



## O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A IGUALDADE: DOS MODELOS TRADICIONAIS À DISCRIMINAÇÃO REVERSA\*

**Edilson Pereira Nobre Junior\*\***

“O espírito de tolerância, discussão e compreensão é a essência da democracia. Porém, quem quer se erige no depositário da verdade se sente investido para uma missão que exige o espírito oposto. (Zagrebelsky)”<sup>1</sup>.

Rev. FAPAD  
e-ISSN: 2764-2313  
Data de aceite: 01/10/2021  
<https://periodicosfapad.emnuvens.com.br/gtp/article/view/50>  
Organizado pelo Ministro: José Barroso Filho

\* Conservando o seu ineditismo, o presente texto sumaria exposição durante a sessão comemorativa pelos dez anos da Quinta Jurídica, a qual teve lugar no Auditório da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte no dia 15 de agosto de 2014, procedendo o autor a acréscimos, a fim de ajustá-lo para o atendimento ao honroso convite dos Professores Sidney Guerra, José Barroso Filho e Viviane Coelho de Sellos-Knoerr, integrando a obra "Os 30 anos da Constituição da República Federativa do Brasil".

\*\* Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Recife -UFPE. Desembargador Federal e Professor Associado da Faculdade de Direito do Recife -UFPE.

<sup>1</sup> “El espíritu de tolerancia, discusión y comprensión es la esencia de la democracia. Pero quien se erige en depositario de la verdad se siente investido para una misión que exige el espíritu opuesto” (*Contra la ética de la verdad*. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 137. Tradução de Álvaro Núñez Vaquero).

## I Sobre o Estado Constitucional

Passadas as duas grandes conflagrações mundiais, o Estado de Direito, cujas balizas constituíram o legado das revoluções liberais vivenciadas no mais extenso dos séculos, qual seja o XVIII<sup>2</sup>, teve o seu ciclo evolutivo agregado por um quinto modelo de constituições<sup>3</sup>, assinalando o chamado compromisso com o constitucionalismo do Estado Democrático e Social.

Esse paradigma vai além do que restou anteriormente assentado pelo sistema jurídico norte-americano, o qual se notabilizou pela proeminência da constituição escrita dentre o universo das fontes jurídicas (*High Law*).

Reclama-se, na atualidade, mais do que um documento que contenha, em forma de rótulo, a inscrição do vocábulo constituição. Além disso, mostra-se indispensável, em seu conteúdo, a obediência a uma determinada ordem valorativa<sup>4</sup>. Não se mostrou à toa, portanto, a feliz síntese de Zagrebelsky:

O Estado constitucional é, justamente, isto: não um Estado que tem uma lei que chamamos constituição, mas o Estado que se constrói sobre um documento onde se espalham e se inscrevem os traços culturais mais profundos da sociedade<sup>5</sup>.

Procurando dissecar, sem tom exaustivo, quais os possíveis valores que devem sobressair para a delimitação de uma constituição democrática, Peter Häberle<sup>6</sup> aponta, numa

---

<sup>2</sup> Essa, por exemplo, é a impressão da qual compartilha Andrew Roberts (*A batalha de Waterloo – a última jogada de Napoleão*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2006. p. 12), apontando o início e o fim da centúria em 1689, com a Revolução Gloriosa, e em 1815, ao depois da batalha de Waterloo, respectivamente.

<sup>3</sup> Afigura-se interessante ver Eliseo Aja (Introducción al concepto actual de constitución. In: Ferdinand Lassalle (*Qué es una Constitución?*. Ariel: Barcelona, 2012. p. 12-23. Tradução de Wenceslao Roces)

quando reúne os tipos de constituições, conforme os diversos períodos do constitucionalismo e as suas características predominantes.

<sup>4</sup> Não se pode desconhecer que, nas primeiras constituições da modernidade, de que é exemplo a Constituição Estadunidense de 1787, com o acréscimo de emendas, bem como outros textos promulgados no século XIX, essa preocupação já se encontrava presente e se revelava mediante o tratamento conjunto da organização estatal e dos direitos fundamentais, embora estes se circunscrevessem, quase sempre, ao âmbito civil e político, com a finalidade de tutela da liberdade e da propriedade. Além do exemplo oriundo das Emendas I a XV à Constituição norte-americana, era possível vislumbrar essa tônica quanto ao alcance dos direitos fundamentais também com a Constituição Francesa de 1791 (Título I, arts. 1º a 3º), a Constituição da Monarquia Espanhola de 1812 (art. 4º) e, entre nós, com a Constituição de 1824 (art. 179, I a XXXV). É de se apontar a existência de alguns ressaibos de direitos sociais na Constituição jacobina do Ano I, de 24 de junho de 1793 (arts. 8º, 21 a 23), e na Constituição de 04 de novembro de 1848 (art. 13).

<sup>5</sup> “Lo ‘Stato costituzionale’ è per l’appunto questo: non uno Stato che ha una legge che chiamiamo costituzione, ma lo stato che si costruisce su un documento dove si riservano e si inscrevono i tratti culturali profondi della società” (*Il giudice delle leggi artefice del diritto*. Nápoles: Editoriale Scientifica, 2007, p. 44).

<sup>6</sup> *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000. p. 33-34. Tradução de Emilio Mikunda.

síntese, os seguintes: a) a dignidade da pessoa humana; b) o princípio da soberania popular; c) a existência de pacto que contenha a formulação de objetivos e valores de orientação, possíveis e necessários; d) o princípio da divisão de poderes; e) o Estado de Direito e o Estado social de Direito.

A Constituição promulgada em 05 de outubro de 1988, apesar das críticas que possam ser tributadas ao seu caráter sobremodo extenso e detalhista, abriga, numa densidade sem precedentes, uma dimensão valorativa que retrata as exigências tanto do presente quanto do futuro. Numa inversão topográfica, a ser vista como proposital, não mais iniciou o seu texto com a organização do Estado. Fê-la anteceder por um Título I – Dos Princípios Fundamentais, onde restam consagrados, dentre outros pontos, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), base nuclear dos direitos fundamentais, a cidadania, a soberania popular e o pluralismo político (art. 1º, I, II e V, e parágrafo único), a divisão de poderes (art. 2º); a definição de objetivos a serem alcançados (art. 3º, I a IV), os elementos de adesão ao Estado Social (art. 1º, IV), sem contar com a menção a balizas de comportamento no plano internacional (art. 4º, I a X, e parágrafo único).

Tal arquétipo condensa, sem dúvida, o que se pode chamar de uma ideologia da Constituição, sendo alvo de detalhamento nos vários títulos, capítulos e artigos, nos quais o seu texto se desdobra<sup>7</sup>.

Eis aí um primeiro traço. A constituição do Estado constitucional, porém, ainda se particulariza pela convicção de que deve ser vivenciada, ou seja, os seus preceitos hão de vincular a atuação dos seus operadores, o que se dá a partir não só dos agentes públicos, mas também dos diversos segmentos sociais. Não pode se resignar à condição de uma mera folha de papel.

É preciso, pois, que tenha sua normatividade colocada em prática, ou seja, vivenciada pelos seus destinatários. Por isso o recurso à jurisdição constitucional – quer pela criação de um tribunal ou corte constitucional, situado fora da organização judiciária, quer pelo crédito de confiança ao tribunal supremo do país, pois impossível desprezar a pioneira e exitosa experiência norte-americana – trasladou a tarefa de velar pela guarda da constituição a uma esfera distinta dos órgãos políticos (Parlamento e Governo). Se assim não fosse, por

---

<sup>7</sup> Oportuno lembrar Ivo Dantas (*Instituições de direito constitucional brasileiro*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001. p. 101-102) quando diz ser inegável que é o direito constitucional, nada mais, nada menos, do que a consagração jurídico-positiva de uma determinada ideologia, socialmente aceita, suscetível de variação no curso do tempo e que reflete os princípios adotados pelo constituinte.

exemplo, o legislador, representativo ou não, seria quem decidiria do ajuste à Lei Fundamental.

Sensata a percepção de Klaus Stern:

O Tribunal, como guardião da Constituição, é, portanto, uma expressão prática para a divisão do trabalho dos órgãos estatais. O Governo deve dirigir a política, o Parlamento criar as leis e o Governo supervisionar, o Chefe do Estado representar o conjunto do Estado e o Tribunal Constitucional garantir o normal cumprimento da Constituição. A jurisdição constitucional deve, portanto, auxiliar, assegurar a estabilidade constitucional, porém também ser a via para o desenvolvimento constitucional, sem permitir mudanças constitucionais permanentes<sup>8</sup>.

Noutra passagem, mais adiante, a propósito de enfatizar o liame entre poder e liberdade, assinala que a jurisdição constitucional exemplifica a consumação do próprio Estado constitucional, concluindo que: “Não é somente a lógica da Constituição e sua base jurídica suprema, como já disse, mas também uma lógica da relação entre o cidadão e seu Estado que é regulada através dos direitos fundamentais, pelos quais se lutaram amargamente”<sup>9</sup>.

A jurisdição constitucional – que vai além do controle de constitucionalidade das leis<sup>10</sup> – não foi esquecida do direito brasileiro. Desde a Constituição de 1891, é possível se observar a outorga, em favor do Judiciário, e cada vez com maior relevo ao Supremo Tribunal Federal, de competências destinadas à aferição do enquadramento dos comportamentos dos órgãos públicos e dos particulares aos ditames da Lei Maior. Especificamente quanto ao Supremo Tribunal Federal (art. 36, III, e art. 102, I, alíneas *a*, *p* e *q*, III, §1º), tem-se, além do recurso extraordinário, atualmente encorajado pela repercussão geral, a ação direta

<sup>8</sup> “El Tribunal, como guardián de la Constitución, es por tanto una expresión práctica para la división del trabajo de los órganos estatales. El Gobierno debe dirigir la política, el Parlamento crear las leyes y el Gobierno supervisar, el Jefe del Estado representar al conjunto del Estado y el Tribunal Constitucional garantizar el normal cumplimiento de la Constitución. La jurisdicción constitucional debe por lo tanto auxiliar, asegurar la estabilidad constitucional – pero también ser vía para el desarrollo constitucional sin permitir permanentes cambios constitucionales”. *Jurisdicción constitucional y legislador*. Madrid: Dykinson, 2009. p. 37. Tradução de Alberto Oehling de los Reyes.

<sup>9</sup> “No es solamente la lógica de la Constitución y su base jurídica suprema, como ya he dicho, sino también una lógica de la relación entre el ciudadano y su Estado que es regulada a través de los derechos fundamentales por los que han luchado amargamente” (*Loc. cit.*, p. 154-155).

<sup>10</sup> Nesse particular, advertiu José Alfredo de Oliveira Baracho (*Processo constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 112) que a jurisdição constitucional, além do controle da constitucionalidade das leis, projeta-se para a realização de outras tarefas, tais como: a) a tutela dos direitos fundamentais frente a quaisquer dos poderes públicos; b) a resolução de conflitos de atribuições entre os poderes do Estado; c) julgamento das atividades ilícitas dos titulares de órgãos constitucionais (justiça política); d) o controle da legitimidade dos partidos políticos; e) as funções de contencioso-eleitoral; f) a manutenção e garantia dos modelos federais.

interventiva, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, o mandado de injunção, a súmula vinculativa e a reclamação, tomo moldados como instrumentos que se projetam à guarda dos comandos constitucionais.

São, portanto, dois os traços indelévels do perfil constitucional que vem, progressivamente, expandindo-se nos diversos sistemas jurídicos. Um deles, de cunho substancial, relacionado a um componente dogmático, de matiz democrático. O outro, fiador da eficácia das normas sobranceiras, o qual é a jurisdição constitucional<sup>11</sup>.

## II O papel institucional do Supremo Tribunal Federal

O reconhecimento da supremacia das normas insertas na Constituição acarreta importantes consequências, justamente por, inicialmente, implicar vinculação da atividade dos órgãos públicos, de qualquer natureza, legislativos, administrativos e judiciais, ao seu texto e espírito.

Mas não é só. A Constituição vincula também as condutas a serem praticadas no cotidiano dos particulares. Os documentos constitucionais do presente, principalmente a contar do primeiro quartel do século, não se voltam preponderantemente ao dualismo da organização estatal e dos direitos fundamentais como meio de tutela contra a ação do Estado. Foram além, não somente para disciplinar os principais aspectos da vida econômica e social, mas igualmente para modelar condutas do indivíduo na seara familiar e cultural<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Numa perspectiva que se apresenta formalmente diferenciada, porém sem deixar de se assemelhar em conteúdo, Josep Aguiló Regla (*La constitución do Estado constitucional*. Lima-Bogotá: Temis, 2004. p. 50-53), ao aludir ao Estado constitucional, descortina -o por ser um sistema político-jurídico onde se perfazem as características seguintes: a) contar com uma constituição rígida, isto é, diferenciada formalmente da lei ordinária; b) responder referida constituição às pretensões normativas do constitucionalismo político, consubstanciadas na limitação do poder e na garantia dos direitos, assumindo os valores e fins do constitucionalismo como ideologia; c) ser a constituição formal praticada, o que, noutras palavras, significa a sua consolidação como uma prática jurídica e política que permita afirmar que, de fato, seja capaz de produzir a estabilização das condutas jurídicas e políticas da comunidade e, assim, desempenhar seu papel na identificação da unidade e da continuidade do sistema jurídico-político.

<sup>12</sup> Essa tendência ganhou desenvolvimento com a Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919, em cuja Parte Segunda, relativa aos direitos e deveres fundamentais dos alemães, constam fragmentos inerentes à vida social (Seção II) e à vida econômica (Seção V). Entre nós, o fenômeno teve seu início com a Lei Maior de 16 de julho de 1934, cujo Título IV versou sobre a ordem econômica e social, bem como o Capítulo I do Título V, dedicado à família. De notar que, na doutrina pátria, o tema ganhou percuciente análise por Paulo Gonet Branco (*Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais*. In: *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 169-180. MENDES, Gilmar Ferreira; COLEHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet).

O alargamento da matéria constitucional foi notável, repercutindo por influenciar o próprio conceito de constituição. Este não mais pôde se restringir à disciplina das linhas gerais da estrutura do Estado. As relações jurídicas integrantes do direito privado, de modo igual, submetem-se aos diplomas magnos. Daí porque passaram a preponderar concepções a considerá-la como a ordem jurídica global da comunidade, conforme se tem em Hesse<sup>13</sup>.

Disso resulta que, nos dias atuais, a constituição deve ser observada como norma-marco do ordenamento jurídico, cujos preceitos demarcam as competências, os limites, direitos e deveres dos órgãos públicos e dos particulares. Todos os segmentos da província jurídica, indistintamente os que, didaticamente, venham a integrar o direito público ou direito privado, têm suas balizas enunciadas pela normatividade constitucional.

É certo que, em levando a cabo essa tarefa, as normas constitucionais, quando confrontadas com as leis, contêm regras de menor densidade e precisão. Mas isto não quer dizer que os comandos veiculados pela constituição não devam atender aos ditames da clareza, pois, em assim sendo, é o mesmo que atribuir à discricção do órgão de jurisdição constitucional o direito de determinar, sem limites, o conteúdo dos princípios e regras sobranceiros.

Por isso – adverte Christian Starck<sup>14</sup> – que a estrutura das normas constitucionais há de ser tal, de modo a permitir o desenvolvimento, em concreto, de uma margem livre de atuação em favor dos órgãos públicos, com destaque para o legislador.

Mas isso não retira, pelo contrário, somente contribui para ressaltar o elevado papel da interpretação que incumbe ao tribunal ou corte constitucional, uma vez ser através dele é que se manifesta a natureza normativa da constituição, impondo a observância das diretrizes que o constituinte pré-fixou, podendo, quando necessário for, atuar para seu aperfeiçoamento. Neste particular, impõem-se maiores cautelas, pena de se aportar num ativismo ilimitado e, dessa maneira, violar a própria constituição, por desrespeitar o espaço que esta traçou ao legislador. Daí a elevada importância da motivação dos julgamentos – Esta, sim, um dos mais importantes fatores de legitimidade da sua atividade<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Constitución y derecho constitucional. In: *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 5. Tradução de Antonio López Pina. Coord.: BENDA, Ernesto; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Juan J.; HESSE, Conrado; HEYDE, Wolfgang.

<sup>14</sup> *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*. Madri: Dykinson, 2011. p. 31. Tradução de David García Pazos.

<sup>15</sup> Para Mauro Cappelletti (Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 624-625. Louis Favoreu et al.) um dos argumentos que sustém a legitimidade da justiça constitucional está em que,

A relevância da missão do tribunal incumbido de velar pela guarda da constituição é ressaltada de há muito, inclusive entre nós. Tanto assim que Barbalho, logo aos primeiros instantes da Constituição de 1891, já vislumbrava esse aspecto<sup>16</sup>.

Ao exercer a sua atividade, na qualidade de intérprete autorizado da constituição, pois não é outro o sentido a ser extraído do teor dos arts. 102 a 103-A da Lei Maior vigente, torna inevitável que, nalgumas vezes, incursione o Supremo Tribunal Federal na seara política.

Isso, para Otto Bachof<sup>17</sup>, decorre não somente pelo alcance das decisões tomadas pelo tribunal constitucional, mas, de maneira igual, pela circunstância da constituição conter, em seu texto, ao invés de disposições detalhadas, cláusulas gerais e conceitos axiológicos, carecedores de sentido. Desse modo, ao operar com conceitos como igualdade, dignidade e livre desenvolvimento da pessoa humana, Estado social, entre outros, surge para o intérprete possibilidade de interpretações diversas, bem como a necessidade de, para que seja alcançado o entendimento mais adequado, recorrer-se a valorações políticas.

Ao assim atuar, o tribunal constitucional não se insere – ou, pelo menos, deve se abster de se inserir – no jogo político, para o fim de favorecer a manutenção de determinado grupo ou partido político no exercício do governo. Não deixa – nem poderá deixar de fazê-lo – de atuar jurisdicionalmente.

Zagrebelsky<sup>18</sup>, numa feliz distinção, faz evocar o *pactum societatis* e o *pactum subiectionis*, extraindo daí uma dupla significação do vocábulo política. Ao primeiro, ou seja, ao *pactum societatis*, está afetada uma ideia da política como uma atividade voltada a facilitar

---

contrariamente à prática dos parlamentos, os tribunais constitucionais, ou cortes superiores, cultivam o hábito de motivar as suas decisões em pronunciamentos escritos acessíveis ao público e que, longe se limitarem a expor simples declarações do conteúdo da lei, conservam um enorme valor à medida que supõe um esforço para garantir que suas deliberações não resultam do capricho, da idiossincrasia, ou das predileções subjetivas dos seus integrantes, mas sim de um empenho para que possam permanecer fiéis “ao sentido da justiça e da equidade da comunidade”. Graças a tal prática, é possível se obter uma interação entre tribunais e opinião pública.

<sup>16</sup> Disse, na ocasião, o autor: “O carácter, attribuido ao Supremo Tribunal Federal, de guarda e oraculo da Constituição nos assumptos submettidos a seo conhecimento e juízo, assina-lhe tamanha proeminência e é encarado como tão salutar, que a principio deo logar a que, por mal comprehender-se o modo porque elle desempenha essa grandiosa função, se lhe fizessem pedidos directos de interpretações e consultas sobre intelligencia de disposições legaes” (*Constituição Federal Brasileira*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002. p. 235).

<sup>17</sup> Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política. *Boletín mexicano de derecho comparado*, ano XIX, número 57, p. 842-843, setembro/dezembro de 1986.

<sup>18</sup> *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Madrid: Editorial Trotta, 2008. p. 39-40. Tradução de Manuel Martínez Neira.

a convivência, a união. Diversamente, para o *pactum subiectionis* se reservou uma acepção da política como sendo uma competição manifestada entre partes, isto é, mais precisamente como luta para alguém se impor ao governo como objeto de disputa.

Daí o autor assentar a possibilidade de se cogitar, no particular do tribunal constitucional, como um órgão que se encontra inserido dentro ou fora da política. Compreendida esta como sendo uma atividade dirigida à convivência, é forçoso notar que aquele se acha incluído na política, o que não se verifica caso se entenda a política em seu perfil de disputa entre grupos para a assunção e a gestão do governo.

Por isso, quando uma corte constitucional, ou um tribunal situado à cúpula do Judiciário, como é a situação vivenciada pelo Supremo Tribunal Federal, aprecia, numa sociedade em constante e cada vez mais transformação, temas de relevância, e o faz à base de cláusulas conceitos abertos, habitantes do texto constitucional, adentra, inelutavelmente, na seara política.

Não é à toa que Luís Roberto Barroso<sup>19</sup>, em reconhecendo a insuficiência da dogmática jurídica, aponta que os tribunais não podem ser considerados simples guardiães de um direito que não sente a influência da realidade, de modo que as soluções para os problemas nem sempre se acham prontas no ordenamento, necessitando muitas vezes de serem construídas argumentativamente pelos magistrados, situações nas quais os valores pessoais e a ideologia do intérprete podem se apresentar como decisiva<sup>20</sup>.

Não se pode, então, desconhecer que o Supremo Tribunal Federal, mesmo com uma infinidade de competências – muitas das quais alheias e, porventura, capazes de apequenar o que se espera de um defensor da constituição – vem, nos quase vinte e cinco anos de vigência do diploma de 1988, defrontando-se com o exame de temas de relevo que antes, nestas plagas, não frequentavam a liça judicial.

---

<sup>19</sup> Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista de Direito do Estado*, ano 6, nº 21, p. 111 e 122, jan./dez. de 2011.

<sup>20</sup> A afirmação – que é inteiramente procedente – sintoniza-se com Miguel Beltrán de Felipe e Julio V. González García, por ocasião de estudo preliminar a uma obra sobre jurisdição constitucional (*Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos da América*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 74), quando relembram diálogo entre o então *Chief Justice* Charles Hughes e Juiz William Douglas, no qual o primeiro declara que noventa por cento das sentenças da Suprema Corte dos Estados Unidos foi resultado do emocional, funcionando o elemento racional para fornecer argumento para a motivação das respectivas convicções. Em resposta, Douglas, que foi o magistrado que mais tempo permaneceu na referida Corte (1939 a 1975), disse que suspeitava que tanto os estados de ânimos quanto as mentes estavam presentes nas decisões do Tribunal Supremo, porém nunca quis admitir, nem mesmo intimamente, que assuntos como o devido processo legal, liberdade de expressão, entre outros, tivessem nas rações viscerais dos juízes constitucionais o principal ingrediente de suas decisões.

A redemocratização assim propiciou e ao Pretório Excelso coube analisar questões como o direito à vida (aborto anencefálico)<sup>21</sup>, os limites da pesquisa científica (células tronco)<sup>22</sup>, a liberdade de expressão<sup>23</sup>, o controle jurisdicional de políticas públicas<sup>24</sup>, os princípios da Administração Pública<sup>25</sup>, a inconstitucionalidade por omissão<sup>26</sup>, a questão político-eleitoral<sup>27</sup>, ao direito de família<sup>28</sup>, para somente citar algumas delas.

No entanto, seja pela exiguidade do tempo, ou, igualmente, pela amplitude ensejada pela temática investigada, a nossa abordagem circunscrever-se-á aos problemas, que parecem eternos, acarretados pela luta em favor do tratamento jurídico igualitário. Isso a partir de uma retrospectiva no tempo, a qual desaguará num olhar – inevitável, diga-se – para o futuro.

### III Igualdade: visões tradicionais

A noção de Estado de Direito, no qual as leis devem governar os homens, é de formulação recente. Decorreu, conforme inicialmente ressaltado, dos movimentos políticos inauguradores do constitucionalismo e cuja preocupação se centrava na limitação do poder, então simbolizado pelo absolutismo dos soberanos e pelos direitos feudais.

As balizas retoras se assentaram na legalidade e na igualdade.

Por isso, é de se destacar tanto na revolução dos ingleses puritanos quanto na dos franceses, mais do que tudo, uma reação a um modelo que dominava a realidade de então. Consistia esta na aceitação da ideia de que o rei, na qualidade de representante de Deus perante a sociedade, aglutinava em torno de si a fonte do direito.<sup>29</sup>

<sup>21</sup> Pleno, ADPF 54 (QO), rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 30.08.2007.

<sup>22</sup> Pleno, ADI 3510, rel. Ayres Britto, DJe de 27.05.2010.

<sup>23</sup> Pleno, ADPF 130, rel. Min. Ayres Britto, DJe de 05.11.2009.

<sup>24</sup> Segunda Turma, ARE 639337 (AgRg), rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23.08.2011.

<sup>25</sup> Pleno, RE 579551, rel. Min. Ricardo Lewnadowski, DJe de 23.10.2008.

<sup>26</sup> Pleno, ADI 4650, rel. Min. Luiz Fux, DJe de 23.02.2016.

<sup>27</sup> Pleno, ADI 4430, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 26.06.2012.

<sup>28</sup> Pleno, ADI 4277 e ADPF 132, rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 05.05.2011.

<sup>29</sup> Nesse sentido, precisa a observação de Michael Stolleis: “O príncipe é o representante terreno de Deus. Seu olho vela pelos súditos da mesma maneira que o olho de Deus faz com os homens” (El príncipe es el representante terrenal de Dios. Su ojo vela por los súbditos de igual modo que el ojo de Dios lo hace con los hombres. *El ojo de la ley – Historia de una metáfora*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 40. Tradução de Federico Fernández-Chehuet López). Logo em seguida, aponta o autor que essa realidade encontrava simbolismos, merecendo destaque o emblema solar de Luís XIV, no qual, numa fronteira da blasfêmia, príncipe e Deus se fundem. A onipotência do poder régio teria chegado a produzir em França uma máxima corrente, segundo a qual toda pessoa estaria, nalguma medida, obrigada para com o rei e este não estaria, por sua vez, obrigado para com ninguém (*chacun tient du Roy, le Roy ne tient de personne*).

Daí que o desejo dos revolucionários foi então o de repelir que a fonte do direito estivesse num âmbito transcendental à comunidade, demonstrando, ao inverso, que estaria nesta, a ser materializada pela vontade geral.

Portanto, a tônica do momento foi a de assentar que a vontade popular, para a qual se deslocava a noção de soberania, depositava sua confiança na lei, cujos comandos deveriam ser gerais, para o fim de assegurar a igualdade, tão solapada pelas leis singulares ou de privilégio, que favoreciam, de maneira extremada, a nobreza e o clero.

De fato, a desigualdade entre as classes da sociedade de então, situando-se em um dos lados a nobreza e o clero, manifestava-se nos mais diversos campos. Na tributação, gerava tremendas injustiças. A situação francesa nos fornece uma prova disso. Investigação levada a cabo por George Rudé<sup>30</sup> aponta que o camponês suportava carga pesada de impostos, estando obrigado ao pagamento de dízimo em favor da Igreja. Em prol do Estado, deveria quitar o *taille* (imposto direto sobre os rendimentos e a terra), *vingtième* (imposto do vigésimo sobre os rendimentos), *capitation* (imposto *per capita* sobre o rendimento) e a *gebelle* (imposto sobre o sal). Já em benefício do senhor da propriedade aquele se encontrava sujeito a uma série de obrigações, compreendendo serviços e pagamentos, os quais iam desde a *corvée* (trabalho forçado nas estradas) e os *cens* (renda feudal em dinheiro) até ao *champart* (renda em mercadorias colhidas) e aos *lods et vents* (imposto sobre a transferência da propriedade).

E, em agravando a situação, os membros da nobreza, seja a de espada (*noblesse d'épée*), ou de robe ou de túnica (*noblesse de robe*)<sup>31</sup>, usufruíam duma liberdade considerável no que concernia ao pagamento de impostos. Estavam inteiramente imunes ao pagamento da *taille* e, numa medida considerável, beneficiavam-se pelo pagamento com redução do *vingtième* e da *capitation*. Já o clero honrava suas obrigações com o tesouro através do pagamento, em percentagem reduzida sobre sua renda, do que se chamava *don gratuit* ou regalo voluntário.

A ausência de isonomia prosseguia no âmbito da Administração onde os principais cargos civis e postos militares estavam reservados à nobreza, sendo privativos desta os postos

---

<sup>30</sup> *La Revolución Francesa*. Buenos Aires: Ediciones B Argentina, 2004. Volume 1, p. 19-21. Tradução de Anibal Leal.

<sup>31</sup> A nobreza de espada era a tradicional, surgida em face de sua importância militar em favor da realeza, enquanto a outra, a de robe, mais jovem, tinha sua composição pelos burgueses ricos que, a contar do Século XVII, passaram a adquirir direitos hereditários da nobreza mediante a compra de cargos ou postos na burocracia régia.

nos parlamentos<sup>32</sup>. Os privilégios oriundos da subsistência dos direitos feudais ainda se espraiavam na seara criminal<sup>33</sup> e pela possibilidade de impor sujeições<sup>34</sup>. Até nos costumes e usos sociais a discriminação produzia a sua marca<sup>35</sup>.

Por isso, a aspiração à igualdade, num primeiro instante, coincidente com o vivenciado pelo Estado Liberal de Direito, guardava intensa conexão com o conceito de lei que se propunha, baseado na exigência de generalidade e abstração de seu texto, pois somente assim poder-se-ia se afastar os privilégios em favor de determinados segmentos, por si já mais favorecidos. Assim, um mandamento particularizado, dirigido a reger a situação de alguns indivíduos, frustraria a justiça que resultaria da noção de igualdade<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> Vale recordar o *Édit de Ségur*, de 22 de março de 1781, o qual exigia, para o acesso ao posto de capitão, que o interessado apresentasse ao genealogista real documentos que evidenciassem quatro graus de nobreza do lado paterno, além da dispensa, nessa situação, de prévio serviço militar ou de frequência a estudos em escola militar.

<sup>33</sup> Mais uma vez em Voltaire (*O preço da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. O livro foi escrito em 1777), tem-se um libelo, com pitadas satíricas, do direito penal do Antigo Regime, enfocando-se, em passagem às fls. 17, a desigualdade quanto à sujeição penal, conforme a condição pessoal do infrator. Dela destaca-se o ponto no qual diz: “Na Polônia, até os últimos tempos, qualquer fidalgo, *elector regum et destructor tyrannorum*, podia assassinar nobremente um lavrador, um servo da gleba, por cerca de trinta francos de nossa moeda”.

<sup>34</sup> Em prefácio à obra de Thomas Hobbes (*Diálogo entre um filósofo e um jurista*. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 11-12. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino), Renato Janine Ribeiro nos dá conta de que, diante do direito de caçar, atribuído aos reis e aos senhores feudais, aos plebeus era proibido matar animais selvagens que, escapando da perseguição dos seus caçadores, adentravam em suas terras.

<sup>35</sup> É conhecido o entrevero entre o Cavaleiro de Rohan e Voltaire, em cujo desfecho aquele ordenou a seus lacaios que surrassem o escritor à porta do palácio do Duque de Sully, assistindo o mandante, impassível, a cena de sua carruagem. Voltaire chegou a esboçar o desejo de se bater em duelo com o seu opositor, mas em vão, tendo em vista que um nobre não poderia se rebaixar cruzando ferros com um simples homem de letras. O fato está narrado em livro sobre a vida do filósofo (*Voltaire – cartas iluministas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 25. Seleção, organização e notas de André Telles e Jorge Bastos).

<sup>36</sup> Esse liame, então verificável entre o conceito de lei e a isonomia, constituiu alvo de intensa observação de Carl Schmitt: “O Estado burguês de Direito se baseia na liberdade e na igualdade dos cidadãos. Já foi dito antes, no 2, que o conceito de liberdade burguesa pressupõe o conceito de lei que aqui temos designado como próprio do Estado de Direito. Mas também o conceito de *igualdade*, bem entendido, conduz à mesma concepção da lei. Quase todas as Constituições dizem hoje que <<todos os cidadãos são iguais ante a lei>>. (...) Igualdade diante da lei significa não somente aplicação igual da lei promulgada, mas proteção contra quebrantamentos, dispensas e privilégios, qualquer que seja a forma de que surjam. Do amplo campo das questões litigiosas a que o postulado da igualdade ante a lei tem conduzido, interessa recolher aqui uma: a igualdade ante a lei é imanente ao conceito de lei próprio do Estado de Direito, ou seja, lei é somente a que contém em si mesma a possibilidade de uma igualdade, sendo, assim, uma norma geral. Diante de um mandamento particular, não existe igualdade nenhuma, porque aquele está determinado em seu conteúdo pela situação individual do caso concreto, enquanto que a lei no sentido do Estado de Direito significa uma regulação normativa, dominada pela ideia de justiça, e cuja igualdade significa justiça. O conceito, bem compreendido, de igualdade, está inseparavelmente ligado ao conceito, bem compreendido, de lei” (El Estado burgués de Derecho se basa en la libertad y en la igualdad de los ciudadanos. Ya se dijo antes, en 2, que el concepto de libertad burguesa presupone el concepto de ley que aquí hemos designado como propio del Estado de Derecho. Pero también el concepto de *igualdad*, bien entendido, conduce a la misma concepción de la ley. Casi todas las Constituciones dicen hoy que <<todos los ciudadanos son iguales ante la ley>>. (...) Igualdad ante la ley significa no sólo aplicación igual de la ley emitida, sino protección contra

A igualdade pressupõe um tratamento jurídico idêntico para todos os integrantes da coletividade, o que deveria ser concretizado pela lei geral, restando banidas as diferenciações fundadas no nascimento. Requeria-se a igualdade perante a lei, resultando daí que a legislação penal, tributária, processual, entre outras, fosse indistinta para todos os membros da coletividade.

Almeja-se dizer, portanto, que a acepção atribuída à igualdade consistiu, primeiramente, na tentativa de se impor uma uniformidade de tratamento jurídico aos cidadãos.

O Supremo Tribunal Federal vem acatando o princípio nessa sua formulação mais tradicional. Destaque-se, a título exemplificativo, a mudança de entendimento quanto à subsistência do foro por prerrogativa de função, que implicou a revisão da Súmula 394<sup>37</sup>. Em seguida, o reconhecimento da inconstitucionalidade da extensão, para fins de julgamento das ações de improbidade administrativa, do juízo competente para julgar os agentes políticos por crimes<sup>38</sup>, bem assim a criação, em constituições estaduais, de novas hipóteses de foros especiais que, dessa forma, redundariam em privilégios.

Prosseguindo em seu ciclo evolutivo, a isonomia passa a reclamar não somente que a lei valha para todos, mas que esta, ao esboçar os seus conteúdos, proceda a um tratamento uniforme das situações a que se dirige. Com isso, não se rejeitam – antes se admitem – distinções. No entanto, exigível que estas se mostrem, à luz do caso concreto, justificadas, ou melhor, razoáveis.

Esse modo de ver ganhou reforço com a Emenda V à Constituição norte-americana, mediante o desenvolvimento da cláusula do devido processo legal, vinculando-se, com isso, a atuação federal e, posteriormente, com a Emenda XIV, a qual, ao estender o *due process of*

---

quebrantamientos, dispensas y privilegios, cualquiera que sea la forma en que surjan. Del amplio campo de las cuestiones litigiosas a que ha conducido el postulado de la igualdad ante la ley interesa recoger aquí una: *la igualdad ante la ley es immanente al concepto de ley propio del Estado de Derecho*, es decir, ley es sólo la que contiene en si misma la posibilidad de una igualdad, siendo, así, una norma general. Ante un mandato particular no hay igualdad ninguna, porque está determinado en su contenido por la situación individual del caso concreto, mientras que la ley en el sentido del Estado de Derecho significa una regulación normativa, dominada por la idea de la justicia, y cuya igualdad significa justicia. El concepto bien entendido de igualdad está inseparablemente ligado al concepto bien entendido de ley. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2011, p. 213. Versão para o espanhol de Francisco Ayala).

<sup>37</sup> Pleno, Inquérito 687 (QO), v.u., rel. Min. Sydney Sanches, DJu de 09.11.2011.

<sup>38</sup> Pleno, ADI 2797, mv, rel. Sepúlveda Pertence, DJU de 19.12.2006. Na assentada, foram considerados inconstitucionais os §§1º e 2º acrescidos ao art. 84 pela Lei 10.628/2002, os quais prorrogavam o foro criminal por prerrogativa de função aos processos instaurados ao depois de cessada a investidura no cargo, bem como estendia para o julgamento das ações civis destinadas à apuração de ato de improbidade administrativa o foro criminal decorrente das prerrogativas do cargo do agente público.

*law* aos Estados, fê-lo de modo mais específico, ao aludir, às expressas, à igual proteção das leis.

Com isso, mostra Christopher Wolfe<sup>39</sup> que a isonomia ganhou foros de uma igualdade razoável, isto é, converteu em norma a igualdade legislativa, salvo se existirem motivos razoáveis, para o fim de se tratar desigualmente pessoas em similar situação.

Essa tendência influenciou a doutrina pátria, tendo alcançado, de há muito, destaque na pena de San Tiago Dantas, para quem pelo critério da “*racionalidade da classificação*”, abre ao Poder Judiciário a porta por onde lhe vai ser dado examinar o próprio mérito da disposição legislativa; repelindo como *undue process of law* a lei caprichosa, arbitrária no diferenciar o tratamento jurídico dado a uma classe de indivíduos, o tribunal faz o cotejo da lei especial com as normas gerais do direito, e repele o direito de exceção que não lhe parece justificado”.

De forma semelhante, para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>40</sup> o ponto nuclear para aferição da correta aplicação do princípio da isonomia se encontra no investigar, de um lado, aquilo que é escolhido como critério de discriminação e, de outro, se há ou não justificativa racional para, considerada a situação concreta, atribuir-se o tratamento jurídico específico.

Em escrito posterior à Lei Maior vigente, essa concepção persistiu com Luís Roberto Barroso<sup>41</sup>, para quem o princípio da razoabilidade, sendo um padrão a informar os atos do Poder Público, exige que estes sejam conforme a razão, equilibrados, moderados, traduzindo repulsa àquilo que seja arbitrário ou caprichoso. Não descarta o vínculo existente entre a razoabilidade e o princípio do tratamento igualitário, razão pela qual o elemento empregado

---

<sup>39</sup> *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Civitas, 1991. p. 193. Tradução de María Gracia Rubio de Casas e Sonsoles Valcácel. A esse respeito, noticia Toni M. Fine (*Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 30. Tradução de Eduardo Saldanha) quando, em sintetizando o entendimento dos tribunais norte-americanos, apresenta uma categorização tripartite. Daí se tem situações, quais sejam aquelas onde há o recurso a uma distinção suspeita, mais precisamente quanto à raça ou à nacionalidade, onde prevalece um critério mais rígido (*strict scrutiny*), a reclamar a demonstração de que a classificação é indispensável para se promover um interesse governamental imperativo. Noutros casos, nos quais o critério diferencial versa sobre gênero ou idade, aplica-se o escrutínio intermediário, demandando-se que aquele tenha uma relação substancial com uma finalidade governamental importante. Finalmente, para outros assuntos, dentre os quais, a disciplina da economia, o exigível é que a classificação comporte uma relação racional (*rational basis*) frente a um interesse governamental legítimo que aquela pretende promover.

<sup>40</sup> *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. Interessante passagem do autor, empregada à guisa de remate: “Então, no que atina ao ponto central da matéria abordada procede afirmar: é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto” (*loc. cit.*, p. 49).

<sup>41</sup> *Interpretação e aplicação da constituição*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 224 e 243-244.

para se efetuar uma discriminação tem de ser relevante e ínsito às pessoas diferenciadas, mantendo-se uma adequação de meio e fim<sup>42</sup>.

O Supremo Tribunal Federal se tem mantido vigilante em aferir a legitimidade das discriminações à luz de sua razoabilidade verificada frente a uma situação concreta. São inúmeros os arestos, sendo de ressaltar que uma sede propícia para tais alegações foi a dos concursos públicos.

Numa das situações de maior frequência, resultou no afastamento do critério etário como condicionante da admissão no serviço público, excetuadas as situações nas quais puder aquele se sobressair como justificado<sup>43</sup>. Da mesma maneira, ocorreu com a escolha de outros requisitos, tais como a altura<sup>44</sup>. Ainda de ressaltar o reconhecimento da inconstitucionalidade da consideração desproporcional de títulos em face do anterior exercício de cargo público<sup>45</sup>.

Mesmo sabendo que a menção detalhada dos julgados onde questão similar se mostraria inviável, em face do seu elevadíssimo número, tributado ao despertar do cidadão brasileiro em direção da efetividade de uma nova ordem jurídica, o que aconteceu a partir da promulgação da Constituição de 1988, não poderia aqui ser olvidada referência a um julgamento recente, o qual se desenrolou por ocasião de Questão de Ordem na EXT 947<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> De notar a abordagem que faz Marco Bruno Miranda Clementino (As demandas repetitivas de direito público e o princípio da procedimentalização da isonomia. *In: As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro*. Brasília: ENFAM, 2016, p. 49. Coord.: MORAES, Vânia Cardoso André de), a partir da realidade pátria, influenciada pelo fenômeno da litigiosidade de massa e das demandas repetitivas, ao chamar atenção para o princípio da procedimentalização da isonomia, de lastro constitucional (art. 5º, *caput*, CF), o qual se dirige ao legislador, impondo-lhe observar a igualdade na definição da legislação processual, com a proibição de criar regras procedimentais que induzam quebra de isonomia e obrigando-o a elaborar regras adequadas para a garantia daquela. Menciona como seu destinatário o juiz, vedando-lhe construir interpretação que produza resultado anti-isonômico. Prosseguindo, acentua que a não observância do tratamento igualitário é atentatória da segurança jurídica: “Quando se oferecem respostas diferentes para problemas iguais sem fundamento justificável, a tendência é que não haja conformação com a decisão judicial, colocando em xeque a estabilidade do sistema judiciário e a legitimidade democrática da prestação jurisdicional” (*loc. cit.*, p. 50).

<sup>43</sup> No particular, adveio a edição da Súmula 683: “O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”.

<sup>44</sup> No RE 150455 (Segunda Turma, v.u., rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 07.05.1999), deliberou-se que, ao se estabelecer a altura como critério para ingresso no serviço público, faz-se imperioso que se perquiria a sua sintonia com as atribuições a serem exercidas pelo futuro servidor. No caso concreto, tratava-se de concurso para o cargo de escrivão de polícia, razão pela qual, contrariamente ao que ocorreria se a hipótese fosse de agente, não se poderia cogitar da indispensável correlação, uma vez a atividade em causa ser de natureza escriturária.

<sup>45</sup> Primeira Turma, AI-AgRg 830011, v.u., rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 26.06.2012.

<sup>46</sup> Pleno, mv, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 28.05.2014.

A situação fática teve sua origem no deferimento de pedido de extradição, formulado pelo Paraguai, cujo cumprimento ficou condicionado à execução da condenação, que incidiu em pena privativa da liberdade, no território nacional. Depois de cumpridos mais de nove anos em regime fechado, o condenado formulou pleito de progressão de regime, o qual foi indeferido pelo juízo de execução penal de Joinville (SC). Embora com divergência, o Pretório Excelso, apesar de ter indeferido pleito de revogação da prisão preventiva, concedeu habeas corpus de ofício, para o fim de determinar ao juízo de execução penal fosse apreciado pedido de progressão, invocando, para tanto, o princípio da igualdade.

Aspecto de interesse na presente decisão é que ela considera, antes de tudo, a dignidade da pessoa humana como fator de igualação entre nacional e estrangeiro<sup>47</sup>.

Outro ponto interessante é o de que, ao avaliar a arbitrariedade ou não do *discrímén*, o Supremo Tribunal Federal deixou assentado, em mais uma oportunidade, que tal conclusão não pode ser tomada unicamente em face de critérios meramente jurídicos, abstraindo-se da consideração de critérios tomados da realidade. Isso é suscetível de visualização no RE 204.193 - 9 - RS<sup>48</sup>, onde se assentou a impossibilidade de extensão automática, por força do cânon da isonomia, do direito à pensão em favor de viúvo, exigindo-se, ao contrário, lei específica. O caso versava sobre o sistema de previdência social do Rio Grande do Sul que, de acordo com o art. 9º da Lei 7.672/82, excluía da condição de dependente o marido sadio.

Percebe-se da motivação do voto-condutor o argumento no sentido de considerar que, diante das condições de organização de nossa sociedade, sempre predominou a característica do cônjuge-varão na qualidade de provedor do sustento da família, situação que, muito embora venha hodiernamente se alterando, ainda não chegara inteiramente a se modificar.

O mesmo sucedeu quando da análise da compatibilidade vertical da Lei 11.340/2006 que previu tratamento penal diferenciado da mulher em casos de violência doméstica. Por isso, nos autos da ADC 19 - DF<sup>49</sup>, o Supremo Tribunal Federal ratificou a constitucionalidade dos arts. 1º, 33 e 41, do referido diploma.

---

<sup>47</sup> Sobre esse aspecto, Pablo Pérez Tremps (*Escritos sobre a justiça constitucional*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2005. p. 111-112) timbra em salientar que a condição de estrangeiro, intimamente vinculada à soberania, vem deixando de constituir óbice à fruição de direitos fundamentais, sendo notar que, em face da consideração universal destes, aos alienígenas são reconhecidos os direitos relacionados com a natureza e a dignidade humana.

<sup>48</sup> Pleno, v.u., rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 31.10.2002.

<sup>49</sup> Pleno, v.u., rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 29.04.2014. Dentre os vários pronunciamentos explicitados na assentada, extrai-se do voto da Min. Rosa Weber o trecho seguinte: "Nessa ordem de ideias, impende ter em

#### IV A igualdade em sua feição positiva: um problema pendente de solução.

É próprio daquilo que se situa dentro do âmbito científico a sua evolução com o passar do tempo, muito embora sem a perda de uma essência que lhe é peculiar. Assim também ocorre com a igualdade.

Por isso, não se pode perder de vista que, nos quadrantes do Estado Constitucional, o qual supera o Estado Liberal de Direito, diante de seu compromisso entre liberdade e solidariedade, tem se proporcionado o surgimento de outra dimensão da igualdade. Alguns, como é o caso de Jorge Miranda<sup>50</sup>, denominam-na de igualdade positiva em contraposição ao que, tradicionalmente, é concebido como igualdade negativa.

Ao depois de mencionar que o sentido primário do princípio é o negativo, consubstanciado na vedação de privilégios e discriminações, o autor aponta que mais rico e, ao mesmo tempo, mais exigente é o seu sentido positivo, o qual tem como traços característicos o: a) tratamento igual de situações iguais; b) tratamento desigual de situações desiguais, mas substancial e objetivamente desiguais; c) tratamento em moldes de proporcionalidade das situações relativamente iguais ou desiguais; d) tratamento das situações como devem existir, de acordo com os padrões da constituição material, acrescentando-se um componente ativo, de maneira a converter a igualdade perante a lei em igualdade através da lei.

---

mente o amplo reconhecimento do fato de que, uma vez marcadas, em uma sociedade machista e patriarcal como a nossa, as relações de gênero, pelo desequilíbrio de poder, a concretização do princípio isonômico (art. 5º, I, da Lei Maior), nessa esfera – relações de gênero – reclama a adoção de ações e instrumentos afirmativos voltados, exatamente, à neutralização da situação de desequilíbrio. Com efeito, a Constituição expressamente confere à mulher, em alguns dispositivos, tratamento diferenciado, protetivo, na perspectiva de, nas palavras da Ministra Cármen Lúcia, ‘*acertar, na diferença de cuidado jurídico, a igualação do direito à dignidade na vida*’ (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. Belo Horizonte: Editora Ler, 1990. p. 75). Assim, foi por ter presente a constatação da história de desfavorecimento à mulher no mercado, foram estabelecidos incentivos específicos para proteção do mercado de trabalho da mulher. Da mesma forma, a Constituição assegura à mulher, no art. 201, §7º, I e II, aposentadoria com menor tempo de contribuição e menor idade, em comparação ao homem. E, enquanto o art. 10, §1º, do ADCT, disciplinando provisoriamente a licença-paternidade prevista no art. 7º, XIX, da CF, fixa-lhe a duração de cinco dias, a licença à gestante, nos termos do art. 7º, XVIII, não será inferior a cento e vinte dias. Entendo que uma efetiva igualdade substantiva de proteção jurídica da mulher contra a violência baseada em gênero exige atuação positiva do legislador, superando qualquer concepção meramente formal de igualdade, de modo a eliminar os obstáculos, sejam físicos, econômicos, sociais ou culturais, que impedem a sua concretização. Quando o ponto de partida é uma situação indesejável de desigualdade de fato, o fim desejado da igualdade jurídica (art. 5º, *caput* e I da CF), materialmente, somente é alcançado ao se conferir aos desiguais tratamento desigual na medida da sua desigualdade.”

<sup>50</sup> *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Título IV, p. 238-240.

Outros, como se tem em Antonio Enrique Pérez Luño<sup>51</sup>, utilizam a nomenclatura de discriminação inversa ou discriminação positiva e que consiste, no dizer do autor, na aplicação de medidas tendentes a derrogar garantias de igualdade formal em nome de reclamos de igualdade substancial, os quais são reputados como prevalecentes.

Aludindo às expressões discriminação reversa, ou inversa, Paulo Gonet Branco<sup>52</sup> diz ser aquela que resulta em selecionar, previamente, uma categoria de pessoas para receber determinados bens ou que, se assim não fosse, seria objeto de disputa por uma coletividade mais ampla. O que a singulariza e que, por isso, a torna alvo de controvérsias, é a circunstância de que o favorecimento de um grupo acarreta, necessária e imediatamente, a exclusão de outro<sup>53</sup>.

A razão de ser de tais medidas reside no escopo de compensar situações de injustiça histórica e de discriminação sofridas por determinados grupos ou minorias motivadas pelo sexo, raça, situação econômica, crença, dentre alguns fatores. Isto mostra, por si só, que se está a navegar num mar revolto, pois a adoção de uma medida de discriminação positiva estabelece muitas vezes uma responsabilidade indireta para um grupo de pessoas, qual seja aquele que agora passa a sofrer os efeitos da medida, o qual, no passado, não patrocinou e nem pôde realizar os atos de discriminação de que tinha sido alvo o grupo que se busca beneficiar.

Por isso, há quem repudie esse tipo de política pública. Outros, por sua vez, aceitam-na, porém com a indicação de alguns condicionamentos.

Antonio Enrique Pérez Luño<sup>54</sup>, ao referir que a legitimidade das políticas de discriminação inversa estaria no propósito de compensar injustiças históricas, decorrentes de discriminação negativa que se abateu sobre determinados grupos ou minorias, por razões de sexo, raça, situação econômica, crença religiosa, entre outras, desvela crítica. Sustenta que a

---

<sup>51</sup> *Dimensiones de la igualdad*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2007. p. 115.

<sup>52</sup> Ação afirmativa e direito constitucional. *Direito Público*, nº 1, p. 133, julho-agosto de 2003. O escrito resultou de exposição no V Congresso de Direito Constitucional do IDP, realizada no dia 19 de novembro de 2002.

<sup>53</sup> Distinção interessante é a referida por Alfonso Ruiz Miguel (La discriminación inversa y el caso Kalnke. DOXA 19 (1996), p. 126-127. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/un-comentario-al-caso-kalanke-0/>>. Acesso em: 11.01.2016) entre discriminação inversa e as ações positivas. Enquanto a primeira visa a favorecer a uma pessoa por integrar um grupo historicamente discriminado, enquanto as segundas consistem em medidas gerais de fomento tais como ajudas para o pagamento de creches, facilitando o trabalho das mães, ou bolsas de estudo para pessoas carentes, ou ainda subvenções para as empresas que contratam trabalhadores de maior idade.

<sup>54</sup> *Dimensiones de la igualdad*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2007. p. 115-118.

generosa intencionalidade que subjaz a essas práticas não pode conduzir a um total desconhecimento dos seus riscos e objeções.

Descrevendo as razões de sua oposição, o autor diz que, sob o ponto de vista jurídico, a discriminação positiva configura atentado direto à igualdade de tratamento entre os cidadãos, comportando verdadeiros privilégios em prol de determinadas pessoas ou grupos, argumentação que não pode ser contraditada pela circunstância de ser necessária para que a igualdade seja real e eficaz para o estabelecimento de vantagens para os grupos mais fracos. Isso porque a igualdade real, com a correspondente remoção de obstáculos que àquela se oponham, constitui tarefa de que se devem incumbir os Poderes Públicos com relação a todos os cidadãos. Por isso, a discriminação inversa e positiva para algumas minorias não pode se traduzir numa discriminação direta e negativa para as maiorias.

No plano político, Pérez Luño afirma que a igualdade material exigida pelo Estado social deve se materializar em igualdade de oportunidades, mas não numa igualdade de resultados. Desse modo, a responsabilidade dos órgãos públicos, para esse fim, deve se concretizar mediante um sistema fiscal que permita a redistribuição da riqueza, bem como mediante a criação de serviços e prestações públicas capazes de propiciar as condições de equiparação dos cidadãos na fruição de condições econômicas, sociais e educativas, impedindo as respectivas situações de domínio. Daí que o exigível é o estabelecimento de medidas que possibilitem as condições e oportunidades básicas para os integrantes do grupo que foi afetado, o que interage como ponto de partida para que, pelo seu mérito, possam todos ter a sua situação perante a sociedade definida pelas condições de capacidade e mérito. Será bastante, para tanto, um ensino público médio e fundamental eficaz e não se poderá ter como legítimo o estabelecimento de privilégio para o ingresso nas universidades ou para o acesso a cargos públicos. Portanto, muito embora no Estado social sejam legítimas as ações de solidariedade, com o propósito de assegurar a igualdade real dos cidadãos, não resulta admissível a discriminação positiva, porquanto esta não se afigura ser capaz de evitar a produção de novas discriminações para terceiros<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Especificamente quanto ao estabelecimento da política de cotas, lança o autor crítica: “O legítimo propósito que fundamenta estas iniciativas, vê-se contraposto por seu caráter discriminatório. Quando se aduz para justificar estas medidas que, por exemplo, o garantir que determinados postos da administração sejam desempenhados por mulheres ou por pessoas com deficiência, supõe garantir uma atenção mais adequada aos grupos dos quais essas pessoas formam parte, está se aludindo a uma questão de capacidade para tanto, os fins que legitimam estas medidas podem ser atingidos perfeitamente se atendendo aos princípios de capacidade e mérito, nos quais cabe perfeitamente integrar a sensibilidade e experiência em determinadas formas de marginalização, sem que, por isso, seja necessário adotar o critério injusto e discriminatório das cotas” (El legítimo propósito que fundamenta estas iniciativas, se ve contrapuntado por su carácter

Num terceiro ponto de vista, de natureza moral, agrega que a discriminação inversa é criticável por pressupor a intenção de justificação de uma boa finalidade (remediar discriminações históricas) mediante um mal médio (a consagração de discriminações presentes). Portanto, vista a questão sob a perspectiva ética, não se pode legitimar a realização de um mal do qual, eventualmente, possa advir um bem<sup>56</sup>.

Já Manuel Atienza<sup>57</sup>, a pretexto de comentar o caso “Kalanke”, decidido pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, adianta que uma medida de discriminação

---

discriminatório. Cuando se aduce para justificar estas medidas que, por ejemplo, el garantizar que determinados puestos de la administración sean desempeñados por mujeres o por personas con discapacidad, supone garantizar una atención mas adecuada a los colectivos de que esas personas forman parte, se está aludiendo a una cuestión de capacidad por ello, los fines que legitiman estas medidas pueden conseguirse perfectamente atendiendo a los principios de capacidad y mérito en los que cabe perfectamente integrar la sensibilidad y experiencia en determinadas formas de marginación, sin que por ello, sea necesario adoptar el criterio injusto y discriminatorio de las cuotas. *Loc. cit.*, p. 117).

<sup>56</sup> Mais uma vez, agora com lastro numa visão moral, insurge-se o autor contra a política de cotas: “A prática de formas de discriminação positiva, tais como as políticas de cotas, supõe também um agravo contra a dignidade moral dos próprios beneficiários de tais medidas. Implica degradar sua plena condição pessoal, a o conferir-lhes um tratamento que, longe de emancipá-las, consagra seu *status* de inferioridade. Por isso, muitos membros desses grupos marginalizados não reclamam nenhum tipo de privilégio (discriminações positivas), mas sim o desaparecimento das causas que motivam sua situação marginal (ações solidárias)”. (La práctica de formas de discriminación positiva, tales como las políticas de cuotas, supone asimismo un agravio contra la dignidad moral de los propios beneficiarios de tales medidas. Implica degradar su plena condición personal, al conferirles un trato que lejos de emanciparlas consagra su *status* de inferioridad. Por eso, muchos miembros de esos colectivos marginados no reclaman ningún tipo de privilegio (discriminaciones positivas), sino la desaparición de las causas que motivan su situación marginal (acciones solidarias). *Loc. cit.*, p.118”.

<sup>57</sup> Un comentario al caso Kalanke. DOXA 19 (1996), p. 119-120. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/un-comentario-al-caso-kalanke-0/>>. Acesso em: 25.09.2014. Em referido julgamento se controvertia sobre a compatibilidade de uma lei do Estado alemão de Bremen com o art. 2, itens 1 e 4, da Diretiva 207 do Conselho da CEE, de 09 de fevereiro de 1976, o qual, em estabelecendo o princípio da igualdade de tratamento, proibia discriminação fundada com base no sexo. Os fatos foram os seguintes: em julho de 1990, o município de Bremen procedeu a uma convocação para que fosse ocupado um emprego no departamento de serviços de espaços verdes, para o qual concorreu senhor Kalanke juntamente com a senhora Glissmann, os quais trabalhavam no referido departamento desde 1973 e 1975, respectivamente, ambos na qualidade de técnicos qualificados no grau III. Muito embora a direção do serviço, apoiada pela opinião da comissão de conciliação, tenha se manifestado a favor do senhor Kalanke, o comitê de pessoal decidiu favoravelmente em favor da senhora Glissmann, o que se baseou numa lei do Estado de Bremen a estabelecer que, uma vez existindo dois candidatos com igual qualificação para aceder a um posto vago, e se as mulheres estão sub-representadas no respectivo setor, a candidata feminina possui prioridade. O Tribunal Federal do Trabalho, argumentando que, em não se cuidando de sistema de cotas rígidas, haveria compatibilidade da norma local com a Diretiva, provocou, na forma do então vigente art. 177 do Tratado da Comunidade Europeia, o Tribunal de Justiça da União Europeia. Este, diferentemente, vislumbrou incompatibilidade com o princípio da igualdade de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e à promoção profissional. É possível se transcrever parcela conclusiva da motivação: “Pois bem, um diploma normativo nacional que garante a preferência absoluta e incondicional das mulheres numa nomeação ou promoção vai além de uma medida de fomento da igualdade de trato e excede os limites da exceção estabelecida no inciso 4 do artigo 2 de la Diretiva” (...) “Por conseguinte, procede responder ao órgão jurisdicional nacional que os incisos 1, 3 e 4 do artigo 2 da Diretiva se opõem a um diploma normativo nacional que, tal como sucede no presente assunto, em caso de candidatos de distinto sexo que concorrem a uma promoção com a mesma capacitação, concede automaticamente preferência às candidatas femininas nos setores nos quais as mulheres estão sub-representadas, considerando que existe sub-representação quando as mulheres não ocupam ao menos a metade dos postos em cada um dos graus da categoria de pessoal de que se

inversa, para ser justificada, haverá de atender ao seguinte: a) resultar razoavelmente eficaz e eficiente para que possa ser alcançado o objetivo perseguido e que tal ocorra sem um custo excessivo; b) cuidar-se de um objetivo socialmente importante; c) não existir nenhuma outra medida alternativa apta para alcançar esse objetivo e que venha afetar em menor grau os direitos fundamentais dos indivíduos.

Entre nós, Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>58</sup>, ao depois de afirmar que o equacionamento das ações afirmativas é um assunto extremamente delicado, seja pela possibilidade de acarretar efeitos negativos, ou por poder implicar privilégios em favor dos grupos que favorece, importando, assim, uma possível violação ao princípio da igualdade, menciona alguns critérios que merecem ser observados em tais casos. São eles: a) a identificação do grupo desfavorecido, e de seu âmbito, de forma objetivamente determinada (regra da objetividade); b) a medida do favorecimento deve ser ponderada em face da igualdade a ser corrigida (regra da medida ou proporcionalidade); c) a medida de benefício deve ser adequada à correção do desnível (regra da adequação); d) a sua finalidade deve ser a correção de desigualdades sociais (regra da finalidade); e) as medidas devem ser temporárias (regra da temporariedade); f) a sua não onerosidade para outros grupos ou para a sociedade como um todo.

Não foram por outros motivos que Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>59</sup> lançou o alerta de que o tema, em sendo sério, à vista das consequências que acarreta, não merece ser tratado com ligeireza, ou sob a fácil, mas deturpada, lente dos *slogans* e do tratamento irrefletido.

---

trate e sucede o mesmo em todos os níveis funcionais previstos no organograma” (Pues bien, una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva. P.J.G. Kapteyn (Ponente). Disponível em: [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu). Acesso em: 10.01.2017). Crítica a tal pronunciamento foi exposta por Alfonso Ruiz Miguel (Distinção interessante é a referida por Alfonso Ruiz Miguel (La discriminación inversa y el caso Kalnke. DOXA 19 (1996), p. 123, 131-132 e 135. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/un-comentario-al-caso-kalanke-0/>). Acesso em: 11.01.2016) que, de início, observou a singularidade de que dos onze juízes que nele tomaram parte nenhum era do sexo feminino. No essencial, mesmo não esquecendo que a discriminação inversa somente pode ser lícita e possível segundo as circunstâncias e as condições, ressaltou que a lei questionada não estatuiu uma preferência absoluta e incondicional, mas, antes, submetida a duas condições, quais sejam a igualdade de capacitação e a existência de sub-representação no segmento laboral correspondente.

<sup>58</sup> *Estado de direito e constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 31-32.

<sup>59</sup> Ação afirmativa e direito constitucional. *Direito Público*, nº 1, p. 139, julho-agosto de 2003. Notícia o autor, à p. 137, que a complexidade envolvente fez com que, na França, o Conselho Constitucional declarasse inconstitucional em 1982 um projeto de lei que vedava uma lista eleitoral com mais de setenta e cinco por cento de candidatos de um mesmo sexo. De forma semelhante, na Itália, a Corte Constitucional, no ano de 1995, declarou a inconstitucionalidade de lei que continha a previsão de que, nas cidades com menos de quinze mil habitantes, quanto à inadmissibilidade, nas eleições municipais, de algum dos sexos vir a ser representado com mais de dois terços dos candidatos.

Adverte, por sua vez, ser imprescindível uma avaliação em cada um dos casos das medidas adotadas, com o propósito, consoante critério de proporcionalidade e razoabilidade, avaliar-se a sua legitimidade frente à ordem jurídica.

Continuando, assevera que a discriminação reversa deve se revestir de uma índole compensatória e não consistir numa mera garantia de repartição de bens. Há, assim, de se proceder ao cotejo dos seus benefícios com os sacrifícios impostos a outros valores constitucionais, dentre os quais o princípio do mérito<sup>60</sup>.

Daí se vê, portanto, que as diferenciações positivas não se afirmam por si só. Antes, pressupõem o seu concerto com as balizas acima mencionadas, pena de prejuízo ao próprio valor que visa resguardar, qual seja o princípio da isonomia de tratamento jurídico.

## V A ADPF 186

É do conhecimento geral que, recentemente, vem se tornando comum, dentro do âmbito ao qual se convencionou denominar, pela inspiração norte-americana, de ações afirmativas, o estabelecimento de cotas para o ingresso de alunos, seja em razão de critério étnico-racial ou não, nas universidades públicas, na maioria delas mantidas pela União.

Uma concretização dessa política em razão de normas internas da entidade de ensino superior, editadas por força da sua autonomia administrativa, consagrada constitucionalmente (art. 207, CF), foi capaz de provocar o ajuizamento de muitas demandas, versando sobre as questões mais diversas.

Dentre os questionamentos, o mais importante deles residiu na ADPF 186 - DF, ajuizada pelo Partido Democratas, visando impugnar resolução editada pelo Conselho Superior Universitário da Universidade de Brasília, a qual teria criado reserva de vagas nos exames vestibulares, no percentual de vinte por cento, em favor de pessoas negras<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> Especialmente em face do atrito da discriminação inversa com o critério de mérito, explicita o autor: “Neste ponto, o programa de discriminação reversa deve ser flexível, não se fechando totalmente ao princípio do esforço e do mérito. Não deve provocar o alijamento peremptório do indivíduo melhor qualificado, apenas porque o preferido para um cargo ou vaga em instituição pública pertence a grupo discriminado” (Ação afirmativa e direito constitucional. *Direito Público*, nº 1, p. 139, julho-agosto de 2003).

<sup>61</sup> Percebe-se da exposição da causa constante do relatório que os fatos derivaram da Resolução 38, de 18 de julho de 2003, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília, a qual, por seu turno, instituiu o Plano de Metas para Integração Étnica e Racial da referida instituição de ensino, com a seguinte redação: “1- Disponibilizar durante 10 anos, 20% das vagas do vestibular para estudantes negros, em todos os cursos oferecidos pela universidade; 2- Disponibilizar, por um período de 10 anos, um pequeno número de vagas para índios de todos os Estados brasileiros (...); 3 - Alocará bolsas para negros e indígenas em situação de carência, segundo os critérios usados pela Secretaria de Assistência da UnB; 4 - Propiciará moradia para estudantes indígenas e concederá preferência nos critérios de moradia para estudantes negros carentes.”

Negada a medida liminar, a Excelsa Corte, em julgamento unânime de seu órgão plenário<sup>62</sup>, mas cuja publicação demorou mais de dois anos, propendeu pela improcedência do pedido.

É possível, a partir da leitura do voto do relator, Min. Ricardo Lewandowski, perceber-se que a motivação que expendera se alicerçara, inicialmente, em considerações, de ordem genérica, sobre os temas inerentes ao confronto entre a igualdade formal e a material, à justiça distributiva, às ações afirmativas, enfatizando ter o Supremo Tribunal Federal frisado,

<sup>62</sup> De fato, muito embora o julgamento tenha sido realizado em 26 de abril de 2012, somente em 20 de outubro de 2014 sobreveio a publicação do acórdão. Significa dizer que a elaboração de parte substancial do trabalho se baseou na íntegra das razões desenvolvidas pelo relator, haja vista não ter, àquela época, sido possível a obtenção do relatório e pronunciamentos dos demais integrantes da Corte. Não se olvide a referência de que, antes do julgamento de mérito, restou desenvolvida uma instrução mediante realização de audiência pública, bem como houve admissão de várias entidades na condição de *amicus curiae*, a saber: Defensoria Pública da União - DPU, Instituto de Advocacia Racial e Ambiental - IARA, AFROBRAS - Sociedade Afro-brasileira de Desenvolvimento Sócio Cultural, ICCAB - Instituto Casa da Cultura Afro-brasileira, IDDH - Instituto de Defensores dos Direitos Humanos, Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro, Fundação Nacional do Índio - FUNAI, Fundação Cultural Palmares, Movimento Negro Unificado - MNU, EDUCAFRO - Educação e Cidadania de Afro-descendentes e Carentes, CONECTAS - Direitos Humanos e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. De qualquer maneira, eis o teor da ementa: Ementa: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contrária - 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 seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. 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 sociais 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. V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente. (ADPF 186, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26.04.2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 17.10.2014 PUBLIC 20.10.2014).

noutras oportunidades, a constitucionalidade daquelas, para, ao depois, vir a examinar as demais arguições suscitadas.

Uma delas – e de vital importância – residiu no art. 208, V, da Lei Fundamental, ao mencionar que o dever estatal para com a educação será efetivado mediante a garantia do acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, de acordo com a capacidade de cada um.

Para superar o obstáculo, invocou o relator que, por força do art. 206, I, III e IV, da Constituição, o ensino será ministrado com base, dentre outros, nos princípios da igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola, do pluralismo de ideias e da gestão democrática do ensino público, respectivamente. Daí que, conjugados todos os dispositivos, poder-se-ia perceber que o constituinte buscara amenizar o rigorismo do mérito dos candidatos e, além disso, que este não poderia ser encarado à parte de uma ótica unicamente jurídica, devendo, contrariamente, ser tratado sob as várias perspectivas, dentre as quais as inerentes ao arcabouço de princípios sobre o qual se assenta o Estado brasileiro.

Ao depois fez menção ao Preâmbulo, bem como ao art. 205 da Constituição Federal, ao acentuar que a educação será promovida e incentivada com a participação da sociedade, bem assim visando ao atendimento do pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho, o que, no seu modo de entender, permite o ajuste entre diversos critérios seletivos.

Prosseguindo o relator, ao vislumbrar o conceito de raça não como um fator biológico, mas sim como categoria histórico-social, tanto que o constituinte de 1988 qualificou como inafiançável o crime de racismo, salientou a possibilidade, a partir de raciocínio semelhante, de que tal conceito de raça possa, igualmente, justificar política de discriminação positiva, movida com o fim de estimular a inclusão social de grupos tradicionalmente excluídos<sup>63</sup>.

Daí que, nas sociedades que passaram pela experiência da escravidão, a ensejar uma visão depreciativa de raça quanto aos grupos escravizados – a qual se manifesta, entre nós, no

---

<sup>63</sup> Antes desse julgamento, Joaquim B. Barbosa Gomes (*O debate constitucional sobre as ações afirmativas*. Disponível em: [www.BuscaLegis.ccj.ufsc.br](http://www.BuscaLegis.ccj.ufsc.br). Acesso em: 23.03.2017) acentuou que o Estado, na qualidade de titular da prestação da maior parcela do ensino superior de qualidade, instituiu um mecanismo de seleção (vestibular) tendente a propiciar a exclusividade do acesso aos cursos de maior prestígio aos que se beneficiaram do processo de exclusão dos negros, quais sejam os filhos de famílias melhor aquinhoadas, subvertendo, assim, um dos princípios do Estado moderno, afirmado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, qual seja o de que a competência para o Congresso autorizar gastos deve se voltar a objetivos de interesse público.

reduzido número de negros e pardos que exercem cargos ou empregos relevantes em nossa sociedade – mostra que a garantia de uma igualdade meramente formal não é suficiente, a legitimar, por outro lado, programas de ação afirmativa como forma de amenizar essa discriminação. Nesse ponto, o relator invocou levantamento efetuado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Após ressaltar o papel integrador da universidade – e, especialmente no Brasil, como formador de nossas elites –, constituindo o espaço ideal para a eliminação dos preconceitos e, com isso, propiciador da construção de uma consciência coletiva plural, apontou que foi justamente tal perspectiva da diversidade que serviu de parâmetro para as decisões da Suprema Corte norte-americana que reconheceram a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa universitária, mais precisamente o *Bake v. Regents of the University of California* (1978), *Gratz v. Bollinger* (2003) e *Grutter v. Bollinger* (2003).

Com base nessa fundamentação antecedente, aludiu o relator que a política de reserva de vagas não é algo estranho à Constituição de 1988, a qual sobre ela dispôs expressamente no seu art. 37, VIII, da Lei Básica. Salientou ainda que o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o dispositivo, demais de lhe ter conferido interpretação ampla, teria afastado a ideia de que o Texto Magno somente autorizaria ditas ações quando houvesse previsão expressa.

Em assentando que as ações afirmativas não configuram meras concessões do Estado, mas, ao invés, consubstanciam deveres extraíveis dos princípios constitucionais, rematou inexistir dúvidas quanto à constitucionalidade da política de reserva de vagas nas universidades públicas, bem como no que concerne à adoção, para esse fim, do critério étnico-racial, ocasião na qual transcreveu, sobre o assunto, lições de doutrinadores pátrios.

No entanto, manifestou-se o relator pela necessidade dessas políticas atenderem a duas balizas. A primeira delas se radica na sua temporariedade, pois, caso contrário, poderiam se converter em benesses para determinado grupo social, o que teria sido atendido pela Universidade de Brasília, uma vez a resolução do seu Conselho Superior Universitário – CONSUNI ter fixado a necessidade de sua reavaliação quando passados dez anos.

A outra – ressalta o voto-condutor – centra-se na circunstância de que tal política respeite a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins a que visa atender e que, no caso em julgamento, a reserva de vinte por cento das vagas para estudantes negros e de um pequeno número para índios de todos os Estados brasileiros se qualifica como providência adequada e proporcional para a redução da desigualdade que se busca reduzir ou amenizar.

Pouco tempo em seguida a tal julgamento, foi promulgada a Lei 12.711, de 29 de agosto de 2012, cujo art. 1º expressa o dever das universidades federais de reservarem, para o ingresso nos seus cursos de graduação, bem como por turno, no mínimo cinquenta por cento de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. No parágrafo único, acrescenta que, no preenchimento de ditas vagas, mais uma vez cinquenta por cento deverão ser reservadas para estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a um salário mínimo e meio per capita.

Dentro do universo de vagas a que se refere o art. 1º da Lei 12.711/2012, há preferência, para o seu preenchimento, em favor de candidatos que se autodeclarem pretos, pardos ou indígenas, numa proporção igual àquela do percentual da população de pretos, pardos e indígenas, existente na respectiva unidade federativa onde sediada a instituição de ensino superior, apurada de acordo com o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Demais da extensão de idêntica política às instituições federais de ensino técnico de nível médio (arts. 4º e 5º), no art. 7º do diploma legal é contemplada a previsão de que o Poder Executivo promoverá, após dez anos, a revisão do mencionado programa especial de acesso às universidades públicas federais e às instituições públicas federais de ensino técnico de nível médio.

Recentemente, adveio também a Lei 12.990, de 09 de junho de 2014, a qual introduz política especial de acesso aos cargos e empregos públicos em favor dos integrantes do segmento negro, no percentual de vinte por cento das vagas oferecidas, limitando-se a reserva de vaga à existência de mais de três vagas no correspondente concurso (art. 1º, §1º).

Para fins de concorrência a tais vagas, reportou-se o legislador a candidatos negros, conceituando como tais aqueles que se autodeclarem pretos ou pardos na inscrição do certame, conforme o quesito cor ou raça que for adotado pela Fundação IBGE. Evidenciada declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, caso já nomeado, terá invalidado o ato de sua admissão, após prévio procedimento administrativo, no qual lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa (art. 2º, parágrafo único).

Os objetivos específicos deste escrito, pois, consistem, inicialmente, na análise do deliberado na ADPF 186 – DF diante do cânon da isonomia. Em continuidade, cabe perquirir se a motivação de dito julgamento é capaz de, só por só, respaldar a constitucionalidade da política instituída pela Lei 12.711/2012. Num último lugar, indaga-se se a reserva de vagas

constante da recém Lei 12.990/2014, promulgada em clima – ainda festivo – de copa do mundo, compatibiliza-se com o Diploma Fundamental.

## VI Uma leitura do julgamento

Com a devida licença, é preciso observar que a fundamentação que conduziu a improcedência do pleito formulado na ADPF 186 – DF não está isenta de críticas.

A primeira delas recai na circunstância do Pretório Excelso, noutras ocasiões, ter frisado a viabilidade constitucional de ações afirmativas longe está de autorizar que estas sejam estabelecidas em quaisquer situações e de qualquer maneira, ou, melhor dizendo, sem sujeição a limite algum.

Ao depois, não se pode olvidar que a Lei Fundamental, ao enunciar as balizas (*guidelines*) que devem viabilizar a efetivação do dever estatal para com a educação, explicitamente, consagrou o regime de mérito para o acesso aos mais elevados níveis do ensino e da pesquisa, referindo-se, na parte final do art. 208, V, a que tal deverá se verificar consoante a capacidade de cada um.

Trata-se, assim, de uma diretriz constitucional expressa e de significação delimitada que, ao contrário do que consta do voto do relator, não é capaz de ensejar uma enorme variação de sentido, impedindo, desse modo, o recurso a uma atividade interpretativa mais ampla e mais flexível<sup>64</sup>.

De outra parte, a meritocracia não guarda nenhuma incompatibilidade com a igualdade, agora mais uma vez referida no art. 206, I, da Lei Maior. Pelo contrário, a história mostra que o regime de mérito é uma emanção da regra do tratamento isonômico<sup>65</sup>.

Tampouco se choca com o pluralismo, muito menos quando se cuida da diversidade de ideias. O mérito, ao excluir – como acentuaram os revolucionários do caudal

---

<sup>64</sup> Nunca é demais tornar a avivar que a lei – e, lógico e com maior sobra de razão, a constituição – não contém palavras inúteis, o que foi realçado por Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro; Forense, 1981. p. 110). Tal não é de ser diferente com a parte final do art. 208, V, da Lei Magna.

<sup>65</sup> Por reverência à pluralidade de opiniões, não se mostra admissível omitir referência à concepção exposta por Luma Ferreira da Silva Moura (Dimensões da igualdade: uma defesa da política de cotas raciais para o acesso a instituições públicas de ensino superior no Brasil. *In: Casos constitucionais em destaque: princípios fundamentais*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2013, p. 164-166. Coord.: PARDO, David Wilson de Abreu) sobre o confronto da expressão “segundo a capacidade de cada um”, inserta na parte final do art. 208, V, da Constituição, ao mencionar que o mérito somente poderá ser considerado como único critério para o acesso à universidade pública quando os indivíduos estiverem a concorrer em condições de igualdade com os seus pares, o que não se verificaria atualmente na sociedade brasileira, pois a classe negra não se encontra em posição de igual condição com os que não sejam negros, razão por que o mérito não pode ser invocado com o singular e exclusivo elemento de diferenciação.

constitucionalista<sup>66</sup> – que o acesso aos ofícios e empregos públicos se fizesse mediante o nascimento, constituiu fator para que fosse assegurada uma composição plural dos segmentos estatais e, igualmente, obstar que tal ocorresse mediante o favoritismo em prol de pessoas que manifestassem determinada linha de pensamento. Portanto, o mérito é um fator necessário para que possa ser alcançado o pluralismo.

A gestão democrática diz respeito ao modo de administração das instituições, as quais devem guardar uma relativa autonomia perante o Poder Executivo, justamente para que possam desenvolver com liberdade a disseminação do saber. Não se revela, pois, um fator que conflite com a exigência meritória para o ingresso no ensino de nível universitário.

O Preâmbulo da Constituição de 1988 – que tem sua valia, entre nós, como reforço interpretativo – não consagra ideais que se chocam com o regime de mérito, de modo a afastar a cláusula da parte final do art. 208, V, da Lei Magna.

Por outro lado, o art. 205 da Constituição, ao estatuir ser a educação direito de todos e dever do Estado, acolhe um direito social cuja realização depende de uma política pública, mas, de maneira alguma, exonera esta do cumprimento das diretrizes do art. 208, V, parte final, do mesmo diploma.

De outro lado, o recurso a levantamento estatístico elaborado pela Fundação IBGE, a meu sentir, não conduz à conclusão de ser possível a reserva, pura e simples, do percentual de vinte por cento das vagas universitárias a segmentos de pretos e pardos.

Vejam. Muito embora o referido estudo mostre que se vem elevando o conjunto de pessoas que se declara preta ou parda, atingindo aproximadamente cinquenta por cento da população no ano de 2009, tem-se que, no que concerne ao ensino superior, há uma diminuição da distância entre tal grupo daquele das pessoas consideradas brancas. Basta ver o indicativo, cotejando-se os anos de 1999 a 2009, relacionado à proporção dos estudantes entre dezoito e vinte e quatro anos que cursam o ensino superior, cujo percentual de estudantes pretos e pardos se elevou de 7,5% e 8,0% para 28,2% e 31,8%, respectivamente.

---

<sup>66</sup> Demonstração eloquente disso foi a que constou do enunciado do art. 10 da Constituição francesa de 04 de novembro de 1848: “**Art. 10.** Todos os cidadãos são igualmente admissíveis a todos os ofícios públicos, sem outro motivo a não ser o seu mérito, observadas as condições estabelecidas pelas leis. São abolidos para sempre todo título nobiliárquico, e toda distinção fundada no nascimento, em classe ou casta” (**Art. 10.** Tous les citoyens sont également admissibles à tous les emplois publics, sans autre motif de préférence que leur mérite, et suivant les conditions qui seront fixées par les lois. Sont abolis à toujours tout titre nobiliaire, toute distinction de naissance, de classe ou de caste. *Les constitutions de la France de la Révolution à la IV<sup>e</sup> République*. Paris: Dalloz, 2009. p. 232).

Isso sem contar que, quando se observa a população com mais de vinte e cinco anos de idade com curso superior concluído, tem-se, confrontando-se igualmente os anos de 1999 a 2009, um aumento no percentual de pretos e pardos de 2,3% para ambos e 4,7% e 5,3%, respectivamente. Somando-se estes dois últimos números, obtém-se o resultado de 10% para fazer frente ao número atingido pela população branca que, no ano de 2009, alcançou 15%.

O que se nota de tais dados é que a diferença numérica entre esses dois segmentos vem sendo reduzida gradativamente, sendo responsável para tanto não a política de cotas, até porque constitui algo muito recente, mas sim a atuação dos Poderes Públicos na área.

Da mesma forma que a referência, durante as considerações gerais traçadas pelo voto do relator, ao exemplo hindu, cuja diferença de causas é patente diante de nossa realidade, melhor sorte não se verifica quando da invocação de precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Além de mais aguçado o rechaço social da população negra pela de cor branca do que o verificado nestas plagas<sup>67</sup>, o deliberado na decisão *Regents of the University of California v. Bakke* (438 US 265), votada em 28 de junho de 1978, precedente líder na matéria, não chega a ponto de respaldar o ato impugnado na ADPF 186 – DF.

---

<sup>67</sup> Isso não se verifica somente pela guerra civil que envolveu a nação norte-americana, dividindo-a, mas durante toda uma prática guiada por uma forte discriminação, inclusive estatal. Primeiramente, observe-se o modo da Suprema Corte de encarar a Lei de Direitos Civis de 1875, compreendendo que esta somente era capaz de vincular as ações dos agentes públicos, restando a salvo a atuação dos particulares, conforme se vê de *US v. Cruikshank* (1876). Outras decisões se seguiram, a saber: a) *Pace v. Alabama* (1893), onde se confirmou a constitucionalidade de lei que, vedando os matrimônios inter-raciais, comina a pena privativa de liberdade para a sua inobservância; b) *Plessy v. Ferguson* (1896), ao considerar válida lei da Luisiana, editada em 1890, que obrigava as companhias ferroviárias a dispor, separadamente, de vagões para brancos e negros, enfatizando-se que a cláusula de proteção equitativa da XIV Emenda não restaria afetada, porque da norma legal não se deduzia a inferioridade de raças, mas apenas a sua separação; c) *Giles v. Harris* (1903), oportunidade na qual se reconheceu válida a lei do avoengo que exigia menos requisitos para o exercício do direito de voto àqueles cujos antepassados já o haviam exercitado, o que beneficiava o eleitorado branco. Noutro passo, o vivenciado no terreno das relações contratuais – cuja liberdade sempre foi muito cara aos americanos – ofertou uma demonstração mais incisiva do quão era discriminatório o cenário norte-americano. Era muito frequente que os proprietários de imóveis residenciais se negassem de alugá-los ou vendê-los aos negros, o que se manifestava mediante as cláusulas restritivas raciais (*racially restrictive covenants*). Isso, por sua vez, refletia-se no campo normativo. Como consequência, somente durante o desenlace do caso *Buchanan v. Warley* (1917), a Suprema Corte invalidou legislação local, que proibia as pessoas de determinada raça a ocupar locais ou moradias em edifícios ou zonas predominantemente habitadas por pessoas de outra raça, posição da qual veio a retroceder em *Corrigan v. Buckley* (1926), assentada onde tornou a asseverar que as V e XIV Emendas somente implicariam vedações aos poderes públicos e não aos particulares. O abandono desse entendimento somente se produziu com o decidido em *Shelley v. Kramer* (1948) e, mesmo assim, não se afirmou, às explícitas, que tais aditamentos à constituição seriam aplicáveis aos particulares. Sustentou-se que, se o exame de um contrato apontado como discriminatório chega aos tribunais, já não mais se poderá dizer que se cuida de um assunto entre particulares, estando-se, assim, diante de uma questão na qual intervém o Poder Público.

O litígio decorreu do fato da Faculdade de Medicina de Davis, integrante da Universidade da Califórnia, haver introduzido, no ano de 1970, um programa de admissões especiais, a funcionar conjuntamente com o programa ordinário de ingressos. Para a seleção do ano de 1972, foram realizadas duas mil, seiscentos e sessenta e quatro inscrições, para um total de cem vagas. Diante da mescla de dois programas de ingresso, tinha-se o seguinte: oitenta e quatro vagas para todos os candidatos, exigindo-se o argumento mínimo de dois vírgula cinco sobre quatro (equivalente à nota seis vírgula vinte e cinco), enquanto que dezesseis vagas se destinariam a pessoas integrantes de minorias (negros, asiáticos, hispânicos e índios), sem que, para tanto, fosse requerida nota mínima. De salientar que os candidatos destas poderiam apresentar sua inscrição também quanto às vagas relativas ao programa ordinário de ingressos, não se verificando reciprocidade quanto aos demais candidatos.

Allan Bakke, de cor branca, engenheiro, com trinta e sete anos de idade, pretendia cursar medicina, mas não obteve sucesso nas suas duas primeiras tentativas, não obstante tivesse alcançado melhores resultados que candidatos negros ou hispânicos. O mesmo se repetiu na terceira iniciativa e daí acorreu ao Judiciário.

Após obter sucesso no primeiro e segundo graus de jurisdição, nos quais restou prevalecente o ponto de vista de que o estabelecimento de cotas para determinadas pessoas violava a cláusula de igual proteção da XIV Emenda, a Suprema Corte, embora mantendo a ordem que determinava a admissão do recorrido, reformou parcialmente o julgado.

No julgamento, quatro juízes (Stevens, Burger, Stewart e Rehnquist) sustentaram que a reserva de dezesseis vagas entre cem lugares para o curso de medicina contravinha a cláusula de igual proteção, enquanto que outros quatro magistrados (Brennan, Marshall, White e Blackmun) entendiam o programa de admissão especial como uma forma razoável do governo tentar superar os efeitos da discriminação racial pretérita, que conduziu a uma sub-representação das minorias nas faculdades de medicina.

Num voto decisivo, o Juiz Powell se manifestou de forma peculiar, assentando a possibilidade de se implantar um programa de admissão especial adequado e flexível, que possa tomar em conta o critério da origem étnico-racial, desde que tal não fosse de forma excludente. O voto de desempate se pronunciava, assim, pela autorização da ação afirmativa vinculada a alguns requisitos condicionadores.

Compulsando-se o pronunciamento do Juiz Powell, é possível observar que este, não desconhecendo que a tolerância constitucional para esses tratamentos preferenciais pode, perfeitamente, conduzir à exacerbação dos antagonismos raciais e étnicos, antes de amenizá-

los, salientou que o estabelecimento de uma distinção fundada na raça e, portanto, suspeita, está condicionada à demonstração, pelo Estado, de que a finalidade perseguida esteja autorizada pela constituição, que seja relevante, e, além disso, necessária para a consecução desse fim ou para a sua salvaguarda.

À vista desses parâmetros, restou frisado que, não obstante a relevância dos fins propostos pelo programa de admissão especial retratar um interesse público relevante e legítimo, a outorga de uma vantagem a um determinado grupo, unicamente em virtude do fator racial ou étnico, é, pura e simplesmente, discriminatório, não possuindo autorização constitucional.

Continuando-se, acrescentou o voto prevalecente não ser possível comungar com o argumento da instituição de ensino, no sentido de que tal proceder seria o único meio eficaz para que fosse alcançada a diversidade no meio universitário. Esta, por seu turno, não se pode configurar como a variedade racial em si mesma, mediante a garantia aos grupos raciais de uma proporção no corpo discente, constituindo-se, ao invés, numa somatória muito mais ampla de circunstâncias, méritos e características, as quais incluem a origem racial, mas que esta não seja o único elemento.

Em procedimentos de seleção como o que se encontra em comento – frisou o Juiz Powell – a origem étnica poderia ser considerada como um fator idôneo para a escolha daquele que deve ser admitido, porém não poderia ter o condão de impedir que cada candidato pudesse competir com os demais para todas as vagas disponibilizadas.

Em suma, sem embargo da Suprema Corte ter reconhecido que um programa especial de admissão universitária possa ser qualificado como interesse público relevante, reclamou que tal somente poderá se verificar com a previsão de um procedimento seletivo adequado e flexível, o qual venha a tomar a raça ou origem étnica como algo não excludente<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> Destaco trecho do voto do Juiz Powel, que, a meu sentir, mostrou-se como decisivo para a orientação fixada pela Suprema Corte dos Estados Unidos: “Suponhamos que reservar em cada seleção para ingresso um número fixo de lugares para pessoas de determinados grupos étnicos permita obter, no alunado, a diversidade étnica e racial desejada. Não podemos, sem embargo, compartilhar com o argumento da Universidade, conforme o qual este proceder é o único meio eficaz para se alcançar dita diversidade. Trata-se de um argumento que malinterpreta o interesse público que pode justificar que se tenha em conta a raça ou a etnia. Este interesse não pode se limitar a intentar lograr a diversidade racial em si mesma, garantindo aos membros de grupos raciais e étnicos, previamente selecionados, que virão a representar uma proporção determinada do total do alunado, composto por um conjunto não diferenciado de estudantes. A diversidade que realmente constitui um interesse público premente tem de se referir a um somatório muito maior de circunstâncias, méritos e características, que certamente inclui a origem racial e étnica, porém no qual este elemento não é senão um dentre outros mais. Ao se centrar exclusivamente na diversidade racial, o programa de admissões especiais obstaculiza, em lugar de fomentá-lo, o verdadeiro pluralismo étnico” (Supongamos que reservar en

Por isso, ao que parece, em tendo a resolução do Conselho Superior Universitário da UnB levado em consideração o critério étnico-racial como capaz, só por si, de dispor do quantitativo de um quinto das vagas, independentemente de outras circunstâncias, inclusive de

---

cada promoción un número fijo de plazas para personas de determinados grupos étnicos permita obtener, en el alumnado, la diversidad étnica y racial deseada. No podemos sin embargo compartir el argumento de la Universidad conforme al cual este proceder es el único medio eficaz para alcanzar dicha diversidad. Se trata de un argumento que malinterpreta el interés público que puede justificar que se tenga en cuenta la raza o la etnia. Este interés no puede limitarse a intentar lograr la diversidad racial en sí misma, garantizando a los miembros de grupos raciales y étnicos previamente seleccionados que representarán una proporción determinada del total del alumnado, compuesto por un conjunto indiferenciado de estudiantes. La diversidad que realmente constituye un interés público apremiante ha de referirse a un abanico mucho más grande de circunstancias, méritos y características, que ciertamente incluye el origen racial y étnico, pero en el cual este elemento no es sino uno más entre otros muchos. Al centrarse exclusivamente en la diversidad racial, el programa de admisiones especiales obstaculiza, en lugar de fomentarlo, el verdadero pluralismo étnico. Versão para o espanhol do julgamento foi extraída de Miguel Beltrán de Felipe e Julio V. González García. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos da América*. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 472). A invalidação da decisão do tribunal de circuito, conforme se pode ver do dispositivo do voto do Juiz Powel, derivou do fato do pronunciamento daquela corte, pura e simplesmente, ter compreendido que o critério racial ou étnico não poderia ser empregado para os fins em comento, omitindo-se em analisar se tal critério poderia ser conjugado com outros, num programa de admissões adequado e flexível, longe, assim, de representar afirmativa de que tal critério poderia ser aplicado isoladamente, como sucedeu com a Universidade de Brasília. Tanto foi assim que, na jurisprudência norte-americana, manteve-se a ordem (*injunction*) para admissão do autor da demanda, o senhor Bake, na Faculdade de Medicina de Davis, uma vez a instituição de ensino não haver demonstrado que aquele seria excluído mesmo sem a aplicação dos critérios do programa de admissões especiais. Essa mesma impressão do precedente foi ressaltada por Paulo Gustavo Gonet Branco (Ação afirmativa e direito constitucional. *Direito Público*, nº 1, p. 136-37, julho-agosto de 2003), o qual chamou atenção para o fato de que, a contar dos casos *Crosson (City of Richmond v. Crosson, 488 US 469, 1989)* e *Adarand (Adarand Constructors v. Peña, 515 US 200, 1995)*, a Suprema Corte teria afirmado que aos programas de ação afirmativa se impõe o preenchimento de exigentes requisitos de validade, ressaltando-se que a sua legitimação nos Estados Unidos da América exige que o programa se volte a compensar uma efetiva e concreta discriminação anterior praticada pela instituição que o adota, não se satisfazendo com a mera existência de uma discriminação social pretérita. Tratava-se, neste caso, de impugnação formulada pelo senhor Randy Pech, empresário de cor branca, o qual se insurgia contra a adjudicação de contrato administrativo para a construção de rodovia a um construtor hispânico, não obstante a proposta por este apresentada fosse de custo mais elevado e de execução mais delongada, resultado que se impôs face de programa federal do Departamento de Transportes que reservava até dez por cento do montante das contratações a determinadas minorias (negros, hispânicos, orientais, asiáticos e esquimós). Derrotado nos tribunais distrital e de circuito, a Suprema Corte, por cinco votos contra quatro, proveu parcialmente o inconformismo, não para invalidar o programa governamental, mas para que fosse reexaminado pelos tribunais inferiores mediante escrutínio estrito. Restou acentuado que tais medidas de governo, para superar o controle judicial intenso, além de servirem para a compensação de uma discriminação anterior, deverão satisfazer, com exatidão, os fins e interesses governamentais legítimos. O julgamento foi uma continuidade do decidido em *Metro Broadcasting Inc. v. FCC (1990)*, oportunidade na qual a Suprema Corte, apreciando a compatibilidade com a V Emenda de duas medidas de política racial tomadas pela *Federal Communications Commission*, inclinou-se pelo controle judicial estrito. O interessante, porém, é que contribuiu para a extensão desse entendimento para os programas federais, decorrente em *Adarand Constructors Inc. v. Peña (515 U.S. 200)*, a ascensão à Suprema Corte do juiz Clarence Thomas, de raça negra, que se filia à oposição à discriminação positiva, tendo se pronunciado, às explícitas, que a discriminação positiva se afigura como paternalista e supressiva da liberdade, pois obsta aos negros competir em situação de igualdade e, portanto, de demonstrar seu autêntico valor. O acréscimo de informações foi, mais uma vez, obtida de Miguel Beltrán de Felipe e Julio V. González García. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos da América*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. p. 558-573).

uma nota mínima, não se pode invocar a comparação com a jurisprudência norte-americana como capaz de respaldá-la. Inadequada uma invocação dos precedentes citados pelo relator.

Mesmo presente a temporariedade da política afirmativa e, igualmente, a sua proporcionalidade, considerada unicamente a partir de um subjetivismo quantitativo, somos de que o julgamento porventura deveria ter solucionado a questão com maior atenção às balizas que, no tópico IV deste escrito, enumeramos como inerentes à legitimação da igualdade positiva.

Uma das que foram omitidas na motivação foi a da objetividade, porquanto, mesmo parecendo não ter a norma objeto de impugnação sido lastreada em critérios suficientemente seguros para a identificação precisa do grupo beneficiado (pelo menos tal não resulta do Plano de Metas para Integração Étnica e Racial da UnB, conforme transcrição na nota de rodapé 41), o aspecto não foi alvo de nenhuma consideração no voto do titular da relatoria.

Em reforço, é de se assinalar que, ao desacolher a pretensão formulada em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, o Supremo Tribunal Federal assentou a correção da medida da UnB mesmo tomada sem a precedência de lei que a autorizasse. Não se pode esquecer que se está diante de medida suscetível de afetar o direito fundamental à educação de outros administrados. Por isso, se haveria de decorrer imediatamente de lei ou de regra outra editada com lastro legal. Insuficiente, a nosso sentir, invocação, pura e simples, à autonomia universitária, instituto que não se equipara à soberania, mas à capacidade de gestão vinculada ao sistema jurídico.

A indagação subseqüente consiste em saber se a *ratio decidendi* exposta na ADPF 186 – DF é de automática extensão à previsão constante do art. 1º, parágrafo único, da Lei 12.711, editada quase um ano após, ou seja, 29 de agosto de 2012.

Com base no diploma legal – que, pela sua força vinculativa, substituem as resoluções editadas da autonomia universitária – prevê-se reserva de vaga no percentual de cinquenta por cento de cada curso e turno. Os favorecidos serão os alunos que tenham cursado integralmente o ensino médio em estabelecimentos públicos, sendo que, dentro do total de tais vagas, haverá preferência para o seu preenchimento em favor daqueles que se autodeclarem pretos, pardos ou índios, em proporção, no mínimo igual, àquela de pretos, pardos e indígenas na população da respectiva unidade federativa, conforme o último censo do IBGE.

A despeito de se cuidar de normas diferentes, o que, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já seria suficiente para se rediscutir o assunto, outros pontos merecem ser analisados.

Não se pode esquecer – acentuo novamente – que a discriminação positiva é um terreno movediço e delicado, pois culmina numa responsabilização de um grupo de pessoas que, no passado onde se praticou a discriminação do grupo favorecido, para esta não contribuiu, mas, mesmo assim, sofrerá os efeitos necessários para a sua correção.

Isso é o suficiente para evidenciar que a discriminação positiva não poderá ser efetivada sem limites.

Não se pode esquecer que, ao fixar reserva de vagas em favor de estudantes que cursaram ensino médio perante a rede pública de ensino, bem como, no universo destes, em favor de pretos, pardos e índios, visou-se à consecução de objetivo socialmente relevante e autorizado pelo constituinte. Ver, nesse ponto, constituir objetivo fundamental da República Federativa do Brasil o da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF). A regra da finalidade está presente.

Da mesma forma, a medida se mostra adequada para a realização da finalidade a que se propôs realizar o legislador, pois é indubitoso que a reserva de vagas, na forma prevista, é capaz de propiciar uma correção de desigualdades sociais.

A mesma sorte segue a regra da temporariedade, sendo de notar que o art. 7º da Lei 12.711/2012 estatui competir ao Poder Executivo promover, passado o intervalo de um decênio, a revisão do programa especial de acesso de que disciplina.

Outro ponto se centra na satisfação da regra de objetividade, a qual requer a identificação, objetivamente delimitada, do grupo a ser beneficiado. Não se discute, pelos menos quanto ao universo dos alunos egressos das escolas públicas, a ser integrado por, indistintamente, por todas as instituições de ensino médio que sejam mantidas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Segue-se, então, que os destinatários das medidas são objetivamente identificáveis.

Se há uma incerteza quanto à autodeclaração da condição de negros, pardos e índios, tal falha é suprida pelo fato de que, nessa condição, somente terão direito à reserva de vaga aqueles que cursaram o ensino médio em instituição pública de ensino.

Contudo, o dito programa especial para o acesso às universidades públicas merece, sob outros aspectos, algumas censuras.

Essas dizem respeito à regra da proporcionalidade e à da não onerosidade excessiva, as quais ostentam semelhanças de conteúdo.

A proporcionalidade, como é de sabença comum, exige, dentre os seus requisitos, o da necessidade da medida, de maneira que uma restrição de direitos – que, *in casu*, será

suportada pelo coletivo de pessoas não favorecidas – somente se legitimará quando inexistir solução diversa a ser tomada.

Desse modo, mesmo que se considere insuficiente que a igualdade entre os estudantes das escolas particulares e públicas venha decorrer de uma ação estatal de melhoria do ensino público, não se pode desconsiderar que poderia – e isto muitas universidades têm realizado – ser promovida uma igualdade na partida, e não no respectivo resultado, mediante a instituição de argumentos de inclusão, consistentes no acréscimo de percentual à pontuação obtida pelos estudantes oriundos do ensino público, respeitando a obtenção de nota mínima. Essa prática – é interessante afirmar – já vinha sendo adotada por algumas universidades públicas federais, como é o caso da Universidade Federal do Rio Grande do Norte e da Universidade Federal de Pernambuco.

Essa postura se harmoniza com a cláusula de mérito (art. 208, V, parte final, CF), inscrita em dispositivo que tem o propósito específico de enunciar o modo pelo qual o Estado desempenhará a sua atividade de ensino e, por imperativo lógico, não pode ser desconsiderado.

Numa perspectiva, a sistemática da Lei 12.711/2012 investe contra a exigência de não onerosidade excessiva da ação afirmativa. Inicialmente, pela delimitação do campo de abrangência da medida, pois, ao se destinar a todo aquele que tiver cursado o ensino médio em escola pública, olvidou circunstância que, mesmo num menor percentual, ao invés de reduzir eventual desigualdade, é capaz, na prática, de significar privilégio em demasia.

Isso porque a regra legislativa, em sua generalidade e abstração, reporta-se a estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, sem qualquer distinção. Não se atentou para uma questão de relevo, qual seja a de que, no conjunto das nossas instituições públicas de ensino médio, há algumas que, embora em número reduzido, vêm alcançando muito boa classificação no ENEM. Por exemplo, dentre as trezentas primeiras escolas classificadas no exame de 2012, vinte e três delas são públicas, sendo a sua maioria colégios de aplicação mantidos por universidades federais, sem prejuízo de que quatro delas são estaduais<sup>69</sup>. Isso sem contar a proliferação pelo território nacional de institutos federais de educação, os quais – é fato indiscutível – prestam ensino de qualidade, e que, no ano de 2010, já se encontravam com duzentas e quatorze unidades<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> Conferir levantamento disponível em: [www.exame.abril.com.br/as-500-melhores-escolas-do-pais-no-enem](http://www.exame.abril.com.br/as-500-melhores-escolas-do-pais-no-enem). Acesso em: 07.08.2014.

<sup>70</sup> Ver informações constantes do sítio portal.mec.gov.br. Acesso realizado em 12.01.2017.

Portanto, os correspondentes alunos, além de usufruírem do Estado prestação escolar de excelente qualidade, serão destinatários, pelo texto legal, da reserva de cotas que, nessa hipótese, afigura-se, estreme de dúvidas, como privilégio. Faltou ao legislador a cautela de inserir uma remissão ao regulamento para que fosse possível, dentro das escolas públicas, uma leve, mas importante, distinção, ajustando, assim, a política de cotas à realidade.

Não esquecer – e nesse ponto parece ser invocável passagem do voto do relator da ADPF 186 - DF – que o percentual de reserva aqui, ao contrário daquele estipulado pela resolução do Conselho Universitário da Universidade de Brasília (vinte por cento), é de metade, configurando-se numa parcela bastante elevada e que, por isso mesmo, é capaz de acarretar um ônus além da prudência para os estudantes excluídos, por terem cursado, em parte ou integralmente, o ensino médio em estabelecimentos particulares<sup>71</sup>.

Volvendo-se agora para a Lei 12.900/2014, cujo art. 1º reserva em favor de candidatos negros o percentual de vinte por cento das vagas oferecidas em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos no âmbito da Administração Federal, muitas censuras são pertinentes.

A primeira delas é a de que o concurso público, por si só, é um mecanismo que se volta, além de sua relevante finalidade de recrutar bons quadros, à igualdade à medida que estabelece o regime de mérito.

Em segundo lugar, tal reserva de vagas poderá, sem sombra de dúvidas, afetar a eficiência administrativa, propiciando o recrutamento de servidores que, no seu desenrolar, tenham apresentado um desempenho bastante inferior a outros que, igualitariamente, submeteram-se às mesmas avaliações, de modo a poder comprometer a boa qualidade do serviço público<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> Não é ocioso frisar que, no caso líder da jurisprudência norte-americana, o percentual de reserva de vagas foi de dezesseis por cento. Nessa linha, eis advertência de Carmen Lúcia Antunes Rocha (Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 15, 1996, p. 88), no sentido de ser relevante não serem produzidas novas discriminações com a ação afirmativa, remetendo-nos à consideração de que os programas e planos a esse respeito primaram sempre pela fixação de percentuais mínimos garantidores da presença das minorias que por eles se buscavam igualar. A mesma preocupação consta de Joaquim B. Barbosa Gomes (**O debate constitucional sobre as ações afirmativas**. Disponível em: [www.BuscaLegis.ccj.ufsc.br](http://www.BuscaLegis.ccj.ufsc.br). Acesso em: 23.03.2017).

<sup>72</sup> Interessante recordar, a propósito do tema envolvendo o princípio da eficiência, um exemplo fornecido pela história e que nos relata o descalabro gerado pela péssima escolha de agentes públicos, principalmente quando ocupantes de funções de direção. Recaiu na França do *Ancien Régime*, mais precisamente durante a Guerra dos Sete Anos, época na qual referido país se encontrava sob o diluviano reinado de Luís XV, no qual os comandantes do exército eram escolhidos com base num único e preponderante critério: a simpatia da Madame de Pompadour, amante declarada do monarca. Foi o que sucedeu com o Príncipe de Soubise que, comandando sessenta mil franceses, sofreu humilhante derrota do exército prussiano, composto por uma dimensão numérica inferior de vinte mil soldados. Ridicularizando a situação na qual se encontrava o

Numa terceira ordem de razões, é preciso salientar que a Constituição vigente, indo além de suas antecessoras, disciplinou, com excessiva minudência, as balizas retoras do acesso ao serviço público, conforme se vislumbra do seu art. 37, I a V, VIII e X, tornando, assim, praticamente inviável que, por mais hábil que seja o esforço retórico, desembocar-se-á, inelutavelmente, num ativismo fora dos limites da interpretação constitucional.

Fixando-se na regra geral da livre acessibilidade aos cargos e empregos públicos, consistente na conjugação de requisitos legais com a exigência de aprovação em concurso público (art. 37, I e II, CF), a qual figura em nosso constitucionalismo desde 1946, não se pode olvidar a presença de um conteúdo essencial, qual seja a adoção do regime de mérito, referido ligeiramente linhas atrás, cujos contornos foram traçados pela doutrina anterior e posterior à Lei Maior de 1998<sup>73</sup>. Por isso, as exceções foram estatuídas pelo constituinte e se limitam às hipóteses das funções e cargos de confiança, às pessoas portadoras de deficiências e à contratação de pessoal para atender a necessidade temporária de interesse público.

De outro lado, não se pode negar – e a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana constitui exemplo relevante – que o critério racial, para fins de estabelecimento de tratamento jurídico específico, é tido como de elevada suspeição.

---

exército real, apareceram muitas caricaturas em Paris, tornando-se bastante conhecida uma que continha narrativa de episódio no qual Frederico Guilherme II, o Grande, ao ver Soubise capturado, afirmou com forte pontada de cinismo, incomum para um germânico: “Que prisioneiro é esse? O príncipe de Soubise! Solte-o imediatamente! Ele nos é mais útil quando comanda os franceses!”. O afirmado é relatado por Jean Plaidy (*Revolução Francesa - A estrada para Compiègne*. Tradução: Naumin Aizen. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2003. Série Revolução Francesa, v. II, p. 183).

<sup>73</sup> À época da Constituição de 1967-69, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, dissecando o conteúdo da regra do acesso aos cargos públicos, constante do então art. 97, *caput*, e §1º, expôs: “Aqui está uma das mais importantes aplicações do princípio da igualdade perante a lei. Igualmente uma das mais sensíveis conquistas da Democracia. Todos têm acesso aos cargos públicos, desde que brasileiros. Não se faz acepção de raça, cor, credo, sexo. Apenas se levará em conta o mérito de cada um (para o que se prevê o concurso) e o preenchimento dos requisitos necessários para cada cargo, na forma fixada na lei” (*Comentários à Constituição Brasileira*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 424-425). Ainda ao instante da Lei Maior anterior, semelhante entendimento foi o de Pontes de Miranda quando, ao comentar o seu art. 97, *caput*, ao consagrar o igual acesso aos cargos públicos aos brasileiros, condicionando-o ao preenchimento dos requisitos previstos em lei, frisava que o campo do legislador estava delimitado pela enunciação das condições de capacidade para o exercício dos ofícios públicos. Foram as suas palavras: “A igualdade a que se refere o texto é simples postulado de *igual aptidão*, apagadas, entre os Brasileiros, quaisquer distinções de sexo, de procedência, de naturalidade, de estado civil. A União pode legislar sobre requisitos de capacidade para o exercício de profissões. De modo que o *exercício* de qualquer profissão é livre, mas observados os requisitos de capacidade e outros, *que a lei estabelecer*. A lei não pode exigir *côr*, nem *sexo*” (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. Tomo 6, p. 465-466). A orientação normativa veio ratificada com o art. 37, I, da Lei Maior de 1988, tendo visualizado a doutrina que a remissão ao legislador, ali constante, condiz com os requisitos apenas com os requisitos de capacitação para o exercício do cargo. Assim, José Afonso da Silva se pronuncia: “Essa lei está limitada pela própria regra constitucional, de sorte que os requisitos nela fixados não poderão importar discriminação de qualquer espécie ou impedir a correta observância do princípio da acessibilidade ao exercício da função administrativa” (*Comentário Contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 343).

A proporcionalidade da medida também é questionável. Primeiramente, a medida não se faz – nem de longe – indispensável para a eliminação de uma situação de inferioridade entre grupos, porquanto, para fins de assunção de cargos públicos, há sempre a exigência de nível de escolaridade<sup>74</sup>, o qual deve ser satisfeito por todos os candidatos. Desse modo, os candidatos se encontram, em tese, em posições de igualdade quanto à sua qualificação técnica, descabendo, portanto, a criação, por via legislativa, de favorecimento em favor de alguns deles, devendo se pautar a classificação dos concorrentes de acordo com o respectivo talento, *tout court*.

Ainda se mostra digno de nota alegação de maltrato à regra da onerosidade. Basta ver, para esse fim, o seguinte: no que concerne aos candidatos portadores de deficiência, onde o texto constitucional é explícito em assegurar reserva de vagas (art. 37, VIII, CF), a legislação regente da matéria faculta à Administração a fixação de percentual que se situa entre cinco a vinte por cento<sup>75</sup>. Contrariamente, no particular dos candidatos negros, o legislador, de logo, fixou o percentual de vinte por cento, implicando, assim, gravame excessivo aos demais candidatos.

Não olvidar que, recentemente, mais uma vez por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal, atendendo a provocação emanada do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, tornou ao exame do tema, reconhecendo a constitucionalidade da Lei 12.990/2014 na ADC 41 - DF<sup>76</sup>.

O precedente não será objeto de uma análise detalhada, pois alongaria demasiado o texto, evadindo-se ao seu propósito. Além da impropriedade da comparação com a situação de que se ocupou a ADPF 186 – DF, resta-me somente uma observação, dirigida ao sintetizado nos itens 1.2 e 1.3 da ementa, segundo a qual o concurso público é, justamente, o palco onde se substitui, como critério para o ingresso no serviço público, o sangue pelo talento, de sorte que não se afigura adequada a invocação à segregação de raça, até porque a cor, na prática desses certames, nunca foi fator de habilitação.

De mais a mais, se os argumentos expostos não se mostram convincentes para evidenciar o contraste do art. 1º, e parágrafo único, da Lei 12.711/2012, e do art. 1º da Lei 12.990/2014, pelos menos se afigura mais consentâneo com os critérios da hermenêutica que

<sup>74</sup> No plano da Administração Pública Federal, tal requisito se encontra previsto no art. 5º, IV, da Lei 8.112/90.

<sup>75</sup> Mais uma vez se invocando o paradigma do funcionalismo federal, tem-se nesse sentido o art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/90.

<sup>76</sup> Pleno, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento concluído em 08.06.2017.

sejam compreendidos de forma estrita, sem ampliações, tal qual o Supremo Tribunal Federal<sup>77</sup> imprimiu à aplicação do art. 37, VII, da Lei Básica.

## VII Palavras finais

Tecidas as considerações que se encontram nas linhas antecedentes, faz-se possível a formulação de alguns remates, a saber:

a) o constitucionalismo do Estado Democrático e Social, o qual vem se consolidando a partir da segunda metade da centúria que se findou, confiou à jurisdição constitucional – modelo mais amplo do que o do controle de constitucionalidade – a salvaguarda da ordem de valores que, tendentes à limitação tanto do poder político quanto do poder econômico, encontra-se consagrada nos textos sobranceiros, visando contribuir, desse modo, à sua efetividade;

b) entre nós, o Supremo Tribunal Federal vem desenvolvendo – com maior ênfase a contar de 05 de outubro de 1988 – o papel de mediador entre o exercício do poder e a liberdade do cidadão, o que lhe permitiu proferir decisões sobre temas demasiado relevantes, os quais, até há pouco, eram, em sua grande maioria, estranhos aos afazeres cotidianos dos juízes, sendo um deles o da isonomia, tendo em vista os seus vários e controvertidos aspectos;

c) abstraindo-se o exame da igualdade perante a lei e da igualdade na lei, despertou atenção, até por integrar o caudal das novidades, a análise da discriminação positiva, atuando como parâmetro o julgamento da ADPF 186 - DF, sede onde se reconheceu a compatibilidade da reserva de vagas (cotas) para pessoas negras em universidades públicas;

d) referido julgamento – cuja principal crítica, qual seja a inerente à unanimidade em questão tão polêmica – padece de equívocos, principalmente por não enfrentar, a contento, a cláusula de mérito inscrita no art. 208, V, segunda parte, da Lei Básica, e o requisito da objetividade, bem como em face da impropriedade da invocação, na sua motivação, ao precedente da Suprema Corte norte-americana no caso *Regents of the University of California v. Bakke* (438 US 265);

e) uma vez se considerando que um precedente há de ser visto desde os fatos relevantes do caso julgado, é imperioso notar que a deliberação tomada na ADPF 186 - DF – conclusão extensível à ADC 41-DF –, a despeito da respeitabilidade inerente aos

<sup>77</sup> Pleno, v.u., MS 23;310, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 31.10.2007; Segunda Turma, v.u., RE 408727 – AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, DJE de 08.10.2010.

pronunciamentos da Excelsa Corte, não possui autoridade vinculativa para, de modo automático, justificar a constitucionalidade do art. 1º, e parágrafo único, da Lei 12.711/2012 e do art. 1º da Lei 12.990/2014, os quais, partindo da disciplina de situações diversas, ensejam redobrados cuidados quando da aferição dos critérios supostamente legitimadores da discriminação positiva;

f) tem-se, especialmente quanto ao art. 1º, e parágrafo único, da Lei 12.711/2012, previsão de uma discriminação inversa que investe contra os critérios de proporcionalidade e de não onerosidade excessiva, enquanto, no que condiz com o art. 1º da Lei 12.990/2014, há manifesta contrariedade ao regime de mérito consagrado no art. 37, I a V, e VII, da Constituição Federal, cujas exceções o próprio texto sobranceiro estatuiu, uma vez não haver confiado ao legislador fazê-lo.

Eis, sinceramente, o que pensamos, sem o medo de ser feliz.