

UNIVERSIDADE DA CALIFÓRNIA VERSUS ALLAN BAKKE: A DISCRIMINAÇÃO REVERSA E A DEMOCRACIA INCLUSIVA NO BRASIL

UNIVERSITY OF CALIFORNIA V. ALLAN BAKKE. THE REVERSE DISCRIMINATION AND INCLUSIVE DEMOCRACY IN BRAZIL

Hélio Ourém Campos

RESUMO

O caso Bakke – Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte. O caso UNB - Supremo Tribunal Federal do Brasil (ADPF nº 186/2009). Discriminação reversa. Ações afirmativas. “Separados, mas iguais”. Políticas de transição. Programas especiais de admissão universitária. Assistência financeira estatal. Cotas raciais e estigmas. Plessy versus Ferguson. Brown versus Board of Education. Legalidade isonômica. Sindicabilidade dos tribunais. A figura do branco pobre. Tribunais raciais e fenótipos. Aprimoramento das condições do ensino fundamental no Brasil. Aprofundamento de rivalidades. Democracia inclusiva. Miscigenação ou “nação bicolor”. Fraternidade. Estatuto da Igualdade Racial.

PALAVRAS-CHAVE: Ações afirmativas. Cotas raciais. Democracia Inclusiva. Fraternidade.

ABSTRACT

The Bakke case - Supreme Court of the United States of America. The case UNB - Supreme Court of Brazil (ADPF No. 186/2009). Reverse discrimination. Affirmative action. "Separate but equal." Political transition. Special programs for university admission. State financial support. Racial quotas and stigmas. Plessy v. Ferguson. Brown v. Board of Education. Isonomic legality. Liquidators of the courts. The figure of the white poor. Courts and racial phenotypes. Improvement of conditions of basic education in Brazil. Deepening rivalries. Inclusive democracy. Miscegenation or nation bicolor. Fraternity. Statute of Racial Equality.

KEYWORDS: Affirmative action. Racial quotas. Inclusive democracy. Fraternity.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O caso *Bakke*. 3. O Princípio da Isonomia 3.1. Critério relevante: o tratamento isonômico como forma de assegurar o princípio da segurança jurídica. 3.1.2. Proibição de distinguir no teor e na aplicação da lei. 4. O Caso UNB – Universidade de Brasília (ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 Medida Cautelar/Distrito Federal) as aplicações das cotas nas universidades brasileiras na perspectiva do Supremo Tribunal Federal. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, advirto que dividirei este estudo em três partes: a) na primeira, será apresentado o caso *Bakke*; b) na segunda, desenvolverei o princípio da isonomia como uma espécie de categoria central; c) na terceira, procurarei lançar algumas reflexões como uma síntese do material estudado em relação a possíveis efeitos no Brasil, tomando em conta o caso UNB, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186.

2. O CASO BAKKE

Trata-se de um cidadão norte-americano, Allan Bakke, que se sente prejudicado pela Universidade da Califórnia, particularmente pela política de admissões especiais que ela adotava, uma espécie de “discriminação reversa” ou “ação afirmativa”; algo inserido no sistema de cotas, atualmente empregado no Brasil. Defende, Allan Bakke, que, na conduta governamental, não podem existir espaços para preconceitos.

Afinal, se os impostos são recolhidos por negros e brancos, também devem ser aplicados indistintamente. Assim, renega discriminações quer positivas, quer negativas. Se este postulado fosse quebrado, deveria haver o impedimento do financiamento federal destas instituições. Na verdade, as cláusulas legais iriam no sentido de proibir discriminações cometidas por majorias ou por minorias, não cabendo o financiamento pelo Estado de instituições separadas; uma espécie de continuidade da idéia dos “*separados, mas iguais*”, quando existiam escolas de negros para negros e de brancos para brancos.

Trata-se, assim, de um problema social complexo que exige uma solução, mas qual seria ela?

UNIVERSIDADE DA CALIFÓRNIA *VERSUS* ALLAN BAKKE:
A DISCRIMINAÇÃO REVERSA E A DEMOCRACIA INCLUSIVA NO BRASIL

Se, de um lado, defende-se que, na conduta governamental, não deve existir espaço para preconceitos de qualquer ordem, o desequilíbrio social de então precisaria apontar uma espécie de política de transição, ao menos de acordo com a moral da época.

No caso concreto, o Tribunal não condenou a Universidade a automaticamente admitir Bakke, pois concluiu que seria necessário que o mesmo demonstrasse que teria sido excluído exatamente em face do programa especial de admissão. Assim, o Acórdão decidiu no sentido de condenar a Universidade a examinar o pedido de admissão de Bakke, sem levar em conta a sua raça, ou a raça de qualquer outro candidato.

Portanto, este é um ponto sobre o qual merece refletir-se: a raça jamais poderia ser usada como um fator em uma decisão de admissão em uma universidade?

Na verdade, mais do que discutir a lei norte-americana dos direitos civis, de 1964, ou a Cláusula de Proteção Iguatária da Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, trata-se de analisar o *princípio da isonomia*, inclusive nas políticas de admissões especiais, sobretudo diante de um programa financiado com dinheiro público.

Como interpretar disposições do tipo nenhuma pessoa deve, por motivo de raça, cor ou origem nacional ser excluída de programas que recebam assistência financeira estatal. Qual o significado da palavra “discriminação”? Em que medida a história legislativa reforçaria uma leitura de justo meio termo?

Talvez, fosse possível defender-se que somente a exclusão que viesse a provocar estigma sobre o indivíduo fosse inaceitável. Daí, as cotas raciais.

Por outro lado, há quem defenda ser necessário tratar “os americanos como americanos”, não como altos ou baixos, gordos ou magros, brancos / amarelos ou negros. Feito isto, não haveria necessidade de se preocupar com a discriminação. Em outras palavras: *a raça não poderia ser base nem de inclusão nem de exclusão de ninguém para a participação em um programa financiado pelo dinheiro público.*

O Acórdão, enfim, faz despertar para a longa luta no sentido da eliminação do preconceito social e dos seus sérios efeitos, buscando-se um propósito comum nacional.

É de se recordar de que o art. 3º, da Constituição brasileira de 1988, elenca, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a erradicação da pobreza e da marginalização, e a redução das desigualdades sociais e regionais; além de incluir, também

como objetivo fundamental, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (incs. III e IV).

Assim, é uma questão relevante de cidadania perquirir se os fundos ou dinheiros públicos estão sendo dispensados sob uma base não discriminatória. Portanto, ao lado da questão do direito individual à vaga na Universidade; há, também, o tema relativo à justiça da destinação dos fundos públicos e o seu efetivo emprego.

Afinal, a mera adequação formal (ou aparência de adequação) a fórmulas legais não implica em que se esteja aplicando o direito. É necessário tomar em conta um núcleo de igualdade, e a sua leitura conforme os valores do direito, entre eles, merecendo especial destaque, o princípio da isonomia.

3. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

Sendo um dos fins do Estado, a Segurança não é facilmente compatibilizável com a Justiça. E, no entanto, o Direito tem de procurar essa harmonia. (...) Por isso se diz que, além da busca da conciliação entre Justiça e Segurança, outro desafio maior envolve a criação do Direito – o equilíbrio entre o peso dos factores concretos, que apontam para medidas casuísticas, e a ponderação do geral e abstracto, que convida à sua integração numa lógica global comum a cada ordenamento jurídico.¹

Para Aristóteles, “o injusto é o desigual e o justo é o igual”.²

Mas a dificuldade reside, exatamente, em saber quais os critérios que devem ser empregados para se decidir o que é igual.

Há quem reflita, dizendo que qualquer conceito concreto de igualdade termina por implicar em uma concepção particular de mundo, o que seria uma questão de valores.³

¹ SOUSA, Marcelo Rebelo de. e GALVÃO, Sofia. Introdução ao Estudo do Direito. 4ª ed., revista e aumentada com base na Revisão Constitucional de 1997. Portugal. Publicações Europa-América, Lda., 1998.

² ARISTÓTELES. *Éthique à Nicomaque*. Trad. J. TRICOT. 2ª ed., Paris. L. Philosophique Vrin. 1967. Vol. 1, p. 213.

³ Cf. PERELMAN, CHAIM. *Égalité et Valeurs*, em *L'égalité*. Vol. 1. Études publiés par HENRI BUCH e outros. Bruxelas. Émile Bruylant, 1971, p. 319.

UNIVERSIDADE DA CALIFÓRNIA *VERSUS* ALLAN BAKKE:
A DISCRIMINAÇÃO REVERSA E A DEMOCRACIA INCLUSIVA NO BRASIL

É preciso lembrar ainda de que, para Aristóteles, as mulheres, as crianças, os escravos e os bárbaros eram inferiores aos cidadãos gregos, seguindo uma tal redução especial do critério de mérito. E, com isto, para ele, não estaria havendo uma quebra do princípio da igualdade.

Montesquieu, invocando a igualdade, defendeu a manutenção de tribunais especiais para os nobres. Dizia que o menor dos cidadãos, em um Estado livre, deveria ser julgado por seus pares. São as suas palavras:

Apesar de que, em geral, o poder judiciário não deva ser unido a parte alguma do legislativo, isto porém se acha sujeito a três exceções fundadas sobre o interesse particular daquele que deve ser julgado. Os grandes se acham sempre expostos à inveja; e se eles fossem julgados pelo povo ficariam expostos ao perigo, e não gozariam do privilégio que assiste ao menor dos cidadãos num Estado livre, isto é, o de ser julgado pelos seus iguais. É preciso portanto que os nobres sejam citados a comparecer não diante dos tribunais ordinários da nação, mas sim diante de uma junta do Corpo legislativo composta de nobres.⁴

Robespierre, Fabre e D'Eglantine eram contrários à progressividade na tributação e à isenção do mínimo indispensável à vida, conforme relata Victor Uckmar, em seus *Princípios de Direito Constitucional Tributário*.⁵

Na Bélgica, a Corte de Cassação afastou a condição de advogada de uma mulher, inclusive doutora em Direito, sob a justificativa de que o legislador não exclui, por lei, as mulheres do acesso ao tribunal, porque considerou isto um axioma tão evidente, que não era necessário anunciar, expressamente, que os serviços da justiça eram reservados aos homens (Decisão de 11.11.1889).

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte, avocando o princípio da igualdade, chegou a admitir escolas públicas apenas para brancos. Afinal, entendia que o princípio da igualdade estava observado se, em escolas de negros, todos os negros fossem tratados igualmente (*Plessy versus Ferguson*).

⁴ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Livro XI. Capítulo VI – Da Constituição da Inglaterra. Introdução de OTTO MARIA CARPEAUX. Tradução de GABRIELA DE ANDRADA DIAS BARBOSA. Rio de Janeiro. Editora Tecnoprint S.A – EDIOURO. 1990. p. 137.

⁵ Cf. UCKMAR, VICTOR. *Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário*. Tradução de MARCO AURÉLIO GRECO. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1ª ed., 1976, p. 73.

Foi apenas em 1954 que aquela Casa alterou o seu entendimento (*Brown versus Board of Education*).⁶

Mas tudo não é só pessimismo. Também, atualmente, muitas vozes levantam-se bradando pela legalidade-isonômica. Afirmando que não pode haver segurança sem isonomia, e vice-versa.

De fato, num Estado de Direito moderno, a igualdade não está reservada a relações entre particulares, pois avança no sentido de que, nas relações internacionais, é também preciso reconhecer a independência nacional, a autodeterminação dos povos, a igualdade entre os Estados, etc.

A Constituição do Brasil, não se esquecendo disto, reservou um artigo específico para dizer:

Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, pelos seguintes princípios: I- independência nacional; II- prevalência dos direitos humanos; III- autodeterminação dos povos; IV- não-intervenção; V- igualdade entre os Estados; VI- defesa da paz; VII- solução pacífica dos conflitos; VIII- repúdio ao terrorismo⁷ e ao racismo; IX- cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (...).

José Souto Maior Borges, estando alerta para as exigências e as circunstâncias, faz soar uma advertência, dizendo que, embora não baste a isonomia na lei, é preciso, como primeiro passo, que ela se encontre também na lei (*legalidade isonômica*):

⁶ ROCHA, CÁRMEN LÚCIA ANTUNES. O Princípio Constitucional da Igualdade. Belo Horizonte. Editora Lê. 1990, p. 37.

⁷ Alguns dos principais agrupamentos terroristas no mundo (www.lafacu.com): Japão – Exército Vermelho; Médio Oriente – Al Fatah (braço armado da OLP), Jihad, Hezbollah, Hamas; Etiópia – Partido Revolucionário do Povo Etíope; Sudão – Partido Comunista; Uganda – Combatientes y entr. Cubanos; Irlanda – IRA; Espanha – ETA (Euskadi Ta Askatasuna) e Grapo (Grupo Revolucionário Antifascista 1ª de outubro); Alemanha – RAF (Fração do Exército Vermelho); Itália – Brigadas Vermelhas e Lutta Obrera; Canadá – Frente patriótica Manuel Rodriguez (FMR) e Movimetro Esquerdista Revolucionário (MIR); Argentina – Montoneros, FAR (Forças Armadas Revolucionárias) e ERP (Exército Revolucionário do Povo); Peru – Sendero Luminoso e Movimento Revolucionário Tupac-Amaru; Bolívia – ELN (Exército de Libertação Nacional); Uruguai – MLNT (Movimento de Libertação Nacional Tupamarus); Brasil – VRP (Vanguarda Revolucionária Popular); Guatemala – Forças Armadas Revolucionárias Maoístas de Guatemala; França – Comitê Antifascista Argentino; Iraque – Partido Comunista Iraqui.

UNIVERSIDADE DA CALIFÓRNIA *VERSUS* ALLAN BAKKE:
A DISCRIMINAÇÃO REVERSA E A DEMOCRACIA INCLUSIVA NO BRASIL

Sem isonomia, nenhuma segurança. (...) Não somos iguais, homens e mulheres, porém, diante de atos infralegais (decretos, portarias, instruções, ordens de serviço, resoluções, pareceres-normativos etc.). Pobre direito seria a isonomia se centrada apenas nesses atos infralegais. Uma contrafação da segurança. Somos iguais diante da lei (igualdade formal) e na lei (igualdade material). A metalinguagem doutrinária não está adstrita à repetição servilmente literal da linguagem-objeto, a do ordenamento constitucional. (...) nenhuma isonomia sem legalidade; nenhuma legalidade, sem isonomia. E enunciar por esta via um só princípio, um só direito-garantia, a legalidade isonômica: ninguém deve fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei isonômica.⁸ (Grifei).

Também Marcelo Rebelo de Sousa, em sua *Introdução ao Estudo do Direito*⁹, adverte sobre a necessidade de harmonização entre a segurança e a justiça, quer interna, quer externamente (paz nas relações internacionais – respeito ao princípio da independência nacional).

Meditando, concluo que a noção de respeito ao valor da igualdade, efetivamente, varia no espaço e no tempo. Não é algo que, naturalmente, seja extraído da natureza humana.

Isto não retira a importância da sua discussão. Bem ao contrário. No Brasil, por exemplo, não deve o princípio da igualdade ser visto como algo sem utilização prática.

São inúmeras as oportunidades em que este princípio é levado à sindicabilidade dos tribunais, envolvendo questões do dia-a-dia da população.

São matérias que dizem respeito ao emprego do indivíduo, aos seus filhos, ao carro que utiliza, ao jornal que lê etc.

Não é algo que esteja distante dos anseios populares, tal como é possível demonstrar em questões que envolvem matéria de repúdio aos preconceitos e discriminações.

⁸ BORGES, JOSÉ SOUTO MAIOR. Princípio da Segurança Jurídica na criação e aplicação do tributo. *Revista de Direito Tributário* nº 63, ps. 206 e ss.

⁹ Obra citada, 4ª ed., rev. e aum., 1998, p. 281.

O princípio da igualdade, e a sua necessária efetividade, foi colocado à prova em temas como:

a) o da exigência de idade, em concurso público, para aqueles que não são ocupantes de cargos e empregos públicos, enquanto, para estes, exclui-se o mesmo requisito;

b) o da antiga, e já superada distinção, para efeitos sucessórios, entre os outrora chamados filhos legítimos e adotivos etc.;

c) o da incidência de estatutos de pessoal distintos para brasileiros e estrangeiros em empresas multinacionais que operam no Brasil;

d) em matéria de extradição;

e) em matéria de procedência fiscal, como no caso do imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços e importação de automóveis e pneus usados;

f) em matéria de aplicação de exame psicotécnico, sem a indicação de parâmetros claros;

g) os limites da liberdade de imprensa, na hipótese de incitamento mediante propaganda de guerra ou de preconceito de raça ou de classe etc.

3.1. CRITÉRIO RELEVANTE: O TRATAMENTO ISONÔMICO COMO FORMA DE ASSEGURAR O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA.

De início, é preciso saber o que deve ser desprezado e o que deve ser levado em conta. É necessário adotar critérios previamente definidos, de modo a não violentar o princípio da segurança jurídica.

De fato, mesmo diante da mais profunda divergência, encontram-se escondidos pontos comuns.

Mas não é suficiente uma justiça formal. Por ela, bastaria que os seres de uma mesma categoria fossem tratados da mesma maneira e modo.

No entanto, é escolhendo o que é relevante, que se chega a uma igualdade de natureza formal; cumprindo-se, com isto, um primeiro passo.

UNIVERSIDADE DA CALIFÓRNIA *VERSUS* ALLAN BAKKE:
A DISCRIMINAÇÃO REVERSA E A DEMOCRACIA INCLUSIVA NO BRASIL

Esta teria por pressupostos os seguintes: a) dissemelhança relativa entre os seres; b) possibilidade de comparação através de critérios; c) variação histórica, de caráter valorativo, dos critérios.

Tenho o entendimento de que será a Constituição de cada País que elegerá os critérios do Estado. E serão os intérpretes que terão a missão de conferir aspectos concretos ao que foi definido.

Em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, da atual Constituição do Brasil), aquilo que é fundamental não pode permanecer sendo visto como uma simples limitação às ações do Estado (legalidade-isonômica negativa), pois deve assegurar a dignidade dos indivíduos e o desenvolvimento de suas personalidades (legalidade-isonômica positiva). Como se vê, tudo passa pela educação.

Não são suficientes programas não cumpridos, e, muito menos, violadores de direitos adquiridos.

O Estado não deve ser neutro à miséria, ao menos porque ela enfraquece o consumo e limita o crescimento econômico e o desenvolvimento da riqueza da nação. Onde houver carência, haverá direito.

Não basta o Estado neutro do liberalismo econômico.

Nem, muito menos, o Estado de Polícia¹⁰, que é algo insatisfatório. Está superado, como é fácil concluir de INAKI AGIRREAZKUENAGA, que ensina que, em um Estado deste tipo,

¹⁰ O exagero do uso dos diferentes tipos do poder de polícia, retirando, todos eles, a sua legitimidade do poder do Príncipe, fez com que, certos autores, apelidassem a esse período da História, de Estado de Polícia. Sobre isto, merecem ser reproduzidas as idéias de FERNANDO GARRIDO FALLA (Tratado de Derecho Administrativo. Vol. II, 11ª ed.. Madri. Ed. Tecnos. 1992, p. 127). Ele, em linhas gerais, disse que, no começo do século XV, a polícia funcionava como uma atividade referente à prosperidade e à segurança pública. Em 1415, nas Ordenanças reais francesas, falava-se em disposições como aquela que defendia a polícia enquanto algo exemplar para a guarda dos bens públicos. Ocorre que, no final do século XV, este termo passa à Alemanha com um sentido mais amplo, para designar, possivelmente, toda a atividade estatal. Este conceito amplo veio a sofrer ao largo da sua evolução uma série de restrições. Em primeiro lugar, há de se ter em conta que, na Alemanha, depois da Reforma, os Príncipes tinham simultaneamente poderes temporais e espirituais. Esta dualidade de competências provocou uma primeira exclusão no conceito de polícia: só os assuntos civis eram entendidos como incluídos no conceito. Em meados do século XVII, produziu-se uma segunda restrição. Uma série de assuntos estavam por conta dos Tribunais, ficando regidos pelo princípio da legalidade, havendo, assim, a possibilidade de se recorrer a uma instância judicial independente. Ficando, portanto, assuntos resolvidos sem o Príncipe. Era a distinção entre administração e justiça.

só as relações entre particulares é que estão sujeitas a normas vinculantes. O mesmo não ocorreria no campo do Direito público, pois nada deveria interferir na *boa marcha da coisa pública*.

É o autor referenciado:

Como é sabido, no chamado Estado de Polícia só existem normas vinculantes no âmbito do Direito que regula as relações entre particulares, isto é, no Direito privado, já que, no Direito público, a ‘polícia’ se converte em um instrumento sistemático para alcançar a finalidade do Estado, cifrada oficialmente na consecução do que chamaríamos interesse geral ou textualmente ‘a boa marcha da coisa pública’ (...) ou, como ironicamente expressa NIETO, a polícia será o ‘meio técnico de intervenção administrativa que assegura a felicidade dos indivíduos que a vivem’¹¹.

Ora, os enormes valores arrecadados pelo Estado contemporâneo devem combater o baixo nível de vida, com as suas repercussões negativas, sem, contudo, violar os limites constitucionais.

Não basta a igualdade formal de um liberalismo clássico. É preciso tentar uma igualdade econômico-material, mesmo que em doses homeopáticas.

No caso do Brasil atual, a própria Constituição traz o seu elenco de critérios relevantes: sem isonomia, não há segurança.

É preciso que a lei, e a sua aplicação, seja isonômica.

O critério de contraste que ora defendo corresponde à proibição de distinguir no teor e na aplicação da lei.

Este é um elemento de possível aplicação em um certo momento histórico e em um mesmo Estado. Os seus efeitos dependerão não apenas das normas que o consagra, mas também do intérprete (administrador ou juiz) e da sociedade.

¹¹ AGIRREAZKUENAGA, INAKI. La coacción administrativa directa. Madri. Ed. Civitas, 1990, p. 37. A tradução é minha.

3.1.2. PROIBIÇÃO DE DISTINGUIR NO TEOR E NA APLICAÇÃO DA LEI.

A segurança jurídica não se choca com o Estado Democrático.

Quando se fala em igualdade perante a lei (art. 5º, “caput”, da atual Constituição do Brasil), trata-se, antes de mais nada, da exigência de lei que não autorize o arbítrio, havendo, também, a necessidade de uma aplicação que não se enfraqueça perante o casuísmo decorrente dos fatores concretos do Poder.

Os instrumentos para enfrentar esta difícil batalha estão dispostos. São, como exemplo: o direito de petição aos poderes públicos e o de obtenção de certidões sem o pagamento de taxas (art. 5º, inc. XXXIV); a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inc. XXXV); a inexistência de juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, inc. XXXVI); o devido processo legal e o devido procedimento administrativo (art. 5º, inc. LIII e ss.); a assistência judiciária gratuita integral aos mais pobres (art. 5º, inc. LXXIV) etc.

Assim, quer me parecer de relevo a mensagem de Montesquieu que, no seu “*Do Espírito das Leis*”, leciona que é preciso distribuir o poder, de modo que ele não provoque temor.

De que adiantaria ter os instrumentos técnico-processuais se a experiência vivida naquele Estado ensinasse a dele ter medo.

Eis o Barão de *La Brède et de Montesquieu*¹²

Quando numa só pessoa, ou num mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo se acha reunido ao poder executivo, não poderá existir a liberdade, porque se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não existirá também liberdade quando o poder de julgar não se achar separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, porque o juiz poderá ter a força de um opressor. Tudo então perecerá, se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, dos nobres, ou o do povo, exercesse estes

¹² MONTESQUIEU. Obra citada. 1990, p. 133.

três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as questões dos particulares.

Enfim, ao invés de impor o medo, a responsabilidade das autoridades públicas, e particularmente das judiciais, é a de fazer aplicar o ordenamento jurídico, sem timidez ou interpretações sempre favoráveis aos mais *fortes*.

Como venho defendendo, o ato de aplicação das normas não é um mero momento lógico, pois possui o decisivo caráter de lógica preferencial. Daí, com mais razão, a importância da publicidade dos atos de poder.

Será pela motivação pública que se saberá o momento de não distinguir. E não há discricionariedade que não possa ser fundamentada em público.

São considerações constitucionais: a) a igualdade entre as pessoas políticas da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) – Constituição do Brasil. Artigos 18, “caput”; 151 e incs.; 152; b) a igualdade entre os contribuintes dotados de mesma capacidade econômica, sendo irrelevantes raça, sexo, cor, idade, ocupação profissional ou função exercida (parlamentares, magistrados, militares etc.) – Constituição do Brasil. Artigos 3º, inc. III; 150, inc. II; 145, § 1º.

Neste estágio da argumentação, reservei espaço para buscar auxílio em um dos maiores administrativistas brasileiros, Celso Antônio Bandeira de Mello.

O livro: trata-se do *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*.

Nele, destaca-se o prestígio das normas constitucionais quer em relação àquelas que lhe são inferiores, quer em relação à tarefa de aplicação do ordenamento.

Uma norma deve repousar em critério compatível com aquilo que regulamenta. Além do que, uma norma não deve singularizar destinatários, salvo se a justificativa para isto encontrar escora na Constituição.

É o que, metodicamente, conclui Celso Antônio Bandeira de Melo¹³:

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1984, ps. 59-60.

Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando: I- a norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada; II- a norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator ‘tempo’ – que não descansa no objeto – como critério diferencial; III- a norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados; IV- a norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente; V- a interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.

4. O CASO UNB – UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (ADPF – AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 186 MEDIDA CAUTELAR/DISTRITO FEDERAL) – AS APLICAÇÕES DAS COTAS NAS UNIVERSIDADES BRASILEIRAS NA PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Veja-se o que diz o Supremo Tribunal Federal, nesta ADPF, que, embora distribuída para o Min. Ricardo Lewandowski, foi, no plantão (31.07.2009), julgada, em via de liminar, pelo então Presidente, Min. Gilmar Mendes, que negou a medida, sob o argumento da inexistência de urgência, pois, desde o vestibular de 2004, a Universidade de Brasília vem renovando, a cada semestre, o sistema de cotas raciais (reserva de 20%). A propositura da ADPF ocorreu, após a divulgação do resultado final do vestibular 2/2009, pelo Partido Político DEMOCRATAS (DEM), e foi despachada ressalvando-se a possibilidade do seu conhecimento como Ação Direta de Inconstitucionalidade (questão de rito processual).

Contudo, antes de negar a liminar, no mesmo sentido da manifestação da Procuradoria-Geral da República¹⁴, o Min. Gilmar Mendes desenvolveu vários argumentos sobre o tema das cotas raciais, que merecem uma reflexão profunda.

Inicialmente, registra-se que foi a UNB a primeira Universidade do Brasil a adotar o sistema de cotas raciais, o que permite visualizar os problemas que já foram gerados, e a maneira como vêm sendo respondidos, ou não. Afinal, não se discute a necessidade de ações afirmativas para a inclusão das minorias, mas a forma como isto pode estar sendo feito.

Algumas ironias do sistema brasileiro:

a) em grande medida, são os que passam por escolas privadas, no ensino anterior ao universitário, que logram êxito, via modelo do concurso universal, para chegarem à escola pública superior, dotadas de maior excelência; o que poderia implicar na conclusão de que as exclusões ocorrem tendo por força determinante a condição financeira, deixando em situação de desigualdade, entre os pobres, a figura do *branco-pobre*;

b) se a raça, para efeito das cotas, vai ser definida a partir do fenótipo, pretendendo resgatar uma dívida histórica decorrente da escravidão, é preocupante o caso dos gêmeos idênticos, Alex e Alan Teixeira da Cunha, que foram considerados de cores diferentes pela Comissão da UNB (uma espécie de *Tribunal racial*), em 2007. Isto denunciaria uma falta de objetividade no critério, tornando, assim, esta Comissão um tanto autoritária no seu exercício (uma “*equipe* de anatomia e de psicologia racial”). Por outro lado, indaga-se se caberia atribuir ao critério de auto-declaração características de segurança e justiça; ou se caberia mesclá-lo com o critério renda (cotas sociais), que seriam limitadas no tempo, pois estas ações afirmativas deveriam ter em vista medidas de longo prazo, como a do aprimoramento das condições do ensino fundamental no Brasil. No caso da UNB, tem-se previsto o prazo de 10 anos;

c) discute-se se, durante uma eventual entrevista nesta Comissão, dado que a fotografia ou mesmo o registro de nascimento não seriam suficientes, o questionamento sobre valores ou percepções, aderência ao *movimento negro* etc, não poderiam implicar

¹⁴ A PGR foi contrária ao deferimento da medida cautelar, embora haja opinado pela sua admissibilidade, “seja pela ausência de plausibilidade do direito invocado, em vista da constitucionalidade das políticas de ação afirmativa impugnadas, seja pela presença do *periculum in mora inverso*”.

UNIVERSIDADE DA CALIFÓRNIA *VERSUS* ALLAN BAKKE:
A DISCRIMINAÇÃO REVERSA E A DEMOCRACIA INCLUSIVA NO BRASIL

em discriminações políticas e no aprofundamento de rivalidades de etnias. Ex: indagar ao entrevistado se já haveria namorado com uma mulata;

d) se a autonomia universitária justificaria que, apenas nesta fase do ensino, caberia falar-se em uma *democracia inclusiva*, como um único caminho possível para as **ações afirmativas** (gênero de onde o sistema de cotas constituiria uma espécie – incluindo-se, entre estas ações, a oferta de cursos preparatórios gratuitos e a eliminação das taxas de inscrição nos exames vestibulares). Na UNB, são ingressos 120 alunos por ano; contudo, excluídas as vagas do PAS (Programa de Avaliação Seriada) e do Sistema de Cotas para negros restariam apenas 72 vagas anuais para o concurso universal, o que, por si só, constituiria um fator de exclusão;

e) a importação acrítica do modelo estrangeiro, desfocada da sociedade e do período histórico, desconsiderando as especificidades da sociedade brasileira, e da relevância de a própria Suprema Corte norte-americana vir restringindo a adoção de políticas raciais compensatórias, poderia esquecer da recomendação mais atual, que seria acabar com a discriminação com base na raça, pois isto poderia ocasionar novas divisões, havendo a necessidade da chamada reserva legal, com leis votadas em um ambiente da mais ampla publicidade, dado a grande repercussão na vida de todos os brasileiros, evitando-se, em uma sociedade miscigenada, a implantação artificial de uma “nação bicolor”. No entanto, quanto às restrições ao sistema de cotas, deve-se, também, levar em conta as conseqüências do “11 de setembro de 2001”, algumas com caráter segregacionistas e nacionalistas, ou mesmo racistas, abrindo mão do “terceiro valor fundamental”, que, ao lado da liberdade e da igualdade, não pode vir a ser esquecido: a fraternidade. Aliás, algumas pesquisas científicas (genoma) estariam apontando para a inexistência de “raças” humanas (impossibilidade científica do racismo; e, portanto, dos ódios raciais). Assim, o STF concluiu no julgamento histórico do Habeas Corpus nº 82.424-2/RS, frisando a inexistência de subdivisões raciais;

f) entretanto, se a ciência renega o racismo, talvez seja inadequado falar-se, socialmente, em democracia racial brasileira, apresentando o Brasil como um exemplo de experiência bem sucedida de relações neste plano, tal como se tentou fazer nos anos 50. Pois esta discriminação pode vir escondida, fortalecida com o mito da democracia racial brasileira. Assim, no Brasil, está presente uma Secretaria Especial para a

promoção da igualdade racial, havendo sido criado o Programa *Universidade para todos*, que prevê bolsas e vagas específicas para “negros”. O Senado brasileiro, em 2005, aprovou o **Estatuto da Igualdade Racial**, ainda não aprovado pela Câmara dos Deputados, que chama de afro-brasileiros (art. 1º, par. 3º): *aqueles que se classificam como tais e/ou como negros, pretos, pardos ou definição análoga*.

CONCLUSÃO.

Enfim, no caso do Brasil, de alguma maneira, mesmo informal, desde o ensino básico, há uma separação, por camadas sócio-econômicas, não cabendo a transposição acrílica do direito estrangeiro; mas utilizá-lo como um importante elemento de reflexão.

O critério do mérito não deve ser afastado com a banalização de políticas compensatórias sérias, apenas no nível universitário. Entendo que o desenvolvimento de ações afirmativas deva priorizar os ensinos básico, fundamental e médio, não focalizando, no universitário, todas as expectativas de reparação histórica.

6. REFERÊNCIAS:

A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL 1988 – comparada com a Constituição de 1967 e comentada – São Paulo, Price Waterhouse, 1988.

ALBUQUERQUE, Martim de. **Da Igualdade. Introdução à Jurisprudência**. Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

ARISTÓTELES. **Éthique à Nicomaque**. Trad. J. Tricot. 2ª ed., Paris, L. Philosophique Vrin, 1967. Vol. I.

BORGES, José Souto Maior. Princípio da Segurança Jurídica na criação e aplicação do tributo. Revista de Direito Tributário nº. 63.

CAMPOS, Hélio Silvío Ourem. **Efetividade Constitucional (Princípio) Capacidade Contributiva**. Recife, 1990.

_____. Isonomia: Princípio. Recife, 1991.

CARVALHO, Paulo de Barros. **O Princípio da Segurança Jurídica**. Extraído da Revista da Associação dos Pós-graduandos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, nº 03 - Ano II – janeiro/março de 1993.

CORREIA, José Sérvulo. **Os Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Estudos sobre a Constituição vol. III (coordenação de Jorge Miranda). Livraria Petrony, 1979.

_____. **Os princípios constitucionais do direito administrativo in Estudos sobre a Constituição**. (coordenação de Jorge Miranda) 3º vol., Lisboa, Petrony, 1977-1979.

CRISAFULLI. **Pela determinação do conceito dos princípios gerais do Direito**. Extraído da Revista Internacional de Filosofia do Direito, vol. XIX – ano XXI – série II, janeiro/abril de 1941.

FERREIRA, Luis Pinto. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. 02 vols. 6ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 1983.

GORDILLO, Agustín. **Princípios Gerais de Direito Público**. Trad. de Marco Aurélio Greco. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977.

HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais** – contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal alemã. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

HEGEL. **Princípios de Filosofia do Direito**. São Paulo, Martins Fontes, 1976.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1984.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Introdução à política científica e os fundamentos da ciência positiva do direito**. Rio de Janeiro, 1924.

_____. Democracia, Liberdade, Igualdade (Os três caminhos). 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1979.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Livro XI. Capítulo VI – Da Constituição da Inglaterra. Introdução de Otto Maria Carpeaux. Trad. Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Rio de Janeiro, Editora Tecnoprint S.A – Ediouro, 1990.

MOREIRA, Vital. **A formação dos princípios fundamentais da Constituição in Estudos sobre a Constituição** (organização de Jorge Miranda), 3º vol., Lisboa, Petrony, 1977-1979.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Capacidade Contributiva: Conteúdo e Eficácia do Princípio**. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1988.

UNIVERSIDADE DA CALIFÓRNIA *VERSUS* ALLAN BAKKE:
A DISCRIMINAÇÃO REVERSA E A DEMOCRACIA INCLUSIVA NO BRASIL

PERELMAN, Chaim. **Égalité et Valeurs, em L'égalité**. vol. I. Études publiés par Henri Buch e outros. Bruxelas, Émile Bruylant, 1971, p. 319.

PROSPER, Weil. **O Direito Administrativo** – tradução. Almedina. Coimbra. 1977.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. Belo Horizonte, Editora Lê, 1990.

ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977.

SAN TIAGO DANTAS. **Igualdade perante a lei e "due process of law", em problemas de direito positivo**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1953.

SOUSA, Marcelo Rebelo de e GALVÃO, Sofia. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4ª ed., revista e aumentada com base na Revisão Constitucional de 1997. Portugal. Publicações Europa-América Ltda, 1998.

UKMAR, Víctor. **Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário**. Trad. De MARCO AURÉLIO GRECO. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1ª ed., 1976.