 2544-2016): NULIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 36.2.A, PÁRRAFO SEGUNDO, DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y DE LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA DE CASTILLA-LA MANCHA, APROBADO POR DECRETO LEGISLATIVO 112004, DE 28 DE DICIEMBRE.....240
D. Roberto Mayor Gómez

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, SALA QUINTA, DE 16 DE FEBRERO DE 2017 (ASUNTO C-555/14): PLAN DE PAGO A PROVEEDORES..... 250
D. Roberto Mayor Gómez

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (SECCIÓN SEGUNDA) DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA, DE 31 DE ENERO DE 2017: IMPUGNACIÓN DEL PROCESO SELECTIVO DEL CUERPO DE LETRADOS DE



LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA.....	262
D. Roberto Mayor Gómez	
BASES PARA LA PUBLICACIÓN.....	270

CELEBRACIÓN DE LA I JORNADA REVISTA GABILEX

La Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, GABILEX, ha celebrado su primera JORNADA en Toledo, los **pasados días 2 y 3 de marzo de 2017** en colaboración con WOLTERS KLUWER.

La Jornada ha contado excelentes ponentes, todos ellos juristas de reconocido prestigio que han abordado importantes temas de actualidad, como el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo, principales novedades de las Leyes 39/2015 y 40/2015, Administración electrónica, así como el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público y la inserción de cláusulas sociales y ambientales en la contratación.

Desde el Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y desde la Dirección de la Revista, damos las gracias a todos los ponentes por la calidad de sus intervenciones y a los más de 150 asistentes que nos han acompañado, muchos de ellos, de otras Comunidades de Comunidades Autónomas.

En el enlace <http://jornadsgabilex.castillalamancha.es/> se puede consultar toda la información de la celebración



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 9
Marzo 2017
www.gabilex.jccm.es

“EL PRINCIPIO O CLÁUSULA GENERAL DE IGUALDAD: UN BREVE ESTUDIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO – ESPAÑA/BRASIL”

D. Paulo S. Bugarin

Procurador General del Ministerio Público ante el
Tribunal de Cuentas de la Unión de Brasil

RESUMEN:

La presente investigación, modesta en sus pretensiones, tiene el propósito de verificar el estado contemporáneo de las doctrinas española y brasileña y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España y del Supremo Tribunal Federal de Brasil con relación al *principio constitucional o cláusula general de igualdad*.

Se busca, de esta manera, elaborar un breve estudio de derecho constitucional comparado, analizando los puntos de similitud y de diferenciación eventualmente presentes en los dos contextos jurídico-constitucionales.

PALABRAS CLAVE:

Principio o clausula general de igualdad, Derecho constitucional comparado, doctrinas española y



brasileña, Tribunal Constitucional de España, Supremo Tribunal Federal de Brasil.

ABSTRACT:

This essay, modest in its pretensions, aims to verify the contemporary state of the Spanish and Brazilian doctrines and the jurisprudence of the Constitutional Court of Spain and the Federal Supreme Court of Brazil on the constitutional principle or general clause of equality. Thus, a brief study of comparative constitutional law was sought, analyzing the points of similarity and differentiation that may be present in the two legal-constitutional contexts.

KEY WORDS:

The constitutional principle or general clause of equality, comparative constitutional law, the Spanish and Brazilian doctrines, the Constitutional Court of Spain, the Federal Supreme Court of Brazil.

SUMARIO:

- 1. Introducción**
- 2. La doctrina española y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España**
- 3. La doctrina brasileña y la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil**
- 4. Un breve análisis comparado**
- 5. Consideraciones Finales**
- 6. Referencias Bibliográficas**

1. Introducción

Los estudios y análisis de derecho constitucional comparado progresivamente han recibido mayor atención por parte de la doctrina jurídica nacional e internacional, lo que se ha revelado un importante instrumento de reflexión sobre el perfeccionamiento, en particular, de las instituciones de garantía de los derechos fundamentales de la persona humana.

La presente investigación, modesta en sus pretensiones, tiene el propósito de verificar el estado contemporáneo de las doctrinas española y brasileña y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España y del Supremo Tribunal Federal de Brasil con relación al *principio constitucional o cláusula general de igualdad*.

Se busca, de esta manera, elaborar un breve estudio de derecho constitucional comparado, analizando los puntos de similitud y de diferenciación eventualmente presentes en los dos contextos jurídico-constitucionales.

En este momento inicial, parece importante realizar el riguroso análisis hecho por Fernández Rodríguez¹ sobre las características y peculiaridades generales de los llamados Tribunales Constitucionales y de los *Tribunales Supremos* que ejercen jurisdicción constitucional:

¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José J. *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2ª ed. Tecnos. Madrid, 2007, pág.55/6.



“Como regla general, los tribunales constitucionales, pese a su carácter jurisdiccional se encuentran situados fuera del Poder Judicial. Así se reafirma su peculiar posición en el entramado de poderes del Estado, al tiempo que se subraya su independencia. Se localizan fuera del clásico esquema tripartito de poderes para vigilar el respecto de la Constitución por parte de Legislativo, Ejecutivo y Judicial, tanto en su relación con los ciudadanos como en la relación que se produce entre ellos. (...)

No obstante, (...) entendemos que este rasgo de la no ubicación en el Poder Judicial no es decisivo para la naturaleza del órgano sino que más bien se trata de un elemento que ayuda a la caracterización del mismo. Disentimos, así, de otras opiniones doctrinales. Por ello, habrá órganos que perteneciendo efectivamente al Poder Judicial sean de jurisdicción constitucional.”

Fernández Rodríguez, por ende, añade que:

“Diferente a lo que estamos comentando son los casos en los que el órgano judicial supremo ordinario ejerce también funciones propias de la justicia constitucional, en donde, lógicamente, dichos órganos integran y encabezan el Poder Judicial. El supuesto más conocido es, sin duda, el de Estados Unidos, en donde su Tribunal Supremo es la cabeza de la organización judicial. En Europa ésta es una solución prácticamente inexistente al margen de los ordenamientos que incorporan un sistema de control difuso. Se puede citar el caso de Mónaco, en donde su Tribunal Supremo ejerce, entre otras, competencias en materia constitucional. El reducido tamaño de dicho país explica seguramente dicha opción”.

La solución supra expuesta fue exactamente la adoptada, inicialmente, en Brasil, con especial énfasis en el control difuso o incidental (modelo norteamericano). Más recientemente, ha habido un importante cambio de orientación político-institucional, con directa repercusión en el Texto Constitucional de 1988, dándose progresiva y creciente valoración al control directo o concentrado (modelo europeo, con especial influencia del contexto jurídico-constitucional alemán), ejercido pelo **Supremo Tribunal Federal**, órgano de cumbre del Poder Judicial y, según la Constitución de la República Federativa de Brasil, su *guardián*.

2. La doctrina española y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España

La Constitución de España (CE) establece en sus artículos 1º y 14 que:

1º.1. "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

14. "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".



Blanco Valdés², al subrayar que la declaración de derechos del texto de 78 – “pues así puede denominarse, sin ningún género de dudas, la constituida por el Capítulo II del Título I” – se abre con la proclamación del principio de igualdad del artículo 14, afirma ser este un precepto que, “de acuerdo con la paulatina construcción que de su significación ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional, tiene una doble traducción desde el punto de vista del régimen regulador de los derechos: la igualdad del artículo 14 es no solo un derecho subjetivo dotado del doble alcance que enseguida se verá - igualdad en la ley e igualdad en su aplicación -, sino también uno de los valores informadores del conjunto del ordenamiento jurídico estatal (art. 1º. 1), un valor que no sólo impone límites, sino también cargas a los poderes públicos, obligados por la Constitución, como ya hemos indicado, a promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (art. 9º).”

Así, destaca el referido autor que el principio de igualdad “permea, en tanto que valor superior del ordenamiento, el régimen general de todos derechos”³.

En este sentido lo ha afirmado el Tribunal Constitucional, al reconocer que la igualdad “no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra’ (STC 34/1981, de 10 de noviembre)”.

² BLANCO VALDÉS, Roberto L. *Introducción a la Constitución de 1978*. Alianza Editorial, Madrid, 1998, págs. 165-7.

³ BLANCO VALDÉS. *Introducción (...)* “*op. cit.*”, pág. 166.

En síntesis, “no puede darse violación del principio de igualdad entre quienes se hallan en situaciones diferentes” (STC 26/87, de 27.02.87).

En las palabras de Joaquín García Morillo⁴:

“La Constitución española integra una cláusula general que establece la igualdad de todos los españoles ante la ley y prohíbe realizar discriminaciones por razones o condiciones personales o sociales. Esta cláusula se encuentra recogida en el artículo 14, y su ubicación sistemática la configura como el auténtico pórtico del Capítulo II del Título I de la Constitución, que recoge los derechos más vigorosamente protegidos de la relación de libertades públicas constitucionalmente reconocidas. Se trata, en síntesis, del frontispicio del ‘núcleo duro’ de la parte dogmática de nuestra Constitución”.

La doctrina española reconoce el carácter dinámico del significado jurídico-político del concepto de igualdad al subrayar que este concepto ha experimentado “notables transformaciones que han redundado, en cierto modo, en una superación de su carácter puramente formal” y que “este proceso de transformación comenzó, de forma significativa, con la generalización del moderno sistema tributario, en el que es generalmente admitido el principio de progresividad, según el cual las cargas tributarias se establecen no ya de forma proporcional a los bienes del contribuyente,

⁴ in GUERRA, Luiz López et alli. *Derecho Constitucional – vol. I – El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 7ª Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2007, pág. 179.



sino de forma progresiva, de manera que se equipare el sacrificio económico efectivo”⁵.

Así, de un punto de partida “formal” la idea/noción de igualdad subió una evolución para una dimensión “material” o “igualitarista”. Esta transformación fue bien expuesta por Morillo:

“La evolución posterior ha continuado esta misma línea, superando cada vez más el concepto formal de igualdad *ante* la ley y adentrándose en el de igualdad *material*, esto es, igualdad en la ley. (...) Este fenómeno, por otra parte, no es gratuito, sino que viene determinado por la constatación de que las situaciones *reales* de los individuos y de los grupos no son iguales y por la obligación que no pocas Constituciones, entre ellas la española, imponen a los poderes públicos de procurar que igualdad sea “real y efectiva”. Si a ello se une la complejidad de la sociedad moderna y el intervencionismo estatal, se explica que un gran número de normas otorguen, hoy, tratamiento diferente a situaciones que se entienden distintas.

Según Pérez Luño⁶, desde el punto de vista lógico, “la igualdad *material* implica la toma en consideración de circunstancias de contenido en la delimitación significativa de la igualdad”. En términos de la filosofía jurídico-política, “la igualdad material se identifica con la idea de la equiparación y el equilibrio de bienes y situaciones económicas e sociales. La reivindicación de

⁵ MORILLO, in GUERRA, *Derecho Constitucional* (...) “*op.cit.*”, págs. 180-1.

⁶ PÉREZ LUÑO, A.E. (con la colaboración de Cabrera, C. A., Gonzales-Tablas, R. y De la Cuesta, A.). *Teoría del Derecho – Una concepción de la experiencia jurídica*, 7ª ed. Tecnos, Madrid, 2008, págs.227-232.

la igualdad material o igualitarismo ha supuesto históricamente una doctrina o práctica que exige la igualdad del mayor número de individuos en el mayor número de bienes”.

En efecto, el artículo 14 enuncia un derecho subjetivo, que tiene dos proyecciones diferentes – la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de ésta -, ambas muy trascendentales⁷, y ambas reconocidas por el supremo intérprete de la Constitución:

a) cuando pone el Tribunal de manifiesto cómo la igualdad supone la ‘obligación del legislador de no establecer distinciones artificiosas o arbitrarias entre situaciones de hecho cuyas diferencias reales, si existen, carecen de relevancia desde el punto de vista de la razón de ser discernible en la norma o de no anudar consecuencias jurídicas arbitrarias o irrazonables a los supuestos de hecho legítimamente diferenciados’ (STC 83/1984, de 24.07.84);

b) cuando insiste en que el principio de igualdad, que ha sido considerado por el propio Tribunal como un límite al legislador, implica una prohibición de discriminaciones arbitrarias que ‘opera también en la aplicación de la ley y, en general, de cualquier norma jurídica’ (STC 59/1982, de 28.07.82).

Blanco Valdés⁸ explica que “ello sucede de este modo porque la dimensión jurídica de la igualdad se conforma, en su esencia, como una prohibición de la discriminación o, lo que es lo mismo, de las desigualdades que carecen de una razonable justificación” y añade que “Lo veremos de nuevo en las palabras del Tribunal Constitucional, que así lo puso de

⁷ BLANCO VALDÉS, *Introducción (...)* “*op. cit.*”, pág. 166.

⁸ BLANCO VALDÉS, *Introducción (...)* “*op.cit.*”, págs. 166-7.



relieve en dos de sus pronunciamientos más tempranos: 'La igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida', afirmaba el Tribunal en su Sentencia 22/1981, de 2 de julio; idea confirmada meses más tarde, en la 34/1981, de 10 de noviembre: 'Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, como declara de forma expresa el artículo 14 de la Constitución, es decir, que la desigualdad del tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable'".

La exigencia de diferenciación supone no considerar la igualdad ante la ley en sentido estático, sino dinámico. Así, por ejemplo, cuando la Constitución Española establece el principio de igualdad ante la ley en materia fiscal al proclamar que: 'Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos' (art.31.1), lo matiza de inmediato, con el criterio de diferenciación prescribiendo expresamente que tal contribución se realizará 'de acuerdo con su capacidad económica'⁹.

Importante, en este contexto, la advertencia de Pérez Luño¹⁰ de que:

"en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina de los Estados de Derecho de nuestra época la tendencia a superar la fractura entre la

⁹ PÉREZ LUÑO, *Teoría* (...) "op.cit.", pág. 229.

¹⁰ PÉREZ LUÑO, *Teoría* (...) "op.cit.", pág. 229.

dimensión material¹¹ y formal de la igualdad, al hacer penetrar en el principio de igualdad ante la ley exigencias de contenido como lo son las que se infieren de los criterios de equiparación y de diferenciación. Este enfoque ha hallado acogida en nuestro ordenamiento jurídico cuya norma constitucional una concepción integradora de la igualdad, al conjugar el reconocimiento de su dimensión formal con la atribución a los poderes públicos de la responsabilidad de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sea real y efectiva (art. 9.2)".

La igualdad como derecho está constitucionalmente configurada, por tanto, con un carácter *trifronte*¹²: "el artículo 14 de la CE, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita al poder legislativo y los poderes de los órganos

¹¹ MORILLO, in GUERRA, *Derecho Constitucional* (...) "op.cit.", pág. 185, sostiene que: "El principio de igualdad no sólo constituye un límite formal, sino también *material*, que afecta al contenido de la ley. En efecto, como hemos visto al hablar de su múltiple contenido, el derecho a la igualdad, combinado con la *interdicción de la arbitrariedad* que se consagra en el art. 9.3 de la CE, supone que, en principio, la ley no sólo afecta por igual a todos los ciudadanos sino que, además, tiene que tratar a todos los ciudadanos por igual. El art. 14 de la CE impone, pues, la igualdad *en la ley*".

¹² MORILLO, in GUERRA, *Derecho Constitucional* (...) "op.cit.", pág. 182.



encargados de la aplicación de las normas jurídicas” (STC 49/82, de 14.7.82).

En otras palabras del Tribunal Constitucional:

“La igualdad ante la ley constituye, pues, un límite a la actuación del legislador en cuanto al *alcance* de la ley: esta debe ser, en principio, general y abstracta y tener, por ello, un alcance universal. (...) (Pero,) una *ley singular* ‘será compatible con el principio de igualdad cuando la singularidad de la situación resulte inmediatamente de los hechos, de manera que el supuesto de la norma venga dado por ellos y solo quepa al legislador establecer las consecuencias jurídicas necesarias para alcanzar el fin que se propone’ (STC 166/86, de 19.12.86).

Así, el principio de igualdad actúa como límite “para excluir la creación arbitraria de supuestos de hecho, que solo resultarían singulares en razón de esa arbitrariedad’ (STC 166/86).

En síntesis, solo una efectiva y real especificidad (aunque sea mediando la intervención del legislador) de los supuestos de hecho justifica, por tanto, que el legislador apruebe una ley que prescinda de los principios de generalidad y abstracción¹³.

¹³ MORILLO, in GUERRA, *Derecho Constitucional* (...) “*op.cit.*”, pág. 184. Además, añade estas relevantes consideraciones (pág. 185): “Sin embargo, es un hecho incontestable el que los ciudadanos y los grupos sociales se hallan, en realidad, en una situación de desigualdad: podrán ser iguales ante la ley, pero no lo son en la realidad. Por eso, cuando los poderes públicos otorgan un trato desigual el problema es determinar

Así, según el Tribunal Constitucional “es sabido que para efectuar el juicio de igualdad y razonar acerca de la posible vulneración del derecho a la igualdad hace falta que se aporte un adecuado término de comparación, sin cuya concurrencia no es posible llevar a cabo aquella operación”(SSTC 14/85, de 1.2.85 y 2/97, de 13.1.97).

En lo que se refiere a la necesidad de *congruencia*¹⁴ con una *finalidad constitucionalmente legítima*, el Tribunal Constitucional ha decidido que: “el principio de igualdad impone como canon de su constitucionalidad que la exigencia normativa guarde una *directa y razonable relación* con la finalidad perseguida” (STC 114/87, de 6.7.87).

Se lo impone también la adopción de una *relación de proporcionalidad* en el sentido de que “la medida o la consecuencia jurídica de la desigualdad de hecho se encuentran dentro de un margen de proporcionalidad determinado por la situación de hecho y por la finalidad perseguida, siendo constitucionalmente admisibles todas cuantas consecuencias jurídicas guarden esa relación de proporcionalidad, aun cuando unas puedan parecer preferibles o más adecuadas que otras”¹⁵.

si ese trato desigual tiene una fundamentación objetiva y razonable, o si es arbitrario y, por ello, discriminatorio”.

¹⁴ MORILLO, in GUERRA, *Derecho Constitucional* (...) “op.cit.”, pág. 187.

¹⁵ MORILLO, in GUERRA, *Derecho Constitucional* (...) “op.cit.”, pág. 188.



Uno de los aspectos jurídico-políticos más relevantes en lo que consiste a la compleja discusión acerca del principio de igualdad en su dimensión *material* es lo relativo a las llamadas *acción positiva* y *discriminación inversa*.

El concepto de “acción afirmativa” o “discriminación positiva” consiste en otorgar a ciertos grupos sociales, que están en situación desfavorable respecto a la media de la población, un trato favorable que les permita superar la situación de inferioridad real.

Según Morillo¹⁶:

“Podemos distinguir dos formas distintas de trato favorable a sectores o colectivos desfavorecidos, la acción positiva y la discriminación inversa. La *acción positiva* consiste en desarrollar a favor de un determinado grupo actuaciones públicas que no perjudican a nadie, como pueden ser ayudas, subvenciones o desgravaciones fiscales. La *discriminación inversa*, por el contrario, implica que, en determinadas circunstancias, se discrimina favorablemente – esto es, se prefiere – a los integrantes de un grupo – por ejemplo, las mujeres – frente a otros, se reserva a los miembros de ese determinado grupo una cuota determinada, excluyendo de ella a los que no pertenezcan a él. Aunque tienen distintas consecuencias, ambas técnicas encuentran encaje en el art. 9.2 de la CE, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean real y efectivo. Una interpretación conjunta de los arts. 9.2 y 14 de la

¹⁶ MORILLO, in GUERRA, *Derecho Constitucional* (...) “*op.cit.*”, pág. 192.

CE torna constitucionalmente legítimas tanto la acción positiva como la discriminación inversa, siempre que se trate de medidas que tiendan a compensar una situación real de partida. Por ello, no puede considerarse 'discriminatoria y constitucionalmente prohibida – antes al contrario – la acción de favorecimiento, siquiera sea temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente marginados y preteridos, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o corregida su situación de desigualdad sustancial' (STC 216/91, caso *Mujeres aviadoras*)."

En este contexto, el Tribunal Constitucional ha también señalado que:

"4. La actuación de los Poderes Públicos para remediar la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características, por el sexo (y, cabe afirmar, en la inmensa mayoría de las veces por la condición femenina) y, colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando establezca para ellos un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas (STC 128/87, de 16.07.87).

Es importante subrayar, en síntesis, que "el principio de igualdad proyecta fundamentalmente su eficacia sobre los poderes públicos" y "el principio de



igualdad en la aplicación de la ley impone tanto a la Administración como a los tribunales”.¹⁷

En la palabras del Tribunal Constitucional, sobre los órganos judiciales “no pesa la exigencia de resolver siempre en los mismos términos sobre supuestos que se pretenden iguales, pues cada caso, para el mismo juzgador, puede merecer una consideración diversa, ya por las peculiaridades que a su juicio muestra, ya porque el entendimiento judicial de la norma aplicable variase a lo largo del tiempo, ya, incluso, porque parezca necesario corregir errores anteriores en su aplicación. Lo que el principio de igualdad garantiza no es que quienes acudan a los tribunales vayan a obtener una resolución igual a las que se hayan adoptado en el pasado por el mismo órgano judicial, sino simplemente, la razonable confianza de que la propia pretensión merecerá del juzgador...la misma respuesta obtenida por otros en casos iguales’ (STC 30/87, de 11.3.87)¹⁸.

Por ende, en lo que concierne *los particulares y el principio de igualdad*, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional implica que:

“la eficacia de este principio ha de ser ‘matizada’ puesto que ‘ha de hacerse compatible con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de autonomía de la voluntad (STC 177/88, de 10.10.88).

“el particular sólo se ve directamente afectado, sin necesidad de *interpositio legislatoris*, por la prohibición de discriminar por las causas –

¹⁷ MORILLO, in GUERRA, *Derecho Constitucional* (...) “op.cit.”, pág. 194.

¹⁸ MORILLO, in GUERRA, *Derecho Constitucional* (...) “op.cit.”, págs. 196-7.

sexo, raza, religión y opinión – expresamente mencionadas en el art. 14 de la CE (STC 108/89, de 8.6.89).

3. La doctrina brasileña y la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF)

La Constitución Federal de Brasil (CFB) establece en su artículo 5º que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros¹⁹ residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à *igualdade*, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...)

La doctrina brasileña suele, sin distinción de significado, tratar el principio de igualdad como principio de *isonomia*. Según Mendes, Coelho y Branco²⁰:

¹⁹ El Supremo Tribunal Federal ha declarado que:

“A teor do disposto na cabeça do artigo 5º da Constituição Federal, os estrangeiros residentes no País têm jus aos direitos e garantias fundamentais.” (**HC 74.051**, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 18-6-96, *DJ* de 20-9-96). Según la CFB, art. 5º, LXVIII: “conceder-se-á *habeas-corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

²⁰ MENDES, G. F., COELHO, I. M. y BRANCO, P.G.G. *Curso de direito constitucional*. Saraiva. São Paulo, 2007, págs. 147-8.



“Quanto ao princípio da *isonomia*, significa em resumo tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade. Como, por outro lado, no texto da nossa Constituição, esse princípio é enunciado com referência à lei – *todos são iguais perante a lei* –, alguns juristas construíram uma diferença, porque a consideram importante, entre a igualdade *na* lei e igualdade *diante* da lei, a primeira tendo por destinatário precípua o legislador, a quem seria vedado valer-se da lei para fazer discriminações entre pessoas que mereçam idêntico tratamento; a segunda, dirigida principalmente e aos intérpretes/aplicadores da lei, impedir-lhes-ia de concretizar enunciados jurídicos dando tratamento distinto a quem a lei encarou como iguais. Essa diferença, tem-na por desnecessária, ao menos entre nós, José Afonso da Silva, “porque a doutrina como a jurisprudência já firmaram há muito a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá a expressão igualdade na lei, ou seja: *o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei*”.

José Afonso da Silva, en efecto, explica que:

“Nossas constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da *igualdade*, como *igualdade perante a lei*, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera *isonomia formal*, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5º, *caput*, não deve ser assim tão estreita. O intérprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais, (...), especialmente, com as exigências da justiça

social, objetivo da ordem económica e da ordem social. Considerá-lo-emos como isonomia formal para diferenciá-lo da *isonomia material*, traduzido no art. 7º, XXX e XXXI, (...).

A Constituição procura aproximar os dois tipos de isonomia, na medida em que não se limitara ao simples enunciado da igualdade perante a lei; menciona também igualdade entre homens e mulheres e acrescenta vedações a distinção de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação²¹.

Sin embargo, el Supremo Tribunal Federal, al menos en una ocasión, ha reconocido esa dupla dimensión del principio constitucional de igualdad:

“O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é — enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica — suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio — cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as

²¹ En este sentido, El STF ha declarado que:

"Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: CF, 1967, art. 153, § 1º; CF, 1988, art. 5º, *caput*). A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso." (RE 161.243 - Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 29-10-96, DJ de 19.12.97) [RE – Recurso Extraordinário, CFB, art. 102, III]



manifestações do Poder Público — deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (*RDA* 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei — que opera numa fase de generalidade puramente abstrata — constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. ” (**MI²² 58**, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-12-90, *DJ* de 19-4-91)

Paulo Bonavides²³, al subrayar la importancia del principio de igualdad, lo considera como el “centro medular del Estado social y de todos los derechos de su orden jurídico”, en los términos siguientes:

“O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é

²² **MI – Mandado de Injunção, CFB, art. 102, II, a.** Según la CFB, art. 5º, LXXI: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inherentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

²³ BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*, 22ª ed. Malheiros. São Paulo, 2008, págs. 376-7.

indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo.

De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito guardião do Estado social.

Bonavides²⁴, además, al comentar las *peculiaridades y significación* de la *interpretación constitucional del principio de igualdad*, señala que:

“Princípio constitutivo da ordem constitucional, como disse Konrad Hesse, a igualdade tem, segundo ele, essa peculiaridade e significação: é elemento essencial de uma Constituição aberta; é também, na frase doutro jurista igualmente insigne (Hermann Heller), a porta de penetração por onde “a realidade social positiva e impregnada de valores diariamente ingressa na normatividade do Estado”.

O problema fundamental que envolve toda a interpretação do princípio geral da igualdade, conforme ele se apresenta hoje, consiste – ponderam alguns juristas sociólogos da Alemanha – em determinar se tal princípio representa ou não uma obrigação para o Estado de criar na sociedade a igualdade fática. (...)

En este plano, se revela fundamental la importante discusión relativa a los límites y posibilidades

²⁴ BONAVIDES. *Curso (...)* “op.cit.”, págs. 377-8.



de la llamada *acción afirmativa*. La doctrina indica una serie de normas constitucionales y legales relacionadas a la *acción afirmativa* o *discriminación positiva*. Merecen realzo, entre otras, las siguientes disposiciones constitucionales:

“art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
(...)

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.

art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social (EC nº 20/98 y EC nº 28/2000)
XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

art. 37, VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

Joaquim B. B. Gomes, especialista en el tema y *ex-Ministro*²⁵ y *ex-Presidente* del Supremo Tribunal Federal (STF), señala que:

“No plano estritamente jurídico (...), o Direito Constitucional vigente no Brasil, é perfeitamente compatível com o princípio da ação afirmativa. Melhor dizendo, o Direito brasileiro já contempla algumas modalidades de ação afirmativa, inclusive em sede constitucional.

A questão se coloca, é claro, no terreno do princípio constitucional da igualdade. Este princípio, porém, comporta várias vertentes.

3.3 Igualdade formal ou procedimental x Igualdade de resultados ou material – O cerne da questão reside em saber se na implementação do princípio constitucional da igualdade o Estado deve assegurar apenas uma certa “neutralidade processual” (*procedural due process of law*) ou, ao contrário, se sua ação deve se encaminhar de preferência para a realização de uma “igualdade de resultados” ou igualdade material. (...) Resumindo singelamente a questão, diríamos que as nações que historicamente se apegaram ao conceito de igualdade formal são aquelas onde se verificam os mais gritantes índices de injustiça social, eis que, em última análise, fundamentar toda e qualquer política governamental de combate à desigualdade social na garantia de que

²⁵ En Brasil, los jueces de los *Tribunales Superiores* del Poder Judicial (Supremo Tribunal Federal - STF, Superior Tribunal de Justiça - STJ, Tribunal Superior do Trabalho - TST, Tribunal Superior Eleitoral - TSE y Superior Tribunal Militar- STM tienen el título de “Ministro”. También los jueces del Tribunal de Cuentas de la Unión, vinculado al Poder Legislativo Federal, tienen el mismo título.



todos terão acesso aos mesmos «instrumentos» de combate corresponde, na prática, a assegurar a perpetuação da desigualdade. Isto porque essa «opção processual» não leva em conta aspectos importantes que antecedem à entrada dos indivíduos no mercado competitivo. Já a chamada «igualdade de resultados» tem como nota característica exatamente a preocupação com os fatores «externos» à luta competitiva – tais como classe ou origem social, natureza da educação recebida -, que têm inegável impacto sobre o seu resultado”²⁶.

Humberto Ávila²⁷, por su parte, en innovadora reflexión teórica, indica, una *triple* dimensión *jurídico-material* en la igualdad: regla, principio y *postulado*:

“A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).

Vale dizer que a aplicação da igualdade depende de um *critério diferenciador* e de um *fim* a ser alcançado. Dessa constatação surge uma conclusão tão importante quanto menosprezada: fins diversos levam à utilização de critérios

²⁶ *O debate constitucional sobre as ações afirmativas. Site Mundo Jurídico.* Rio de Janeiro, disponible em www.mundojuridico.com.br, aceso em: 12.03.09.

²⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 8ª Ed. Malheiros. São Paulo, 2008, págs.150-1.

distintos, pela singela razão de que alguns critérios são adequados à realização de determinados fins; outros, não. Mais do que isso: fins diversos conduzem a medidas diferentes de controle. Há fins e fins no Direito. Como postulado, sua violação reconduz a uma violação de alguma norma jurídica. Os sujeitos devem ser considerados iguais em liberdade, propriedade, dignidade. A violação da igualdade implica a violação de algum princípio fundamental”.

En la perspectiva del derecho administrativo, Juarez Freitas²⁸ señala la relación directa y vinculante entre el principio constitucional de *impersonalidad*²⁹ y el *principio general de igualdad* al subrayar que:

“No tocante ao princípio da impessoalidade, derivado do princípio geral da igualdade, mister traduzi-lo como vedação constitucional de qualquer discriminação ilícita e atentatória à dignidade da pessoa humana. Ainda segundo este princípio, a Administração Pública precisa dispensar um objetivo tratamento isonômico a todos os administrados, sem discriminá-los com privilégios espúrios, tampouco malferindo-os persecutoriamente, uma vez que iguais perante o sistema. Quer-se, através da implementação do referido princípio, a instauração, acima de sinuosos personalismos, do soberano governo dos princípios, em lugar de

²⁸ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 2ª ed. Malheiros. São Paulo, 1999, pág. 64/7.

²⁹ El artículo 37, *caput*, de la CFB, establece que:

“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, *impessoalidade*, moralidade, publicidade e eficiência (...)”.



idiossincráticos projetos de cunho personalista e antagónicos à consecução do bem de todos”.

Es importante realzar que en diversos artículos de la Constitución Federal de Brasil se encuentran disposiciones garantizadoras de la *impersonalidad* (igualdad) administrativa, como, p. e., los siguientes:

- a) “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si” (CFB, art. 19, III);
- b) “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros na forma da lei (CFB, art. 37, I);
- c) “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração” (CFB, art. 37, II);
- d) “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (CFB, art. 37, XXI);
- e) “Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão,

sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” (CFB, art. 175, *caput*).

Según Celso Antônio Bandeira de Mello, reconocido estudioso del tema en Brasil, el aspecto fundamental de la igualdad (*isonomia*) es la selección de un criterio diferenciador apto a evaluar las diferencias y compatible con la razón de ser de la diferenciación. Así, el principio jurídico de igualdad (*isonomia*) es incompatible con la elección arbitraria o inadecuada de un criterio de diferenciación. Es fundamental, entonces, que el criterio de comparación sea vinculado a la naturaleza del problema y a la calidad de los bienes y derechos objeto de la decisión³⁰.

Marçal Justen F^o³¹, explica, en síntesis, que:

“Daí se segue que a isonomia nunca consiste numa avaliação estática das semelhanças ou diferenças existentes na realidade. Pressupõe uma verificação funcional, dinâmica, que considere o fim cuja realização torne necessária a diferenciação. Logo, são obviamente incompletas as afirmativas de que ofende a isonomia a diferenciação fundada na raça, no sexo ou no credo religioso. É impossível afirmar se o critério de diferenciação é ofensivo à isonomia sem considerar o fim a que se orienta tal diferenciação. (...)

A isonomia exige que tanto o critério diferenciador escolhido como o resultado atingido

³⁰ *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. Malheiros. São Paulo, 2004, pág. 18.

³¹ *Curso de direito administrativo*. Saraiva. São Paulo, 2005, págs. 69-72



sejam compatíveis com a ordem jurídica e com os valores constitucionais. A propósito de diferenciar as situações ou escolher uma providência adequada, não é possível infringir a ordem jurídica”.

En este sentido, se ha manifestado el Supremo Tribunal Federal en diversas deliberaciones:

"A vedação constitucional de diferença de critério de admissão por motivo de idade (CF, art. 7º, XXX) é corolário, na esfera das relações de trabalho, do princípio fundamental de igualdade, que se entende, à falta de exclusão constitucional inequívoca (como ocorre em relação aos militares — CF, art. 42, § 1º), a todo o sistema do pessoal civil. É ponderável, não obstante, a ressalva das hipóteses em que a limitação de idade se possa legitimar como imposição da natureza e das atribuições do cargo a preencher." (**RMS 21.046**, Rel., julgamento em 14-12-90, *DJ* de 14-11-91).

"A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a norma constitucional que proíbe tratamento normativo discriminatório, em razão da idade, para efeito de ingresso no serviço público (...), não se reveste de caráter absoluto, sendo legítima, em consequência, a estipulação de exigência de ordem etária, quando esta decorrer da natureza e do conteúdo ocupacional do cargo público a ser provido." (**RMS³² 21.045**, julgamento em 29-3-94, *DJ* de 30-9-94).

³² **RMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, CFB, art. 102, a.** Según la CFB, art. 5º, LXX: "conceder-se-á

"Razoabilidade da exigência de altura mínima para ingresso na carreira de delegado de polícia, dada a natureza do cargo a ser exercido. Violação ao princípio da isonomia. Inexistência." (**RE 140.889**, Rel. p/ o ac. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 30-05-00, *DJ* de 15-12-00).

"Concurso público — Fator altura. Caso a caso, há de perquirir-se a sintonia da exigência, no que implica fator de tratamento diferenciado com a função a ser exercida. No âmbito da polícia, ao contrário do que ocorre com o agente em si, não se tem como constitucional a exigência de altura mínima, considerados homens e mulheres, de um metro e sessenta para a habilitação ao cargo de escrivão, cuja natureza é estritamente escrituraria, muito embora de nível elevado." (**RE 150.455**, julgamento em 15-12-98, *DJ* de 07-05-99).

"Promoção de militares dos sexos masculino e feminino: critérios diferenciados: carreiras regidas por legislação específica: ausência de violação ao princípio da isonomia: precedente (**RE 225.721**, Ilmar Galvão, *DJ* de 24-4-00)." (**AI 511.131-AgR**, julgamento em 22-3-05, *DJ* de 15-4-05).

"É constitucional o uso de ações afirmativas, tal como a utilização do sistema de

mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".



reserva de vagas ("cotas"), por criterio étnico-racial, na seleção para ingresso no ensino superior público. (Supremo Tribunal Federal, Brasil, RE 597285, en 09.05.12).

"Concurso público – Pessoa portadora de deficiência – Reserva percentual de cargos e empregos públicos (CF, art. 37, VIII) – (...) O tratamento diferenciado em favor de pessoas portadoras de deficiência, tratando-se, especificamente, de acesso ao serviço público, tem suporte legitimador no próprio texto constitucional (...). (**RMS 32732 AgR**, julgamento em 03-06-15, *DJ* de 01-08-14).

4. Un breve análisis comparado

Después de todo lo que fue transcrito en las páginas precedentes, parece clara la presencia esencialmente de puntos de convergencia entre los dos contextos jurídico-constitucionales estudiados.

Tanto en la doctrina cuanto en la jurisprudencia, hay diversos aspectos de similitud entre los dos países.

No es posible, en este corto espacio, y tampoco es la finalidad de este modesto trabajo de investigación, hacer un profundizado análisis de los aspectos comparados de la discusión en foco. Así, vamos limitarnos a presentar algunos puntos que consideramos relevantes para una visión general de la convergencia verificada entre los dos ordenamientos examinados.

Es interesante observar, p.e., que una reflexión teórica de Pérez Luño³³ fue enteramente incorporada en

³³ PÉREZ LUÑO, *Teoría* (...) "op.cit.", pág. 232.

una decisión del Supremo Tribunal Federal (STF) de Brasil.

Así dice el consagrado profesor:

“Por mi parte, al analizar las generaciones de derechos, he indicado que si la libertad fue el valor guía de los derechos de la primera generación, como lo fue la igualdad para los derechos de signo económico, social y cultural, los derechos de la tercera generación tienen como principal valor de referencia a la *solidariedad*”.

En el mismo sentido, se ha manifestado el **STF**:

“Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais — realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas — acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, nota de uma essencial inexauribilidade.” (**MS 22.164**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-95, *DJ* de 17-11-95)

Merece realzo, también, la Sentencia del Tribunal Constitucional de España (TC) que ha declarado que la igualdad:



no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra' (STC 34/1981, de 10 de noviembre)"

En pronunciamiento convergente el **STF** ha señalado que:

"A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a norma constitucional que proíbe tratamento normativo discriminatório, em razão da idade, para efeito de ingresso no serviço público (...), *não se reveste de caráter absoluto*, sendo legítima, em consequência, a estipulação de exigência de ordem etária, quando esta decorrer da natureza e do conteúdo ocupacional do cargo público a ser provido." (**RMS 21.045**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 29-3-94, *DJ* de 30-9-94)

En otra ocasión, el **TCE** ha señalado, en relevante y fundamental discusión teórica, que en lo que se refiere a la necesidad de *congruencia* con una *finalidad constitucionalmente legítima* que:

"el principio de igualdad impone como canon de su constitucionalidad que la exigencia normativa guarde una *directa* y razonable *relación* con la finalidad perseguida" (STC 114/87, de 6.7.1987)."

Además, ha declarado que el principio de igualdad, que ha sido considerado por el propio Tribunal como un

límite al legislador, implica una prohibición de discriminaciones *arbitrarias* que 'opera también en la aplicación de la ley y, en general, de cualquier norma jurídica' (STC 59/1982, de 28.07.82).

Más recientemente, el TCE ha declarado, en el mismo sentido, que:

"El principio de igualdad ante la Ley proclamado en el art. 14 CE impide que el legislador dé un trato distinto a personas que se hallen en la misma situación (STC 144/1988). Sin embargo, tal paridad no impide que el legislador haga distinciones siempre que puedan ser calificadas de objetivas y razonables, constituyendo discriminaciones cuando sean arbitrarias o irrazonables. En la formulación del juicio de razonabilidad debe prestarse especial atención a las diferenciaciones normativas por razón de las condiciones prohibidas expresamente en el art. 15 CE. Junto con lo expuesto se recuerda que la igualdad ha de ser real e efectiva por mor del art. 9.2 CE, lo que dota de legitimidad a las acciones positivas encaminadas a favorecer la igualdad de oportunidades, práctica que, no obstante, puede colisionar con los derechos de las personas excluidas y con el criterio meritocrático según el cual los bienes o beneficios escasos deben ser asignados según la valía individual de las personas. Lo que no ha sido óbice para que la Ley haya favorecido a las personas con discapacidad mediante reserva de cuotas en el acceso a la función pública, 'lo que constituye una discriminación positiva indirecta en méritos del artículo 49 CE'" (STC 12/2008, de 29.01.08).



En este plano, Joaquín G. Morillo³⁴ indica que se lo impone también la adopción de una *relación* de *proporcionalidad* en el sentido de que:

“la medida o la consecuencia jurídica de la desigualdad de hecho se encuentran dentro de un margen de proporcionalidad determinado por la situación de hecho y por la finalidad perseguida, siendo constitucionalmente admisibles todas cuantas consecuencias jurídicas guarden esa relación de proporcionalidad, aun cuando unas puedan parecer preferibles o más adecuadas que otras”.

Posicionamiento similar adopta, como hemos visto, la doctrina brasileña. Así, según Humberto Ávila³⁵:

“A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (*congruência* do critério em razão do fim).

Vale dizer que a aplicação da igualdade depende de um *critério diferenciador* e de um *fim* a ser alcançado. Dessa constatação surge uma conclusão tão importante quanto menosprezada: fins diversos levam à utilização de critérios distintos, pela singela razão de que alguns critérios são adequados à realização de determinados fins; outros, não. Mais do que isso:

³⁴ MORILLO, *in* GUERRA, *Derecho Constitucional* (...) “op.cit.”, pág. 188.

³⁵ BANDEIRA DE MELLO, *Conteúdo* (...) “op.cit.” págs. 150-1.

fins diversos conduzem a medidas diferentes de controle. Há fins e fins no Direito. Como postulado, sua violação reconduz a uma violação de alguma norma jurídica. Os sujeitos devem ser considerados iguais em liberdade, propriedade, dignidade. A violação da igualdade implica a violação de algum princípio fundamental”.

Por su parte, Celso Antônio Bandeira de Melo³⁶ ha señalado que:

“Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo *igualdade*, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações *arbitrárias*, assim proveitosas que detrimetosas para os atingidos”.

En sintonía con todo aquí expuesto, el STF, en reciente, histórica y paradigmática decisión, deliberando sobre el sistema de reserva de cuotas por criterios étnico-raciales en el aseso en institución pública de enseñanza superior, ha declarado su constitucionalidad, *verbis*:

“(…) I – Não contraria – ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão de políticas de cunho universalista, que abrangem um número

³⁶ ÁVILA, *Teoria* (...) “op.cit.”, pág. 18.



indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.(...) III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sócias em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro”. (**ADPF³⁷ 186**, julgamento em 26-04-2012, *DJ* de 20-10-14)

5. Consideraciones Finales

Es innegable la importancia del principio de igualdad en la concretización de un real y efectivo *Estado democrático de derecho*.

³⁷ **ADPF – CFB, art. 102, § 1º** A arguição de descumprimento de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

Es evidente que los dos ordenamientos estudiados confieren al dicho principio o cláusula general *status referencial* en el sistema jurídico-político, le otorgando la naturaleza estructurante de *derecho fundamental*.

Creemos todavía que, en especial en la realidad socioeconómica *brasileña*, persiste la existencia de un significativo **gap** entre las normas jurídicas y el día a día de la población, notadamente de los más desposeídos.

Así, revelase de todo fundamental el alerta del jusfilósofo brasileño Marcelo Neves³⁸ cuanto al carácter *simbólico* de las Constituciones, en los llamados *países periféricos*:

“A falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional está associada à sua função simbólica. A identificação retórica do Estado e do governo com o modelo democrático ocidental encontra respaldo no documento constitucional. Em face da realidade social discrepante, o modelo constitucional é invocado pelos governantes como alibi: transfere-se a “culpa” para a sociedade “desorganizada” e “atrasada”, “desencarregando-se” de “responsabilidade” o Estado ou o governo constitucional. No mínimo, transfere-se a realização da Constituição para um futuro remoto e incerto. No plano da reflexão jurídico-constitucional, essa situação repercute “ideologicamente”, quando se afirma que a Constituição de 1988 é “a mais programática” entre todas as que tivemos e se atribui sua legitimidade à promessa e esperança de sua

³⁸ A *constitucionalização simbólica*. Martins Fontes. São Paulo, 2007, pág. 186



realização no futuro: “a promessa de uma sociedade socialmente justa, a esperança de sua realização”. Confunde-se, assim, a categoria dogmática das normas programáticas, realizáveis dentro do respectivo contexto jurídico-social, com o conceito de constitucionalização simbólica, indissociável da insuficiente concretização normativa do texto constitucional”.

6. Referencias Bibliográficas

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 8ª ed. Malheiros. São Paulo, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3ª ed. Malheiros. São Paulo, 2004.

BLANCO VALDÉS, Roberto L. *Introducción a la Constitución de 1978*. Alianza Editorial. Madrid, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 22ª ed. Malheiros. São Paulo, 2008.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José J. *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2ª ed. Tecnos. Madrid, 2007.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 2ª ed. Malheiros. São Paulo, 1999.

GOMES, Joaquim B. B. *O debate constitucional sobre as ações afirmativas*. **Site Mundo Jurídico**. Rio de Janeiro, disponible em www.mundojuridico.com.br, aceso em: 12.03.09.

GUERRA, Luiz López et alli. *Derecho Constitucional – vol. I – El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 7ª Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Saraiva. São Paulo, 2005.

MENDES, Gilmar F. *Jurisdição Constitucional*, 2ª ed. São Paulo. Saraiva, 1998.

MENDES, Gilmar. F., COELHO, Inocêncio. M. y BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de direito constitucional*. Saraiva. São Paulo, 2007.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. Martins Fontes. São Paulo, 2007.

PÉREZ LUÑO, A.E. (con la colaboración de Cabrera, C. A., Gonzales-Tablas, R. y De la Cuesta, A.). *Teoría del Derecho – Una concepción de la experiencia jurídica*, 7ª ed. Tecnos, Madrid, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 30ª ed. Malheiros, São Paulo, 2008.