

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**

CRISTIANE MENNA BARRETO AZAMBUJA

**O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A POLÍTICA DE COTAS: UM ESTUDO
COMPARATIVO ENTRE A SUPREMA CORTE AMERICANA E O SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Porto Alegre

2015

CRISTIANE MENNA BARRETO AZAMBUJA

**O PRINCÍPIO
DA IGUALDADE E A POLÍTICA DE COTAS: UM ESTUDO COMPARATIVO
ENTRE A SUPREMA CORTE AMERICANA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito à obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Luís Afonso Heck

Porto Alegre

2015

CRISTIANE MENNA BARRETO AZAMBUJA

**O PRINCÍPIO
DA IGUALDADE E A POLÍTICA DE COTAS: UM ESTUDO COMPARATIVO
ENTRE A SUPREMA CORTE AMERICANA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito à obtenção do título de Mestre.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho

Prof. Dr. Roberto José Ludwig

Prof.^a Dr.^a Véra Maria Jacob de Fradera

Conceito:

Porto Alegre, 12 de junho de 2015.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais e a minha irmã.

AGRADECIMENTO

Aos meus familiares e amigos, pelo estímulo e pela compreensão diante das ausências que se fizeram necessárias.

Ao Prof. Dr. Luís Afonso Heck, pela seriedade e comprometimento com que atua em seu ofício de ensinar, pela orientação e pela disponibilização de textos que foram essenciais para o melhor entendimento do tema objeto do trabalho.

A Prof^a. Maria Weidemann Telles, pelo entusiasmo e pela paciência que fizeram com que o aprendizado de um novo idioma se tornasse uma tarefa menos complexa.

RESUMO

O presente estudo apresenta uma análise do princípio da igualdade e sua aplicação pela Suprema Corte americana e pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. Para tanto, analisa, de um lado, os atuais padrões de teste adotados pela Suprema Corte para aplicação do princípio da igualdade e, de outro lado, a ausência de critérios por parte do Supremo Tribunal Federal para a mesma finalidade. Dentre as inúmeras medidas que vem sendo adotadas, na busca da realização do princípio da igualdade, as políticas públicas, entre as quais destaca-se a política de cotas, merecem uma maior atenção. Muito embora, em um primeiro momento, a política de cotas possa parecer ter um bom propósito, ao olhar para ela de forma mais crítica, possível perceber que se trata de alternativa transitória. Por isso, uma outra solução precisa ser pensada. E, considerando que os padrões de teste da Suprema Corte americana não encontram aplicabilidade na realidade brasileira, a melhor alternativa, para o contexto brasileiro, parece passar pela igualdade de oportunidades, traço esse fundamental do estado social, que encontra amparo na Constituição Federal brasileira. Levando em conta, então, a importância e atualidade do tema, um estudo sobre ele se mostra sempre relevante.

Palavras-chave:

princípio da igualdade – Suprema Corte – Supremo Tribunal Federal – política de cotas – igualdade de chances

ABSTRACT

This study presents an analysis of the principle of equality and its application by the American Supreme Court and the Brazilian Supreme Federal Court. It analyzes, on the one hand, the current test standards adopted by the Supreme Court to apply the principle of equality and, on the other hand, the absence of criteria by the Supreme Federal Court for the same purpose. Among the many measures that have been adopted in the pursuit of the realization of the principle of equality, public policies, among which stands out the quota policy, deserve greater attention. Although, at first, the quota policy may appear to have a good purpose, to look at it more critically, can see that this is a temporary alternative. So another solution must be considered. And since the American Supreme Court's testing standards do not find applicability in the Brazilian reality, the best alternative, to the Brazilian context, seems to pass for equal opportunities, this fundamental trait of the welfare state, which finds support in the Brazilian Federal Constitution. Considering, then, the importance and timeliness of the topic, a study it shows it is always relevant.

Keywords:

principle of equality - Supreme Court –Supreme Federal Court - quota policy - equal opportunities

ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
art. – artigo
CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CO. – companhia. No original: *company*
COMAG – Conselho da Magistratura
D.C. – Distrito de Columbia. No original: *District of Columbia*
DEM – Democratas
DF – Distrito Federal
DPJ – Departamento de Pesquisas Judiciárias
EC – Emenda Constitucional
ed. – edição
EDv – Embargos de Divergência
EUA – Estados Unidos da América
HC – *Habeas Corpus*
Inc. – incorporado. No original: *incorporated*
j. – julgado
jan. – janeiro
JFRS – Justiça Federal do Rio Grande do Sul
Ltd. – limitado. No original: *limited*
mar. – março
MC – Medida Cautelar
MS – Mato Grosso do Sul
n. – número
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
Org. – Organização
Op. cit. – obra citada. No original: *opus citatum*
p. – página
Plc. – Sociedade Anônima. No original: *Public limited company*
PROUNI – Programa Universidade para todos

PSB – Partido Socialista Brasileiro
RE – Recurso Extraordinário
RJ – Rio de Janeiro
RS – Rio Grande do Sul
S. A. – sociedade anônima
SP – São Paulo
STF – Supremo Tribunal Federal
TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
UBC – União Brasileira de Compositores
UFPE – Universidade Federal de Pernambuco
UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul
UFSM – Universidade Federal de Santa Maria
UnB – Universidade de Brasília
UNESP – Universidade Estadual Paulista
v. – contra. No original: *versus*
vol. – volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
PRIMEIRA PARTE: A SUPREMA CORTE AMERICANA	15
CAPÍTULO 1: BREVE HISTÓRICO E A IMPORTÂNCIA DE SUAS DECISÕES.....	15
1.1 Sua criação, o início de uma nova realidade.....	15
1.2 A escolha dos juízes e a forma como trabalham, desde os primeiros passos até o reconhecimento como mais alta corte de justiça.....	22
1.3 O impacto de suas decisões na vida dos americanos.....	30
CAPÍTULO 2: O PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	35
2.1 A previsão da cláusula da igual proteção na Constituição americana.....	36
2.2 A igualdade na jurisprudência da Suprema Corte americana	40
2.3 Os atuais padrões de teste adotados pela Suprema Corte americana para aplicação do princípio da igualdade.....	43
2.3.1 Teste de escala mais rigoroso.....	43
2.3.2 Teste de escala médio	45
2.3.3 Teste de escala mínimo	47
2.4 As ações de estado e as ações afirmativas	49
2.4.1 As ações de estado	50
2.4.2 Ações afirmativas	57
SEGUNDA PARTE: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO	65
CAPÍTULO 1: BREVE HISTÓRICO E A IMPORTÂNCIA DE SUAS DECISÕES.....	65
1.1 Sua criação, uma inspiração na Suprema Corte americana	65

1.2 A escolha dos juízes e a forma em que trabalham durante sua permanência no Supremo Tribunal Federal	72
1.3 A forma como as suas decisões chegam aos brasileiros e os reflexos delas na vida cotidiana	80
CAPÍTULO 2: O PRINCÍPIO DA IGUALDADE	85
2.1 A igualdade na Constituição brasileira	85
2.2 O princípio da igualdade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	90
2.3 A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e as ações afirmativas.....	95
2.3.1 A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas	95
2.3.1.1 Tomada de posição.....	99
2.4 As ações afirmativas	100
2.4.1 Tomada de posição	105
TERCEIRA PARTE: O ESTADO SOCIAL.....	108
CAPÍTULO 1: O PRINCÍPIO DO ESTADO SOCIAL	108
1.1 Os direitos fundamentais: do direito de liberdade clássico ao direito social	108
1.2 O princípio do estado social na Alemanha	115
1.3 O (princípio do) estado social no Brasil.....	118
CAPÍTULO 2 A RELAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO ESTADO SOCIAL	123
2.1 Uma visão panorâmica dos direitos fundamentais sociais	123
2.2 Os argumentos favoráveis.....	125
2.3 Os argumentos contrários	127
2.4 O modelo, segundo Robert Alexy, de direito sociais fundamentais.....	130
QUARTA PARTE: A POLÍTICA DE COTAS E A IGUALDADE DE CHANCES.....	135
CAPÍTULO 1: A POLÍTICA DE COTAS	135
1.1 Pressupostos	135
1.2 Os argumentos favoráveis	139
1.3 Os argumentos contrários.....	143
1.4 A política de cotas, um modo de implementação de políticas de ação afirmativa na jurisprudência da Suprema Corte americana e do Supremo Tribunal Federal	146
1.4.1 A política de cotas na jurisprudência da Suprema Corte americana	147
1.4.2 A política de cotas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro	149

CAPÍTULO 2: A IGUALDADE DE CHANCES	152
2.1 Pressupostos.....	152
2.2 A igualdade de chances e a justiça social	154
2.3 A política de cotas: os questionamentos que embasaram a pesquisa e as respectivas respostas	162
2.3.1 Uma violação ou uma forma de realização do princípio da igualdade?	162
2.3.2 Um abandono do estado social?	165
CONCLUSÃO.....	171
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	173
ANEXOS	184

INTRODUÇÃO

O princípio da igualdade vem sendo objeto de estudo e de pesquisa há longa data. O tema é complexo e envolve diversas outras questões, também importantes. Ele pode dizer respeito a temas que envolvam a raça, o gênero, a religião, a idade, a orientação sexual, todos bastante polêmicos, a contar do momento em que habitamos um mundo cada vez mais globalizado e, também por isso, cada vez mais diversificado. Pessoas diferentes, a partir disso, mais do que em qualquer outro momento, precisam conviver harmonicamente entre si.

Esse equilíbrio, entretanto, nem sempre se faz presente e vários são os motivos para tanto. Por consequência, ao longo do tempo, muitas controvérsias foram levadas até os tribunais, na busca de encontrar uma solução para as divergências apontadas.

Os tribunais, então, vêm tentando buscar soluções para resolver tais controvérsias. O mesmo ocorre com os demais poderes – executivo e legislativo. Dessa maneira, cresce de forma exponencial o número de políticas públicas que pretendem ofertar uma maior igualdade aos cidadãos.

Uma dessas políticas públicas que vem sendo implementadas diz respeito à política de cotas. Trata-se de medida que busca realizar o princípio da igualdade através da criação de cotas para pessoas que pertençam a grupos desfavorecidos ou que tenham sofrido algum tipo de discriminação.

A opção, no presente trabalho, é fazer uma análise do princípio da igualdade, na Suprema Corte americana e no Supremo Tribunal Federal brasileiro. A primeira, por ser a corte maior de um país que sempre teve suas decisões como objeto de interesse dos estudiosos do direito, na medida em que exercem importante influência na vida dos americanos e, de igual modo, de outros povos. O segundo, por ser a corte suprema do nosso país.

Para tanto, em um primeiro momento, busca-se traçar um paralelo entre as duas cortes.

Na primeira parte do trabalho, então, a Suprema Corte americana é objeto de estudo. Ao fazer um breve histórico e apreciar a importância de suas decisões, possível verificar que, com ela, surge um novo modelo de corte de justiça. E essa novidade resta demonstrada desde sua criação, passando pela escolha de seus juízes e pela forma como trabalham até o impacto que suas decisões geram na vida dos

americanos. Logo a seguir, já com o conhecimento básico sobre a corte, passa-se ao exame do princípio da igualdade propriamente dito, seja na Constituição americana, seja na jurisprudência da Suprema Corte. Ao verificar as decisões da Suprema Corte, analisa-se os atuais padrões de teste que são utilizados para fins de aplicação do princípio da igualdade – teste de escala mais rigoroso, teste de escala médio e teste de escala mínimo. Como desdobramento disso, por fim, cogente se faz um estudo acerca das ações de estado e das ações afirmativas, a partir do momento em que é tentado, por meio delas, realizar o princípio da igualdade pela eliminação de toda forma de discriminação.

Na segunda parte do trabalho, no escopo de traçar uma análise comparativa, o Supremo Tribunal Federal brasileiro é objeto de pesquisa. Também aqui, a ideia inicial é a de analisar, ainda que de forma breve, seu histórico e a importância de suas decisões. Nesse intento, é objeto de apreciação sua criação, notadamente com inspiração na Suprema Corte americana, a escolha de seus juízes, a forma com que trabalham e, ainda, a maneira como suas decisões alcançam os brasileiros. Em seguimento, mais uma vez, a pesquisa é voltada para o princípio da igualdade. Assim como feito anteriormente, a análise se inicia pela previsão na Constituição, passando pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. E, de modo a fazer um contraponto com as ações de estado americanas, a opção é trabalhar com a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Isso porque, ainda que não se encontre uma correspondência exata entre ambas, elas possuem semelhanças que, no decorrer do trabalho, pretende-se demonstrar. Ao final do capítulo, as ações afirmativas, no contexto brasileiro, são objeto de exame.

Feita essa análise comparativa dos dois pólos da pesquisa – Suprema Corte americana e Supremo Tribunal Federal brasileiro -, no intento de ingressar na temática referente à política de cotas, busca-se, na terceira parte do trabalho, fazer um estudo do estado social, pois foi através dele que a discussão acerca dos programas sociais, tal como a igualdade de chances, deu seus primeiros passos.

Dessa forma, faz-se uma apreciação do princípio do estado social. Em um primeiro momento, observando a evolução dos direitos fundamentais, que, de início, eram apenas direitos de liberdades clássicas e, com o transcorrer do tempo, passaram também a ser direitos sociais. Depois, abordando o princípio do estado social de maneira específica, ao fazer uma abordagem dele na Alemanha e no Brasil. Logo a seguir, demonstra-se a relação existente entre os direitos fundamentais e o estado

social. Para tanto, passa-se por uma visão panorâmica dos direitos fundamentais sociais, seus aspectos favoráveis e contrários e, então, ao modelo sugerido por Robert Alexy de direitos sociais fundamentais.

Com essa visão acerca do estado social, parte-se para a quarta e última parte do trabalho, a que aborda a questão atinente à política de cotas e à igualdade de chances.

Ao examinar a política de cotas, trata-se de seus pressupostos, argumentos favoráveis e contrários e da forma como elas vem sendo objeto de análise pela jurisprudência da Suprema Corte americana e do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Na sequência, ao abordar a igualdade de chances, aprecia-se seus pressupostos, a sua relação com a justiça social e, ao final do capítulo, pretende-se responder os dois questionamentos cernes do trabalho. Seria a política de cotas uma violação ou uma forma de realizar o princípio da igualdade? E, ainda, essa política de cotas não teria passado por cima da estrutura do estado social preceituada pela Constituição Federal?

Nos anexos, traz-se alguns pontos importantes das legislações americana – Artigos da Confederação e *Bill of Rights*, traduzidos e no original - e brasileira – artigos da Constituição de 1891.

Com isso, a ideia principal do trabalho, mais do que trazer uma solução única para a busca da realização do princípio da igualdade e a sua relação com a política de cotas, é trazer ao leitor uma reflexão acerca da temática. Será que estamos caminhando no sentido da melhor e mais apropriada solução para a problemática decorrente da chamada discriminação racial? O que podemos fazer para ofertar ao cidadão uma real igualdade?

O método de estudo utilizado é, ao tratar da sistemática jurídica americana, o indutivo, de modo a se partir da apreciação de casos práticos para uma premissa mais geral, na tentativa de identificar os critérios utilizados quando da aplicação do princípio da igualdade na jurisprudência. Já com relação à sistemática jurídica brasileira, o dedutivo, partindo-se de uma premissa geral para a análise dos casos práticos. Em menor escala, também são utilizados outros métodos, como, por exemplo, o histórico e o comparativo.

PRIMEIRA PARTE: A Suprema Corte americana

CAPÍTULO 1: Breve histórico e a importância de suas decisões

1.1 Sua criação, o início de uma nova realidade

Cada sistema de justiça tem algum tipo de tribunal superior, alguma corte de último recurso, para dar a palavra final em um caso. Mas essa corte dá a palavra final sobre a lei ou sobre os poderes do governo no âmbito do direito, conforme as normas de uma Constituição. Nos dias de hoje, algumas nações seguem o exemplo americano. Entretanto, quando a Suprema Corte desenvolveu esse poder, forneceu ao mundo uma novidade.¹

Por isso, antes de adentrar no estudo da criação da Suprema Corte, cogente se faz uma análise, ainda que concisa, da origem da Constituição americana.

A tradição legal americana, notoriamente, nasceu a partir da tradição inglesa. No entanto, enquanto a Constituição inglesa se manteve não escrita e assim continua até os dias de hoje, nos Estados Unidos, os colonizadores entenderam por bem acrescentar um algo a mais, ou seja, a ideia de que se fazia necessário um acordo escrito com a base no governo.

Os primeiros movimentos, para que se alcançasse esse acordo escrito, foram, em 1606, uma carta do Rei James I, que delineou um plano de governo para os colonos da Virginia. Ainda, alguns peregrinos que desembarcaram em 1620 e que elaboraram o *Mayflower Compact* para eles mesmos com a promessa de fazer e obedecer leis justas e iguais para o bem geral de todos. E, além disso, as cartas escritas das colônias da realeza e também das colônias de proprietários.²

Esses movimentos foram os primeiros indícios de que uma importante diferença no sistema jurídico do colonizador – Inglaterra - e da colônia – Estados Unidos - iria se fazer presente.

Com a declaração da independência americana, em 1776, entendeu-se que seria necessária a criação de uma estrutura de governo.

¹ HARRELL, Mary Ann; BURNETT, Anderson. *Equal Justice Under Law. The Supreme Court in American Life*. Washington, D.C.: The Supreme Court Historical Society (with the cooperation of the National Geographic Society), 1982, p. 7.

² HARRELL, Mary Ann; BURNETT, Anderson. Op. cit., 1982, p. 7-9.

Por consequência, foram adotados, em 1781, os denominados Artigos da Confederação.

Os Artigos da Confederação e União Perpétua, tida como a primeira Constituição americana, possuíam treze artigos ou, melhor dizendo, um conjunto de acordos vinculativos sobre determinados temas.³

Esses artigos, no entanto, acabaram por criar um governo nacional bastante limitado. Havia previsão de apenas uma casa no Congresso que tinha pouco poder e não havia uma separação do executivo e do judiciário. Dessa forma, se surgissem disputas, por exemplo, entre estados acerca de títulos de terra, o Congresso teria que criar uma corte *ad hoc* para resolvê-las.⁴

Era possível dizer, então, que com os denominados Artigos da Confederação havia sido criada uma 'liga de amizade', um governo simples que, por vários motivos, acabou por não funcionar.⁵

Segundo os Artigos da Confederação e da União Perpétua, cada estado mantinha soberania, liberdade e independência, além de todo poder que não tivesse sido dado, de modo expresso, ao Congresso. O Congresso, por sua vez, era uma casa em que cada estado tão somente tinha direito a um voto. Essa, inclusive, uma das razões pelas quais, frequentemente, os estados não cooperavam com o Congresso.⁶

Dessa forma, plausível afirmar que a autonomia para administrar, decidir era maior no estado em si, individualmente considerado, do que através do Congresso.

Isso porque o Congresso, conquanto pudesse elaborar declarações e deliberar acerca delas, geralmente, não possuía poder para impor sua vontade aos estados.⁷

Diante disso, restou claro que uma causa para que o governo simples criado pelos Artigos da Confederação não alcançasse êxito em seu funcionamento tinha sido

³ FEINBERG, Barbara Silberdick. *The Articles of Confederation: The First Constitution of the United States*. Connecticut: Twenty-First Century Books A Division of The Millbrook Press, Inc., 2002, p. 16.

Conferir no ANEXO A a tradução dos Artigos da Confederação.

⁴ LANGRAN, Robert W. *The Supreme Court: A Concise History*. New York: Peter Lang Publishing, Inc., 2004, p. 1.

⁵ HARRELL, Mary Ann; BURNETT, Anderson. *Equal Justice Under Law: The Supreme Court in American Life*. Washington, D.C.: The Supreme Court Historical Society (with the cooperation of the National Geographic Society), 1982, p. 9.

⁶ HARRELL, Mary Ann; BURNETT, Anderson. Op. cit., 1982, p. 9.

⁷ ULMER, Sidney S. *Supreme Court Policymaking and Constitution Law*. United States: McGraw-Hill, Inc., 1986.

a falta, como regra, de um ente maior, que pudesse ter ingerência direta sobre os estados e também sobre a população.

Um outro motivo que levou a esse não funcionamento foi a ausência da separação do judiciário, assim como a inexistência de uma Corte Suprema, capacitada a ser uma última intérprete dos artigos. Isso porque, em última análise, tal carência significava que os estados e o Congresso poderiam interpretar os artigos de forma a atender seus próprios interesses, o que ensejava uma falta de uniformidade nas decisões.⁸

Essas causas, que levaram os Artigos da Confederação a não alcançarem seu êxito, deixaram George Washington, então Presidente americano, bastante angustiado. Washington percebeu, na ocasião, que, em função das relatadas carências, o país estava passando por uma grande confusão de competências, até mesmo no tocante aos seus poderes. Um dos problemas que causavam essa confusão era o de que os estados disputavam entre si, arduamente, o comércio. Com isso, protestos estavam acontecendo e se tornando cada vez mais frequentes.⁹

Em decorrência dos reiterados protestos, o Congresso decidiu por convocar uma convenção, na Filadélfia, em maio de 1787, com a finalidade única e expressa de revisar os Artigos da Confederação.¹⁰

Cada estado, que até então tinha seu próprio sistema de governo funcionando e era atendido por representantes, se fez presente nessa convenção.

Considerando que o governo não tinha o poder todo que necessitava, esses representantes entenderam por bem em criar uma estrutura de governo mais complexa do que a que estava em vigor, baseada nos Artigos da Confederação. Durante muito tempo se dedicaram à criação de um Congresso bicameral. Depois, à figura de um representante para o executivo – de um presidente. E, ao final, ao federalismo, de modo a dividir o poder entre o governo nacional e os estados.¹¹

Essa estrutura mais complexa acabou por ensejar a atual Constituição dos Estados Unidos, datada de 1787. Dessa forma, razoável assegurar que não foram

⁸ LANGRAN, Robert W. *The Supreme Court: A Concise History*. New York: Peter Lang Publishing, Inc., 2004, p. 1-2.

⁹ HARRELL, Mary Ann; BURNETT, Anderson. *Equal Justice Under Law: The Supreme Court in American Life*. Washington, D.C.: The Supreme Court Historical Society (with the cooperation of the National Geographic Society), 1982, p. 9.

¹⁰ HARRELL, Mary Ann; BURNETT, Anderson. Op. cit., 1982, p. 9.

¹¹ LANGRAN, Robert W. Op. cit., 2004, p. 2.

apenas os artigos que foram revisados e modificados, mas sim foi o próprio futuro da nação.¹²

Na oportunidade, foi firmado um compromisso com um novo tipo de Congresso, onde duas casas se faziam representar. Eram elas a Câmara dos Representantes e o Senado. Após, foi aceita a ideia de um executivo, de um Presidente. E, de modo a efetivar o federalismo, foi acolhida a proposta de uma Suprema Corte, para que, assim, um tribunal tivesse força suficiente para interpretar e aplicar as leis, reconhecendo os limites do governo nacional e dos estados. E com a ideia de uma Suprema Corte concretizada, também foi decidido quais os tipos de casos em que essa corte deveria atuar, quais sejam, quando houvesse desacordo acerca de detalhes nas cortes menores, eles deixariam a matéria subir para nova análise, dessa feita pela corte superior.¹³

Com a nova Constituição, então, foi criado algo novo, um plano para o poder que o mundo nunca tinha visto antes, a partir do momento em que contou com um sistema onde tanto o governo nacional quanto os estados tratariam diretamente com as pessoas.¹⁴

Em um sistema federal, o governo nacional continua a ser um governo de poderes delegados. Em tese, todo o poder não delegado é reservado aos estados ou ao povo. Uma diferença significativa, quando comparada a uma confederação, é que os poderes delegados são consideravelmente mais extensos e seu exercício não requer o consentimento dos estados individuais.¹⁵

De acordo com a nova Constituição, os estados não eram mais soberanos. Entretanto, eles possuíam poderes reservados, que, em verdade, eram todos aqueles não delegados. Enquanto isso, o governo federal somente poderia exercer os poderes delegados a ele pela Constituição, atuando sobre as pessoas diretamente, não através de representantes do estado e, portanto, um governo verdadeiramente nacional.¹⁶

¹² HARRELL, Mary Ann; BURNETT, Anderson. *Equal Justice Under Law: The Supreme Court in American Life*. Washington, D.C.: The Supreme Court Historical Society (with the cooperation of the National Geographic Society), 1982, p. 9.

¹³ HARRELL, Mary Ann; BURNETT, Anderson. Op. cit., 1982, p. 9-10; HUGHES, Charles Evans. *The Supreme Court of the United States – Its foundation, methods and achievements: na interpretation*. New York: Columbia University Press, 1947, p. 1-2.

¹⁴ HARRELL, Mary Ann; BURNETT, Anderson. Op. cit., 1982, p. 9.

¹⁵ ULMER, Sidney S. *Supreme Court Policymaking and Constitution Law*. United States: McGraw-Hill, Inc., 1986, p. 5.

¹⁶ ULMER, Sidney S. Op. cit., 1986, p. 5.

A Constituição americana, portanto, ao estabelecer uma nova divisão de governo federal provocou transformações nos três poderes, a contar do momento em que essa divisão abarcou o poder legislativo (conforme artigo I), o poder executivo (consoante artigo II) e o poder judiciário (conforme artigo III).

E, ao definir o judiciário, serviu como fundamento para a criação da Suprema Corte.¹⁷

O artigo III, que tratou do poder judiciário, foi composto de três Seções. A Seção 1 criou a Suprema Corte e deixou a concepção dos demais tribunais federais a cargo do Congresso. A Seção 2 previu a jurisdição das cortes federais. E, por fim, a Seção 3 definiu o que constituiria traição aos Estados Unidos.¹⁸

Sobre o judiciário, especificamente, assim dispôs a Constituição:

Artigo III

Seção 1. Suprema Corte e Cortes inferiores. Juízes e compensação.

O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. Os juízes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por seus serviços uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo.¹⁹

Seção 2, Cláusula 1 – Assuntos de jurisdição

A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros altos representantes diplomáticos e cônsules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; às controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e

¹⁷ O sistema judicial americano, como um todo, envolvia tanto leis estaduais quanto leis federais. As cortes estaduais tratavam, principalmente, da lei estadual, e as cortes federais das leis federais. Mas, para fins de direito constitucional federal, cortes estaduais e federais se combinavam para formar um único sistema judicial, com autoridade final e definitiva para interpretar a Constituição, poder esse investido na Suprema Corte. Assim, muitos casos com início em cortes estaduais foram posteriormente levados à Suprema Corte para a resolução final. Tais casos, entretanto, tinham que, no mínimo, envolver uma questão prevista em lei constitucional, federal ou em tratado federal (ULMER, Sidney S. *Supreme Court Policymaking and Constitution Law*. United States: McGraw-Hill, Inc., 1986, p. 7).

¹⁸ LANGRAN, Robert W. *The Supreme Court: A Concise History*. New York: Peter Lang Publishing, Inc., 2004, p. 2.

¹⁹ No original: *Article III*

Section 1. Supreme Court and inferior courts – Judges and compensation.

The judicial Power of the United States, shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behavior, and shall, at stated Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office.

cidadãos de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, enfim, entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros.²⁰

Seção 2, Cláusula 2 – Jurisdição da Suprema Corte

Em todas as questões relativas a embaixadores, outros ministros e cônsules, e naquelas em que se achar envolvido um Estado, a Suprema Corte exercerá jurisdição originária. Nos demais casos supracitados, a Suprema Corte terá jurisdição em grau de recurso, pronunciando-se tanto sobre os fatos como sobre o direito, observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer.²¹

[...]

Ultrapassado esse primeiro momento, onde ficou definida a nova forma de governo, novos debates acirrados trouxeram algumas outras questões também valiosas.

Deveriam as pessoas aceitar esse novo sistema pura e simplesmente? E onde e como ficaria a *Bill of Rights*?²² Importante lembrar, aqui, que a maioria dos estados tinha suas próprias Constituições e, em função disso, viram perigo em um novo documento que, dentre outras coisas, falava em providenciar uma lista de liberdades.²³

Durante meses essa questão esteve incerta, a contar do momento em que nove dos treze estados originais ainda tinham que ratificar a Constituição antes dela

²⁰ No original: *Section 2, Clause 1. Subjects of jurisdiction*

The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority; - to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls; - to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction; - to Controversies to which the United States shall be a Party; - to Controversies between two or more States; - between a State and Citizens of another State; - between Citizens of different States; - between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.

²¹ No original: *Section 2, Clause 2 Jurisdiction of Supreme Court*

In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.

[...]

²² As dez primeiras emendas da Constituição americana são também chamadas de *Bill of Rights*. Elas foram submetidas aos estados pelo primeiro Congresso como resposta às manifestações de preocupação por garantias de liberdades individuais que tinham sido aventadas durante os debates quando da ratificação da Constituição. A nona e a décima emenda, vale ressaltar, usualmente não são consideradas como específicas garantias de liberdades individuais. Então, por vezes, apenas as oito primeiras emendas são referidas como *Bill of Rights* (NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 4. ed. Minnesota: West Publishing CO., 1991, p. 331-332).

Conferir no ANEXO B a tradução da *Bill of Rights*.

²³ HARRELL, Mary Ann; BURNETT, Anderson. *Equal Justice Under Law: The Supreme Court in American Life*. Washington, D.C.: The Supreme Court Historical Society (with the cooperation of the National Geographic Society), 1982, p. 10.

se tornar lei. Mas, em 21 de junho de 1788, o nono estado – *New Hampshire* – a ratificou.²⁴

Com isso, estava em pleno vigor a Constituição americana.

Na primeira reunião do Congresso, James Madison, então representante do estado da Virgínia, levou para discussão a elaboração de emendas para proteção da liberdade e do direito das pessoas. Os estados aprovaram as emendas prontamente, e, em 1791, a *Bill of Rights* também já estava em vigor.²⁵

Agora a ‘mais perfeita União’²⁶ tinha substituído a hesitante ‘liga de amizade’ e uma nova nação começava sua grande experiência de liberdade sob a égide de uma lei. A Suprema Corte, por sua vez, se tornou a intérprete maior dessa lei. E, ao tratar de matérias constitucionais, passou a ser livre para mudar de ideia, sempre que entendesse necessário. Por isso, juízes têm superado seus antecessores e eles próprios para corrigir suas decisões à luz da experiência. Como consequência, a mudança de visão deles tem ajudado a fazer a Constituição encontrar as necessidades de cada geração sucessivamente.²⁷

Imperioso que se diga que a composição da corte tem se modificado no decorrer dos anos, mas que sua linguagem ao decidir vem sendo mantida, haja vista que se trata de uma entidade única e contínua. Apesar disso, nos dias atuais, mais do que em qualquer outro momento, grandes mudanças de entendimentos têm sido verificadas.²⁸

Considerando que a própria sociedade se transformou ao longo do tempo, nada mais coerente de que também a visão dos juízes de forma geral e,

²⁴ HARRELL, Mary Ann; BURNETT, Anderson. *Equal Justice Under Law: The Supreme Court in American Life*. Washington, D.C.: The Supreme Court Historical Society (with the cooperation of the National Geographic Society), 1982, p. 10.

²⁵ HARRELL, Mary Ann; BURNETT, Anderson. Op. cit., 1982, p. 10.

²⁶ A expressão “mais perfeita união” foi utilizada no preâmbulo da Constituição americana, nos seguintes termos: Preâmbulo

Nós, o povo dos Estados Unidos, a fim de formar a mais perfeita união, estabelecemos Justiça, asseguramos a tranquilidade interna, provemos a defesa comum, promovemos o bem-estar geral e asseguramos as bênçãos da liberdade para nós mesmos e nossa posteridade, ordenamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América.

No original: *Preamble*

We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.

²⁷ HARRELL, Mary Ann; BURNETT, Anderson. Op. cit., 1982, p. 10-12.

²⁸ LACROIX, Alison L. Temporal Imperialism. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper*. n. 308. p. 1329-1373. Chicago: The Law School the University of Chicago. Chicago, may 2010, p. 1331.

precipuamente, daqueles da mais alta corte também se modifique para que, então, possa satisfazer os anseios e as expectativas daqueles que se socorrem da prestação jurisdicional e da própria sociedade como um todo.

Diante do exposto, resta claro que a Suprema Corte dos Estados Unidos foi criada de uma maneira diversa das demais altas cortes que, à época, existiam. Enquanto que na Europa²⁹ a maioria dos judiciários se desenvolveram subordinados aos seus Reis, que lhes delegavam algumas de suas funções, os Estados Unidos instituíram de forma expressa, em sua Constituição, uma corte independente e tão fundamental quanto o legislativo – Congresso - ou o executivo.

Dito isso, importante se faz uma observação mais detalhada acerca de como vem ocorrendo a escolha desses juízes no decorrer dos anos e o modo como eles vem trabalhando, para que, assim procedendo, se possa melhor compreender como a Suprema Corte conseguiu conquistar a confiança e o respeito dos americanos.

Dessa maneira atuando, ainda, pretende-se avançar de uma apreciação eminentemente teórica para uma de ordem mais prática.

1.2 A escolha dos juízes e a forma como trabalham, desde os primeiros passos até o reconhecimento como mais alta corte de justiça

Em 02 de fevereiro de 1790, a Suprema Corte se reuniu para a primeira sessão pública em Nova Iorque.

Nesse primeiro momento, a incipiente corte ainda se mostrava demasiadamente fraca, motivo pelo qual, nos seus anos iniciais, alguns de seus juízes acabaram renunciando aos cargos para que pudessem assumir outras funções.

John Jay, por exemplo, o primeiro *Chief Justice*³⁰, renunciou ao cargo para se tornar Governador de Nova Iorque. John Rutledge, por sua vez, renunciou ao seu lugar na primeira Suprema Corte para se tornar *Chief Justice* da Câmara de Apelações Comuns da Carolina do Norte.³¹

²⁹ Na Inglaterra, por exemplo, Sir Edward Coke defendeu que as causas comuns não poderiam ser decididas pelo Tribunal do Rei, mas sim pelo Tribunal de Causas Comuns. Entretanto, ao menos até o estatuto da Magna Carta, ele próprio admitiu que causas comuns foram decididas pelo Tribunal do Rei (HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Martin Claret, 2011, p. 45-50).

³⁰ Designação conferida ao juiz que preside um tribunal de apelação, como regra, o mais alto tribunal de apelação em uma jurisdição e, sobretudo, a Suprema Corte.

³¹ SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993, p. 16.

Porém, apesar do começo sem bases sólidas, a mais alta corte conseguiu se manter no cenário americano.

No princípio, a Suprema Corte era composta por um *Chief Justice* e cinco *Associate Justices*^{32 33}, que eram investidos na jurisdição. O Presidente nomeava seus membros perante o tribunal. E essa responsabilidade de nomear os juízes para a Suprema Corte foi levada a sério pelo Presidente George Washington, que se dedicou a uma averiguação detalhada e cuidadosa de cada um de seus escolhidos. Depois da nomeação do Presidente, a escolha era confirmada pelo Senado.³⁴

Com o passar de aproximadamente dez anos, a Suprema Corte partiu para Washington, onde permanece até os dias atuais.

Em 02 de fevereiro de 1801, a Suprema Corte se reuniu pela primeira vez em Washington. Considerando que apenas o Juiz Cushing estava presente e que não havia quórum para se decidir, foi necessário um adiamento. O quórum se fez presente em 04 de fevereiro quando a corte passou, então, a definir a questão do dia: a posse do novo *Chief Justice*. Com a posse, ele logo tomou seu lugar. Era conhecido o novo *Chief Justice* da Suprema Corte americana, o Juiz Marshall.³⁵

Até esse momento, os juízes ainda estavam incertos sobre o seu papel na jovem política americana e também acerca do poder e da malevolência das forças que poderiam colocar tal papel em perigo. Considerando que a Constituição não havia sido totalmente explícita sobre a natureza e a finalidade da autoridade judicial, a corte ficou com a responsabilidade de organizar a sua própria bancada, passo a passo, tarefa que foi levada a termo com bastante cautela. Assim, apenas de forma gradual é que se tornou manifesto que a corte havia sido aceita como um símbolo do constitucionalismo americano e alcançado êxito ao ser considerada como uma instituição sólida de apoio público.³⁶

Dessa maneira, com Marshall desempenhando suas funções de *Chief Justice*,

³² Designação concedida aos juízes que não são o *Chief Justice* da corte em que eles atuam.

³³ No decorrer dos anos, o número de *Associate Justices* se modificou.

Ele foi majorado para seis no ano de 1807, para oito no de 1837 e para nove no de 1863. Um ato de 1866 pretendia reduzir o número para seis, mas vacâncias não preenchidas deixaram o número em sete. O ato de 1869 reconstituiu a Corte com um *Chief Justice* e oito *Associate Justices* (HUGHES, Charles Evans. *The Supreme Court of the United States – Its foundation, methods and achievements: an interpretation*. New York: Columbia University Press, 1947, p. 42).

³⁴ SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993, p. 16-17.

³⁵ SCHWARTZ, Bernard. Op. cit., 1993, p. 37.

³⁶ MCCLOSKEY, Robert G. *The American Supreme Court*. The University of Chicago Press: Chicago & London, 1960, p. 54.

é que a Suprema Corte restou fortalecida.

As realizações de Marshall como *Chief Justice* foram diretamente relacionadas com sua concepção de lei. Para Marshall, a lei era essencialmente um instrumento social, a ser moldada a uma Constituição para fins especiais e particulares. Por isso, entendia que a Constituição não era para ser aplicada de maneira formal, mas sim para ser aplicada à luz de sua finalidade. Por consequência, Marshall nunca duvidou que a proposta primordial por trás do instrumento orgânico era estabelecer uma nação que fosse dotada com todos os poderes governamentais necessários.³⁷

Além do olhar diferenciado para a Constituição, Marshall ainda implementou algumas modificações na sistemática de julgamento da Suprema Corte que colaboraram substancialmente para a sua consolidação no judiciário americano.

Um exemplo disso é que as opiniões dos juízes, que antes seguiam o modelo inglês e eram pronunciadas uma a uma, passaram a ser explicitadas pelo *Chief Justice*, em nome da corte. Marshall percebeu que, assim procedendo, seria reconhecida uma maior dignidade e autoridade ao tribunal, a partir do momento em que suas decisões seriam prolatadas por uma corte unida.³⁸

Ainda assim, é importante esclarecer, a manifestação de cada um dos juízes era individualmente considerada, consoante será melhor explicitado mais adiante.³⁹

Levando em conta que era costume, à época, se designar a Suprema Corte pelo nome de seu *Chief Justice*, possível referir que tal designação foi mais que um formalismo quando Marshall foi seu presidente, pois, do momento em que ele tomou seu lugar até sua morte, trinta e quatro anos depois, foi enfaticamente a Corte Marshall que sustentou a mais alta corte do judiciário americano.⁴⁰

Com uma Suprema Corte fortalecida, passaram a ser proferidas algumas das suas decisões de maior relevância.

Trata-se de decisões até o dia de hoje estudadas e que modificaram sobremaneira o direito constitucional norte-americano. É nesse período, inclusive, que é prolatada a decisão do célebre caso *Marbury v. Madison*.⁴¹ Além dela, também

³⁷ SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993, p. 38.

³⁸ SCHWARTZ, Bernard. Op. cit., 1993, p. 39.

³⁹ Ver Primeira Parte, Capítulo 2, Subcapítulo 2.1, p. 36 e seguintes.

⁴⁰ SCHWARTZ, Bernard. Op. cit., 1993, p. 38.

⁴¹ O caso envolveu William Marbury, uma das 'nomeações da meia-noite' de John Adams, então Presidente americano, para um cargo judicial federal menor, a quem o governo seguinte de Thomas

merecem destaque os famosos casos *Fletcher v. Peck*⁴², *Dartmouth College v.*

Jefferson recusou a entrega de uma comissão. Marbury, com fundamento no artigo 13 do Ato Judiciário de 1789 (que autorizava a Suprema Corte a emitir “mandados de segurança, em casos justificados pelos princípios e costumes da lei, para quaisquer tribunais nomeados ou pessoas que detivessem cargo sob a autoridade dos Estados Unidos”), requereu à Suprema Corte um mandado de segurança, de modo a compelir o Secretário de Estado, Madison, a lhe dar sua comissão. O *Chief Justice*, percebendo a potencial implicação política do caso, enfrentou um dilema. Se decidisse a favor de Marbury, Madison e Jefferson iriam ignorar sua decisão e, assim, a Suprema Corte teria sua imagem prejudicada. Se, por outro lado, decidisse a favor de Madison, isso significaria uma confirmação por parte da corte de uma administração cujo líder e princípios ele não apreciava (SALOMON, Leon I. *The Supreme Court – The Reference Shelf*. vol. 33. n. 1. New York: The H. W. Wilson Company, 1961, p. 57).

O *Chief Justice* acabou por resolver o dilema de forma simples. Ele trabalhou com três questões: o requerente tinha direito a sua comissão? Se ele tinha o direito e a lei havia sido violada, qual era o recurso cabível para atacá-la? Se havia um recurso na lei, era ele o mandado de segurança? Marshall facilmente dispôs sobre as duas primeiras, ambas a favor de Marbury. E foi através da terceira questão que Marshall fez história. Ele pontuou que a Constituição conferiu competência originária e recursal para a Suprema Corte, mas para a primeira foi explícita ao limitá-la para casos “afetando embaixadores, outros ministros públicos e cônsules, e aqueles em que o estado devesse ser parte”. Toda a competência restante era recursal, a ser determinada por leis do Congresso. A contar desse momento, a questão em análise passou a ser a seguinte: em que situação se enquadraria o mandado de segurança – competência originária ou recursal? Marshall respondeu que o mandado de segurança era, por sua natureza, de competência originária. Ocorre que o Congresso havia incorporado o artigo 13 no Ato Judiciário de 1789. Esse, concluiu o *Chief Justice*, era o problema. O Congresso não tinha o direito de assim proceder, nos termos da Constituição. Por isso, o ato era nulo, inconstitucional (SALOMON, Leon I. Op. cit., 1961, p. 58).

Tendo declarado um ato do Congresso inconstitucional, Marshall apreciou uma questão ainda pendente: de onde derivava a autoridade da Suprema Corte para assim decidir? A Constituição não havia concedido a ela, de forma específica, tal poder. Aqui, o *Chief Justice* recorreu ao referido pelo federalista Hamilton que argumentou que, na essência, a supremacia de uma Constituição escrita requer que seja possível que a corte possa interpretar a lei. Marshall arguiu que a Constituição era o instrumento orientador supremo da nação e que o fato de ser escrita significava que eram mencionados limites no poder e na jurisdição. Quem, se não os tribunais, de acordo com sua obrigação juramentada perante a Constituição, poderiam julgar quando os limites constitucionais haviam sido ultrapassados? Marshall, assim, conseguiu vários objetivos. Ele reconheceu o direito de Marbury à sua comissão, mas negou o mandado de segurança; ele condenou o Presidente Jefferson; e ele lançou bases para uma pretensão de poder sobre o legislativo, que a Suprema Corte mantém até os dias atuais (SALOMON, Leon I. Op. cit., 1961, p. 58).

⁴² Em 1795, depois de notório suborno, a legislatura da Georgia autorizou a venda de trinta e cinco milhões de acres na área de Yazoo (atualmente, Alabama e Mississippi) para quatro companhias de terra por 1,5 centavos o acre, um valor insignificante. No ano seguinte, os legisladores corruptos foram derrotados nas urnas e a nova legislatura revogou a concessão Yazoo, invalidando também todos os direitos de propriedade dela derivados. Nesse meio tempo, entretanto, os compradores já tinham vendido milhões de acres a terceiros. Um dos compradores dessa venda posterior, Robert Fletcher, contestou o vendedor, John Peck, alegando a violação da garantia do título e pretendendo, primordialmente, que fosse invalidada a rescisão levada a termo pelo legislativo (HALL, Kermit L. *The Oxford Guide to United Supreme Court Decisions*. Oxford University Press, Inc: New York, 1999, p. 93).

Mais uma vez, o *Chief Justice* Marshall estava diante de um dilema. Ele precisou resguardar a concessão legislativa original, ainda que corrompida em função de suborno, para tranquilizar os investidores que haviam tomado terras concedidas pelos estados, enquanto anulou a posterior, em razão de vício. Ele agiu de forma cautelosa. Afirmou que a questão objeto de apreciação pela Suprema Corte deveria se limitar ao título, de modo que, para remediar a corrupção política, os cidadãos teriam que se reportar às urnas e não às cortes. Tendo contornado a questão da corrupção, Marshall passou a tratar das questões constitucionais (HALL, Kermit L. Op. cit., 1999, p. 93).

Marshall entendeu, então, que uma legislatura estadual não poderia fazer valer uma legislação que comprometia contratos ou confundia títulos de terras supostamente adquiridos de boa-fé. Com isso, ele protegeu o direito de propriedade e os contratos da interferência do legislativo e, ao mesmo tempo, reforçou o comprometimento da corte em conferir segurança ao direito de propriedade e aos contratos

*Woodward*⁴³, *McCullock v. Maryland*⁴⁴ e *Gibbons v. Ogden*.⁴⁵

como institutos que precisavam ser protegidos (HALL, Kermit L. *The Oxford Guide to United Supreme Court Decisions*. Oxford University Press, Inc: New York, 1999, p. 93).

Tratou-se de uma decisão que prestou grande serviço à nação, pois conferiu estabilidade ao direito de propriedade, principalmente no tocante aos contratos de compra de terras.

⁴³ O Dartmouth College foi criado em 1769. Sua carta de criação apontou doze curadores e conferiu a eles autoridade para governarem o colégio e habilitação para escolherem seus sucessores. Ocorre que, em 1816, a legislatura de New Hampshire aprovou uma série de estatutos e, dentre outras providências, com relação ao Dartmouth College, aumentou o número de curadores para vinte e um e autorizou o Governador a nomear os nove novos membros. Além disso, sujeitou as decisões importantes dos curadores a um novo Conselho de Supervisores, supervisores esses, em grade parte, também escolhidos pelo Governador (CURRIE, David P. *The Constitution in the Supreme Court: The First Hundred Years, 1789-1888*. Chicago: The University of Chicago Press, 1985, p. 141).

Em ação movida pelos antigos curadores para recuperar livros societários de um oficial nomeado ao abrigo da nova lei, o tribunal estadual manteve as alterações estatutárias. A Suprema Corte, entretanto, em 1819, reverteu a decisão (CURRIE, David P. Op. cit., 1985, p. 141).

Novamente, a Suprema Corte confirmou a validade do documento – na hipótese, a carta de criação do colégio e suas determinações – e decidiu pela inconstitucionalidade de um ato legislativo que pretendia modificá-la.

⁴⁴ O caso tratou de um imposto do estado de Maryland sobre a emissão de notas do Banco dos Estados Unidos, que foi incorporado por ato do Congresso em 1816. O governo alegou que tal taxa era inválida e não precisava ser paga. O estado de Maryland, por outro lado, afirmou que a incorporação do banco excedia os poderes constitucionais do Congresso e que, em qualquer situação, os estados poderiam taxar o que quisessem, desde que dentro de suas fronteiras (MCCLOSKEY, Robert G. *The American Supreme Court*. The University of Chicago Press: Chicago & London, 1960, p. 66).

Falando por uma corte unânime, Marshall manteve a constitucionalidade da incorporação do banco e, ao assim proceder, reafirmou a declaração clássica da doutrina da autoridade nacional. O argumento utilizado para tanto poderia ser dividido em três fases. A primeira no que dizia respeito ao problema da natureza da Constituição. Nesse ponto, duas premissas precisavam ser referidas: a de que a Constituição emanava das mãos do povo soberano e a de que falava em linguagem ampla para que pudesse ser adaptada às mais variadas crises dos relacionamentos humanos. Isso conduzia a segunda fase, que correspondia à natureza do governo nacional que a Constituição havia criado. As pessoas fizeram o governo supremo sobre todos os rivais na esfera de seus poderes, de maneira que tais poderes deveriam ser interpretados generosamente para que pudessem ser suficientes para as várias crises dos séculos seguintes. A terceira e última fase seria a aplicação desses importantes princípios (MCCLOSKEY, Robert G. Op. cit., 1960, p. 66-67).

Assim, o poder de incorporar o banco foi mantido sob a cláusula que atribuiu ao Congresso o poder de fazer todas as leis ‘necessárias e apropriadas’ para executar os poderes. As palavras ‘necessárias e apropriadas’, então, foram interpretadas generosamente. A taxa de Maryland era, portanto, inválida (MCCLOSKEY, Robert G. Op. cit., 1960, p. 67).

⁴⁵ O caso surgiu durante os primeiros dias do barco a vapor. Em 1807, Robert Fulton, o mais bem sucedido de muitos inventores, buscou colocar em prática a ideia da propulsão a vapor e colocou seu barco a navegar pelo rio Hudson, em velocidade compatível com a indicada pela lei do estado de Nova Iorque e, por consequência disso, acabou por adquirir o monopólio da navegação a vapor nas águas do mencionado estado. Ocorre que alguns ambiciosos resolveram desafiar tal monopólio, o que ensejou diversos litígios. Um dos casos envolveu Aaron Ogden, que mantinha uma licença exigida pelo estado de Nova Iorque e Thomas Gibbons, que mantinha uma licença da costa federal. Isso fazia com que ambos tivessem seus barcos competindo por espaço entre Nova Jersey e Manhattan (HALL, Kermit L. Op. cit., 1999, p. 104).

A corte de Nova Iorque confirmou, em várias oportunidades, o monopólio em detrimento da competição. Em 1824, a disputa alcançou a Suprema Corte, em sede de apelação (HALL, Kermit L. Op. cit., 1999, p. 104).

Marshall falou em nome de todos da corte, exceto no do Juiz William Johnson, que optou por uma opinião divergente. Marshall definiu comércio de forma ampla, desde meras trocas até pessoas e novos objetos, como o barco a vapor. Apesar disso, ele se manteve recuado sobre decidir o caso em áreas exclusivas, provavelmente porque ele pensou no impacto que o poder federal poderia causar sobre estados-escravistas, preocupados que eles estavam com a autoridade federal. Marshall, então, interpretou a licença federal de Gibbons como capaz de nulificar a concessão de monopólio do estado

Os juízes da Suprema Corte, muito embora fossem apontados e confirmados por departamentos políticos do governo, trabalhavam de forma livre do controle dos políticos. No decorrer dos anos, restou demonstrado de forma ampla que, ainda que princípios políticos fundamentais estivessem presentes, os juízes não eram objeto de influência por máquina partidária ou por qualquer governo visível ou invisível. Os juízes, homens de idade madura e de larga experiência que eram, sem dúvida, tinham suas convicções políticas e econômicas, suas visões da natureza e do propósito do governo, da relação do judiciário com o governo, mas não dispunham de instrumentos de manipulações políticas ou de ferramentas de poder. Esse foi um fator importante que só fez aumentar ainda mais a confiança na sinceridade e na independência da corte e de seus juízes.⁴⁶

A Suprema Corte tinha as falhas inevitáveis de qualquer instituição humana, mas, ainda assim, justificava a confiança que lhe era depositada, o que estava subjacente ao sucesso do esforço democrático, que se podia encontrar em seres humanos imperfeitos para a administração essencial da justiça, uma retidão de propósito, uma clareza de visão e capacidade de independência, imparcialidade e julgamento equilibrado que, como consequência, tornava impotente a solicitação de amigos, os apelos de associados políticos de outrora e as ameaças de inimigos.⁴⁷

Apesar disso, durante alguns anos, a Suprema Corte enfrentou severas críticas.

Porém, ótimos críticos são ainda mais aptos a demonstrar suas fraquezas do que ótimos juízes agindo sob um senso mais agudo de responsabilidade. Isso porque homens bons e aptos sempre lidaram sem limitação com a conduta de outros homens igualmente bons e aptos que compartilhavam de opiniões diferentes.⁴⁸

Quando, então, se levam em conta todos os anos de atividades da corte, as milhares de determinações, as questões difíceis com que teve que lidar e o fato de que saiu dos conflitos com suas feridas curadas, sua integridade universalmente reconhecida, sua habilidade diferenciada dos outros tribunais do mundo e nenhuma outra instituição do governo com tamanha confiança pública, é possível afirmar que

de Nova Iorque. Ele verificou um conflito de estatutos do Congresso e do estado, entendendo que deveria prevalecer o primeiro (HALL, Kermit L. *The Oxford Guide to United Supreme Court Decisions*. Oxford University Press, Inc: New York, 1999, p. 104).

⁴⁶ HUGHES, Charles Evans. *The Supreme Court of the United States – Its foundation, methods and achievements: an interpretation*. New York: Columbia University Press, 1947, p. 45-46.

⁴⁷ HUGHES, Charles Evans. Op. cit., 1947, p. 45-46.

⁴⁸ HUGHES, Charles Evans. Op. cit., 1947, p. 46-47.

isso foi devido à maneira imparcial com que a corte dirigiu a sua tarefa, a honra sem mácula, a liberdade de embaraços políticos e a perícia dos juízes que suportavam o fardo mais pesado e o trabalho intelectual mais severo e contínuo que o país tinha conhecimento.⁴⁹

O *Chief Justice*, como o membro principal da corte, figura como o oficial executivo que preside as sessões e conferências e anuncia as ordens. No que tange às deliberações da corte, no entanto, ele é apenas um dos nove juízes, não possuindo nenhuma autoridade maior do que qualquer dos outros membros na decisão dos casos. Isso se deve ao fato de que, na Suprema Corte, cada ação é tomada de acordo com a maioria dos membros. Assim, cada juiz tem a oportunidade de votar em cada questão. Tanto é assim que é prática do tribunal de que tal voto seja tomado e a opinião da maioria apurada antes do caso ser encaminhado a um dos juízes para redação do parecer. Dessa forma, toda a corte participa do trabalho judicial.⁵⁰

O entendimento é no sentido de que é mais fácil cada juiz escrever sua própria opinião em cada caso do que nove juízes, em um curto espaço de tempo, explorarem suas dúvidas e dificuldades em conjunto ou alcançarem a convergência de seus pontos de vista. Assim, de regra, os juízes trabalham durante a maior parte do tempo de forma isolada.⁵¹

Durante essa tarefa individual, todos os juízes trabalham com os mesmos materiais, lidam com as mesmas informações, os mesmos casos e ouvem os mesmos argumentos. Somente depois disso é que é designada uma data para a conferência.⁵²

Como praxe, em uma conferência da Suprema Corte, após os argumentos terem sido ouvidos e os registros e as ordens terem sido examinadas, os membros da corte comparam seus pontos de vista e registram suas decisões.⁵³

Nessa conferência, apenas os nove juízes se fazem presentes. Não participam os funcionários judiciais, os secretários, os assistentes pessoais ou nenhuma outra pessoa de fora.⁵⁴

⁴⁹ HUGHES, Charles Evans. *The Supreme Court of the United States – Its foundation, methods and achievements: an interpretation*. New York: Columbia University Press, 1947, p. 55.

⁵⁰ HUGHES, Charles Evans. *Op. cit.*, 1947, p. 56-57.

⁵¹ JACKSON, Robert H. *The Supreme Court as a Unit of Government*. In WESTIN, Alan F. *The Supreme Court: Views from inside*. New York: W. W. Norton & Company, Inc., 1961, p. 25-26.

⁵² REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage Books, 2002, p. 255.

⁵³ HUGHES, Charles Evans. *Op. cit.*, 1947, p. 57.

⁵⁴ REHNQUIST, William H. *Op. cit.*, 2002, p. 253.

Ainda que o *Chief Justice* tenha somente um voto, a maneira com que cada corte faz seu trabalho lhe oferece uma oportunidade especial para evidenciar a sua liderança.

Na conferência, por exemplo, é de costume que o *Chief Justice*, exceto se ele desejar de outra forma, seja o primeiro a apresentar suas observações sobre o caso a ser decidido. Ele oferece sua opinião primeiro e vota por último.⁵⁵ Depois de uma decisão ter sido alcançada, o *Chief Justice* atribui o caso para um dos membros da corte, vale dizer, para um dos de opinião majoritária, se houver divisão e o *Chief Justice* for um membro da maioria. Se ele tiver acompanhado a minoria, o *Associate Justice* mais antigo é quem atribui a algum dos juízes o caso para que o parecer seja elaborado. Ao atribuir os casos, o *Chief Justice* pode reter qualquer um para si. É reconhecido que ele tem o controle exclusivo sobre a atribuição de pareceres e suas atribuições não são questionadas. Assim, ele tem uma importante escolha entre os juízes na distribuição dos casos de maior destaque. Compete ao *Chief Justice* distribuir o trabalho para cada juiz de modo que todos tenham a mesma quantidade de trabalho e a mesma proporção de casos importantes. Esse método poderia ser objeto de objeção, mas, em verdade, tem funcionado bem.⁵⁶

Na Suprema Corte, então, cada juiz vem para a conferência para expressar seu ponto de vista e votar, sem saber se ele virá a ter a responsabilidade de redigir a opinião que irá acompanhar o voto. Ele é, por consequência, muito consciente de sua responsabilidade na votação.⁵⁷

Dessa forma, em síntese, plausível afirmar que os juízes atuam como árbitros do governo americano – árbitros do governo federal. E que as decisões por eles prolatadas representam a maioria, se não a totalidade, dos membros, mas, ainda assim, sua incrível responsabilidade recai, ao final, sobre os ombros de cada um.⁵⁸

Nos dias de hoje, os seus juízes ainda são em um número de nove e continuam sendo escolhidos pelo Presidente e confirmados com o voto da maioria dos

⁵⁵ A discussão na conferência observa uma ordem, que tem seu início pelo *Chief Justice* e termina com a manifestação do *Associate Justice* mais novo. A votação, por sua vez, possui o sentido inverso, de modo que tem seu início pelo *Associate Justice* mais novo e termina com o *Chief Justice* observada a antiguidade.

⁵⁶ HUGHES, Charles Evans. *The Supreme Court of the United States – Its foundation, methods and achievements: an interpretation*. New York: Columbia University Press, 1947, p. 58-59.

⁵⁷ HUGHES, Charles Evans. Op. cit., 1947, p. 58-59.

⁵⁸ HARRELL, Mary Ann; BURNETT, Anderson. *Equal Justice Under Law: The Supreme Court in American Life*. Washington, D.C.: The Supreme Court Historical Society (with the cooperation of the National Geographic Society), 1982, p. 12.

membros do Senado. De igual modo, a configuração historicamente conhecida se mantém. Um deles figura como *Chief Justice* e os demais são denominados *Associate Justices*.

Esses juízes, consoante previsão constitucional, uma vez confirmados pelo Senado, ficam na corte enquanto tiverem boa conduta. Assim, podem continuar exercendo o cargo por toda sua vida ou até quando quiserem se aposentar ou sair de forma voluntária.

Tendo por base essas informações sobre a origem da Constituição americana e, agora, também acerca da Suprema Corte, assim como sobre o seu desenvolvimento, valioso que se verifique, doravante, de que forma suas decisões atingem a vida dos americanos.

1.3 O impacto de suas decisões na vida dos americanos

O fato da Suprema Corte decidir um conflito entre duas partes e manifestar suas razões por escrito não nos informa de forma direta e imediata sobre o que acontece logo em seguida. A maneira como essa decisão será efetivada fica para um momento posterior.

Uma decisão da Suprema Corte, desse modo, é mais corretamente vista como um evento em um fluxo contínuo de eventos, que tem seu início com a ação judicial e prossegue pelos tribunais inferiores até a Suprema Corte. Mas, mesmo depois da decisão da Suprema Corte, o procedimento continua. Isso porque todas as partes envolvidas devem ser notificadas da decisão da corte. Assim, se ordens específicas para os litigantes são proferidas, alguém deve interpretar essas ordens, decidir que ação deve ser tomada, quem é que vai sofrer essa ação, a data para que isso venha a ocorrer e os métodos para proceder a serem adotados.⁵⁹

Uma situação que demonstra com clareza que uma decisão da Suprema Corte não é um fim em si mesmo ocorreu no caso *Roe v. Wade*.⁶⁰

⁵⁹ ULMER, Sidney S. *Supreme Court Policymaking and Constitution Law*. United States: McGraw-Hill, Inc., 1986, p. 46.

⁶⁰ Roe foi um caso que desafiou a constitucionalidade da legislação de aborto do Texas. Jane Roe, utilizando um pseudônimo, instituiu o caso em março de 1970, quando era solteira, estava grávida e desejava um aborto. Quando da oitiva de Roe na corte distrital, em maio de 1970, não havia evidência de que ela estivesse grávida. E, por ocasião do julgamento da Suprema Corte, em janeiro de 1973, a apelação sugeriu que o caso de Roe deveria ser decidido porque ela e todas as outras mulheres não poderiam mais ficar sujeitas as regras da gravidez dos anos 70. A Suprema Corte, então, decidiu que o período de uma gravidez humana era curto demais e que chegaria ao fim sempre antes de o processo

Na ocasião, a Suprema Corte discutiu acerca da constitucionalidade do direito da mulher de praticar o aborto. E, uma vez que prolatou sua decisão, diversas legislaturas estaduais pelo país consideraram modificar ou até mesmo abandonar as leis estaduais existentes que limitavam o acesso da mulher ao aborto. Além do impacto no legislativo dos estados, a decisão também despertou interesse da população. Alguns grupos favoráveis ao direito de aborto propuseram várias ações judiciais visando acabar com outras limitações também relacionadas ao aborto. Em contraponto, grupos contrários ao direito de aborto mostraram sua irresignação com o teor da decisão proferida.

Outras dúvidas podem surgir, por exemplo, se a decisão da Suprema Corte implica uma classe de pessoas, ao invés de apenas duas partes em conflito. Isso ocorre quando o caso é definido como uma ação coletiva.

Em um caso perante a Suprema Corte, a decisão final de conceder ou de negar o *status* de ação coletiva é proferida pela própria corte. E, uma vez que a uma situação específica é concedida esse *status*, a decisão sobre o caso irá ligar diretamente não apenas as partes litigantes, mas todos os membros da classe.⁶¹

Um caso concreto em que se reconheceu o *status* de ação coletiva foi o *Brown v. Board of Education of Topeka*.⁶²

de apelação estar completo. Assim, as apelações seriam sempre negadas. Entenderam, como consequência, que a lei não poderia ser tão rígida. Diante disso e também do fato de que a gravidez é fato que se repete, seja com a mesma mulher ou com outras, decidiram que o caso deveria ser levado a julgamento, independentemente da gravidez ou não de Roe (NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 4. ed. Minnesota: West Publishing CO., 1991. Op. cit., 1991, p. 64).

Ao julgar o caso, a Suprema Corte entendeu que o termo 'pessoa' da Décima Quarta Emenda não era aplicável aos nascituros. Diante disso, o feto não tinha direitos constitucionais a serem resguardados antes de seu nascimento. Ainda assim, reconheceram o direito de um estado, por opção, restringir a prática do aborto de acordo com um estágio de 'viabilidade' (NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. Op. cit., 1991, p. 491).

A opinião majoritária estabeleceu uma estrutura trimestral para análise de regulamentos sobre aborto. A princípio, nenhum regulamento seria confirmado se dissesse respeito ao aborto durante o primeiro trimestre da gravidez. De resto, qualquer regulamento poderia ser confirmado, desde que estritamente adaptado para proteger a mulher (NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. Op. cit., 1991, p. 774).

⁶¹ ULMER, Sidney S. *Supreme Court Policymaking and Constitution Law*. United States: McGraw-Hill, Inc., 1986, p. 46.

⁶² A corte, pela primeira vez desde *Plessy – Plessy v. Ferguson*, ocasião em que a Suprema Corte afirmou que a separação entre brancos e negros era constitucional e, por consequência, também a discriminação racial e a segregação -, examinou inteiramente a validade da doutrina 'separados, mas iguais'. Na ocasião, a corte decidiu que a doutrina 'separados, mas iguais' não teria lugar na educação. *Brown* envolveu quatro casos consolidados que enfocavam a legitimidade dos governos locais para realizarem sistemas de ensino onde os alunos fossem segregados por raça. Em cada caso, os negros buscaram admissão em escolas públicas em uma base de não-segregação. Os tribunais estaduais, por outro lado, basearam suas decisões na doutrina 'separados, mas iguais'. Os demandantes contestaram a validade da doutrina, arguindo que escolas segregadas não eram iguais e não poderiam ser iguais

No caso *Brown v. Board of Education of Topeka, Kansas*, decidido em 1954, a decisão da corte obrigou não apenas os cinco distritos escolares que eram partes no processo, mas também todos os outros distritos escolares em todo o país onde existia discriminação ilegal em função da raça. Isso, posteriormente, implicou várias determinações para quem estava em sala de aula e também dos tipos de ações que eram necessárias, por parte dos membros da classe, para melhor executá-las.⁶³

Por vezes, um distrito escolar poderia definir-se como um membro da classe processada e modificar suas políticas de forma voluntária. Se, por outro lado, um cidadão acreditasse que seu distrito era um membro da classe processada e as autoridades distritais discordassem e continuassem suas práticas de segregação, o remédio cabível para que o cidadão pudesse enfrentar tal situação estaria em uma medida cautelar junto à corte distrital federal. E, nesse caso, o juiz da corte distrital é que poderia determinar o *status* de ação coletiva.⁶⁴

No entanto, na referida hipótese, uma mera apelação poderia dar início a todo o processo mais uma vez. Em verdade, admissível dizer que a aplicação de qualquer decisão da Suprema Corte pode desencadear um novo ou vários outros litígios.

Desse modo, de notar que a decisão da Suprema Corte nem sempre é o final do processo. Ou, ainda que a decisão coloque fim a um processo, a parte perdedora tem a possibilidade de tentar recuperar suas perdas.⁶⁵

(NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 4. ed. Minnesota: West Publishing CO., 1991. Op. cit., 1991, p. 624).

O caso foi informado e argumentado em dois mandatos sucessivos da corte. A reiteração perante a Suprema Corte foi centrada sobretudo na adoção da Décima Quarta Emenda e nas intenções de seus autores. Isso porque era uma emenda constitucional e não um estatuto que a corte estava interpretando. A busca pela intenção dos autores tinha duas facetas: se os redatores contemplaram que a emenda deveria imediatamente abolir a segregação em escolas públicas ou se a emenda havia sido criada no intuito de permitir que o Congresso ou o Judiciário abolissem a segregação em um momento futuro (NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. Op. cit., 1991, p. 624-625).

A corte, em *Brown*, entendeu que a história legislativa foi inconclusiva, na melhor das hipóteses. As declarações conflitantes dos redatores deram pouca orientação quanto ao efeito esperado do princípio da igualdade sobre as gerações futuras. Indicações de que eles não esperavam segregação pareceram estar relacionadas com suas previsões sobre o fato do que iria acontecer na sociedade e foram obscurecidas pela natureza limitada dos sistemas escolares públicos. Dessa maneira, a corte poderia considerar a história inconclusiva e interpretar os princípios da emenda como eles deveriam ser aplicados para a sociedade moderna (NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. Op. cit., 1991, p. 625).

Em *Brown*, o tribunal deu mais um passo no que tange ao desenvolvimento da doutrina separados, mas iguais.

⁶³ ULMER, Sidney S. *Supreme Court Policymaking and Constitution Law*. United States: McGraw-Hill, Inc., 1986, p. 46.

⁶⁴ ULMER, Sidney S. Op. cit., 1986, p. 46-47.

⁶⁵ ULMER, Sidney S. Op. cit., 1986, p. 46-47.

Com a decisão da Suprema Corte, além dessa preocupação de conferir a ela efetividade, também surge uma outra importante etapa a ser cumprida, ou seja, a de averiguar os reflexos que essa decisão tem nas partes diretamente envolvidas e na população como um todo.

A pesquisa sobre o que acontece depois de uma decisão da Suprema Corte é conhecida como 'pesquisa de impacto'. Um breve esboço dessa pesquisa ajuda a corrigir o conceito desse impacto e algumas das considerações que influenciam ou adaptam as situações para a vida real.⁶⁶

Essa pesquisa de impacto foi levada a termo, por exemplo, depois do julgamento do caso *Stone v. Graham*.⁶⁷

Em 1980, a Suprema Corte decidiu um caso que ficou conhecido como *Ten Commandments Case*. Tratou-se do episódio *Stone v. Graham*. Esse caso teve sua origem em uma lei do Kentucky que exigia a publicação dos dez mandamentos nas salas de aula das escolas públicas, se as doações voluntárias pudessem lhe garantir o pagamento dos materiais necessários.⁶⁸

A Suprema Corte entendeu que, na hipótese, estava-se violando a previsão da cláusula estabelecida pela Primeira Emenda da Constituição americana, que proibia a ajuda governamental para o estabelecimento de uma religião.⁶⁹

Preceitua a Primeira Emenda que:

Emenda 1

Liberdade religiosa e política

O Congresso não fará nenhuma lei estabelecendo uma religião ou proibindo o livre exercício dela; ou cerceando a liberdade de expressão ou de

⁶⁶ ULMER, Sidney S. *Supreme Court Policymaking and Constitution Law*. United States: McGraw-Hill, Inc., 1986, p. 47.

⁶⁷ Em *Stone v. Graham*, a corte reverteu sumariamente uma decisão da Suprema Corte de Kentucky, que tinha confirmado a prática de afixar cópias dos dez mandamentos em salas de aula de escolas públicas. O propósito declarado para o programa estadual foi impresso na parte inferior de cada exemplar: "A aplicação secular dos dez mandamentos é claramente vista na sua adoção como código legal fundamental da civilização ocidental e da lei comum dos Estados Unidos". Observando que os mandamentos não foram integrados em qualquer estudo da história, ética ou religião comparativa, mas que poderiam ter o efeito de induzir os alunos a meditar sobre, reverenciar, ou talvez obedecê-los, o tribunal concluiu muito peremptoriamente que 'os dez mandamentos eram, inegavelmente, um texto sagrado nas religiões judaica e cristã, e que nenhum legislativo poderia ignorar esse o fato' (CHOPER, Jesse H. *Securing Religious Liberty: Principles for Judicial Interpretation of the Religion Clauses*. Chicago: The University of Chicago, 1995, p. 51).

⁶⁸ ULMER, Sidney S. Op. cit., 1986, p. 47.

⁶⁹ ULMER, Sidney S. Op. cit., 1986, p. 47.

imprensa; ou o direito das pessoas de se reunir pacificamente e de dirigir ao Governo petições para a reparação de injustiças.⁷⁰

Ao interpretar a decisão da Suprema Corte, o Procurador-Geral do Kentucky, em 1981, entendeu que os mandamentos não poderiam ser publicados e que aqueles que tinham sido postados deveriam ser retirados. Assim, se alguém pudesse simplesmente admitir que as decisões da Suprema Corte são autoaplicáveis, é provável que, logo após o parecer do Procurador-Geral, se não antes, os mandamentos não poderiam mais ser encontrados em qualquer sala de aula das escolas públicas do Kentucky. No entanto, a automática aplicação da decisão não pode ser, de forma segura, integralmente garantida.⁷¹

Para saber o que aconteceu nas salas de aula do Kentucky, desde a decisão em *Stone v. Graham*, deve-se buscar informações adicionais.

Na primavera de 1982, por exemplo, uma pesquisa identificou oitenta e dois distritos escolares em que os mandamentos tinham sido postados antes de *Stone v. Graham*. Desses oitenta e dois distritos, os mandamentos foram retirados de vinte e oito, como resultado da decisão prolatada. Algumas investigações posteriores revelaram que a discrepância entre os distritos cumprirem e não cumprirem foi significativamente relacionada com o apoio público para postar os mandamentos e com o fato da decisão de continuar ou interromper a postagem ter sido tomada ou não pela superintendência de educação, pelo conselho de educação local ou outros. Além disso, as decisões levadas a termo pelos superintendentes foram aparentemente influenciadas pelo fato deles terem considerado a decisão como interferência política e pela leitura do parecer da Suprema Corte ter levado a crer que a publicação voluntária não haveria de ser retirada.⁷²

Assim, para entender o caso *Stone v. Graham* e seu significado, é preciso ir além da decisão da corte e perguntar sobre seu impacto sobre as partes envolvidas. E, quanto a isso, o impacto parece ter sido menor do que o imaginado.

⁷⁰ No original: *Amendment 1 Religious and political freedom*

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

⁷¹ ULMER, Sidney S. *Supreme Court Policymaking and Constitution Law*. United States: McGraw-Hill, Inc., 1986, p. 47.

⁷² ULMER, Sidney S. Op. cit., 1986, p. 47.

Alguém poderia questionar, nesse contexto, como cinquenta e quatro distritos escolares em Kentucky poderiam continuar a postar os mandamentos, quando a Suprema Corte determinou tal prática como inconstitucional. A resposta encontra-se nas características específicas do sistema judicial americano. A decisão da Suprema Corte, muitas vezes, somente liga as partes diretamente a um processo ou a classe coberta por uma ação coletiva. Assim, se uma ou mais pessoas que não forem litigantes diretos iniciarem a ação ou continuarem as práticas tidas por inconstitucionais, novos fatos ou atos jurídicos devem ser iniciados para detê-los. Aliás, mesmo as partes diretamente envolvidas, caso descumpram a decisão da Suprema Corte, podem continuar praticando a ação, desde que ninguém levante qualquer dúvida sobre isso.⁷³

Para fazer cumprir todas as ordens que poderiam ser englobadas de forma explícita ou implícita em *Stone v. Graham* novas ações judiciais seriam necessárias na corte distrital federal. Isso porque uma violação posterior levaria a penalidades impostas pelo tribunal.⁷⁴

Diante de todo o esposado, possível ver que o impacto de uma decisão da Suprema Corte é muito difícil de ser previsto a partir do conteúdo da decisão e da opinião considerada por si só. Os estudiosos das decisões da Suprema Corte, portanto, é que sempre irão averiguar que ação foi tomada depois de uma decisão, por quem e com qual rapidez. E somente dessa maneira se poderá constatar qual o verdadeiro significado do trabalho da corte.⁷⁵

Isso, entretanto, necessário que se diga, não minimiza a relevância das decisões.

Tendo sido firmado um conhecimento preliminar sobre a temática proposta, mostra-se apropriado o momento para que se passe a analisar, em específico, como o princípio da igualdade vem sendo trabalhado na Constituição americana e na jurisprudência da Suprema Corte.

CAPÍTULO 2: O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

⁷³ ULMER, Sidney S. *Supreme Court Policymaking and Constitution Law*. United States: McGraw-Hill, Inc., 1986, p. 47-48.

⁷⁴ ULMER, Sidney S. Op. cit., 1986, p. 48.

⁷⁵ ULMER, Sidney S. Op. cit., 1986, p. 48.

2.1 A previsão da cláusula da igual proteção na Constituição americana

O princípio da igualdade está consagrado na Décima Quarta Emenda da Constituição americana. Prescreve a Seção 1 da mencionada Emenda que:

Emenda 14

Seção 1. Cidadãos dos Estados Unidos

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde eles residem. Nenhum Estado pode decretar ou executar qualquer lei que possa restringir privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem pode qualquer Estado privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa em sua jurisdição a igual proteção das leis.⁷⁶

Da leitura da Seção 1, em sua segunda parte, possível depreender que três cláusulas foram incluídas na sistemática constitucional pela Décima Quarta Emenda. A cláusula dos privilégios ou imunidades, a cláusula do devido processo e a cláusula da igual proteção.

A cláusula dos privilégios ou imunidades, textualmente, seria uma limitação legislativa e administrativa, a partir do momento em que limitaria as leis que um estado poderia ‘decretar’ (legislativo) ou ‘executar’ (administração). Assim, nenhum estado poderia decretar ou executar leis que reduzissem certos privilégios ou imunidades – ‘privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos’. A cláusula do devido processo, por sua vez, literalmente, seria uma limitação de julgamento. E, por fim, a cláusula da igual proteção, textualmente, seria uma limitação administrativa. Dessa forma, a proteção das leis não poderia ser negada para determinadas pessoas.⁷⁷

Uma vez feita essa análise literal das cláusulas que foram inseridas no contexto constitucional, interessante que seja feito um estudo comparado, ainda que breve, da cláusula do devido processo e da cláusula da igual proteção, precipuamente

⁷⁶ No original: *AMENDMENT 14*

Section 1. Citizens of the United States.

All persons born or naturalizes in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

⁷⁷ PERRY, Michael J. *The Constitution in the Courts: Law or Politics?* New York: Oxford University Press, Inc., 1994, p. 119-121.

acerca do modo como se desenvolveram, a contar da ratificação da Décima Quarta Emenda.

Essa comparação, de imediato, demonstra uma prioridade de preocupação dos americanos com relação à liberdade em detrimento da igualdade. Isso porque, enquanto a cláusula do devido processo, depois de um breve período germinal, floresceu com grande força, a cláusula da igual proteção, caracterizada pelo Juiz Holmes como ‘o último recurso aos advogados constitucionais’ foi tratada por um longo tempo pela corte como uma arma duvidosa no arsenal da revisão judicial. Apesar disso, depois de muitos anos de desuso relativo, a cláusula da igual proteção veio à tona. E, muito embora possa ainda não ter alcançado a preeminência ou atingido os objetivos que seus idealizadores pretendiam, as mais recentes decisões da Suprema Corte têm indicado de forma inequívoca a sua crescente importância.⁷⁸

Sobre as decisões da Suprema Corte, de modo mais detalhado, iremos nos debruçar mais à frente⁷⁹. Por ora, importante que reste bem fixada a previsão constitucional da cláusula da igual proteção.

A doutrina da igualdade foi consubstanciada na Declaração da Independência. A incorporação de tal doutrina na Décima Quarta Emenda, segundo indicam as pesquisas, foi consideravelmente afetada por forças do abolicionismo organizado. Agora já se tem conhecimento de que a cláusula da igual proteção foi projetada para impor aos estados o dever positivo de fornecer proteção para todas as pessoas no gozo de seus naturais e inalienáveis direitos – especialmente vida, liberdade e propriedade – e também de fazê-lo de forma igual para todos.⁸⁰

A Décima Quarta Emenda, vale lembrar, foi dirigida contra os chamados *Black Codes* que os estados do sul tinham utilizado, em grande parte, para excluir os negros da vida política e social.⁸¹ Contextualmente, então, foi elaborada e ratificada com o escopo maior de eliminar toda e qualquer forma de discriminação.

O objetivo específico da cláusula da igual proteção era o de garantir que os indivíduos semelhantes fossem tratados de maneira semelhante pela lei. Por exemplo,

⁷⁸ TUSSMAN, Joseph; TENBROEK, Jacobus. *The Equal Protection of the Laws*. In: BERRING, Robert C. *Great American Law Reviews*. Alabama: The Legal Classics Library, 1994, p. 535.

⁷⁹ Ver Primeira Parte, Capítulo 2, Subcapítulo 2.2, p. 40 e seguintes.

⁸⁰ TUSSMAN, Joseph; TENBROEK, Jacobus. In: BERRING, Robert C. Op. cit., 1994, p. 535.

⁸¹ HALLER, Walter. <<State Action>> und <<Affirmative Action>> in der *Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court zum Gleichheitssatz*. In: HALLER, Walter; KÖLZ, Alfred; MÜLLER, Georg; THÜRER, Daniel. *Festschrift für Ulrich Häfelin: zum 65. Geburtstag*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, S. 81-82.

peças que cometiam os mesmos crimes deveriam receber punições semelhantes, pessoas que possuíam as mesmas qualificações deveriam ter uma igual chance de acesso aos empregos públicos. A igual proteção tinha por finalidade garantir, ainda, direitos relacionados à cidadania de maneira igual para todos. Dessa forma, de ser observada a igualdade de tratamento quando das votações, da concorrência aos cargos, da prestação de serviço em júris e da apresentação de casos perante a corte.⁸²

Todavia, a cláusula da igual proteção não rejeitou as habilidades do governo de classificar pessoas ou delinear linhas na criação e aplicação das leis, embora tenha garantido que essas classificações não pudessem ser baseadas em critérios inadmissíveis ou arbitrários, usados como um fardo para um grupo de indivíduos. Assim, se a classificação do governo se relacionasse com um propósito governamental adequado, então a classificação seria mantida. Por consequência, essa classificação não iria violar a garantia quando distinguisse pessoas como diferentes, desde que houvesse uma devida fundamentação para tanto, assim como ocorria quando para promover os interesses legítimos da sociedade. Aqueles que eram tratados de forma menos favorável pela legislação não teriam negada a igual proteção da lei porque eles não estavam em situação semelhante para com aqueles que receberiam o benefício da classificação legislativa.⁸³

Mais adiante, a Seção 5 da Décima Quarta Emenda concedeu ao Congresso o poder para fazer cumprir as disposições dos parágrafos precedentes ao referir que:

Seção 5. Poder para impor emendas

O Congresso deve ter o poder de impor, pela legislação apropriada, as disposições deste artigo.⁸⁴

Isso demonstra que a igual proteção, ainda que, literalmente, tenha abordado uma limitação administrativa, em última análise, tratou com questões também relacionadas com o legislativo.

A obrigação que nenhum estado ‘deve negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis’ poderia parecer, a primeira vista, meramente uma

⁸² SCHULTZ, David. *Encyclopedia of the American Law*. New York: Facts on File, Inc., 2002, p. 153.

⁸³ NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 4. ed. Minnesota: West Publishing CO., 1991, p. 570.

⁸⁴ No original: *Section 5. Power to enforce amendment.*

The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article.

demanda por justiça administrativa, de sorte a atender a assertiva historicamente familiar de que todos os homens deveriam permanecer iguais perante a lei, que a justiça deveria ser cega para a riqueza ou cor para classificar ou privilegiar. Mas antes, na sua trajetória, a cláusula da igual proteção recebeu uma formulação que fortemente sugeriu que havia que ser mais do que uma demanda por aplicação justa ou igual de leis, que era para expressar que a lei ela própria tinha que ser igual.⁸⁵

Em *Yick Wo v. Hopkins*⁸⁶, o Juiz Matthews disse que ‘A igual proteção das leis é uma promessa de proteção de leis de igualdade’. Isso foi diversas vezes citado com aprovação e nunca foi contestado pela corte. Tratou-se uma afirmação que deixou claro que a qualidade da legislação, assim como a qualidade da administração estavam dentro do alcance da cláusula.⁸⁷

No tocante à qualidade da legislação, alguns atos legislativos iriam ter, por seus próprios termos, uma classificação que seria testada sob a garantia da igual proteção. A corte iria, então, determinar se a lei era válida ‘em sua face’⁸⁸. Em outras instâncias essa revisão judicial iria envolver uma maior investigação sobre a natureza da classificação legislativa, sua finalidade e seu efeito. Uma lei poderia ter uma classificação inadmissível por seus próprios termos, mas poderia ser aplicada de forma a criar uma classificação. Então, a corte iria testar a lei ‘em sua aplicação’, para determinar se a classificação estabelecida pelas ações administrativas seria ou não permissível. De ser notado que, em tais casos, a igual proteção seria utilizada para

⁸⁵ TUSSMAN, Joseph; TENBROEK, Jacobus. The Equal Protection of the Laws. In: BERRING, Robert C. *Great American Law Reviews*. Alabama: The Legal Classics Library, 1994, p. 536.

⁸⁶ Ao longo do século XIX, houve um afluxo maciço de imigrantes chineses para a Califórnia. Como resposta, o estado da Califórnia e muitos de seus municípios começaram a aprovar leis anti-chineses. *Yick Wo v. Hopkins* envolveu uma lei municipal de São Francisco que proibia lavanderias em edifícios de madeira, sem que houvesse aprovação pelo quadro de supervisores da cidade. Muito embora aproximadamente dois terços das lavanderias afetadas por essa lei municipal fossem operadas por chineses, todos os requerentes chineses tiveram a permissão negada para permanecer nos negócios. Por outro lado, todos (a exceção de um) os caucasianos que operavam lavanderias afetadas pela mesma lei tiveram a permissão concedida (SCHULTZ, David Andrew. *Encyclopedia of the United States Constitution*. New York: Facts on File, Inc., 2009, p. 811).

Yick Wo foi um dos que teve a permissão negada pelo quadro de supervisores. Uma vez que continuou trabalhando na lavanderia, foi preso, em função de descumprimento da lei. Ele, então, interpôs *habeas corpus* perante a Suprema Corte da Califórnia, alegando que havia sido privado de sua liberdade. Sua postulação foi negada e ele apresentou apelação para a Suprema Corte (SCHULTZ, David Andrew. Op. cit., 2009, p. 811).

O Juiz Matthews escreveu a decisão em nome de uma corte unânime. Ele tomou por fundamento a cláusula da igual proteção da Décima Quarta Emenda e também um tratado existente entre os Estados Unidos e a China e declarou inválida a lei municipal (SCHULTZ, David Andrew. Op. cit., 2009, p. 811).

⁸⁷ TUSSMAN, Joseph; TENBROEK, Jacobus. In: BERRING, Robert C. Op. cit., 1994, p. 536.

⁸⁸ Trata-se de uma expressão que indica que uma determinada circunstância não exige um maior apoio para estabelecer sua existência, validade e credibilidade.

determinar se a classificação estabelecida pelas ações administrativas seria ou não permissível e não se um indivíduo se enquadraria ou não nos termos da classificação.⁸⁹

O rumo da cláusula da igual proteção se modificou em muitas linhas desde sua ratificação.

Ela compartilhou com o devido processo a tarefa de impor limites substantivos sobre o exercício do poder de polícia. Ainda, foi usada oposição à legislação discriminatória. E, além disso, foi operada como limitação sobre classificação legislativa permissível. Esse último, ao que tudo indica, foi o seu papel mais conhecido.⁹⁰

Independentemente do modo como utilizada, fato é que, superado o momento inicial, em que encontrou uma aplicação acanhada, sobretudo se comparada à aplicação da cláusula do devido processo, possível detectar, com o passar do tempo, um aumento do uso da cláusula da igual proteção pela Suprema Corte americana, em um contexto que sugere desenvolvimento.⁹¹

É o que se pretende examinar a seguir.

2.2 A igualdade na jurisprudência da Suprema Corte americana

Do mesmo modo que feito quando da apreciação da previsão constitucional do princípio da igualdade, também aqui, quando da análise da cláusula da igual proteção na jurisprudência da Suprema Corte, teremos, como ponto de partida, uma comparação entre a forma com que a corte examina um caso, tenha ele por base a cláusula do devido processo ou a cláusula da igual proteção.

De acordo com a cláusula do devido processo, a corte questiona se a legislação racionalmente diz respeito a um fim legítimo do governo. Um teste idêntico existe conforme as cláusulas da igual proteção, com exceção do fato de que a legislação, no último caso, é examinada de acordo com garantias que sempre envolvem uma classificação. Se uma lei obriga todas as pessoas igualmente quando elas exercem um direito específico, em seguida, os tribunais irão testar a lei sob a

⁸⁹ NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 4. ed. Minnesota: West Publishing CO., 1991. p. 570.

⁹⁰ TUSSMAN, Joseph; TENBROEK, Jacobus. The Equal Protection of the Laws. In: BERRING, Robert C. *Great American Law Reviews*. Alabama: The Legal Classics Library, 1994, p. 536.

⁹¹ TUSSMAN, Joseph; TENBROEK, Jacobus. In: BERRING, Robert C. Op. cit., 1994, p. 536.

cláusula do devido processo. Se, no entanto, a lei distingue entre quem pode e quem não pode exercer um direito, em seguida, a revisão judicial da lei está sob a garantia da igual proteção porque a questão agora é saber se a distinção entre essas pessoas é legítima. A classificação utilizada é o meio para se atingir um fim. Assim, o tribunal analisa a questão de saber se a classificação racionalmente diz respeito a um fim legítimo sob as garantias da igual proteção.⁹²

Ultrapassada essa comparação, de observar como se desenvolveu a questão da igualdade na jurisprudência da Suprema Corte no transcorrer dos anos.

No período compreendido entre 1885 e 1937, a Suprema Corte examinou diversas classificações legislativas econômicas, no intento de verificar se os seus juízes concordavam que tais classificações estavam relacionadas com funções legítimas do governo americano.⁹³

Esse exame resultou em uma marcante legislação social e econômica geral.

Depois de 1937, entretanto, a corte abandonou a revisão ativa independente. Em decorrência disso, os juízes não mais iriam determinar eles mesmos a legitimidade das classificações aplicadas no bem-estar social geral ou na legislação econômica. Desse modo, se as classificações, sem dúvida, dissessem respeito a uma função legítima do governo, a corte iria sustentá-las, em conformidade com as garantias da igual proteção.⁹⁴

A decisão que antes sobrevinha do entendimento dos juízes pura e simplesmente, passou a observar o preceituado pela cláusula da igual proteção.

Nas décadas posteriores à Guerra Civil, a Suprema Corte interpretou a cláusula da igual proteção de uma forma que era praticamente inútil. E isso somente se modificou na metade do século XX, mais precisamente em 1954, quando da decisão no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, oportunidade em que a Suprema Corte passou a utilizar a cláusula como uma arma contra a segregação racial prevista em lei.⁹⁵

Mais tarde, a Suprema Corte também se utilizou de tal cláusula para enfrentar discriminações contra estrangeiros e exigiu um escrutínio rigoroso para analisar discriminações baseadas no sexo e na ilegitimidade de filiação.

⁹² NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 4. ed. Minnesota: West Publishing CO., 1991, p. 349.

⁹³ NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. Op. cit., 1991, p. 349.

⁹⁴ NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. Op. cit., 1991, p. 349.

⁹⁵ JOST, Kenneth. *The Supreme Court A to Z*. 2. ed. New York: Routledge, 2013, p. 170.

Ao longo dos anos, a Suprema Corte optou por realizar uma distinção entre casos que envolviam direitos e liberdades individuais daqueles casos que envolviam apenas poder de polícia geral ou legislação de bem-estar social.

Em casos em que os direitos ou liberdades fundamentais estavam em causa, o tribunal, por maioria, entendeu que deveria empregar uma análise rigorosa na revisão das classificações ao abrigo da garantia da igual proteção. Apesar disso, em alguns casos, nos anos 70 e 80, a Suprema Corte decidiu sobre as limitações do governo sobre os direitos fundamentais, sem especificar um *standard* de revisão. O padrão utilizado pelo tribunal em casos de direitos fundamentais, então, ainda não era suficientemente claro, muito embora os juízes tenham decidido por determinar de forma independente se a classificação era ou não constitucionalmente permitida.⁹⁶

Outra situação em que a corte também decidiu por empregar um escrutínio rigoroso das classificações ocorreu quando certos grupos de pessoas eram classificados e a classificação alocava para benefícios ou encargos governamentais específicos. O tribunal, no entanto, defendeu que não lhe cabia consultar rigorosamente todas as classificações legislativas. Isso porque a corte reconhecia que, em algum grau, toda a legislação classificava as pessoas e, para funcionar corretamente, as legislaturas deveriam ter alguma liberdade de usar esquemas de classificação quando promulgavam uma legislação. Assim, o tribunal iria empregar o rigoroso padrão de análise para examinar a legitimidade das classificações (ainda que não relacionado com os direitos fundamentais) apenas quando a chamada classificação suspeita tivesse sido empregada pelo legislador.⁹⁷

Eram tidas como suspeitas, haja vista o entendimento dos juízes e dos propósitos por trás da Décima Quarta Emenda, as leis que classificavam os indivíduos com base em seu *status* como membros de uma minoria racial ou de sua origem. Então, a corte não iria confirmar legislação que aprovasse tal classificação, exceto se a maioria dos juízes entendesse que a classificação era necessária para promover um interesse governamental convincente.⁹⁸

O tribunal identificou claramente classificações baseadas na raça ou na nacionalidade como suspeitas.⁹⁹

⁹⁶ NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 4. ed. Minnesota: West Publishing CO., 1991, p. 349.

⁹⁷ NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. Op. cit., 1991, p. 349-350.

⁹⁸ NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. Op. cit., 1991, p. 350.

⁹⁹ NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. Op. cit., 1991, p. 350.

A corte absteve-se de declarar que classificações sexuais ou classificações ilegítimas constituíam classificações suspeitas, mas os juízes, nos últimos anos, têm tido um papel ativo na prevenção do governo de dispensar arbitrariamente benefícios ou encargos nessas formas de *status* pessoal. Portanto, a legislação empregada nesses traços como classificações tem recebido uma revisão mais intensa do tribunal do que a legislação de bem-estar econômico e social em geral.¹⁰⁰

Mais recentemente, a Suprema Corte passou a desenvolver e aprimorar três padrões de teste para fins de aplicação do princípio da igualdade. Como tais padrões de teste são um ponto de fundamental importância no estudo, optamos por uma apreciação de cada um deles de modo separado.

2.3 Os atuais padrões de teste adotados pela Suprema Corte americana para aplicação do princípio da igualdade

São três diferentes padrões que foram definidos para avaliar se a regulação estatal é compatível ou não com o princípio da igualdade. Em uma mutação da famosa metáfora de Jean-François Aubert para o Tribunal Federal Suíço, pode-se dizer que o tribunal pode executar uma operação de microscópio, de óculos normal ou de óculos com vidro muito escuro. Isso se aplica a um rigoroso, médio ou mínimo teste de escala.¹⁰¹

2.3.1 Teste de escala mais rigoroso

O teste de escala rigoroso ocorre em classificações que discriminam as minorias raciais, étnicas, de forma deliberada. Assim, o tratamento desigual somente seria admissível se existente algum interesse público irresistível, necessário. Dessa feita, se, em determinados casos, o risco de discriminação não é classificado como agudo e nenhuma evidência de uma discriminação intencional existir, a Suprema Corte irá se dar por satisfeita com o teste de escala mínimo. Assim, possível referir

¹⁰⁰ NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 4. ed. Minnesota: West Publishing CO., 1991, p. 350.

¹⁰¹ HALLER, Walter. <<State Action>> und <<Affirmative Action>> in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court zum Gleichheitssatz. In: HALLER, Walter; KÖLZ, Alfred; MÜLLER, Georg; THÜRER, Daniel. Festschrift für Ulrich Häfelin: zum 65. Geburtstag. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, S. 82.

que o efeito adverso da regulação estatal sobre as minorias pode, mas não indica, obrigatoriamente, uma intenção discriminatória.¹⁰²

A ideia de que as classificações raciais são suspeitas leva a um teste de escala mais rigoroso e foi objeto de exame pela Suprema Corte, por vez primeira, quando da análise do caso *Korematsu v. United States*.

Em *Korematsu v. United States*, seis dos nove juízes da Suprema Corte confirmaram a realocação de mais de 120 mil americanos, descendentes de japoneses, para acampamentos durante a 2ª Guerra Mundial.¹⁰³

Depois do ataque surpresa em Pearl Harbor, em 7 de dezembro de 1941, e da entrada dos Estados Unidos na guerra, o Presidente e o Congresso decidiram prevenir a espionagem e aumentar a segurança nacional. Essa ação forçou muitos americanos, descendentes de japoneses, a deixarem seus lares e mudarem para acampamentos até o final da guerra. Fred Korematsu, entretanto, se recusou a deixar seu lar. Por consequência, foi preso e condenado por violação à ordem de exclusão civil. Inconformado, ele apelou para a Suprema Corte.¹⁰⁴

A corte entendeu que a necessidade de proteger a segurança nacional do país durante o tempo de guerra e proteger contra a espionagem prevaleciam sobre os direitos e liberdades individuais de Korematsu e de outros cidadãos americanos, de origem japonesa, ainda que reconhecesse as dificuldades e a discriminação racial associadas com a realocação de americanos de origem japonesa para os acampamentos.¹⁰⁵

O Juiz Black manifestou, à época, a opinião que foi acolhida pela maioria. Entendeu que ordens que afetavam um grupo racial eram imediatamente suspeitas, mas que acreditava ser aceitável a ordem em questão, a partir do momento em que ela foi estabelecida sob o efeito de uma guerra. Na ocasião, três juízes discordaram,

¹⁰² HALLER, Walter. <<State Action>> und <<Affirmative Action>> in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court zum Gleichheitssatz. In: HALLER, Walter; KÖLZ, Alfred; MÜLLER, Georg; THÜRER, Daniel. Festschrift für Ulrich Häfelin: zum 65. Geburtstag. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, S. 82.

¹⁰³ SCHULTZ, David Andrew. *Encyclopedia of the United States Constitution*. New York: Facts on File, Inc., 2009, p. 412.

¹⁰⁴ SCHULTZ, David Andrew. Op. cit., 2009, p. 413.

¹⁰⁵ SCHULTZ, David Andrew. Op. cit., 2009, p. 413.

entendendo que se tratava de uma clara violação dos direitos constitucionais, absolutamente revoltante entre um povo livre.¹⁰⁶

Dos três juízes que votaram em sentido contrário, o primeiro deles, o Juiz Roberts, entendeu que os fatos narrados exibiam uma clara violação de direitos constitucionais. O segundo juiz a manifestar opinião dissidente foi o Juiz Murphy. Para ele, a exclusão das pessoas com ascendência japonesa se aproximava do terrível abismo do racismo. O terceiro e último juiz que votou em sentido contrário foi o Juiz Jackson. Em sua decisão, referiu que Korematsu nasceu em solo americano, de pais nascidos no Japão e que a Constituição fez dele um cidadão dos Estados Unidos e, mais especificamente, da Califórnia, a contar do momento em que lá estabeleceu residência. Disse que nenhuma reclamação foi feita no sentido de que ele não era fiel aos Estados Unidos e que não havia nenhum indício de que, além da questão em causa, não era cumpridor da lei. No entanto, apesar de tudo, acabou por ser condenado por um ato que normalmente sequer poderia ser denominado como sendo um crime, haja vista que se tratava apenas de estar presente no estado do qual ele era um cidadão, perto do lugar onde ele nasceu e viveu durante toda a sua vida.¹⁰⁷

2.3.2 Teste de escala médio

Nos casos em que a Suprema Corte aplica a escala média do teste, o estado deve ser capaz de demonstrar que os seus interesses importantes estão ligados de maneira substancial com a percepção deles próprios.¹⁰⁸

Ainda que em um primeiro momento as distinções legais acerca do sexo tenham sido analisadas com base no teste de escala mais rigoroso, assim como vinha ocorrendo com as discriminações raciais, a partir de 1976, quando do julgamento do caso *Craig v. Beron*, o objetivo principal do teste de escala médio passou a ter por base as distinções legais acerca do sexo.

¹⁰⁶ HARRELL, Mary Ann; BURNETT, Anderson. *Equal Justice Under Law: The Supreme Court in American Life*. Washington, D.C.: The Supreme Court Historical Society (with the cooperation of the National Geographic Society), 1982, p. 9.

¹⁰⁷ ULMER, Sidney S. *Supreme Court Policymaking and Constitution Law*. United States: McGraw-Hill, Inc., 1986, p. 367-375.

¹⁰⁸ HALLER, Walter <<State Action>> und <<Affirmative Action>> in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court zum Gleichheitssatz. In: HALLER, Walter; KÖLZ, Alfred; MÜLLER, Georg; THÜRER, Daniel. *Festschrift für Ulrich Häfelin: zum 65. Geburtstag*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, S. 83.

Em *Frontiero v. Richardson*, por exemplo, julgado em 1973, quatro dos nove juízes admitiram a necessidade de aplicação do teste de escala rigoroso também para a discriminação em razão do sexo, fazendo uma analogia ao que vinha sendo aplicado com relação à discriminação racial.¹⁰⁹

No caso, Sharron Frontiero, uma tenente da Força Aérea dos Estados Unidos solicitou aumento nos subsídios e benefícios de habitação e médicos para seu marido, Joseph Frontiero, sob alegação de que ele era seu dependente. Conquanto tais benefícios pudessem automaticamente ser garantidos com respeito a uma esposa de um membro masculino dos serviços uniformizados, o pedido de Sharron e Joseph foi negado porque ela não obteve êxito em demonstrar que seu marido era, efetivamente, dependente dela. Sharron e Joseph, então, passaram a aduzir que, fazendo essa distinção, se estava a discriminar em decorrência do sexo. Por isso, apelaram para a Suprema Corte.¹¹⁰

Os Juízes Brennan, Douglas, Marshall e White entenderam que todas as classificações baseadas no sexo eram inerentemente suspeitas e deveriam, portanto, ser submetidas a um exame judicial rigoroso.¹¹¹

Em *Craig v. Boren*, no entanto, julgado em 1976, a Suprema Corte determinou que a cláusula da igual proteção impedia os estados de fazerem discriminações de gênero, exceto se os estados estivessem promovendo importante política do governo e a distinção de gênero estivesse substancialmente ligada a tal política. Na hipótese, sete dos nove juízes entenderam que a distinção entre homens e mulheres era inconstitucional.¹¹²

Curtis Craig, à época menor de 21 anos, e Carolyn Whitener, dona de uma loja de bebidas, processaram o governador de Oklahoma, David Boren. Eles contestavam uma lei que proibia homens, com idade entre 18 e 21 anos, de comprar um determinado tipo de bebida. As mulheres, também na faixa etária entre 18 e 21 anos, poderiam beber a mesma bebida de forma legal. Curtis e Carolyn alegavam

¹⁰⁹ HALLER, Walter. <<State Action>> und <<Affirmative Action>> in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court zum Gleichheitssatz. In: HALLER, Walter; KÖLZ, Alfred; MÜLLER, Georg; THÜRER, Daniel. Festschrift für Ulrich Häfelin: zum 65. Geburtstag. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, S. 83-84.

¹¹⁰ ULMER, Sidney S. *Supreme Court Policymaking and Constitution Law*. United States: McGraw-Hill, Inc., 1986, p. 754.

¹¹¹ ULMER, Sidney S. Op. cit., 1986, p. 757.

¹¹² SCHULTZ, David. *Encyclopedia of The Supreme Court*. New York: Facts on File, Inc., 2005, p. 113-114.

violação à cláusula da igual proteção. Oklahoma defendia a lei com base em demonstrações de que homens jovens causavam mais acidentes de carro, em função da bebida, do que as mulheres.¹¹³

O Juiz Brennan, escolhido para redigir a decisão da maioria, referiu que as leis que previam discriminação de gênero eram permitidas apenas se elas ensejavam uma substancial conexão com algum importante objetivo do governo. No caso, embora admitisse que a lei de Oklahoma visava a segurança pública, ele defendeu que tal generalização – sobre o comportamento de homens jovens e mulheres - era arcaica e ultrapassada, de modo a não justificar o uso do gênero como uma forma de identificar quem é mais suscetível de dirigir bêbado. Concluiu dizendo que o objetivo de Oklahoma de reduzir o número de pessoas que dirigiam bêbadas poderia ser alcançado através de uma lei neutra.¹¹⁴

Os Juízes Rehnquist e o *Chief Justice* Burger votaram de forma diversa. Eles temeram que o recém criado teste de escala médio fosse demasiadamente vago para ser viável e que ele permitiria que preconceitos de juízes usurpasse decisões legítimas dos legisladores. Não bastasse isso, eles também não estavam convencidos de que os homens tivessem sofrido com alguma história de discriminação sistemática que merecesse alguma proteção especial, nos termos da Constituição.¹¹⁵

De ressaltar que, apesar da modificação de entendimento, em alguns acórdãos, quando da preocupação com categorias mais desfavorecidas, a Suprema Corte, indistintamente, continua a levar em conta um teste de escala rigoroso. É o que se aplica, por exemplo, no que diz respeito aos casos que envolvem discriminação em razão de deficiência mental. Em relação às distinções entre filhos extraconjugais e os decorrentes de relações conjugais, por outro lado, a maioria do tribunal oscila entre uma escala média e leve do exame.¹¹⁶

2.3.3 Teste de escala mínimo

¹¹³ SCHULTZ, David. *Encyclopedia of The Supreme Court*. New York: Facts on File, Inc., 2005, p. 113-114.

¹¹⁴ SCHULTZ, David. Op. cit., 2005, p. 114.

¹¹⁵ SCHULTZ, David. Op. cit., 2005, p. 114.

¹¹⁶ HALLER, Walter. <<State Action>> und <<Affirmative Action>> in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court zum Gleichheitssatz. In: HALLER, Walter; KÖLZ, Alfred; MÜLLER, Georg; THÜRER, Daniel. Festschrift für Ulrich Häfelin: zum 65. Geburtstag. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, S. 84.

No que tange ao teste de escala mínimo, ocorre quando a classificação não atinge um grupo particularmente sensível.

Questiona-se, então, se não seria mais apropriado um equilíbrio flexível de interesses ao invés de padrões de teste.

A Décima Quarta Emenda não apontou para os tribunais a utilização de normas diferentes na aplicação do princípio da igualdade. Por isso, talvez fosse mais apropriada uma ponderação mais sutil, mais flexível, observado o interesse do caso especificamente considerado. Dentro de tal ponderação de interesses, poderia e certamente deveria ser levado em consideração que certas categorias de pessoas requerem proteção especial, por exemplo, porque elas mal são capazes de fazer ouvir a sua voz no processo político ou porque são vítimas de discriminação há muito tempo.¹¹⁷

Uma tentativa foi feita nesse sentido. Ocorreu quando do julgamento do caso *Plyler v. Doe*¹¹⁸, ocasião em que foi declarada a inconstitucionalidade da exclusão de filhos de imigrantes estrangeiros ilegais da escola do Texas.¹¹⁹

Um dos problemas enfrentados pelos Estados Unidos, no decorrer dos anos, adveio da imigração ilegal. Tanto é assim que poucos foram os benefícios públicos garantidos a eles. Em *Plyler v. Doe*, a Suprema Corte se recusou a causar mais um dano e tirar das suas crianças o direito à educação pública.¹²⁰

Em 1975, a legislatura do Texas revisou seus estatutos sobre educação, passando a negar a educação pública gratuita para as crianças que haviam sido ilegalmente admitidas nos Estados Unidos. Diante disso, uma ação de classe, em favor de um grupo de crianças de origem mexicana, contestou a exclusão dessas crianças das escolas públicas.¹²¹

A corte distrital e também a Suprema Corte entenderam que a nova lei do Texas violava a cláusula da igual proteção.¹²²

¹¹⁷ HALLER, Walter. <<State Action>> und <<Affirmative Action>> in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court zum Gleichheitssatz. In: HALLER, Walter; KÖLZ, Alfred; MÜLLER, Georg; THÜRER, Daniel. Festschrift für Ulrich Häfelin: zum 65. Geburtstag. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, S. 85.

¹¹⁸ FINKELMAN, Paul. *Encyclopedia of American civil liberties*. New York: Taylor & Francis Group, LLC, 2006, p. 1182.

¹¹⁹ HALLER, Walter. In: HALLER, Walter; KÖLZ, Alfred; MÜLLER, Georg; THÜRER, Daniel. Op. cit., 1989, S. 85-86.

¹²⁰ FINKELMAN, Paul. Op. cit., 2006, p. 1182.

¹²¹ FINKELMAN, Paul. Op. cit., 2006, p. 1182.

¹²² FINKELMAN, Paul. Op. cit., 2006, p. 1182.

Decisões recentes de uma composição conservadora, no entanto, trouxeram a dúvida sobre se essa tendência de ponderação mais sutil, mais flexível do princípio da igualdade, iria deixar algum resquício para um futuro próximo.

Em *Kadrmas v. Dickinson Public Schools*, um regulamento de Dakota do Norte restou protegido. Na oportunidade, houve aumento dos custos de transporte de ônibus para os pais que tinham seus filhos em escolas em outros distritos escolares, mas, por outro lado, proibiu a cobrança de impostos. A questão era se um equilíbrio sutil de interesses teria sido posto fora do lugar tendo em vista a importância da educação para o exercício da liberdade de expressão e os direitos políticos, garantidos na Primeira Emenda.¹²³

Esses, então, os diferentes testes de avaliação do princípio da igualdade na jurisprudência da Suprema Corte americana.

Uma vez feito um estudo desses diferentes padrões de teste na avaliação, considerando que eles também possuem extrema valia para as ações de estado e as ações afirmativas, necessário que, agora, também seja feito um estudo de tais políticas para a abolição da discriminação.

2.4 As ações de estado e as ações afirmativas

Em um primeiro momento, os termos ações de estado e ações afirmativas parecem não ter qualquer relação um com o outro. Nas Escolas de Direito americanas, quando do estudo do direito constitucional, elas são tratadas em lugares diferentes. Para a doutrina tradicional, quando da ação de estado, somente o estado seria destinatário de direitos fundamentais. Esses direitos fundamentais, por isso, não produziram efeitos com relação a terceiros. Na prática da Suprema Corte, no entanto, os direitos fundamentais têm sido imputados tanto ao estado como às relações privadas. Com relação às ações afirmativas, por outro lado, a recente jurisprudência tem mostrado que, em alguns casos, os direitos são derivados dos direitos

¹²³ HALLER, Walter. <<State Action>> und <<Affirmative Action>> in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court zum Gleichheitssatz. In: HALLER, Walter; KÖLZ, Alfred; MÜLLER, Georg; THÜRER, Daniel. Festschrift für Ulrich Häfelin: zum 65. Geburtstag. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, S. 86.

fundamentais ou, mais tarde, que eles podem partir diretamente das reivindicações judiciais.¹²⁴

Em verdade, as ações de estado e as ações afirmativas são tentativas de fazer realizar o princípio da igualdade, de eliminar a discriminação.

As ações de estado se verificam através das intervenções do estado nas relações entre o próprio estado e as pessoas ou, mesmo que em caráter excepcional, entre as pessoas em suas relações privadas. Trata-se de uma forma de proteção ao cidadão. As ações afirmativas, por sua vez, se verificam na tentativa de se criar mecanismos de favorecimento de classes que durante muito tempo sofreram e, ainda hoje, sofrem com a discriminação.

Para uma análise mais particularizada das ações de estado e também das ações afirmativas, segue a apreciação de cada uma delas em separado.

2.4.1. As ações de estado

A ação de estado teve sua origem a partir dos Casos de Direito Civil¹²⁵.

Para os defensores dessa doutrina, a proteção prevista pela Constituição aos direitos e garantia individuais se destinaria apenas às ações praticadas pelo estado. Dessa forma, o termo ação de estado estaria se referindo estritamente a uma ação de uma entidade governamental ou de um agente de ambos governos estadual e federal. Uma exceção à regra seria o preceituado pela Décima Terceira Emenda, no sentido de proibir a escravidão, que seria direcionado a todos os indivíduos privados, assim como ao governo.¹²⁶

¹²⁴ HALLER, Walter. <<State Action>> und <<Affirmative Action>> in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court zum Gleichheitssatz. In: HALLER, Walter; KÖLZ, Alfred; MÜLLER, Georg; THÜRER, Daniel. Festschrift für Ulrich Häfelin: zum 65. Geburtstag. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, S. 79.

¹²⁵ No original: *Civil Rights Cases*.

Os casos de Direito Civil foram uma coletânea de cinco casos que chegaram à corte, oriundos de cinco diferentes estados: Califórnia, Kansas, Missouri, New York e Tennessee. Os casos foram apresentados, em 1883, em uma audiência única, pois tinham um mesmo objeto, qual seja, a questão da discriminação racial. Na apresentação dos cinco casos, os advogados alegaram que cada um deles constituía uma violação à Lei dos Direitos Cíveis de 1875, que havia abolido a discriminação em razão da raça (MCNEESE, Tim. *Plessy v. Ferguson*: separate but equal. New York: Chelsea House, 2007, p. 113).

A Suprema Corte decidiu contra os casos de Direito Civil. Asseverou que a Décima Quarta Emenda tinha a intenção de prevenir apenas a discriminação levada a termo pelos governos estaduais e não pelos indivíduos (MCNEESE, Tim. Op. cit., 2007, p. 113).

¹²⁶ RABE, Johan, *Equality, Affirmative action, and Justice*. Norderstedt: Books on Demand GmbH, 2001, p. 67.

Prevê a Décima Terceira Emenda que:

Emenda 13

Seção 1. Proibição da escravidão

Nem a escravidão nem o trabalho forçado, salvo como punição por crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado, existirá dentro dos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito à sua jurisdição.¹²⁷

Esse foi o entendimento que se manteve por um longo período de tempo.

O desenvolvimento da ação de estado, então, se deu, de forma mais efetiva, apenas a contar da decisão da Suprema Corte, no ano de 1943, quando da análise do caso *Parker v. Brown*. Tanto é assim que a ação de estado também ficou conhecida, na hipótese, como ‘imunidade Parker’.

Na ocasião, a Suprema Corte, em parecer do *Chief Justice* Stone, reconheceu uma importante exceção para a lei federal antitruste. Ela, de forma unânime, confirmou um programa estadual que pretendia restringir a competição entre produtores de uvas-passas da Califórnia.¹²⁸

Brown, um produtor e empacotador de uvas-passas, havia sido submetido a sanções estaduais por não ter participado de um programa de manutenção de preços que, segundo ele, iria lhe impedir de comercializar os cultivos já existentes e de cumprir os contratos de venda antes ajustados. Ele alegou que o programa estadual não poderia violar a Lei Sherman, adequada para regulamentar a comercialização agrícola e que também seria incompatível com a cláusula de comércio Dormant, que proibia os estados de atribuírem restrições injustificadas no comércio.¹²⁹

Os juízes da Suprema Corte entenderam que o programa do estado da Califórnia não estava sujeito à Lei Sherman porque sua operação era dirigida unicamente ao estado, agindo como governo soberano, e que a Lei Sherman não indicava que o Congresso pretendia coibir tal espécie de atividades. Afirmaram que a

¹²⁷ No original: *AMENDMENT 13*

Section 1. Slavery prohibited.

Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.

¹²⁸ SCHULTZ, David Andrew. *Encyclopedia of the United States Constitution*. New York: Facts on File, Inc., 2009, p. 538.

¹²⁹ SCHULTZ, Op. cit., 2009, p. 538.

lei seria ilegal tão somente se fosse dirigida a atores privados, individualmente considerados.¹³⁰

As ações de estado continuaram a ser objeto de apreciação pela Suprema Corte. Um outro caso em que teve destaque foi o *California retail liquor dealers association v. Midcal Aluminum Inc.*, onde restaram definidas novas formas para sua averiguação.

Em *California retail liquor dealers association v. Midcal Aluminum Inc.*, dois foram os padrões de imunidade antitruste enunciados pela corte. O primeiro padrão foi o de que a restrição contestada deveria ser visivelmente articulada e afirmativamente proclamada como uma política do estado e o segundo foi o de que a política deveria ser supervisionada ativamente pelo próprio estado.¹³¹

Na hipótese, em específico, uma lei da Califórnia havia estabelecido um esquema de fixação de preços de vinhos no estado que, exceto se fosse imunológico, constituiria uma violação clara à Lei Sherman. O esquema de fixação de preços de vinhos satisfazia o primeiro dos dois padrões de imunidade, ou seja, ele havia sido visivelmente estabelecido pelo estado. Entretanto, ele não satisfazia o segundo padrão de imunidade, a partir do momento em que o estado estava impondo os preços estabelecidos por particulares, sem sequer analisar a razoabilidade de tais preços. Aliás, o estado tampouco tinha condições de monitorar o mercado ou mesmo se envolver em qualquer reexame dos termos do programa. Diante do não cumprimento de um dos padrões de imunidade, a lei da Califórnia foi superada pela Lei Sherman.¹³²

Com o passar dos anos e ainda nos dias atuais, um ponto que, então, passou a ser objeto de grande discussão é o de se somente o estado seria destinatário da ação de estado ou se ela também poderia ser aplicada às relações privadas.

Essa discussão ocorreu de forma bastante enérgica no tocante ao teor da Décima Quarta Emenda da Constituição americana, de modo a questionar se a cláusula da igual proteção somente seria direcionada às ações de estado ou se ela também deveria ser observada pelos particulares.

Na definição da ação de estado, décadas atrás, a Suprema Corte tinha que buscar fazer uma conexão com a questão da raça, de modo a saber se o estado em

¹³⁰ SCHULTZ, David Andrew. *Encyclopedia of the United States Constitution*. New York: Facts on File, Inc., 2009, p. 538.

¹³¹ TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. Volume One. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000, p. 1200.

¹³² TRIBE, Laurence H. Op. cit., 2000, p. 1200.

si violava ou não a igualdade jurídica, no caso de discriminação advinda das relações privadas. Ainda, se ele, no setor privado, deixava de agir ou, simplesmente, de conceder algo que fosse necessário. E, no último caso, perguntava se os direitos fundamentais afrontados através da ação estatal passiva – em função da negligência do estado – acarretava ou não danos.¹³³

Depois da inclusão da Décima Terceira e da Décima Quinta Emendas na Constituição americana, o Congresso aprovou várias leis para alcançar a igualdade dos negros na vida política e social, incluindo a Lei dos Direitos Civis de 1875¹³⁴ ¹³⁵. Ocorre que a Suprema Corte considerou que as normas federais interferiam de alguma forma na soberania legislativa do estado-membro. Assim, a Seção 5 da Décima Quarta Emenda não foi considerada como uma base de competência suficiente para o governo federal, pois fortalecia o Congresso só para fazer valer as questões estabelecidas nos parágrafos anteriores das normas e o princípio da igualdade, contido na Seção 1, seria dirigido apenas ao estado, mas não a nenhuma relação privada.¹³⁶

A princípio, dessa forma, somente o estado seria destinatário do princípio da igualdade. As relações privadas, entretanto, ainda assim não poderiam violar a igualdade. Disso, por consequência, surgiram duas questões importantes. Eram elas: se e em que medida os órgãos públicos relevantes dentro de suas percepções de competência poderiam levar em conta a ideia básica de igualdade nas relações no setor privado.¹³⁷

Cada vez mais, então, foi se fortalecendo a ideia da cláusula da igual proteção também ser aplicada nas relações privadas.

Alguns casos discutiram essa matéria.

¹³³ HALLER, Walter. <<State Action>> und <<Affirmative Action>> in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court zum Gleichheitssatz. In: HALLER, Walter; KÖLZ, Alfred; MÜLLER, Georg; THÜRER, Daniel. Festschrift für Ulrich Häfelin: zum 65. Geburtstag. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, S. 80.

¹³⁴ No original: *Civil Rights Act of 1875*.

A lei dos Direitos Civis de 1875 preceituava que todos os cidadãos, independentemente de raça, estavam protegidos contra atos discriminatórios tanto na esfera pública quanto na privada. Foi declarada inconstitucional, pela Suprema Corte, quando do julgamento dos casos de Direito Civil (FINKELMAN, Paul. *Encyclopedia of American civil liberties*. New York: Taylor & Francis Group, LLC, 2006, p. 300).

¹³⁵ Sobre os casos de Direito Civil, conferir *supra*, nota 125.

¹³⁶ HALLER, Walter. In: HALLER, Walter; KÖLZ, Alfred; MÜLLER, Georg; THÜRER, Daniel. Op. cit., 1989, S. 87.

¹³⁷ HALLER, Walter. In: HALLER, Walter; KÖLZ, Alfred; MÜLLER, Georg; THÜRER, Daniel. Op. cit., 1989, S. 87-88.

Em *Shelley v. Kraemer* foi apreciada a validade da execução judicial de acordos privados, geralmente descritos com cláusulas restritivas, que tinham como propósito a exclusão de pessoas de raça ou cor designada da posse ou ocupação de imóveis.¹³⁸

Nesse caso, o proprietário branco de um imóvel tentou vender sua propriedade para um negro, ou seja, para um membro de uma minoria racial. Esse imóvel, entretanto, havia sido objeto de um pacto que proibia a sua venda para integrantes de minorias raciais. Como resultado disso, aquelas pessoas que tinham interesse no cumprimento do pacto restritivo propuseram uma ação judicial com o intento de conter o atual proprietário de violar o pacto com a venda do imóvel para um negro.¹³⁹

A Suprema Corte, na oportunidade, analisou dois aspectos: o primeiro, se as cláusulas restritivas baseadas na raça eram legais, de acordo com a Décima Quarta Emenda e o segundo, se tais cláusulas poderiam ser executadas por um tribunal.

Ao decidir, a corte considerou que nem toda a cláusula restritiva era discriminatória, mas que, se fosse executada por um tribunal, a ação do estado estaria presente e, por consequência, configurada estaria a violação da Décima Quarta Emenda. Isso porque, em última análise, a ordem da corte seria um comando judicial para o atual proprietário fazer uma distinção racial quando da venda do imóvel. Tal comando, a partir do momento em que fosse uma interferência do estado no ajuste entre um propenso vendedor e um propenso comprador, afrontaria a Décima Quarta Emenda.¹⁴⁰

Em *Burton v. Wilmington Parking Authority*, a Suprema Corte entendeu que o envolvimento do estado foi grande o suficiente para justificar a ação do estado.

No caso, Burton alegou que não havia sido servido em um restaurante, em razão de sua pele negra. Ocorre que o restaurante teve aumento de receita e, como efeito disso, o estado de Delaware, onde se localizava o restaurante, também foi beneficiado. A Suprema Corte, então, enfatizou a necessidade de ponderar os elementos individuais de fato e chegou à conclusão de que, na hipótese, o nível de

¹³⁸ TUSSMAN, Joseph. *The Supreme Court on Racial Discrimination*. New York: Oxford University Press, 1963, p. 285-297.

¹³⁹ NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 4. ed. Minnesota: West Publishing CO., 1991, p. 465.

¹⁴⁰ NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. Op. cit., 1991, p. 465.

participação do estado e o seu envolvimento na ação discriminatória foi considerável, infringindo, assim, a Décima Quarta Emenda.¹⁴¹

Ficou definido que um proprietário de um restaurante privado, que alugou um espaço em estacionamento público, não poderia recusar seus serviços para membros de minorias raciais. Isso porque, ainda que o restaurante não recebesse qualquer ajuda direta do governo, era beneficiado com a sua localização, uma facilidade que lhe foi conferida pelo governo. Dessa forma, mesmo que não houvesse comando ou encorajamento da prática de restrição racial pelo governo, a localização e o *status* de locatário do governo deu a aparência de que havia autorização do governo para tal prática. Por consequência, ainda que o governo e o restaurante não pudessem ser denominados de consorciados, eles tinham uma 'relação simbiótica'. O restaurante, por um lado, era beneficiado pela localização, uma facilidade do governo e também pelo patrocínio de funcionários do governo. E na medida em que o restaurante fez melhorias, se aproveitou de isenções de taxas da autoridade responsável pelo estacionamento. O governo, por outro lado, se beneficiou pela conveniência aos seus empregados e também pelos valores monetários recebidos.¹⁴²

O governo, de certa forma, se beneficiou pela política de segregação do restaurante. E mesmo que não houvesse um único fator que indicasse a presença de ação estatal nas práticas contestadas, a maioria dos juízes sentiu que a totalidade das circunstâncias mostravam contatos suficientes entre o governo e a sua submissão às atividades do restaurante, coibidas constitucionalmente. Quando as atividades do governo e as do ator privado se entrelaçaram com benefícios mútuos, a parte privada não possuía base para reclamar de que as decisões ficariam sujeitas à limitação constitucional da mesma maneira que aquelas do próprio governo.¹⁴³

Em *Evans v. Newton*, uma disposição testamentária de um Senador foi objeto de análise.

A declaração de última vontade do Senador Bacon foi feita no sentido de que era desejo dele que fosse feito um parque na cidade de Macon, Georgia, mas que esse parque somente poderia ser utilizado por brancos e, ainda, que ele teria de,

¹⁴¹ HALLER, Walter. <<State Action>> und <<Affirmative Action>> in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court zum Gleichheitssatz. In: HALLER, Walter; KÖLZ, Alfred; MÜLLER, Georg; THÜRER, Daniel. Festschrift für Ulrich Häfelin: zum 65. Geburtstag. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, S. 92-93.

¹⁴² NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 4. ed. Minnesota: West Publishing CO., 1991, p. 474.

¹⁴³ NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. Op. cit., 1991, p. 474.

necessariamente, ser administrado por um conselho composto por brancos. A Suprema Corte considerou tal disposição testamentária como incompatível com a Décima Quarta Emenda, pois seria uma afronta ao disposto nela que o parque operasse de forma segregada.¹⁴⁴

Nesse caso, a Suprema Corte determinou que a existência de uma segregação racial em um parque, conforme proposta do Senador Bacon para a cidade de Macon, Georgia, violaria a Décima Quarta Emenda. O parque tinha sido dado para a cidade com a ressalva de que serviria somente para pessoas brancas e que os administradores da cidade, de fato, operariam uma segregação. Ocorre que, a contar do momento em que ficou claro que o parque público teria de ser integrado, os administradores públicos foram substituídos por administradores privados. Entretanto, mesmo depois dessa modificação, o poder público voltou para prestar alguns serviços de manutenção nas instalações do parque.¹⁴⁵

Foi decidido, como resultado disso, que o parque estava tão imbuído com ações do estado que mesmo os administradores privados não poderiam manter o parque em uma base de segregação. Tal decisão foi baseada em uma série de fatores como a presença de aprovação governamental de práticas restritivas, a ajuda no passado e no presente dada para manutenção do parque e a natureza pública da terra utilizada como parque dentro da cidade. Desde que a cidade e o parque tinham permanecido entrelaçados, a operação do parque não poderia ser considerada verdadeiramente privada ou além do alcance da Constituição.¹⁴⁶

Em *Moose Lodge n. 107 v. Irvis*, por outro lado, a interferência do estado não foi reconhecida.

A Suprema Corte, na hipótese, decidiu que havia ação estatal insuficiente conectada com o clube social privado para revisar as políticas racialmente restritivas do clube. Como não havia ajuda oficial ou encorajamento do clube na decisão restritiva dos membros, o clube não poderia estar sujeito à restrição constitucional.¹⁴⁷

¹⁴⁴ HALLER, Walter. <<State Action>> und <<Affirmative Action>> in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court zum Gleichheitssatz. In: HALLER, Walter; KÖLZ, Alfred; MÜLLER, Georg; THÜRER, Daniel. Festschrift für Ulrich Häfelin: zum 65. Geburtstag. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, S. 93.

¹⁴⁵ NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 4. ed. Minnesota: West Publishing CO., 1991, p. 474.

¹⁴⁶ NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. Op. cit., 1991, p. 474.

¹⁴⁷ NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. Op. cit., 1991, p. 467.

Moose Lodge era uma organização social que somente admitia como membros brancos e que proibia que eles convidassem negros para acesso ao seu bar e sala de jantar. Ocorre que Irvis, um homem negro, foi convidado por um membro branco da Moose Lodge e teve o serviço ao clube negado, em função de sua raça. E, mesmo que a autorização para o fornecimento de bebidas na organização, que tinha natureza privada, dependesse de autorização do estado, a Suprema Corte entendeu que cabia aos legisladores dos estados-membros proibir, em clubes privados, o comportamento discriminatório de gênero e raça e que esta não seria uma consequência direta da cláusula da igual proteção prevista na Décima Quarta Emenda.¹⁴⁸

Tanto a opinião majoritária quanto a dissidente, quando da análise do caso, focaram em saber qual o dano real que havia sido feito em desfavor da minoria racial para a existência de segregação no clube. É possível que a real diferença entre aqueles que devem ou não devem submeter o clube à restrição constitucional refere-se à visão de que algum dano foi causado aos membros da minoria racial em função de tais políticas. Ocorre que tal a decisão pareceu repousar em uma visão quantitativa da existência de ação do estado nas decisões do clube. Ausente o envolvimento com o governo, a corte não iria encontrar ação de estado na base das práticas históricas do clube ou de costumes que pudessem levar à origem de tais práticas.¹⁴⁹

Assim, possível concluir que o fato de que uma atividade depende de autorização estatal ou está estritamente regulada por legislação estadual, não torna, por si só, a ação do estado uma ação de natureza privada.¹⁵⁰

Diante disso, tem-se que, ultimamente, a Suprema Corte tem se manifestado de modo a fazer uma leitura bastante restrita da ação de estado, examinando, caso a caso, a existência ou não de alguma interferência do estado nas relações privadas e, ainda, o nível de alcance de eventual interferência.

2.4.2 Ações afirmativas

¹⁴⁸ HALLER, Walter. <<State Action>> und <<Affirmative Action>> in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court zum Gleichheitssatz. In: HALLER, Walter; KÖLZ, Alfred; MÜLLER, Georg; THÜRER, Daniel. Festschrift für Ulrich Häfelin: zum 65. Geburtstag. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, S. 93-94.

¹⁴⁹ NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 4. ed. Minnesota: West Publishing CO., 1991, p. 467.

¹⁵⁰ HALLER, Walter. In: HALLER, Walter; KÖLZ, Alfred; MÜLLER, Georg; THÜRER, Daniel. Op. cit., 1989, S. 94.

A ação afirmativa, nos Estados Unidos, surgiu muito cedo com relação aos negros, mas, também, no que diz respeito às mulheres e outros desfavorecidos.¹⁵¹

Como regra, elas se referem a incentivos positivos oferecidos pelo estado, em favor de categorias de pessoas que estavam em desvantagem no passado. Elas dizem respeito, principalmente, à educação e ao ingresso e progressão no mercado de trabalho. Pode ser, por exemplo, que uma minoria racial na admissão às escolas superiores receba tratamento preferencial ou que o estado privilegie determinado grupo de funcionários quando da nomeação e promoção.¹⁵²

Durante os últimos anos, as decisões da Suprema Corte que dizem respeito às ações afirmativas têm variado consideravelmente. Essas variações decorrem de ideologias opostas representadas pelos membros da corte. Em função disso, os casos apresentados à Suprema Corte têm sido examinados um a um.¹⁵³

Em um primeiro momento, os juízes foram mais simpáticos aos programas que continham ações afirmativas. Depois, e ainda nos dias atuais, a maioria dos juízes passaram a ser mais hostis a qualquer forma de ação afirmativa. Tanto é assim que, por vezes, optaram por adotar o teste de escala mais rigoroso para revisão de alguns dos programas que contenham ações afirmativas.¹⁵⁴

Do ponto de vista jurídico, em específico, constitucional, três questões foram e ainda continuam sendo objeto de debates.

A primeira delas é a de se seria possível superar a segregação racial. A decisão prolatada em *Brown v. Board of Education of Topeka*¹⁵⁵ foi baseada na crença de que as classificações raciais são superadas. A dúvida surge na medida em que o uso da ação afirmativa racial estabelece critérios para classificar as pessoas, sem levar em conta os pontos fortes e fracos das diferentes categorias, geralmente favorecendo a um grupo, enquanto o outro está em desvantagem. Por isso, ela pode

¹⁵¹ HALLER, Walter. <<State Action>> und <<Affirmative Action>> in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court zum Gleichheitssatz. In: HALLER, Walter; KÖLZ, Alfred; MÜLLER, Georg; THÜRER, Daniel. Festschrift für Ulrich Häfelin: zum 65. Geburtstag. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, S. 80.

¹⁵² HALLER, Walter. In: HALLER, Walter; KÖLZ, Alfred; MÜLLER, Georg; THÜRER, Daniel. Op. cit., 1989, S. 97.

¹⁵³ RABE, Johan, *Equality, Affirmative action, and Justice*. Norderstedt: Books on Demand GmbH, 2001, p. 133.

¹⁵⁴ RABE, Johan. Op. cit., 2001, p. 134-135.

¹⁵⁵ Conferir *supra*, nota 62.

causar reflexos defensivos não produtivos, comprometendo a sua capacidade de atingir o objetivo declarado da questão.¹⁵⁶

A segunda, é a de que a ação afirmativa pode ter como consequência a exclusão de indivíduos que, apesar de cumprirem os requisitos para obtenção da vantagem almejada, não possuem as condições individuais melhores do que as dos concorrentes com tratamento preferencial. Isso resultaria em uma tensão com o princípio da igualdade de tratamento.¹⁵⁷

A terceira e última expressa que a ação afirmativa pode gerar uma ideia de igualdade contrária ao desprezo do direito do grupo preferido, haja vista que, ao não confirmar clichês estereotipados e preconceitos, ou seja, ao dar a proteção especial para alguns, em função de características que são inatas, como raça ou gênero, de alguma maneira acaba por reconhecer que assim age, porque entende que aqueles que integram esse grupo não são capazes de sobreviver, sem cuidado estatal, por conta própria.¹⁵⁸

Dito isso, importante que se analise a questão das ações afirmativas, consideradas as duas áreas mais problemáticas – os casos de raça e os casos de gênero.

Um dever constitucional de ação estatal positiva com base em critérios raciais só é aceito se for estabelecido que o estado tem reconhecidamente minorias raciais discriminadas em seu passado. O primeiro caso, nos Estados Unidos, envolveu a eliminação de segregação de fato, onde os alunos geralmente frequentavam a escola no bairro e muitos bairros residenciais não eram racialmente misturados. A integração racial de fato nas escolas pode ser alcançada, em tais casos, pelo ‘*busing*’, ou seja, através de inclusão desses alunos em escolas distantes, mediante o transporte com ônibus escolares, prática essa altamente controversa.¹⁵⁹

¹⁵⁶ HALLER, Walter <<State Action>> und <<Affirmative Action>> in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court zum Gleichheitssatz. In: HALLER, Walter; KÖLZ, Alfred; MÜLLER, Georg; THÜRER, Daniel. Festschrift für Ulrich Häfelin: zum 65. Geburtstag. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, S. 97-98.

¹⁵⁷ HALLER, Walter. In: HALLER, Walter; KÖLZ, Alfred; MÜLLER, Georg; THÜRER, Daniel. Op. cit., 1989, S. 97-98.

¹⁵⁸ HALLER, Walter. In: HALLER, Walter; KÖLZ, Alfred; MÜLLER, Georg; THÜRER, Daniel. Op. cit., 1989, S. 97-98.

¹⁵⁹ HALLER, Walter. In: HALLER, Walter; KÖLZ, Alfred; MÜLLER, Georg; THÜRER, Daniel. Op. cit., 1989, S. 100.

A causa célebre na qual a Suprema Corte comentou detalhes sobre a autoridade do estado na ação afirmativa foi o *Regents of the University of California v. Bakke*¹⁶⁰, decisão datada de 1978.

Na Suprema Corte, por cinco votos contra quatro, os juízes entenderam que o sistema de cotas estrito é uma afronta ao princípio da igualdade. Votaram em sentido contrário os Juízes Brennan, White, Marshall e Blackmun. O fundamento utilizado na manifestação deles foi o de que a discriminação da maioria branca não poderia ser descrita como suspeita se o efeito dela fosse benigno. Ademais, que em desfavor de Bakke não havia nenhum estigma de uma minoria racial.¹⁶¹

Allan Bakke tinha tido sua admissão negada na Escola de Medicina da Universidade da Califórnia em Davis, em 1973 e 1974, porque o comitê de admissões não acreditava que suas qualificações justificavam a sua admissão através do programa geral de admissões, mesmo que suas qualificações acadêmicas fossem substancialmente equivalentes a daqueles outros estudantes que estavam sendo admitidos através do programa de admissão especial naquele momento. No entanto, durante cada um daqueles anos, Davis operou esse programa de admissão especial, ao considerar a aplicação de candidatos que solicitavam a sua consideração como 'economicamente e/ou educacionalmente desfavorecidos' ou como membros de um 'grupo minoritário'.¹⁶²

A Escola de Medicina Davis admitia 100 novos estudantes a cada ano. Dessas 100 vagas, 16 eram ocupadas através do programa de ações afirmativas, designado para recrutar minorias raciais.¹⁶³

No âmbito do programa Davis, membros de certas minorias raciais e étnicas foram qualificados para apreciação na esfera do programa de admissão especial. Bakke não era um membro de um grupo de minoria racial específico e, portanto, não era elegível para consideração para admissão através do programa de admissões

¹⁶⁰ Conferir o inteiro teor da decisão em GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 245 e seguintes.

¹⁶¹ HALLER, Walter. <<State Action>> und <<Affirmative Action>> in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court zum Gleichheitssatz. In: HALLER, Walter; KÖLZ, Alfred; MÜLLER, Georg; THÜRER, Daniel. Festschrift für Ulrich Häfelin: zum 65. Geburtstag. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, S. 101-102.

¹⁶² NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 4. ed. Minnesota: West Publishing CO., 1991, p. 674.

¹⁶³ GOLDMAN, Sheldon. *Constitutional Law and Supreme Court Decision-Making: Cases and Essays*. New York: Harper & Row, Publishers, 1982, p. 677-678.

especiais. Desde que um número de lugares na classe foi reservado para tais minorias ou estudantes em desvantagem, Bakke alegou que a recusa de sua admissão era resultado de um programa de admissões especiais.¹⁶⁴

Bakke escreveu, na ocasião, uma forte carta de protesto para o Presidente do Comitê de Admissão. Apesar disso, não foi admitido. Logo depois, no ano acadêmico seguinte, Bakke novamente tentou o ingresso no curso. Em sua entrevista com o Presidente do Comitê de Admissão recebeu uma nota baixa. Bakke, então, processou a Escola de Medicina.¹⁶⁵

Bakke propôs a demanda, no tribunal estadual, alegando que o programa de admissões especiais de Davis lhe causou dano por sua efetiva exclusão das classes de calouros da medicina durante 1973 e 1974 e que o programa Davis violava a Constituição do Estado da Califórnia, o Título VI da Lei Federal de Direitos Civis de 1964 e também a cláusula da igual proteção da Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos.¹⁶⁶

O tribunal estadual entendeu que o programa Davis violava as três disposições, mas considerou que Bakke não tinha direito a um julgamento em seu favor, pois não havia demonstrado que ele teria sido admitido na Escola de Medicina se o programa de admissões especiais não estivesse sendo operado.¹⁶⁷

A Suprema Corte da Califórnia reverteu a decisão do tribunal estadual. Ela decidiu que o programa de admissões de Davis violou a cláusula da igual proteção da Décima Quarta Emenda porque tal emenda, segundo a visão da maioria dos juízes, significava que o governo não poderia tomar conhecimento da raça ao dispensar benefícios governamentais. O tribunal estadual, então, ordenou a admissão de Bakke na Escola de Medicina.¹⁶⁸

Os juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos, por sua vez, confirmaram a decisão da Suprema Corte da Califórnia. A decisão, entretanto, foi bastante dividida entre os nove juízes que apreciaram o caso. Quatro dos juízes – *Chief Justice* Burger e Juízes Stewart, Rehnquist e Stevens – concluíram que o programa de Davis violava o Título VI da Lei Federal de Direitos Civis. Eles entenderam que a aplicação do

¹⁶⁴ NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 4. ed. Minnesota: West Publishing CO., 1991, p. 674.

¹⁶⁵ GOLDMAN, Sheldon. *Constitutional Law and Supreme Court Decision-Making: Cases and Essays*. New York: Harper & Row, Publishers, 1982, p. 677-678.

¹⁶⁶ NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. Op. cit., 1991, p. 674.

¹⁶⁷ NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. Op. cit., 1991, p. 674.

¹⁶⁸ NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. Op. cit., 1991, p. 675.

referido Título VI ao programa de admissões se mostrava desnecessária para alcançar qualquer questão constitucional. Quatro juízes – Juízes Brennan, White, Marshall e Blackmun – eram da opinião de que o Título VI pretendia barrar apenas a discriminação racial como foi proibida pela Décima Quarta Emenda e que o programa Davis não violava o Título VI, assim como também não violava a cláusula da igual proteção. Dessa forma, a decisão ficou na dependência do voto do Juiz Powell.¹⁶⁹

O Juiz Powell concluiu que a cláusula da igual proteção e, portanto, o Título VI exigiam a anulação do programa de Davis. Ele, então, votou com o grupo de quatro juízes que entenderam que o programa Davis violava o Título VI e ordenou que Davis aceitasse Bakke na Escola de Medicina. No entanto, ele votou para reverter a decisão da Califórnia, no que se referia à exigência de que as unidades governamentais estaduais evitassem qualquer consideração de raça em programas de ações afirmativas. Isso, porque ele afirmou que nem todas as classificações raciais haviam sido invalidadas pela Décima Quarta Emenda. Ainda assim, ele lançou o quinto voto que resultou na afirmação da ordem que exigia que Davis aceitasse Bakke, permitindo, contudo, que ela e outras instituições de ensino pudessem fazer uso de critérios de admissões conscientes de raça.¹⁷⁰

Anos mais tarde, em 2003, outra decisão também de destaque abordou a questão. Foi o caso *Grutter v. Bollinger*.

Em *Grutter v. Bollinger*, o tribunal foi confrontado com um desafio ao uso da raça nas decisões de admissão da Faculdade de Direito da Universidade de Michigan. A Escola de Direito tinha adotado uma política de admissões oficial que visava especificamente alcançar a diversidade em seu corpo discente, a partir do momento em que matriculava uma massa crítica de estudantes de grupos minoritários. De acordo com a ideia que vinha sendo posta em prática, os oficiais das admissões realizavam uma avaliação supérflua e flexível de candidatos. Eles analisavam suas aptidões, experiências e contribuições para a aprendizagem daqueles que os rodeavam. A política, então, não enumerava os critérios específicos para a consecução da diversidade, mas enfatizava um compromisso de longa data da Faculdade de Direito para a redução da desigualdade racial e étnica, com especial referência para a inclusão de estudantes de grupos que foram historicamente

¹⁶⁹ NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 4. ed. Minnesota: West Publishing CO., 1991, p. 675-676.

¹⁷⁰ NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. Op. cit., 1991, p. 676.

discriminados, como africano-americanos e hispânicos, que representavam em seu corpo discente números significativos. Ocorre que uma mulher branca, residente de Michigan, que teve sua admissão negada, entrou com uma ação judicial, alegando que a política da Faculdade de Direito foi de discriminação racial, em violação da cláusula da igual proteção da Décima Quarta Emenda. Em sua decisão para o tribunal, a Juíza O'Connor declarou que o uso da Faculdade de Direito da raça em seu processo de admissão resistiu mesmo sob a cláusula da igual proteção, na medida em que foi elaborada estritamente sob medida para promover um interesse convincente, qual seja, o de obter os benefícios educacionais que o fluxo de um corpo estudantil diversificado lhe traria. Segundo O'Connor, programas como esse são necessários, a fim de transmitir à nação que o desvio de norma da igualdade de tratamento de todos os grupos raciais e étnicos é uma questão temporária.¹⁷¹

Mais recentemente, no caso *Fisher v. University of Texas*, em decisão proferida em 24 de junho de 2013, com sete votos contra um, a Suprema Corte anulou a decisão de primeira instância, em favor da Universidade, e reenviou o caso ao referido tribunal para julgamento, sustentando que ele não tinha aplicado ao programa de admissões da Universidade o critério de um padrão de teste rigoroso para análise da incidência ou não do princípio da igualdade, conforme já havia sido articulado em *Grutter v. Bollinger* e *Regents of University of California v. Bakke*.¹⁷²

Em 15 de julho de 2014, então, a Corte de Apelação, com dois votos contra um, decidiu de forma favorável à Universidade do Texas.

No caso, Abigail Fisher ajuizou ação contra a Universidade do Texas, alegando que a política de admissão baseada na raça não era consistente com a decisão da Suprema Corte proferida *Grutter v. Bollinger*, oportunidade em que tinha sido decidido que a raça era um fato apropriado, mas limitado nas políticas de admissão escolares.¹⁷³

Com relação às mulheres, um caso que mereceu destaque foi o *Califano v. Webster*. Na hipótese, a Suprema Corte, de forma unânime, confirmou o privilégio concedido às mulheres. Em específico, o tribunal reconheceu o interesse do estado

¹⁷¹ LACROIX, Alison L. Temporal Imperialism. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper*. n. 308. p. 1329-1373. Chicago: The Law School the University of Chicago. Chicago, may 2010, p. 1368-1369.

¹⁷² SCHMIDT, Steffen W.; SHELLEY II, Mack C.; BARDES, Barbara A. *American Government and Politics Today*. 2014-2015 Brief Edition. Stamford: Cengage Learning, 2015, p. 109.

¹⁷³ OKIHIRO, Gary Y. *The great American mosaic: An exploration of diversity in primary documents*. California: ABC-CLIO, LLC, 2014, p. 392.

na redução da desigualdade econômica entre homens e mulheres, quando do pagamento das pensões, causada pelo fato de, em um determinado momento, as mulheres terem tido renda inferior a dos homens.¹⁷⁴

Diante do que foi posto, possível dizer que tanto as ações de estado quanto as ações afirmativas possuem extrema importância para averiguação da questão da igualdade nos casos que chegam à Suprema Corte, mas que o reconhecimento, tanto de uma quanto de outra como legítima e constitucional, necessita que estejam preenchidos requisitos bastante restritos.

No que tange às ações de estado, cogente se faz a comprovação inequívoca da interferência do estado, enquanto que no tocante às ações afirmativas, o propósito de corrigir eventual tratamento diferenciado necessita demonstrar que ele se faz rigorosamente indispensável, a partir do momento em que levado a termo para remediar os efeitos de uma discriminação no passado.

Uma vez feito esse estudo acerca da Suprema Corte americana, importante que, a seguir, de modo a traçar um paralelo da realidade americana com a brasileira, seja feita também uma apreciação do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, também com relação à mais alta corte brasileira, será feito um breve histórico, assim como uma apreciação de sua composição e do teor de suas decisões no transcorrer dos anos. Após, será observada de que maneira tem sido levada a termo a aplicação do princípio da igualdade pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁷⁴ HALLER, Walter. <<State Action>> und <<Affirmative Action>> in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court zum Gleichheitssatz. In: HALLER, Walter; KÖLZ, Alfred; MÜLLER, Georg; THÜRER, Daniel. Festschrift für Ulrich Häfelin: zum 65. Geburtstag. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, S. 107.

SEGUNDA PARTE: O Supremo Tribunal Federal brasileiro

CAPÍTULO 1: Breve histórico e a importância de suas decisões

1.1 Sua criação, uma inspiração na Suprema Corte americana

A criação do Supremo Tribunal Federal ocorreu nos primeiros anos da República¹⁷⁵. Com a superação da confusão política, que se verificou com o final da Monarquia e instalou o regime republicano no Brasil, o governo provisório tratou de criar instituições, inclusive de Justiça, que fossem mais condizentes com a nova realidade. Assim, na ausência do imperador, era cogente que se definisse qual seria a última instância para resolução de conflitos públicos e privados, a contar do momento em que havia desaparecido, junto com o imperador, tal função.¹⁷⁶

A ideia era de estabelecer um tribunal que fosse semelhante à Suprema Corte americana¹⁷⁷. Para tanto, toda e qualquer subordinação ao imperador que anteriormente pudesse se verificar, na nova realidade, não mais estaria justificada. Em última análise, a busca era por uma independência, harmonia e equilíbrio entre os três poderes – executivo, legislativo e judiciário¹⁷⁸.

Assim como foi feito na primeira parte do trabalho¹⁷⁹, também aqui, antes de ingressar no estudo específico do Supremo Tribunal Federal, importante se faz a referência, mesmo que breve, à Constituição Provisória de 1890 e à Constituição de 1891.

¹⁷⁵ Antes dele, dois outros órgãos de cúpula tinham sido instituídos no Judiciário brasileiro.

O primeiro deles, a Casa de Suplicação do Brasil, com sede no Rio de Janeiro, foi criado em 10.05.1808 e, em síntese, tinha a mesma competência da Casa de Suplicação de Lisboa, qual seja, a de julgar todos os pleitos, em última instância, por maior que fosse o seu valor. Da decisão não caberia qualquer outro recurso. Sua alçada se estendia, também, às ações provenientes das Ilhas dos Açores e Madeira. O segundo deles, o Supremo Tribunal de Justiça, criado por lei imperial de 1828, sucedeu a Casa de Suplicação do Brasil, tendo sido instalado em 9.1.1829 (MELLO FILHO, José Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal* (Império e República). 2. ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal (STF), 2007, p. 9).

¹⁷⁶ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Editora UNESP, 2006, p. 24.

¹⁷⁷ O modelo utilizado como paradigma foi a Suprema Corte americana, pois parecia ser aquele que tinha sido mais bem sucedido. Não se pode ignorar, no entanto, que também houve influência da Corte Suprema da Argentina e da Suíça (NUNES, Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 164-165).

¹⁷⁸ Quando da Constituição de 1824 se falava em quatro poderes – executivo, legislativo, judiciário e moderador. Considerando que a Constituição de 1891 aboliu o poder moderador, foram mantidos apenas os três poderes – executivo, legislativo e judiciário.

¹⁷⁹ Ver Primeira Parte, Capítulo 1, Subcapítulo 1.1, p. 15 e seguintes.

A proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, decorreu de uma sucessão de crises do Segundo Reinado. Essas crises possuíam como causa sobretudo questões militares, religiosas e econômicas. Não bastasse isso, as constantes interferências do Imperador na política já se mostravam saturadas.¹⁸⁰

Diante de tais crises e interferências, o golpe militar que derrubou a Monarquia e instituiu a República não enfrentou, em um primeiro momento, nenhuma reação de grande porte.¹⁸¹ Isso porque a mudança de regime, muito embora implicasse em uma série de dificuldades, trazia consigo uma expectativa de uma nova e melhor realidade.

Por meio do Decreto 510, de 22 de junho de 1890¹⁸², então, foi estabelecida uma Constituição Provisória da República dos Estados Unidos do Brasil. Na oportunidade, o governo dispôs sobre a criação, composição e competência do Supremo Tribunal Federal.

Logo a seguir, através do Decreto 848, de 11 de outubro de 1890¹⁸³, foi definida a competência do Supremo Tribunal Federal.

Posteriormente, as disposições de ambos os Decretos foram confirmadas pela Constituição de 1891, quando da sua aprovação¹⁸⁴.

A Constituição de 1891 tinha 91 artigos e mais 08 das Disposições Transitórias. Era dividida em cinco Títulos, subdivididos em Seções e essas, em Capítulos. O Título I tratou da organização federal, o Título II versou sobre os estados, o Título III acerca dos municípios, o Título IV tratou dos cidadãos brasileiros e, por fim,

¹⁸⁰ ALVES JR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 133.

¹⁸¹ ALVES JR, Luís Carlos Martins. Op. cit., 2004, p. 133.

¹⁸² Foi através desse decreto que foi publicada a Constituição formulada pelo governo provisório. Ela passou a vigorar imediatamente no que se referia à dualidade das Câmaras do Congresso, à sua composição, à sua eleição e à função que eram chamadas a exercer de aprovar a dita Constituição. Também através desse decreto o Congresso Nacional foi convocado para, no dia 15 de novembro, com poderes especiais do eleitorado, julgar a Constituição que o governo provisório então publicava e que seria o primeiro objeto de suas deliberações (BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: OAB Editora, 2002, p. 222).

¹⁸³ O Decreto 848/1890 tinha por objeto a organização da Justiça Federal.

¹⁸⁴ Prudente de Moraes, Presidente da Constituinte, assim se pronunciou, consoante consta dos Anais da Constituinte: “Está promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, e a nossa pátria, após 15 meses de um Governo revolucionário, entra, desde este momento, no regime da legalidade. E é força confessar que, graças aos esforços e a dedicação deste Congresso, legítimo representante da Nação, aliás recebido com desfavor e prevenção pela opinião, que conseguiu vencer e que termina seus trabalhos rodeados de estima e consideração pública, o Brasil, a nossa pátria, de hoje em diante, tem uma Constituição livre e democrática com o regime da mais larga federação, única capaz de mantê-la unida, de fazer com que possa desenvolver-se, prosperar e corresponder na América do Sul ao seu modelo na América do Norte. Saudemos, meus concidadãos, ao Brasil e à República brasileira. Viva a Nação brasileira” (BRASIL. *Anais do Congresso Constituinte da República*. 2. ed. Volume III. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1926, p. 50).

o Título V cuidou das disposições gerais. O Título I, na Seção I, abordou o poder legislativo, na Seção II o poder executivo e na Seção III¹⁸⁵ o poder judiciário.

A influência¹⁸⁶ da Constituição americana na Constituição brasileira de 1891 foi reconhecida pelo próprio idealizador de seu texto, Rui Barbosa, precipuamente no que diz respeito à forma federativa de estado e ao papel a ser desempenhado pelo judiciário na observância e, por conseguinte, manutenção da Constituição.¹⁸⁷

A visão de Rui Barbosa é, nessa conexão, não apenas instrutiva, mas ainda atual. Ela merece, portanto, ser invocada:

Sempre foi minha convicção que as nossas instituições eram mal conhecidas aos nossos homens políticos, não porque lhes falte inteligência e saber, mas porque, evidentemente carecem dessa predisposição de simpatia, que, pelo conhecimento anterior das coisas, serve de incentivo aos homens, para que eles se entranhem na ciência perfeita, profunda e segura das novidades recém-introduzidas em um país novo. Quando adotamos dos Estados Unidos esta forma de Governo, e procuramos adotar o seu delicado e complexo mecanismo aos nossos hábitos políticos, evidentemente a nossa cultura, sobretudo entre as gerações que vinham formar a República, era ainda imperfeita no conhecimento da organização da política e da jurisprudência americana. Vínhamos nós da França, da escola francesa, das tradições da grande revolução, onde a nossa mocidade, a de quase todos nós, se inspirou nas primeiras lições de amor da liberdade, nutriu os seus primeiros sonhos de civismo e foi beber as grandes esperanças de um futuro melhor para a nossa terra comum. Mas as instituições que nós introduzimos no país, essas grandes instituições, novas pela feição atual, pela feição que adquiriram ao vazar-se na Constituição americana; essas instituições, antigas, todavia, pelo seu largo passado, pelo passado multissecular, que deixava atrás de si na história da Inglaterra, na história das grandes liberdades inglesas, na história dessas liberdades que, começando desde o século XIII, com uma tradição ininterrupta, progressiva, crescente, acabaram no século XVIII com essa florescência prodigiosa da criação da Carta Federal dos Estados Unidos da América do Norte; essas instituições nos encontravam despreparados para as receber, para as assimilar, e para as praticar com aquele senso do seu desenvolvimento salutar, ao crescimento contínuo, à realização completa dos ideais que elas vinham introduzir no Brasil. Não que os homens de 1889, entre nós, não se achassem saturados do espírito de

¹⁸⁵ Conferir no ANEXO C o inteiro teor dos dispositivos constitucionais.

¹⁸⁶ A influência dos Estados Unidos nos países da América Latina é variável de país a país, mas sempre considerável. Essa influência é muito marcante, sobretudo, no âmbito do direito público. Isso porque a Constituição americana proporcionou o modelo em que se inspiraram todos os países da América Latina. Um exemplo disso está evidenciado no fato de que todos eles tomaram da prática da Constituição americana o princípio do controle judicial da constitucionalidade das leis (DAVID, René. *Tratado de Derecho Civil Comparado: Introduccion al estudio de los derechos extranjerios y al metodo comparativo*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, p. 255-257).

No exemplo citado, o que pode variar é a autoridade encarregada de exercer esse controle e suas modalidades. Em diversos países da América Latina – Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, México e Venezuela -, qualquer juiz pode, à semelhança do que ocorre nos Estados Unidos, declarar que uma lei é contrária à Constituição e, conseqüentemente, recusar-lhe aplicação. Isso, naturalmente, sob o controle de um Supremo Tribunal (DAVID, René. *Les grands systemes de droit contemporains*. 11. ed. Paris: Dalloz, 2002, p. 86).

¹⁸⁷ ALVES JR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 137.

liberdade. Passávamos do Governo parlamentar ao Governo presidencial; passávamos do Governo da tribuna ao Governo das Comissões parlamentares; passávamos de um Governo de responsabilidades, de um Governo de merecimento, de um Governo de conquista de posições pela palavra, a um Governo de irresponsabilidade parlamentar, a um Governo dotado, no seu chefe, de prerrogativas quase ditatoriais, a um Governo que, para ser atualmente praticado, requeria a presença de lições que servissem de corretivo, de freio e de dique eficaz. Nós passávamos repentinamente de um terreno, onde todas essas garantias estariam consolidadas no mecanismo, na forma parlamentar, com a presença dos Ministros, com os votos de confiança, com as dissoluções das Câmaras; passávamos de um regime onde todas essas garantias se achavam consolidadas desse modo, para um regime onde nos encontramos destituídos inteiramente dessas garantias. Nessa transição, os homens que não tinham consigo senão o hábito do fraseado republicano, a fascinação das idéias de 89, a educação dos hábitos da escola francesa, esses homens se achavam baldos completamente daquilo que lhes era mais essencial para empreender a realização exata da forma de Governo que acabávamos de adotar.¹⁸⁸

Ultrapassados, pois, quatro dias da aprovação da Constituição de 1891, em 24 de fevereiro, no salão de sessões do antigo Supremo Tribunal de Justiça, foi inaugurado o Supremo Tribunal Federal, sob a presidência interina do ministro João Evangelista de Negreiros Sayão Lobato, também conhecido como Visconde de Sabará.¹⁸⁹

Na primeira sessão plenária, foi eleito o primeiro Presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro José Antônio de Araújo Freitas Henriques.

Na oportunidade, o tribunal era composto de quinze juízes, nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado, entre cidadãos de notável saber¹⁹⁰ e reputação, elegíveis para aquela casa do Congresso.

Dos ministros nomeados, muitos pertenciam à geração que nasceu na década da Independência. Eram experientes e tinham participado da vida política, da administração e da magistratura imperial. Muitos vinham dos quadros do extinto Supremo Tribunal de Justiça, que tinha funções limitadas, nos moldes do que ocorria

¹⁸⁸ BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. vol. I. São Paulo: Saraiva, 1932, p. V.

¹⁸⁹ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Editora UNESP, 2006, p. 24-25.

¹⁹⁰ A Constituição de 1891 fez referência a notório saber, não especificando que ele deveria ser jurídico. Com isso, tornou possível que pessoas com áreas de conhecimento diversas da jurídica pudessem ser nomeadas. Tanto é assim que Floriano Peixoto, quando foi Presidente, nomeou para o Supremo Tribunal Federal um general e um médico. O médico, Barata Ribeiro, foi nomeado através de Decreto de 1893 e chegou a tomar posse, em 25 de novembro do mesmo ano. Entretanto, quando sua nomeação foi submetida ao Senado, este, em sessão secreta de 24 de setembro de 1894, negou a aprovação, com fundamento em Parecer da Comissão de Justiça e Legislação, a contar do momento em que considerou que o requisito de notável saber deveria se referir a um notável saber jurídico. Como consequência, Barata Ribeiro deixou o exercício do cargo em 24 de setembro de 1894.

nas Cortes de Cassação do modelo europeu. A grande maioria, como o Visconde de Sabará, Luis Correa de Queirós Barros, Inácio José de Mendonça Uchoa, Tristão de Alencar Araripe, já contava com mais de setenta anos de idade. Outros tantos, como João Antônio de Araujo Freitas Henriques, Antônio de Sousa Mendes, João José de Andrade Pinto, Joaquim Francisco de Faria, Luís Antônio Pereira Franco, estavam próximos disso. Quatro dos ministros que tomaram posse quando da inauguração do Supremo Tribunal Federal ainda se utilizavam de títulos de nobreza, que, conquanto extintos, continuavam a ser usados. Eram eles o visconde de Sabará e os Barões de Sobral, Pereira Franco e Lucena.¹⁹¹

Com o passar de quatro anos da instalação do Supremo Tribunal Federal, somente três dos ministros inicialmente nomeados ainda permaneciam na instituição. Os demais tinham falecido ou se aposentado.¹⁹²

Os membros do tribunal eram vitalícios. No entanto, tinham direito a aposentadoria aos dez anos de serviço, com vencimentos proporcionais ao tempo efetivamente cumprido, em caso de invalidez. Ou, com todos os vencimentos, ao final de vinte anos. A invalidez, à época, era presumida quando o juiz federal atingisse setenta e cinco anos.¹⁹³

Além da questão da idade, que fez com que o Supremo tivesse que ser, em seus quatro anos iniciais, renovado quase que na integralidade, uma outra dificuldade que se apresentou foi a de que, quando da sua instalação, com a abolição do poder moderador, surgiram muitas disputas pelo poder. Essas disputas geraram conflitos entre os poderes que ainda tinham se mantido, inclusive do Supremo Tribunal Federal, seja com o poder executivo, seja com o poder legislativo.

Com relação ao executivo, os confrontos se intensificaram durante o Governo de Floriano Peixoto. Descontente com o desempenho do tribunal, Floriano tomou providências retaliatórias, deixando de preencher as vagas que resultavam das aposentadorias. Durante muito tempo o Supremo, sem quórum, não conseguiu sequer realizar sessões. Nos últimos meses de seu governo, vários ministros foram nomeados, entre eles Hermínio Francisco do Espírito Santo.¹⁹⁴

¹⁹¹ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Editora UNESP, 2006, p. 25.

¹⁹² COSTA, Emília Viotti da. *Op. cit.*, 2006, p. 25-26.

¹⁹³ COSTA, Emília Viotti da. *Op. cit.*, 2006, p. 26.

¹⁹⁴ COSTA, Emília Viotti da. *Op. cit.*, 2006, p. 32-33.

Outro problema, ainda durante o governo de Floriano, decorreu da exigência de que o Presidente e Vice-Presidente do tribunal estavam submetidos de prestar juramento perante o Chefe do Executivo. Isso causava grande mal-estar. Tal irresignação levou os ministros a reformarem o próprio regimento¹⁹⁵. Como consequência, em novembro de 1894, ficou estabelecido que o juramento iria passar a ser prestado perante o próprio tribunal. Eram os primeiros indícios da independência do órgão.¹⁹⁶

Os choques com o executivo, entretanto, continuaram. Dessa feita, em razão do não cumprimento de decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, no

¹⁹⁵ A temática que diz respeito à reformulação do regimento interno do Supremo Tribunal Federal ainda se mostra bastante atual e pode aqui somente ser esboçada.

Um exemplo disso é a discussão que se deu em sede de agravos regimentais interpostos nos autos da ação penal 470. Na ocasião, discutiu-se acerca do prazo para oposição de embargos de declaração, se de dois dias, conforme dispõe o artigo 619 do Código de Processo Penal ou se de cinco dias, nos termos do artigo 337, §1º, do regimento interno do Supremo Tribunal Federal. Em decisão, ficou definido que é de cinco dias o prazo para a oposição de embargos de declaração contra acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ação penal originária. Restou registrado, ainda, que o prazo deveria ser contado em dobro quando houvesse litisconsórcio passivo e os réus estivessem representados por diversos procuradores, de modo a aplicar, analogicamente, o disposto no artigo 191, do Código de Processo Civil (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AP n. 470 AgR - vigésimo segundo, Relator Ministro Teori Zavascki, j. em 17.04.2013).

Ou, ainda, nos mesmos autos da ação penal 470, a questão que discutiu sobre o preenchimento ou não dos requisitos objetivos de admissibilidade dos embargos infringentes. De um lado, a alegação de que, à luz de uma interpretação orientada pela Constituição, os embargos infringentes seriam cabíveis contra qualquer decisão condenatória não unânime proferida em ação penal julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal, sendo irrelevante a matéria objeto da divergência. De outro lado, a previsão do artigo 333, I, parágrafo único, do regimento interno do Supremo Tribunal Federal, que prevê que os embargos infringentes somente seriam cabíveis se existentes, no mínimo, quatro votos contrários à decisão majoritária. Em decisão, restou estabelecido que era manifestamente incabível a interposição de embargos infringentes sem que existissem, no mínimo, quatro votos absolutórios, consoante estabelecido no artigo 333, I, parágrafo único, do regimento interno do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AP n. 470 EI - décimos quintos - AgR, Relator Ministro Joaquim Barbosa, j. em 22.05.2014).

E, por fim, também nos autos da ação penal 470, o debate entre os Ministros Joaquim Barbosa (relator) e Ricardo Lewandowski (revisor), acerca da metodologia de abordagem do processo. Isso porque, enquanto o relator optou por redigir seu voto itemizado pelos crimes, o revisor entendeu por bem em redigir seu voto itemizado pelas condutas de cada réu e as imputações que lhes foram feitas pelo Ministério Público. A alegação do ministro revisor foi a de que a metodologia que estava sendo adotada ofendia frontalmente o devido processo legal que estava estabelecido no artigo 135 do regimento interno. Destacou que não havia previsão ao fatiamento, de modo que, assim agindo, estavam a inovar. A discussão restou encerrada, pois estavam a tratar de questão já preclusa (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Revista Trimestral de Jurisprudência*. Brasília, vol. 1. Tomo 1, julho a setembro de 2013, p. 426-430).

Diante de tais divergências, onde o regimento interno tem prevalecido em detrimento do Código de Processo Penal e da própria Constituição Federal não há dúvida de que um olhar mais atento precisa ser dirigido à temática em questão.

¹⁹⁶ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Editora UNESP, 2006, p. 33.

sentido de que o governo não tinha direito de deportar estrangeiros em tempo de paz.¹⁹⁷

O fundamento para tais decisões passava, sobretudo, pelo teor do artigo 72, §10, da Constituição de 1891¹⁹⁸.

O novo governo, do Presidente Prudente de Moraes, também não trouxe a pacificação esperada. Em 1895, surgiram as primeiras decisões do tribunal, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal poderia intervir nas decisões do executivo, desde que ele estivesse infringindo a Constituição.¹⁹⁹

No tocante ao legislativo, foi a luta do tribunal pela defesa da Constituição que gerou os maiores confrontos.

Assim, possível dizer que o papel mais importante da instituição, nos primeiros cinco anos da República, foi o da defesa das liberdades civis e o estabelecimento da jurisprudência.²⁰⁰

Novamente, para citar Rui Barbosa:

Vós, Tribunal Supremo fostes instituído para guarda dos direitos individuais, especialmente contra os abusos políticos; porque é pelos abusos políticos que esses direitos costumam perecer. Para amparar essa categoria de direitos contra os excessos de origem particular, contra as invasões de caráter privado, não careceríeis dessa prerrogativa, a função específica do vosso papel, que vos manda recusar obediência aos atos do Governo, ou às deliberações do Congresso, quando contravierem à Carta Federal. Logo, senhores juízes, a circunstância de abrigar-se em formas políticas o atentado não o subtrai ao vosso poder equilibrador, se uma liberdade ferida, negada, conculcada pelo governo, se levanta diante de vós, exigindo reparação.²⁰¹

Ao final do governo de Prudente de Moraes, o Supremo Tribunal Federal podia considerar-se vitorioso. Dez anos depois da proclamação da República, ele havia deixado de ser um poder subordinado para ser independente. Sua função era julgar a constitucionalidade dos atos do poder executivo e do poder legislativo e defender os

¹⁹⁷ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Editora UNESP, 2006, p. 33.

¹⁹⁸ Prescrevia o artigo 72, §10, da Constituição de 1891 que: Art. 72 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos seguintes termos:

[...]

§10 – Em tempo de paz qualquer pessoa pode entrar no território nacional ou dele sair com a sua fortuna e bens, quando e como lhe convier, independentemente de passaporte.

¹⁹⁹ COSTA, Emília Viotti da. Op. cit., 2006, p. 34.

²⁰⁰ COSTA, Emília Viotti da. Op. cit., 2006, p. 35.

²⁰¹ BARBOSA, Rui. *Obras Completas de Rui Barbosa*. Vol. XIX. Tomo III. 1892. Trabalhos Jurídicos – Estado de Sítio. Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Cultura, 1956, p. 129-130.

direitos do cidadão. Seus acórdãos, sistematicamente publicados, desde 1897, na revista de jurisprudência, passaram a constituir um referencial para julgamentos posteriores. Nesse momento, também questões relacionadas ao federalismo passaram a ser julgadas com frequência pelo tribunal. Isso também se verificou quando do governo seguinte, de Campos Sales.²⁰²

Esses, em resumo, os primeiros momentos do Supremo Tribunal Federal na história do Brasil.

O tribunal, desde então, passou por diversas mudanças. Tais modificações demandariam um estudo específico, uma vez que amplas demais para a análise pretendida no presente trabalho.

Possível dizer, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal foi criado, no início da República, com a ideia de ser um tribunal tal qual a Suprema Corte americana. Em outras palavras, um tribunal com a pretensão de ser independente e de representar um poder judiciário que fosse tão fundamental quanto os demais poderes – legislativo e executivo.

Dito isso, necessária se faz uma observação mais detalhada acerca de como vem ocorrendo a escolha dos ministros no decorrer dos anos e o modo como eles vem trabalhando.

Assim procedendo, será possível, ao final²⁰³, verificar se o Supremo Tribunal Federal brasileiro, ao longo dos anos, conseguiu alcançar o mesmo reconhecimento e prestígio da Suprema Corte americana.

1.2 A escolha dos juízes e a forma em que trabalham durante sua permanência no Supremo Tribunal Federal

Em 28 de fevereiro de 1891 ocorreu a primeira sessão plenária do Supremo Tribunal Federal, na cidade do Rio de Janeiro, então capital da República.

Do mesmo modo que ocorreu com a Suprema Corte americana²⁰⁴, o Supremo Tribunal Federal, nos primeiros anos, também mostrou-se bastante frágil. Essa fragilidade levou muitos ministros, à época, a renunciar a seus cargos para assumirem

²⁰² COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Editora UNESP, 2006, p. 38-39.

²⁰³ Ver Segunda Parte, Capítulo 1, Subcapítulo 1.2, p. 72 e seguintes.

²⁰⁴ Ver Primeira Parte, Capítulo 1, Subcapítulo 1.2, p. 22 e seguintes.

outras atividades. Na maioria das vezes, atividades relacionadas à política e à advocacia.

Um exemplo disso ocorreu com Ubaldino do Amaral Fontoura, nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal em 05 de dezembro de 1894 (tendo tomado posse em 15 de dezembro de 1894), que foi exonerado, a pedido, em Decreto de 04 de maio de 1896.

Diferentemente da Constituição americana, entretanto, a Constituição de 1891 previu que os presidentes dos tribunais seriam eleitos por seus pares e que o Procurador-Geral da República seria designado pelo Presidente da República entre os Ministros do Supremo. Esses deviam ser nomeados pelo Presidente da República entre cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado.²⁰⁵

Uma outra diferença está relacionada com o julgamento na Suprema Corte americana²⁰⁶ e no Supremo Tribunal Federal. Isso porque, enquanto nos Estados Unidos os juízes estavam pensando na unidade e não permitiam que questões políticas interferissem nas suas decisões, no Supremo Tribunal Federal, como regra, as opiniões dividiam-se e os interesses políticos, não raramente, se faziam presentes.

O viés político das decisões transparecia, fundamentalmente, nos casos de *habeas corpus* ou nos de conflitos entre as oligarquias estaduais por ocasião das eleições.²⁰⁷

Com todas as modificações que foram trazidas pela República, o recém-criado Supremo Tribunal Federal era chamado a se manifestar, julgando, em sua grande maioria, pedidos de *habeas corpus*. Isso porque, muito embora, atualmente, tal remédio constitucional esteja associado ao direito de locomoção, nos exatos termos do preceituado pelo artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal de 1988²⁰⁸, à época, na falta de outros meios, como o mandado de segurança, por exemplo, o *habeas corpus*²⁰⁹ era utilizado para uma gama bem maior de situações, abarcando diversas ocasiões em que a liberdade individual era violada.

²⁰⁵ BALEEIRO, Aliomar. 1891. 3. ed. Coleção: Constituições brasileiras. vol. II. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 31.

²⁰⁶ Ver Primeira Parte, Capítulo 1, Subcapítulo 1.2, p. 22 e seguintes.

²⁰⁷ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Editora UNESP, 2006, p. 28-29.

²⁰⁸ Prevê o artigo 5º, LXVIII, da CF que: "(...) conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder".

²⁰⁹ Iniciou-se, nesse momento, a evolução jurisprudencial que acabou por elevar o *habeas corpus* à categoria, nas palavras de Pontes de Miranda, de 'direito constitucional inderrogável e imperativo'. Foi

Dessa forma, as decisões proferidas eram examinadas e discutidas na Câmara. Por isso, os ministros se tornaram alvo de críticas e elogios, defesas e ataques. As sessões eram bastante concorridas. Já nos primeiros casos, destacou-se a figura de Rui Barbosa, que arrogava para si a função de defender as liberdades individuais e a Constituição.²¹⁰

Rui Barbosa²¹¹ destacou-se no Supremo Tribunal Federal, dentre outras razões, por ter impetrado *habeas corpus* n. 300²¹² em favor dos presos em função do

através dele que se suscitaram as mais importantes questões constitucionais, algumas delas, inclusive, inteiramente novas (RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: Defesa das Liberdades Civis (1891 – 1898)*. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S. A., 1965, p. 158-160).

Nesse momento histórico, eram muitas as violências praticadas pelo Poder Executivo ou seus delegados contra as liberdades individuais. Essas violências eram realizadas das mais diversas formas. Elas podiam verificar-se no recrutamento pela força voluntários-involuntários para o Exército e a Marinha, na afronta à liberdade de imprensa, na violação de direitos individuais e políticos, dentre tantos outros (RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: Defesa das Liberdades Civis (1910 – 1926)*. Tomo III. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S. A., 1991, p. 32).

Além disso, muitos anarquistas sofreram expulsão.

O Supremo Tribunal Federal, então, precisou enfrentar inúmeros pedidos e recursos de *habeas corpus* dos expulsandos. Alguns deles, como contavam com mais de dois anos de residência no Brasil, segundo o Supremo Tribunal Federal, não podiam ser expulsos, na medida em que residiam no Brasil. Assim decidiam, com fundamento na legislação da época. Suas ordens, no entanto, eram desobedecidas (RODRIGUES, Leda Boechat. Op. cit., 1991, p. 32).

Diante da ausência de outros remédios, como os existentes no direito anglo-americano, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela necessidade de ampliar o *habeas corpus* através de uma interpretação lata ou *construction* do texto constitucional (RODRIGUES, Leda Boechat. Op. cit., 1991, p. 32).

O ponto mais alto dessa mudança, ainda que muitos repute a Pedro Lessa, se deu pela visão liberal que teve Rui Barbosa. Isso porque, enquanto Rui Barbosa tinha essa visão liberal, Pedro Lessa defendia que o *habeas corpus* apenas protegia o direito de locomoção (RODRIGUES, Leda Boechat. Op. cit., 1991, p. 33).

²¹⁰ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Editora UNESP, 2006, p. 28.

²¹¹ Rui Barbosa foi um dos organizadores da República, atuando na defesa da União e na promoção dos direitos e garantias individuais. Atuou como Ministro da Fazenda, Deputado, Senador e, por duas vezes, foi candidato à presidência da República. Ainda, atuou como Delegado do Brasil na Segunda Conferência da Paz de Haia, onde defendeu o princípio da igualdade dos estados (CARDIM, Carlos Henrique. *A raiz das coisas – Rui Barbosa: O Brasil no mundo*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2007, p. 15).

²¹² Conferir em BARBOSA, Rui. *Habeas-Corpus*. Bahia: Typographia do Diário da Bahia, 1892.

Com a dissolução do Congresso Nacional, em 04 de novembro de 1891, Deodoro da Fonseca, então Presidente da República, provocou uma reação que ensejou a revolta da armada. Ele renunciou ao poder. Por consequência, assumiu o Vice-Presidente Floriano Peixoto, em 23 de novembro de 1891. O Congresso, então, foi convocado extraordinariamente, reabrindo em 13 de dezembro. Com isso, surgiram os governadores, solidários a Deodoro, bem como manifestações contrárias à atitude de Floriano. Muitos entendiam que se fazia necessária uma nova eleição para a escolha do Presidente da República. Tendo em vista a grande agitação nas ruas, um verdadeiro movimento a favor de Deodoro, o Governo decretou o estado de sítio com a suspensão das garantias constitucionais por 72 horas e prendeu vários cidadãos, civis e militares (COSTA, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal*. Primeiro Volume (1892-1925). Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S. A., 1964, p. 18).

A defesa de Rui Barbosa, no *habeas corpus*, foi no sentido de que o estado de sítio era inconstitucional e que o Supremo Tribunal Federal é que era competente para o reconhecimento de tal inconstitucionalidade. De forma alternativa, de que, ainda que válida, a suspensão dos direitos políticos

Decreto de 10 de abril de 1892, que tinha proclamado estado de sítio. Tratou-se da primeira decisão de grande relevância prolatada pelos então Ministros da corte suprema.

Mais uma vez, do mesmo modo que ocorreu com a Suprema Corte americana²¹³, o Supremo Tribunal Federal, em seu início, não tinha plena consciência de seu papel no regime. Isso porque ele representava um sistema pouco conhecido para muitos dos juízes que o compunham e que traziam do Império sua bagagem intelectual que, ainda que farta, não se mostrava adequada à compreensão das novas instituições.²¹⁴

Coube, então, a Rui Barbosa um papel importante na evolução do pensamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Representaria ele, para o Supremo Tribunal Federal, o que Marshall representou para a Suprema Corte americana.²¹⁵

Além do *habeas corpus* n. 300²¹⁶, de abril de 1892, impetrado em favor de cidadãos que tiveram tolhidas as suas liberdades de locomoção, a partir do momento em que enquadrados na categoria de presos políticos, por força do estado de sítio decretado por Floriano, outras decisões merecem destaque, quando dos primeiros

que decorressem da proclamação do estado de sítio teria que findar tão logo se alcançasse o término do seu período de vigência (ALVES JR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 155).

A ordem foi negada, vencido o Ministro Pisa e Almeida. O fundamento utilizado para tanto foi o de que o estado de sítio autorizava a imposição de medidas de segurança, enquanto os acusados não fossem submetidos ao juiz natural. Ainda, que, em sendo o Presidente a autoridade competente tanto para a imposição de medidas de segurança quanto para a aprovação do estado de sítio, não havia motivo para a concessão da ordem postulada (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC n. 300, Relator Ministro Joaquim da Costa Barradas, j. em 23.04.1892).

²¹³ Ver Primeira Parte, Capítulo 1, Subcapítulo 1.2, p. 22 e seguintes.

²¹⁴ NUNES, Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 168-169.

²¹⁵ NUNES, Castro. Op. cit., 1943, p. 168-169.

²¹⁶ Conferir *supra*, nota 212.

anos de atuação do Supremo Tribunal Federal: O *habeas corpus* n. 1.063²¹⁷, o *habeas corpus* n. 1.073²¹⁸, o *habeas corpus* n. 3.527²¹⁹ e o *habeas corpus* n. 4.781²²⁰.

²¹⁷ Tratou-se de *habeas corpus* impetrado por Rui Barbosa em favor de acusados por terem tramado o assassinato do Presidente Prudente de Moraes e que estavam desterrados em Fernando de Noronha.

No dia 05 de novembro, o Presidente Prudente de Moraes e alguns de seus auxiliares (dentre eles o Ministro da Guerra Machado Bittencourt) foram recepcionar as tropas militares, que retornavam da campanha de Canudos. Na oportunidade, o militar Marcelino Bispo disparou, à queima-roupa, um tiro contra o presidente. O militar errou o tiro, mas tal ato desencadeou uma luta corporal generalizada, a contar do momento em que os auxiliares do presidente logo atiraram-se contra o militar. Como consequência da luta, restou ferido à faca o Ministro da Guerra, que, depois, veio a falecer. Foi o que bastou para que grupos passassem a perseguir jornais opositores do Governo, depredando suas instalações e atentando contra a vida de seus jornalistas. Diante do medo e do pavor instaurados, o Presidente pediu autorização ao Congresso para decretar o estado de sítio, por 30 dias, no Distrito Federal e em Niterói. No dia 12 de novembro, o Congresso autorizou o sítio (ALVES JR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 159-160).

Somente após decretado o estado de sítio é que o executivo passou a investigar as causas e os envolvidos no atentado. O período do estado de sítio foi prorrogado por diversas vezes. Ao final da investigação, foram apontados, segundo um inquérito policial, os responsáveis pelo atentado contra a vida do Presidente. Os envolvidos foram presos e desterrados para Fernando de Noronha (ALVES JR, Luís Carlos Martins. Op. cit., 2004, p. 160).

Uma vez restabelecidas as garantias constitucionais, com a cessação do estado de sítio, e mantidos detidos alguns dos presos, Rui Barbosa ingressou com pedido de *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal em favor dos mesmos (COSTA, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal*. Primeiro Volume (1892-1925). Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S. A., 1964, p. 37).

A alegação era de que manter o desterro quando já não mais perdurava o estado de sítio era ilegal (COSTA, Edgard. Op. cit., 1964, p. 37).

O *habeas corpus* foi negado, por maioria, também pelos mesmos fundamentos explicitados no *habeas corpus* n. 300. Dos quinze magistrados, apenas nove se fizeram presentes na sessão de julgamento. Deles, cinco decidiram pela denegação da ordem. O fundamento para tanto foi de que os efeitos do estado de sítio não cessavam, com relação às pessoas que por ele tivessem sido atingidas, senão depois do Congresso ter tomado conhecimento dos atos praticados pelo chefe do executivo (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC n. 1.063, Relator Ministro Bernardino Ferreira, j. em 26.03.1898).

²¹⁸ Com conteúdo semelhante ao do *habeas corpus* n. 1.063, mas que modificou o entendimento do Supremo Tribunal sobre a matéria.

Cuidou-se de *habeas corpus* impetrado por José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, Joaquim Cândido de Albuquerque Mello Mattos, Joaquim da Costa Barradas e João Damasceno Pinto de Mendonça em favor dos mesmos pacientes outrora defendidos por Rui Barbosa.

Uma vez vencido o relator, foi designado para a relatoria o Ministro Lúcio de Mendonça, ministro que estava ausente quando do julgamento do *habeas corpus* n. 1.063 (ALVES JR, Luís Carlos Martins. Op. cit., 2004, p. 164-165).

Os fundamentos para, agora, conceder a ordem pretendida foram que a medida repressiva somente poderia ser decretada por prazo determinado, bem como que ela não poderia ter prazo maior do que a própria comoção interna que lhe deu origem. Ainda, reconheceu a competência do Supremo Tribunal Federal para amparar e restabelecer os direitos individuais que eventuais medidas repressivas tenham violado, quando delas tiver conhecimento pela via do *habeas corpus*, nos termos da Constituição (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC n. 1.073, Relator Ministro Lúcio de Mendonça, j. em 16.04.1898).

Assim, em decisão histórica e fundamental, ficaram estabelecidos os alicerces da separação e da independência dos poderes, assim como do controle judicial da legitimidade constitucional dos atos do executivo e do legislativo (ALVES JR, Luís Carlos Martins. Op. cit., 2004, p. 164-169).

²¹⁹ No caso, o Supremo Tribunal Federal apreciou a questão de saber se cabia ou não ao poder judiciário reconhecer e declarar a inconstitucionalidade de ato do poder executivo ao decretar estado de sítio (COSTA, Edgard. Op. cit., 1964, p. 165).

Na ocasião, José Eduardo de Macedo Soares impetrou, em seu favor e de outros três pacientes, *habeas corpus*, tendo em conta detenção decorrente de ordem expedida pelo governo federal durante

O Supremo Tribunal Federal, desde 1960, tem sua sede em Brasília, capital federal. Nos dias de hoje, é composto de onze ministros, nomeados pelo Presidente da República, dentre cidadãos brasileiros natos, com idade entre trinta e cinco e sessenta e cinco anos e de notável saber jurídico²²¹ e reputação ilibada. A escolha deve ser aprovada por maioria absoluta do Senado Federal, consoante prevê o disposto no artigo 101, *caput* e parágrafo único, da Constituição Federal de 1988.²²²

o estado de sítio, declarado pelo decreto do poder executivo de 04 de março 1914 e prorrogado no dia 31 de março do mesmo ano, abrangendo o Distrito Federal, Niterói e Petrópolis.

A defesa entendeu que semelhante estado de sítio não tinha sido decretado em conformidade com os fatos e condições rigorosas do artigo 80 da Constituição de 1891 e que, por isso, esse seria inconstitucional. Ainda, conquanto se pudesse objetar se tratar de uma questão política, o Supremo Tribunal era competente para conhecer da espécie, uma vez que autoridade suprema (COSTA, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal*. Primeiro Volume (1892-1925). Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S. A., 1964, p. 165-166).

A decisão foi no sentido de que se conhecia do pedido, mas que o tribunal era incompetente para entrar no mérito da questão, uma vez que a matéria em que se fundava pertencia, privativamente, a outro poder político – o Congresso Nacional (COSTA, Edgard. Op. cit., 1964, p. 168).

Foi mencionado que, ainda que coubesse ao Supremo Tribunal Federal o exame dos atos dos outros poderes, quando lesivos aos direitos individuais pelos vícios de ilegalidade ou inconstitucionalidade, não poderia o tribunal estender o uso de tal atribuição a ponto de julgar o mérito dos atos que envolvessem a própria independência de cada um dos poderes, na medida em que todos existiam por si só e deveriam funcionar dentro dos limites da Constituição. Em outras palavras, ele não poderia intervir no que tinha sido decidido pelo executivo, uma vez que, caso agisse de forma contrária, estaria se arrogando uma atribuição que era privativa do Congresso Nacional, desconhecendo a independência do poder executivo para decretar o estado de sítio, inquirindo e julgamento dos motivos que teve para assim fazê-lo e, além disso, anulando o próprio estado de sítio, fazendo cessar, através do habeas corpus, a medida dele resultante – detenção dos indivíduos, mesmo que feita em conformidade com a Constituição (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC n. 3.527, Relator Ministro Amaro Cavalcanti, j. em 15.04.1914).

Esse retrocesso na jurisprudência ensejou o aumento do arbítrio e do abuso de poder (ALVES JR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 172).

²²⁰ Tratou-se de habeas corpus preventivo em que o Supremo Tribunal Federal decidiu favoravelmente a Rui Barbosa para que ele e seus correligionários pudessem se reunir livremente e promover comícios na cidade de Salvador, sendo tais atos parte integrante da campanha eleitoral do mesmo para o cargo de Presidente da República.

Na hipótese, Rui Barbosa, candidato das oposições, disputava com Epiácio Pessoa a vaga deixada em aberto com a morte de Rodrigues Alves, presidente eleito, mas que não chegou a tomar posse (ALVES JR, Luís Carlos Martins. Op. cit., 2004, p. 175).

Rui Barbosa e seus correligionários encontraram forte animosidade dos chefes políticos da Bahia e nesse estado a polícia já tinha dissolvido um comício de Rui, de forma violenta. Diante disso, o próprio Rui Barbosa impetrou *habeas corpus*, no intento de garantir a realização de seus comícios e reuniões políticas (ALVES JR, Luís Carlos Martins. Op. cit., 2004, p. 175).

A decisão foi no sentido de conceder a ordem, nos exatos termos do pedido formulado, com exceção da parte concernente aos indivíduos não indicados nominalmente, pois poderiam não ser brasileiros nem estrangeiros residentes, de modo que a eles a Constituição não asseguraria a inviolabilidade dos direitos do artigo 72 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC n. 4.781, Relator Ministro Edmundo Lins, j. em 05.04.1919).

²²¹ De notar que aqui, diferentemente da Constituição de 1891, a previsão é clara e expressa no sentido de que o notório saber há de ser jurídico.

²²² Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Aos ministros são asseguradas as mesmas garantias previstas pelo artigo 93 e seguintes da Constituição Federal de 1988 aos demais juízes.

O Supremo Tribunal Federal, atualmente, encontra-se dividido em duas Turmas compostas por cinco ministros cada, tendo em conta que o Presidente não pertence a nenhuma delas. Essa divisão, entretanto, não implica em divisão de competências, pois a distribuição de processos é feita por sorteio para cada um dos ministros.

Nos dias de hoje, o Presidente do Supremo Tribunal Federal é o ministro Ricardo Lewandowski.

O mandato do Presidente e do Vice-Presidente é de dois anos, vedada a reeleição. A eleição, assim como já havia previsto a Constituição de 1891, se dá pelo voto de seus pares.

Cabe ao Presidente, dentre outras funções, dirigir os trabalhos, presidir as sessões plenárias, cumprir e fazer cumprir o regimento interno. Nas sessões do Plenário, o Presidente tem assento à mesa, na parte central, ficando o Procurador-Geral à sua direita. Os demais ministros sentam-se, pela ordem decrescente de antiguidade, alternadamente, nos lugares laterais, a começar pela direita.²²³

De forma diversa do que ocorre na Suprema Corte americana²²⁴, a distribuição do processo no Supremo Tribunal Federal se dá logo de início, por sorteio ou prevenção. Com o sorteio do relator, os autos, de imediato, lhe são conclusos.

As sessões de julgamento, como regra, são públicas.

Feito o relatório do processo, o Presidente do Plenário ou da Turma confere a palavra, sucessivamente, ao autor, recorrente, peticionário ou impetrante e ao réu, recorrido ou impetrado, para sustentação oral. Concluído o debate oral, o presidente toma os votos do relator, do revisor, se houver, e dos outros ministros, na ordem inversa de antiguidade. Encerrada a votação, o Presidente proclama a decisão.²²⁵

Se o relator for vencido, fica designado o revisor para redigir o acórdão. Se não houver revisor, ou se ele também ficar vencido, designa-se para redigir o acórdão

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

²²³ Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*: [atualizado até junho de 2014] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2014, p. 16-20.

²²⁴ Ver Primeira Parte, Capítulo 1, Subcapítulo 1.2, p. 22 e seguintes.

²²⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Op. cit., 2014, p. 85-87.

o ministro que houver proferido o primeiro voto prevalecente, ressalvado o disposto no artigo 324, § 3º, do Regimento Interno.^{226 227}

Para que as sessões das Turmas sejam abertas se faz necessária a presença de, no mínimo, três ministros. Já o Pleno é composto por todos os ministros, muito embora já possa se reunir na presença de, ao menos, seis deles. Entretanto, para apreciar questões que envolvam matéria constitucional, é preciso a presença de oito dos onze ministros. Para declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, o voto de seis ministros se faz suficiente.

Possível dizer, então, que a Constituição de 1988 manteve, basicamente, a estrutura do Supremo Tribunal Federal, tal qual ele foi criado, quando do início da República. Se, por um lado, ampliou sua competência no terreno constitucional, criando o mandado de injunção e alargando o rol de autoridades e instituições autorizadas a propor a ação de inconstitucionalidade – ADIn -, admitidas, inclusive, nos casos de omissão, por outro, retirou a sua função de aplicação do direito federal infraconstitucional, que passou para a competência do Superior Tribunal de Justiça.²²⁸

Em uma análise comparativa com a Suprema Corte americana, possível dizer que, conquanto tenha tido grande inspiração nela, o Supremo Tribunal Federal acabou por diferenciar-se dela em vários aspectos. Desde a escolha de seu presidente até, e, sobretudo, a forma com que os processos são julgados pelos ministros.²²⁹

²²⁶ Art. 324. Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais Ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de vinte dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral.

[...]

§ 3º No julgamento realizado por meio eletrônico, se vencido o Relator, redigirá o acórdão o Ministro sorteado na redistribuição, dentre aqueles que divergiram ou não se manifestaram, a quem competirá a relatoria do recurso para exame do mérito e de incidentes processuais.

²²⁷ Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*: [atualizado até junho de 2014] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2014, p. 88.

²²⁸ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Editora UNESP, 2006, p. 185-186.

²²⁹ Merece referência, inclusive, a forma diversa como as decisões são redigidas. Se, por um lado, os juízes da Suprema Corte americana, em cada processo, redigem suas decisões individualmente, expondo-as aos demais membros da corte quando da conferência para então, depois de alcançar uma decisão final, ser designado um relator para a redação definitiva da decisão, por outro lado, os ministros do Supremo Tribunal Federal já sabem, desde o início, em quais processos irão figurar como relatores. Assim, elaboram suas decisões nesses processos para, então, apresentá-los em sessão de julgamento, onde os demais ministros irão expor seus votos. Na decisão final, todos os votos dos ministros constam na redação definitiva.

Ainda acerca da forma com que os casos são julgados, no Brasil, desde 14 de agosto de 2002, as sessões plenárias são transmitidas ao vivo pela TV Justiça, o que possibilita aos brasileiros acompanharem a sua mais alta corte no decidir questões de extrema relevância nas mais variadas áreas. Por esse motivo, mais do que nunca, a argumentação e não o espetáculo deveriam orientar as votações.

Tendo por base essas informações sobre a origem do Supremo Tribunal Federal, assim como sobre o seu desenvolvimento, importante que se verifique, doravante, de que maneira suas decisões chegam aos brasileiros e afetam suas vidas no dia a dia.

1.3 A forma como as suas decisões chegam aos brasileiros e os reflexos delas na vida cotidiana

A decisão do Supremo Tribunal Federal acerca de uma determinada controvérsia também não nos informa de maneira direta e imediata sobre o que ocorre logo a seguir, o modo como atinge os brasileiros e os reflexos de seu teor no dia a dia dos cidadãos.

Isso se dá porque a forma como a decisão será levada a termo fica para um momento vindouro. A decisão não é um fim em si mesma. Por consequência, o procedimento tem sua continuidade, via de regra, mediante a intimação das partes envolvidas acerca do seu conteúdo, para que, dentro do que foi determinado, lhe seja dado o devido cumprimento. Depois disso, então, é que será conferida efetividade à ela.

Para melhor explicar a questão, possível citar a decisão do Supremo Tribunal Federal que decidiu acerca da possibilidade de uso de células-tronco embrionárias no Brasil, decisão prolatada em maio de 2008.

Cuidou-se da ADIn 3.510/DF, proposta pelo então Procurador-Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles, que tinha por objeto o artigo 5º da Lei 11.105/2005 – Lei da Biossegurança²³⁰.

Isso tudo, ao fim e ao cabo, acaba por refletir na compreensão das decisões, e, como consequência, na qualidade do impacto delas.

²³⁰ Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I - sejam embriões inviáveis;

II - sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

A alegação do então Procurador-Geral da República era de que os dispositivos impugnados contrariavam a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano era vida humana, e fazia ruir fundamento maior do estado democrático de direito, que radicava na preservação da dignidade da pessoa humana.

Antes do julgamento, foi realizada audiência pública²³¹, onde diversas autoridades científicas brasileiras de diferentes áreas se manifestaram. A população também não deixou de demonstrar seu posicionamento sobre a temática. De um lado, cadeirantes e pessoas com doenças degenerativas e outras deficiências, no aguardo de uma decisão favorável às pesquisas. De outro lado, alegando fundamentos de ordem ética e, precipuamente, religiosa, aqueles que defendiam a inconstitucionalidade do dispositivo legal.

O relator, Ministro Carlos Ayres Britto, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade. Entendeu que constitucional a previsão legal que permitia, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as condições mencionadas nos seus incisos e parágrafos.

Afirmou que o embrião usado nos estudos jamais se tornaria uma pessoa. Por isso, o direito à vida não estaria sendo afrontado.

O tribunal, por maioria²³², acompanhou o voto do relator.²³³

Essa decisão, sem dúvida, trouxe grande impacto no dia a dia dos cidadãos, a contar do momento em que renovou a esperança de brasileiros que sofrem com doenças degenerativas, pois conferiu aos pesquisadores a possibilidade de melhorar a qualidade de vida de pessoas que sofrem com as desventuras de tais doenças.

Tendo por base essa decisão de grande relevância que foi proferida pelo Supremo Tribunal Federal, conquanto outras tantas pudessem também ser mencionadas, certo é que, ainda que seja notável o seu impacto na vida cotidiana dos

²³¹ Pela primeira vez, na história do Supremo Tribunal Federal, uma audiência pública foi realizada. O fundamento para tanto se encontra no artigo 9º, § 1º da Lei n. 9.868/99.

Preceitua o artigo 9º, § 1º da Lei n. 9.868/99 que:

Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

²³² Foram vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes.

²³³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADIn n. 3.510/DF, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, j. em 29.05.2008.

cidadãos, o mais apropriado seria que fosse possível realizar um estudo direcionado acerca desse impacto, definindo, por exemplo, se a decisão vem, de fato, sendo cumprida e de que forma – em outras palavras, como estão os avanços da ciência decorrentes do uso das células-tronco embrionárias.

No caso do Brasil, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos²³⁴, não se tem conhecimento de nenhuma pesquisa que seja realizada com o escopo de averiguar o que acontece depois de uma decisão do Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, um estudo específico que avalie o impacto de uma determinada decisão.

Ainda assim, não podemos deixar de referir os esforços que vem sendo feitos para que uma melhor prestação jurisdicional seja apresentada, bem como para que as decisões sejam, efetivamente, cumpridas.

O que se tem, então, atualmente, no Brasil, e que mais poderia se aproximar do que as pesquisas de impacto representam para a sistemática americana²³⁵ são a reclamação constitucional e as pesquisas judiciárias.

A reclamação é um processo que trata da preservação de competência do Supremo Tribunal Federal. Sua previsão constitucional se encontra no artigo 102, inciso I, letra “I” e sua regulamentação está no regimento interno do Supremo Tribunal Federal, nos artigos 156 e seguintes.

O seu escopo primordial é o de preservar e garantir a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal perante os demais tribunais. O requisito que lhe diferencia dos demais recursos é o de que a reclamação deve ser instruída com prova documental que demonstre a violação da decisão do Supremo Tribunal Federal.

A legitimidade ativa para a propositura da reclamação constitucional é do Procurador-Geral da República ou do interessado na causa. O relator, por sua vez, requisita informações da autoridade, a quem for imputada a prática do ato impugnado. O prazo para que as informações sejam prestadas é de cinco dias. O relator também pode, se entender necessário, determinar a suspensão do processo em que se tenha verificado o ato reclamado ou, ainda, a remessa dos respectivos autos para o tribunal.²³⁶

²³⁴ Ver Primeira Parte, Capítulo 1, Subcapítulo 1.3, p. 30 e seguintes.

²³⁵ Ver Primeira Parte, Capítulo 1, Subcapítulo 1.3, p. 30 e seguintes.

²³⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*: [atualizado até junho de 2014] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2014, p. 96.

Qualquer interessado pode, querendo, impugnar o pedido do reclamante.²³⁷

Trancorrido o prazo para que as informações sejam prestadas, é dada vista ao Procurador-Geral da República, caso a reclamação não tenha sido formulada por ele.²³⁸

Uma vez julgada procedente a reclamação, o Plenário ou a Turma poderão avocar o conhecimento do processo em que se verifique usurpação de sua competência, ordenar que lhe sejam remetidos, com urgência, os autos do recurso para ele interposto e cassar a decisão exorbitante do julgado ou determinar medida adequada à observância de sua jurisdição.²³⁹

O relator pode, quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do tribunal, julgar a reclamação.²⁴⁰

O presidente do Tribunal ou da Turma determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão em momento posterior.²⁴¹

As pesquisas judiciárias, por sua vez, são realizadas pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias – DPJ – que funciona junto ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Sua criação se deu através da lei n. 11.364/2006 e seus objetivos são o de desenvolver pesquisas destinadas ao conhecimento da função jurisdicional brasileira, realizar análise e diagnóstico dos problemas estruturais e conjunturais dos diferentes segmentos do poder judiciário e fornecer subsídios técnicos para a formulação de políticas judiciárias.

Dentre as pesquisas judiciárias, possível verificar o CNJ Acadêmico e o CNJ Pesquisa. Além deles, a Justiça Pesquisa.²⁴²

No CNJ Acadêmico, o CNJ tem por objetivo promover a realização e a divulgação de pesquisas científicas em áreas de interesse prioritário para o poder judiciário, através do incentivo aos programas de pós-graduação das universidades brasileiras. Para tornar possível a sua implementação, então, o Departamento de Pesquisas Judiciárias firmou um termo de cooperação com a Coordenação de

²³⁷ Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*: [atualizado até junho de 2014] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2014, p. 96.

²³⁸ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Op. cit., 2014, p. 97.

²³⁹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Op. cit., 2014, p. 97.

²⁴⁰ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Op. cit., 2014, p. 97.

²⁴¹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Op. cit., 2014, p. 97.

²⁴² Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias> > Acesso em: 10 jan 2015.

Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES – no intento de viabilizar a concessão do auxílio financeiro aos alunos regularmente matriculados em cursos de mestrado e doutorado que optem por desenvolver suas dissertações e teses nos temas prioritários para o judiciário.²⁴³

No CNJ Pesquisa, o Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça realiza estudos e promove a produção de pesquisas com a finalidade de promover melhorias na prestação jurisdicional. Os trabalhos disponíveis são separados em duas áreas: a de produção interna e a de pesquisas contratadas. No último caso, as pesquisas são elaboradas cientificamente, mediante contratação. Assim, o Conselho Nacional de Justiça não avaliza nem rejeita as conclusões e propostas sugeridas. O objetivo, na hipótese, limita-se a dar conhecimento à sociedade, assim como estimular a discussão sobre o tema.²⁴⁴

Na Justiça Pesquisa, por fim, o Departamento de Pesquisas Judiciárias concebeu-a, lançando-a a partir de dois eixos estruturantes, o dos Direitos e Garantias fundamentais e o das Políticas Públicas do Poder Judiciário. O primeiro enfoca aspectos relacionados com a realização das liberdades constitucionais, a partir do critério funcional de ampliação da efetiva proteção a essas prerrogativas constitucionais, no âmbito da República Federativa do Brasil. O segundo volta-se para aspectos institucionais de planejamento, gestão de fiscalização de políticas judiciárias, a partir de ações e programas que contribuam para o fortalecimento da cidadania e da democracia. Os dois eixos ficam vinculados às abordagens empíricas dos temas. As pesquisas, portanto, não podem ser exclusivamente teóricas ou doutrinárias.²⁴⁵

Diante do exposto, é extremamente difícil, no contexto brasileiro, verificar os efeitos de uma decisão do Supremo Tribunal Federal, seja na vida das partes diretamente envolvidas, seja na população como um todo.²⁴⁶

Talvez fosse o caso de se trazer do direito americano a ideia da pesquisa de impacto. Isso poderia conferir maior credibilidade e segurança para as decisões da mais alta corte. Assim agindo, as discussões sobre as matérias levadas a julgamento

²⁴³ Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/cnj-academico> > Acesso em: 10 jan 2015.

²⁴⁴ Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/cnj-pesquisa> > Acesso em: 10 jan 2015.

²⁴⁵ Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-pesquisa> > Acesso em: 10 jan 2015.

²⁴⁶ De se registrar aqui a dificuldade na localização de publicações que tratem do Supremo Tribunal Federal e de suas decisões. Na tentativa de suprir tal dificuldade, a busca se deu nas publicações do próprio Supremo Tribunal Federal e na jurisprudência da corte.

pela corte suprema permaneceriam no cotidiano da sociedade em geral, mesmo depois de prolatada a decisão.

Tendo sido firmado um conhecimento preliminar sobre a temática proposta, mostra-se apropriado o momento para que se passe a analisar, em específico, como o princípio da igualdade vem sendo trabalhado na Constituição brasileira e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

CAPÍTULO 2: O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

2.1 A igualdade na Constituição brasileira

O princípio da igualdade foi consagrado no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, mais especificamente, no artigo. 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal. Prescreve o referido dispositivo constitucional que:

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

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

Depois, em diversos outros dispositivos²⁴⁷, a Constituição reitera o princípio da igualdade.

É importante, no entanto, que se diferencie na previsão constitucional a igualdade formal da igualdade material.

As constituições brasileiras sempre inscreveram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, expressão que, na sua literalidade, se confunde com a isonomia formal. Nesse sentido, a lei e sua aplicação deveriam tratar a todos igualmente, sem levar em consideração qualquer distinção de grupos. Não havia espaço, então, para diferenciações de sexo, idade, raça, classe social, ainda que presentes eventuais discriminações que não estivessem em conformidade com o

²⁴⁷ Por exemplo, o artigo 3º, incisos III, IV, o artigo 7º, incisos XXX e XXXI e os artigos 170, 193, 196 e 205.

propósito de justiça social.^{248 249 250}

Entretanto, a Constituição Federal de 1988, tomando por base o estado social^{251 252}, ao se preocupar com questões sociais aderiu ao princípio da igualdade material, apresentou uma ideia diversa. Ela, então, colocou a questão acerca da análise da isonomia, considerado também o seu enfoque material.

Dessa forma, a lei, para atender a igualdade na lei, que se confunde com a isonomia material, não poderia estabelecer tratamento desigual para aqueles que se encontrassem em situação de igualdade. No entanto, se necessário, admitiria a disciplina de determinadas diferenciações às pessoas que estivessem em circunstâncias desiguais, exatamente na medida em que se desiguam. Com isso, estaria a buscar uma igualdade real.

Tratou-se de ideia já expressada por Rui Barbosa, em seu célebre escrito *Oração aos Moços*, em referência à lição de Aristóteles.

Dessa forma se manifestou o notável jurista baiano em sua obra:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualmente real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.²⁵³

²⁴⁸ A concepção de justiça social deve ser considerada como o fornecimento, em primeira instância, de uma norma segundo a qual os aspectos distributivos da estrutura básica da sociedade devem ser aferidas. Essa norma, no entanto, não deve ser confundida com os princípios que definem as outras virtudes, relativamente à estrutura básica. Os arranjos sociais, geralmente, podem ser eficientes ou ineficientes, liberais ou não liberais, justos ou injustos, dentre outros. Uma concepção completa definindo princípios para todas as virtudes da estrutura básica, juntamente com seus respectivos pesos, quando entram em conflito, é mais do que uma concepção de justiça; é um ideal social. Os princípios de justiça são apenas uma parte, embora talvez a parte mais importante, de tal concepção. Um ideal social, por sua vez, está ligado com uma concepção de sociedade, uma visão do modo com que objetivos e propósitos da cooperação social devem ser entendidos. As diversas concepções de justiça são a consequência de diferentes noções de sociedade. Para entender totalmente uma concepção de justiça se deve deixar clara a concepção de cooperação social de que ela deriva. Mas, ao fazer isso, não se deve perder de vista o papel especial dos princípios da justiça ou do sujeito principal a que se aplicam (RAWLS, John. *A Theory of Justice*. United States of America: Harvard University Press, 1999, p. 8-9).

²⁴⁹ Ver Quarta Parte, Capítulo 2, Subcapítulo 2.2, p. 154 e seguintes.

²⁵⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 214-218.

²⁵¹ Vale referir, aqui, para fins de comparação, que a Constituição americana não possui estado social.

²⁵² Sobre o estado social, conferir *infra*, Terceira Parte, p. 108 e seguintes.

²⁵³ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003, p. 39.

No direito estrangeiro, a ideia não foi de todo diferente.

Hans Kelsen ministrou que a igualdade perante a lei não possuía significação tão importante como a da igualdade na lei.

Se levássemos em conta apenas a ordem jurídica estatal, a Constituição representaria o escalão de direito positivo mais elevado. A Constituição, entendida em um sentido material, poderia ser definida como a norma positiva ou as normas positivas através das quais seria regulada a produção das normas jurídicas gerais. Já a Constituição em sentido formal seria um documento que contivesse a legislação, mas também normas de assuntos politicamente importantes e preceitos por força dos quais as normas contidas no referido documento não pudessem ser revogadas ou alteradas de forma simples – ao menos, como regra.²⁵⁴

Assim, a igualdade constitucionalmente garantida aos indivíduos sujeitos a ordem jurídica não significaria que estes deveriam ser tratados de forma igual nas normas, especialmente nos estatutos expedidos com base na Constituição. Essa igualdade não seria aceitável. Isso porque seria absurdo impor as mesmas obrigações e os mesmos direitos a todos os indivíduos - crianças e adultos, sadios e alienados, homens e mulheres. A Constituição, dessa forma, iria conter uma fórmula que proclamaria a igualdade de todos os indivíduos, mas não explicitaria que espécies de distinção não deveriam ser feitas entre esses indivíduos nos estatutos. Por consequência, tal igualdade, constitucionalmente garantida, não mais poderia significar outra coisa que igualdade perante a lei.²⁵⁵

Konrad Hesse, no mesmo sentido, afirmou que a igualdade jurídica formal pedia a realização, sem exceção, do direito existente, sem consideração da pessoa. Assim sendo, por um lado, cada um seria, em forma igual, obrigado e autorizado pelas normalizações do direito, enquanto que, por outro lado, seria proibido a todas as autoridades estatais, não aplicar direito existente a favor ou à custa de algumas pessoas. A igualdade jurídica material, por sua vez, não consistiria em um tratamento igual sem distinção de todos em todas as relações, mas sim só aquilo que seria igual

²⁵⁴ KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. Los Angeles: University of California Press, Berkeley and Los Angeles, California; London: University of California Press, Ltd., London, England. Translated by Max Knight, 1967, p. 221-224.

²⁵⁵ KELSEN, Hans. Op. cit., 1967, p. 141-142.

deveria ser tratado igualmente. Por consequência, o princípio da igualdade proibiria uma regulação desigual de fatos iguais.²⁵⁶

Robert Alexy, de igual modo, mencionou que o artigo 3º, §1º da Lei Fundamental alemã²⁵⁷ foi expresso ao prever a tradicional fórmula perante a lei. Esclareceu que essa fórmula foi entendida por muito tempo no sentido de um dever de igualdade apenas na aplicação do direito. Por consequência, pela sua definição, esse dever poderia vincular tão somente os órgãos de aplicação do direito, mas não o legislador. Assim, as leis deveriam ser executadas sem considerações de ordem pessoal.²⁵⁸

Entretanto, ressaltou que restringir o significado do artigo 3º, §1º da Lei Fundamental alemã apenas a um dever de igualdade na aplicação do direito seria incompatível com a própria Constituição, com a vontade do constituinte e com a ideia dos direitos fundamentais como expressão de uma desconfiança em relação ao legislador. Por isso, o Tribunal Constitucional Federal, desde suas primeiras decisões, assumiu a vinculação do legislador ao enunciado da igualdade. Dessa maneira, a interpretação do artigo 3º, §1º da Lei Fundamental alemã se trata de um dever de igualdade na aplicação, mas também na criação do direito.²⁵⁹ Possível dizer, então, que a isonomia material não pode mais ser desconsiderada.

Ao também considerar a isonomia material, pretende-se com a Constituição assegurar aos cidadãos igualdade de tratamento, vedando, apenas como regra, qualquer tipo de discriminação.

Para os casos que não se enquadram nessa regra, uma cautela se faz necessária. A de fazer com que eventuais desigualdades que sejam levadas a termo não conduzam à inconstitucionalidades.

Dessa forma, para que o princípio da igualdade seja, efetivamente, resguardado, imperioso se faz que se estabeleçam critérios para sua aplicação. É necessário que se saiba identificar, com clareza, quem são os iguais e quem são os desiguais e por quais motivos assim o são.

²⁵⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 330, número de margem 430 e 432.

²⁵⁷ Art. 3º, §1º - Todos as pessoas são iguais perante a lei.

No original: *Artikel 3 (1) - Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.*

²⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2.Edición. Traducción: Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2012. p. 347-348.

²⁵⁹ ALEXY, Robert. Op. cit., 2012. p. 393-396.

Konrad Hesse afirma que o princípio da igualdade geral põe, como elemento fundamental do estado de direito social, aos poderes estatais, nomeadamente ao legislador, a tarefa de tomar por base para uma equiparação ou diferenciação, cada vez, critérios justos para, assim, no sentido do princípio da justiça clássico, conceder a cada um o seu. E a escolha desses critérios deve se dar tendo em vista o fato concreto a ser regulado.²⁶⁰

Por certo que irão existir sobre o, cada vez, justo, em geral, concepções diferentes, sobre as quais deve ser obtida uma unificação ou entre as quais deve ser decidido. Que essa unificação ou decisão desacerta a tarefa posta pela Constituição se deixará, por causa daquela diferença das concepções, apenas então comprovar com segurança, quando para a diferenciação (ou equiparação) ‘não se deixa achar um motivo razoável, resultante da razão da matéria ou, de outro modo, materialmente evidente, quando, portanto, para um modo de ver orientado pela ideia de justiça, a regulação deve ser qualificada de *arbitrária*’.²⁶¹

Celso Antônio Bandeira de Mello, em monografia sobre o princípio da igualdade, propôs três critérios a serem observados, com objetivo de respeitar o mencionado princípio.

O primeiro deles teria relação com elemento tomado como fator de desigualação. O segundo faria menção à referência à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diferenciado. O terceiro e último se referiria à consonância da correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e, portanto, juridicizados.²⁶²

Melhor esclarecendo, seria necessário verificar, de um lado, o que seria adotado como critério discriminatório; de outro lado, importante investigar se há justificativa racional – fundamento lógico²⁶³ – para, considerado o traço desigualador

²⁶⁰ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 335, número de margem 438.

²⁶¹ HESSE, Konrad. Op. cit., 1998, p. 335, número de margem 438.

²⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 21.

²⁶³ Importante esclarecer, nesse momento, que, ao referir “lógica”, Celso Antônio Bandeira de Mello está a tratar de regras e não de princípios. Por consequência, seu critério não tem validade para os princípios – como, por exemplo, o princípio da igualdade.

Para diferenciar regras e princípios, possível afirmar que regras são normas que, sempre, ou só podem ser cumpridas ou não cumpridas. Assim se uma regra vale, é ordenado fazer exatamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. As regras contêm, portanto, fixações no espaço do fática e

acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Ainda, cogente analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existe é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional.²⁶⁴

Só a conjunção dos três aspectos é que permitiria a apreciação correta da questão.

Essa fórmula construída, no entanto, merece algumas observações.

A primeira delas seria a respeito da relação estabelecida entre a justificativa racional e o fundamento lógico – dedutivo e indutivo. Isso porque não restou suficientemente claro o que seria, para o autor, a justificativa racional e a correlação lógica.

Em alguns momentos, inclusive, parece haver até mesmo uma confusão entre ambos.

Essa confusão causa um certo prejuízo à formula apresentada, na medida em que eventuais razões advindas de uma justificativa racional para uma discriminação parecem não ter qualquer relação com motivações oriundas de um fundamento lógico.

A segunda, por sua vez, seria a de analisar o que viria a ser o fundamento racional abstrato.

Também nesse ponto, a questão não parece de todo clara.

Feitas tais observações, certo é que são necessários critérios, parâmetros para a aplicação do princípio da igualdade.

Superada essa apreciação da questão da igualdade na Constituição, o próximo passo é fazer uma análise de como a problemática atinente ao princípio da igualdade vem sendo enfrentada pela mais alta corte brasileira.

É o que veremos a seguir.

2.2 O princípio da igualdade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no tocante ao

juridicamente possível. Subsequentemente, são mandamentos definitivos. Os princípios, por sua vez, são normas que ordenam que algo deva ser realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. São, por conseguinte, mandamentos de otimização. Por isso, podem ser preenchidos em diferentes graus (ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 64).

²⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 21-22.

conteúdo jurídico da igualdade apontou, no período de tempo anterior a 1988, para a constância da enunciação das dimensões formal e material do princípio da igualdade, fazendo predominar uma liberação do ônus da argumentação diante de tratamentos diferenciados. Ainda, assinalou uma postura de deferência frente aos critérios legislativos e administrativos. E, por fim, demonstrou uma falta de preocupação com

relação ao conteúdo antidiscriminatório do princípio da igualdade.^{265 266}

²⁶⁵ Um exemplo disso pode ser verificado na decisão proferida no RE n. 93.122/80, que tratou de discriminação em razão do gênero, a partir do momento em que constatada restrição de acesso de candidatas do sexo feminino ao cargo de Delegado de Polícia.

Na hipótese, Lara Guimarães Bastos e outra impetraram mandado de segurança contra ato do Diretor Geral da Secretaria de Estado de Recursos Humanos, que tinha indeferido suas inscrições no concurso de Delegado de Polícia, 4ª classe da Secretaria de Segurança Pública.

A alegação era de que todos eram iguais perante a lei, sem distinção de sexo e que os cargos públicos eram acessíveis a todos, desde que preenchessem os requisitos estabelecidos em lei.

A segurança foi concedida. Inconformada, a parte impetrada apelou. Mantida a decisão, foi interposto recurso extraordinário.

Os ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, então, de forma unânime, acompanharam o voto Ministro Moreira Alves, relator do recurso extraordinário, para fins de conhecer e dar provimento ao recurso, denegando a segurança postulada. Isso porque entenderam que a diferenciação em decorrência do gênero estava justificada, a contar do momento em que um decreto do executivo e também uma lei complementar estadual – Estatuto da Polícia Civil – previam a reserva de vagas do cargo de Delegado de Polícia para pessoas do sexo masculino (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n. 93.122/PR, Relator Ministro Moreira Alves, j. em 31.10.1980).

Além da apreciação dessa linha argumentativa então empregada quando da aplicação da igualdade, possível dizer que a jurisprudência revelou também uma compreensão, ainda que tímida, da força normativa do princípio da isonomia (RIOS, Roger Raupp. O princípio da igualdade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Argumentação, força normativa, direito sumular e antidiscriminação. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 290-291).

Foi o que se verificou em decisões que foram prolatadas pela não-aplicabilidade do princípio e pela impossibilidade de extensão dos benefícios em favor de certa categoria de servidores a outros não contemplados, ainda que em igual situação.

No primeiro caso, possível citar o RE n. 53.164 EDv/SP.

Cuidou-se de embargos de divergência opostos por Fábio Monteiro de Barros e outros contra a Fazenda do Estado.

A alegação era de que a decisão que negou provimento ao Recurso Extraordinário, por entender que não havia que se falar em equiparação quando se estava a tratar de servidores de diferentes poderes – Advogados do Estado de São Paulo e Assistentes Jurídicos da Assembleia Legislativa -, não estavam de acordo com as Disposições Transitórias da Constituição de São Paulo.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, de forma unânime, decidiu por não conhecer dos embargos, na medida em que não havia divergência. Entenderam que, somente se houvesse lei, eventual divergência poderia ser alegada. Assim, a mera previsão nas Disposições Transitórias não seria suficiente. Considerando, então, que a lei é uma tarefa legislativa, afirmaram que não poderia, o judiciário, assumir o risco de desviar-se de sua competência. Por consequência, que não poderiam aplicar critérios não previstos em lei (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n. 53.164 EDv/SP, Relator Themístocles Cavalcanti, j. em 05.03.1969).

No segundo caso, o exemplo é o RE n. 42.465/66.

Tratou-se de recurso extraordinário interposto pelo estado do Paraná em desfavor de Jurandir de Siqueira Pereira.

Na hipótese, Jurandir de Siqueira Pereira, funcionário estadual, requereu ao Governador do Paraná que lhe fosse computado, para todos os efeitos legais, o tempo de serviço federal prestado. O pedido foi acolhido, em parte, para lhe garantir aquele tempo apenas para fins de aposentadoria e disponibilidade.

Inconformado, impetrou mandado de segurança contra o ato do Governador. Alegou que, em casos idênticos, o Governo já havia deferido pretensão tal qual a sua.

O Tribunal de Justiça concedeu a ordem postulada. Inconformado, o Governador recorreu ao Supremo Tribunal Federal.

O relator, Ministro Prado Kelly, conheceu do recurso e deu provimento, de modo a cessar a segurança antes concedida. Asseverou que a igualdade garantida constitucionalmente importava em limitação às legislaturas para que, na formulação de normas gerais e obrigatórias, não fossem criadas distinções entre indivíduos em igual condição ou situação jurídica. No entanto, ela não tinha alcance para conferir efeitos *erga omnes* a atos arbitrários, de aplicação individual, emanados de órgãos ou

Depois de 1988, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal continuou a enunciar a compreensão da igualdade, a partir das suas dimensões formal e material. Na mesma linha, também fez a diferenciação entre a igualdade perante a lei e a igualdade na lei. Entretanto, ao que tudo indica, superou as tendências de desoneração argumentativa dos tratamentos diferenciados e de legitimação das desigualdades instituídas.²⁶⁷

O tribunal, por exemplo, passou a aferir a constitucionalidade de tratamentos diversificados, mediante a exigência de razoabilidade da distinção, com o consequente banimento de medidas arbitrárias.²⁶⁸

Foi o que se verificou quando do julgamento da ADIn n. 1283-5 MC/DF.

Na ocasião, o tribunal considerou constitucional preferência, na medida em que não arbitrária, em concurso de remoção para Promotores de Justiça, daqueles que já executassem as funções atribuídas aos cargos novos, objeto do concurso de remoção.

Cuidou-se de análise de pedido liminar em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República, tendo em conta a previsão, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, de preferência, no concurso de remoção, aos Promotores de Justiça que já estivessem exercendo a função em detrimento daqueles que tivessem seus cargos criados ou transformados, a partir de uma nova lei.

Entendeu o Procurador-Geral que, dentre outras razões que ensejavam a inconstitucionalidade, uma delas era de que tal dispositivo legal afrontava o princípio da igualdade.

O tribunal, por maioria²⁶⁹, indeferiu o pedido liminar. Entenderam os ministros que não se poderia, de plano, dizer que, no caso, estava-se a tratar iguais desigualmente, pois a preferência não era baseada em arbítrio, mas sim na

agentes dos poderes públicos (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n. 42.465/PR, Relator Prado Kelly, j. em 22.04.1966).

A decisão foi acompanhada pelos demais Ministros da Terceira Turma do Supremo Tribunal Federal, de forma unânime.

²⁶⁶ RIOS, Roger Raupp. O princípio da igualdade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Argumentação, força normativa, direito sumular e antidiscriminação. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 290-291.

²⁶⁷ RIOS, Roger Raupp. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., 2011. p. 301-302.

²⁶⁸ RIOS, Roger Raupp. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., 2011. p. 302.

²⁶⁹ Foi voto vencido o Ministro Celso de Mello.

circunstância de se aproveitar no cargo quem já vinha exercendo as funções que passavam a ser conteúdo desse cargo e, por consequência, que já tinham experiência no exercício dela. Assim, não haveria que se ventilar qualquer ofensa ao princípio da igualdade.²⁷⁰

Um outro elemento presente nas decisões do Supremo Tribunal Federal depois de 1988 foi a formulação da linha argumentativa do direito de igualdade por meio da enunciação do conceito da razoabilidade.^{271 272}

Essa questão foi objeto de apreciação quando da decisão no RE n. 140.889/MS, que examinou a razoabilidade do critério altura em concurso público.

Ubertina Lopes Brandao interpôs recurso extraordinário, alegando a inconstitucionalidade de previsão legal que previa altura mínima para ingresso no cargo de Delegado de Polícia. Entendeu que a discriminação, na hipótese, não se justificava.

O relator, Ministro Marco Aurélio, conheceu e deu provimento ao recurso, de modo a conceder a ordem pretendida. Aduziu que a exigência constante na legislação regeadora do concurso e do edital não se mostrava compatível com a ordem jurídica constitucional.

O Ministro Maurício Corrêa, no entanto, entendeu de forma diversa. Ele não conheceu do recurso. Afirmou que, para o cargo de Delegado de Polícia, a altura mínima exigida era justificada, tendo em vista o desempenho da atividade específica a ser exercida. Dessa forma, não haveria violação ao princípio da isonomia.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, então, por maioria²⁷³, acompanhou o voto do Ministro Maurício Corrêa que, por consequência, foi designado relator.²⁷⁴

Dois outros temas que surgiram na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e que merecem referência são o da eficácia dos direitos fundamentais nas

²⁷⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADIn 1283-5 MC/DF, Relator Moreira Alves, j. em 20.09.1995.

²⁷¹ A razoabilidade vem sendo utilizada em diversos contextos e em diferentes finalidades. Isso pode ser verificado, inclusive, nas próprias decisões do Supremo Tribunal Federal que, por vezes, não possuem uniformidade terminológica, tampouco utilizam critérios expressos e claros para fundamentar a razoabilidade.

²⁷² RIOS, Roger Raupp. O princípio da igualdade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Argumentação, força normativa, direito sumular e antidiscriminação. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 307.

²⁷³ Foi voto vencido o Ministro Marco Aurélio.

²⁷⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 140.889/MS, Relator Maurício Corrêa, j. em 30.05.2000.

relações entre os particulares e o das ações afirmativas.

Por meio do primeiro é possível fazer um contraponto com as ações de estado americanas, pois tanto a eficácia dos direitos fundamentais quando as ações de estado tinham, de início, foco único e exclusivo nas relações em que o estado figurava como parte. Com o passar do tempo, entretanto, tanto em um como em outro caso, começou a se discutir se seus efeitos se estenderiam, também, aos particulares.

Com relação ao segundo, a contraposição é ainda mais direta. Isso, porque essa se dá entre as ações afirmativas no direito americano e no direito brasileiro.

2.3 A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e as ações afirmativas

Na tentativa de realizar os direitos fundamentais e, por consequência, o próprio princípio da igualdade, de modo a abolir toda e qualquer forma de discriminação, da mesma forma com que nos Estados Unidos se desenvolveram as ações de estado²⁷⁵ e as ações afirmativas²⁷⁶, no Brasil também apresentaram-se ações nesse sentido.

2.3.1 A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas²⁷⁷

²⁷⁵ Ver Primeira Parte, Capítulo 2, Subcapítulo 2.4, p. 49 e seguintes.

²⁷⁶ Ver Primeira Parte, Capítulo 2, Subcapítulo 2.4, p. 49 e seguintes.

²⁷⁷ A discussão para conhecer a possibilidade de efeito dos direitos fundamentais diante de terceiros surgiu, na década de 50, na Alemanha.

Até então, o que se tinha era que, pelo teor do artigo 1º, alínea 3, da Lei Fundamental, apenas o poder estatal estava vinculado aos direitos fundamentais. O sujeito de direito privado apenas estaria vinculado se exercesse algum poder público (HECK, Luís Afonso. *Direitos Fundamentais e sua influência no Direito Civil*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 29, p. 40-54, jan./mar 1999, p. 46-47).

Esse efeito dos direitos fundamentais diante de terceiros pode ser de ordem direta ou indireta.

No primeiro caso, fundamentada pelo Tribunal Federal do Trabalho, no sentido que de vários direitos fundamentais significativos da constituição não somente garantiam direitos de liberdade diante do poder estatal, como também eram princípios de ordem para uma vida social que tinha um significado direto para as relações dos cidadãos entre si. No mesmo sentido, a adesão normativa da Lei Fundamental para o estado de direito social se manifestou de forma favorável ao efeito jurídico-privado direto das determinações jurídico-fundamentais, indispensáveis para as relações dos membros jurídicos entre si em uma sociedade liberal e social. O Tribunal Federal, de igual modo, também já aceitou o efeito direto dos direitos fundamentais diante de terceiros (HECK, Luís Afonso. Op. cit., jan./mar 1999, p. 48).

No segundo caso, possível dizer que o efeito indireto dos direitos fundamentais diante de terceiros foi reconhecido cedo pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (HECK, Luís Afonso. Op. cit., jan./mar 1999, p. 48).

Conferir algumas das decisões proferidas em ENZMANN, Birgit. *Der Demokratische Verfassungsstaat*. Entstehung Elemente, Herausforderungen. Lehrbuch. Wiesbaden: Springer VS, 2012, S. 83-84; PIROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte staatsrecht II*. 28 Auflage.

Não há dúvida de que os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988 vinculam diretamente os poderes públicos, em outras palavras, as relações entre o estado e o cidadão.

A dúvida que pode surgir, então, é acerca de sua projeção nas relações de ordem privada. Diante do texto constitucional atual, no entanto, essa dúvida já não mais permanece, porque é possível que eventual opressão ou violência contra a pessoa não provenha do estado, mas sim dos particulares.

É o caso da previsão constitucional do artigo 7º, que reconhece direitos fundamentais trabalhistas que são expressão de eficácia direta diante de particulares ou terceiros – sejam eles empregadores ou tomadores de serviços. Esses direitos, além de originarem prestações obrigatoriamente integrantes dos contratos de emprego, irradiam eficácia direta. O mesmo pode ser dito no que diz respeito ao artigo 8º da Constituição Federal de 1988, que garante a liberdade sindical, pois, também aqui identifica-se eficácia direta contra terceiros que traduz a existência de direito subjetivo exercitável coletivamente. Ademais, outros direitos coletivos dos artigos 9º e 11, de igual modo, são protegidos contra intervenções estatais não fundadas na Constituição. Assim, se violados, pelo estado por pelos particulares, esses direitos conferem ao titular um direito de defesa exercitável perante o poder judiciário.²⁷⁸

E o debate a respeito de tal temática, como não poderia ser diferente, também já foi levado até o Supremo Tribunal Federal.

Quando do julgamento do RE n. 160.222/RJ, foi objeto de discussão se o gerente, que exigia das empregadas de certa indústria de lingerie o cumprimento de cláusula constante nos contratos individuais de trabalho, em que elas deveriam se

Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg: C.F. Müller, 2012, S. 49; KÜBLER, Friedrich. *Medien, Menschenrechte und Demokratie: Das Recht der Massenkommunikation*. Heidelberg, München, Landsberg, Berlin: C.F. Müller, 2008, S. 167.

No que se relaciona ao efeito indireto, especificamente, de registrar que pode ser visto sobretudo no fato que, sob as condições da sociedade industrial moderna altamente complexa, ele auxilia na conservação da liberdade e da igualdade. Essas pressupõem uma situação de simetria fática, onde cada cidadão possui as mesmas oportunidades de buscar e alcançar seus objetivos. Ocorre que, nos dias de hoje, o poder do estado e o exercício do poder econômico e social privado acabam por colocar tal simetria fática em risco. Por isso, os direitos fundamentais influenciam as prescrições jurídico-privadas tanto mais eficazmente quanto mais se trata da proteção de liberdade pessoal contra o exercício de poder econômico e social (HECK, Luís Afonso. *Direitos Fundamentais e sua influência no Direito Civil*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 29, p. 40-54, jan./mar 1999, p. 49).

Atualmente, a ideia de que as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação entre os cidadãos e, por isso, possuem efeito perante terceiros vem sendo plenamente aceita (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2.Edición. Traducción: Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2012, p. 468).

²⁷⁸ LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 41.

submeter à revista íntima, sob ameaça de dispensa, estaria cometendo ou não o crime de constrangimento ilegal. A justificativa para a revista íntima era a de que tal prática se fazia necessária para evitar o furto de mercadorias.

O gerente, denunciado pelo crime de constrangimento ilegal, foi condenado em 1ª instância e absolvido pelo Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro.

As funcionárias da indústria de lingerie, então, interpuseram recurso extraordinário da decisão do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro. A alegação delas era de que a revista íntima ia de encontro aos direitos à intimidade e à imagem das pessoas, direitos esses protegidos pela Constituição Federal em seu artigo 5º, X²⁷⁹.

Na ocasião, a discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas não pôde ser levada a cabo, posto que, por unanimidade de votos, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal julgou o recurso prejudicado, declarando extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.²⁸⁰

Aproximadamente um ano depois, no entanto, quando do julgamento do RE n. 158.215/RS, foi preconizada a incidência direta dos direitos fundamentais sobre as relações entre particulares. Tratou-se, a hipótese, de membro expulso de cooperativa sem o atendimento da garantia do contraditório e da ampla defesa.

O relator, Ministro Marco Aurélio, entendeu que aqueles que foram expulsos da cooperativa, o foram em caráter punitivo. O colegiado, por sua vez, mitigou a garantia da ampla defesa²⁸¹, considerando para tanto o desafio lançado por aqueles que tinham sido expulsos no sentido de serem julgados pela Assembleia da Cooperativa. Afirmou que a exaltação dos ânimos não poderia afastar a incidência de preceito constitucional que assegurou a amplitude de defesa nos processos em geral.

²⁷⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

²⁸⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 160.222/RJ, Relator Sepúlveda Pertence, j. em 11.04.1995.

²⁸¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Disse que, mais do que nunca, caberia à Cooperativa, uma vez instaurado o processo, conferir oportunidade aos acusados de apresentarem sua defesa.

Diante disso, foi dado provimento ao recurso, para anular o ato de expulsão dos membros expulsos do quadro social, reintegrando-os, com os consectários pertinentes e previstos no estatuto da cooperativa. A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, de forma unânime, acompanhou o voto do relator.²⁸²

Outra decisão que mereceu destaque, a prolatada no RE n. 201.819/RJ, finalmente debateu a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

O caso diz respeito à União Brasileira de Compositores – UBC -, que havia punido com a exclusão um associado, sem que lhe fosse garantida a prévia oportunidade de defesa.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tinha invalidado a exclusão, entendendo que o princípio constitucional da ampla defesa tinha sido ofendido. Inconformada, a UBC interpôs recurso extraordinário.

A Ministra Ellen Gracie foi a relatora originária do recurso. Em seu voto, afirmou que entendia pelo provimento do recurso, a contar do momento em que o princípio da ampla defesa não incidia na hipótese, mas apenas o estatuto social da UBC, que não teria sido violado.

Os Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, no entanto, entenderam que o princípio da ampla defesa não poderia deixar de ser aplicado ao caso. Apesar do voto nesse sentido, nenhum deles quis deixar expresso seu posicionamento sobre a natureza mediata ou imediata dos direitos fundamentais. Por isso, fundamentaram seus votos aduzindo que o princípio se aplicava à hipótese em função da UBC ter uma natureza pública, ainda que não estatal ou, em outras palavras, uma natureza “quase pública”.

O Ministro Carlos Velloso, em linhas gerais, acompanhou o voto da Ministra Ellen Gracie.

Constatado o empate, coube ao Ministro Celso de Mello o desempate. Ao decidir, o Ministro, então, entendeu por acompanhar a posição dos Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Entretanto, diferentemente deles, deixou explícita a sua tese da eficácia horizontal direta no sistema constitucional brasileiro.

²⁸² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 158.215/RS, Relator Marco Aurélio, j. em 30.04.1996.

Assim se manifestou o Ministro Celso de Mello ao proferir seu voto:

É por essa razão que a autonomia privada – que encontra claras limitações de ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de se ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.²⁸³

Dessa forma, possível concluir que, mesmo que a questão ainda seja incipiente na doutrina e também na jurisprudência brasileira, a partir do momento em que apenas recentemente ganhou maior espaço, fato é que, assim como ocorreu no direito americano, a tendência é de que eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas passe, também aqui, a ser admitida.

2.3.1.1 Tomada de posição

De registrar, aqui, algumas questões relevantes sobre as decisões anteriormente referidas.²⁸⁴

Muito embora tais decisões sejam sempre mencionadas quando se está a tratar da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, possível dizer que, se for feita uma análise mais atenta da problemática, essa eficácia parece não ter sido apreciada no Brasil com a mesma consistência e profundidade com que foi feito na Alemanha.

Por exemplo, não parece apropriado dizer que o Supremo Tribunal Federal aplicou, nas hipóteses de exclusão de membro de cooperativa ou de associado da UBC, em função de não terem sido assegurados a eles o contraditório e a ampla defesa, a eficácia indireta dos direitos fundamentais.

Isso porque, segundo dispõe o artigo 5º, LV da Constituição Federal²⁸⁵, todos os litigantes, seja em processo judicial ou administrativo, assim como todos os acusados em geral possuem o direito ao contraditório e à ampla defesa.

²⁸³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 201.819/RJ, Relator Gilmar Mendes, j. em 11.10.2005.

²⁸⁴ Ver Segunda Parte, Capítulo 2, Subcapítulo 2.3.1, p. 95 e seguintes.

²⁸⁵ Para o teor do dispositivo constitucional, vide *supra*, nota 281.

Desse modo, nas hipóteses, ter oportunizado o contraditório e a ampla defesa não estava dentro da esfera da autonomia privada da cooperativa e da UBC nas suas relações respectivas com o seu membro ou associado. Tratava-se, pura e simplesmente, da aplicação do dispositivo constitucional que rege a matéria.

2.4 As ações afirmativas

Logo de início, as ações afirmativas eram definidas como um encorajamento do estado às pessoas que detinham poder decisório, seja na esfera pública, seja na esfera privada, para que levassem em conta, nas suas decisões que dissessem respeito a temas sensíveis como o acesso à educação e o mercado de trabalho, fatores até então considerados como formalmente irrelevantes pela maior parte dos responsáveis políticos e empresariais, tais como a raça, a cor, o sexo, dentre outros.²⁸⁶

Isso, visando uma reflexão acerca da composição e representação de cada grupo na sociedade ou no respectivo mercado de trabalho.²⁸⁷

Por volta do final da década de 60, início da década de 70, uma vez constatada a ineficácia dos procedimentos antes adotados, deu-se início a um processo de alteração conceitual do instituto. Ele passou a ser associado à ideia de realização da igualdade de oportunidades através da imposição de cotas rígidas de acesso de representantes das minorias a determinados setores das instituições educacionais e do mercado de trabalho. Nesse momento, ainda, surgiu a vinculação entre ação afirmativa e o atingimento de metas estatísticas concernentes à presença de negros e mulheres em determinado setor do mercado de trabalho ou em determinada instituição de ensino.²⁸⁸

Nos dias de hoje, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem, assim como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado.²⁸⁹

²⁸⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 39.

²⁸⁷ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. cit., 2001, p. 39.

²⁸⁸ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. cit., 2001, p. 39.

²⁸⁹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. cit., p. 40.

Frequentemente, quatro são os fundamentos mais invocados com a finalidade de justificar as medidas de ação afirmativa. Para melhor explicitá-los, podemos utilizar como exemplo as ações afirmativas que pretendem promover a igualdade racial. Vale dizer, no entanto, que eles também poderiam ser pensados para as ações afirmativas que visam promover a igualdade de gênero ou qualquer outra.

O primeiro deles, o da justiça compensatória, seria o argumento de que a situação social dos negros hoje é derivada de um histórico de discriminações no passado, o que remete ao tempo da escravidão. Por esse fundamento, seria justo que a sociedade hoje os compensasse pelas injustiças sofridas.²⁹⁰

O segundo argumento seria o da justiça distributiva. Conforme ele, a constatação empírica da desvantagem social dos negros em geral justificaria a adoção de medidas que buscassem favorecê-los perante os brancos. Assim agindo, estaria-se a melhor distribuir os bens socialmente relevantes, no intento de se alcançar relações raciais mais equitativas.²⁹¹

O terceiro fundamento seria o do pluralismo. Isso porque, no Brasil, a partir do momento em que temos uma sociedade multiétnica e pluricultural, para que todos se beneficiem dessa riqueza étnica e cultural, seria preciso que existisse contato real e paritário entre as pessoas integrantes das mais diversas etnias.²⁹²

O quarto e último argumento seria o do fortalecimento da autoestima da população negra. Esse fundamento estaria relacionado com a esfera do reconhecimento e teria por escopo a quebra de estereótipos negativos e o aumento do número de negros bem sucedidos, ocupando posições de destaque na sociedade.²⁹³

Voltaremos a enfrentar essa temática, mais a frente²⁹⁴, ocasião em que iremos analisar se tais argumentos, efetivamente, se justificam na realidade brasileira.

Antes, porém, do encerramento dessa segunda parte do trabalho, importante seja mencionado que a discussão acerca do princípio da igualdade e das ações afirmativas também já foi levada ao Supremo Tribunal Federal.

²⁹⁰ SARMENTO, Daniel. A igualdade ético-racial no Direito Constitucional brasileiro: Discriminação “De Facto”, Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 154.

²⁹¹ SARMENTO, Daniel. In: SARMENTO, Daniel. Op. cit., 2006, p. 154.

²⁹² SARMENTO, Daniel. In: SARMENTO, Daniel. Op. cit., 2006, p. 155.

²⁹³ SARMENTO, Daniel. In: SARMENTO, Daniel. Op. cit., 2006, p. 155.

²⁹⁴ Ver Quarta Parte, Capítulo 1, Subcapítulo 1.2, p. 139 e seguintes.

Em uma primeira situação, o tribunal, de modo incidental, manifestou-se pela compatibilidade das ações afirmativas com o direito constitucional brasileiro. No segundo caso, houve o exame direto e explícito da temática. Nas duas ocasiões, ainda que sucintamente, o tribunal enfrentou a relação entre a igualdade de direito e a exigência da promoção da igualdade de fato. Na terceira, em julgamento unânime da Primeira Turma, foi analisada a hipótese de reserva de vagas para deficiente visual.²⁹⁵

Tratou-se, o primeiro, do julgamento da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 1.946 – DF.

Na oportunidade, o Partido Socialista Brasileiro – PSB – pretendeu que fosse declarada a inconstitucionalidade do artigo 201 da Constituição Federal (com redação conferida pelo artigo 14 da EC 20/98), que modificou o sistema de previdência social, estabeleceu normas de transição e deu outras providências.

O dispositivo constitucional, com a nova redação, passou a prever um limite aos valores pagos pela Seguridade Social de R\$ 1.200,00.

O relator, Ministro Sydney Sanches, entendeu que tal limitação não poderia se aplicar no caso da licença maternidade, pois, nessa situação, a previdência deveria arcar com a integralidade do pagamento. Isso porque, ao se afirmar que a previdência social, doravante, responderia apenas por R\$ 1.200,00 por mês, durante a licença da gestante, estava-se a asseverar, por consequência, que o empregador teria que responder, sozinho, pelo restante. Desse modo, estaria facilitada a opção do empregador pelo trabalhador masculino, o que, então, ensejaria afronta ao princípio da igualdade.²⁹⁶

O tribunal, por unanimidade²⁹⁷, acompanhou o voto do relator.

O segundo caso ocorreu quando da análise da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 1.276-2 – SP.

Na hipótese, o Governador do Estado de São Paulo postulou pela declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 9.086/95, que preceituava que pessoas jurídicas que possuíssem empregados com mais de 40 anos de idade receberiam incentivo fiscal.

²⁹⁵ RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 196.

²⁹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADIn 1.946/DF, Relator Sydney Sanches, j. em 03.04.2003.

²⁹⁷ Estavam ausentes, justificadamente, os Ministros Sepúlveda Pertence e Celso de Mello.

A Ministra Ellen Gracie, relatora, entendeu pela constitucionalidade de legislação estadual paulista. Defendeu que inexistia qualquer ofensa aos princípios da igualdade e da isonomia, pois a pretensão da Assembleia era, em verdade, a de equilibrar uma situação de desigualdade social, decorrente da idade, no mercado de trabalho.²⁹⁸

O Plenário, de forma unânime²⁹⁹, acompanhou o voto da ministra relatora.

O terceiro e último caso, foi o julgamento do recurso ordinário em mandado de segurança n. 26.071-1.

Tratou-se de recurso ordinário contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, que havia denegado o mandado de segurança impetrado por José Francisco de Araújo contra ato que lhe havia negado o direito de concorrer, na condição de portador de deficiência física, a uma das vagas abertas para o concurso público para provimento de cargo de Técnico Judiciário no próprio Tribunal Superior do Trabalho.

A negativa foi fundamentada no fato de que, apesar de cego do olho esquerdo, o então impetrante tinha plena visão no olho direito.

O relator, Ministro Carlos Ayres Britto, entendeu que a visão do recorrente era monocular, em outras palavras, que por melhor que fosse o seu olho bom, ainda assim ele estaria em desvantagem, a contar do momento em que com visão aquém de 60% da potencialidade máxima dos dois órgãos da visão humana. Por consequência, deu provimento ao recurso.³⁰⁰

Os demais ministros da Primeira Turma³⁰¹ acompanharam o voto do relator.

A esses julgados, acrescentamos ainda outro mais.

Tratou-se da ação direta de inconstitucionalidade n. 3330 – DF.

Na oportunidade, discutiu-se a constitucionalidade do Programa Universidade para todos – PROUNI.

Referiu, o Ministro Carlos Ayres Britto, relator, quando do julgamento, que não existia outra forma de concretizar o valor constitucional da igualdade que não fosse o combate aos fatores reais de desigualdade. Prosseguindo, afirmou que a luta contra

²⁹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADIn 1.276/SP, Relatora Ellen Gracie, j. em 29.08.2002.

²⁹⁹ Estavam ausentes, justificadamente, os Ministros Marco Aurélio, Moreira Alves e Nelson Jobim.

³⁰⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RMS 26.071/DF, Relator Carlos Ayres Britto, j. em 13.11.2007.

³⁰¹ Ausente, justificadamente, o Ministro Marco Aurélio. Ainda, não participou do julgamento o Ministro Menezes Direito, por não ter assistido o relatório.

as relações desigualitárias, como regra, deve se dar pela ascensão das pessoas que, até então, estavam sob a hegemonia de outras e não pelo descenso ou rebaixamento dos sujeitos favorecidos. Ressaltou que nem toda a superioridade juridicamente conferida implicaria em negação ao princípio da igualdade.³⁰²

Consignou, ainda, que o característico da lei é fazer diferenciações. E, como consequência, fazer desigualações para combater desigualdades persistentes. Dessa maneira, a lei existiria, também, para, uma vez perturbada a harmonia e o equilíbrio social, impor uma medida de desigualação compensatória. Em outras palavras, a lei seria um instrumento de reequilíbrio social.³⁰³

Em razão disso, prosseguiu, a axiologia constitucional seria a tutela de segmentos sociais que foram historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e perseguidos, tal como os negros e os índios. Já a desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que tivessem sido contemplados com bolsa integral não configuraria ofensa à Constituição pátria, pois visaria compensar uma anterior e factual inferioridade, consubstanciada na fragilidade atual do ensino nas escolas públicas.³⁰⁴

Ao final, destacou que o PROUNI seria um programa de ações afirmativas, operacionalizado mediante a concessão de bolsas a alunos de baixa renda e diminuto grau de patrimonilização, mas, ainda sim, um programa concebido para atuar por ato de adesão ou participação voluntária, incompatível, então, com a ideia de vinculação forçada. Assim, inexistente qualquer afronta aos princípios constitucionais da autonomia universitária e da livre iniciativa.³⁰⁵

Por esses fundamentos, decidiu pela improcedência da ação.

Os demais ministros³⁰⁶, com exceção do Ministro Marco Aurélio, acompanharam o relator.

Mais adiante³⁰⁷, ao tratarmos da questão das cotas raciais em específico, faremos, ainda, referência a outros casos que abordaram o princípio da igualdade e as ações afirmativas. São eles a ADPF n. 186 e o RE n. 597.285.

³⁰² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADIn 3.330/DF, Relator Carlos Ayres Britto, j. em 03.05.2012.

³⁰³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADIn 3.330/DF, Relator Carlos Ayres Britto, j. em 03.05.2012.

³⁰⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADIn 3.330/DF, Relator Carlos Ayres Britto, j. em 03.05.2012.

³⁰⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADIn 3.330/DF, Relator Carlos Ayres Britto, j. em 03.05.2012.

³⁰⁶ A Ministra Carmén Lúcia não votou, posto que impedida.

³⁰⁷ Ver Quarta Parte, Capítulo 1, p. 135 e seguintes.

2.4.1 Tomada de posição

Inicialmente, parece oportuno que sejam feitas algumas considerações sobre os fundamentos invocados para justificar as medidas de ação afirmativa.³⁰⁸

Isso porque elas demonstram ser gerais e sem uma fundamentação sólida, a partir do momento em que, ao invés de sanar eventuais discriminações, podem acabar por fortalecê-las ou mesmo criar outras formas de discriminações.

Vejam os.

O primeiro dos fundamentos, o da justiça compensatória, seria uma forma de compensar os negros pelas discriminações sofridas no passado.

Não há dúvida de que a escravidão deixou marcas na história do Brasil, assim como na de diversos outros países. Entretanto, não parece justificável que hoje se queira estabelecer uma compensação por injustiças cometidas em um passado.

E mais, mesmo que assim não fosse, se pensado de forma mais ampla, a discriminação na história não se limitou a uma discriminação racial. Ela foi uma discriminação racial, mas também social, religiosa, de gênero, origem, etária, dentre tantas outras.

Diante disso, seria necessário, então, também pensar em compensar todos esses outros grupos que sofreram com inúmeras injustiças, o que, entretanto, não seria factível, tampouco resolveria a problemática.

O segundo argumento seria o da justiça distributiva. O fundamento para tanto seria a constatação de uma desvantagem social dos negros.

Ocorre que a questão social vai além da questão racial.

A desvantagem social pode ser racial, mas também pode ser regional, local e outras mais. Se levarmos em conta uma pequena cidade do sertão nordestino, por exemplo, e uma grande metrópole. A desigualdade social resta evidente, notória, independentemente da questão racial.

Assim, uma justiça efetivamente distributiva teria que levar em conta as questões sociais e não outras.

O terceiro fundamento seria o do pluralismo, a necessidade de promoção da diversidade.

³⁰⁸ Ver Segunda Parte, Capítulo 2, Subcapítulo 2.4, p. 100 e seguintes.

De fato, o Brasil é um país de várias etnias e culturas. No entanto, para que todos se beneficiem dessa riqueza étnica e cultural, o contato real e paritário deve se dar no início, através da igualdade de oportunidades, e não ao final.

O quarto argumento seria o do fortalecimento da autoestima da população negra, o da criação de modelos positivos. Esse último fundamento indica que o reconhecimento daqueles que foram um dia discriminados auxiliaria na quebra do estereótipo negativo.

Ocorre que, ao se pensar que somente através de uma ação afirmativa os negros podem alcançar sucesso, em verdade, não se está a reconhecê-los por seus méritos, mas sim a reconhecê-los em função de sua raça.

A questão que se deve destacar é a de que os negros são tão capazes quanto os brancos, assim como as mulheres são tão capazes quanto os homens. Para tanto, mais do que uma tentativa de igualar em um momento final, quando no exercício de uma profissão, por exemplo, cogente se faz que seja feita uma tentativa de igualar em um momento inicial, proporcionando a todos uma igualdade de chances.

Tecidas tais considerações, importante, ainda, que se façam breves observações sobre as decisões antes referidas.³⁰⁹

Com relação à medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 1.946 – DF, não parece ser uma questão de análise de igualdade ou não de fato, mas sim de mera opção da empregada de engravidar. Trata de decisão que leva em conta o seu livre arbítrio, bem como uma ponderação que deve ser feita entre a opção de engravidar e as consequências que isso pode trazer em seu emprego.

No que diz respeito à medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 1.276 – SP, da mesma forma, não evidencia cuidar tão somente da questão etária, mas também da formação profissional, o que são situações totalmente diferentes.

Com relação ao recurso ordinário em mandado de segurança n. 26.071-1, também não parece que se está a tratar da igualdade de fato, mas sim da conformidade de acordo com a finalidade do uso dos olhos para o exercício da função.

Ao final, no que concerne à ação direta de inconstitucionalidade n. 3330 – DF, possível dizer que a fragilidade apontada não lograria êxito em ser superada com a cota para a universidade. Necessário se faz um investimento muito maior, precipuamente na formação e na pré-compreensão. Assim, possível dizer que os

³⁰⁹ Ver Segunda Parte, Capítulo 2, Subcapítulo 2.4, p. 100 e seguintes.

argumentos utilizados em tal decisão, muito embora possam ser úteis para os beneficiados das cotas, não parecem alcançar o mesmo proveito para o dador do curso.

Superada mais essa etapa do trabalho, passaremos, agora, a fazer um exame do estado social, pois ele será o fim condutor que nos encaminhará para a quarta e última parte do trabalho, quando iremos abordar a igualdade de chances.

Isso porque, em última análise, a igualdade de chances está situada dentro do estado social.

TERCEIRA PARTE: O ESTADO SOCIAL

CAPÍTULO 1: O princípio do estado social

1.1 Os direitos fundamentais: do direito de liberdade clássico ao direito social

A primeira declaração de direitos fundamentais da modernidade foi o Virginia *Bill of Rights*, votado em 12 de junho de 1776, pela representação do povo da Virginia. O *Bill of Rights* apresentou a proposta que todas as pessoas, por natureza, eram igualmente livres e independentes e possuíam direitos inatos determinados, tais como o direito à vida e liberdade, o direito de adquirir e conservar propriedade e a possibilidade de aspirar e obter fortuna e segurança. Dessas comprovações fundamentais foram, então, derivados os direitos individuais do particular.³¹⁰

As constituições da maior parte dos outros estados particulares norte-americanos e a constituição da união seguiram os mesmos passos do estado da Virginia e também propuseram declarações de direitos fundamentais nesse mesmo sentido.³¹¹

Com relação ao seu conteúdo, possível dizer que, ainda que as ideias não fossem novas, o fato de que os direitos fundamentais delas resultantes, pela primeira vez, estavam sendo formulados de forma juridicamente precisa e postos como direitos na disputa política era algo inovador. Nessa perspectiva política, as declarações de direitos fundamentais tinham uma dupla função – legitimadora e constituinte. Assim, de um lado, estavam a justificar o abandono da metrópole inglesa e, por de outro lado, estavam a determinar a estrutura e os limites do novo estado.³¹²

Alguns anos depois, mais precisamente em 1789, quando da Revolução Francesa, a assembleia nacional francesa promulgou a *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, a declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 26 de agosto de 1789.³¹³

Nessa declaração, a previsão dos direitos particulares pessoais e políticos do homem e cidadão estava logo depois do preâmbulo. Com relação ao conteúdo,

³¹⁰ MAURER, Hartmut. *Contributos para o Direito do Estado*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 15-16.

³¹¹ MAURER, Hartmut. Op. cit., 2007, p. 16.

³¹² MAURER, Hartmut. Op. cit., 2007, p. 16.

³¹³ MAURER, Hartmut. Op. cit., 2007, p. 17.

eles correspondem amplamente ao que já tinham previsto as declarações de direitos fundamentais americanas.³¹⁴

Nos dias de hoje, essa declaração de direitos do homem e do cidadão francesa ainda é uma parcela do direito constitucional francês. Entretanto, agora ela não mais aparece no texto da constituição, de modo que continua a ser mencionada apenas no preâmbulo.³¹⁵

Na Alemanha, os primeiros catálogos de direitos fundamentais foram observados nas constituições dos estados do sul.³¹⁶ Em seguimento, nas constituições da Alemanha central.³¹⁷ E, finalmente, nas constituições de Preussen e Österreich, depois da revolução de 1848. Essas constituições, diferentemente das constituições americanas e das revolucionárias francesas que foram promulgadas pelo povo, foram promulgadas pelos monarcas.³¹⁸

Na prática, acabaram por não desempenhar um papel considerável.

Isso porque, muito embora, quanto ao conteúdo, os direitos fundamentais jurídico-constitucionais estatais correspondessem amplamente aos direitos de liberdade clássicos das declarações de direitos fundamentais da América do Norte e França, em sentido com estrutura de princípio, existiam diferenças consideráveis. Como eles não tinham sido causados e apoiados por movimentos revolucionários, a eles faltava a fundamentação jurídico-natural e a legitimação democrática. Além disso, eles não requeriam também validade universal. Antes pelo contrário, eles eram garantias jurídico-positivas dos monarcas dadores de constituição no interesse da razão de estado. Por isso, eles limitavam-se aos próprios nacionais. Não bastasse isso, os direitos fundamentais limitavam somente a administração, não também a dação de leis e que a proteção jurídica só fracamente estava ampliada.³¹⁹

Em razão disso, sua virtualidade somente viria a ser alcançada na raiz da revolução-março, de 1848, com a tentativa de fundação do *Reich*.³²⁰ Foi quando foi

³¹⁴ MAURER, Hartmut. *Contributos para o Direito do Estado*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 17.

³¹⁵ MAURER, Hartmut. Op. cit., 2007, p. 17-18.

³¹⁶ Constituições de Bayern, Baden, Württemberg e Hessen-Darmstadt, no período compreendido entre os anos de 1818 e 1820.

³¹⁷ Constituições de Sachsen, Kurhessen e Braunschweig, após a revolução-junho francesa, de 1830.

³¹⁸ MAURER, Hartmut. Op. cit., 2007, p. 18.

³¹⁹ MAURER, Hartmut. Op. cit., 2007, p. 19.

³²⁰ MAURER, Hartmut. Op. cit., 2007, p. 20.

convocada uma assembleia nacional dadora da constituição de toda a Alemanha para Frankfurt.³²¹

A assembleia nacional dedicou-se, em um primeiro momento, às questões de direitos fundamentais e votou um catálogo de direitos fundamentais, que, inicialmente, foi proclamado como lei particular, em 27 de dezembro de 1848, no diário oficial do império e, posteriormente, foi incluído na constituição do império, aprovada em 1849.³²²

Os direitos fundamentais de Frankfurt não eram meras concessões do monarca, mas fundados e legitimados democraticamente. Eram, precisamente, regulações jurídico-positivas e, com isso, também disponíveis jurídico-positivamente.³²³

A longo prazo, a constituição do império de Frankfurt, inclusive seus direitos fundamentais, viria a influenciar sobremaneira o direito constitucional na Alemanha, pois uma série das formulações de direitos fundamentais de então iriam se reencontrar na Constituição do Império de Weimar e na Lei Fundamental.³²⁴

O catálogo de direitos fundamentais da Constituição do Império de Weimar recepcionou, em parte, os direitos de liberdade clássicos da Constituição do Império de Frankfurt e complementou-os em vista da questão social, que se tornou mais urgente, por direitos fundamentais sociais, determinação de objetivos do estado e proposições programáticas estatal-sociais.³²⁵

O tempo de Weimar ganhou uma nova dimensão com a questão da vinculação aos direitos fundamentais da dação de leis.³²⁶

A República de Weimar, no entanto, chegou ao seu fim em 1933, quando da denominada tomada do poder nacional-socialista.

A experiência do regime totalitário depreciou o ser humano e sua liberdade. Na ocasião, então, a maior parte dos direitos fundamentais foram já pelo próprio regulamento para a proteção do povo e estado, de 28 de fevereiro de 1933, deixados

³²¹ MAURER, Hartmut. *Contributos para o Direito do Estado*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 20.

³²² MAURER, Hartmut. Op. cit., 2007, p. 20.

³²³ MAURER, Hartmut. Op. cit., 2007, p. 21.

³²⁴ MAURER, Hartmut. Op. cit., 2007, p. 21.

³²⁵ MAURER, Hartmut. Op. cit., 2007, p. 22.

³²⁶ MAURER, Hartmut. Op. cit., 2007, p. 22.

sem vigor até nova ordem. Os direitos fundamentais restantes foram totalmente ignorados.³²⁷

Dessa forma, somente depois de 1945, todo o esforço foi voltado para estabelecer e fortalecer a humanidade e liberdade no ordenamento jurídico, até o máximo de garantia possível.

A Lei Fundamental, então, conferiu à dignidade humana, no seu artigo 1, alínea 1, o valor jurídico supremo. Ainda, declarou, no seu no artigo 1, alínea 2, os direitos do homem invioláveis e inalienáveis como fundamento de cada comunidade humana e registrou, a seguir, uma série de direitos fundamentais particulares como direito imediatamente vigente.³²⁸

Esses direitos eram garantias jurídico-positivas, ainda que, simultaneamente, acolhessem também a substância dos direitos do homem.³²⁹

No ápice dos direitos fundamentais particulares estava a garantia da dignidade humana. Ela foi desenvolvida pelo direito de liberdade geral que, por sua vez, em contrapartida, foram concretizados por direitos fundamentais particulares distintos.³³⁰

A questão da proteção de direitos fundamentais restou, então, esclarecida de maneira inequívoca na Lei Fundamental. O Tribunal Constitucional Federal, por sua vez, desenvolveu, ampliou e intensificou em sua eficácia os direitos fundamentais.³³¹

Desse modo, possível concluir que os direitos fundamentais podiam ser definidos, a princípio, como direitos de defesa subjetivos do cidadão perante o estado, mas que, há muito tempo, se tornaram maiores que isso e passaram a influenciar, como decisões de valores e fundamentais jurídico-constitucionais, em todos os âmbitos do direito público e privado.³³²

A título de direito internacional público, foi depois da 2ª Guerra Mundial que os direitos fundamentais transformaram-se. Com isso, chegou-se, inicialmente, à carta das Nações Unidas, em 1945, e à Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948. Mais à frente, foram votados contratos e convenções, declarações e resoluções

³²⁷ MAURER, Hartmut. *Contributos para o Direito do Estado*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 23.

³²⁸ MAURER, Hartmut. Op. cit., 2007, p. 24.

³²⁹ MAURER, Hartmut. Op. cit., 2007, p. 24.

³³⁰ MAURER, Hartmut. Op. cit., 2007, p. 25-26.

³³¹ MAURER, Hartmut. Op. cit., 2007, p. 26.

³³² MAURER, Hartmut. Op. cit., 2007, p. 27.

internacionais numerosos. Eles distinguiam-se, segundo seu alcance, conteúdo e caráter de obrigação. No entanto, deixavam de reconhecer uma existência mínima em direitos do homem vinculativos. Em parte, eles valiam mundialmente.³³³ Em parte, limitavam-se a determinadas regiões.^{334 335}

No que diz respeito ao conteúdo, distinguiam-se em três grupos de direitos. O primeiro contemplava os direitos de liberdade clássicos – direito à vida e saúde, liberdade e propriedade pessoal. O segundo abrangia os direitos sociais, econômicos e culturais. Esses, pouco precisos e, também por isso, apresentavam mais exigências a prestações estatais. O terceiro, considerava aquilo que no plano estatal designa-se como determinação de objetivos do estado – proteção ambiental e asseguramento da paz. Alguns contratos, inclusive, continham catálogos inteiros. Outros, limitavam-se a poucos âmbitos – proibição da tortura, genocídio, discriminação racial e colocação de minas terrestres.³³⁶

A contar do momento que esses direitos foram determinados por contrato de direito internacional público, eles passaram a valer, pelo menos, nos estados que ratificaram o contrato. Possível concluir, então, que, nos dias de hoje, há uma existência mínima em direitos do homem elementares que, independentemente de lugar e tempo e reconhecimento estatal, podem requerer validade.³³⁷

O problema, então, fica com a imposição efetiva dos direitos do homem. Em um primeiro momento, os próprios estados particulares seriam competentes para a observância dos direitos do homem em seu âmbito. Se a proteção dos direitos do homem nacional continuasse deficitária, deveria existir a possibilidade de intercalar um tribunal regional ou continental. Ao final, deveria ser criado um tribunal das nações unidas, que seria competente, quando a proteção dos direitos do homem falhar no plano inferior.³³⁸

³³³ É o caso, por exemplo, do pacto sobre os direitos civis e políticos e o pacto sobre os direitos sociais, econômicos e culturais que, ambos, em 1976, depois de anos de discussão, foram aprovados pela organização das nações unidas (MAURER, Hartmut. *Contributos para o Direito do Estado*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 28-29).

³³⁴ Como exemplo, na hipótese, possível referir a convenção dos direitos do homem europeia de 1950, a convenção dos direitos do homem americana, de 1969, e a carta africana dos direitos do homem e dos direitos dos povos, de 1981 (MAURER, Hartmut. Op. cit., 2007, p. 29).

³³⁵ MAURER, Hartmut. Op. cit., 2007, p. 27-29.

³³⁶ MAURER, Hartmut. Op. cit., 2007, p. 29.

³³⁷ MAURER, Hartmut. Op. cit., 2007, p. 29.

³³⁸ MAURER, Hartmut. Op. cit., 2007, p. 29.

Desse modo, as regulações sobre os direitos fundamentais e do homem teriam uma função tríplice. Eles deveriam aguçar a vista para o problema, colocar à disposição soluções para a liquidação de conflitos e garantir a imposição dessa solução.³³⁹

No Brasil, um prestígio maior foi conferido aos direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988.

Desde o preâmbulo, a Constituição já demonstrou sua intenção. Nele, previu que a finalidade da República Federativa do Brasil é instituir um estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

No texto constitucional propriamente dito, de notar que o constituinte conferiu uma posição topográfica privilegiada aos direitos fundamentais, a contar do momento em que os colocou logo em seus artigos iniciais – artigos 5º a 17. Houve, aqui, uma quebra da tradição constitucional brasileira, já que, historicamente, as Constituições anteriores sempre colocavam os direitos fundamentais nos capítulos finais do texto constitucionais. Agora, de modo a demonstrar o prestígio que lhe conferiu, os direitos fundamentais passaram a abrir a Constituição Federal de 1988. Além disso, eles foram considerados como cláusulas pétreas³⁴⁰, de modo que não podem ser abolidos nem mesmo por meio de emendas constitucionais.

Possível dizer, então, que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, está havendo uma modificação de paradigma na forma de se encarar o direito brasileiro. Ele caminha para uma perspectiva onde prevalece a Constituição e, por consequência, o comprometimento com os direitos fundamentais e com a mudança social.

É o que se depreende, inclusive, da leitura do artigo 3º da Constituição³⁴¹, ao traçar os objetivos da República Federativa do Brasil.

³³⁹ MAURER, Hartmut. *Contributos para o Direito do Estado*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 34.

³⁴⁰ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV - os direitos e garantias individuais.

³⁴¹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

A intenção do constituinte parece suficientemente clara. É de conferir efetividade aos direitos fundamentais.

De modo a reiterar essa intenção, em 25 de fevereiro de 1992, o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica.

Por consequência, assumiu o dever de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição, sem qualquer forma de discriminação, seja em razão de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

A necessidade, agora, é que os direitos fundamentais sejam, efetivamente, levados a sério. E, para tanto, mais do que a intenção é preciso que a Constituição passe a fazer parte da vida dos cidadãos, é preciso um comprometimento para fazer cumprir suas previsões.³⁴²

Nas palavras de Konrad Hesse, o que falta é o ‘poder e a vontade para a constituição’.³⁴³

Isso porque ainda que a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa, então, na medida em que tais tarefas forem efetivamente realizadas. Dessa forma, mais que a vontade do (recte: para) o poder (*Wille zur Macht*), cogente também se faz a vontade de (recte: para) a Constituição (*Wille zur Verfassung*).³⁴⁴

Depois da verificação do caminho percorrido pelos direitos fundamentais, desde sua concepção inicial como um direito de liberdade clássico até sua percepção também como um direito social, importante que, a partir de agora, se passe a analisar, de forma mais atenta, o princípio do estado social na Alemanha e no Brasil.

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³⁴² HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 47-52, número de margem 41-48.

³⁴³ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 19.

³⁴⁴ HESSE, Konrad. Op. cit., 1991, p. 19.

1.2 O princípio do estado social³⁴⁵ na Alemanha

O princípio do estado social teve sua origem na história jurídica no direito alemão. Na oportunidade, através de uma medida reguladora de 1839, reformas liberais, introduzidas na Prússia em 1807, foram complementadas com componentes sociais. O seu objetivo era, de um lado, a conservação da dignidade humana, assim como a afirmação dos direitos e deveres e da liberdade moral de grupos sociais desfavorecidos e, de outro lado, a recusa ao estado do bem-estar e a sua política previdenciária de orientação paternalista.³⁴⁶

Para tanto, acabou-se por acolher as realidades do desenvolvimento moderno técnico, econômico e social em si, normalizar tarefas que resultavam como implicação desse desenvolvimento e, ainda, colocar o cumprimento dessas tarefas sob os mandamentos do estado de direito.³⁴⁷

A técnica e a especialização cada vez maiores, a complexidade das condições de vida na sociedade industrial moderna tornaram extremamente necessárias intervenção, guia e configuração planificadora pelo estado. Isso porque elas colocaram o estado diante de tarefas novas, desconhecidas para ele até o momento e efetuaram o ingresso do estado em âmbitos até então deixados a cargo da autorregulação. Assim, elas elevaram o significado do estado para a vida econômica e social e aumentaram a dependência do particular das repercussões da atividade estatal.³⁴⁸

Por consequência, o estado entendeu-se, em grande medida, em âmbitos, que até o momento estavam a cargo da autorregulação não-estatal.³⁴⁹

³⁴⁵ De início, importante registrar a diferença dentre estado social e estado socialista. O estado social representa uma transformação estrutural por que passou o antigo estado liberal. Ele difere, portanto, do estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar, a partir do momento em que ele conserva sua adesão à ordem capitalista (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 205).

Daí compadecer-se o estado social no capitalismo com os diferentes sistemas de organização política, desde que o programa não importe em modificações fundamentais de certos postulados econômicos e sociais (BONAVIDES, Paulo. Op. cit., 1961, p. 205).

³⁴⁶ LEDUR, José Felipe. *Direitos Fundamentais Sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 102.

³⁴⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 173, número de margem 209.

³⁴⁸ HESSE, Konrad. Op. cit., 1998, p. 173, número de margem 210.

³⁴⁹ HESSE, Konrad. Op. cit., 1998, p. 173, número de margem 210.

A transformação do estado, que esse desenvolvimento produziu, afetou não só a maneira da formação da unidade e vontade política, como ela é característica para a democracia moderna, mas também a peculiaridade da administração moderna, a contar do momento em que ela se elevou do seu quadro tradicional de ‘administração intervencionista’ para se tornar, em grande medida, uma ‘administração prestacionista’.³⁵⁰

Em contraponto a essa administração intervencionista, em um primeiro momento, se falava de direitos de defesa.

Tratavam-se de direitos fundamentais que ocupavam a posição ou detinham um *status* negativo³⁵¹. Esse negativo, em verdade, era destinado ao estado, a contar do momento em que ele estava impedido de interferir em uma determinada esfera de liberdade do cidadão. Com fundamento nesses direitos de defesa, então, os indivíduos se defendiam de eventual intromissão indevida do estado na esfera de sua proteção.

Era, em última análise, a existência de um direito que possibilitava ao indivíduo se autodeterminar mediante decisões próprias, e não pelas decisões tomadas por um órgão ou uma outra pessoa.

Ao se tornar uma ‘administração prestacionista’, a administração moderna passa a exercer, daquele momento em diante, tarefas de configuração, assistência social e previsão planificadora ampla, atrás das quais ficam amplamente, em significado, as intervenções tradicionais pontuais – motivo pelo qual preferência, por

³⁵⁰ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 174, número de margem 211.

³⁵¹ Na classificação proposta por Jellinek, que dividia os direitos fundamentais em quatro *status*: o passivo, o negativo, o positivo e o ativo. Conferir em JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, S. 94 e seguintes.

Mais recentemente, Alexy, a partir dos conceitos de Jellinek, também precisou essas quatro modalidades de *status*. Com relação ao *status* passivo – *status subiectionis* -, definiu como sendo um estado de submissão do indivíduo perante o estado, conferindo a ele duas possíveis interpretações. Uma primeira, no que diz respeito aos mandados ou proibições legítimas, oriundos do estado, aos quais o indivíduo está submetido e uma segunda, quanto à totalidade dos mandados ou proibições que o estado impõe, por ter competência para tanto. O *status* negativo – *status libertatis* -, por sua vez, tinha por objetivo o conjunto de liberdades jurídicas que o indivíduo possui perante o estado. Seriam os direitos de defesa do indivíduo perante o estado. O *status* positivo – *status civitatis* – foi conceituado como trazendo uma ideia implícita de que o estado reconhece ao indivíduo a capacidade jurídica de veicular pretensões positivas perante ele. Por fim, o *status* ativo – *status activae civitatis*, correspondeu à ideia de uma cidadania ativa (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. Edición. Traducción: Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2012, p. 219-232).

ordem e proibição, demonstram-se, muitas vezes, também como insuficientes para dominar juridicamente a realidade alterada.³⁵²

Em conjunto com essa administração prestacionista, surgiram os direitos à prestação.

Juntamente com as formas clássicas de estabelecimento de direito e execução colocam-se, por conseguinte, em medida crescente, novas formas do tornar-se ativo estatal. Significado cada vez maior ganhou, então, a atuação administrativa cooperativa em forma de contratos e acordos entre administração e particulares.³⁵³

Se, tendo em vista tal situação, o estado foi qualificado como 'estado de direito social', então isso significa não só um reconhecimento forçado de uma realidade que não mais pode ser negada, mas também significa que as tarefas do estado não mais se esgotam na proteção, conservação, só ocasionalmente, intervenção. O estado, agora, é um estado que planifica, guia, presta, distribui, possibilita primeira vida individual como social e isso é posto para ele, pela fórmula do estado de direito social, por causa da Constituição, como tarefa.³⁵⁴

Essa tarefa fundamenta não só uma obrigação social da coletividade diante de seus membros, portanto, a obrigação para assistência social, assistência vital e satisfação social, mas também fundamenta obrigações sociais dos membros da coletividade entre si, assim como diante da coletividade. São deveres de proteção, ajuda, assistência e deveres de auto auxílio coletivo, vinculações da propriedade, obrigações tributárias e deveres de prestação, que põem o estado primeiro em condições de cumprir suas tarefas sociais. Se todas essas obrigações sociais carecem também da concretização e realização pela legislação ordinária, frequentemente também pelo tornar-se ativo administrativo, o princípio do estado social permanece, entretanto, um princípio constitucional. Ele obriga e legitima o legislador e o poder executivo para o exercício de tarefas estatal-sociais e garante em seu núcleo aqueles âmbitos jurídicos que pertencem à essência do estado de direito social, como, por exemplo, o direito de proteção dos trabalhadores e direito de horário do trabalho, o direito de ajuda social, direito de provisão ou direito do contrato coletivo

³⁵² HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 174, número de margem 211.

³⁵³ HESSE, Konrad. Op. cit., 1998, p. 175, número de margem 212.

³⁵⁴ HESSE, Konrad. Op. cit., 1998, p. 175, número de margem 213.

do trabalho. Um afastamento fundamental das instituições pertencentes à existência básica do estado de direito social está jurídico-constitucionalmente excluído.³⁵⁵

O cumprimento dessas tarefas está, em sua integralidade, sob os mandamentos do estado de direito. No estado de direito social, também a atividade configuradora e concedente dos poderes estatais deve ser posta em forma. Ela deve servir, à frente do objetivo, à garantia da existência digna de um ser humano. Por isso, destina-se à igualdade no sentido de coordenação social justa. Ainda, deve servir à liberdade que, depois do tempo, nos separa do mundo liberal do século XIX, das mudanças radicais sociais e inflações, não mais é só uma questão de proteção diante de intervenções estatais, mas, simultaneamente, também, de uma eficácia estatal ampla, pela qual somente ela pode ganhar realidade.³⁵⁶

Concomitantemente, no entanto, o princípio do estado social encontra nos mandamentos da estabilidade jurídica material também seus limites. Isso porque uma assistência social estatal ampla que queira transmutar a coletividade em um estado-beneficência ou estado-provisão e abole liberdade autorresponsável, não mais corresponde ao princípio do estado de direito social. Esse limite, naturalmente não se deixa traçar nitidamente. Ele deixa, além disso, amplo espaço para configurações distintas.³⁵⁷

A fórmula do estado de direito social contém, por consequência, sem dúvida, para o legislador que concretiza, um encargo obrigatório, mas não diretrizes obrigatórias para o cumprimento desse encargo.³⁵⁸

1.3 O (princípio do) estado social no Brasil

No Brasil, não há nenhuma norma escrita que seja expressa atinente ao princípio do estado social.³⁵⁹ Entretanto, não resta dúvida do caráter social do estado brasileiro.

³⁵⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 175-176, número de margem 213.

³⁵⁶ HESSE, Konrad. Op. cit., 1998, p. 176, número de margem 214.

³⁵⁷ HESSE, Konrad. Op. cit., 1998, p. 177, número de margem 215.

³⁵⁸ HESSE, Konrad. Op. cit., 1998, p. 177, número de margem 215.

³⁵⁹ Nos termos do artigo 20, 1, da Lei Fundamental, a República Federal da Alemanha é um estado federal democrático e social.

No original: *Artikel 20 (1) – Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.*

Tanto na Constituição de 1934³⁶⁰ como nas seguintes³⁶¹ houve inserção de normas atinentes aos direitos sociais. O mesmo se deu, por consequência, na Constituição de 1988.

A despeito da previsão do preâmbulo, que proclamou a instituição de um estado democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, a Constituição Federal de 1998 foi mais além. Ela previu um extenso rol de direitos sociais.

A inclusão dos direitos fundamentais no rol dos direitos fundamentais caracterizou uma mudança extraordinária que exigiu atenção do intérprete e aplicador do direito, de modo que não sejam esvaziados, lembrando-se que, diferentemente dos

Ainda que se possa dizer que há uma certa timidez do Tribunal Constitucional Federal em fazer o princípio do estado social frutificar em sua jurisprudência, ele sempre deixou evidente em suas decisões que a realização e o princípio do estado social cabe ao legislador (HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 237).

Assim, a expressão do artigo 20, 1, da Lei Fundamental significa que o estado tem o dever de providenciar por uma compensação dos contratos sociais e, com isso, para uma ordem social justa. E esse objetivo será buscado, em um primeiro momento, por meio da legislação (HECK, Luís Afonso. *Op. cit.*, 2012, p. 240).

³⁶⁰ O Título IV da Constituição de 1934 tratou, pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, de normas alusivas à Ordem Econômica e Social. Destacaram-se as normas de natureza coletiva, trabalhista e previdenciária, de modo mais específico, diretrizes a serem observadas pela legislação.

O Título V, Capítulo II, por sua vez, cuidou da educação e da cultura. No caso da educação, previu que a educação era um direito de todos e que o plano nacional de educação constante de lei federal deveria obedecer determinadas normas, dentre elas, a de que o ensino primário seria integral e gratuito e de frequência obrigatória extensivo aos adultos e a tendência à gratuidade do ensino educativo ulterior ao primário, no intento de o tornar mais acessível.

³⁶¹ A Constituição outorgada por Getúlio Vargas, em 1937, introduziu capítulo designado de Ordem Econômica, no entanto, dessa feita, sem o qualificativo Social. Com relação à educação, inexistiu regra específica que a reconhecesse como direito de todos. Foi mantida a previsão do ensino primário gratuito, mas norma similar à da Constituição de 1934, que ordenava a tendência à gratuidade do ensino ulterior ao primário não foi adotada pelo outorgante.

Com a Constituição de 1946, retomou a previsão da Ordem Econômica e Social.

A Constituição de 1967 foi inovadora no que tange aos direitos sociais, a partir do momento que não mais se referia a simples preceitos a serem observados pela legislação ordinária. Tanto as normas trabalhistas como as previdenciárias deixaram de ser preceitos endereçados ao legislador ordinário e passaram a abrigar direitos de natureza constitucional. Quanto à educação, ela voltou a ser considerada um direito de todos. A previsão era de que dos sete aos quatorze anos, o ensino seria obrigatório e gratuito nos estabelecimentos oficiais e que o ensino oficial ulterior ao primário poderia ser gratuito para aqueles que demonstrassem aproveitamento e falta de recursos. Ainda, havia previsão de concessão de bolsas de estudos.

No que diz respeito à Emenda Constitucional 1, de 1969, não houve qualquer mudança significativa no rol de direitos sociais.

direitos clássicos, a consecução dessa hierarquia fundamental dos direitos sociais a partir da Constituição de 1988 se creditou à mobilização social.³⁶²

Tratam-se de direitos fundamentais sociais como categoria geral, como emergentes da relação de emprego ou de trabalho e, ainda, relacionados aos direitos coletivos.

Em seu artigo 6º definiu como sendo direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Considerando que os direitos sociais reconhecidos pelo artigo 6º foram formulados em termos gerais, em nível de princípios, e pertencem às pessoas como membros da comunidade política e jurídica, eles dirigem-se a todos, ou seja, não correspondem a uma categoria específica de titulares de direitos fundamentais. Vale referir, entretanto, que o fato de todos serem os titulares desses direitos, por certo, não conduz necessariamente a que toda e qualquer ação governamental nesse terreno deva contemplar em igual medida a todos os indivíduos.³⁶³

Dessa generalidade não segue que os direitos sejam puramente formais, sem conteúdo, pois, além de exercerem funções jurídico-objetivas no ordenamento jurídico, já estão dotados de eficácia que se origina diretamente da Constituição, relativo ao mínimo existencial da pessoa e aos casos de urgência com perigo de dano grave irreversível. No entanto, seu significado seria restrito se não houvesse outras normas constitucionais ou infraconstitucionais voltadas à sua concreção. Com efeito, direitos fundamentais sociais, enquanto gerais, de regra, não conferem direito subjetivo. Dessa forma, por não serem direitos de defesa de onde a força eficaz se extrai diretamente da Constituição não originam pretensão exercitável em juízo. Para tanto, então, se faz importante a prévia definição legal das ações ou prestações positivas do estado ou de terceiros que objetivam. Portanto, os direitos sociais possuem objeto divisível.³⁶⁴

Entretanto, possível reconhecer que parte das normas constitucionais relacionadas aos direitos sociais do artigo 6º já confere direito subjetivo em termos amplos, na medida em que especificados na própria Constituição.³⁶⁵

³⁶² LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 79.

³⁶³ LEDUR, José Felipe. Op. cit., 2009, p. 82.

³⁶⁴ LEDUR, José Felipe. Op. cit., 2009, p. 83.

³⁶⁵ LEDUR, José Felipe. Op. cit., 2009, p. 83.

Resta, assim, concluir que a só categorização geral dos direitos sociais como direitos fundamentais não esgota a função e o propósito que a dogmática jurídico-constitucional se propõe. Por isso, incumbe ao desenvolvimento científico-dogmático, examinar as facetas que os direitos fundamentais sociais apresentam ou podem apresentar em suas diversas manifestações, seja em si mesmos, seja por meio da concreção obtida na Constituição ou pela conformação que a lei infraconstitucional lhes deu ou pode dar.³⁶⁶

Em seu artigo 7º, a Constituição contém um rol de direitos que integra o catálogo dos direitos fundamentais. São os direitos sociais trabalhistas.³⁶⁷

Nesse caso, os direitos contemplados pelo artigo 7º contemplam titulares determinados, os trabalhadores que mantêm um contrato de emprego com um empregador, materializando concretizações do direito ao trabalho previsto pelo artigo 6º. Cuidam-se de direitos com conteúdo prestacional definido, que são concretizações de princípios como a igualdade e a liberdade. Em função disso, conferem direito subjetivo exigível em juízo. Dessa maneira, caso o empregador ou o tomador de serviços deixe de prestar, o titular pode exigir a proteção judicial do estado, a quem cumpre assegurar efetividade àqueles direitos.³⁶⁸

Em seus artigos 8º a 11 encontram-se a relação temática entre os direitos sociais e os direitos coletivos. São concretizações do princípio da liberdade.

Eles se relacionam à organização e ao desenvolvimento de atividades sindicais e possuem pelo menos duas funções: tanto podem ser exercidos como direito de defesa frente a intervenções estatais não autorizadas pela Constituição quanto podem ser invocados como direitos fundamentais com eficácia direta frente a particulares ou terceiros.³⁶⁹

Os direitos sociais e coletivos mantêm vinculação por sua gênese comum de mobilizações populares, especialmente dos segmentos desprovidos de posse de bens. Por isso não se deixam dividir em categorias sem conexões. No entanto, eles se diferenciam quanto ao objeto e aos titulares. Ademais, as normas relativas a

³⁶⁶ LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 83.

³⁶⁷ Ver Segunda Parte, Capítulo 2, Subcapítulo 2.3, p. 95.

³⁶⁸ LEDUR, José Felipe. Op. cit., 2009, p. 84.

³⁶⁹ LEDUR, José Felipe. Op. cit., 2009, p. 86.

direitos sociais podem não se dirigir exclusivamente a um receptor de prestações em particular, mas assumir função de direção ou dirigir-se a fins variados.³⁷⁰

Ressaltam-se, também, características próprias dos direitos coletivos, tais como a ausência de indagação acerca da posição social ou econômica dos interessados que não é posta como um *a priori*, ainda que o efeito mediato do exercício desses direitos possa conservar ou melhorar essa posição. Por meio deles, procura-se defender um bem coletivo, a ser assegurado em igual medida para todos.³⁷¹

O que se busca, seja com os direitos sociais gerais e específicos quanto com os coletivos, é garantir um patamar social que se eleve acima do mínimo existencial.³⁷²

Mais adiante, de modo complementar, então, a Constituição destinou um título à ordem social, explicitando normas que fornecem subsídios que auxiliam na compreensão do conteúdo dos direitos anunciados pelo artigo 6º.

Nesse sentido, por exemplo, o artigo 170 da Constituição, que estabeleceu que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social”; o artigo 196, que determinou que “a saúde é direito de todos e dever do estado”; o artigo 194, que preceituou que “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”; o artigo 201, *caput* e inciso II, que prescreveram, respectivamente, que “a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial” e “proteção à maternidade, especialmente à gestante”; o artigo 203, que estabeleceu que “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social”; e, ainda, o artigo 205, que previu “a educação, direito de todos e dever do estado e da família”.

Uma vez feita essa abordagem inicial sobre o estado social, importante que, dando seguimento ao estudo, seja feita uma análise da conexão entre ele e os direitos fundamentais.

³⁷⁰ LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 86-87.

³⁷¹ LEDUR, José Felipe. Op. cit., 2009, p. 87.

³⁷² LEDUR, José Felipe. Op. cit., 2009, p. 84.

CAPÍTULO 2 A relação dos direitos fundamentais e do estado social

2.1 Uma visão panorâmica dos direitos fundamentais sociais

Os direitos à prestação são direitos do indivíduo frente ao estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Desse modo, quando se fala em direitos fundamentais sociais³⁷³, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se fazer menção a direitos a prestação.³⁷⁴

Uma diferenciação, nesse momento, se faz necessária.

Os direitos à prestação que são preceituados de forma expressa não são os mesmos direitos à prestação atribuídos por meio de interpretação.³⁷⁵ Como regra, os

³⁷³ Paulo Gilberto Cogo Leivas, tendo por base o referido por Robert Alexy, definiu os direitos fundamentais sociais como “(...) em sentido material, direitos a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares, porém, na ausência destas condições e, considerando a importância destas prestações, cuja outorga ou não-outorga não pode permanecer nas mãos da maioria simples parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado por força de disposição constitucional” (LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 89).

³⁷⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. Edición. Traducción: Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2012, p. 443.

³⁷⁵ Esse debate acerca da possibilidade dos direitos fundamentais sociais não expressos diretamente serem associados de modo interpretativo a outras normas constitucionais assume especial importância na Alemanha, uma vez que na Lei Fundamental alemã, há somente um direito social expresso – artigo 6, alínea 4, da Lei Fundamental (LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Op. cit., 2006, p. 89-90).

Na obra *Teoria dos direitos fundamentais*, Robert Alexy lançou mão de um conceito de norma de direito fundamental associada, de modo a referir a categoria que reúne normas não estatuídas imediatamente no texto constitucional e que, apesar disso, têm natureza de normas de direito fundamental, mantendo com as imediatamente estatuídas uma relação de natureza específica (LUDWIG, Roberto José. A norma de direito fundamental associada: um conceito operativo e central da teoria de Robert Alexy. In: HECK, Luís Afonso (Org.). *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015, p. 179).

Esse conceito de norma de direito fundamental associada encontrou resistência, mas, ainda assim, em um balanço geral, mostrou-se positivo. Isso porque sua operatividade, utilidade e eficiência restaram evidenciados. Outro aspecto importante para esse reconhecimento positivo foi o de que o conceito demonstrou uma potencialidade em estruturar de maneira mais transparente e racional a ponderação e, por consequência, a racionalidade da ponderação e da teoria dos princípios (LUDWIG, Roberto José. In: HECK, Luís Afonso (Org.). Op. cit., 2015, p. 215-216).

Dessa forma, seus ganhos podem ser resumidos no fato de que se pode afirmar com algum embasamento que são possíveis normas de direito fundamental não estatuídas diretamente no texto constitucional; que tais normas, decorrentes da ponderação de princípios colidentes, possuem caráter de regras e são passíveis de subsunção de casos concretos; que podem engendrar posições jurídicas subjetivas definitivas; podem configurar precedente para casos similares e, enquanto expressão de relações de precedência, podem formar redes úteis para fins dogmáticos e jurisprudenciais (LUDWIG, Roberto José. In: HECK, Luís Afonso (Org.). Op. cit., 2015, p. 216).

direitos fundamentais sociais são reservados aos direitos à prestação expressos, enquanto que os direitos fundamentais às prestações ou interpretações sociais dos direitos de liberdade e garantia são reservados aos direitos à prestação por meio de interpretação.³⁷⁶

No Brasil, essa diferenciação também possui grande relevância. A questão, entretanto, não está relacionada com a previsão dos direitos fundamentais sociais, mas sim com a sua aplicação – ponderação, porque, com isso, podem aos direitos fundamentais sociais previstos ser associados outros pela norma de direito fundamental associada.

No que diz respeito ao seu conteúdo, sua estrutura e seus problemas, no entanto, há uma ampla coincidência entre ambas as categorias. Isso justifica designar todos os direitos a prestações como direitos fundamentais sociais e, no interior da classe dos direitos fundamentais sociais, diferenciar entre aqueles expressamente garantidos e aqueles atribuídos por meio de interpretação.³⁷⁷

As normas a serem atribuídas aos dispositivos fundamentais sob a rubrica direitos fundamentais sociais são de tipos os mais distintos. A partir de pontos de vista teórico-estruturais, são três os critérios diferenciadores. Em primeiro lugar, pode-se tratar de normas que garantam direitos subjetivos ou normas que apenas obriguem o estado de forma objetiva. Em segundo lugar, elas podem ser normas vinculantes ou não-vinculantes (enunciados programáticos). Em terceiro lugar, as normas podem fundamentar direitos e deveres definitivos ou *prima facie*, isto é, regras ou princípios.³⁷⁸

A proteção mais intensa é garantida pelas normas vinculantes que outorgam direitos subjetivos definitivos a prestações, enquanto que a proteção mais fraca é garantida pelas normas não-vinculantes que fundamentam apenas um dever estatal objetivo *prima facie* à realização de prestações.³⁷⁹

Além das diferenças estruturais, ainda de lembrar que existem diferenças que são substanciais. Aqui, importante a menção à diferença entre um conteúdo

Conferir, sobre norma de direito fundamental associada, ainda, circunstanciadamente, LUDWIG, Roberto José. *A norma de direito fundamental associada: direito, moral, política e razão em Robert Alexy*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014.

³⁷⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. Edición. Traducción: Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2012, p. 443-444.

³⁷⁷ ALEXY, Robert. Op. cit., 2012, p. 443-444.

³⁷⁸ ALEXY, Robert. Op. cit., 2012, p. 444.

³⁷⁹ ALEXY, Robert. Op. cit., 2012, p. 445.

minimalista e um maximalista. O programa minimalista tem como objetivo garantir ao indivíduo o domínio de um espaço vital e de um *status* social mínimos, ou seja, aquilo que é chamado de direitos mínimos e pequenos direitos sociais. Um conteúdo maximalista, por sua vez, pode ser percebido quando se fala de uma realização completa dos direitos fundamentais.³⁸⁰

A diversidade dá ensejo à suposição de que o problema dos direitos fundamentais sociais não pode ser resumido a uma questão de tudo-ou-nada.

Tendo como bem fixada essa visão geral sobre os direitos fundamentais sociais, se faz necessária, doravante, uma breve análise dos argumentos favoráveis e contrários aos direitos fundamentais sociais.

2.2 Os argumentos favoráveis

O principal argumento a favor dos direitos fundamentais sociais é um argumento baseado na liberdade.³⁸¹

Seu ponto de partida são duas teses.

A primeira, no sentido de que a liberdade jurídica, isto é, a permissão jurídica de se fazer ou deixar de fazer algo, não tem valor sem uma liberdade fática, isto é, a possibilidade fática de escolher entre as alternativas permitidas. A formulação dessa tese é bastante geral. Mas ela é ao menos necessariamente correta se interpretada de forma a que liberdade jurídica de alguém de realizar, ou não, a ação qualquer não deixa de ter valor para esse alguém se ele, por razões fáticas, não tem a possibilidade de escolher entre a realização e a não-realização da ação.³⁸²

A segunda tese defende que, sob as condições da moderna sociedade industrial, a liberdade fática de um grande número de titulares de direitos fundamentais não encontra seu substrato material em um espaço vital por eles controlado, pois ela depende de atividades estatais. Mesmo que com algumas qualificações adicionais, essa tese não pode ser descartada.³⁸³

Essas teses, entretanto, são apenas um ponto de partida de um argumento a favor dos direitos fundamentais sociais.

³⁸⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. Edición. Traducción: Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2012, p. 446.

³⁸¹ ALEXY, Robert. Op. cit., 2012, p. 446.

³⁸² ALEXY, Robert. Op. cit., 2012, p. 447.

³⁸³ ALEXY, Robert. Op. cit., 2012, p. 447.

Isso é facilmente perceptível a partir da constatação de que, mesmo sem aceitar a existência dos direitos fundamentais sociais, seria não apenas possível aceitar ambas as teses como, também, conceber a criação de uma liberdade fática como algo desejado pela Constituição. Seria necessário apenas aceitar uma repartição de tarefas entre os direitos fundamentais e o processo político, de acordo com a qual aos primeiros caberia zelar pela liberdade jurídica e aos segundos, pela liberdade fática. Por isso, para complementar o argumento baseado na liberdade é necessário demonstrar por que a liberdade fática deve ser garantida diretamente pelos direitos fundamentais.³⁸⁴

Para que isso seja fundamentado não é suficiente afirmar que os direitos fundamentais devem garantir a liberdade, mas sim que devem garantir também a liberdade fática. A questão, no entanto, é justamente essa, qual seja, a de saber se os direitos fundamentais também devem garantir a liberdade fática. Portanto, para justificar a atribuição de direitos fundamentais sociais com o auxílio de um argumento baseado na liberdade é necessário fundamentar por que a liberdade garantida pelos direitos fundamentais inclui a liberdade fática.³⁸⁵

Para responder tal questionamento, dois são os principais argumentos que podem ser utilizados.

O primeiro baseia-se na importância da liberdade fática para o indivíduo. Para o indivíduo, por exemplo, é de importância vital não viver abaixo do mínimo existencial, não estar condenado a um desemprego de longo prazo e não estar excluído da vida cultural de seu tempo. É certo que, para aquele que se encontra em uma tal situação de necessidade, os direitos fundamentais não são totalmente sem valor. É exatamente aquele desprovido de meios que pode valorizar especialmente aqueles direitos fundamentais que o protegem contra o trabalho forçado e outras situações semelhantes e aqueles que lhe dão a possibilidade de melhorar sua situação por meio do processo político. No entanto, não é possível negar que, para ele, a eliminação de sua situação de necessidade é mais importante que as liberdades jurídicas, que a ele de nada servem, em razão dessa situação de necessidade, e que, por isso, são para ele uma fórmula vazia. Se a esse cenário se adiciona o fato de que a razão de ser dos direitos fundamentais é exatamente a de que aquilo que é especialmente importante

³⁸⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. Edición. Traducción: Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2012, p. 448.

³⁸⁵ ALEXY, Robert. Op. cit., 2012, p. 448.

para o indivíduo, e que pode ser juridicamente protegido, deve ser juridicamente garantido, então, o primeiro argumento para a proteção no âmbito dos direitos fundamentais está completo.³⁸⁶

O segundo argumento está ligado ao primeiro. De acordo com ele, a liberdade fática é constitucionalmente importante não apenas sob o aspecto formal da garantia de coisas especialmente importantes, mas também sob o aspecto substancial. O Tribunal Constitucional Federal, por exemplo, interpretou o catálogo de direitos fundamentais como expressão de um sistema de valores, 'em cujo centro se encontra o livre desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade no seio da comunidade social'. À luz da teoria dos princípios, isso deve ser interpretado de forma a que o catálogo de direitos fundamentais expresse, dentre outros, princípios que exijam que o indivíduo possa desenvolver livremente sua dignidade na comunidade social, o que pressupõe uma certa medida de liberdade fática. A conclusão inevitável é a de que os direitos fundamentais, se seu escopo for o livre desenvolvimento da personalidade humana, também estão orientados para a liberdade fática, ou seja, também devem garantir os pressupostos do exercício das liberdades jurídicas, sendo, assim, 'não apenas a regulação das possibilidades jurídicas, mas também do poder de agir fático'. A questão é saber se essa hipótese, que encontra fundamentos adicionais no princípio do estado social e no princípio da igualdade fática, consegue resistir aos argumentos contrários.³⁸⁷

2.3 Os argumentos contrários

Dentre as objeções contra os direitos fundamentais sociais, as principais podem ser agrupadas em dois argumentos complexos, um de ordem formal e um de ordem substancial.³⁸⁸

Segundo o argumento formal, se os direitos fundamentais sociais forem vinculantes, eles deslocam a política social da competência parlamentar para a competência do tribunal constitucional. Em contraponto, se eles não forem vinculantes, eles implicam uma violação da cláusula da vinculação.

³⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. Edición. Traducción: Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2012, p. 448-449.

³⁸⁷ ALEXY, Robert. Op. cit., 2012, p. 449.

³⁸⁸ ALEXY, Robert. Op. cit., 2012, p. 450.

O ponto de partida desse argumento é a tese de que os direitos fundamentais sociais não são justiciáveis ou o são apenas em pequena medida. Essa tese pode se basear no fato de que os objetos da maioria dos direitos fundamentais sociais são extremamente indeterminados. Ocorre que dificuldades na definição do exato conteúdo de direitos bem como, em geral, a precisa determinação de conceitos dos mais indeterminados não são tarefas incomuns para a Ciência do Direito. Por isso, ao lado da indefinição semântica e estrutural dos direitos fundamentais sociais, a tese do déficit de justiciabilidade tem que agregar uma outra forma de indefinição, qual seja, a impossibilidade de se chegar, com os meios específicos do direito, a uma determinação exata do conteúdo e da estrutura dos direitos fundamentais sociais formulados abstratamente. Ela tem que sustentar que o direito não fornece critérios suficientes, então, a decisão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais sociais é uma tarefa da política. Mas isso significaria que, segundo os princípios da separação de poderes e da democracia, a decisão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais sociais estaria inserida não na competência dos tribunais, mas na do 'legislador diretamente legitimado pelo povo'. A partir dessa ideia, no âmbito dos direitos fundamentais sociais os tribunais poderiam decidir somente após o legislador já haver decidido.³⁸⁹

O argumento que tem por base a competência ganha um peso especial em virtude dos efeitos financeiros dos direitos fundamentais sociais, uma vez que grandes custos financeiros associados à sua realização, a existência de direitos fundamentais sociais abrangentes e exigíveis judicialmente conduziria a uma determinação jurídico-constitucional de grande parte da política orçamentária.³⁹⁰

Assim, aquele que quiser evitar esse resultado insustentável e manter-se fiel à ideia de direitos fundamentais sociais tem apenas uma saída, caso queira se manter nos limites do argumento formal. As normas que garantem direitos fundamentais sociais teriam que ser compreendidas como normas não-vinculantes.³⁹¹

Conforme o argumento substancial, os direitos fundamentais sociais são incompatíveis – ou, ao menos, colidem – com normas constitucionais materiais. Na medida em que essas normas constitucionais materiais garantam direitos de

³⁸⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. Edición. Traducción: Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2012, p. 450-451.

³⁹⁰ ALEXY, Robert. Op. cit., 2012, p. 451.

³⁹¹ ALEXY, Robert. Op. cit., 2012, p. 451.

liberdade, o argumento substancial é um argumento vinculado à liberdade contra os direitos fundamentais sociais sustentados em um argumento vinculado à liberdade.³⁹²

A colisão entre direitos fundamentais sociais e direitos de liberdade é especialmente clara no caso do direito ao trabalho.³⁹³

Colisões entre direitos fundamentais sociais de uns com direitos de liberdade de outros não surgem somente quando o estado controla apenas indiretamente uma pequena parcela do objeto do direito em uma economia de mercado, como é o caso do direito ao trabalho. Todos os direitos fundamentais sociais são extremamente custosos. Para a realização dos direitos fundamentais sociais o estado pode apenas distribuir aquilo que recebe dos outros, por exemplo na forma de impostos e taxas. Mas isso significa que os frequentemente suscitados limites da capacidade de realização do estado não decorrem apenas dos bens distribuíveis existentes, mas sobretudo daquilo que o estado, para fins distributivos, pode tomar dos proprietários desses bens sem violar seus direitos fundamentais.³⁹⁴

Com frequência fala-se não apenas em uma colisão entre direitos fundamentais sociais de uns e direitos de liberdade de outros, mas também de uma colisão entre direitos fundamentais sociais e direitos de liberdade do mesmo titular de direitos. Nesse sentido, um direito ao trabalho implica um dever de trabalhar. Embora a vinculação entre um direito ao trabalho e um dever de trabalhar seja frequente, ela não é necessária. Um estado que introduza um direito ao trabalho pode abdicar de um dever de trabalhar, mesmo que esteja interessado em que o máximo possível de cidadãos trabalhe. O interesse em trabalhar, sobretudo o interesse em um salário, pode ser, para um número suficiente de cidadãos, um incentivo suficiente para exercer

³⁹² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. Edición. Traducción: Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2012, p. 451-452.

³⁹³ Ainda hoje são perceptíveis essas colisões entre direitos fundamentais sociais e direitos de liberdade – direito à privacidade e direito à segurança coletiva; direito à propriedade dos meios de produção e direito ao trabalho, dentre outros. Isso decorreu da necessidade de, para consolidar os primeiros, ter sido necessário limitar a presença do estado, enquanto que, para afirmar os direitos sociais, foi necessário ampliá-la. Nos dias de hoje, no entanto, possível observar que os direitos fundamentais clássicos requerem um sistema de proteção que exige ações positivas do estado. Por consequência, tem início uma aproximação dos direitos fundamentais clássicos, de tradição individualista e liberal, com os direitos fundamentais sociais, que requerem prestações positivas do estado. Ambos, então, voltam-se para a proteção da pessoa (LEDUR, José Felipe. *A realização do Direito ao Trabalho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 161-162).

Muito embora a incompatibilidade entre os direitos fundamentais clássicos e os direitos sociais ainda tenha seus defensores, cada vez mais forte fica o entendimento de que, em verdade, os direitos sociais surgiram para conferir vitalidade aos direitos fundamentais clássicos. Assim, essas duas categorias de direitos formariam vias de mãos duplas, onde a efetividade de uns e outros exige atuação complementar e não excludente (LEDUR, José Felipe. Op. cit., 1998, p. 161-162).

³⁹⁴ ALEXY, Robert. Op. cit., 2012, p. 452-453.

o direito ao trabalho. Entretanto, algo diverso disso pode ser verdadeiro se o direito ao mínimo existencial já coloca o indivíduo em uma situação na qual o exercício do direito do trabalho deixa de ser atrativo para ele.³⁹⁵

Por fim, importante que ser mencionadas as colisões de direitos fundamentais sociais com outros direitos fundamentais sociais, bem como as colisões entre direitos fundamentais sociais e interesses coletivos. Um exemplo das primeiras é a colisão entre um direito ao trabalho e um direito ao meio ambiente. Já as colisões entre direitos fundamentais sociais e interesses coletivos, como, por exemplo, a defesa nacional, decorrem do fato de que a realização de ambos exige uma parte considerável do orçamento, ou seja, decorrem do já mencionado efeito financeiro dos direitos fundamentais sociais.³⁹⁶

Considerados os argumentos favoráveis e contrários aos direitos fundamentais sociais, resta evidente que ambos os lados dispõem de fortes argumentos. A solução, então, parece que consiste na adoção de em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Esse modelo foi desenvolvido por Robert Alexy, em sua teoria dos direitos fundamentais. Robert Alexy, mais além, argumenta no plano do estado social e não no plano da regulação constitucional particular. Também por isso, esse modelo é aplicável à situação jurídico-constitucional brasileira.

É o que passaremos a analisar a seguir.

2.4 O modelo, segundo Robert Alexy, de direito sociais fundamentais

Esse modelo pode ser vislumbrado, por exemplo, com relação aos direitos fundamentais na Alemanha, na medida em que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-los ou não garanti-los não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.³⁹⁷

No mesmo sentido, os direitos fundamentais na Constituição brasileira, uma vez que, nos termos do artigo 60, §4º, IV, eles são cláusulas pétreas, de modo que não podem ser abolidos nem mesmo por meio de emendas constitucionais.

³⁹⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. Edición. Traducción: Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2012, p. 453.

³⁹⁶ ALEXY, Robert. Op. cit., 2012, p. 453.

³⁹⁷ ALEXY, Robert. Op. cit., 2012, p. 454.

De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de ponderação entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e interesses coletivos.³⁹⁸

O modelo não determina quais direitos fundamentais sociais definitivos o indivíduo tem. Entretanto, ele diz que ele pode ter alguns e o que é relevante para sua existência e seu conteúdo. A resposta para a questão é tarefa da dogmática de cada um dos direitos fundamentais sociais. Uma posição no âmbito dos direitos e prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração. Essas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, por exemplo, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica.³⁹⁹

Vale consignar que mesmo os direitos fundamentais sociais mínimos têm, especialmente quando são muitos que deles necessitam, enormes efeitos financeiros. No entanto, isso, isoladamente considerado, não justifica uma conclusão contrária à sua existência. A força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Assim, direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras.⁴⁰⁰

A extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas, mas é exatamente nesses momentos que pode haver pouco a ser distribuído. Parece razoável a objeção de que a existência dos direitos fundamentais

³⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. Edición. Traducción: Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2012, p. 454.

³⁹⁹ ALEXY, Robert. Op. cit., 2012, p. 454-455.

⁴⁰⁰ ALEXY, Robert. Op. cit., 2012, p. 455.

sociais definitivos – ainda que mínimos – tornaria impossível a necessária flexibilidade em tempos de crise e poderia transformar uma crise econômica em uma crise constitucional. Contra essa objeção é necessário observar, em primeiro lugar, que nem tudo aquilo que em um determinado momento é considerado como direitos sociais é exigível pelos direitos fundamentais sociais mínimos. Em segundo lugar, que, de acordo com o modelo ora proposto, as necessárias ponderações podem conduzir, em circunstâncias distintas, a direitos definitivos distintos. E, em terceiro lugar, que é exatamente nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível.⁴⁰¹

Também contra o modelo ora proposto pode ser levantada a objeção de uma justiciabilidade deficiente.

Essa objeção deve ser rejeitada com base na constatação de que os problemas de justiciabilidade que surjam no âmbito desse modelo não se distinguem, em sua essência, daqueles que existem no caso dos direitos fundamentais tradicionais. Não raro os problemas da ponderação no âmbito dos direitos de liberdade são bastante complexos e sua solução pode ter grandes consequências para a vida social. Se um direito existe, ele é justiciável. O fato de os direitos fundamentais sociais dependerem de uma configuração infraconstitucional não é uma objeção decisiva, pois também competências e procedimentos dependem desse tipo de regulação. O mesmo vale para outros tipos de direitos fundamentais. Razões processuais também não são capazes de sustentar a tese da não-justiciabilidade.⁴⁰²

O modelo apresentado, então, é baseado na ponderação.

É característico de todos os modelos baseados na ponderação que aquilo que é devido *prima facie* seja mais amplo que aquilo que é devido definitivamente. Alguém poderia sustentar que essa construção é inaceitável quando se trata de direitos sociais.⁴⁰³

A estrutura argumentativa implicada pelos direitos *prima facie* é racional, porque leva a cabo a fundamentação jurídica como um jogo de fundamentos e contra-fundamentos é algo racional. Ocorre que os fundamentos de ambos os lados têm, isoladamente considerados, algo de excedente. Embora nunca seja possível excluir a

⁴⁰¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. Edición. Traducción: Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2012, p. 455-456.

⁴⁰² ALEXY, Robert. Op. cit., 2012, p. 456.

⁴⁰³ ALEXY, Robert. Op. cit., 2012, p. 457-458.

possibilidade de que alguém aceite apenas os fundamentos de um dos lados e, por isso, chegue a resultados excessivos, isso não é algo possível apenas no caso dos direitos fundamentais sociais, mas também no dos direitos tradicionais de liberdade. Aquele que aceita apenas o princípio da liberdade jurídica também chega a resultado excessivos, da mesma forma que aquele para o qual existe apenas o princípio da liberdade fática. A constatação de que é possível retirar partes de uma estrutura racional de fundamentação para usá-las de forma não-racional não é um motivo para que se renuncie a ela em favor de uma estrutura menos racional de fundamentação. Aquele que não se deixa convencer, após o necessário jogo de fundamentos e contra-fundamentos do modelo proposto, de que um direito fundamental não é definitivamente protegido dificilmente se deixará convencer por alegações como aquelas que sustentam que aquilo que ele pretendia ver definitivamente protegido pelo direito fundamental não o era desde o início. Assim sendo, uma renúncia à estrutura de fundamentação requerida pela teoria de princípios também não pode ser justificada com o recurso a argumentos pedagógico-constitucionais, cuja aceitação seria, de qualquer forma, extremamente questionável do ponto de vista de uma teoria científica.⁴⁰⁴

Por fim, alguém poderia sustentar que o modelo apresentado reprime, de forma inaceitável, o objetivo em favor do subjetivo.⁴⁰⁵

No entanto, o modelo proposto não é atingido pela crítica da não-consideração da importância da faceta objetiva. Antes pelo contrário, pois ele oferece uma base para uma exata compreensão do conteúdo correto da tese do excedente do lado objetivo. A resposta, então, é a teoria dos princípios.⁴⁰⁶

De acordo com o modelo proposto, o indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais colidentes, considerados em conjunto. Esse é o caso dos direitos mínimos. É possivelmente a esse tipo de direito mínimos que se quer fazer referência quanto direitos subjetivos públicos e judicialmente exigíveis a prestações são contrapostos ao conteúdo objetivo excedente. Em face de direitos definitivos que sejam o resultado de uma ponderação, os direitos *prima facie* correspondentes aos

⁴⁰⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. Edición. Traducción: Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2012, p. 458.

⁴⁰⁵ ALEXY, Robert. Op. cit., 2012, p. 458-459.

⁴⁰⁶ ALEXY, Robert. Op. cit., 2012, p. 459.

princípios têm sempre algo de excedente. O conceito de excedente não está, portanto, vinculado à dicotomia subjetivo-objetivo.⁴⁰⁷

Aqui, então, resta apresentado o critério da raça em oposição ao critério da liberdade fática.

A competência do tribunal termina nos limites do definitivamente devido. Mas os princípios contêm exigências normativas endereçadas ao legislador mesmo além desses limites. Um legislador que satisfaça princípios de direitos fundamentais além do âmbito do definitivamente devido satisfaz normas de direitos fundamentais mesmo se não está definitivamente obrigado a fazê-lo, e, por isso, não pode ser obrigado a tanto por um tribunal constitucional.⁴⁰⁸

Depois do estudo dos direitos fundamentais sociais, o próximo passo é tratar da questão cerne do trabalho, qual seja, o que diz respeito à política das cotas e à igualdade de chances.

⁴⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. Edición. Traducción: Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2012, p. 459.

⁴⁰⁸ ALEXY, Robert. Op. cit., 2012, p. 460.

QUARTA PARTE: A POLÍTICA DE COTAS E A IGUALDADE DE CHANCES

CAPÍTULO 1: A política de cotas

1.1 Pressupostos

Dentre as modalidades de ações afirmativas, podemos elencar a instituição das cotas raciais, a consideração do critério racial como um fator relevante (dentre outros, para a alocação de benefícios), a desconsideração de regimes de antiguidade quando estabelecem benefícios de promoção ou manutenção no emprego somente em favor de brancos e a definição de distritos eleitorais visando ao fortalecimento político da comunidade minoritária.⁴⁰⁹

De todas elas, entretanto, a instituição de cotas raciais é objeto de maior discussão.

Para que seja possível melhor examinar a questão das cotas raciais, então, importante se faz, em um primeiro momento, o entendimento do que vem a ser raça.

Rousseau concebeu duas espécies de desigualdades entre homens. Uma, que ele denominou de desigualdade natural ou física, a contar do momento em que é estabelecida pela natureza e consiste na diferença de idade, saúde, força física e qualidades da mente e da alma. A outra, que ele nomeou de desigualdade moral ou política, na medida em que depende de algum tipo de convenção e é estabelecida ou, ao menos, autorizada pelo consenso comum dos homens. Essa espécie de desigualdade consiste em diferentes privilégios, que alguns homens usufruem, em detrimento de outros.⁴¹⁰

Uma forma de compreender a questão da raça é a história como o segundo tipo de desigualdades acaba reduzida ao primeiro. Como desigualdades sociais acabam sendo consideradas como desigualdades naturais.⁴¹¹

⁴⁰⁹ RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 186.

⁴¹⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discourse on the origin of inequality*. United States: Dover Thrift Editions, 2004, p. 1.

⁴¹¹ MALIK, Kenan. *The meaning of race: race, history and culture in Western society*. New York: New York University Press, 1996, p. 71.

Definir o que vem a ser raça é uma tarefa difícil. Trata-se de um conceito complexo. Diferentes grupos sociais e diferentes períodos históricos têm compreendido a raça de maneiras radicalmente diversas.⁴¹²

Uma definição que pode lhe ser dada decorre da biologia, quando é utilizada como sinônimo de subespécie. Entretanto, esse termo foi utilizado para identificar categorias humanas socialmente definidas.⁴¹³

Para as ciências sociais, por sua vez, o termo raça foi utilizado para construir identidades culturais.⁴¹⁴ Possível dizer que o conceito de raça surgiu da contradição da igualdade na sociedade moderna, mas não é uma expressão de um único fenômeno ou relacionamento. Pelo contrário, é um meio através do qual a mudança das relações entre a humanidade, sociedade e natureza tem sido compreendidas de variadas formas. O que é mais importante de entender são as formas que cada mudança de relações tem sido e ainda são expressadas através do discurso da raça.⁴¹⁵

Essa segunda concepção é a que será utilizada de agora em diante.

O conceito de raças humanas foi usado pelos regimes coloniais e pelo *apartheid*⁴¹⁶ – nos Estados Unidos e na África do Sul -, de modo a perpetuar a submissão dos colonizados ou da maioria negra, sem recursos. Depois, a classificação da população em raças passou a ser utilizada apenas pelos Estados Unidos, no intento de proteger os direitos das minorias.⁴¹⁷

A definição de raças humanas é, primordialmente, uma classificação de ordem social. Por consequência, questões como a cor da pele e a origem social

⁴¹² MALIK, Kenan. *The meaning of race: race, history and culture in Western society*. New York: New York University Press, 1996, p. 71.

⁴¹³ ATHIAS, Renato. *A noção de identidade étnica na antropologia brasileira: de Roquette Pinto à Roberto Cardoso de Oliveira*. Recife: Editora Universidade UFPE, 2007, p. 59.

⁴¹⁴ ATHIAS, Renato. Op. cit., 2007, p. 59.

⁴¹⁵ MALIK, Kenan. Op. cit., 1996, p. 71.

⁴¹⁶ Tratou-se de um regime de segregação racial.

Nos Estados Unidos, a segregação racial foi uma característica da sociedade por quase quatrocentos anos, mas o movimento de segregação residencial, tão familiar aos americanos, teve seu início no século passado. Antes de 1910, os afro-americanos nas cidades eram muito mais propensos a ter vizinhos brancos do que outros negros. Por volta de 1950, entretanto, os afro-americanos nas cidades foram altamente segregados, frequentemente psicologicamente isolados, densamente concentrados (HILFIKER, David. *Urban injustice: How ghettos happen*. New York: Seven Stories Press, 2002, p. 1).

Na África do Sul, o *apartheid* foi vigente entre 1948 a 1994, e consistiu em separar os descendentes dos europeus dos nativos da África. Os direitos eram recusados aos nativos da África e, para eles, era executada uma política de desenvolvimento separado. O objetivo, em última análise, era preservar a supremacia dos brancos.

⁴¹⁷ ATHIAS, Renato. Op. cit., 2007, p. 59.

ganham a uma cultura racista, sentidos, valores e significados distintos. O conceito de raça humana não se confunde com o de subespécie e com o de variedade, aplicados a outros seres vivos que não o homem.⁴¹⁸

Diante disso, passou-se a questionar na doutrina se a classificação de raças, no Brasil, era inviável, tendo em vista sua enorme população mestiça - como 'mulatos' (negro + branco), 'cafusos' (branco + índio) e 'mamelucos' (índio + negro).⁴¹⁹

Possível concluir que a ênfase nas três matrizes étnicas – negro, branco e índio - no discurso e na construção de uma identidade nacional acabou por ter, no Brasil, então, outro significado, diferente daquele que existe nos Estados Unidos, onde, por exemplo, não há graus intermediários entre as três matrizes como normalmente é feito, no Brasil, com relação à cor da pele.⁴²⁰

As interpretações da formação sócio-cultural e da evolução da sociedade brasileira colidem com a ausência de uma classificação rigorosa dos dados acerca dos povos indígenas no Brasil. Algumas pesquisas etnológicas tentaram preencher esse vazio, com o auxílio de estabelecimento oficial do ensino de Ciências Sociais no Brasil, depois dos anos 30. Da mesma forma, o ensino da etnologia, da sociologia e da economia passou a adquirir um caráter oficial após a implantação de centros de ensino especializado.⁴²¹

Vários trabalhos⁴²² passaram a ser desenvolvidos. Entretanto, grande parte dos trabalhos acabou por abordar apenas de maneira superficial o delicado problema

⁴¹⁸ ATHIAS, Renato. *A noção de identidade étnica na antropologia brasileira: de Roquette Pinto à Roberto Cardoso de Oliveira*. Recife: Editora Universidade UFPE, 2007, p. 59.

⁴¹⁹ ATHIAS, Renato. Op. cit., 2007, p. 60.

⁴²⁰ ATHIAS, Renato. Op. cit., 2007, p. 60.

⁴²¹ ATHIAS, Renato. Op. cit., 2007, p. 64.

⁴²² Dentre esses trabalhos que foram desenvolvidos, vale lembrar, aqui, algumas das obras literárias que, de forma direta ou indireta, acabaram por delinear o contexto das raças e culturas do Brasil nos primeiros anos da República.

Possível citar, por exemplo, *Menino do Engenho*, de José Lins do Rego. O romance de estreia do escritor é uma ficção que traz fortes lembranças de sua infância e adolescência. Depois de perder a mãe e ser separado do pai, Carlinhos é conduzido por um tio ao engenho do avô. Lá, dentre outras questões, é abordada a convivência dos personagens que moram e trabalham na casa-grande e na antiga senzala (REGO, José Lins do. *Menino do engenho*. 104. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2012).

Ainda, *Casa-grande & senzala*, de Gilberto Freyre. O sociólogo buscou, através dessa obra, demonstrar como se deu a formação e o desenvolvimento da família brasileira. Para tanto, passou pela miscigenação de negros, brancos e índios, destacando as realidades e contribuições de cada um deles, sobretudo, dos negros e brancos. Abrangeu temas como a linguagem, os hábitos alimentares, as questões sexuais, a religião, dentre tantos outros (FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala*. 20. ed. Rio de Janeiro; Brasília: José Olympio; INL-MEC, 1980).

Em uma passagem, o autor enfatizou essa miscigenação, dizendo que, de modo geral, a formação brasileira foi um processo de equilíbrio de antagonismos. E, para melhor esclarecer tal processo, citou diferentes antagonismos que, com o passar do tempo, precisaram ser balanceados. Entretanto, frisou

das raças e das culturas no Brasil. Isso, de certa forma, gerou um problema, a partir do momento em que, consideradas as condições sociais em que se deram os contatos raciais e culturais, surgiram algumas tensões em estado latente e outras em efervescência. Uma das razões para essas tensões decorreu do fato de que para um povo heterogêneo, do ponto de vista racial e cultural, questões desse gênero criam confusões e incertezas quanto ao futuro.⁴²³

Assim, de um lado, alguns aspectos da situação étnica no Brasil puderam ser explicados, enquanto que, de outro lado, foi possível verificar lacunas nas análises de aspectos complexos do fenômeno.⁴²⁴

Essas lacunas permanecem até os dias atuais.

Isso pode ser demonstrado pelo fato de que, no Brasil, o órgão oficial que faz a pesquisa acerca das características étnico-raciais deixa a critério do próprio cidadão se autodeterminar dessa ou daquela raça, o que, à evidência, não permite conferir certeza aos dados que são apresentados. O mesmo ocorre, por exemplo, nas

que, dentre todos os antagonismos, aquele que predominou, que foi o mais geral e mais profundo, foi o que se deu entre senhores e escravos (FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala*. 20. ed. Rio de Janeiro; Brasília: José Olympio; INL-MEC, 1980, p. 53).

De modo a demonstrar tal afirmativa, mais adiante, destacou que “Todo brasileiro, mesmo o alvo, de cabelo louro, traz na alma, quando não na alma e no corpo – há muita gente de jenipapo ou mancha mongólica pelo Brasil – a sombra, ou pelo menos a pinta, do indígena ou do negro” (FREYRE, Gilberto. Op. cit., 1980, p. 283).

E, *Inglês no Brasil*, também de Gilberto Freyre. A ideia, aqui, era escrever sobre a influência britânica na vida, na paisagem e na cultura brasileira. Uma grande parcela da obra evidencia essa influência através de anúncios de jornais e de ofícios dos cônsules de Sua Majestade Britânica às autoridades brasileiras (FREYRE, Gilberto. *Inglês no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Topbooks Editora e Distribuidora de Livros Ltda, 2000). No mesmo sentido, *A presença britânica no Brasil: 1808-1914* (The British Presence in Brazil: 1808-1914). São Paulo: Editora Paubrasil, 1987.

⁴²³ ATHIAS, Renato. *A noção de identidade étnica na antropologia brasileira: de Roquette Pinto à Roberto Cardoso de Oliveira*. Recife: Editora Universidade UFPE, 2007, p. 64-65.

⁴²⁴ ATHIAS, Renato. Op. cit., 2007, p. 65.

inscrições em vestibulares ou concursos públicos⁴²⁵ ⁴²⁶, onde o próprio candidato postulante a uma vaga preferencial se autodetermina como integrante ou não de uma determinada categoria minoritária.

Ainda que reste demonstrada a necessidade de se buscar uma identidade nacional realmente confiável a respeito da composição étnico-racial no Brasil, de modo a dar seguimento ao estudo, iremos abordar, a seguir, os argumentos favoráveis e contrários à política de cotas.

1.2 Os argumentos favoráveis

Diversos são os argumentos utilizados para justificar a adoção das ações afirmativas e, por consequência, a própria política de cotas.

Esses argumentos são de ordem utilitária e de ordem moral. Os argumentos utilitários possuem por fundamento o fato de que os benefícios obtidos por grupos que se apresentam em desvantagem, de certo modo também acabam por beneficiar a comunidade como um todo e não apenas uma pessoa ou um grupo em particular. Os

⁴²⁵ Essa problemática, inclusive, já vem sendo objeto de demandas judiciais.

Recentemente o juiz federal substituto da 3ª Vara Federal de Santa Maria, Gustavo Chies Cignachi, determinou, em sede liminar, à Universidade Federal de Santa Maria – UFSM – que procedesse à matrícula, pelo sistema de cotas, de uma estudante que se autodeclarou como de etnia ‘parda’. O fundamento para tanto foi o de que não pode ser função do estado determinar a raça de uma pessoa (Portal da Justiça Federal da 4ª Região. *JFRS: universidade não pode determinar a raça de concorrente ao sistema de cotas*. Porto Alegre, 2015. Disponível em: < <http://www2.jfrs.jus.br/?p=19418> >. Acesso em: 22 março 2015).

Na hipótese, a estudante impetrou mandado de segurança depois de ter sido aprovada para cursar Medicina e ter tido sua inscrição no curso negada pela Comissão de Seleção e Ingresso. Isso porque, segundo os avaliadores, ela não possuía as características destacadas na autodeclaração (Portal da Justiça Federal da 4ª Região. *JFRS: universidade não pode determinar a raça de concorrente ao sistema de cotas*. Porto Alegre, 2015. Disponível em: < <http://www2.jfrs.jus.br/?p=19418> >. Acesso em: 22 março 2015).

O Segundo Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS - também examinou a questão, decidindo, por maioria, denegar a ordem postulada, em sede de mandado de segurança. Por consequência, reconheceu a legitimidade da comissão aferidora dos requisitos para inscrição na reserva de vagas. Foram vencidos os Desembargadores Eduardo Uhlein e Antonio Vinicius Amaro da Silveira, que entenderam, respectivamente, que o motivo da exoneração da impetrante era ilegítimo, porquanto baseado em critérios subjetivos de verificação de padrão racial e que não vislumbrada má fé ou dolo na conduta da candidata, porque ao atender ao requisito do edital de autodeclaração de boa fé não há de se falar em não observação do princípio da vinculação ao edital.

Na ocasião, a impetrante, muito embora tivesse sido aprovada em segundo lugar no concurso público para o cargo de Oficial de Controle Externo, Classe II, teve sua inscrição no referido concurso declarada nula, em função da ausência de comprovação da afrodescendência para fins de concorrência nas vagas específicas para negros e pardos (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Mandado de Segurança n. 70061783676, Relatora Desembargadora Matilde Chabar Maia, j. em 12.12.2014).

⁴²⁶ Para uma comparação com o que foi decidido pela Suprema Corte americana em um caso semelhante, ver Primeira Parte, Capítulo 2, Subcapítulo 2.4.2, p. 57 e seguintes.

argumentos morais estão representados pelo objetivo de combater os efeitos de uma discriminação consciente e inconsciente de determinados grupos.⁴²⁷

Depois de feita essa consideração genérica, passaremos a analisar, de modo mais específico, os principais argumentos favoráveis à política de cotas.

Um primeiro argumento seria o de que nomeações preferenciais criam modelos positivos. Esse fornecimento de um modelo seria baseado na presunção de que a nomeação preferencial de um membro de determinado grupo que se encontra em desvantagem seria um benefício, a contar do momento em que isso encorajaria outros membros desse mesmo grupo a trabalharem ainda mais para que possam ambicionar o seu próprio progresso. Isso porque o fato de ter alguém que já foi bem sucedido nesse intento lhe levaria a um esforço máximo.⁴²⁸

A moral desses grupos seria melhorada por essa representação mais ampla que eles alcançariam e também ajudaria na produtividade e eficiência da comunidade, a contar do momento em que eles serveriam como incentivo a trabalhar mais. A outra vantagem de ter esse modelo seria a de que a autoestima desses grupos seria aumentada e que os estereótipos negativos deles seriam quebrados, pois eles seriam vistos como competentes.⁴²⁹

Um segundo argumento a favor das ações afirmativas seria o de que o conjunto de talentos disponíveis seria aumentado.⁴³⁰ Isso, se daria através da provisão de serviços para as comunidades discriminadas. Esse argumento estaria consubstanciado na ideia da justiça distributiva.

Tal argumento seria fundado na necessidade de se promover a redistribuição equânime dos ônus, direitos, vantagens, riqueza e outros bens e benefícios entre os membros da comunidade.⁴³¹

Sabe-se que, antigamente, determinados grupos que sempre estiveram em desvantagem tiveram amplamente negadas as oportunidades de desenvolverem suas habilidades e talentos, haja vista que lhes eram negados à educação adequada e a uma boa formação.⁴³²

⁴²⁷ RABE, Johan, *Equality, Affirmative action, and Justice*. Norderstedt: Books on Demand GmbH, 2001, p. 349.

⁴²⁸ RABE, Johan, Op. cit., 2001, p. 349.

⁴²⁹ RABE, Johan, Op. cit., 2001, p. 349.

⁴³⁰ RABE, Johan, Op. cit., 2001, p. 350.

⁴³¹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 66.

⁴³² RABE, Johan, Op. cit., 2001, p. 350.

Ocorre que, cada vez mais, a comunidade é formada pelas mais diversas culturas. E, sem dúvida, a tendência é que essa diversidade aumente ainda mais com o passar do tempo. A diversidade é um fato. Defensores, então, de programas de ações afirmativas alegam que esses programas seriam uma forma de fomentar a diversidade nos mais variados ambientes.⁴³³

Nessa hipótese, a ação afirmativa poderia levar a um melhor aproveitamento dos recursos humanos, a partir do momento em que se mais negros tivessem oportunidade de acessar os empregos, um conjunto maior de habilidades e talentos seriam abertos.⁴³⁴

Perspetivas diferentes no local de trabalho adicionariam inovação e criatividade. Essa diversidade também ajudaria as empresas a atender às demandas do mercado de trabalho. Tal providência viria ao encontro do interesse dos clientes do atual mercado de trabalho, que esperam que as empresas correspondam aos mais variados padrões sociais.⁴³⁵

O mesmo se diz no que tange à educação. A ideia seria a de que as instituições de ensino superior deveriam preparar os jovens para atuarem bem na sociedade, cada vez mais diversificada. Uma vez que os estudantes de hoje serão os líderes de amanhã, eles deveriam estar sensíveis e aptos a servir às necessidades de todos.⁴³⁶

Uma outra consequência disso, no aspecto educacional, seria a de que enquanto os estudantes que recebem o benefício do tratamento preferencial poderiam usufruir de tudo que a universidade pode oferecer, em contrapartida, também estariam a oferecer aos demais estudantes a oportunidade de aprender em um ambiente com pessoas de diferentes origens. E essa exposição a uma série de perspectivas conferiria aos estudantes uma gama de novas experiências e, por consequência, ampliaria seus horizontes intelectuais. Nesse mesmo sentido, tal providência retiraria os estudantes de quaisquer preconceitos ou zonas de conforto intelectuais. Tudo isso auxiliaria no desenvolvimento crítico de habilidades de pensamento. Como resultado, estudantes se tornariam mais ativamente engajados no processo educacional.⁴³⁷

⁴³³ KOWALSKI, Kathiann M. *Affirmative action: Open for debate*. New York: Marshall Cavendish Benchmark, 2007, p. 38-39.

⁴³⁴ RABE, Johan, Johan, *Equality, Affirmative action, and Justice*. Norderstedt: Books on Demand GmbH, 2001, 2001, p. 350.

⁴³⁵ KOWALSKI, Kathiann M. Op. cit., 2007, p. 40.

⁴³⁶ KOWALSKI, Kathiann M. Op. cit., 2007, p. 39.

⁴³⁷ KOWALSKI, Kathiann M. Op. cit., 2007, p. 39-40.

Assim, possível dizer que um grande conjunto de talentos não desenvolvidos, passariam a ser utilizados de forma mais produtiva.⁴³⁸

Além disso, seria, ainda, uma necessidade econômica para qualquer país, pois, apenas quando a produtividade de toda a população aumentar haverá um crescimento econômico satisfatório.⁴³⁹

Um terceiro argumento seria aquele baseado na ideia da justiça compensatória.

Isso seria uma decorrência da necessidade daquelas sociedades que por longo período de tempo adotaram políticas de subjugação de um ou vários grupos ou categorias de pessoas por outras, de corrigir os efeitos perversos da discriminação passada. Assim procedendo, então, essas sociedades estariam promovendo, no presente, uma reparação, uma compensação pela injustiça cometida no passado aos antepassados das pessoas que pertencem a esses grupos sociais.⁴⁴⁰

Um quarto argumento seria o de que a ação afirmativa romperia padrões inconscientes de racismo.⁴⁴¹

A ação afirmativa seria benéfica, a contar do momento em que rompesse prejuízos raciais e de gênero, conscientes ou inconscientes, quando empregadores precisassem levar pessoas de grupos que são alvo desses prejuízos em consideração como potenciais empregados.

Ainda que se possa considerar a discriminação como algo do passado, as minorias, seja de mulheres, de negros permanecem em atraso, em diversos campos, se comparados aos homens brancos. Dessa forma, se nada for feito para modificar tal situação, padrões definidos no passado irão permanecer.

Um quinto argumento seria o de que em uma sociedade livre do preconceito racial e de seus efeitos, não haveria qualquer razão para projetar-se desempenho inferior da população negra em relação à população branca. Disso provém a conclusão pela justiça do sistema de cotas, desde que proporcionais à composição populacional. Ademais, tais sistemas seriam medidas necessárias para que se

⁴³⁸ RABE, Johan, *Equality, Affirmative action, and Justice*. Norderstedt: Books on Demand GmbH, 2001, p. 350.

⁴³⁹ RABE, Johan, Op. cit., 2001, p. 350.

⁴⁴⁰ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 62.

⁴⁴¹ RABE, Johan, Op. cit., 2001, p. 350.

evitasse que indivíduos brancos, em injusto detrimento de indivíduos negros, se beneficiassem dos efeitos do racismo.⁴⁴²

Disso decorreria o princípio da proporcionalidade, para fins de averiguação da legitimidade jurídica do sistema de cotas. Segundo esse princípio, a cota justa seria aquela que observasse a composição da população assim distribuída entre as raças. Corolário disso é que cotas desproporcionais para cima violariam direitos de indivíduos pertencentes ao grupo não minoritário e que cotas desproporcionais para baixo premiariam, indevidamente, os mesmos indivíduos com os frutos do racismo, violando os direitos dos indivíduos pertencentes aos grupos minoritários.⁴⁴³

Dentre tantos outros argumentos, esses seriam aqueles que com mais frequência são citados, para fins de justificar a utilização das cotas raciais. De modo a dar o contraponto necessário ao entendimento aqui analisado, passaremos, agora, ao exame dos argumentos desfavoráveis à política de cotas.

1.3 Os argumentos contrários

Assim como são diversos os argumentos favoráveis à política de cotas, também são vários os argumentos desfavoráveis.

Pode ser referido, por primeiro, o argumento de que pessoas que são favorecidas pelas ações afirmativas são estigmatizadas.⁴⁴⁴

Tanto nos Estados Unidos como na Alemanha se alega que o emprego preferencial ou a promoção de pessoas menos qualificadas conduz a uma estigmatização de tais nomeações, a contar do momento em que essas pessoas não são consideradas competentes em termos iguais.⁴⁴⁵

Esse argumento sugere que a existência da ação afirmativa fere, estigmatiza aqueles que pertencem à uma categoria minoritária porque confere a impressão de que eles somente foram admitidos em função da ação afirmativa e não por suas

⁴⁴² RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 187.

⁴⁴³ RIOS, Roger Raupp. Op. cit., 2008, p. 187-188.

⁴⁴⁴ RABE, Johan, *Equality, Affirmative action, and Justice*. Norderstedt: Books on Demand GmbH, 2001, p. 352.

⁴⁴⁵ RABE, Johan, Op. cit., 2001, p. 352.

qualificações como os demais que foram aceitos através de outras formas de admissão.⁴⁴⁶

Seria o reforço dos estigmas e preconceitos. As ações afirmativas, nesse contexto, poderiam ter o grave efeito colateral de agravar a estigmatização da população negra. Efetivamente, opositores das ações afirmativas sustentam que seus beneficiários poderiam ser percebidos como incapazes e incompetentes, por seus próprios méritos, de ascender à posição disputada, reforçando a associação maligna entre determinada raça e atributos de inferioridade. Uma variação do argumento diz respeito à maneira com que ações afirmativas poderiam estigmatizar brancos, a contar do momento em que iria impor sobre eles a acusação de engajamento pretérito em discriminação racial.⁴⁴⁷

Um segundo argumento seria o de que a ação afirmativa perpetua a divisão racial na sociedade. Tal argumento seria baseado na perpetuação da discriminação racial.⁴⁴⁸

A ação afirmativa pode causar mais antagonismo racial e polarização do que harmonia racial, mas, se passos positivos não são tomados para melhorar a posição dos negros, então haverá em qualquer caso de existir a possibilidade de integração e aceitação de cada pessoa como iguais. A ação afirmativa ainda perpetuaria o uso da classificação racial e não seria, por si só, diretamente capaz de criar uma sociedade daltônica, que não enxergue apenas a cor. Assim, ainda que, indiretamente, a longo prazo, a ação afirmativa poderia promover integração melhorando a posição social e econômica das pessoas negras, a curto prazo, um antagonismo ainda maior possa ser promovido.⁴⁴⁹

Um terceiro argumento seria o de que a ação afirmativa seria, em última análise, apenas uma outra forma de discriminação, uma 'discriminação reversa'. Esse argumento sugere que se a cláusula da igual proteção da Décima Quarta Emenda e o Título VI da Lei de Direitos Civis⁴⁵⁰ proibem a exclusão de indivíduos baseada na raça, então é igualmente ilegal a inclusão de indivíduos baseada na raça. Assim, a

⁴⁴⁶ MARIN, Patricia. *The United States: the changing contexto of access to higher education*. In: JENKINS, Laura Dudley; MOSES, Michele S. *Affirmative action matters: creating opportunities for students around the world*. New York: Routledge, 2014, p. 83-84.

⁴⁴⁷ RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 188-189.

⁴⁴⁸ RABE, Johan, *Equality, Affirmative action, and Justice*. Norderstedt: Books on Demand GmbH, 2001, p. 353.

⁴⁴⁹ RABE, Johan, Op. cit., 2001, p. 353.

⁴⁵⁰ Sobre os casos de Direito Civil, conferir *supra*, nota 125.

raça nunca deveria ser utilizada. Nem para excluir indivíduos de eventual admissão, nem para incluí-los.⁴⁵¹

Um quarto argumento seria o de que ação afirmativa poderia levar a uma redução de eficiência.

O sistema de mérito exige que a pessoa melhor qualificada para atuar em um trabalho é que deveria ser nomeada. A razão que levaria a aplicação desse sistema é a de que os interesses de uma comunidade são promovidos utilizando as habilidades das pessoas mais competentes e qualificadas. A alegação seria de que a ação afirmativa reduz a eficiência e causa danos aos interesses da comunidade, na medida em que os melhores candidatos não seriam nomeados.⁴⁵²

Trata-se de crítica fundamentalmente baseada no pressuposto de que o mais qualificado, geralmente aquele mais academicamente capaz, mereceria ser aquele a ser admitido.⁴⁵³

Um quinto argumento utilizado seria o de que os benefícios e malefícios poderiam ser concedidos às pessoas erradas. Por consequência, as ações afirmativas prejudicariam pessoas inocentes.

Um sexto argumento contra o sistema de cotas seria o da sua inflexibilidade. Como consequência, os indivíduos passariam a ser desconsiderados enquanto tais, dada a introdução de preferências raciais. Nesse sentido, cotas também seriam indefensáveis por repousarem numa premissa indemonstrável, qual seja, a presunção de que, não fosse o racismo, uma quantidade proporcional à população de negros seria admitida nas oportunidades de educação superior e trabalho.⁴⁵⁴

Um sétimo argumento utilizando pelos oponentes à política de cotas seria o de que, ao se colocar o foco na questão da raça, se estaria a ofuscar a possibilidade das instituições educacionais focarem no realmente importa, ou seja, o curso, a aula propriamente dita. Por isso, entendem que negros e latinos, por exemplo, não precisam de ações afirmativas para serem admitidos nas universidades. Esses estudantes possuem muitas oportunidades e recursos para obter o sucesso e vencer

⁴⁵¹ MARIN, Patricia. *The United States: the changing context of access to higher education*. In: JENKINS, Laura Dudley; MOSES, Michele S. *Affirmative action matters: creating opportunities for students around the world*. New York: Routledge, 2014, p. 83.

⁴⁵² RABE, Johan, *Equality, Affirmative action, and Justice*. Norderstedt: Books on Demand GmbH, 2001, p. 353-354.

⁴⁵³ GUTMANN, Amy. *Democratic Education*. New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 214-215.

⁴⁵⁴ RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 187.

quaisquer desafios porventura colocados pela sociedade que possam tentar limitar suas capacidades para alcançar o ensino superior.⁴⁵⁵

Um último argumento seria o de que a ação afirmativa atentaria contra a liberdade do indivíduo, a partir do momento em que a liberdade de escolha dos empregadores ficaria limitada. No mesmo sentido, ficaria prejudicada também a prerrogativa gerencial. Isso ocorreria quando o empregador precisasse justificar o porquê uma nomeação através de ação afirmativa não feita e também lhe obrigaria a empregar pessoas de determinados grupos da população. Ainda, restaria afrontada a liberdade de escolha objetiva daquele que se mostra mais adequado ao emprego.⁴⁵⁶

Uma vez feita essa apreciação dos argumentos favoráveis e desfavoráveis à política de cotas, de modo a colocar a questão em uma esfera de ordem mais prática, iremos, agora, verificar como as cotas foram enfrentadas pela Suprema Corte americana e pelo Supremo Tribunal Federal.

1.4 A política de cotas, um modo de implementação de políticas de ação afirmativa na jurisprudência da Suprema Corte americana e do Supremo Tribunal Federal

As ações afirmativas possuem diferentes modalidades⁴⁵⁷. A modalidade que provoca maior debate, também na jurisprudência, é a que está relacionada com a instituição de cotas, fundamentalmente de cotas raciais.

A política de cotas, em um primeiro momento utilizada para ingresso ou promoção no mercado de trabalho e na admissão nas universidades, agora também vem sendo considerada como forma de ingresso no serviço público, através de vagas preferenciais em concursos públicos. Diversos já são os concursos que preveem a reserva de vagas.

⁴⁵⁵ MARIN, Patricia. *The United States: the changing context of access to higher education*. In: JENKINS, Laura Dudley; MOSES, Michele S. *Affirmative action matters: creating opportunities for students around the world*. New York: Routledge, 2014, p. 83-84.

⁴⁵⁶ RABE, Johan, *Equality, Affirmative action, and Justice*. Norderstedt: Books on Demand GmbH, 2001, p. 358.

⁴⁵⁷ Joaquim Barbosa Gomes afirmou que a desinformação fez com que o debate acerca das ações afirmativas tenha se iniciado, no Brasil, de forma equivocada. Isso porque, aqui, era costume confundir a ação afirmativa com o sistema de cotas, enquanto, na verdade, as cotas constituem tão somente um dos modos de implementação de políticas de ação afirmativa (GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40).

E a tendência, ao menos em se tratando de Brasil, é que a política de cotas ganhe ainda mais espaço⁴⁵⁸.

Como decorrência disso, o número de casos que chegam até os tribunais para discussão nas suas mais variadas formas também é crescente. Nos tribunais superiores, o debate se dá, basicamente, acerca da constitucionalidade ou não das cotas. Em nível de tribunais estaduais, entretanto, no Brasil, a discussão já tem abordado outros temas. Possível citar, apenas a título de exemplo, a questão do percentual a ser utilizado, a legitimidade de uma comissão aferidora dos requisitos para inscrição na reserva de vagas, dentre outras.

A ideia do trabalho, no entanto, é focar no debate que se estabeleceu a nível de tribunais superiores ou, ainda melhor, da mais alta corte, seja dos Estados Unidos, seja do Brasil.

É o que se pretende fazer na análise que segue.

1.4.1 A política de cotas na jurisprudência da Suprema Corte americana

A Suprema Corte americana definiu que todas as classificações raciais impostas pelo governo devem ser analisadas por uma corte de revisão sob um escrutínio rigoroso.

Um exemplo clássico e importante desse escrutínio rigoroso pode ser encontrado no caso de desagregação escolar, de 1954, *Brown v. Board of Education of Topeka*, ocasião em que a Suprema Corte decidiu que sistemas públicos de ensino segregado violavam a garantia da igual proteção. Subsequentemente, a Corte

⁴⁵⁸ Um exemplo disso restou demonstrado através da aprovação pelo Conselho da Magistratura – COMAG – do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que aprovou, em 18 de novembro de 2014, proposta de anteprojeto de lei para criação do sistema de cotas para negros e pardos nos concursos públicos do Poder Judiciário Estadual. A proposta, que seguiu para votação no Órgão Especial, contempla a reserva de 15% das vagas oferecidas nos concursos públicos de ingresso atinentes às funções delegadas e aos cargos atinentes ao Judiciário gaúcho (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS. Disponível em < <http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=254375> > Acesso em: 10 jan 2015).

Tal iniciativa foi apresentada no intento de fazer cumprir o disposto na lei estadual 14.147/2012, que determinou reserva de vagas para negros e pardos em concursos públicos estaduais por todos os órgãos e poderes do estado.

Em 1º de junho de 2015, os desembargadores do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul aprovaram o envio do projeto de lei para a Assembleia Legislativa. A votação não foi encerrada, pois faltam definir as formas de aplicação do sistema de cotas (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS. Disponível em < <http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=269480> > Acesso em: 10 jun 2015).

invalidou a segregação em praias públicas, cursos municipais de golfe, ônibus, parques, cursos públicos de golfe a assentos de tribunais.⁴⁵⁹

Em casos mais recentes, a Suprema Corte americana novamente foi direcionada a abordar a aplicação de um escrutínio rigoroso para as escolas públicas. Isso porque distritos escolares em Seattle, Washington e metropolitanos em Louisville, Kentucky tinham voluntariamente adotado planos de atribuição para estudantes que se baseavam na raça, no intento de determinar quais as escolas que determinadas crianças poderiam frequentar.⁴⁶⁰

Em *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District n. 1*, em uma decisão prolatada em 2007, de cinco votos contra quatro, a Corte assegurou que sistemas públicos de ensino não poderiam procurar alcançar ou manter a integração através de medidas que levassem em consideração, explicitamente, a raça de um aluno. A Corte reafirmou que quando o governo distribui encargos ou benefícios com base em classificações raciais individuais, tal ação é revisada sob um escrutínio rigoroso, exigindo, portanto, a mais exata conexão entre justificativa e classificação. Desse modo, os distritos escolares deveriam demonstrar que o uso de classificações raciais individuais em seus planos de atribuição escolares era estritamente necessário para alcançar um interesse convincente do governo.⁴⁶¹

Ainda mais atual, em *Fisher v. University of Texas at Austin*, julgado em 2013, revisando o uso da raça pela Universidade do Texas em Austin como um dos mais variados fatores de programa de admissão de estudantes universitários, a Suprema Corte americana decidiu que o escrutínio estrito deveria ser aplicado para qualquer programa de admissão que utilizasse de categorias ou classificações raciais.⁴⁶²

No caso *Schuetz v. BAMN*, julgado em 2014, a Suprema Corte, em decisão de seis votos contra dois, confirmou a emenda constitucional de Michigan, aprovada e promulgada pelos eleitores, que baniu as ações afirmativas na admissão nas universidades públicas do estado. Ao considerar que a emenda não era inválida, sob a cláusula da igual proteção da décima quarta emenda, a Suprema Corte estabeleceu que em *Fisher*, não enfrentou o princípio de que a consideração da raça na admissão é permitida, uma vez que certas condições estejam conhecidas. Em *Schuetz*, assim

⁴⁵⁹ MANN, Richard A.; ROBERTS, Barry S. *Essentials of Business Law and the Legal Environment*. Twelfth Edition. Boston: Cengage Learning, 2015, p. 84-85.

⁴⁶⁰ MANN, Richard A.; ROBERTS, Barry S. Op. cit., 2015, p. 85.

⁴⁶¹ MANN, Richard A.; ROBERTS, Barry S. Op. cit., 2015, p. 85.

⁴⁶² MANN, Richard A.; ROBERTS, Barry S. Op. cit., 2015, p. 85.

como em *Fisher*, esse princípio não foi desafiado. A questão enfrentada, em verdade, dizia respeito se e de que maneira os eleitores dos estados poderiam optar por proibir a consideração da preferência de raça em decisões governamentais, em particular no que concerne à admissão escolar. O caso não tratou de um debate sobre como as preferências raciais devem ser resolvidas, mas sim acerca de quem pode resolvê-las. E a conclusão a que se chegou foi a de que não há nenhuma autoridade na Constituição dos Estados Unidos ou nos precedentes da Suprema Corte no judiciário para anular a legislação de Michigan que confiou essa determinação política aos eleitores.⁴⁶³

Ultrapassada a apreciação das decisões da Suprema Corte, é o momento de fazermos semelhante exame, dessa feita com relação às decisões do Supremo Tribunal Federal.

1.4.2 A política de cotas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro

Fundamentalmente, existiram dois momentos em que o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão das cotas.

O primeiro deles ocorreu quando do julgamento da ADPF n. 186.

O partido político Democratas – DEM ajuizou ação de descumprimento de preceito fundamental com pedido de suspensão liminar da eficácia do poder público visando à declaração de inconstitucionalidade de atos do poder público que resultaram na instituição de cotas raciais na UnB – Universidade de Brasília.

Mais especificamente, que a violação dos preceitos fundamentais seria uma decorrência de determinações, impostas pelo poder público – UnB -, por meio de atos administrativos e normativos secundários, no sentido de que deveriam ser reservadas cotas de 20% do total das vagas oferecidas pela Universidade a candidatos negros.

Ressaltou, na ocasião, que não estava a tratar da constitucionalidade de ações afirmativas, como gênero, ou do reconhecimento de que existe preconceito, racismo e discriminação no Brasil, mas sim se a implementação de um estado racializado ou um racismo institucionalizado seriam a medida mais adequada, conveniente, exigível e ponderada, no Brasil, para a finalidade a que o país se propôs,

⁴⁶³ MANN, Richard A.; ROBERTS, Barry S. *Essentials of Business Law and the Legal Environment*. Twelfth Edition. Boston: Cengage Learning, 2015, p. 85.

nos termos da previsão constitucional acerca dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, a de construir uma sociedade mais justa, igual e solidária.

Foi designada data para a realização de audiência pública.

O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, julgou totalmente improcedente a ação.

Conforme entendimento do relator, não contraria, mas sim prestigia o princípio da igualdade material, a possibilidade do estado lançar mão tanto de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, quanto ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, pontualmente, atribuindo a eles certas vantagens, por um tempo limitado, no intuito de permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

Entendeu que o modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.

Defendeu que medidas que buscam reverter, na seara universitária, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais no Brasil, não podem ser analisadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser apreciadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o estado brasileiro.

Disse que a metodologia de seleção diferenciada pode levar em conta critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de maneira a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, fundamento do estado brasileiro.

Afirmou que justiça social, nos dias de hoje, mais do que 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.

Ressaltou, entretanto, que as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Se assim não fosse, tais políticas poderiam converter-se em benesse permanentes, instituídas

em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação que seria incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.⁴⁶⁴

O segundo deles se verificou quando do julgamento do recurso extraordinário n. 597.285/RS.

Tratou-se de recurso de extraordinário interposto contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que entendeu ser constitucional o programa de ação afirmativa, estabelecido pela UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul -, que instituiu o sistema de cotas com reserva de vagas como meio de ingresso em seus cursos de nível superior.

Na origem, o então requerente impetrou mandado de segurança contra ato do Reitor da UFRGS, alegando ter se inscrito no Vestibular 2008/1, curso de Administração. Afirmou que, ainda que tenha alcançado pontuação superior do que alguns candidatos que ingressaram no mesmo curso pelo sistema de reserva de vagas destinadas aos estudantes egressos do ensino público e aos estudantes negros egressos do ensino público, não alcançou classificação suficiente para ser admitido no curso pleiteado.

Isso porque, no caso, das 160 vagas disponibilizadas, 30% (trinta por cento) estariam reservadas a candidatos privilegiados em razão da etnia e condição social e 10 (dez) vagas a candidatos indígenas.

Defendeu a inconstitucionalidade da reserva de vagas, como forma de ação afirmativa.

O Supremo Tribunal Federal⁴⁶⁵ reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada, haja vista a sua relevância social e jurídica. A primeira, a partir do momento em que a solução da controvérsia ensejaria relevante impacto sobre políticas públicas que têm por objetivo a redução de desigualdades para o acesso ao ensino superior. A segunda, uma vez que a interpretação que ali seria firmada autorizaria ou não ações desse tipo pelas universidades.

⁴⁶⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF 186/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. j. em 26.04.2012.

⁴⁶⁵ Foi vencido o Ministro Eros Grau. Não se manifestaram os Ministros Cármen Lúcia, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Menezes Direito.

Quando do julgamento da matéria, então, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos⁴⁶⁶, acompanhou os termos do voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, que negou provimento ao recurso extraordinário.

Para tanto, de modo geral, reprisou as razões para decidir que já tinha declarado quando do julgamento da ADPF n. 186/DF.

Por consequência, foi reconhecida a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa, da utilização dessas políticas na seleção para o ingresso no ensino superior, especialmente nas escolas públicas, do uso do critério étnico-racial por essas políticas, da autoidentificação como método de seleção e da modalidade da reserva de vagas ou de estabelecimento de cotas.

Com o exame dos argumentos favoráveis e contrários à política de cotas, bem como da forma como a Suprema Corte e o Supremo Tribunal Federal tem enfrentado a questão, vamos averiguar, no próximo capítulo, a igualdade de chances. Seria ela, de fato, possível de ser obtida através da política de cotas?

É o que passaremos a analisar.

CAPÍTULO 2: A IGUALDADE DE CHANCES

2.1 Pressupostos

A igualdade de chances é um programa social, que remete, ao fim e ao cabo, à liberdade fática. Cuida-se de tarefa do estado social, não da justiça social.⁴⁶⁷

O artigo 170, *caput*, da Constituição Federal, ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, afirmou que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por finalidade assegurar a todos a existência digna, consoante os ditames da justiça social. Para tanto, elenca alguns princípios a serem observados, dentre os quais, o da redução das desigualdades regionais e sociais.

Alguns programas sociais, então, foram desenvolvidos pelos governos dos presidentes Fernando Henrique Cardoso e Luiz Inácio Lula da Silva. Dentre eles, podemos destacar, por exemplo, bolsa-escola, bolsa-família, universidade para todos.

O bolsa-escola federal foi implementado pelo governo de Fernando Henrique. Sua criação se deu através da lei n. 10.219/2001.

⁴⁶⁶ Foi vencido o Ministro Marco Aurelio, que dava provimento ao recurso.

⁴⁶⁷ Ver Quarta Parte, Capítulo 2, Subcapítulo 2.3.2, p. 165 e seguintes.

Segundo essa lei, a contar de 2001, o governo passou a apoiar programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas que preenchessem quatro requisitos: fossem instituídos por lei municipal, compatível com o termo de adesão do Município; tivessem como beneficiárias as famílias residentes no Município, com renda familiar *per capita* inferior ao valor fixado nacionalmente em ato do poder executivo para cada exercício e que possuíssem sob sua responsabilidade crianças com idade entre seis e quinze anos, matriculadas em estabelecimentos de ensino fundamental regular, com frequência escolar igual ou superior a oitenta e cinco por cento; incluíssem iniciativas que, diretamente ou em parceria com instituições da comunidade, incentivassem e viabilizassem a permanência das crianças beneficiárias na rede escolar, por meio de ações socioeducativas de apoio aos trabalhos escolares, de alimentação e de práticas desportivas e culturais em horário complementar ao das aulas; e submetessem-se ao acompanhamento de um conselho de controle social, designado ou constituído para tal finalidade, composto por representantes do poder público e da sociedade civil. Essa participação da União compreenderia o pagamento, diretamente à família beneficiada, do valor mensal de R\$ 15,00 (quinze reais) por criança que atendesse ao requisito antes mencionado, até o limite máximo de três crianças por família.

O bolsa-família, já no governo Lula, foi resultado de uma unificação do bolsa-escola e de outros programas, também antes desenvolvidos no governo Fernando Henrique Cardoso, quais sejam, bolsa-escola, fome zero, auxílio gás, bolsa alimentação e cartão alimentação. Sua criação foi uma decorrência da lei n. 10.836/2004.

Constituem benefícios financeiros do programa: o benefício básico, destinado a unidades familiares que se encontrem em situação de extrema pobreza; o benefício variável, destinado a unidades familiares que se encontrem em situação de pobreza e extrema pobreza e que tenham em sua composição gestantes, nutrizes, crianças entre 0 (zero) e 12 (doze) anos ou adolescentes até 15 (quinze) anos, sendo pago até o limite de 5 (cinco) benefícios por família; o benefício variável, vinculado ao adolescente, destinado a unidades familiares que se encontrem em situação de pobreza e extrema pobreza e que tenham em sua composição adolescentes com idade entre 16 (dezesesseis) e 17 (dezessete) anos, sendo pago até o limite de 2 (dois) benefícios por família; e o benefício para superação da extrema pobreza, no limite de um por família, destinado às unidades familiares beneficiárias do programa bolsa

família e que, cumulativamente, tenham em sua composição crianças e adolescentes de 0 (zero) a 15 (quinze) anos de idade e apresentem soma da renda familiar mensal e dos benefícios financeiros antes referidos igual ou inferior a R\$ 70,00 (setenta reais) *per capita*.

O programa Universidade para todos – PROUNI -, também foi implementado pelo governo Lula. Sua criação se deu pela lei n. 11.096/2005.

Trata-se de programa destinado à concessão de bolsas de estudo integrais e bolsas de estudo parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento) para estudantes de cursos de graduação e sequenciais de formação específica, em instituições privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos. A bolsa se destina a estudante que tenha cursado o ensino médio completo em escola da rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral; a estudante portador de deficiência; e a professor da rede pública de ensino, para cursos de licenciatura, normal superior e pedagogia, destinados à formação do magistério da educação básica, independentemente da renda. Em contrapartida, a instituição que aderir ao programa ficará isenta de impostos e contribuições – imposto de renda de pessoa jurídica, contribuição social sobre o lucro líquido, contribuição social para financiamento da seguridade social e contribuição para o programa de integração social -, enquanto estiver vigente o termo de adesão.

Esses programas sociais, entretanto, ainda que, em um primeiro momento, possam ser considerados válidos, ao que parece, não resolvem o problema da desigualdade social. Acabam sendo medidas paliativas, que, a curto prazo, podem até apresentar resultado, mas que, a longo prazo, apenas reforçam a desigualdade já existente.

Por tal razão que a solução mais apropriada para a desigualdade social parece mesmo passar pela igualdade de oportunidades. Essa igualdade, no entanto, precisa ser ofertada no princípio, para que, depois, fazendo uso de suas próprias habilidades, de seu próprio mérito, todos tenham iguais chances de crescer e alcançar seus objetivos. A igualdade não oferecida no início, acaba, na tentativa de aproximar, afastando ainda mais realidades que até então eram diferentes.

Para fins de melhor demonstrar a valia da igualdade de chances, é que passaremos, a seguir, a abordá-la com maior atenção.

2.2 A igualdade de chances e a justiça social

De início, ao tratar da igualdade de chances, dois doutrinadores não podem ser esquecidos. Por isso, ainda que de maneira concisa, uma menção à eles e às suas contribuições sobre o tema se fazem necessárias. São eles: John Rawls e Ronald Dworkin.

John Rawls foi quem primeiro apresentou a discussão sistemática do princípio da igualdade de chances no contexto da teoria ética.⁴⁶⁸

A igualdade de oportunidades formal se verifica quando todos têm os mesmos direitos de acesso às posições vantajosas. A discriminação legal, por sua vez, como, por exemplo, a racial, religiosa ou de gênero, contradiz a igualdade de chances formal e, por isso, geralmente, é proibida em constituições modernas.⁴⁶⁹

Esse princípio previu, ainda, que cada homem deve ter uma boa chance de realmente alcançar posições vantajosas. Assim, as pessoas com habilidades iguais têm as mesmas chances de obter o sucesso.

A desigualdade social não pode ser explicada como um mero resultado de diferenças naturais, mas, principalmente, como uma consequência de desigualdades institucionalmente solidificadas. Por esse motivo, John Rawls levanta a questão acerca de como as instituições devem ser concebidas, para fins de satisfazer as exigências de justiça.

John Rawls concluiu, então, que dois eram os princípios de justiça para as instituições. O primeiro deles, o de que cada pessoa tem igual direito ao mais extensivo sistema total de liberdades básicas iguais compatíveis com um similar sistema de liberdades para todos. O segundo deles, o de que as desigualdades sociais e econômicas devem ser organizadas, de modo que ambas sejam para o maior benefício dos menos favorecidos, de acordo com o princípio da economia e ligados a cargos e posições abertas para todos em condições justas de igualdade de oportunidades.⁴⁷⁰

Ronald Dworkin, por sua vez, entende que necessário se faz uma definição do conceito do direito individual à igualdade. Para tanto, ele questiona que direitos à

⁴⁶⁸ STAATS Lexikon: Recht – Wirtschaft – Gesellschaft – 7., völlig neu bearbeitete Auflage. Erster Band. Freiburg; Basel; Wien: Verlag Herder, 1985, S. 1087.

⁴⁶⁹ STAATS Lexikon: Recht – Wirtschaft – Gesellschaft. Op. cit., 1985, S. 1087.

⁴⁷⁰ RAWLS. John. *A Theory of Justice*. Rev. Ed. Massachusetts: Harvard University Press, 2000, p. 266.

igualdade têm os cidadãos enquanto indivíduos que podem sobrepor-se a programas voltados para políticas econômicas e sociais.⁴⁷¹

Em resposta, então, ele afirma que existem, nessa situação, dois tipos diferentes de direitos. O primeiro, um direito a igual tratamento, que seria aquele direito a uma igual distribuição de oportunidade, recurso ou encargo. Como exemplo, ele cita o direito de todo o cidadão, em uma democracia, de votar. O segundo, é o direito ao tratamento como igual, que seria aquele direito de ser tratado com o mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa. Como exemplo, ele menciona o caso de alguém que tem dois filhos e que um deles está morrendo de uma doença que está causando desconforto ao outro e justifica que não há como demonstrar igual atenção se jogar cara ou coroa para decidir qual deles deve receber a última dose de um medicamento.⁴⁷²

Dessa forma, pretende demonstrar que o direito ao tratamento como igual é fundamental e que o direito ao igual tratamento é derivado. Além disso, que em determinadas situações, o direito ao tratamento como igual pode implicar em um direito a igual tratamento, mas que isso nem sempre irá ocorrer.⁴⁷³

Feita essa referência preliminar, passaremos ao estudo da igualdade de chances e seus desdobramentos.

A igualdade de oportunidades pode ser tida como um conceito fundamentalmente político, que atingiu seu ápice no final dos anos 60. Ele abrange uma concepção específica de como a desigualdade social entre os homens pode ser reduzida. Isso, sobretudo na área da educação.⁴⁷⁴

Essa igualdade, aqui, possui um conceito normativo.

Dessa forma, a desigualdade seria consequência de um livre desenvolvimento de habilidades desiguais, de uso desigual. Como efeito disso, eventuais resultados não decorrentes de desigualdades em função de habilidades ou de uso, mas sim de diferentes condições iniciais são inválidas pelo conceito de igualdade de chances. Isso porque as formas de desigualdade social apenas são consideradas, quando

⁴⁷¹ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. New York: Bloomsbury Publishing Plc., 2013, p. 273.

⁴⁷² DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2013, p. 273.

⁴⁷³ DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2013, p. 273.

⁴⁷⁴ STAATS Lexikon: Recht – Wirtschaft – Gesellschaft – 7., völlig neu bearbeitete Auflage. Erster Band. Freiburg; Basel; Wien: Verlag Herder, 1985, S. 1086.

decorrentes de diferenças individuais de desempenho com as mesmas condições iniciais.⁴⁷⁵

Não é possível dizer que há qualidade nos serviços ofertados à primeira infância, exceto se estiver presente a igualdade de chances. E essa igualdade de oportunidades significa fornecer acesso aberto aos serviços a serem oferecidos à primeira infância, de modo a permitir que cada criança e família possa participar dela de forma integral. Assim, o foco seria o de tratar todas as crianças com igualdade, respeitadas as suas necessidades individuais.⁴⁷⁶

Ninguém na sociedade deve sofrer discriminação em função de seu gênero, raça, classe, cultura, idade, religião, incapacidade ou orientação sexual. E essa é uma questão a ser trabalhada desde a primeira infância.⁴⁷⁷

Sabemos que o conceito fundamental de oportunidades de vida tem muitas dimensões, o que torna dificultoso o caminho para sua efetivação. Porém, nos dias atuais, mais do que em qualquer outro momento, isso parece ser algo palpável.

Em sociedades altamente complexas, não faz sentido falar das mesmas oportunidades de vida, em termos de uniformidade social geral – igualdade. No entanto, nas sociedades modernas, um alto consenso sobre alguma necessidades básicas, a satisfação adequada pode servir como exigência mínima de igualdade de chances. Sua medição é feita pelos chamados indicadores sociais, que se relacionam com as seguintes dimensões: renda, educação, saúde, habitação, condições de trabalho, direitos civis, qualidade ambiental. A dificuldade a ser superada, aqui, é a de que os indicadores sociais medem distribuições reais, ou seja, a desigualdade de resultados, não de oportunidades. Ainda assim, não se pode negar de todo a utilidade de tais indicadores sociais.⁴⁷⁸

As desigualdades sociais estão presentes em todas as sociedades de uma forma ou de outra, influenciando cada aspecto da vida e das atitudes das pessoas. Desde cedo, as crianças são influenciadas por exemplos de comportamentos, imagens, atitudes e palavras discriminatórias, que elas veem e ouvem ao seu redor.⁴⁷⁹

⁴⁷⁵ STAATS Lexikon: Recht – Wirtschaft – Gesellschaft – 7., völlig neu bearbeitete Auflage. Erster Band. Freiburg; Basel; Wien: Verlag Herder, 1985, S. 1086-1087.

⁴⁷⁶ MALIK, Hyacinth. *A practical guide to equal opportunities*. 2nd edition. United Kingdom: Nelson Thornes Ltd, 2003, p. 1.

⁴⁷⁷ MALIK, Hyacinth. Op. cit., 2003, p. 1.

⁴⁷⁸ STAATS Lexikon: Recht – Wirtschaft – Gesellschaft. Op. cit., 1985, S. 1087.

⁴⁷⁹ MALIK, Hyacinth. Op. cit., 2003, p. 3.

E não há outra forma de superar tais desigualdades, se não pela própria igualdade. E essa parece ser a ideia que deve se fazer presente em um estado social.

A igualdade significa valorizar uma sociedade diversificada, multicultural, multilíngue e multirracial; valorizar os gêneros, incapacidades, culturas, religiões e estilos de vida dos indivíduos; ofertar e fornecer a igualdade de chances a todos na sociedade, independente da variação da população; não endossar o conceito de superioridade ou inferioridade dentro e entre a população; manter e proteger cada direito individual humano de não ser discriminado e negar sua igualdade; e reconhecer que há uma variedade de práticas de educação infantil e que elas todas são efetivamente iguais no fornecimento de segurança para as crianças e que as crianças e suas famílias deveriam ser sempre vistas como únicas e individuais.⁴⁸⁰

No intento de especificar ainda mais a temática da igualdade de oportunidades, necessário se faz, a partir de agora, um exame dela como um problema específico da política de educação.

A educação tem relação com o desenvolvimento e promoção das habilidades das crianças e jovens, de pessoas, de modo a permitir que cresçam, gradativamente, na responsabilidade por suas próprias ações e realizações.⁴⁸¹

Os requisitos para a participação nesses processos de promoção extracurriculares, entretanto, são desigualmente distribuídos, seja em razão dos diversos investimentos e talentos, seja em decorrência das diferentes condições sociais.⁴⁸²

A igualdade de chances, então, vem a ser a garantia de que todas as crianças venham a ter a mesma oportunidade de participar de centros de formação. A política de educação resultante dessa visão seria o compromisso com um programa de treinamento uniforme, em termos sociais.⁴⁸³

Uma outra forma de assim proceder seria quando a igualdade de oportunidades não é dada quando da entrada no sistema de ensino. Portanto, as diferenças existentes no desempenho teriam que ser compensadas pela promoção específica de crianças socialmente desfavorecidas, se possível, para resultar em um

⁴⁸⁰ MALIK, Hyacinth. *A practical guide to equal opportunities*. 2nd edition. United Kingdom: Nelson Thornes Ltd, 2003, p. 3.

⁴⁸¹ STAATS Lexikon: Recht – Wirtschaft – Gesellschaft – 7., völlig neu bearbeitete Auflage. Erster Band. Freiburg; Basel; Wien: Verlag Herder, 1985, S. 1088.

⁴⁸² STAATS Lexikon: Recht – Wirtschaft – Gesellschaft. Op. cit., 1985, S. 1088.

⁴⁸³ STAATS Lexikon: Recht – Wirtschaft – Gesellschaft. Op. cit., 1985, S. 1088.

maior nível de igualdade de chances para a etapa seguinte, como, por exemplo, as escolas secundárias, de forma a permitir o ingresso em uma profissão.⁴⁸⁴

A pesquisa empírica sobre a relação entre a educação e a desigualdade social ainda não levaram a resultados consistentes. Ainda assim, é indiscutível que o desempenho escolar das crianças é diferente de uma forma sistemática de acordo com sua origem social, de maneira que o sistema escolar como resultado favorece aquelas crianças que trazem socialmente pré-condições mais favoráveis.⁴⁸⁵

Controversa é, então, a questão acerca de em que medida o projeto do sistema de ensino representa um ingrediente eficaz para a promoção da igualdade de oportunidades. A origem social e a capacidade individual de aprender explicam uma pequena parcela do sucesso escolar. Outra parte é conferida aos pais, amigos da escola, ao clima da escola, comportamento dos professores, dentre outros. No entanto, o que realmente importa é a estrutura do próprio sistema de ensino e as suas ligações com outras circunstâncias sociais.⁴⁸⁶

Considerando que para encontrar uma concepção mais adequada do problema da igualdade de chances se faz importante uma compreensão da desigualdade social, em um primeiro momento, poderíamos pensar que a grande responsável por tornar efetiva essa igualdade seria através da justiça social.

Por isso, valiosa se faz nesse momento, uma apreciação da justiça social.

O termo justiça social foi mencionado, pela primeira vez, na Itália⁴⁸⁷, tendo sido reprisado, posteriormente, na França e na Alemanha. Depois disso, ele acabou por ser assumido pela ética social cristã.⁴⁸⁸

O significado de justiça social pode variar de acordo com as diferentes definições, perspectivas e teorias sociais. A maioria das concepções de justiça social refere-se a uma sociedade igualitária, baseada nos princípios de igualdade e solidariedade, que compreende e valora os direitos humanos e que reconhece a dignidade de cada ser humano. Nesse sentido, reflete os três valores e símbolos da Revolução Francesa (1789-1799) – liberdade, igualdade e fraternidade. Globalmente,

⁴⁸⁴ STAATS Lexikon: Recht – Wirtschaft – Gesellschaft – 7., völlig neu bearbeitete Auflage. Erster Band. Freiburg; Basel; Wien: Verlag Herder, 1985, S. 1088.

⁴⁸⁵ STAATS Lexikon: Recht – Wirtschaft – Gesellschaft. Op. cit., 1985, S. 1088.

⁴⁸⁶ STAATS Lexikon: Recht – Wirtschaft – Gesellschaft. Op. cit., 1985, S. 1088-1089.

⁴⁸⁷ Em 1840, por um padre siciliano, Luigi Taparelli d'Azeglio (ZAJDA, Joseph; MAJHANOVICH, Suzanne; MUNDY, Karen. *Education and Social Justice: Issues of Liberty and Equality in the Global Culture*. In: ZAJDA, Joseph. *Education and Social Justice*. Netherlands: Springer, 2006, p. 1).

⁴⁸⁸ HÖFFE, Otfried. *Gerechtigkeit: eine philosophische Einführung*. München: Verlag C. H. Beck oHG, 2001, S. 84.

a mais frequente expressão dos princípios fundadores da justiça social é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi endossada pela comunidade internacional em 1948.⁴⁸⁹

Atualmente, dois são os sentidos em que o termo justiça social é utilizado. No sentido inespecífico, o adjetivo 'social' significa apenas que algo de social está em pauta. No sentido específico, a justiça social se ocupa com dificuldades que ou reaparecem ou recrudesceram ou então foram, pela primeira vez, conscientizadas nos séculos XVIII e XIX. São dificuldades causadas pelo desemprego, pela falta de proteção no caso de doença e na velhice, pela falta de educação formal ou de formação profissionalizante, pela fome e pauperização.⁴⁹⁰

E para que se possa responder a tais dificuldades, em nome da justiça, se deve identificar as obrigações devidas às pessoas em questão.⁴⁹¹

Vale lembrar, entretanto, que a palavra social distingue a justiça social do conceito de justiça que é aplicado na lei e de mais conceitos informais de justiça incorporados nos sistemas de política pública e moralidade, que difere de cultura para cultura e carecem, portanto, de uma dimensão global. Justiça social se refere a uma igualdade geral de uma sociedade em suas divisões e distribuições de recompensas e encargos.⁴⁹²

Exige a justiça social uma igualdade, não só em termos de regras e normas abstratas, mas também em condições reais de vida.

Assim como a igualdade de chances, a justiça social também possui uma relação estreita com a questão da educação. Ela indica a relação problemática entre sociedade e estado, contra o fundo de pesquisa de educação comparada.⁴⁹³

A justiça social veio, então, para buscar responder o questionamento acerca de como podemos contribuir para a criação de uma mais equilibrada, respeitável e justa sociedade para todos.⁴⁹⁴

⁴⁸⁹ ZAJDA, Joseph; MAJHANOVICH, Suzanne; MUNDY, Karen. *Education and Social Justice: Issues of Liberty and Equality in the Global Culture*. In: ZAJDA, Joseph. *Education and Social Justice*. Netherlands: Springer, 2006, p. 1.

⁴⁹⁰ HÖFFE, Otfried. *Gerechtigkeit: eine philosophische Einführung*. München: Verlag C. H. Beck oHG, 2001, S. 85.

⁴⁹¹ HÖFFE, Otfried. Op. cit., 2001, S. 85.

⁴⁹² ZAJDA, Joseph; MAJHANOVICH, Suzanne; MUNDY, Karen. In: ZAJDA, Joseph. Op. cit., 2006, p. 4.

⁴⁹³ ZAJDA, Joseph; MAJHANOVICH, Suzanne; MUNDY, Karen. In: ZAJDA, Joseph. Op. cit., 2006, p. 5.

⁴⁹⁴ ZAJDA, Joseph; MAJHANOVICH, Suzanne; MUNDY, Karen. In: ZAJDA, Joseph. Op. cit., 2006, p. 5.

Apesar desse aparente espírito de igualdade daqueles que reformam e fazem as políticas que promovem a justiça social e tendo em vista as forças de mercado que ditam a privatização e mercantilização da educação e da sociedade, legados ambivalentes do passado, assim como questões relacionadas à educação e às políticas continuam pendentes de solução. A situação antes existente se mantém e, por esse motivo, tais questões permanecem na agenda política.⁴⁹⁵

Isso inclui o contumaz problema da desigualdade. A privatização, descentralização e mercantilização na educação e sociedade têm um impacto direto na implementação dos princípios da justiça social nas escolas.⁴⁹⁶

O princípio de fornecer educação para todos, considerada a lacuna cada vez maior de riqueza, poder, renda entre ricos e pobres, a nível local e global, continua a ser um mito. Para resolver essas desigualdades⁴⁹⁷, necessário se faz uma mudança de política ideológica e radical nos modelos atuais de governança e uma parceria autêntica e equitativa entre o estado, as empresas multinacionais, os decisores políticos e educadores, todos trabalhando juntos para a erradicação da desigualdade e da pobreza para o bem-estar geral da humanidade.⁴⁹⁸

⁴⁹⁵ ZAJDA, Joseph; MAJHANOVICH, Suzanne; MUNDY, Karen. *Education and Social Justice: Issues of Liberty and Equality in the Global Culture*. In: ZAJDA, Joseph. *Education and Social Justice*. Netherlands: Springer, 2006, p. 6.

⁴⁹⁶ ZAJDA, Joseph; MAJHANOVICH, Suzanne; MUNDY, Karen. In: ZAJDA, Joseph. Op. cit., 2006, p. 6.

⁴⁹⁷ A cidade de Nogales, por exemplo, é cortada ao meio por uma cerca. Ao norte, Nogales, Arizona, no condado de Santa Cruz, Estados Unidos. Nela, a renda familiar média é de cerca de US\$ 30 mil anuais. A maior parte dos adolescentes estuda e a maior parte dos adultos concluiu o ensino médio. A população é relativamente rica, com alta expectativa de vida pelos padrões globais. Muitos dos moradores passaram dos sessenta e cinco anos e têm acesso a um sistema de seguros de saúde administrado pelo governo dos Estados Unidos. A população pode se dedicar às suas atividades diárias sem se preocupar com sua vida ou segurança, sem viver com medo de roubos, expropriações. Além disso, partem da premissão de que o governo é seu agente. Podem votar para substituir prefeitos, deputados e senadores. Ainda, votam nas eleições presidenciais. A democracia constitui uma segunda pele (ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. *Why nations fail: the origins of power, prosperity, and poverty*. New York: Crown Business, 2012, p. 7).

Ao sul da cerca, a poucos metros de distância, a realidade é completamente diversa. Em Nogales, Sonora, México, a renda familiar corresponde a cerca de um terço da de Nogales, Arizona. A maior parte dos adultos de Nogales, Sonora, não completou o ensino médio e a maior parte dos adolescentes não vão à escola. A mortalidade infantil é uma realidade e motivo de preocupação para as mães. Diante da precariedade da saúde pública, a população não vive como seus vizinhos do norte, tampouco tem acesso a muitos serviços públicos. As estradas encontram-se em péssimo estado, assim como a lei e a ordem. A criminalidade, por consequência, é alta. A democracia ainda é uma experiência recente (ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. Op. cit., 2012, p. 7-8).

⁴⁹⁸ ZAJDA, Joseph; MAJHANOVICH, Suzanne; MUNDY, Karen. In: ZAJDA, Joseph. Op. cit., 2006, p. 6.

Alguns críticos alegam que a justiça social é difícil de alcançar em uma sociedade onde a desigualdade social é inativa.⁴⁹⁹

A criação de uma sociedade igual e justa para todos é um sonho a todos pedagogos capacitadores e igualitários. E irá continuar sendo um sonho, retórica vazia, palavras mágicas na política, a menos que o debate acerca da desigualdade social surja mais vigorosamente na cultura global. É preciso agir, não apenas falar.⁵⁰⁰

Por isso, resta evidente que mais do que incumbência da justiça social, a igualdade de chances é responsabilidade do estado social e a ele que temos que recorrer, clamando que atenda a essa reivindicação que é de todos.

2.3 A política de cotas: os questionamentos que embasaram a pesquisa e as respectivas respostas

2.3.1 Uma violação ou uma forma de realização do princípio da igualdade?

De início, as ações afirmativas, dentre as quais se encontra a política de cotas, poderiam ser definidas como um encorajamento por parte do estado a que as pessoas com determinado poder decisório levassem em conta, quando da tomada de suas decisões, fatores como a raça, a cor, o sexo, a origem das pessoas. Depois disso, na busca de um aprimoramento do conceito, elas passaram a ser associadas à realização da igualdade de oportunidades.

Nos Estados Unidos, a ação afirmativa foi retratada, nas palavras do Presidente Clinton, como uma ferramenta na busca de um interesse nacional permanente, qual seja, a igualdade de chances.⁵⁰¹ No Brasil, a ação afirmativa restou definida como uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias.⁵⁰²

⁴⁹⁹ ZAJDA, Joseph; MAJHANOVICH, Suzanne; MUNDY, Karen. *Education and Social Justice: Issues of Liberty and Equality in the Global Culture*. In: ZAJDA, Joseph. *Education and Social Justice*. Netherlands: Springer, 2006, p. 6.

⁵⁰⁰ ZAJDA, Joseph; MAJHANOVICH, Suzanne; MUNDY, Karen. In: ZAJDA, Joseph. *Op. cit.*, 2006, p. 6.

⁵⁰¹ TOMASSON, Richard F.; CROSBY, Faye J.; HERZBERGER, Sharon D. *Affirmative Action: The pros & cons of policy and practice*. BostonWay, Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2001, p. 15.

⁵⁰² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de informação legislativa*. Brasília, vol. 33, n. 131, p. 285, jul./set. 2006.

Parece que, de fato, o que mais se aproxima da ideia da ação afirmativa seria a busca por uma igualdade de oportunidades.

Entretanto, não se pode desconsiderar que ser um empregador de igualdade de chances não é necessariamente o mesmo do que ser um empregador de ação afirmativa.⁵⁰³

Algumas políticas parecem ser neutras e efetivamente o são, enquanto outras tem impactos diferentes. A diferença entre uma aparente e uma real igualdade de oportunidades é profunda.⁵⁰⁴

E as diferenças entre uma política de igualdade de chances de emprego e uma política de ação afirmativa de emprego podem ser descritas em um número de cinco, que seguem enumeradas, de maneira a facilitar a compreensão.⁵⁰⁵

1. A ação afirmativa requer uma ação positiva, enquanto que igualdade de chances é reativa.⁵⁰⁶

A ação positiva não depende de nenhum estímulo externo. Por sua vez, a ação reativa é uma reação à uma ação, uma resposta. Por isso, enquanto a primeira é causa, a segunda é consequência.

2. Outra diferença está consubstanciada no fato de que a ação afirmativa é uma política de consciência de raça e de consciência de gênero, enquanto que a igualdade de chances pretende ser usualmente uma cegueira de raça e uma cegueira de gênero.⁵⁰⁷

Dessa maneira, para a ação afirmativa a questão da raça e do gênero continua sendo algo a ser levado em conta para uma determinada escola ou seleção. Em contraponto, para a igualdade de chances, a raça e o gênero não são aspectos diferenciadores. Efetivamente, busca-se visualizá-los como iguais.

3. A ação afirmativa é baseada no reconhecimento e na continuidade da injustiça no sistema, enquanto que a igualdade de chances assume que as oportunidades são, em verdade, igualdade para todos os cidadãos.

Utilizando-se da ação afirmativa, continuamos a fazer diferenciações. Modificam-se as razões, as pessoas atingidas, mas a ação em si permanece a

⁵⁰³ TOMASSON, Richard F.; CROSBY, Faye J.; HERZBERGER, Sharon D. *Affirmative Action: The pros & cons of policy and practice*. BostonWay, Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2001, p. 15.

⁵⁰⁴ TOMASSON, Richard F.; CROSBY, Faye J.; HERZBERGER, Sharon D. Op. cit., 2001, p. 16.

⁵⁰⁵ TOMASSON, Richard F.; CROSBY, Faye J.; HERZBERGER, Sharon D. Op. cit., 2001, p. 16.

⁵⁰⁶ TOMASSON, Richard F.; CROSBY, Faye J.; HERZBERGER, Sharon D. Op. cit., 2001, p. 16-17.

⁵⁰⁷ TOMASSON, Richard F.; CROSBY, Faye J.; HERZBERGER, Sharon D. Op. cit., 2001, p. 16-17.

mesma. Já a igualdade de oportunidades, de fato, pretende oportunizar iguais condições a todos.

4. A ação afirmativa minimiza a importância das intenções no curso das coisas, enquanto a igualdade de oportunidades prevê que as boas intenções resultam automaticamente em um bom efeito.⁵⁰⁸

Com as ações afirmativas, as verdadeiras razões que dão causa a elas acabam, com o decorrer do tempo, ficando esquecidas. A ação afirmativa em si passa a ser mais valorizada do que o motivo que a fez existir. Com a igualdade de oportunidades, o efeito será sempre algo positivo.

5. E, por fim, que a ação afirmativa chama a atenção para o sistema, enquanto a igualdade de chances permite que a atenção se concentre sobre os indivíduos.⁵⁰⁹

A ação afirmativa reforça todos os erros já cometidos, na medida em que não os deixa no passado. Todas as falhas do sistema ficam expostas. A igualdade de chances se preocupa e valoriza o que realmente importa, o cidadão.

Todas essas diferenças mostram que a política de cotas tem, diante da realização do princípio da igualdade, uma prestação muito mais limitada e, nisso, questionável, em comparação com a igualdade de chances. Ela parece ser uma tentativa para a questão das desigualdades existentes e, nisso, pode, justamente, ser visto o seu valor, porque mostrou que as soluções dela resultantes, ao fim e ao cabo, não satisfazem sua proposta. Poderia, então, surgir a questão de que o propósito da ação afirmativa, no caso, da política de cotas, é figurar na realidade como algo temporário, até que a situação esteja um pouco mais equilibrada.

Esse argumento, entretanto, não parece ser suficientemente seguro, pois dele decorreria uma outra questão, também relevante, qual seja, a de quanto tempo seria necessário para corrigir uma discriminação que se manteve forte por tantos anos. Não seria mais apropriado pura e simplesmente compreender e conscientizar, desde a primeira infância, que todos são iguais? Prosseguir com as diferenciações, que, em verdade, não existem, apenas reforçam estereótipos.

Dessa forma, ainda que o propósito seja louvável, a política de cotas não traz consigo realização ao princípio da igualdade, mas, antes pelo contrário, provoca

⁵⁰⁸ TOMASSON, Richard F.; CROSBY, Faye J.; HERZBERGER, Sharon D. *Affirmative Action: The pros & cons of policy and practice*. BostonWay, Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2001, p. 16-17.

⁵⁰⁹ TOMASSON, Richard F.; CROSBY, Faye J.; HERZBERGER, Sharon D. Op. cit., 2001, p. 16-17.

novas desigualdades de tratamento, o que, em última análise, configura uma violação do próprio princípio.

2.3.2 Um abandono do estado social?

O artigo 170, *caput*, da Constituição Federal, vincula a justiça social à existência digna, uma tarefa da ordem econômica.

Isso pode ser melhor esclarecido da seguinte forma. Os Estados Unidos, por exemplo, foram capazes de produzir ou de atrair do exterior centenas de cientistas que fizeram descobertas essenciais em tecnologia da informação, energia nuclear, biotecnologia e outros campos em que empreendedores construíram seus negócios. Podemos citar, dentre tantos, Bill Gates, Steve Jobs, Sergey Brin, Larry Page e Jeff Bezos. Como consequência disso, há uma profusão de talentos a aproveitar, a contar do momento em que a maioria dos adolescentes nos Estados Unidos tem acesso a quanta educação quiser ou tenha condições de acompanhar. Em contraponto, agora, o Congo ou o Haiti, por exemplo, onde uma grande parcela da população não dispõe de meios de ir à escola ou onde, quando consegue ir à escola, a qualidade do ensino é ruim, os professores não aparecem para dar aula e, mesmo que o façam, não há livros para estudar.⁵¹⁰

Possível dizer, então, que o baixo nível educacional dos países pobres é uma decorrência de instituições econômicas incapazes de gerar incentivos para que os pais eduquem seus filhos e de instituições políticas incapazes de induzir o governo a construir ou financiar e dar suporte às escolas e aos desejos dos pais e das crianças. E, assim, resta a esses países tão somente a incapacidade de mobilizar seus talentos incipientes.⁵¹¹

Incumbe à ordem econômica, também, ponderar entre o estado social - valorização do trabalho humano - e o estado liberal - livre iniciativa. E, assim agindo, sinalizar para um estado liberal social.

Isso porque o estado social e o estado liberal são duas visões de mundo que precisam ser postas em relação e ponderadas para sua realização. Nessa conexão, o estado social pode ser visto como um pressuposto - igualdade de chances -, para a

⁵¹⁰ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. *Why nations fail: the origins of power, prosperity, and poverty*. New York: Crown Business, 2012, p. 78.

⁵¹¹ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. Op. cit., 2012, p. 78.

manutenção do estado liberal, enquanto que a política de cotas como elemento de um estado liberal carente de estado social.

Portanto, a igualdade de chances não pode ser institucionalizada por meio da política de cotas, pois a política de cotas apresenta-se como uma espécie de compensação da falta de igualdade de chances, mas, de se destacar, não a substitui.

Para melhor compreender como se dá essa ponderação do estado social, representado pela igualdade de chances e do estado liberal, representado pela política de cotas, imperioso se faz uma verificação do princípio da proporcionalidade. Esse princípio, notadamente, está unido à teoria das normas de Robert Alexy e, também, dos direitos fundamentais.

No direito constitucional alemão, a ponderação é uma parcela daquilo que é exigido por um princípio mais amplo. Esse princípio mais amplo é o princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade, por sua vez, compõe-se de três princípios parciais. São eles, o princípio da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito. Esses três princípios expressam a ideia de otimização. Assim, direitos fundamentais, como princípios, são mandamentos de otimização. Por consequência, são normas que ordenam que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas.⁵¹²

Os princípios parciais da idoneidade e da necessidade cuidam das possibilidades de ordem fática, enquanto que o princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito refere-se às possibilidades de ordem jurídica, que são os princípios ou normas de direitos fundamentais em jogo na colisão. Dessa forma, os princípios parciais da idoneidade e da necessidade expressam mandamento a ser otimizado em relação às possibilidades fáticas e não tratam de ponderação, mas sim do modo de evitar 'intervenções em direitos fundamentais que sem custos para outros princípios são evitáveis'. A ponderação fica direcionada para o princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito, que expressa mandamento de otimização em relação às possibilidades jurídicas.⁵¹³

⁵¹² ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 110.

Conferir, sobre princípio da proporcionalidade, ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. edición. Traducción: Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2012, p. 111 e seguintes.

⁵¹³ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e poderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 240.

O princípio da idoneidade exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio, sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos, cuja realização eles devem servir. Com isso, plausível dizer que o princípio da idoneidade é a expressão da ideia da otimidade de Pareto: uma posição pode ser melhorada sem que nasçam desvantagens para outras.⁵¹⁴

O mesmo ocorre com o princípio da necessidade. Para ele, se existe um meio menos intensivamente interveniente e igualmente bem idôneo, então uma posição pode ser melhorada, sem que nasçam custos para a outra. A aplicabilidade desse princípio pressupõe, no entanto, que não exista um terceiro princípio. Isso porque, havendo um terceiro princípio, torna necessária a ponderação.⁵¹⁵

A ponderação⁵¹⁶ é objeto da terceira parcela do princípio da proporcionalidade, do princípio da proporcionalidade em sentido restrito. Ele diz que quanto mais alto for o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deverá ser a importância do cumprimento do outro.⁵¹⁷ Como consequência dessa operação, surge uma relação de precedência condicionada⁵¹⁸ entre os direitos fundamentais ou os bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos.

Dessa forma, possível dizer que são três os passos em que a ponderação pode ser decomposta. Em um primeiro momento, deve ser comprovado o grau do não

⁵¹⁴ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 110.

⁵¹⁵ ALEXY, Robert. Op. cit., 2007, p. 110-111.

⁵¹⁶ O legislador brasileiro reconheceu a importância da ponderação, a partir do momento em que inseriu no novo Código de Processo Civil, sancionado no dia 16 de março de 2015, o art. 489, §2º, que prevê que: “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

⁵¹⁷ ALEXY, Robert. Op. cit., 2007, p. 111.

⁵¹⁸ Na decisão do caso Lebach, onde estavam em colisão a proteção da personalidade e a proteção da liberdade de informação, o Tribunal Constitucional Federal alemão estabeleceu uma relação de precedência em favor da proteção da personalidade. Isso, condicionada à circunstância de que a repetição em rede de televisão de informações de fatos passados não mais atendia ao interesse da informação atual. Além disso, estaria a impor risco ao processo de ressocialização do apenado, que já tinha cumprido de forma integral sua pena. Dessa maneira, restou proibida a transmissão do documentário sobre os fatos e os detalhes da vida privada dos acusados condenados à prisão perpétua e do condenado que estava por ser posto em liberdade (GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 250).

Na decisão do caso Gloria Trevi, a mesma estrutura metodológica foi aplicada. A colisão, aqui, era entre o direito fundamental à intimidade da mexicana Gloria Trevi e o direito fundamental de proteção à honra dos agentes policiais federais. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu a precedência do direito fundamental de proteção à honra dos agentes policiais federais. Como consequência, ordenou o recolhimento de material genético originário da placenta para realização do exame pericial necessário para averiguação do pai do nascituro, uma vez que os agentes policiais federais tinham sido acusados de estupro, nas dependências da Polícia Federal (GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Op. cit., 2011, p. 250).

cumprimento ou prejuízo de um princípio. Depois, em um segundo momento, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. E, por fim, em um terceiro momento, deve ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro.⁵¹⁹

Robert Alexy percebeu, entretanto, uma dificuldade de cunho epistêmico no emprego dessa lei de ponderação, de forma específica, na atribuição de pesos de importância de cumprimento e na definição de graus de intensidade de medidas de intervenção⁵²⁰. Como resposta a essa dificuldade, desenvolveu uma nova lei da ponderação, tida por epistêmica, onde quanto mais grave pesar uma intervenção em um direito fundamental, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção.⁵²¹

Mais adiante, apesar da mitigação feita na ideia de otimização de Pareto e apesar da redução do risco da arbitrariedade pela introdução das leis da ponderação, Robert Alexy notou que os problemas da ponderação ainda não estavam de todo resolvidos, em especial no atinente aos seus limites e operacionalidade técnica. Para tanto, ocupou-se em trabalhar o conceito de espaço estrutural e a desenvolver a fórmula peso, agregando à teoria instrumentos de autocontenção da atividade de ponderação e mecanismos operacionais de realização e controle do procedimento.⁵²²

Um espaço de ponderação estrutural nasce a partir do momento em que o resultado da fórmula peso leva a um empate. Em inseguranças normativas ou empíricas na classificação dos valores na fórmula peso podem, no caso de um empate, resultar espaços epistêmico-empíricos ou -normativos. A esses três tipos de espaços é comum que eles deixam deduzir-se completamente e somente dos princípios materiais e, dessa maneira, podem ser fundamentados independentemente de questões de competência e princípios formais.⁵²³

⁵¹⁹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 111.

⁵²⁰ Para a classificação da intensidade da interferência e da importância do objetivo, recorre-se a uma escala com os níveis leve, moderado e sério. E essa classificação refere-se sempre (e apenas) ao caso concreto (KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit: Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus*. *Juristische Schulung*. 54. Jahrgang. S. 193-199. März 2014, S. 196).

⁵²¹ LUDWIG, Roberto José. *A norma de direito fundamental associada: direito, moral, política e razão* em Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014, p. 444.

⁵²² LUDWIG, Roberto José. Op. cit., 2014, p. 444.

⁵²³ KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. *Espaços no direito público: para a doutrina da ponderação da teoria dos princípios*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015, p. 151.

As razões da ponderação devem estar livres de contradições e apenas podem ser apresentadas razões sinceras. Assim, as razões da ponderação podem ser configuradas como uma cadeia de argumentos estruturados em premissas que sustentam, por implicação lógica, uma conclusão. Essas premissas devem se achar justificadas por razões.⁵²⁴

Além disso, essas razões de ponderação precisam ser apresentadas em uma linguagem uniforme. Isso reforça a necessidade de haja clareza e precisão no uso da linguagem.⁵²⁵

Uma outra exigência que se faz importante é a de que os juízos de valor ou de dever apresentados como razões da ponderação em uma determinada situação concreta sejam universalizadas para outras situações concretas semelhantes em seus aspectos essenciais.⁵²⁶

Superado esse breve exame do princípio da proporcionalidade e, mais especificamente, da ponderação, necessário que essas ideias sejam colocadas nas questões objeto de apreciação no trabalho.

A igualdade de chances, no âmbito do princípio parcial da idoneidade, na tarefa jurídico-constitucional de realização do princípio da igualdade, mostra-se menos incisiva em direitos fundamentais de terceiros do que a política de cotas no mesmo âmbito.

Assim, considerando que o princípio parcial da idoneidade prevê que uma medida, que configura uma intervenção em um direito fundamental, somente está justificada se promove o fim de realizar o outro direito fundamental ou bem jurídico coletivo protegido constitucionalmente e que a política de cotas é menos adequada do que a igualdade de chances para a promoção ou obtenção da realização do princípio da igualdade, de concluir-se que ela não está justificada.

Além disso, os padrões de teste adotados pela Suprema Corte americana⁵²⁷ parecem ser menos universalizáveis do que o princípio da proporcionalidade.⁵²⁸

⁵²⁴ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 163-164.

⁵²⁵ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Op. cit., 2011, p. 164.

⁵²⁶ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Op. cit., 2011, p. 164.

⁵²⁷ Ver Primeira Parte, Capítulo 2, Subcapítulo 2.3, p. 43 e seguintes.

⁵²⁸ O princípio da proporcionalidade faz parte dos objetos mais importantes que os estudantes aprendem no direito público. Isso tem bons fundamentos. Em virtude de sua ancoragem no princípio do estado de direito e nos direitos fundamentais o princípio irradia em todos os campos do direito. Disso resulta seu significado central também para a atividade profissional de juristas. Ascendido é esse significado ainda pelo fato de o princípio da proporcionalidade pertencer aos produtos de exportação

Em outras palavras, havendo a exigência de que os juízos de valor ou de dever apresentados como razões da ponderação em uma determinação situação concreta devem ser universalizadas para outras situações concretas que sejam a ela semelhantes em seus aspectos essenciais, imperioso seria que os padrões de teste adotados pela Suprema Corte americana para análise do princípio da igualdade e, de modo particular, para apreciação da política de cotas, alcançassem êxito em outras situações semelhantes.

Não é o que se verifica.

No Brasil, os padrões de teste da Suprema Corte americana não encontram aplicabilidade. A grande miscigenação do povo brasileiro⁵²⁹ dificultou e, ainda nos dias de hoje, dificulta um reconhecimento de suas matrizes étnicas. Por consequência, resta prejudicada a realização de uma ideia de política de cotas que seja justa e que resolva a problemática da discriminação.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, é mais passível de universalização, de ser aplicado a diferentes situações que apresentem os mesmos aspectos essenciais.

Com isso, resta certificado que esses padrões foram imaginados para a conjuntura da política de cotas e não para a institucionalização da igualdade de chances como realização do princípio do estado social.

Assim, levando em conta a idoneidade da igualdade de chances e a maior universalidade do princípio da proporcionalidade, aliada ao fato de que a igualdade de chances é um dos traços fundamentais do estado social e que esse estado social está na Constituição Federal, não há motivo para que se abandone esse estado social e se opte por um sistema de cotas.

da ciência do direito alemã e passar uma marcha triunfal internacional singular. Ele foi recepcionado em muitos ordenamentos jurídicos e também vale no direito da união, assim como na convenção dos direitos do homem europeia (KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit: Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus. Juristische Schulung*. 54. Jahrgang. März 2014, S. 193).

⁵²⁹ Ver Quarta Parte, Capítulo 1, Subcapítulo 1.1, p. 135 e seguintes.

CONCLUSÃO

A igualdade é, sem dúvida, um dos direitos fundamentais de maior importância na atualidade. Isso porque, depois de tantos anos, nos quais se conviveu com os mais diversos tipos de discriminação, segregação, parece que agora, cada vez mais, os tribunais demonstram estar dispostos a extirpar as desigualdades, precipuamente aquelas deliberadas, fazendo valer, em definitivo, a igualdade entre todos.

Ainda assim, as dúvidas existentes sobre a aplicação do princípio da igualdade parecem estar longe de uma resolução definitiva. Muito ainda é preciso ser discutido.

Razoável dizer, no entanto, que a Suprema Corte americana parece estar caminhando no sentido certo ao definir critérios para análise da incidência ou não do referido princípio aos casos concretos.

Essa análise rigorosa que vem sendo levada a termo, de certa forma, garante uma transparência e, por conseguinte, maior segurança aos procedimentos que vem sendo adotados quando da implementação das ações afirmativas e, em específico, da política de cotas. Assim, sempre que verificada alguma divergência sobre a afronta ou não de determinada ação à cláusula da igual proteção, uma análise minuciosa do caso, da situação exposta é uma tendência que se faz necessária.

Isso porque, ainda que não se despreze a boa intenção das ações afirmativas, certo é que elas precisam de parâmetros mínimos para serem executadas, sob pena de, agindo de forma contrária, causar-se o efeito inverso do pretendido. Em outras palavras, no intento de proteger um grupo de pessoas de eventual discriminação, acabar por se criar uma nova forma de desigualdade.

No Supremo Tribunal Federal brasileiro, a discussão ainda é recente. No entanto, na tentativa de fazer valer a igualdade, na sua seara formal, mas também material, parece ainda não ter definido critérios muito claros para a aplicação do princípio.

É fato também que o próprio contexto da realidade brasileira dificulta a elaboração de tais critérios, a partir do momento em que, no que tange à política de cotas, em específico, a miscigenação dos povos dificulta sobremaneira a identificação das raças.

Essa falta de definição, então, pode causar danos e outras diferenciações desnecessárias em um futuro bem próximo, acabando por violar, mais uma vez, o princípio da igualdade. E, então, tantos outros anos e ações afirmativas serão necessárias para novamente tentar trazer harmonia e equilíbrio aos indivíduos no seu dia a dia.

Assim, no Brasil, a mera definição de padrões de teste para aplicação do princípio da igualdade, tal como ocorre nos Estado Unidos, não se mostra cabível. Uma outra alternativa precisa ser buscada.

Por isso, possível concluir que, na realidade brasileira, a melhor solução situa-se no fazer valer uma igualdade de oportunidades, pilar esse fundamental do estado social, que encontra total respaldo na Constituição Federal brasileira. Assim agindo, será crível resolver a mazela da desigualdade, da discriminação e, também, evitar que novas diferenciações sejam levadas a termo.

E, assim, finalmente, será possível pensar em uma realização do princípio da igualdade, também jurídico-constitucionalmente orientada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. edición. Traducción: Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2012.

ALVES JR, Luís Carlos Martins. **O Supremo Tribunal Federal nas Constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ATHIAS, Renato. **A noção de identidade étnica na antropologia brasileira**: de Roquette Pinto à Roberto Cardoso de Oliveira. Recife: Editora Universidade UFPE, 2007.

BALEEIRO, Aliomar. **1891**. 3. ed. Coleção: Constituições brasileiras. vol. II. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal brasileira**. vol. I. São Paulo: Saraiva, 1932.

BARBOSA, Rui. **Habeas-Corpus**. Bahia: Typographia do Diario da Bahia, 1892.

BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa**. Vol. XIX. Tomo III. 1892. Trabalhos Jurídicos – Estado de Sítio. Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Cultura, 1956.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Saraiva, 1961.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: OAB Editora, 2002.

BRASIL. **Anais do Congresso Constituinte da República**. 2. ed. Volume III. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1926.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 24 de fevereiro de 1891). Rio de Janeiro, 1891.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (de 05 de outubro de 1988). Brasília, 1988.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Brasília, vol. 1. Tomo 1, julho a setembro de 2013.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**: [atualizado até junho de 2014] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADC n. 29 e 30 e ADIn n. 4.578/DF, Relator Ministro Luiz Fux, j. em 16.02.2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADIn n. 1283-5 MC/DF, Relator Moreira Alves, j. em 20.09.1995.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 132/RJ e ADIn n. 4.277/DF, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, j. em 05.05.2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AP n. 470 AgR - vigésimo segundo, Relator Ministro Teori Zavascki, j. em 17.04.2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AP n. 470 EI - décimos quintos - AgR, Relator Ministro Joaquim Barbosa, j. em 22.05.2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC n. 300, Relator Ministro Joaquim Barradas, j. em 23.04.1892.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC n. 1.063, Relator Ministro Bernardino Ferreira, j. em 26.03.1898.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC n. 1.073, Relator Ministro Lúcio de Mendonça, j. em 16.04.1898.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC n. 3.527, Relator Ministro Amaro Cavalcanti, j. em 15.04.1914.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC n. 4.781, Relator Ministro Edmundo Lins, j. em 05.04.1919.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS n. 21.564/DF, Relator Ministro Carlos Velloso, j. em 23.09.1992.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC n. 91.952/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, j. em 07.08.2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n. 201.819/RJ, Relator Gilmar Mendes, j. em 11.10.2005.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n. 93.122/PR, Relator Ministro Moreira Alves, j. em 31.10.1980.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n. 53.164 EDv/SP, Relator Themístocles Cavalcanti, j. em 05.03.1969.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n. 42.465/PR, Relator Prado Kelly, j. em 22.04.1966.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n. 140.889/MS, Relator Maurício Corrêa, j. em 30.05.2000.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n. 160.222/RJ, Relator Sepúlveda Pertence, j. em 11.04.1995.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n. 158.215/RS, Relator Marco Aurélio, j. em 30.04.1996.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Mandado de Segurança n. 70061783676, Relatora Desembargadora Matilde Chabar Maia, j. em 12.12.2014.

CANARIS, Claus-Wihelm, A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. Tradução: Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.).

Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

CARDIM, Carlos Henrique. **A raiz das coisas – Rui Barbosa:** O Brasil no mundo. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2007.

CHOPER, Jesse H. **Securing Religious Liberty:** Principles for Judicial Interpretation of the Religion Clauses. Chicago: The University of Chicago, 1995.

Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias> > Acesso em: 10 jan 2015.

Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/cnj-academico> > Acesso em: 10 jan 2015.

Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/cnj-pesquisa> > Acesso em: 10 jan 2015.

Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-pesquisa> > Acesso em: 10 jan 2015.

COSTA, Edgard. **Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal.** Primeiro Volume (1892-1925). Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S. A., 1964.

COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania.** 2. ed. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

CURRIE, David P. **The Constitution in the Supreme Court:** The First Hundred Years, 1789-1888. Chicago: The University of Chicago Press, 1985.

DAVID, René. **Tratado de Derecho Civil Comparado:** Introducción al estudio de los derechos extranjeros y al método comparativo. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953.

DAVID, René. **Les grands systemes de droit contemporains.** 11. ed. Paris: Dalloz, 2002.

ENZMANN, Birgit. **Der Demokratische Verfassungsstaat: Entstehung Elemente, Herausforderungen.** Lehrbuch. Wiesbaden: Springer VS, 2012.

FEINBERG, Barbara Silberdick. **The Articles of Confederation: The First Constitution of the United States.** Connecticut: Twenty-First Century Books A Division of The Millbrook Press, Inc., 2002.

FINKELMAN, Paul. **Encyclopedia of American civil liberties.** New York: Taylor & Francis Group, LLC, 2006.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala.** 20. ed. Rio de Janeiro; Brasília: José Olympio; INL-MEC, 1980.

FREYRE, Gilberto. **Ingleses no Brasil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Topbooks Editora e Distribuidora de Livros Ltda, 2000.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e poderação.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

GOLDMAN, Sheldon. **Constitutional Law and Supreme Court Decision-Making: Cases and Essays.** New York: Harper & Row, Publishers, 1982.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA).** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUTMANN, Amy. **Democratic Education.** New Jersey: Princeton University Press, 1999.

HALL, Kermit L. **The Oxford Guide to United Supreme Court Decisions.** New York: Oxford University Press, Inc., 1999.

HALLER, Walter. **<<State Action>> und <<Affirmative Action>> in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court zum Gleichheitssatz.** In: HALLER, Walter; KÖLZ, Alfred; MÜLLER, Georg; THÜRER, Daniel. Festschrift für Ulrich Häfelin: zum 65. Geburtstag. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989.

HARRELL, Mary Ann; BURNETT, Anderson. **Equal Justice Under Law: The Supreme Court in American Life.** Washington, D.C.: The Supreme Court Historical Society (with the cooperation of the National Geographic Society), 1982.

HECK, Luís Afonso. **Direitos Fundamentais e sua influência no Direito Civil.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 29, p. 40-54, jan./mar 1999.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional.** Tradução Carlos dos Santos Almeida; Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HILFIKER, David. **Urban injustice: How ghettos happen.** New York: Seven Stories Press, 2002.

HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista.** Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Martin Claret, 2011.

HÖFFE, Otfried. **Gerechtigkeit: eine philosophische Einführung.** München: Verlag C. H. Beck oHG, 2001.

HUGHES, Charles Evans. **The Supreme Court of the United States – Its foundation, methods and achievements: na interpretation.** New York: Columbia University Press, 1947.

JACKSON, Robert H. **The Supreme Court as a Unit of Government.** In WESTIN, Alan F. *The Supreme Court: Views from inside.* W. W. Norton & Company, Inc: New York, 1961.

JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte.** Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.

JOST, Kenneth. **The Supreme Court A to Z.** 2. ed. New York: Routledge, 2013.

KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. Los Angeles: University of California Press, Berkeley and Los Angeles, California; London: University of California Press, Ltd., London, England, 1967. Translated by Max Knight.

KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. **Espaços no direito público**: para a doutrina da ponderação da teoria dos princípios. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit: Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus. **Juristische Schulung**. 54. Jahrgang. S. 193-199. März 2014.

KOWALSKI, Kathiann M. **Affirmative action**: Open for debate. New York: Marshall Cavendish Benchmark, 2007.

KÜBLER, Friedrich. **Medien, Menschenrechte und Demokratie**: Das Recht der Massenkommunikation. Heidelberg, München, Landsberg, Berlin: C.F. Müller, 2008.

LACROIX, Alison L. Temporal Imperialism. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper**. n. 308. p. 1329-1373. Chicago: The Law School the University of Chicago. Chicago, may 2010.

LANGRAN, Robert W. **The Supreme Court**: A Concise History. New York: Peter Lang Publishing, Inc., 2004.

LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais**: efetivação no âmbito da democracia participativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEDUR, José Felipe. **A realização do Direito ao Trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LUDWIG, Roberto José. A norma de direito fundamental associada: um conceito operativo e central da teoria de Robert Alexy. In: HECK, Luís Afonso (Org.). **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015.

LUDWIG, Roberto José. **A norma de direito fundamental associada**: direito, moral, política e razão em Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014.
MALIK, Hyacinth. **A practical guide to equal opportunities**. 2nd edition. United Kingdom: Nelson Thornes Ltd, 2003.

MALIK, Kenan. **The meaning of race**: race, history and culture in Western society. New York: New York University Press, 1996.

MANN, Richard A.; ROBERTS, Barry S.. **Essentials of Business Law and the Legal Environment**. Twelfth Edition. Boston: Cengage Learning, 2015.

MARIN, Patricia. **The United States**: the changing contexto of acess to higher education. In: JENKINS, Laura Dudley; MOSES, Michele S. Affirmative action matters: creating opportunities for students around the world. New York: Routledge, 2014.

MAURER, Hartmut. **Contributos para o Direito do Estado**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MCCLOSKEY, Robert G. **The American Supreme Court**. Chicago & London: The University of Chicago Press, 1960.

MCNEESE, Tim. **Plessy v. Ferguson**: separate but equal. New York: Chelsea House, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO FILHO, José Celso de, **Notas sobre o Supremo Tribunal** (Império e República). 2. ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal (STF), 2007.

NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. **Constitutional law**. 4. ed. Minnesota: West Publishing CO., 1991.

NUNES, Castro. **Teoria e prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

OKIHIRO, Gary Y. **The great American mosaic**: An exploration of diversity in primary documents. California: ABC-CLIO, LLC, 2014.

PERRY, Michael J. **The Constitution in the Courts: Law or Politics?** New York: Oxford University Press, Inc., 1994.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte staatsrecht II.** 28 Auflage. Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg: C.F. Müller, 2012.

Portal da Justiça Federal da 4ª Região. **JFRS: universidade não pode determinar a raça de concorrente ao sistema de cotas.** Porto Alegre, 2015. Disponível em: < <http://www2.jfrs.jus.br/?p=19418> >. Acesso em: 22 março 2015.

RABE, Johan, **Equality, Affirmative action, and Justice.** Norderstedt: Books on Demand GmbH, 2001.

RAWLS, John. **A Theory of Justice.** Massachusetts: Harvard University Press, 2000.
REHNQUIST, William H. **The Supreme Court.** New York: Vintage Books, 2002.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação:** discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

RIOS, Roger Raupp. O princípio da igualdade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Argumentação, força normativa, direito sumular e antidiscriminação. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal:** Balanço e crítica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

REGO, José Lins do. **Menino do engenho.** 104. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2012.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de informação legislativa.** Brasília, vol. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 2006.

RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal:** Defesa das Liberdades Cívicas (1891 – 1898). Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S. A., 1965.

RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal:** Defesa das Liberdades Cívicas (1910 – 1926). Tomo III. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S. A., 1991, p. 32.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discourse on the origin of inequality**. United States: Dover Thrift Editons, 2004.

SALOMON, Leon I. **The Supreme Court** – The Reference Shelf. vol. 33. n. 1. New York: The H. W. Wilson Company, 1961.

SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

SARMENTO, Daniel. A igualdade ético-racial no Direito Constitucional brasileiro: Discriminação “De Facto”, Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa. In: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SCHMIDT, Steffen W.; SHELLEY II, Mack C.; BARDES, Barbara A. **American Government and Politics Today**. 2014-2015 Brief Edition. Stamford: Cengage Learning, 2015.

SCHULTZ, David Andrew. **Encyclopedia of the United States Constitution**. New York: Facts on File, Inc., 2009.

SCHULTZ, David. **Encyclopedia of The Supreme Court**. New York: Facts on File, Inc., 2005.

SCHULTZ, David. **Encyclopedia of American Law**. New York: Facts on File, Inc., 2002.

SCHWARTZ, Bernard. **A History of the Supreme Court**. New York: Oxford University Press, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STAATS Lexikon: Recht – Wirtschaft – Gesellschaft – 7., völlig neu bearbeitete Auflage. Erster Band. Freiburg; Basel; Wien: Verlag Herder, 1985.

TOMASSON, Richard F.; CROSBY, Faye J.; HERZBERGER, Sharon D. **Affirmative Action**: The pros & cons of policy and practice. BostonWay, Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2001.

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. Volume One. 3. ed. New York: Foudation Press, 2000.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS. Disponível em < <http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=254375> > Acesso em: 10 jan 2015.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS. Disponível em < <http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=269480> > Acesso em: 10 jun 2015).

TUSSMAN, Joseph. **The Supreme Court on Racial Discrimination**. New York: Oxford University Press, 1963.

TUSSMAN, Joseph; TENBROEK, Jacobus. The Equal Protection of the Laws. In: BERRING, Robert C. **Great American Law Reviews**. Alabama: The Legal Classics Library, 1994.

ULMER, Sidney S. **Supreme Court Policymaking and Constitution Law**. United States: McGraw-Hill, Inc., 1986.

UNITED STATES OF AMERICA. **The United States Constitution** (de 17 de setembro de 1787), 1787.

ZAJDA, Joseph; MAJHANOVICH, Suzanne; MUNDY, Karen. **Education and Social Justice**: Issues of Liberty and Equality in the Global Culture. In: ZAJDA, Joseph. **Education and Social Justice**. Netherlands: Springer, 2006.

ANEXO A

Confederação

Aprovada pelo Congresso em 15 de novembro de 1777; ratificada e em vigor em 1º de março de 1781.

Preâmbulo

Para todos a quem possa interessar, nós, Delegados dos Estados abaixo assinados, por nossos nomes, enviamos nossos cumprimentos.

Enquanto os Delegados dos Estados Unidos da América, em reunião do Congresso, realizada no décimo quinto dia de novembro neste ano de mil setecentos e setenta e sete e no segundo ano da Independência da América, concordam com certos artigos da Confederação e da União perpétua entre os Estados de New Hampshire, Massachusetts-bay, Rhode Island and Providence Plantations, Connecticut, New York, New Jersey, Pennsylvania, Delaware, Maryland, Virginia, North Carolina, South Carolina e Georgia, nas seguintes palavras, a saber:

Artigos da Confederação e da União perpétua entre os Estados de New Hampshire, Massachusetts-bay, Rhode Island and Providence Plantations, Connecticut, New York, New Jersey, Pennsylvania, Delaware, Maryland, Virginia, North Carolina, South Carolina e Georgia.

Artigo I – O nome desta Confederação será “Os Estados Unidos da América”.

Artigo II – Cada Estado mantém a sua soberania, liberdade e independência e cada poder, jurisdição e direito, que não seja por esta confederação expressamente delegado aos Estados Unidos, em reunião do Congresso.

Artigo III – Os referidos Estados decidem entrar em uma liga firme de amizade de uns com os outros, para sua defesa comum, a segurança de suas liberdades, e seu bem-estar mútuo e geral, obrigando-se a ajudarem-se mutuamente, contra toda a força

oferecida, ou ataques feitos em direção a eles, ou qualquer um deles, por conta de religião, soberania, comércio, ou qualquer outro pretexto que seja.

Artigo IV – O melhor para proteger e perpetuar essa amizade mútua e as relações entre as pessoas de diferentes Estados nesta união, será que os habitantes livres de cada um destes Estados, com exceção dos indigentes, vagabundos e fugitivos da justiça, terão direito a todos os privilégios e imunidades dos cidadãos livres em diferentes Estados; e as pessoas de cada Estado terão livre ingresso e regresso para qualquer outro Estado e desfrutarão de todos os privilégios do comércio, ficando sujeitos aos mesmos deveres, imposições e restrições que os habitantes do mesmo, desde que tais restrições não se estendam a ponto de impedir a remoção dos bens importados para qualquer Estado, de qualquer outro Estado, de que o proprietário é um habitante; previu também que nenhuma imposição, deveres ou restrição será estabelecida por qualquer Estado na propriedade dos Estados unidos, ou qualquer um deles.

Se qualquer pessoa culpada ou acusada de traição, crime, ou outra alta contravenção em qualquer Estado, que tiver fugido da justiça e for encontrada em qualquer um dos Estados unidos, ela deverá, a pedido do Governador ou do poder executivo do Estado de onde ela fugiu, ser entregue e removida para o Estado que tem a jurisdição de seu delito.

Plena fé e crédito devem ser conferidos a cada um destes Estados para com os registros, atos e processos judiciais dos tribunais e magistrados de cada outro Estado.

Artigo V – Para uma gestão mais conveniente dos interesses gerais dos Estados unidos, os delegados serão nomeados anualmente, de tal maneira que os legisladores de cada estado devem se dirigir, para uma reunião do Congresso, na primeira segunda de novembro, em cada ano, com o poder reservado a cada Estado para chamar de volta seus delegados, ou quaisquer deles, a qualquer momento durante o ano, e para enviar outros em seu lugar para o restante do ano.

Nenhum Estado será representado no Congresso por menos do que dois, nem por mais do que sete membros; e nenhuma pessoa será capaz de ser um delegado por mais do que três anos em um período de seis anos; nenhuma pessoa, sendo um delegado, será capaz de ocupar qualquer cargo nos Estados unidos, para que ele, ou

outro com seu benefício, receba qualquer salário, taxas ou emolumentos de qualquer espécie.

Cada Estado deve manter seus próprios delegados em uma reunião dos Estados, e enquanto eles agirem como membros do comitê dos Estados.

Em determinadas questões dos Estados unidos, em reunião do Congresso, cada Estado terá um voto.

A liberdade de expressão e de debate no Congresso não deverá ser cassada ou questionada em qualquer tribunal ou lugar fora do Congresso e os membros do Congresso devem ser protegidos, em suas pessoas, de prisões ou detenções, durante o tempo em que estiverem em atendimento ao Congresso, exceto por traição, crime ou violação da paz.

Artigo VI – Nenhum Estado, sem o consentimento dos Estado unidos, em reunião do Congresso, deve enviar para qualquer embaixada, ou receber de qualquer embaixada, ou entrar em qualquer conferência, acordo, aliança ou tratado com qualquer Rei, Príncipe ou Estado; nem deve qualquer pessoa que tenha qualquer escritório de lucro ou de confiança nos Estados unidos, ou em quaisquer deles, aceitar qualquer presente, emolumento, escritório ou título de qualquer natureza de qualquer Rei, Príncipe ou Estado estrangeiro; nem os Estados Unidos, em reunião do Congresso, ou qualquer um deles, deve conceder qualquer título de nobreza.

Não devem dois ou mais Estados entrar em qualquer tratado, confederação ou aliança, aindaque entre eles, sem o consentimento dos Estados unidos, em reunião do Congresso, especificando com precisão as finalidades pela qual a mesma está a ser celebrada, e por quanto tempo ela irá continuar.

Nenhum Estado deverá estabelecer quaisquer tributos ou deveres, que possam interferir com as estipulações nos tratados, firmados pelos Estados unidos, em reunião do Congresso, com qualquer Rei, Príncipe ou Estado, nos termos de quaisquer tratados já propostos pelo Congresso, aos tribunais da França e Espanha.

Nenhuma embarcação de guerra deve ser mantida em tempo de paz por qualquer Estado, com exceção apenas do número que será considerado necessário pelos Estados unidos, em reunião do Congresso, para a defesa do Estado interessado ou de seu comércio; nem qualquer corpo de forças deve ser mantido por qualquer Estado em tempo de paz, com exceção apenas do número, também em julgamento pelos Estados unidos, em reunião do Congresso, que será considerado como requisito para

guarnecer os fortes necessários para a defesa desse Estado; mas cada Estado deve manter uma milícia bem regulamentada e disciplinada, suficientemente armada e equipada e deve fornecer e constantemente ter pronto para uso, em estabelecimentos públicos, um devido número de peças de campo e barracas e uma quantidade adequada de armas, munições e equipagem para acampamento.

Nenhum Estado deve se envolver em qualquer guerra sem o consentimento dos Estados Unidos, em reunião do Congresso, a menos que esse Estado seja realmente invadido por inimigos ou tenha recebido certas informações de uma intenção sendo formada por alguma nação de índios para invadir esse Estado e o perigo seja tão iminente que não se possa admitir uma demora até que os Estados Unidos, em reunião do Congresso, possam ser consultados; nem deve qualquer Estado conceder comissões para quaisquer navios ou embarcações de guerra, nem cartas de corso ou represália, a não ser depois de uma declaração de guerra dos Estados Unidos, em reunião do Congresso, e, em seguida, apenas contra o reino ou Estado e os sujeitos dos mesmos contra a qual a guerra foi declarada e nos termos que tenham sido estabelecidos pelos Estados Unidos, em reunião do Congresso, a menos que esse Estado seja infestado por piratas, nesse caso as embarcações de guerra podem ser equipadas para essa ocasião, e mantidas o tempo em que o perigo continuar ou até que os Estados Unidos, em reunião do Congresso, determinem o contrário.

Artigo VII – Quando as forças terrestres são criadas por qualquer Estado para a defesa comum, todos os oficiais ou as patentes inferiores a coronel serão nomeadas pela legislatura de cada Estado respectivamente, por quem essas forças devem ser criadas, ou na forma que esse Estado deve encaminhar e todas as vagas devem ser preenchidas pelo Estado que primeiro fez a nomeação.

Artigo VIII – Todos os encargos de guerra e todas as outras despesas que serão incorridas para a defesa comum ou para o bem-estar geral e autorizadas pelos Estados Unidos, em reunião do Congresso, devem ser suportadas por um tesouro comum, que deve ser fornecido pelos diversos Estados, em proporção ao valor de toda a terra dentro de cada Estado, concedida e pesquisada por qualquer pessoa, tal como terra e construções e benfeitorias nela devem ser estimadas de acordo com esse modo, na medida em que os Estados Unidos, em reunião do Congresso, devem, de tempos em tempos, indicá-las e nomeá-las.

Os impostos para pagar essa proporção devem ser colocados e cobrados pela autoridade e direção das legislaturas dos diversos Estados dentro do prazo acordado entre os Estados unidos, em reunião do Congresso.

Artigo IX – Os Estados unidos, em reunião do Congresso, devem ter o direito e o poder único e exclusivo de determinar sobre paz e guerra, com exceção dos casos mencionados no artigo sexto – de enviar e receber embaixadores – de entrar em tratados e alianças, prevendo que nenhum tratado de comércio deve ser feito por meio do poder legislativo dos respectivos Estados deve ser impedido de impor tais tributos e deveres sobre os estrangeiros, como o seu próprio povo está submetido, ou de proibir a exportação ou importação de qualquer espécie de bens ou mercadorias, seja o que for – de estabelecer regras para decidir em todos os casos, o que se apreende em terra ou água deve ser legal e de qual maneira recompensas tomadas por forças terrestres ou navais, a serviço dos Estados Unidos, devem ser divididas ou apropriadas – de cartas de concessão de corso e represália em tempos de paz – nomeando os tribunais para o julgamento de pirataria e delitos cometidos em alto mar e criando tribunais para receber e determinar finalmente apelos em todos os casos de apreensão, prevendo que nenhum membro do Congresso deve ser nomeado como juiz de quaisquer dos referidos tribunais.

Os Estado Unidos, em reunião do Congresso, deve também ser o último recurso em todas as disputas e diferenças agora subsistentes ou que futuramente possam surgir entre dois ou mais Estados em matéria de limite, jurisdição ou quaisquer outras causas que forem; a qual autoridade deve sempre ser exercida da forma seguinte. Sempre que a autoridade legislativa ou executiva ou agente legal de qualquer Estado em controvérsia com outro deve apresentar uma petição ao Congresso, informando o assunto em questão e solicitando por uma audiência, notícia desse fato será dada, por ordem do Congresso, para a autoridade do legislativo ou executivo do outro Estado em controvérsia, e um dia designado para presença das partes por seus agentes legais, que devem em seguida ser dirigidos e nomeados por comum acordo, comissários ou juízes para constituir um tribunal para ouvir e determinar o assunto em questão: mas se eles não puderem entrar em um acordo, o Congresso deve nomear três pessoas de cada um dos Estado unidos, e da lista dessas pessoas cada parte deve, alternativamente, excluir alguém, a iniciar pelos peticionários, até que o número seja reduzido para treze; e a partir desse número, não inferior a sete, nem superior a

nove nomes, que o Congresso deve encaminhar, deverá, na presença do Congresso, ser retirado por sorteio, e as pessoas cujos nomes devam ser retirados ou quaisquer cinco delas devem ser comissários ou juizes, para ouvir e finalmente determinar a controvérsia, de tal modo que sempre que uma grande parte dos juizes que devem ouvir a causa devem concordar com a determinação: e se quaisquer das partes deixar de comparecer no dia designado, sem mostrar suas razões, que o Congresso julgue suficientes ou, estando presente, recusar a argumentar, o Congresso deve proceder a nomeação de três pessoas de cada Estado, e o secretário do Congresso deve argumentar em nome de tal parte ausente ou recusante; e o julgamento e a sentença do tribunal, a ser proferida, na forma antes prescrita, será definitiva e conclusiva; e se alguma das partes se recusar a se submeter à autoridade de tal tribunal ou a comparecer ou defender sua alegação ou causa, o tribunal deve, apesar disso, proceder ao anúncio da sentença ou julgamento, que deve, de igual modo, ser final e decisivo, o julgamento ou a sentença e outros procedimentos, sendo em qualquer caso, transmitidas ao Congresso e alojadas entre os atos do Congresso para a segurança das partes envolvidas: prevendo que cada comissário, antes de sentar no julgamento, deve prestar juramento a ser administrado por um dos juizes do supremo ou superior tribunal do Estado, onde a causa deva ser julgada, “bem e verdadeiramente ouvir e determinar a matéria em questão, de acordo com o melhor de seu julgamento, sem favor, afeição ou esperança de recompensa”: prevendo também que nenhum Estado deva ser privado de seu território para o benefício dos Estados Unidos.

Todas as controvérsias relativas ao direito privado do solo alegadas sob diferentes concessões de dois ou mais Estados, cujas jurisdições possam respeitar tais terras, e os Estados que passaram essas concessões estejam ajustados, as referidas concessões ou qualquer uma delas, sendo, ao mesmo tempo, reivindicadas como originadas antecedentemente a esse estabelecimento de jurisdição, deve, em petição de quaisquer das partes ao Congresso dos Unidos Estados, ser finalmente determinada o mais próximo que puder da mesma forma como antes é prescrita para decidir as disputas, respeitando a jurisdição territorial entre diferentes Estados.

Os Estado Unidos, em reunião do Congresso, deve ter também o direito e o poder único e exclusivo de regular a qualidade e o valor da moeda alcançada por sua própria autoridade ou pelas dos respectivos Estados – fixando os padrões de pesos e medidas em todo os Estados Unidos – regulando o comércio e a gestão de todos os assuntos

com os índios, não membros de quaisquer dos Estados, desde que o direito legislativo de qualquer Estado, dentro de seus próprios limites não sejam infringidos ou violados – estabelecendo ou regulando correios de um Estado para outro, ao de todo os Estados Unidos e exigindo tal postagem sobre os documentos que passam através do mesmo, na medida em que eles podem ser necessários para custear as despesas do referido escritório – nomenado de todos os oficiais das forças terrestres, a serviço dos Estados Unidos, com exceção de oficiais regimentais – nomenado todos os oficiais das forças navais e comissionamento de todos os oficiais que estejam a serviço dos Estados Unidos – criando regras para o governo e regulamentando forças terrestres e navais e dirigindo suas operações.

Os Estados Unidos, em reunião do Congresso, deve ter autoridade para nomear um comitê, para sentar-se no recesso do Congresso, a ser denominado “Um Comitê dos Estados”, e consiste de um delegado de cada Estado; e nomear outros comitês e funcionários civis, na medida do que seja necessário, para gestão dos assuntos gerais dos Estados Unidos sob a sua direção – para nomear um dos seus membros para presidir, desde que nenhuma pessoa seja autorizada a servir no cargo de presidente mais de um ano no período de três anos; para determinar os montantes necessários de dinheiro a serem criados para o serviço dos Estados Unidos, e se apropriar e aplicar o mesmo para custear as despesas públicas – para emprestar dinheiro ou emitir notas no crédito dos Estados Unidos, transmitindo a cada meio ano para os respectivos Estados um relato das somas de dinheiro emprestado e emitido – para construir e equipar uma marinha – para concordar com o número de forças terrestres e fazer requisições de cada Estado para a sua quota, na proporção do número de habitantes brancos em tal Estado; que a requisição deve ser obrigatória e, em seguida, a legislatura de cada Estado deve nomear os oficiais regimentais, formar os homens, as vestimentas, armamentos e equipamentos para eles em uma forma sólida, à custa dos Estados Unidos; e os oficiais e homens então vestidos, armados e equipados deverão marchar ao local designado e no prazo acordado pelos Estados Unidos, em reunião do Congresso. Mas se os Estados Unidos, em reunião do Congresso, deve, em consideração às circunstâncias, julgar adequado que qualquer Estado não deve formar os homens ou deve formar um número menor de homens do que a quota dos mesmos, tal número adicional deve ser formado, vestido, armado e equipado da mesma forma como a quota de cada Estado, a menos que a legislatura desse Estado julgue que tal número adicional não pode ser transmitido de forma segura fora do

mesmo, caso em que deverá formar oficiais, vestimentas, armamento e equipamento tanto quanto de tal número adicional eles julguem poder ser poupado com segurança. E os oficiais e os homens então vestidos, armados e equipados irão marchar para o lugar designado, e dentro do tempo acordado pelos Estados unidos, em reunião do Congresso.

Os Estados unidos, em reunião do Congresso, nunca devem se envolver em uma guerra, nem conceder cartas de corso ou represálias em tempo de paz, nem entrar em quaisquer tratados ou alianças, nem cunhar dinheiro, nem regular o valor disso, nem determinar os montantes e as despesas necessárias para a defesa e bem-estar dos Estados Unidos ou de quaisquer deles, nem emitir faturas, nem emprestar dinheiro no crédito dos Estados Unidos, nem se apropriar de dinheiro, nem concordar com o número de embarcações de guerra, a serem construídos ou comprados, ou o número de forças terrestres ou marítimas a serem formadas, nem nomear um comandante em chefe do exército ou marinha, a menos que nove Estados emitam parecer favorável ao mesmo: nem deve uma pergunta, sobre qualquer outro ponto, exceto o adiamento de um dia para outro dia, ser determinada, a menos pelo voto da maioria dos Estados unidos, em reunião do Congresso.

O Congresso dos Estados unidos terá o poder de suspender a qualquer momento dentre de um ano e para qualquer lugar dentro dos Estados unidos, de modo que nenhum período de suspensão terá duração maior que o espaço de seis meses, e deve publicar em jornal seus trabalhos mensais, com exceção das partes relativas aos tratados, alianças ou operações militares, assim como quando o seu julgamento exige sigilo; e os votos a favor e contra os delegados de cada Estado sobre cada questão devem ser inscritos no jornal, quando for desejado por quaisquer delegados de um Estado ou qualquer um deles, em seu ou deles pedidos serão providos com uma transcrição do dito jornal, com exceção das partes que estão acima excetuadas, para colocar diante das legislaturas de diversos Estados.

Artigo X – O Comitê dos Estados, ou quaisquer nove deles, deve ser autorizado a executar, no recesso do Congresso, tais poderes do Congresso como os Estados unidos, em reunião do Congresso, pelo consentimento de nove Estados, deve, de tempos em tempos, pensar expedientes que sejam coletados com eles; previsto que nenhum poder seja delegado ao referido Comitê, para cujo exercício, pelos artigos da

confederação, a voz de nove Estados dos Estados Unidos, em reunião no Congresso, seja requisitada.

Artigo XI – O Canadá aderindo a esta confederação e ao lado das extensões contíguas dos Estados unidos, será admitido e com direito a todas as vantagens dessa união; mas nenhuma outra colônia será admitida para a mesma, a menos que tal admissão seja acordada por nove Estados.

Artigo XII – Todos os títulos de crédito emitidos, os dinheiros emprestados, e as dívidas contraídas por ou sob a autoridade do Congresso, antes da reunião dos Estados unidos, nos termos da presente confederação, devem ser considerados como cobrança contra os Estados Unidos, para pagamento e a satisfação de que os ditos Estados unidos e a fé pública solenemente prometeram.

Artigo XIII – Cada Estado deve respeitar a determinação dos Estados unidos, em reunião do Congresso, em todas as questões que por esta confederação lhes forem submetidas. E os artigos desta confederação serão inviolavelmente observados por cada Estado e a união deve ser perpétua; nem qualquer alteração em qualquer tempo a seguir ser feita em qualquer uma delas; a menos que tal alteração seja acordada em um Congresso dos Estados unidos e seja posteriormente confirmada pelas legislaturas de cada Estado.

E considerando que agradou o Grande Governador do Mundo para inclinar os corações das legislaturas que nós representamos no Congresso, para aprovar e nos autorizar a ratificar os referidos artigos da confederação e união perpétua. Sabeis vós que nós delegados abaixo assinados, em virtude do poder e autoridade que nos foi conferida para aquele propósito, fazer por estes presentes, em nome e a favor dos nossos respectivos constituintes, plenamente e totalmente ratificar e confirmar cada e todos os referidos artigos da confederação da perpétua união, e todos e cada assunto e coisa neles contidos: E nós fazemos mais solenemente condição e envolvemos a fé de nossos respectivos constituintes, que eles devem ser obrigados a cumprir as determinações dos Estados unidos, em reunião do Congresso, em todas as questões, que pela referida confederação lhes forem submetidas. E que seus artigos serão

inviolavelmente observados pelos Estados que nós respectivamente representamos, e que a união deve ser perpétua.

Em testemunho do que nós temos subscrito estabelecemos nossas mãos no Congresso. Feito na Filadélfia, no Estado da Pensilvânia, no nono dia do mês de julho neste ano de mil setecentos e setenta e oito e no terceiro ano da independência da América.

Por parte e em favor do Estado de New Hampshire:

Joshiah Bartlett

John Wentworth Junr. Em 8 de agosto de 1778.

Por parte e em favor do Estado de Massachusetts Bay:

John Hancock

Samuel Adams

Elbridge Gerry

Francis Dana

James Lovell

Samuel Holten

Por parte e em favor do Estado de Rhode Island e Providence Plantations:

William Ellery

Henry Marchant

John Collins

Por parte e em favor do Estado de Connecticut:

Roger Sherman

Samuel Huntington

Oliver Wolcott

Titus Hosmer

Andrew Adams

Por parte e em favor do Estado de New York:

James Duane

Francis Lewis

Wm Duer

Gouv Morris

Por parte e em favor do Estado de New Jersey, Em 26 de novembro de 1778:

Jno Witherspoon

Nath Scudder

Por parte e em favor do Estado de Pennsylvania:

Robt Morris

Daniel Roberdeau

John Bayard Smith

Willian Clingan

Joseph Reed. Em 22 de julho de 1778.

Por parte e em favor do Estado de Delaware:

Tho Mckean. Em 12 de fevereiro de 1779.

John Dickinson. Em 5 de maio de 1779.

Nicholas Van Dyke

Por parte e em favor do Estado de Maryland:

John Hanson. Em 1º de março de 1781.

Daniel Carroll

Por parte e em favor do Estado da Virginia

Richard Henry Lee
John Banister
Thomas Adams
Jno Harvie
Francis Lightfoot Lee

Por parte e em favor do Estado de North Carolina:

John Penn. Em 21 de julho de 1778.
Corns Harnett
Jno Williams

Por parte e em favor do Estado de South Carolina:

Henry Laurens
William Henry Drayton
Jno Mathews
Richd Hutson
Thos Heyward Junr

Por parte e em favor do Estado da Georgia

Jno Walton. Em 24 de julho de 1778.
Edwd Telfair
Edwd Langworthy

No original:

Confederation

Agreed to by Congress November 15, 1777; ratified and in force, March 1, 1781.

Preamble

To all to whom these Presents shall come, we the undersigned Delegates of the States affixed to our Names send greeting.

Whereas the Delegates of the United States of America in Congress assembled did on the fifteenth day of November in the Year of our Lord One Thousand Seven Hundred and Seventy seven, and in the Second Year of the Independence of America, agree to certain articles of Confederation and perpetual Union between the States of New Hampshire, Massachusetts-bay, Rhode Island and Providence Plantations, Connecticut, New York, New Jersey, Pennsylvania, Delaware, Maryland, Virginia, North Carolina, South Carolina and Georgia, in the words following, viz:

Articles of Confederation and perpetual Union between the States of New Hampshire, Massachusetts-bay, Rhode Island and Providence Plantations, Connecticut, New York, New Jersey, Pennsylvania, Delaware, Maryland, Virginia, North Carolina, South Carolina and Georgia.

Article I. The Stile of this Confederacy shall be "The United States of America."

Article II. Each state retains its sovereignty, freedom, and independence, and every Power, Jurisdiction, and right, which is not by this confederation expressly delegated to the United States, in Congress assembled.

Article III. The said States hereby severally enter into a firm league of friendship with each other, for their common defense, the security of their liberties, and their mutual and general welfare, binding themselves to assist each other, against all force offered to, or attacks made upon them, or any of them, on account of religion, sovereignty, trade, or any other pretense whatever.

Article IV. The better to secure and perpetuate mutual friendship and intercourse among the people of the different States in this union, the free inhabitants of each of these States, paupers, vagabonds, and fugitives from justice excepted, shall be entitled to all privileges and immunities of free citizens in the several States; and the people of each State shall have free ingress and regress to and from any other State, and shall enjoy therein all the privileges of trade and commerce, subject to the same duties, impositions, and restrictions as the inhabitants thereof respectively, provided that such restrictions shall not extend so far as to prevent the removal of property

imported into any State, to any other State, of which the owner is an inhabitant; provided also that no imposition, duties or restriction shall be laid by any State, on the property of the united States, or either of them.

If any person guilty of, or charged with, treason, felony, or other high misdemeanor in any State, shall flee from justice, and be found in any of the united States, he shall, upon demand of the Governor or executive power of the State from which he fled, be delivered up and removed to the State having jurisdiction of his offense.

Full faith and credit shall be given in each of these States to the records, acts, and judicial proceedings of the courts and magistrates of every other State.

Article V. For the most convenient management of the general interests of the united States, delegates shall be annually appointed in such manner as the legislatures of each State shall direct, to meet in Congress on the first Monday in November, in every year, with a power reserved to each State to recall its delegates, or any of them, at any time within the year, and to send others in their stead for the remainder of the year.

No State shall be represented in Congress by less than two, nor more than seven members; and no person shall be capable of being a delegate for more than three years in any term of six years; nor shall any person, being a delegate, be capable of holding any office under the united States, for which he, or another for his benefit, receives any salary, fees or emolument of any kind.

Each State shall maintain its own delegates in a meeting of the States, and while they act as members of the committee of the States.

In determining questions in the united States, in Congress assembled, each State shall have one vote.

Freedom of speech and debate in Congress shall not be impeached or questioned in any court or place out of Congress, and the members of Congress shall be protected in their persons from arrests or imprisonments, during the time of their going to and from, and attendance on Congress, except for treason, felony, or breach of the peace.

Article VI. No State, without the consent of the united States in Congress assembled, shall send any embassy to, or receive any embassy from, or enter into any conference, agreement, alliance or treaty with any King, Prince or State; nor shall any person holding any office of profit or trust under the united States, or any of them, accept any present, emolument, office or title of any kind whatever from any King, Prince or foreign

State; nor shall the United States in congress assembled, or any of them, grant any title of nobility.

No two or more States shall enter into any treaty, confederation or alliance whatever between them, without the consent of the united States in congress assembled, specifying accurately the purposes for which the same is to be entered into, and how long it shall continue.

No State shall lay any imposts or duties, which may interfere with any stipulations in treaties, entered into by the united States in congress assembled, with any King, Prince or State, in pursuance of any treaties already proposed by congress, to the courts of France and Spain.

No vessel of war shall be kept up in time of peace by any State, except such number only, as shall be deemed necessary by the united States in congress assembled, for the defense of such State, or its trade; nor shall any body of forces be kept up by any State in time of peace, except such number only, as in the judgement of the united States, in congress assembled, shall be deemed requisite to garrison the forts necessary for the defense of such State; but every State shall always keep up a well-regulated and disciplined militia, sufficiently armed and accoutered, and shall provide and constantly have ready for use, in public stores, a due number of field pieces and tents, and a proper quantity of arms, ammunition and camp equipage.

No State shall engage in any war without the consent of the united States in congress assembled, unless such State be actually invaded by enemies, or shall have received certain advice of a resolution being formed by some nation of Indians to invade such State, and the danger is so imminent as not to admit of a delay till the united States in congress assembled can be consulted; nor shall any State grant commissions to any ships or vessels of war, nor letters of marque or reprisal, except it be after a declaration of war by the united States in congress assembled, and then only against the kingdom or State and the subjects thereof, against which war has been so declared, and under such regulations as shall be established by the united States in congress assembled, unless such State be infested by pirates, in which case vessels of war may be fitted out for that occasion, and kept so long as the danger shall continue, or until the united States in congress assembled shall determine otherwise.

Article VII. When land forces are raised by any State for the common defense, all officers of or under the rank of colonel, shall be appointed by the legislature of each

State respectively, by whom such forces shall be raised, or in such manner as such State shall direct, and all vacancies shall be filled up by the State which first made the appointment.

Article VIII. All charges of war, and all other expenses that shall be incurred for the common defense or general welfare, and allowed by the united States in congress assembled, shall be defrayed out of a common treasury, which shall be supplied by the several States in proportion to the value of all land within each State, granted or surveyed for any person, as such land and the buildings and improvements thereon shall be estimated according to such mode as the united States in congress assembled, shall from time to time direct and appoint.

The taxes for paying that proportion shall be laid and levied by the authority and direction of the legislatures of the several States within the time agreed upon by the united States in congress assembled.

Article IX. The united States in congress assembled, shall have the sole and exclusive right and power of determining on peace and war, except in the cases mentioned in the sixth article — of sending and receiving ambassadors — entering into treaties and alliances, provided that no treaty of commerce shall be made whereby the legislative power of the respective States shall be restrained from imposing such imposts and duties on foreigners, as their own people are subjected to, or from prohibiting the exportation or importation of any species of goods or commodities whatsoever — of establishing rules for deciding in all cases, what captures on land or water shall be legal, and in what manner prizes taken by land or naval forces in the service of the United States shall be divided or appropriated — of granting letters of marque and reprisal in times of peace — appointing courts for the trial of piracies and felonies committed on the high seas and establishing courts for receiving and determining finally appeals in all cases of captures, provided that no member of Congress shall be appointed a judge of any of the said courts.

The United States in Congress assembled shall also be the last resort on appeal in all disputes and differences now subsisting or that hereafter may arise between two or more States concerning boundary, jurisdiction or any other causes whatever; which authority shall always be exercised in the manner following. Whenever the legislative or executive authority or lawful agent of any State in controversy with another shall

present a petition to Congress stating the matter in question and praying for a hearing, notice thereof shall be given by order of Congress to the legislative or executive authority of the other State in controversy, and a day assigned for the appearance of the parties by their lawful agents, who shall then be directed to appoint by joint consent, commissioners or judges to constitute a court for hearing and determining the matter in question: but if they cannot agree, Congress shall name three persons out of each of the United States, and from the list of such persons each party shall alternately strike out one, the petitioners beginning, until the number shall be reduced to thirteen; and from that number not less than seven, nor more than nine names as Congress shall direct, shall in the presence of Congress be drawn out by lot, and the persons whose names shall be so drawn or any five of them, shall be commissioners or judges, to hear and finally determine the controversy, so always as a major part of the judges who shall hear the cause shall agree in the determination: and if either party shall neglect to attend at the day appointed, without showing reasons, which Congress shall judge sufficient, or being present shall refuse to strike, the Congress shall proceed to nominate three persons out of each State, and the secretary of Congress shall strike in behalf of such party absent or refusing; and the judgement and sentence of the court to be appointed, in the manner before prescribed, shall be final and conclusive; and if any of the parties shall refuse to submit to the authority of such court, or to appear or defend their claim or cause, the court shall nevertheless proceed to pronounce sentence, or judgement, which shall in like manner be final and decisive, the judgement or sentence and other proceedings being in either case transmitted to Congress, and lodged among the acts of Congress for the security of the parties concerned: provided that every commissioner, before he sits in judgement, shall take an oath to be administered by one of the judges of the supreme or superior court of the State, where the cause shall be tried, 'well and truly to hear and determine the matter in question, according to the best of his judgement, without favor, affection or hope of reward': provided also, that no State shall be deprived of territory for the benefit of the United States.

All controversies concerning the private right of soil claimed under different grants of two or more States, whose jurisdictions as they may respect such lands, and the States which passed such grants are adjusted, the said grants or either of them being at the same time claimed to have originated antecedent to such settlement of jurisdiction, shall on the petition of either party to the Congress of the United States, be finally

determined as near as may be in the same manner as is before prescribed for deciding disputes respecting territorial jurisdiction between different States.

The United States in Congress assembled shall also have the sole and exclusive right and power of regulating the alloy and value of coin struck by their own authority, or by that of the respective States — fixing the standards of weights and measures throughout the United States — regulating the trade and managing all affairs with the Indians, not members of any of the States, provided that the legislative right of any State within its own limits be not infringed or violated — establishing or regulating post offices from one State to another, throughout all the United States, and exacting such postage on the papers passing through the same as may be requisite to defray the expenses of the said office — appointing all officers of the land forces, in the service of the United States, excepting regimental officers — appointing all the officers of the naval forces, and commissioning all officers whatever in the service of the United States — making rules for the government and regulation of the said land and naval forces, and directing their operations.

The United States in Congress assembled shall have authority to appoint a committee, to sit in the recess of Congress, to be denominated 'A Committee of the States', and to consist of one delegate from each State; and to appoint such other committees and civil officers as may be necessary for managing the general affairs of the United States under their direction — to appoint one of their members to preside, provided that no person be allowed to serve in the office of president more than one year in any term of three years; to ascertain the necessary sums of money to be raised for the service of the United States, and to appropriate and apply the same for defraying the public expenses — to borrow money, or emit bills on the credit of the United States, transmitting every half-year to the respective States an account of the sums of money so borrowed or emitted — to build and equip a navy — to agree upon the number of land forces, and to make requisitions from each State for its quota, in proportion to the number of white inhabitants in such State; which requisition shall be binding, and thereupon the legislature of each State shall appoint the regimental officers, raise the men and cloath, arm and equip them in a solid- like manner, at the expense of the United States; and the officers and men so cloathed, armed and equipped shall march to the place appointed, and within the time agreed on by the United States in Congress assembled. But if the United States in Congress assembled shall, on consideration of circumstances judge proper that any State should not raise men, or should raise a

smaller number of men than the quota thereof, such extra number shall be raised, officered, cloathed, armed and equipped in the same manner as the quota of each State, unless the legislature of such State shall judge that such extra number cannot be safely spread out in the same, in which case they shall raise, officer, cloath, arm and equip as many of such extra number as they judge can be safely spared. And the officers and men so cloathed, armed, and equipped, shall march to the place appointed, and within the time agreed on by the united States in congress assembled. The united States in congress assembled shall never engage in a war, nor grant letters of marque or reprisal in time of peace, nor enter into any treaties or alliances, nor coin money, nor regulate the value thereof, nor ascertain the sums and expenses necessary for the defense and welfare of the United States, or any of them, nor emit bills, nor borrow money on the credit of the united States, nor appropriate money, nor agree upon the number of vessels of war, to be built or purchased, or the number of land or sea forces to be raised, nor appoint a commander in chief of the army or navy, unless nine States assent to the same: nor shall a question on any other point, except for adjourning from day to day be determined, unless by the votes of the majority of the united States in congress assembled.

The congress of the united States shall have power to adjourn to any time within the year, and to any place within the united States, so that no period of adjournment be for a longer duration than the space of six months, and shall publish the journal of their proceedings monthly, except such parts thereof relating to treaties, alliances or military operations, as in their judgement require secrecy; and the yeas and nays of the delegates of each State on any question shall be entered on the journal, when it is desired by any delegates of a State, or any of them, at his or their request shall be furnished with a transcript of the said journal, except such parts as are above excepted, to lay before the legislatures of the several States.

Article X. The committee of the States, or any nine of them, shall be authorized to execute, in the recess of congress, such of the powers of congress as the united States in congress assembled, by the consent of the nine States, shall from time to time think expedient to vest them with; provided that no power be delegated to the said Committee, for the exercise of which, by the articles of confederation, the voice of nine States in the Congress of the United States assembled be requisite.

Article XI. Canada acceding to this confederation, and adjoining in the measures of the united States, shall be admitted into, and entitled to all the advantages of this union; but no other colony shall be admitted into the same, unless such admission be agreed to by nine States.

Article XII. All bills of credit emitted, monies borrowed, and debts contracted by, or under the authority of congress, before the assembling of the united States, in pursuance of the present confederation, shall be deemed and considered as a charge against the United States, for payment and satisfaction whereof the said united States, and the public faith are hereby solemnly pledged.

Article XIII. Every State shall abide by the determination of the united States in congress assembled, on all questions which by this confederation are submitted to them. And the Articles of this confederation shall be inviolably observed by every State, and the union shall be perpetual; nor shall any alteration at any time hereafter be made in any of them; unless such alteration be agreed to in a congress of the united States, and be afterwards confirmed by the legislatures of every State.

And Whereas it hath pleased the Great Governor of the World to incline the hearts of the legislatures we respectively represent in Congress, to approve of, and to authorize us to ratify the said articles of confederation and perpetual union. Know Ye that we the undersigned delegates, by virtue of the power and authority to us given for that purpose, do by these presents, in the name and in behalf of our respective constituents, fully and entirely ratify and confirm each and every of the said articles of confederation and perpetual union, and all and singular the matters and things therein contained: And we do further solemnly plight and engage the faith of our respective constituents, that they shall abide by the determinations of the united States in congress assembled, on all questions, which by the said confederation are submitted to them. And that the articles thereof shall be inviolably observed by the States we respectively represent, and that the union shall be perpetual.

In Witness whereof we have hereunto set our hands in Congress. Done at Philadelphia in the State of Pennsylvania the ninth Day of July in the Year of our Lord one thousand

seven Hundred and Seventy-eight, and in the Third Year of the independence of America.

On the part and behalf of the State of New Hampshire:

Josiah Bartlett

John Wentworth Junr. August 8th 1778

On the part and behalf of The State of Massachusetts Bay:

John Hancock

Samuel Adams

Elbridge Gerry

Francis Dana

James Lovell

Samuel Holten

On the part and behalf of the State of Rhode Island and Providence Plantations:

William Ellery

Henry Marchant

John Collins

On the part and behalf of the State of Connecticut:

Roger Sherman

Samuel Huntington

Oliver Wolcott

Titus Hosmer

Andrew Adams

On the Part and Behalf of the State of New York:

James Duane

Francis Lewis

Wm Duer

Gouv Morris

On the Part and in Behalf of the State of New Jersey, November 26, 1778.

Jno Witherspoon

Nath. Scudder

On the part and behalf of the State of Pennsylvania:

Robt Morris

Daniel Roberdeau

John Bayard Smith

William Clingan

Joseph Reed 22nd July 1778

On the part and behalf of the State of Delaware:

Tho Mckean February 12, 1779

John Dickinson May 5th 1779

Nicholas Van Dyke

On the part and behalf of the State of Maryland:

John Hanson March 1 1781

Daniel Carroll

On the Part and Behalf of the State of Virginia:

Richard Henry Lee

John Banister

Thomas Adams

Jno Harvie

Francis Lightfoot Lee

On the part and Behalf of the State of No Carolina:

John Penn July 21st 1778

Corns Harnett

Jno Williams

On the part and behalf of the State of South Carolina:

Henry Laurens

William Henry Drayton

Jno Mathews

Richd Hutson

Thos Heyward Junr

On the part and behalf of the State of Georgia:

Jno Walton 24th July 1778

Edwd Telfair

Edwd Langworthy

ANEXO B

Emenda [I] [1791]

O Congresso não deve fazer nenhuma lei a respeito do estabelecimento da religião, ou proibindo o livre exercício dela; ou cerceando a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir petições ao Governo para reparação de injustiças.

Emenda [II] [1791]

Uma milícia bem regulamentada, sendo necessária para a segurança de um Estado livre, o direito do povo de possuir e portar armas, não deve ser infringido.

Emenda [III] [1791]

Nenhum soldado deve, em tempo de paz, instalar-se em qualquer casa, sem o consentimento do proprietário, nem em tempo de guerra, mas de alguma maneira a ser prescrita por lei.

Emenda [IV] [1791]

O direito do povo de proteger suas pessoas, casas, papéis e efeitos, contra buscas e apreensões não razoáveis, não deve ser violado, e nenhum mandado deve ser emitido, exceto sobre uma causa provável, apoiada por juramento ou afirmação, e particularmente descrevendo o local a ser pesquisado, e as pessoas ou coisas a serem apreendidas.

Emenda [V] [1791]

Nenhuma pessoa deve ser detida para responder por um capital, ou de outra maneira por um crime infame, a não ser por uma denúncia ou acusação perante o Grande Júri, exceto em casos que surjam nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço ativo em tempo de guerra ou de perigo público; nem deve

qualquer pessoa estar sujeita pelo mesmo crime a ser duas vezes colocada em perigo de vida ou ferimentos graves; nem deve ser compelida em qualquer processo criminal a servir como testemunha contra si mesmo, nem ser privada da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem deve a propriedade privada ser expropriada para uso público, sem justa compensação.

Emenda [VI] [1791]

Em todos os processos criminais, o acusado deve usufruir o direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime tenha sido cometido, que o distrito deve ter sido previamente estabelecido por lei, e de ser informado da natureza da causa da acusação; para a natureza e causa da acusação; de ser confrontado com testemunhas de acusação; de ter o processo obrigatório para a obtenção de testemunhas em seu favor, e ter a assistência de um advogado para sua defesa.

Emenda [VII] [1791]

Em casos jurídicos dos direitos comuns, onde o valor da causa deve exceder vinte dólares, o direito de julgamento por júri deve ser preservado, e nenhum fato processado pelo júri deve ser de outra maneira reexaminado de outra examinado em qualquer outro tribunal dos Estados Unidos, de acordo com as regras do direito comum.

Emenda [VIII] [1791]

Fiança não deve ser exigida, nem multas excessivas impostas, nem punições cruéis ou incomuns aplicadas.

Emenda [IX] [1791]

A enumeração na Constituição de certos direitos não deve ser interpretada como negação ou depreciação de outros direitos inerentes ao povo.

Emenda [X] [1791]

Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem proibidos por ela aos Estados, são reservados aos respectivos Estados ou ao povo.

No original:

Amendment [I] [1791]

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

Amendment [II] [1791]

A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.

Amendment [III] [1791]

No Soldier shall, in time of Peace be quartered in any house, without the consent of the Owner, nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law.

Amendment [IV] [1791]

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

Amendment [V] [1791]

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentemente or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual servisse in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due processo of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

Amendment [VI] [1791]

In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.

Amendment [VII] [1791]

In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by jury, shall bem otherwise reexamined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.

Amendment [VIII] [1791]

Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.

Amendment [IX] [1791]

The enumeration in the Constitution of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.

Amendment [X] [1791]

The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.

ANEXO C

TÍTULO I

[...]

SEÇÃO III

Do Poder Judiciário

Art. 55 - O Poder Judiciário, da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos Juízes e Tribunais Federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar.

Art. 56 - O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de quinze Juízes, nomeados na forma do art. 48, nº 12, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado.

Art. 57 - Os Juízes federais são vitalícios e perderão o cargo unicamente por sentença judicial.

§ 1º - Os seus vencimentos serão determinados por lei e não poderão ser diminuídos.

§ 2º - O Senado julgará os membros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade, e este os Juízes federais inferiores.

[...]

Art. 59 - À Justiça Federal compete:

- Ao Supremo Tribunal Federal:

I - processar e julgar originaria e privativamente:

a) o Presidente da República, nos crimes comuns, e os Ministros de Estado, nos casos de art. 52;

b) os Ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade;

c) as causas e conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes, uns com os outros;

d) os litígios e as reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados;

e) os conflictos dos juizes ou tribunaes federaes entre si, ou entre estes e os dos Estados, assim como os dos juizes e tribunaes de um Estado com os juizes e os tribunaes de outro Estrado.

II - julgar em gráo de recurso as questões excedentes da alçada legal resolvidas pelos juizes e tribunaes federaes;

III - rever os processos findos, em materia crime.

Art. 60

[...]

§ 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a vigencia ou a validade das leis federaes em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar applicação;

b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses actos, ou essas leis impugnadas;

c) quando dous ou mais tribunaes locaes interpretarem de modo differente a mesma lei federal, podendo o recurso ser tambem interposto por qualquer dos tribunaes referidos ou pelo procurador geral da Republica;

d) quando se tratar de questões de direito criminal ou civil internacional.