

Supremo Tribunal Federal

Diário da Justiça Eletrônico | Out / 2014
Revista dos Tribunais | vol. 952 | p. 297 | Fev / 2015 | JRP\2012\47672

STF - Ac 186 - j. 26/4/2012 - v.u. - julgado por Enrique Ricardo Lewandowski - DJe 20/10/2014 - Área do Direito: Constitucional; Administrativo

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – “Cotas raciais” – Programa de ação afirmativa que estabelece sistema de reserva de vagas, com base em critério étnico-racial, para acesso ao ensino superior público – Admissibilidade – Política que visa a compensar discriminação culturalmente arraigada – Medida que deve ser transitória e condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhe deu origem – Observância à proporcionalidade entre os meios empregados e os fins colimados – Métodos de hetero ou autoidentificação pelos candidatos, ademais, que são constitucionais – Inteligência do art. 37, VIII, da CF/1988.

Ementa Oficial:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

I - Não contraria - ao contrário, prestigia - o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

II - O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.

III - Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa.

IV - Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnicoraciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro.

V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição.

VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes.

VII - No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação - é escusado dizer - incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.

VIII - Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente.

26/04/2012 PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 186 DISTRITO FEDERAL

RELATOR :MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

REQTE.(S) :DEMOCRATAS – DEM

ADV.(A/S) :ROBERTA FRAGOSO MENEZES KAUFMANN

INTDO.(A/S) :CONSELHO DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – CEPE

INTDO.(A/S) :REITOR DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

INTDO.(A/S) :CENTRO DE SELEÇÃO E DE PROMOÇÃO DE EVENTOS DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – CESPE/UNB

AM. CURIAE. :EDUCAFRO – EDUCAÇÃO E CIDADANIA DE AFRODESCENDENTES E CARENTES

ADV.(A/S) :JOÃO MANOEL DE LIMA JUNIOR E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :FUNDAÇÃO CULTURAL PALMARES

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. :MOVIMENTO NEGRO UNIFICADO – MNU

ADV.(A/S) :GUSTAVO TRANCHO DE AZEVEDO

AM. CURIAE. :MOVIMENTO PARDO-MESTIÇO BRASILEIRO – MPMB

ADV.(A/S) :JULIANA FERREIRA CORRÊA

AM. CURIAE. :FUNDAÇÃO NACIONAL DO INDIO – FUNAI

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. :INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL – IARA E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) :SHIRLEY RODRIGUES RAMOS E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :DEFENSORIA PUBLICA DA UNIÃO

ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. :MOVIMENTO CONTRA O DESVIRTUAMENTO DO ESPÍRITO DA POLÍTICA DE AÇÕES AFIRMATIVAS NAS UNIVERSIDADES FEDERAIS

ADV.(A/S) :WANDA MARISA GOMES SIQUEIRA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :INSTITUTO DE DIREITO PÚBLICO E DEFESA COMUNITÁRIA POPULAR – IDEP

AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS AFRODESCENDENTES – ANAAD

ADV.(A/S) :MÁRCIO THOMAZ BASTOS E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB

ADV.(A/S) :OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JÚNIOR E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO DIREITOS HUMANOS EM REDE – CONECTAS DIREITOS HUMANOS

ADV.(A/S) :DANIELA IKAWA E OUTRO(A/S)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgar totalmente improcedente a arguição. Votou o Presidente, Ministro Ayres Britto. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Dias Toffoli.

Brasília, 26 de abril de 2012.

RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 186 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Ministro Ricardo Lewandowski, são os chamados “*role models*”.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Os “*role models*”. Exatamente.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – O maior expoente hoje, sem dúvida, no mundo inteiro, é o Presidente dos Estados Unidos. Daí a conclusão que podemos tirar: a que pode levar uma política de ação afirmativa em tão curto espaço de tempo. São meros cinquenta anos.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – Ou menos.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Sim. Talvez menos, se contarmos do “*Civil Rights Act*” de 64/65.

APARTE

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Ministro Ricardo Lewandowski, desculpe-me, não sou de interferir tanto, mas só para sublinhar. Volta e meia lemos, na imprensa brasileira, sobre esse tema que Vossa Excelência está abordando; alguns dizendo que essas ações afirmativas foram banidas nos Estados Unidos, ou banidas na Califórnia.

Pela Corte Suprema dos Estados Unidos, há duas decisões fundamentais sobre o tema: uma de 1978, que é o Caso Bakke x Regents, que consagrou, confirmou a viabilidade constitucional da utilização do critério “raça” na seleção pelas universidades; e a decisão de 2003, que é o famoso Caso Grütter, que confirmou Bakke nesse sentido.

O resto são decisões esporádicas como o referendo da Califórnia, que proibiu lá no Estado da Califórnia, mas não em nível nacional; aqui e ali, Texas também.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 186

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

REQTE.(S) : DEMOCRATAS – DEM

ADV.(A/S) : ROBERTA FRAGOSO MENEZES KAUFMANN

INTDO.(A/S) : CONSELHO DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO DA
UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – CEPE

INTDO.(A/S) : REITOR DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

INTDO.(A/S) : CENTRO DE SELEÇÃO E DE PROMOÇÃO DE EVENTOS DA

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – CESPE/UNB

AM. CURIAE. : EDUCAFRO – EDUCAÇÃO E CIDADANIA DE AFRO-DESCENDENTES E CARENTES

ADV.(A/S) : JOÃO MANOEL DE LIMA JUNIOR E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : FUNDAÇÃO CULTURAL PALMARES

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : MOVIMENTO NEGRO UNIFICADO – MNU

ADV.(A/S) : GUSTAVO TRANCHO DE AZEVEDO

AM. CURIAE. : MOVIMENTO PARDO-MESTIÇO BRASILEIRO – MPMB

ADV.(A/S) : JULIANA FERREIRA CORRÊA

AM. CURIAE. : FUNDAÇÃO NACIONAL DO INDIO – FUNAI

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL – IARA E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : SHIRLEY RODRIGUES RAMOS E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PUBLICA DA UNIÃO

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : MOVIMENTO CONTRA O DESVIRTUAMENTO DO ESPÍRITO DA

POLÍTICA DE AÇÕES AFIRMATIVAS NAS UNIVERSIDADES FEDERAIS

ADV.(A/S) : WANDA MARISA GOMES SIQUEIRA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DIREITO PÚBLICO E DEFESA COMUNITÁRIA POPULAR – IDEP

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS AFRODESCENDENTES – ANAAD

ADV.(A/S) : MÁRCIO THOMAZ BASTOS E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB

ADV.(A/S) : OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JÚNIOR E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DIREITOS HUMANOS EM REDE – CONECTAS DIREITOS HUMANOS

ADV.(A/S) : DANIELA IKAWA E OUTRO(A/S)

Decisão: Retirado de pauta por indicação do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 01.09.2011.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, rejeitou as preliminares de cabimento da argüição e de sua conexão com a ADI 3.197. Votou o Presidente. No mérito, após o voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), julgando totalmente improcedente a argüição, o julgamento foi suspenso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Falaram: pelo requerente, a Dra. Roberta Fragozo Menezes Kaufmann; pelos interessados, a Dra. Indira Ernesto Silva Quaresma, Procuradora-Federal; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União; pelos *amici curiae* Movimento contra o Desvirtuamento do Espírito da Política de Ações Afirmativas nas Universidades Federais e Instituto de Direito Público e Defesa Comunitária Popoular-IDEP, a Dra. Wanda Marisa Gomes Siqueira; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Ophir Cavalcante Júnior; Defensoria Pública da União, o Dr.

Haman Tabosa de Moraes e Córdova, Defensor-Público Geral Federal; Associação Direitos Humanos em Rede – Conectas Direitos Humanos, o Dr. Hédio Silva Júnior; Instituto de Advocacia Racial e Ambiental – IARA e outros, o Dr. Humberto Adami Santos Júnior; Movimento Negro Unificado-MNU, a Dra. Sílvia Cerqueira; EDUCAFRO – Educação e Cidadania de Afro-Descendentes e Carentes, o Dr. Thiago Bottino; Associação Nacional dos Advogados Afrodescendentes-ANAAD, o Dr. Márcio Thomaz Bastos, e, pelo Ministério Público Federal, a Vice-Procuradora-Geral da República, a Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Ayres Britto. Plenário, 25.04.2012.

Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

p/ Luiz Tomimatsu

Assessor-Chefe do Plenário

RELATÓRIO

ARGUMENTOS E PLEITOS DA INICIAL

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR): Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pelo Partido Democratas – DEM, com pedido de liminar, que visa à declaração de inconstitucionalidade de atos da Universidade de Brasília – UnB, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – CEPE e do Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília – CESPE, os quais instituíram o sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (20% de cotas étnico-raciais) no processo de seleção para ingresso de estudantes.

Pretende, em síntese, com esta ADPF, desconstituir os seguintes atos: a Ata de Reunião Extraordinária do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – CEPE; a Resolução 38, de 18 de julho de 2003, do Conselho de Ensino Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília; o Plano de Metas para Integração Social Étnica e Racial da UnB; o Item 2, subitens 2.2, 2.2.1, 2.3, o item 3, subitem 3.9.8 e o item 7, todos do Edital 2, de 20 de abril de 2009, do 2º vestibular de 2009 dessa instituição federal de ensino superior.

O arguente alega, em suma, que tais atos ofendem os arts. 1º, *caput*, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II, XXXIII, XLI, LIV, 37, *caput*, 205, 206, *caput*, I, 207, *caput*, e 208, V, todos da Constituição Federal (LGL\1988\3). Sustenta, em síntese, que a discriminação supostamente existente no Brasil é uma questão social e não racial.

Entre as disposições contestadas, destaca as diretrizes do Plano de Metas para a Integração Social, Étnica e Racial da UnB, a seguir listadas:

“1– Disponibilizar durante 10 anos, 20% das vagas do vestibular para estudantes negros, em todos os cursos oferecidos pela universidade;

2– Disponibilizar, por um período de 10 anos, um pequeno número de vagas para índios de todos os Estados brasileiros (...);

3– Alocará bolsas para negros e indígenas em situação de carência, segundo os critérios usados pela Secretaria de Assistência da UnB;

4– Propiciará moradia para estudantes indígenas e concederá preferência nos critérios de moradia para estudantes negros carentes” (grifos meus).

Primeiramente, alega que o pedido observou o requisito da subsidiariedade para a propositura da ADPF, uma vez que não haveria outro meio eficaz para sanar a alegada lesão constitucional.

Afirma, a seguir, que a constitucionalidade do sistema de cotas raciais nas universidades brasileiras tem sido objeto de decisões contraditórias por parte da magistratura de primeira e segunda

instâncias, nos âmbitos estadual e federal, com resultados contraditórios.

Argumenta, mais, que,

“(...) considerando a pluralidade de decisões divergentes sobre o tema; considerando que os atos (normativos e administrativos) emanados da Universidade de Brasília são autônomos e infralegais; e considerando a jurisprudência consolidada na Carta Maior no sentido de não cabimento de Ação Direta de Inconstitucionalidade contra atos normativos de caráter secundário, afigura-se fora de dúvidas o cabimento da ADPF” (fl. 24).

Quanto ao mérito, assevera, de início, o seguinte:

“a) não se discute, na ADPF, sobre a constitucionalidade de ações afirmativas, como gênero e como política necessária para inclusão de minorias;

b) não se discute acerca do reconhecimento de que o Brasil adota o modelo de Estado Social;

c) não se discute sobre a existência de racismo, de preconceito e de discriminação na sociedade brasileira; (...).”

Na sequência, alega que

“a) na ADPF, discute-se se a implementação de um ‘Estado racializado’ ou do ‘racismo institucionalizado’, nos moldes praticados nos Estados Unidos, África do Sul ou Ruanda, seria adequada para o Brasil (...);

b) pretende demonstrar que a adoção de políticas afirmativas racialistas não é necessária no país (...);

c) o conceito de minoria apta a ensejar uma ação positiva estatal difere em cada país. Depende da análise de valores históricos, culturais, sociais, econômicos, políticos e jurídicos de cada povo (...);

d) discute tão somente a constitucionalidade da implementação, no Brasil, de ações afirmativas baseadas na raça (...);

e) ninguém é excluído, no Brasil, pelo simples fato de ser negro (...);

f) cotas para negros nas universidades geram a consciência estatal de raça, promovem a ofensa arbitrária ao princípio da igualdade, gerando discriminação reversa em relação aos brancos pobres, além de favorecerem a classe média negra” (fls. 26-29).

Sustenta, ainda, que se institucionalizou na UnB um verdadeiro tribunal racial para definir quem é negro e quem não é, questionando os critérios utilizados para esse fim.

Assevera, também, que os defensores dos programas afirmativos adotam a “Teoria da Justiça Compensatória”, a qual

“(...) se lastreia na retificação de injustiças ou de falhas cometidas contra indivíduos no passado, ora por particulares, ora pelo governo. (...) Por meio dessa teoria, assevera-se que o objetivo seria o de promover o resgate da dívida histórica que os homens brancos possuem com relação aos negros” (fl. 32).

Afirma, contudo, que não se mostra factível a adoção dessa teoria, seja porque não se pode responsabilizar as gerações presentes por erros cometidos no passado, seja porque é impossível identificar quais seriam os legítimos beneficiários dos programas de natureza compensatória.

Aduz, ainda, que *“se não se pode definir objetivamente, sem margem de dúvidas, os verdadeiros beneficiários de determinada política pública, então sua eficácia será nula e meramente simbólica”.*

Consta, também, da inicial a assertiva de que inexistente o conceito de raça, argumento que, segundo o arguente, teria sido olvidado nas discussões sobre as ações afirmativas. Alega, ademais, que as desigualdades entre brancos e negros não têm origem na cor e, mais, que a opção pela escravidão destes ocorreu em razão dos lucros auferidos com o tráfico negreiro e não por qualquer outro motivo

de cunho racial.

Alerta, assim, para o “perigo” de importar-se modelos de outros países, salientando que em Ruanda e nos Estados Unidos a adoção de teorias de classificação racial teria promovido uma verdadeira segregação entre os distintos grupos sociais.

O arguente, de resto, aponta para uma “manipulação” dos dados estatísticos, asseverando que ora os pardos são incluídos entre os negros, para se afirmar, por exemplo, que estes representam metade da população, ora aqueles são excluídos para se dizer que apenas 3% dos negros estão na universidade.

Além disso, critica o sistema “birracial” de classificação norteamericano”, o qual só admitiria duas “raças”, brancos e negros, inaplicável, no seu entender, à realidade multirracial brasileira, caracterizada por intensa miscigenação, que inviabilizaria os programas afirmativos, entre nós, baseados nesse critério.

Argumenta, por fim, ser necessária a análise dos programas instituídos pela UnB sob o prisma da proporcionalidade.

Nesses termos, em caráter liminar, postula

“a) que se suspenda a realização do registro dos alunos aprovados no vestibular de julho de 2009, mediante o sistema universal e o sistema de cotas para negros, na UnB;

b) que o CESPE divulgue nova listagem de aprovados, considerando todos os candidatos como se todos estivessem sido inscritos no sistema universal de ingresso na universidade, a partir das notas de cada candidato, independentemente do critério racial;

c) que o CESPE se abstenha de publicar quaisquer editais para selecionar e/ou classificar candidatos para ingresso na UnB com acesso diferenciado;

d) que os juízes e Tribunais de todo país suspendam todos os processos que envolvam a aplicação do tema cotas raciais para ingresso nas universidades” (fl. 77).

Depois, requer

“(...) que a Ação seja julgada procedente, declarando a inconstitucionalidade, com efeitos erga omnes, ex tunc e vinculante, dos seguintes atos administrativos e normativos:

a) Ata de Reunião Extraordinária do CEPE da UnB;

b) Resolução 38 do CEPE;

c) Plano de Metas para a Integração Social, Étnica e Racial da UnB;

d) Os itens do edital do vestibular da UnB de 2009 que tratam da reserva de cotas” (fls. 78-79).

Caso esta ADPF não seja conhecida, pede seja ela recebida, alternativamente, como Ação Direta de Inconstitucionalidade (fl. 80).

À fl. 613, o Ministro Gilmar Mendes, então no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, requisitou informações ao Reitor da UnB, ao Diretor do CESPE e ao Presidente do CEPE, bem assim as manifestações do Advogado Geral da União e do Procurador Geral da República.

INFORMAÇÕES DOS ARGUIDOS

Às fls. 628-668, constam as informações do Reitor da UnB, do Diretor do CESPE e do Presidente do CEPE.

Estas consignaram, em resumo, que

“(...) o combate à discriminação por si só é medida insuficiente à implementação da igualdade; é fundamental conjugar a vertente repressivo-punitiva com a vertente promocional, combinando proibição da discriminação com políticas que promovam a igualdade” (fl. 644).

Acrescentaram, ainda, que

“(...) o fato de não haver lei estabelecendo o racismo no Brasil, mas, ao contrário, vedando-o, não foi suficiente para que não houvesse discriminação, apenas fez com que essa fosse velada, camuflada” (fl. 649).

Contestando ideia segundo a qual, do ponto de vista científico, não existiria raça, os arguidos alegaram que a discriminação é resultante da cor e da aparência do indivíduo e não de sua identidade genética (fl. 652).

Afirmaram, ademais, que o sistema de reserva de cotas raciais é importante para a democratização do ensino superior, e que só deve ser abandonado quando forem eliminadas todas as restrições ao acesso de certas categorias sociais à universidade, esclarecendo que, hoje, os negros correspondem a apenas 2% do contingente de universitários no País, apesar de representarem 45% da população brasileira.

Quanto ao método de seleção, aduziram o seguinte:

“Ao contrário do afirmado pelo requerente, a comissão não é secreta, havendo, inclusive, entrevista pessoal com os candidatos. O que acontece é a inexistência de comunicação prévia informando qual será a comissão, a fim de evitar que sofra pressões e constrangimentos indevidos, exatamente como é reiteradamente feito há décadas não apenas no próprio certame vestibular, mas também em numerosos concursos para cargos públicos federais conduzidos no país” (fl. 664).

Por fim, pleitearam que não se conheça desta ADPF ou, então, seja ela julgada improcedente, haja vista a plena constitucionalidade do sistema de cotas adotado pela Universidade de Brasília (fl. 662).

PARECER DA PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

Às fls. 713 e seguintes, a Vice-Procuradora-Geral da República, Débora Duprat, em nome do *Parquet* Federal, manifestou-se pela improcedência desta ADPF, com a rejeição do pedido de liminar.

No parecer, destacou, em resumo, que

“(...) a Constituição de 1988 insere-se no modelo do constitucionalismo social, no qual não basta, para a observância da igualdade, que o Estado se abstenha de instituir privilégios ou discriminações arbitrárias. Pelo contrário, parte-se da premissa de que a igualdade é um objetivo a ser perseguido por meio de ações ou políticas públicas, que, portanto, ela demanda iniciativas concretas em proveito dos grupos desfavorecidos” (fls. 714-715).

Aduziu, mais, que

“(...) a justiça compensatória não é o único nem mesmo o principal argumento em favor da ação afirmativa para negros no acesso ao ensino superior. Ao lado dela, há a justiça distributiva, a promoção do pluralismo nas instituições de ensino e a superação de estereótipos negativos sobre o afrodescendente, com o conseguinte fortalecimento da sua autoestima e combate ao preconceito” (fl. 722).

Acrescentou, ainda, que a medida cautelar na jurisdição constitucional não deve ser deferida quando existe *periculum in mora* inverso, como ocorre no caso sob exame, pois

“(...) a concessão da medida liminar reclamada não apenas atingiria um amplo universo de estudantes negros como também geraria graves efeitos sobre as políticas de ação afirmativas de corte racial promovidas por outras universidades” (fl.732).

MANIFESTAÇÃO DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

À fl. 751, a AGU observou que a discriminação racial na sociedade brasileira é evidente, constituindo fato notório que não pode ser ignorado, o qual compeliu os arguidos a instituir a reserva de vagas em favor dos estudantes negros e índios.

Em resumo, opinou pela integral constitucionalidade do estabelecimento de distinções jurídicas entre

os candidatos às universidades, baseadas em critérios étnico-raciais, para facilitar o ingresso de estudantes pertencentes a grupos socialmente discriminados.

Esclareceu, nesse sentido, que

“(...) a reserva de vagas não é medida excludente de outras com semelhantes finalidades, que podem com ela conviver. A mera existência de outros meios mais brandos de possível adoção não é argumento apto a qualificar a sistema de cotas como desnecessário ou desmedido” (fl. 761).

Pugnou, ademais, tal como a PGR, pelo indeferimento da cautelar, por ausência de seus pressupostos, especialmente porque estaria caracterizado, na espécie, o perigo na demora inverso, vez que a concessão da medida poderia causar dano a todos os estudantes aprovados no exame vestibular da UnB realizado em 2009 (fls. 764/765).

APRECIÇÃO DA LIMINAR PELA PRESIDÊNCIA

Às fls. 767-794, o Ministro Gilmar Mendes, Presidente do STF à época, indeferiu o pedido de liminar, nos termos abaixo:

“Embora a importância dos temas em debate mereça a apreciação célere desta Suprema Corte, neste momento não há urgência a justificar a sua concessão. O sistema de cotas raciais da UnB tem sido adotado desde o vestibular de 2004, renovando-se a cada semestre.

A interposição da presente arguição ocorreu após a divulgação do resultado final do vestibular 2/2009, quando já encerrados os trabalhos da comissão avaliadora do sistema de cotas.

Assim, por ora, não vislumbro qualquer razão para a medida cautelar de suspensão do registro (matrícula) dos alunos que foram aprovados no último vestibular da UnB ou para qualquer interferência no andamento dos trabalhos da universidade” (fl. 793).

PEDIDOS DE INGRESSO COMO AMICUS CURIAE

A Central Única dos Trabalhadores do Distrito Federal – CUT/DF requereu a sua participação no processo na qualidade de *amicus curiae*. Afirmou ostentar, dentre suas finalidades estatutárias, a luta contra a discriminação racial, além de ser a favor de medidas tendentes ao desenvolvimento cultural, social e econômico dos grupos sociais discriminados (fl. 821).

A Defensoria Pública da União – DPU também solicitou sua admissão no feito nessa mesma condição. Sustentou que tem como missão precípua a assistência jurídica gratuita a pessoas carentes. Asseverou, mais, que os eventuais beneficiários das cotas coincidem com aqueles que merecem o seu atendimento e cuidado.

Ademais, pretendeu ser ouvida por versarem os autos sobre matéria que, abstratamente considerada, enquadra-se entre as suas atividades institucionais (fl. 879).

Também o Instituto de Advocacia Racial e Ambiental – IARA, a AFROBRAS – Sociedade Afro-brasileira de Desenvolvimento Sócio Cultural, o ICCAB – Instituto Casa da Cultura Afro-brasileira, o IDDH – Instituto de Defensores dos Direitos Humanos, e a organização não governamental CRIOLA requereram o seu ingresso nesta ADPF como *amici curiae*.

Em preliminar, alegaram a conexão da presente ADPF com a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 3.197/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, já que a causa de pedir é a inconstitucionalidade do sistema de cotas para negros.

Além disso, requereram seja esta ação inadmitida, de plano, porquanto não houve exaurimento das instâncias jurisdicionais (fl. 897), defendendo, outrossim, a manutenção do indeferimento da liminar (fl. 900).

Alegaram, ainda, que possuem

“(...) poderes estatutários de se oporem a quaisquer formas de atos que possam concorrer para o prejuízo dos cidadãos por motivos de ordem social, econômica, racial, religiosa e sexual em todo o território nacional ou não, em especial, os afro-brasileiros” (fl. 898).

Acrescentaram, no mérito, que não há, no caso, qualquer violação ao princípio da isonomia, porquanto

“a intenção de dar-se um tratamento mais favorável a quem está em situação de desvantagem, em razão de serem grupos débeis econômica e socialmente, não caracteriza arbítrio ou violação do princípio da igualdade, pelo contrário, pretende viabilizar a isonomia material” (fl. 906).

Por fim, pugnaram fosse: (i) indeferida a liminar; (ii) afastada a pretensão de receber-se, alternativamente, esta ADPF como ADI; (iii) julgada improcedente a ação; (iv) declarada a constitucionalidade da reserva de vagas em favor dos grupos mencionados no ato impugnado; (v) autorizada a produção de provas documentais, especialmente pareceres de especialistas; e (vi) deferida a realização de audiências públicas (fl. 925).

Igualmente, o Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro – MPMB pediu a sua admissão no feito na qualidade de *amicus curiae* (fls. 1.167-1.168), ao argumento de que é

“(...) a primeira associação de mestiços (pardos) do país, atuando desde 2001, embora seu registro tenha ocorrido somente em 2006” (fl. 1.171).

Sustentou, em resumo, a inconstitucionalidade da reserva de vagas para o acesso ao ensino superior de candidatos considerados negros pela comissão julgadora da UnB, por entender que o referido sistema, ao exigir uma autodeclaração dos candidatos,

“(...) mostra-se incompatível com o dever do Estado de proteger todos os grupos participantes do processo civilizatório nacional e de valorizar a diversidade étnica e regional que não se limita às culturas indígenas e afro-brasileiras” (fl. 1.171).

A Fundação Nacional do Índio – FUNAI, da mesma forma, requereu o seu ingresso nesta ADPF na condição de *amicus curiae*, asseverando que

“(...) o sistema de cotas da UnB alcança também os indígenas e que a Ação visa acabar com qualquer sistema de cotas e não somente a dos negros” (fl. 1.265).

Entendeu que esta ação não pode ser conhecida, pois,

“(...) levando em consideração que a Resolução do CEPE não se baseia em nenhuma lei, mas deriva diretamente da autonomia universitária prevista no art. 206 da Constituição Federal (LGL\1988\3), uma Ação Direta de Inconstitucionalidade poderia ter sido ajuizada, e seria eficaz para sanar eventual lesividade” (fl. 1.271).

Consignou, ainda, que a afirmação feita pelo arguente de que *“não existe racismo”* desqualifica a experiência de vida da pessoa discriminada, negando a sua realidade (fl. 1.279).

Afirmou, também, que *“a ausência de ódio racial não significa ausência de racismo”*, o qual não se manifesta apenas por meio desse sentimento extremo, mas revela-se igualmente sob a forma de desprezo e exclusão (fl. 1.282).

Alegou, em acréscimo, que no Brasil não há necessidade de empregar-se o critério de ancestralidade para definir quem é negro ou índio, tampouco utilizar exames genéticos, eis que aqui *“o preconceito é de marca e não de origem”* (fl. 1.310).

Às fls. 1.741-1.806, a Fundação Cultural Palmares também pleiteou a respectiva habilitação na condição de *amicus curiae*. Argumentou que a sua representatividade e seu interesse em integrar o processo tem como base o art. 2º, IX, do respectivo Estatuto (Decreto 6.853/2009), qual seja, o de

“(...) apoiar e desenvolver políticas de inclusão da população negra no processo de desenvolvimento político, social e econômico dessa população” (fls. 1.742-1.744).

Destacou, ademais, que

“(...) o sistema de cotas previsto para o acesso aos cursos superiores contém uma nota de corte, ou seja, os candidatos, independentemente de estarem ou não incluídos no programa de cotas, devem atingir uma nota mínima, nota que poderia habilitar todos para o ingresso na universidade, caso o

Brasil dispusesse de um sistema de ensino superior que ofertasse mais vagas nas instituições públicas. Portanto, não se trata de colocar cotistas sem condições de aprendizado, que possa afetar a qualidade de ensino da universidade e muito menos vitimizar ou preterir candidatos não optantes das cotas. Esse é um grande equívoco que o debate público das cotas não aborda. As pessoas, em geral, acham que os cotistas, independentemente da nota, ingressarão na universidade, o que é errado” (fls. 1.764-1.765).

À fl. 1.776, afirmou que a

“(...) reserva de vagas no processo seletivo da UnB e de outras universidades apresenta um juízo de adequação de diversos aspectos que cercam o tema: (i) trata-se de uma política pública que não está em sentido contrário à Constituição sendo, portanto, legítima e parte da esfera de discriminação política; (ii) o exame de seleção, que é realizado por todos os candidatos inscritos, atendeu ao princípio da proporcionalidade, compatibilizando o princípio do art. 208, V, da Carta Magna (LGL\1988\3), com o princípio da igualdade material de acesso à universidade (art. 206, I, da CF/88 (LGL\1988\3)) e o princípio da redução das desigualdades sociais (art. 3º, III, CF/88 (LGL\1988\3)).”

O Movimento Negro Unificado também solicitou sua habilitação nos autos como *amicus curiae*. Enfatizou que é

“(...) um dos movimentos sociais com mais sólida atuação no combate ao racismo e que, em seu espírito de formação e em sua experiência, congrega diversas organizações afro-brasileiras” (fl. 1.854).

Deferi os pleitos de ingresso, como *amicus curiae*, das seguintes entidades: Defensoria Pública da União – DPU; Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (IARA); AFROBRAS – Sociedade Afro-brasileira de Desenvolvimento Sócio Cultural; ICCAB – Instituto Casa da Cultura Afro-brasileira; IDDH – Instituto de Defensores dos Direitos Humanos; Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro – MPMB; Fundação Nacional do Índio – FUNAI; Fundação Cultural Palmares; Movimento Negro Unificado – MNU; EDUCAFRO – Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes, CONECTAS Direitos Humanos e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB.

PRONUNCIAMENTOS VEICULADOS NA AUDIÊNCIA PÚBLICA

Às fls. 871-876, 1.202 e 1.203, no uso das atribuições conferidas pelo art. 21, inciso XVII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, e nos termos do Despacho Convocatório de 15 de setembro de 2009, determinei a realização de Audiência Pública sobre políticas de ação afirmativa para o acesso ao ensino superior público, que se realizou nos dias 3, 4 e 5 de março de 2010.

No dia 3 de março, falaram os representantes das instituições estatais responsáveis pela regulação e organização das políticas nacionais de educação e de combate à discriminação étnica e racial, bem como do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, órgão responsável por mensurar os resultados dessas políticas públicas, além das partes relacionadas aos processos.

A Procuradoria Geral da República, representada pela Vice-Procuradora Geral da República, Débora Duprat, defendendo as ações afirmativas, sustentou, em suma, que a política de cotas raciais, diferentemente do discurso que cria castas, inclui os grupos que, historicamente, tiveram seus direitos ignorados.

Explicou que: *“o direito, rigorosamente, nunca foi alheio às diferenças. Pelo contrário, tratou delas cuidadosamente”*. Disse, ainda, que a Constituição de 1988, nos arts. 215 e 216, reconhece e protege, expressamente, o caráter plural da sociedade brasileira, recuperando o espaço ontológico da diferença. Para a Vice-Procuradora Geral, *“as cotas, antes de atentar contra o princípio da igualdade, elas realizam a igualdade material”*.

O representante do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Miguel Ângelo Cançado, registrou que a questão resume-se em saber se as ações afirmativas, como as estabelecidas pela Universidade de Brasília, estão ou não em sintonia com a Constituição Federal (LGL\1988\3), tendo em conta temas como o racismo e a exclusão social. Asseverou, no entanto, que a entidade que representa não adotou uma posição definitiva sobre o assunto.

Já o Advogado-Geral da União, Luís Inácio Lucena Adams, defendeu as políticas de cotas raciais,

Argumentou que elas *“revelam uma atuação estatal amplamente consentânea com a Constituição Federal (LGL\1988\3), pois foram elaboradas a partir da autonomia universitária”*. Acrescentou que os programas de inclusão estabelecidos não desbordaram das balizas da proporcionalidade.

Ademais, alvitrou o estabelecimento de medidas compensatórias para amenizar o quadro de discriminação no País, por meio de ações distributivas, sobretudo para integrar na sociedade as comunidades negras e indígenas.

Aduziu, ainda, que

“(...) o comando do art. 208, V, da Constituição Federal (LGL\1988\3) deve ser lido a partir do influxo dos valores de igualdade, de fraternidade e pluralismo, que, somados, impõem a desigualação dos candidatos a uma vaga no ensino superior de modo a compensar as injustiças históricas cometidas contra os negros, permitindo a concretização do primado da igualdade material”.

O Ministro de Estado Edson Santos de Souza, da Secretaria Especial de Políticas de Promoção de Igualdade Racial, por sua vez, salientou que a Constituição oferece os instrumentos para a atuação do Estado no campo da redução da discriminação racial e da promoção da igualdade no País. Ressaltou que, em 2002, o Brasil participou da Conferência contra o Racismo, realizada em Durban, na África do Sul, comprometendo-se com a criação de políticas e instrumentos de promoção da igualdade racial e combate ao racismo.

De sua parte, o Coordenador-Geral de Educação em Direitos Humanos da Secretaria Especial de Direitos Humanos – SEDH, Erasto Fortes de Mendonça, consignou ser justo que se pratiquem

“(...) ações afirmativas de instituição de cotas raciais para o ingresso no ensino superior, uma vez que as políticas universais de acesso não lograram êxito no sentido de incluir essa parcela da sociedade”.

Acrescentou que ser branco pobre e ser negro pobre são conceitos muito diferentes. Este último é discriminado duplamente, tanto por sua situação econômica, quanto pela sua condição racial. De acordo com ele, *“o racismo não pergunta a suas vítimas a quantidade de sua renda mensal”*.

Representando o Ministério da Educação e a Secretaria de Educação Superior, Maria Paula Dallari Bucci sustentou a ideia de que as ações afirmativas são procedimentos adotados para promover uma maior equidade no acesso à educação. Elas reduzem as diferenças de oportunidades e possibilitam que a composição multirracial da sociedade brasileira esteja representada em todos os níveis e esferas de poder e autoridade. Observou, também, que os estudantes cotistas têm desempenho igual ou até superior ao dos alunos que ingressaram pelo sistema universal.

Carlos Frederico de Souza Mares, representante da Fundação Nacional do Índio, defendeu a política de cotas raciais nas universidades brasileiras. Assegurou que seria não só inconstitucional e ilegal a extinção do sistema de cotas, como também militarista contra o próprio desenvolvimento da ciência e do conhecimento no País. Em seu entender, para que haja igualdade efetiva, é necessário que existam políticas públicas e leis que transformem em iguais os desiguais.

Por seu lado, o Diretor de Cooperação e Desenvolvimento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, Mário Lisboa Theodoro, afirmou que estudos realizados constataram que a desigualdade racial no Brasil é patente e que a política de cotas no ensino superior constitui o principal mecanismo para superar esse problema. O pesquisador apresentou dados estatísticos por meio dos quais procurou demonstrar: (i) a ocorrência de um racismo institucionalizado; (ii) a persistência da exclusão dos negros do mercado de trabalho e do ensino em geral; e (iii) a existência de uma desigualdade social de cunho racial.

O Partido Democratas – DEM, que ajuizou esta ADPF, representado pela advogada Roberta Fragoso Menezes Kaufmann, sustentou a inconstitucionalidade do sistema de cotas nas universidades públicas.

Disse que esta Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental apenas questiona as cotas para negros nas universidades, mas que, em nenhum momento, se insurge contra as políticas de inclusão dos indígenas. Alegou, mais, que, por meio desta ação, busca *“identificar o que, em cada sociedade, deva ser considerada minoria apta a proteção estatal”*.

Já a Universidade de Brasília, representada por José Jorge de Carvalho, esclareceu, inicialmente, as razões da adoção do sistema de cotas raciais para o ingresso na instituição, lembrando que ele foi adotado no ano de 2003, *“em resposta a uma constatação de que o espaço acadêmico da universidade era altamente segregado racialmente”*.

Sugeriu, ademais, que as universidades deveriam estudar formas de promover ações afirmativas não só para os cursos de graduação, mas também para o mestrado e o doutorado.

Caetano Cuervo Lo Pumo, advogado do recorrente no RE 597.285/RS, com repercussão geral reconhecida, destacou que seu cliente, Giovane Pasqualito Fialho, foi o 132º colocado no vestibular para o preenchimento de 160 vagas na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, observando que, se a UFRGS tivesse utilizado exclusivamente o critério de mérito, ele teria sido classificado.

Registrou, ainda, que a relativização do critério de mérito para o acesso ao ensino superior brasileiro pode trazer graves consequências ao País, em especial no âmbito internacional, já que este é signatário do Protocolo de São Salvador, o qual garante o acesso ao ensino superior com base no citado critério.

Representando a recorrida Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Denise Fagundes Jardim explicou que o sistema de cotas implantado naquela instituição resultou de um amplo debate realizado em 2004, quando se discutiu a reforma universitária. Anotou que tal sistema tem alcançado resultados positivos, porquanto trouxe para a academia a questão étnico-racial, possibilitando, ao longo do tempo, a inclusão de *“cidadãos diversos em diferentes campos de conhecimento”*. Asseverou, mais, que

“(...) a adoção de ações afirmativas, além de reverter os preconceitos raciais que causam impacto na estrutura social, constituem importante contribuição às políticas públicas de promoção à cidadania por sinalizarem direitos constitucionais da coletividade que foram relegados às margens da dignidade humana”.

No dia 4 de março, iniciou-se o contraditório entre os defensores da tese da constitucionalidade e da inconstitucionalidade das políticas de reserva de vagas para o acesso ao ensino superior, fazendo uso da palavra cinco representantes de cada lado.

A primeira expositora do segundo dia, Wanda Marisa Gomes Siqueira, que falou em nome dos estudantes alegadamente prejudicados pelo programa de ação afirmativa adotado na UFRGS, disse que é a favor da implantação de ações afirmativas, mas não da forma como o faz a referida instituição de ensino, já que ela não exige a comprovação de renda dos alunos egressos de escolas públicas e nem dos negros.

Afirmou, ainda, que nem todas as vagas destinadas aos autodeclarados negros foram preenchidas, o que acarretou sérios prejuízos aos alunos que se prepararam para o vestibular, e que alcançaram as notas exigidas, pois se viram impedidos de preencher os lugares sobejantes.

O especialista em genética humana Sérgio Danilo Pena, ao usar da tribuna, apresentou o resultado de suas pesquisas, mediante as quais pretendeu comprovar que o conceito de raça não é aplicável aos brasileiros, uma vez que, sob a perspectiva da ancestralidade e da genética, não existiria qualquer diferenciação entre eles. Segundo o pesquisador,

“(...) do ponto de vista científico, raças humanas não existem e (...) não é apropriado falar de raça, mas sim de características de pigmentação da pele. E a cor da pele não está geneticamente associada a nenhuma habilidade intelectual, física e emocional”.

Habilitada para falar contra às ações afirmativas, Yvonne Maggie não compareceu à Audiência Pública em decorrência de problemas de saúde. No entanto, enviou uma carta, lida por terceiros, na qual defendeu a inconstitucionalidade do sistema de cotas raciais, em particular por instituírem, no seu entender, uma espécie de *apartheid* social.

Segundo ela, setores do governo e certas organizações não governamentais, na busca de atalhos para a justiça social, querem impor ao Brasil políticas já experimentadas em outras partes do mundo, as quais trouxeram mais dor do que alívio. Acrescentou que leis raciais não têm o condão de combater as desigualdades, mas apenas estimulam a ideia de que as pessoas são desiguais e

possuem direitos distintos conforme a raça.

Também George de Cerqueira Leite Zarur, da Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais, criticou os programas de ações afirmativas baseados em cotas raciais, para acesso ao ensino superior. Ressaltou que as pessoas não podem ser diferenciadas pela aparência ou pela raça, não se mostrando válida, no caso, a regra de tratar-se desigualmente os desiguais, pois seres humanos, pretos ou brancos, não são desiguais.

Aduziu, mais, haver manipulação estatística quando se fala no número de negros no Brasil. Esse número teria sido multiplicado por 10, ao se dividir a população brasileira entre negros e brancos. Isso porque se incluiu naquele universo 5% autodeclarados negros, 45% de pardos e mestiços, que se transformaram, à força, em afrodescendentes, quando na verdade são afro, índio e eurodescendentes.

Eunice Ribeiro Durham, que também não pode comparecer à Audiência Pública, teve sua manifestação lida pela procuradora do DEM. De acordo com o texto que enviou, a adoção de cotas nas universidades apresenta vários aspectos negativos, a exemplo da avaliação e seleção de estudantes não por mérito, mas por questões que não influenciam o seu desempenho, como a cor da pele, tipo de cabelo, feições faciais e origem étnica.

Acrescentou, mais, que o vestibular é uma forma de neutralizar a manifestação de discriminações, visto que alunos de qualquer raça, renda, sexo são reprovados ou aprovados exclusivamente em função de seu desempenho. Nesse sentido, registrou que

“(...) isso significa que os descendentes de africanos não são barrados no acesso ao ensino superior por serem negros, mas por deficiência em sua formação escolar anterior”.

O representante da Associação de Procuradores do Estado – ANAPE, Ibsen Noronha ressaltou, em síntese, que, com a instituição do sistema de cotas nas universidades, há um real perigo de se cometer injustiças tendo-se em conta uma suposta dívida histórica, pois, desde o século XVI, há registro de negros libertos no Brasil que prosperaram economicamente.

Luiz Felipe de Alencastro, representante da Fundação Cultural Palmares, defendeu as ações afirmativas destinadas a reservar vagas nas universidades públicas. Lembrou que, a partir de 2010, os afrodescendentes, quais sejam, os autodeclarados negros e os pardos, passaram a formar a maioria da população no País.

De acordo ele, a redução das discriminações que ainda pesam sobre os negros contribuirá para consolidar a democracia brasileira. Além disso, recordou que a comunidade universitária e científica se beneficia com a presença dos estudantes cotistas.

Representando a CONECTAS, Oscar Vilhena posicionou-se favoravelmente às cotas raciais. Afirmou que os programas de ações afirmativas que incluem os critérios raça, pobreza e origem escolar, entre outros, não apenas são compatíveis com o princípio constitucional da igualdade, como também representam um meio eficaz para dar-lhe concreção. Nessa linha, aduziu que

“(...) as ações afirmativas ajustam aquelas condições que não foram dadas a determinados setores, para que todos possam concorrer em igualdade de condições. O acesso à educação universitária deve ser segundo a capacidade, mas o nosso vestibular não mede a capacidade, mede o investimento”.

Falando pelo Centro de Estudos Africanos da Universidade de São Paulo – USP, Kabengele Munanga também se colocou a favor dos programas de cotas raciais por serem políticas de integração de setores discriminados da sociedade, esclarecendo que

“(...) o que se busca pela política de cotas para negros e indígenas não é para terem direito às migalhas, mas sim para terem acesso ao topo em todos os setores de responsabilidade e de comando na vida nacional em que esses dois segmentos não são devidamente representados, como manda a verdadeira democracia”.

Leonardo Avritzer, da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, sublinhou a importância da diversidade dentro das instituições acadêmicas, defendendo a adoção do critério de raça para a sua

ampliação, embora não como único fator para justificar as ações afirmativas. Em sua opinião, essas políticas transcendem o âmbito da universidade, pois também contribuem para a diversificação do mercado de trabalho.

Em nome da Sociedade Afro-Brasileira de Desenvolvimento Sócio-Cultural – AFROBRAS, José Vicente lembrou que ações afirmativas e reserva de vagas vêm sendo adotadas há muito tempo no País, enfatizando que,

“(...) onde houver desigualdade, é obrigação e dever moral, ético e constitucional do Estado agir de modo próprio, ainda que de forma extraordinária e excepcional, para a equalização das oportunidades”.

Destacou, ainda, que o papel do sistema de cotas da Universidade de Brasília, além de promover e homenagear a justiça, *“tem a capacidade de calcinar a profunda fratura exposta que mantém separados e desiguais negros e brancos em nosso País”.*

No dia 5 de março, pela manhã, deu-se continuidade ao contraditório entre os defensores das teses da constitucionalidade e da inconstitucionalidade das políticas de reserva de vagas. Nessa oportunidade, aqueles que se colocaram ao lado da constitucionalidade iniciaram o debate, seguidos pelos que se posicionaram contra a medida.

Fábio Konder Comparato, representante da EDUCAFRO, assinalou que a Constituição de 1988 adotou o chamado Estado Social, que tem a obrigação de atuar positivamente no combate às desigualdades de qualquer natureza. Tal dever, segundo o mencionado professor, estaria estampado, em especial, no art. 3º, III e IV, do Texto Magno. O descumprimento desse comando representaria completa desconfiguração do perfil do Estado brasileiro desenhado pelos constituintes, cuja principal missão seria promover a justiça social.

Anotou, por fim, que ao Supremo Tribunal Federal competiria apenas decidir sobre a constitucionalidade ou não das políticas públicas submetidas a seu exame, não cabendo à Corte emitir qualquer juízo de valor acerca da eventual eficiência ou ineficiência delas.

Flávia Piovesan, por seu turno, manifestou-se pela constitucionalidade do sistema de cotas, sustentando que, ao lado do direito à igualdade, existe o direito à diferença, o qual não pode ser utilizado para aniquilar direitos, devendo, ao revés, servir para afirmá-los e promovê-los.

Acrescentou que a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Preconceito, ratificada pelo Brasil, proíbe qualquer tipo de discriminação, prevendo, em seu art. 1º, § 4º, a adoção de ações afirmativas. Preconizou, ainda, a busca da igualdade material a que se refere a Constituição vigente, em particular nos arts. 3º, 206, III, e 215, os quais reconhecem, expressamente, a importância das comunidades indígenas e afro-brasileiras na formação da cultura nacional.

Por derradeiro, assentou que o sistema de cotas raciais adotado nas universidades brasileiras está em plena harmonia com a ordem jurídica interna e internacional.

Denise Carreira, representante da organização não governamental Ação Educativa, posicionou-se a favor das políticas afirmativas. Sustentou que não se pode esperar mais 67 anos para que os indicadores educacionais de brancos e negros se igualem. Isso significaria o sacrifício de *“mais de três gerações, além de dezenas que ao longo da história brasileira foram penalizadas pelo racismo”.*

Assentou, ainda, que

“(...) a experiência das ações afirmativas não constitui modismo ou imposição de um modelo fechado como dos Estados Unidos, da Índia ou de qualquer outro país. Isso seria negar que o país já possui uma história de ações afirmativas desde a década de 1930”.

O representante da Coordenação Nacional de Entidades Negras – CONEN, Marcos Antônio Cardoso, disse acreditar que as ações afirmativas no Brasil, baseadas no sistema de cotas raciais, objetivam, basicamente, tornar explícito o racismo e os conflitos étnico-raciais entre nós, buscando romper com a aceitação tácita das desigualdades raciais. Ressaltou, mais, que as ações afirmativas e o sistema de cotas são medidas necessárias para promover o acesso da juventude negra e pobre ao ensino superior público. Concluiu, assentando que *“essas medidas têm um efeito muito mais*

agregador sobre a nacionalidade”.

No mesmo sentido, manifestou-se Sueli Carneiro, do Instituto da Mulher Negra de São Paulo – GELEDÉS, para quem as medidas compensatórias em favor dos negros não representam apenas uma etapa da luta contra a discriminação, mas o fim de uma era de desigualdade e exclusão social. Afirmou, mais, que *“o mito da democracia racial é fundamentado em uma sensação unilateral e branca de conforto nas relações inter-raciais”.*

Defendendo a tese da inconstitucionalidade do sistema acolhido nas universidades públicas, como meio de ingresso no ensino superior, o Juiz da 2ª Vara Federal de Florianópolis-SC, Carlos Alberto Dias, asseverou que a reserva de vagas não resolve a questão do racismo no Brasil. Segundo o magistrado,

“(...) a adoção de cotas transforma o judiciário em árbitro, segundo um critério absolutamente artificial, o fenótipo, para conceder direitos”.

Por sua vez, o representante da Comissão de Assuntos Antidiscriminatórios da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Estado de São Paulo – OAB/SP, José Roberto Ferreira Militão registrou que defende as ações afirmativas, mas acredita que o Estado não pode impor uma identidade racial. Questionou se seria correto criar *“um racialismo estatal”* com o escopo de beneficiar um pequeno percentual de pessoas.

José Carlos Miranda, representante do Movimento Negro Socialista, asseverou que o sistema de cotas deveria ser direcionado aos estudantes de baixa renda e sem considerar a raça, já que os excluídos das universidades são filhos de trabalhadores pobres, independentemente de sua cor. Afirmou, também, que a aplicação das cotas raciais só pode ser um atestado de incompetência do Estado brasileiro, que não logrou alcançar a universalização dos serviços públicos gratuitos de qualidade.

A última a defender a inconstitucionalidade das cotas raciais, Helderli Fideliz Castro, representante do Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro – MPMB, alegou que o sistema de cotas adotado pela Universidade de Brasília não configura ação afirmativa, pois tem por base

“(...) uma elaborada ideologia de supremacismo racial que visa à eliminação política e ideológica da identidade mestiça brasileira”.

De acordo com ela, o sistema não se destina a proteger pretos e pardos em si, mas apenas defende aqueles que se autodeclaram negros, excluindo os que se identificam como mestiços, mulatos, caboclos e, ainda, aqueles que, embora se autodeclarem negros, são de cor branca.

No período da tarde do dia 5 de maio foram apresentadas as experiências das universidades públicas relativas à aplicação das políticas de ação afirmativa destinadas a ampliar o acesso de estudantes ao ensino superior. Depois dessas exposições, a Associação dos Juizes Federais – AJUFE esclareceu como têm sido julgados os litígios decorrentes da aplicação dessas medidas, fazendo menção a decisões conflitantes acerca do assunto.

Alan Kardec Martins Barbiero, representante da Associação Nacional dos Diretores de Instituições Federais de Ensino Superior – ANDIFES, em seguida, afirmou que as universidades, com base no art. 207 da Constituição, possuem autonomia para adotar o sistema de cotas que julgarem mais apropriado para cada instituição, levando em conta a realidade de cada região. Asseverou, mais, que a sociedade brasileira ainda desconhece a sua realidade, caracterizada por elevados índices de desigualdade socioeconômica, em particular os fundados em razões étnico-raciais.

O Presidente da União Nacional dos Estudantes, Augusto Canizella Chagas, posicionou-se favoravelmente à adoção de políticas de ação afirmativa. Argumentou que a universidade brasileira é excludente, elitizada e branca, pois os jovens que têm acesso a ela são, em regra, aqueles que fizeram cursinhos pré-vestibulares ou estudaram em escolas particulares. Sustentou, ainda, que, para mudar esse cenário, são necessárias políticas afirmativas de inclusão e democratização no tocante ao acesso às instituições de ensino superior.

João Feres, representante do Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro – IUPERJ, ao defender o sistema de cotas, afirmou que o argumento segundo o qual, no Brasil, o preconceito é de classe, e não de raça, afigura-se falso. Os não brancos sofrem desvantagens crescentes ao

tentarem subir na escala social, em todas as fases do processo de transição de um *status* social para outro.

Representando a Universidade de Campinas, o Coordenador da Comissão de Vestibulares, Renato Hyuda de Luna Pedrosa, explicou que a UNICAMP direcionou a sua política antidiscriminatória para o processo seletivo dos estudantes de graduação, criando Programa de Ação Afirmativa e Inclusão Social – PAAIS, no qual levou em consideração o princípio da autonomia universitária, a busca da excelência acadêmica e a necessidade de promover a inclusão social de grupos desfavorecidos.

Explicou que o referido programa, aplicado pela primeira vez para a turma ingressante de 2005, adota os seguintes critérios:

“1) Bonificação de pontos: a) +30 pontos na nota final se candidato cursou todo o Ensino Médio na rede pública, b) +10 pontos na nota final se, além do acima, declarou-se preto, pardo ou indígena.

2) Isenção da taxa de inscrição do vestibular (R\$115,00): a) o candidato deve ter cursado toda a Educação Básica na rede pública (Ensinos Fundamental e Médio) e b) deve ter renda familiar mensal de no máximo 5 salários mínimos.

3) Ampliação do programa de apoio estudantil, para garantir a permanência dos candidatos de baixa renda, visando a atender os cerca de 250 novos alunos nessa condição que seriam admitidos pela Unicamp”.

Destacou, ainda, que, antes da adoção dessa política, o percentual de estudantes matriculados e oriundos de escola pública era de 29%, passando para 32%, depois da implementação do programa (2005-2009). Já o percentual de pretos, pardos e indígenas era de 11%, elevando-se para 15%. Ao final, observou que os alunos egressos de escola pública e os que se autodeclararam pretos, pardos ou indígenas tiveram bom desempenho ao longo do curso e não o abandonaram antes de concluí-lo.

Por seu turno, Eduardo Magrone, Pró-reitor de Graduação da Universidade Federal de Juiz de Fora, explicou que nela são reservadas 50% das vagas de cada curso de graduação para egressos das escolas públicas e 25% dessas vagas para candidatos autodeclarados negros.

A distribuição das vagas é feita da seguinte maneira: Grupo A – vagas do sistema de cotas para os candidatos que tenham cursado, pelo menos, sete séries do ensino fundamental ou médio em escolas públicas e se autodeclararem negros; Grupo B – vagas do sistema de cotas para os candidatos que tenham cursado, pelo menos, sete séries do ensino fundamental ou médio em escolas públicas; e Grupo C – vagas destinadas aos candidatos não optantes pelo sistema de cotas.

Registrou, ademais, que: (i) as vagas não preenchidas pelos candidatos do grupo A são reservadas aos do grupo B; (ii) as vagas não preenchidas pelos candidatos dos grupos A e B são destinadas aos do grupo C; e (iii) as vagas não preenchidas no grupo C são consideradas remanescentes.

Por fim, constatou, avaliando a política de ação afirmativa adotada na Universidade, que:

“a) candidatos cotistas têm resultados mais modestos do que os que ingressaram na universidade pelo sistema de cotas universal. Mas, sem a política de cotas, alunos que hoje estão estudando em cursos de alta demanda não estariam na universidade.

b) os alunos cotistas deveriam ser submetidos a um processo de nivelamento mínimo, em especial quanto aos conhecimentos básicos de ciências exatas, visto que todos os cursos com índice de rendimento acadêmico mediano inferior a 70 concentram-se nesta área.

c) a condição ‘escola pública’, tomada de forma geral, não se revela suficiente para favorecer o ingresso de alunos socialmente desfavorecidos;

d) o apoio estudantil ao aluno cotista deve ir além das garantias materiais para a sua permanência nos cursos, abrangendo também os aspectos pedagógicos, psicológicos e de socialização no meio universitário”.

Jânia Saldanha, representante da Universidade Federal de Santa Maria, anotou que o impacto da adoção de políticas afirmativas para lograr uma maior democratização do acesso à universidades públicas, tem sido positiva, sustentando que

“(...) falar em ações afirmativas é falar em luta por reconhecimento, que é a luta contra qualquer violação à dignidade e a honra”.

Disse, mais, que, do seu quadro de aproximadamente 1.200 docentes, menos de 1% são negros, e que o percentual, no conjunto de alunos, historicamente, foi muito diminuto, praticamente, igual a zero, sobretudo nos cursos considerados “nobres” como Medicina, Direito e Engenharia.

O Programa de Cotas da UFSM, segundo ela, consiste em reservar 10% a 15% das vagas para negros, de forma progressiva, 5% para pessoas com necessidades especiais, 20% para oriundos de escolas públicas e um número de 5 a 10 vagas, também progressivamente, para índios, pelo período de 10 anos. Além disso, para atingir a finalidade do sistema de cotas, foram instituídos pontos de corte específicos por categoria, que se divide em: A (cotas raciais); B (cotas de pessoas com necessidades especiais); C (cotas para alunos integralmente procedentes de escolas públicas); D (cotas para os índios); e E (vagas para os demais vestibulandos).

O Vice-Reitor da Universidade do Estado do Amazonas, Carlos Eduardo de Souza Gonçalves, por sua vez, afirmou que o sistema de cotas ajudou a ampliar o acesso ao ensino superior em todo o Estado. Lembrou que a Universidade foi criada em 2001, exatamente, com o objetivo de interiorizar o ensino superior.

A referida instituição estabeleceu um sistema de cotas para ingresso na universidade assim dividido: 20% das vagas para estudantes de qualquer Estado e 80% delas para candidatos que cursaram o ensino médio no Amazonas, sendo que, desses 80%, 40% são reservadas para egressos de qualquer escola e 60% para os que vêm de estabelecimentos públicos.

Por derradeiro, salientou que o sistema de cotas adotado na Universidade possibilitou a diplomação de 17 mil estudantes do interior do Amazonas, de um total de 22 mil graduados.

O representante da Universidade Federal de Santa Catarina, Marcelo Tragtenberg, defendeu a seguinte ideia:

“(...) as ações afirmativas de recorte sócio econômico são essenciais para garantir direitos universais, que políticas universalistas não garantem, e possibilitar a diversidade e a convivência de diferentes. Não adianta reservar vagas para escola pública, que isso, não necessariamente, não automaticamente, inclui o negro”.

O Programa de Ação Afirmativa da Universidade de Santa Catarina consiste em reservar 20% das vagas para estudantes oriundos do ensino fundamental e do ensino médio públicos, 10% para negros, prioritariamente do ensino fundamental e do ensino médio estatal, e vagas suplementares para indígenas.

Quanto ao percentual de reprovações, explicou que, tomando por base o primeiro semestre do ano de 2008, 18,8% correspondeu a alunos que ingressaram pelo sistema de classificação geral, 19,4% a egressos de escola pública e 27,7% a negros.

O índice de evasão escolar da Universidade, no entanto, considerados os dados do mesmo ano, é maior entre aqueles que ingressaram pelo sistema de classificação geral (9%, ou seja, 261 estudantes), seguido pelos egressos de escola pública (5,5%, isto é, 48 estudantes) e, por último, pelos autodeclarados negros (4,2%, a saber, apenas 14 estudantes).

Isso significa, segundo ele, que alunos que ingressaram na Universidade Federal de Santa Catarina pelo Programa de Ação Afirmativa possuem o menor índice de evasão, aduzindo que o percentual diminui ainda mais em relação aos alunos negros, mesmo que estes figurem entre os mais reprovados. Além disso, anotou que as vagas perdidas pelo sistema de classificação geral são aproximadamente iguais às reservadas para estudantes negros.

Finalmente, a Juíza Federal Fernanda Duarte, representante da AJUFE, assentou que a questão ainda foi pouco analisada pelos magistrados da União e que não há um consenso sobre o tema. Por esse motivo, a Associação não aprova, nem condena o sistema de cotas. Registrou, porém, que a tendência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região é a de referendar tal política, assim como ocorre no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao passo que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região vem entendendo que a matéria carece de disciplina legal. Já no Tribunal Regional Federal da

3ª Região não há registro de julgamentos sobre o tema. Por fim, observou que o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em um único caso julgado, assentou que a matéria está sujeita à reserva legal.

ALEGAÇÕES DOS ARGUIDOS ACERCA DO MÉRITO

Após a Audiência Pública, os arguidos aportaram sua manifestação acerca do mérito da presente ADFP. Nela, afirmaram que a Universidade de Brasília adotou o sistema de cotas porque hoje o meio acadêmico brasileiro constitui um espaço de formação de profissionais de maioria esmagadoramente branca (fl. 10 da petição).

Aduziram, ainda, que

“(...) a ausência, no serviço público, de negros e índios em profissões tais como médicos, juízes, procuradores, psicólogos, diplomatas, para citar exemplos, enfraquece a capacidade de o Estado lidar não apenas com a sua própria diversidade étnica interna, mas com a mundial diferença das populações.

A discriminação no Brasil e a necessidade de ações afirmativas para a população negra no âmbito da educação são reconhecidas inclusive pelo próprio Estado, como se vê no documento oficial brasileiro apresentado à Conferência das Nações Unidas contra o racismo” (fls. 11-12 da petição).

Acrescentaram, em seguida, que

“(...) compreender a igualdade de acesso ao ensino como simples igualdade formal de processos seletivos representa consagrar e perpetuar a desigualdade que desafia a Constituição e requer a adoção de políticas públicas compensatórias, em face da completa ‘irrazoabilidade’ da desigualdade que atinge negros no Brasil” (fls. 29-30 da petição).

Continuaram dizendo que, com base em estudos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, existe no País uma flagrante desigualdade de oportunidades entre os brancos e os negros (pretos e pardos). Ademais, notaram que a dificuldade de acesso dos negros à universidade não diminui com a expansão de vagas. Registraram, também, que, segundo dados IBGE, colhidos em pesquisa realizada no ano de 2000, somente 19,55% dos universitários eram negros (pretos e pardos), enquanto a população negra correspondia a 44,66% do total da população brasileira.

Quanto à alegada ofensa ao art. 208, V, da CF (LGL\1988\3), sustentaram que o vestibular é só mais um dos instrumentos que se emprega para medir o conhecimento, a capacidade e o mérito acadêmico dos candidatos a uma vaga no ensino superior, não existindo um método único para a apuração do saber de cada estudante. Afirmaram, ainda, que

“(...) desde o 2º Vestibular de 2004 já ingressaram na UnB 3.980 alunos cotistas, sendo o percentual de já formados muito semelhante aos alunos da graduação que ingressaram pelo sistema universal (7,1% dos cotistas frente a 7,9% dos que ingressaram pelo sistema universal). Da mesma forma, o rendimento dos alunos cotistas é semelhante aos dos alunos que ingressaram pelo sistema universal (Índice de Rendimento dos cotistas é de 3,6%, enquanto daqueles que ingressaram pelo sistema universal é de 3,7%, em escala que varia de 0 a 5)” (fls. 73-74 da petição).

No tocante à Comissão de Verificação da Condição de Negro, esclareceram que ela não é secreta, havendo inclusive entrevista pessoal com os candidatos. Por fim, ressaltaram o seguinte:

“O que acontece é a inexistência de comunicação prévia informando qual será a comissão, a fim de evitar que sofra pressões e constrangimento indevido, exatamente como é reiteradamente feito há décadas não apenas no próprio certame vestibular, mas também em numerosos concursos para cargos públicos federais conduzidos no país.

Obviamente, os critérios utilizados na seleção são o do Edital vinculante, como o do fenótipo, em que se observa se a pessoa é negra (preto ou pardo), pois como já suscitado na presente peça, é essa a característica que leva à discriminação ou ao preconceito contra eles” (fls. 75-76 da petição).

É o **RELATÓRIO**, do qual deverão ser extraídas cópias para os Ministros desta Suprema Corte.

VOTO

QUESTÕES PRELIMINARES

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR):

Inicialmente, assento o cabimento desta ação, uma vez que não há outro meio hábil de sanar a lesividade (art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999).

Saliento, nessa linha, que o entendimento desta Corte é o de que, para aferir-se a subsidiariedade, é preciso ter em conta a inexistência ou não de instrumentos processuais alternativos capazes de oferecer provimento judicial com eficácia ampla, irrestrita e imediata para solucionar o caso concreto sob exame, conforme deflui do julgamento da ADPF 33/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, assim ementada:

*“ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF. Medida Cautelar. 2. Ato regulamentar. Autarquia estadual. Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará – IDESP. Remuneração de pessoal. Vinculação do quadro de salários ao salário mínimo. 3. Norma não recepcionada pela Constituição de 1988. Afronta ao princípio federativo e ao direito social fundamental ao salário mínimo digno (arts. 7º, inciso IV, 1º e 18 da Constituição). 4. Medida liminar para impedir o comprometimento da ordem jurídica e das finanças do Estado. 5. Preceito Fundamental: parâmetro de controle a indicar os preceitos fundamentais passíveis de lesão que justifiquem o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Direitos e garantias individuais, cláusulas pétreas, princípios sensíveis: sua interpretação, vinculação com outros princípios e garantia de eternidade. Densidade normativa ou significado específico dos princípios fundamentais. 6. Direito pré-constitucional. Cláusulas de recepção da Constituição. Derrogação do direito pré-constitucional em virtude de colisão entre este e a Constituição superveniente. Direito comparado: desenvolvimento da jurisdição constitucional e tratamento diferenciado em cada sistema jurídico. A Lei nº 9.882, de 1999, e a extensão do controle direto de normas ao direito préconstitucional. 7. **Cláusula da subsidiariedade ou do exaurimento das instâncias. Inexistência de outro meio eficaz para sanar lesão a preceito fundamental de forma ampla, geral e imediata. Caráter objetivo do instituto a revelar como meio eficaz aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante. Compreensão do princípio no contexto da ordem constitucional global. Atenuação do significado literal do princípio da subsidiariedade quando o prosseguimento de ações nas vias ordinárias não se mostra apto para afastar a lesão a preceito fundamental.** 8. Plausibilidade da medida cautelar solicitada. 9. Cautelar confirmada”* (grifos meus).

Esse também foi o entendimento da Procuradoria-Geral da República, que transcrevo abaixo:

“ A presente ADPF é cabível, pois se trata de arguição de natureza autônoma, e, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, não haveria qualquer outro meio apto para sanar as supostas lesões a preceitos fundamentais apontados na inicial. Com efeito, diante da natureza infralegal dos atos normativos e administrativos impugnados, a ADIn não seria o instrumento idôneo para o enfrentamento da questão, ou tampouco qualquer das ações que compõe o sistema brasileiro de jurisdição constitucional abstrata. Assim, está satisfeito o pressuposto da subsidiariedade da arguição”.

Afasto, igualmente, o argumento de que haveria conexão entre esta ADPF e a ADI 3.197/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, por ostentarem ambos os feitos a mesma causa de pedir, qual seja, a inconstitucionalidade do sistema de cotas para negros nas universidades públicas.

É que, conforme remansosa jurisprudência desta Corte, as ações de índole abstrata, por definição, não tratam de fatos concretos, razão pela qual nelas não se deve, como regra, cogitar de conexão, dependência ou prevenção relativamente a outros processos ou julgadores.

Com efeito, ao decidir sobre hipótese semelhante, em 6/10/2004, envolvendo a ADI 3.259/PA, Rel. Min. Eros Grau, e a Rcl 2.687/PA, Rel. Min. Marco Aurélio, o Min. Nelson Jobim, então Presidente do STF, assim se pronunciou:

“ Ocorre que a ação direta de inconstitucionalidade é um processo objetivo, que visa declarar a inconstitucionalidade de lei ou de um ato normativo, abstratamente, prescindindo, portanto, da existência de um fato concreto. Não há que se falar aqui, em face da natureza desta ação, em dependência, prevenção, em relação a outros processos”.

Ademais, a questão relativa às ações afirmativas insere-se entre os temas clássicos do controle de constitucionalidade, aqui e alhures, sendo de toda a conveniência que a controvérsia exposta nesta ação seja definitivamente resolvida por esta Suprema Corte, de maneira a colocar fim a uma controvérsia que já se arrasta, sem solução definitiva, por várias décadas nas distintas instâncias jurisdicionais do País.

Feito esse breve introito de ordem instrumental, passo ao exame da questão de fundo discutida nesta ADPF.

ABRANGÊNCIA DO TEMA EM DISCUSSÃO

A questão fundamental a ser examinada por esta Suprema Corte é saber se os programas de ação afirmativa que estabelecem um sistema de reserva de vagas, com base em critério étnico-racial, para acesso ao ensino superior, estão ou não em consonância com a Constituição Federal (LGL\1988\3).

Para enfrentar a questão da constitucionalidade dos programas de ação afirmativa instituídos pela Universidade de Brasília e outros estabelecimentos de ensino superior no País, penso que cumpre ao Supremo Tribunal Federal discutir esse relevante tema do modo mais amplo possível, fazendo-o, em especial, à luz dos princípios e valores sobre quais repousa a nossa Carta Magna (LGL\1988\3).

O primeiro passo, para tanto, a meu sentir, consiste em revisitar o princípio da igualdade agasalhado na Lei Maior, examinando-o em seu duplo aspecto, ou seja, no sentido formal e material.

IGUALDADE FORMAL VERSUS MATERIAL

De acordo com o artigo 5º, *caput*, da Constituição, “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”. Com essa expressão o legislador constituinte originário acolheu a ideia – que vem da tradição liberal, especialmente da Declaração do Homem e do Cidadão francesa de 1789 – de que ao Estado não é dado fazer qualquer distinção entre aqueles que se encontram sob seu abrigo.

É escusado dizer que o constituinte de 1988 – dada toda a evolução política, doutrinária e jurisprudencial pela qual passou esse conceito – não se restringiu apenas a proclamar solenemente, em palavras grandiloquentes, a igualdade de todos diante da lei.

À toda evidência, não se ateu ele, simplesmente, a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, levando em consideração – é claro – a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais, além de atentar, de modo especial, para a desequilíbrio ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais.

Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

Nesse sentido, assenta Daniela Ikawa:

“ O princípio formal de igualdade, aplicado com exclusividade, acarreta injustiças (...) ao desconsiderar diferenças em identidade.

(...)

Apenas o princípio da igualdade material, prescrito como critério distributivo, percebe tanto aquela igualdade inicial, quanto essa diferença em identidade e contexto. Para respeitar a igualdade inicial em dignidade e a diferença, não basta, portanto, um princípio de igualdade formal.

(...)

O princípio da universalidade formal deve ser oposto, primeiro, a uma preocupação com os

resultados, algo que as políticas universalistas materiais abarcam. Segundo deve ser oposto a uma preocupação com os resultados obtidos hoje, enquanto não há recursos suficientes ou vontade política para a implementação de mudanças estruturais que requerem a consideração do contexto, e enquanto há indivíduos que não mais podem ser alcançados por políticas universalistas de base, mas que sofreram os efeitos, no que toca à educação, da insuficiência dessas políticas. São necessárias, por conseguinte, também políticas afirmativas.

(...)

As políticas universalistas materiais e as políticas afirmativas têm (...) o mesmo fundamento: o princípio constitucional da igualdade material. São, contudo, distintas no seguinte sentido. Embora ambas levem em consideração os resultados, as políticas universalistas materiais, diferentemente das ações afirmativas, não tomam em conta a posição relativa dos grupos sociais entre si”.

A adoção de tais políticas, que levam à superação de uma perspectiva meramente formal do princípio da isonomia, integra o próprio cerne do conceito de democracia, regime no qual, para usar as palavras de Boaventura de Sousa Santos,

“(...) temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”.

Aliás, Dalmo de Abreu Dallari, nessa mesma linha, adverte que a ideia de democracia, nos dias atuais, exige a superação de uma concepção mecânica, estratificada, da igualdade, a qual, no passado, era definida apenas como um **direito**, sem que se cogitasse, contudo, de convertê-lo em uma **possibilidade**, esclarecendo o quanto segue:

“O que não se admite é a desigualdade no ponto de partida, que assegura tudo a alguns, desde a melhor condição econômica até o melhor preparo intelectual, negando tudo a outros, mantendo os primeiros em situação de privilégio, mesmo que sejam socialmente inúteis ou negativos”.

JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

É bem de ver, contudo, que esse desiderato, qual seja, a transformação do direito à isonomia em igualdade de possibilidades, sobretudo no tocante a uma participação equitativa nos bens sociais, apenas é alcançado, segundo John Rawls, por meio da aplicação da denominada “*justiça distributiva*”.

Só ela permite superar as desigualdades que ocorrem na realidade fática, mediante uma intervenção estatal determinada e consistente para corrigi-las, realocando-se os bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício da coletividade como um todo. Nesse sentido, ensina que

“As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos”.

O modelo constitucional brasileiro não se mostrou alheio ao princípio da justiça distributiva ou compensatória, porquanto, como lembrou a PGR em seu parecer, incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.

Como sabem os estudiosos do direito constitucional, o nosso Texto Magno foi muito além do plano retórico no concernente aos direitos e garantias fundamentais, estabelecendo diversos instrumentos jurídicos para conferir-lhes plena efetividade.

Esse novo modo de encarar os direitos básicos da pessoa humana – isto é, para além do plano do mero discurso –, como é evidente, não avança sem resistências, pois, como adverte Michel Rosenfeld,

“(...) a adoção de um novo princípio de justiça distributiva possivelmente criará conflitos entre reivindicações baseadas nos velhos e nos novos princípios”.

No que interessa ao presente debate, a aplicação do princípio da igualdade, sob a ótica justiça distributiva, considera a posição relativa dos grupos sociais entre si. Mas, convém registrar, ao levar em conta a inelutável realidade da estratificação social, não se restringe a focar a categoria dos brancos, negros e pardos. Ela consiste em uma técnica de distribuição de justiça, que, em última análise, objetiva promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados, especialmente daqueles que, historicamente, foram compelidos a viver na periferia da sociedade.

POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA

Passo, a seguir, ao exame do conceito de ação afirmativa, recorrentemente empregado nesta ADPF, em torno da qual gira grande parte da discussão nela travada.

Sob uma ótica acadêmica e de modo conciso, Myrl Duncan explica que uma ação afirmativa configura

“(...) um programa público ou privado que considera aquelas características as quais vêm sendo usadas para negar [aos excluídos] tratamento igual”.

Outra definição – um pouco mais elaborada – é a que consta do art. 2º, II, da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil em 1968, segundo o qual ações afirmativas são

“(...) medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais”.

É necessário ressaltar, porém, que o mencionado dispositivo contém uma ressalva importante acerca da transitoriedade desse tipo de política, assim explicitada:

“Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos em razão dos quais foram tomadas”.

Dentre as diversas modalidades de ações afirmativas, de caráter transitório, empregadas nos distintos países destacam-se: (i) a consideração do critério de raça, gênero ou outro aspecto que caracteriza certo grupo minoritário para promover a sua integração social; (ii) o afastamento de requisitos de antiguidade para a permanência ou promoção de membros de categorias socialmente dominantes em determinados ambientes profissionais; (iii) a definição de distritos eleitorais para o fortalecimento minorias; e (iv) o estabelecimento de cotas ou a reserva de vagas para integrantes de setores marginalizados.

Interessantemente, ao contrário do que se costuma pensar, as políticas de ações afirmativas não são uma criação norte-americana. Elas, em verdade, têm origem na Índia, país marcado, há séculos, por uma profunda diversidade cultural e étnico-racial, como também por uma conspícua desigualdade entre as pessoas, decorrente de uma rígida estratificação social.

Com o intuito de reverter esse quadro, politicamente constrangedor e responsável pela eclosão de tensões sociais desagregadoras – e que se notabilizou pela existência de uma casta “*párias*” ou “*intocáveis*” –, proeminentes lideranças políticas indianas do século passado, entre as quais o patrono da independência do país, Mahatma Gandhi, lograram aprovar, em 1935, o conhecido *Government of India Act*.

A motivação que levou à edição desse diploma legal, cuja espinha dorsal consiste no combate à exclusão social, é assim explicada por Partha Gosh:

“A necessidade de discriminar positivamente em favor dos socialmente desprivilegiados foi sentida pela primeira vez durante o movimento nacionalista. Foi Mahatma Gandhi (...) o primeiro líder a se dar conta da importância do tema e a chamar a atenção das castas mais altas para esse antiquado sistema social que relega comunidades inteiras à degradante posição de ‘intocáveis’.

(...)

A Constituição de Independência da Índia, que de modo geral seguiu o modelo do ‘Government of India Act’, de 1935, dispôs sobre discriminações positivas em favor das Scheduled Castes e das Scheduled Tribes (Scs & STs) que constituíam cerca de 23% da população estratificada da Índia. Além disso, reservou, a eles, vagas no Parlamento, foram dadas vantagens em termos de admissão nas escolas, faculdades e empregos no setor público, vários benefícios para atingir seu total desenvolvimento e assim por diante. A Constituição, em verdade, garantiu o direito fundamental à igualdade entre todos os cidadãos perante a lei, mas categoricamente também estabeleceu que nada na Constituição ‘impediria o Estado de adotar qualquer disposição especial para promover o avanço social e educativo de qualquer classe desfavorecida, das Scheduled Castes ou das Scheduled Tribes’.

Algumas dessas disposições constitucionais que objetivam as discriminações positivas são:

Artigo 17: Abolição da ‘intocabilidade’ e fazer desse tipo de discriminação uma prática punível por lei.

Artigo 46: Promoção da educação e do interesse econômico.

Artigos 16 e 335: Tratamento preferencial na questão do emprego no setor público.

Artigos 330 e 332: Reserva de vagas no ‘Lok Sabha’ (Parlamento da Índia) e nas Assembleias Estaduais”.

Lembro, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, admitiu a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. Entre os vários precedentes, menciono a MC-ADI 1.276-SP, Rel. Min. Octávio Gallotti, a ADI 1.276/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, o RMS 26.071, Rel. Min. Ayres Britto e a ADI 1.946/DF, Rel. Min. Sydney Sanches e a MC-ADI 1.946/DF, Rel. Min. Sydney Sanches.

Por seu caráter ilustrativo, reproduzo, aqui, trecho do voto proferido pelo Min. Nelson Jobim, na ADI 1.946-MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches:

“Levantamentos feitos, principalmente por um grande economista americano, Prêmio Nobel, Paul Samuelson, em seu famoso livro, ‘Macro Economia’, são incisivos.

Verificou-se, no levantamento feito pelo MIT, que, no mercado de trabalho, em relação às mulheres, havia uma discriminação.

Observou-se que as fontes de discriminação, consistentes na diferença, para maior, dos rendimentos dos homens em relação às mulheres, havia uma discriminação.

Observou-se que as fontes de discriminação, consistentes na diferença, para maior, dos rendimentos dos homens em relação às mulheres têm razões complexas: hábitos sociais; expectativas; fatores econômicos; educação; formação e experiência profissional.

Mas registrou-se outro fato: as mulheres tendem a interromper suas carreiras para terem filhos, o que provoca essa situação específica.

Em face disso, são discriminadas. Ou, não se emprega mulher, para se empregar homens. Ou, ao empregar a mulher, paga-se um salário aquém do salário médio para o homem. A diferença financeira os ônus decorrentes do gozo do benefício.

Ora, isso tem como consequência uma baixa equalização, entre homens e mulheres, no mercado de trabalho.

Nos Estados Unidos da América, com o governo Johnson, iniciou-se um processo curioso de discriminação positiva que recebeu a denominação de ‘ricos ônus johnsonianos’.

Começou com o problema racial do negro americano e estabeleceram-se cotas.

Eram as ‘affirmative actions’.

Para a questão feminina havia leis de referência: o ‘Civil Rights Act’ (1964) e o ‘Equal Pay Act’ (1963).

Todo um conjunto de regras ajudou a dismantelar, nos Estados Unidos, as práticas discricionárias mais evidentes.

No nosso sistema, temos algumas regras fundamentais que devem ser explicitadas.

Não vou entrar na questão relativa ao tratado internacional.

A CF (LGL\1988\3) dispõe:

‘Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;’ Leio o inciso IV:

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação.’

(...)

O Tribunal tem que examinar as consequências da legislação para constatar se estão, ou não, produzindo resultados contrários à Constituição.

A discriminação positiva introduz tratamento desigual para produzir, no futuro e em concreto, a igualdade.

É constitucionalmente legítima, porque se constitui em instrumento para obter a igualdade real’.

Examinado o conceito de ação afirmativa e depois de revisitados os precedentes da Corte sobre o tema, passo, a seguir, ao exame das demais questões suscitadas nestes autos.

CRITÉRIOS PARA INGRESSO NO ENSINO SUPERIOR

A Constituição Federal (LGL\1988\3) preceitua, em seu art. 206, I, III e IV, que o acesso ao ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: “*igualdade de condições para acesso e permanência na escola*”; “*pluralismo de ideias*”; e “*gestão democrática do ensino público*”.

Registro, por outro lado, que a Carta Magna (LGL\1988\3), em seu art. 208, V, consigna que o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística será efetivado “*segundo a capacidade de cada um*”.

Vê-se, pois, que a Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que estabelece a igualdade de acesso, o pluralismo de ideias e a gestão democrática como princípios norteadores do ensino, também acolhe a meritocracia como parâmetro para a promoção aos seus níveis mais elevados.

Tais dispositivos, bem interpretados, mostram que o constituinte buscou temperar o rigor da aferição do mérito dos candidatos que pretendem acesso à universidade com o princípio da igualdade material que permeia todo o Texto Magno.

Afigura-se evidente, de resto, que o mérito dos concorrentes que se encontram em situação de desvantagem com relação a outros, em virtude de suas condições sociais, não pode ser aferido segundo uma ótica puramente linear, tendo em conta a necessidade de observar-se o citado princípio.

Com efeito, considerada a diversidade dos atores e interesses envolvidos, o debate sobre os critérios de admissão não se resume a uma única ótica, devendo ser travado sob diversas perspectivas, eis que são distintos os objetivos das políticas antidiscriminatórias.

Essa é, por exemplo, a visão de Katherine Smits, segundo a qual

“Os argumentos a favor da ação afirmativa podem ser divididos em argumentos deontológicos, ação afirmativa é equitativa e justa como um remédio para um passado injusto. Seus defensores argumentam que preferências de grupos não equivalem à discriminação de grupos, e isso deve ser

levado em consideração no vasto contexto em que as preferências raciais e de gênero são aplicadas. Ademais, as preferências de grupos não comprometem a equidade, pois os indivíduos não têm direitos automáticos a quaisquer benefícios em decorrência de seus talentos naturais e habilidades. É tarefa da sociedade distribuir benefícios de acordo com critérios razoáveis e publicamente justificados conforme objetivos sociais mais amplos. De acordo com os consequencialistas ou utilitaristas, a ação afirmativa enseja um número considerável de resultados positivos – a qual ou fortalece a justiça dessa política ou supera quaisquer injustiças que possa envolver”.

Na presente ação, o que se questiona, basicamente, é a metodologia de reserva de vagas, empregada para superar a desigualdade étnico-racial ou social dos candidatos à universidade pública, em especial os fundamentos sobre os quais ela se assenta.

Ora, as políticas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnicoraciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros.

Elas devem, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro, desconsiderando-se os interesses contingentes e efêmeros que envolvem o debate.

Não raro a discussão que aqui se trava é reduzida à defesa de critérios objetivos de seleção – pretensamente isonômicos e imparciais –, desprezando-se completamente as distorções que eles podem acarretar quando aplicados sem os necessários temperamentos.

De fato, critérios ditos objetivos de seleção, empregados de forma linear em sociedades tradicionalmente marcadas por desigualdades interpessoais profundas, como é a nossa, acabam por consolidar ou, até mesmo, acirrar as distorções existentes.

Os principais espaços de poder político e social mantêm-se, então, inacessíveis aos grupos marginalizados, ensejando a reprodução e perpetuação de uma mesma elite dirigente. Essa situação afigura-se ainda mais grave quando tal concentração de privilégios afeta a distribuição de recursos públicos.

Como é evidente, toda a seleção, em qualquer que seja a atividade humana, baseia-se em algum tipo de discriminação. A legitimidade dos critérios empregados, todavia, guarda estreita correspondência com os objetivos sociais que se busca atingir com eles.

No campo acadêmico, segundo Ronald Dworkin,

“(...) qualquer critério adotado colocará alguns candidatos em desvantagem diante dos outros, mas uma política de admissão pode, não obstante isso, justificar-se, caso pareça razoável esperar que o ganho geral da comunidade ultrapasse a perda global e caso não exista uma outra política que, não contendo uma desvantagem comparável, produza, ainda que aproximadamente, o mesmo ganho”.

O critério de acesso às universidades públicas, entre nós, deve levar em conta, antes de tudo, os objetivos gerais buscados pelo Estado Democrático de Direito, consistentes, segundo o Preâmbulo da Constituição de 1988, em

“(...) 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 (...)”.

Deve, ademais, no particular, levar em conta os postulados constitucionais que norteiam o ensino público. Nos termos do art. 205 da Carta Magna (LGL\1988\3), a educação será “*promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*”. Já o art. 207 garante às universidades, entre outras prerrogativas funcionais, a autonomia didático-científica e administrativa, fazendo-as repousar, ainda, sobre o tripé ensino, pesquisa e extensão.

Com esses dispositivos pretendeu o legislador constituinte assentar que o escopo das instituições de ensino vai muito além da mera transmissão e produção do conhecimento em benefício de alguns

poucos que logram transpor os seus umbrais, por partirem de pontos de largada social ou economicamente privilegiados.

De fato, como assenta Oscar Vilhena Vieira,

“(...) os resultados do vestibular, ainda que involuntários, são discriminatórios, na medida em que favorecem enormemente o ingresso de alunos brancos, oriundos de escolas privadas, em detrimento de alunos negros, provenientes das escolas públicas.

Esta exclusão – especialmente no que diz respeito aos cursos mais competitivos – faz com que a Universidade se torne de fato um ambiente segregado. Isto gera três problemas distintos:

Em primeiro lugar, viola o direito dos membros dos grupos menos favorecidos de se beneficiar do ‘bem público educação’ em igualdade de condições com aqueles que tiveram melhor fortuna durante seus anos de formação.

Esta Universidade predominantemente branca, em segundo lugar, falha na sua missão de constituir um ambiente passível de favorecer a cidadania, a dignidade humana, a construção de uma sociedade livre, justa (...).

Uma Universidade que não integra todos os grupos sociais dificilmente produzirá conhecimento que atenda aos excluídos, reforçando apenas a hierarquias e desigualdades que tem marcado nossa sociedade desde o início de nossa história.

Por fim, a terceira consequência está associada ao resultado deste investimento público, chamado sistema universitário, em termos de erradicação da pobreza e da marginalização. (...) pelos dados do MEC, o número de negros que conquistam o diploma universitário limita-se a 2%. Isto significa que os postos de comando, seja no setor público, seja no setor privado, (...), ficarão necessariamente nas mãos dos não negros, confirmando mais uma vez nossa estrutura racial estratificada”.

Diante disso, parece-me ser essencial calibrar os critérios de seleção à universidade para que se possa dar concreção aos objetivos maiores colimados na Constituição. Nesse sentido, as aptidões dos candidatos devem ser aferidas de maneira a conjugar-se seu conhecimento técnico e sua criatividade intelectual ou artística com a capacidade potencial que ostentam para intervir nos problemas sociais.

Essa metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição.

Ademais, essa metodologia parte da premissa de que o princípio da igualdade não pode ser aplicado abstratamente, pois procede a escolhas voltadas à concretização da justiça social. Em outras palavras, cuida-se, em especial no âmbito das universidades estatais, de utilizar critérios de seleção que considerem uma distribuição mais equitativa dos recursos públicos.

Admitida a licitude dessa calibragem entre os diversos critérios seletivos, passo agora ao exame da constitucionalidade do uso do critério étnico-racial como elemento de discrimen.

ADOÇÃO DO CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL

Outra importante questão a ser enfrentada neste debate consiste em saber se a inexistência, cientificamente comprovada, do conceito biológico ou genético de raça no concernente à espécie humana impede a utilização do critério étnico-racial para os fins de qualquer espécie seleção de pessoas.

Relembro que o Supremo Tribunal Federal enfrentou essa questão no HC 82.424-QO/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, conhecido como “Caso Ellwanger”.

Em setembro de 2003, o Plenário desta Suprema Corte confirmou, por maioria de votos, a condenação de Siegfried Ellwanger, autor de livros de conteúdo anti-semita, pelo crime de racismo.

Nesse precedente, o STF debateu o significado jurídico do termo “racismo” abrigado no art. 5º, XLII, da Constituição.

De acordo com o Relator do feito, Min. Maurício Corrêa:

“Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre da mera concepção histórica, política e social e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito”.

Essa também foi a conclusão do Min. Gilmar Mendes, que assim se pronunciou:

“Parece ser pacífico hoje o entendimento segundo o qual a concepção a respeito da existência de raças assentava-se em reflexões pseudo-científicas (...). É certo, por outro lado, que, historicamente, o racismo prescindiu até mesmo daquele conceito pseudo-científico para estabelecer suas bases, desenvolvendo uma ideologia lastreada em critérios outros”.

Tal ideia foi desenvolvida, em sede acadêmica, por António Manuel Hespanha, da seguinte maneira:

*“(...) a questão étnica apresenta analogias muito fortes com a questão de gênero. Em ambos os casos, o argumento relativamente ao direito (ocidental) é o mesmo. Ele está pensado por brancos (...), fundado na sua cultura (na sua visão do mundo, na sua racionalidade, na sua sensibilidade, nos seus ritmos de trabalho, nos seus mapas do espaço, nos seus conceitos de ordem, de belo, de apropriado, etc.) e prosseguindo, portanto, os seus interesses. Conceitos jurídicos formados na tradição cultural e jurídica ocidental (...) foram exportados como se fossem categorias universais e aplicadas a povos a que eles eram completamente estranhos, desagregando as suas instituições e modos de vida e aplicando-lhes os modelos de convívio jurídico e político do ocidente. Isto não teria a ver apenas com as diferenças culturais originais, mas também com a conformação da mentalidade ocidental e nativa por séculos de experiência colonial europeia. Esta teria começado por **‘construir’ os conceitos de raça (como a história prova que aconteceu) e, depois, teria habituado a cultura ocidental a relações desiguais com as outras culturas, consideradas como culturas inferiores, sujeitas à tutela educadora dos europeus**” (grifos meus).*

Cumprido afastar, para os fins dessa discussão, o conceito biológico de raça para enfrentar a discriminação social baseada nesse critério, porquanto se trata de um conceito histórico-cultural, artificialmente construído, para justificar a discriminação ou, até mesmo, a dominação exercida por alguns indivíduos sobre certos grupos sociais, maliciosamente reputados inferiores.

Ora, tal como os constituintes de 1988 qualificaram de inafiançável o crime de racismo, com o escopo de impedir a **discriminação negativa** de determinados grupos de pessoas, partindo do conceito de raça, não como fato biológico, mas enquanto categoria histórico-social, assim também é possível empregar essa mesma lógica para autorizar a utilização, pelo Estado, da **discriminação positiva** com vistas a estimular a inclusão social de grupos tradicionalmente excluídos.

É o que afirma a já citada Daniela Ikawa:

*“O uso do termo raça é justificável nas políticas afirmativas (...) por ser o mesmo instrumento de categorização utilizado para a construção de hierarquias morais convencionais não condizentes com o conceito de ser humano dotado de valor intrínseco ou com o princípio de igualdade de respeito (...). **Se a raça foi utilizada para construir hierarquias, deverá também ser utilizada para desconstruí-las.** Trata-se de um processo de três diferentes fases: i. a construção histórica de hierarquias convencionais que inferiorizaram o indivíduo quanto ao status econômico e de reconhecimento pela mera pertença a determinada raça (...); ii. a reestruturação dessas hierarquias com base em políticas afirmativas que considerem a raça, voltando-se agora à consolidação do princípio de dignidade; iii. A descaracterização do critério raça como critério de inferiorização e o estabelecimento de políticas universalistas materiais apenas” (grifos meus).*

CONSCIÊNCIA ÉTNICO-RACIAL COMO FATOR DE EXCLUSÃO

Outro aspecto da questão consiste em que os programas de ação afirmativa tomam como ponto de partida a consciência de raça existente nas sociedades com o escopo final de eliminá-la. Em outras palavras, a finalidade última desses programas é colocar um fim àquilo que foi seu termo inicial, ou

seja, o sentimento subjetivo de pertencer a determinada raça ou de sofrer discriminação por integrá-la.

Para as sociedades contemporâneas que passaram pela experiência da escravidão, repressão e preconceito, ensejadora de uma percepção depreciativa de raça com relação aos grupos tradicionalmente subjugados, a garantia jurídica de uma igualdade meramente formal sublima as diferenças entre as pessoas, contribuindo para perpetuar as desigualdades de fato existentes entre elas.

Como é de conhecimento geral, o reduzido número de negros e pardos que exercem cargos ou funções de relevo em nossa sociedade, seja na esfera pública, seja na privada, resulta da discriminação histórica que as sucessivas gerações de pessoas pertencentes a esses grupos têm sofrido, ainda que na maior parte das vezes de forma camuflada ou implícita.

Os programas de ação afirmativa em sociedades em que isso ocorre, entre as quais a nossa, são uma forma de compensar essa discriminação, culturalmente arraigada, não raro, praticada de forma inconsciente e à sombra de um Estado complacente.

A necessidade de superar essa atitude de abstenção estatal foi enfatizada pelo Min. Marco Aurélio, em sede doutrinária, da forma abaixo:

“Pode-se afirmar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proíbe a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos ‘construir’, ‘garantir’, ‘erradicar’ e ‘promover’ implicam, em si, mudança de ótica, ao denotar ‘ação’. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar – e encontrar, na Carta como página virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa. E é necessário que essa seja a posição adotada pelos nossos legisladores. (...). É preciso buscar-se a ação afirmativa. A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso; é necessário fomentar-se o acesso à educação (...). Deve-se reafirmar: toda e qualquer lei que tenha por objetivo a concretude da Constituição Federal (LGL\1988\3) não pode ser acusada de inconstitucionalidade.

(...)

A prática comprova que, diante de currículos idênticos, prefere-se a arregimentação do branco e que, sendo discutida uma relação locatícia, dá-se preferência – em que pese a igualdade de situações, a não ser pela cor – aos brancos. Revelam-nos também, no cotidiano, as visitas aos shoppings centers que, nas lojas de produtos sofisticados, raros são os negros que se colocam como vendedores, o que se dirá como gerentes. Em restaurantes, serviços que impliquem contato direto com o cliente geralmente não são feitos por negros”.

Thomas Skidmore, a propósito, baseado em estudo histórico sobre o tema, lembra o seguinte:

“(...) tornava-se evidente que quanto mais escura fosse a pele de um brasileiro, mais probabilidades ele teria de estar no limite inferior da escala socioeconômica, e isso de acordo com todos os indicadores – renda, ocupação, educação. Os jornalistas não tardaram em aderir, dando provas circunstanciais de um modelo de discriminação sutil mas indistigável nas relações sociais. Já não era possível afirmar que o Brasil escapara da discriminação racial, embora ela nunca tenha sido oficializada, desde o período colonial. O peso cada vez maior das evidências demonstrava justamente o contrário, mesmo sendo um tipo de discriminação muito mais complexo do que o existente na sociedade birracial americana.

As novas conclusões levaram alguns cientistas sociais a atacar a ‘mitologia’ que predominava na elite brasileira a respeito das relações raciais em sua sociedade. Florestan Fernandes acusava seus compatriotas de ‘ter o preconceito de não ter preconceito’ e de se aferrar ao ‘mito da democracia racial’. Ao acreditar que a cor da pele nunca fora barreira para a ascensão social e econômica dos não brancos pudesse ser atribuída a qualquer outra coisa além do relativo subdesenvolvimento da sociedade ou da falta de iniciativa individual”

Essas assertivas teóricas são constatadas empiricamente pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, nos seguintes termos:

“Os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD mostram um crescimento da

proporção da população que se declara preta ou parda nos últimos dez anos: respectivamente, 5,4% e 40,0% em 1999; e 6,9% e 44,2% em 2009 (Gráfico 8.2 e Tabela 8.1). Provavelmente, um dos fatores para esse crescimento é uma recuperação da identidade racial, já comentada por diversos estudiosos do tema.

(...)

No entanto, independentemente desse possível resgate da identidade racial por parte da população de cor preta, parda ou de indígenas, a situação de desigualdade que sofrem os grupos historicamente desfavorecidos subsiste. Uma série de indicadores revelam essas diferenças, dentre os quais: analfabetismo; analfabetismo funcional; acesso à educação; aspectos relacionados aos rendimentos; posição na ocupação; e arranjos familiares com maior risco de vulnerabilidade. Por se tratar de uma pesquisa por amostragem, como já destacado, na PNAD, as categorias com menor representação não são incluídas nas tabelas desagregadas por Unidade da Federação.

(...)

Quando se observam as taxas de analfabetismo, de analfabetismo funcional e de frequência escolar, verifica-se uma persistente diferença entre os níveis apresentados pela população branca, por um lado, e as populações preta ou parda, por outro.

A taxa de analfabetismo diminuiu na última década, passando de 13,3%, em 1999, para 9,7%, em 2009, para o total da população, o que representa ainda um contingente de 14,1 milhões de analfabetos. Apesar de avanços, tanto a população de cor preta quanto a de cor parda ainda têm o dobro da incidência de analfabetismo observado na população branca: 13,3% dos pretos e 13,4% dos pardos, contra 5,9% dos brancos, são analfabetos.

Outro indicador importante é o analfabetismo funcional, que engloba as pessoas de 15 anos ou mais de idade com menos de quatro anos completos de estudo, ou seja, que não concluíram a 4ª série do ensino fundamental. Essa taxa diminuiu mais fortemente nos últimos dez anos, passando de 29,4%, em 1999, para 20,3%, em 2009, o que representa ainda 29,5 milhões de pessoas. O analfabetismo funcional concerne mais fortemente aos pretos (25,4%) e aos pardos (25,7%) do que aos brancos (15,0%). São 2,7 milhões de pretos e 15,9 milhões de pardos que frequentaram escola, mas têm, de forma geral, dificuldade de exercer a plena cidadania através da compreensão de textos, indo além de uma rudimentar decodificação.

A média de anos de estudo é uma outra maneira de se avaliar o acesso à educação e as consequentes oportunidades de mobilidade social. A população branca de 15 anos ou mais de idade tem, em média, 8,4 anos de estudo em 2009, enquanto pretos e pardos têm, igualmente, 6,7 anos. Em 2009, os patamares são superiores aos de 1999 para todos os grupos, mas o nível atingido tanto pela população de cor preta quanto pela de cor parda, com relação aos anos de estudo, é atualmente inferior àquele alcançado pelos brancos em 1999, que era, em média, 7,0 anos de estudos.

A proporção de estudantes de 18 a 24 anos de idade que cursam o ensino superior também mostra uma situação em 2009 inferior para os pretos e para os pardos em relação à situação de brancos em 1999. Enquanto cerca de 2/3, ou 62,6%, dos estudantes brancos estão nesse nível de ensino em 2009, os dados mostram que há menos de 1/3 para os outros dois grupos: 28,2% dos pretos e 31,8% dos pardos (Gráfico 8.3 e Tabela 8.4). Em 1999, eram 33,4% de brancos, contra 7,5% de pretos e 8,0% de pardos.

(...)

Em relação à população de 25 anos ou mais de idade com ensino superior concluído, a PNAD 2009 mostra que há um crescimento notório na proporção de pretos e de pardos graduados, com a ressalva de que o ponto de partida na comparação é 1999, com 2,3% tanto para pretos quanto para pardos. Isso posto, observa-se que a quantidade de pessoas que têm curso superior completo é hoje cerca de 1/3 em relação a brancos, ou seja: 4,7% de pretos e 5,3% de pardos contra 15,0% de brancos têm curso superior concluído nessa faixa etária (Gráfico 8.4).

(...)

Além das diferenças educacionais, a PNAD desvenda fortes diferenças nos rendimentos.

Considerando os anos de estudo (Gráfico 8.5), vê-se que as disparidades concernem a todos os níveis. Faixa a faixa, os rendimentos-hora de pretos e de pardos são, pelo menos, 20% inferiores aos de brancos e, no total, cerca de 40% menores. Comparando com a situação de dez anos atrás, houve melhora concentrada na população com até 4 anos de estudo, pois, em 1999, os rendimentos-hora de pretos e de pardos com esse nível de escolaridade representavam, respectivamente, 47,0% e 49,6% do rendimento-hora de brancos, passando a 57,4% para os dois grupos em 2009.

(...)

A desigualdade entre brancos, pretos e pardos se exprime também na observação do “empoderamento”, relacionado ao número de pessoas em posições privilegiadas na ocupação. Na categoria de empregadores, estão 6,1% dos brancos, 1,7% dos pretos e 2,8% dos pardos em 2009. Ao mesmo tempo, pretos e pardos são, em maior proporção, empregados sem carteira e representam a maioria dos empregados domésticos (Gráfico 8.8 e Tabela 8.15).

(...)

A proteção das famílias e o desenvolvimento das crianças e adolescentes são pontos fundamentais de atenção para as políticas públicas. Vale destacar que famílias com pessoa de referência de cor preta ou parda, seja homem ou mulher, compõem, em maior proporção, casais com filhos menores de 14 anos. Além disso, um tipo de família considerado mais vulnerável – mulher sem cônjuge com filhos pequenos – é também composto, em maior proporção, por pessoa de referência de cor preta, 23,3%, e parda, 25,9%, enquanto a proporção para brancas é de 17,7% (Tabela 8.14). Essas configurações poderiam explicar os efeitos, em termos de melhoria da situação econômica tanto para pretos quanto para pardos na base da pirâmide de rendimentos, a partir de políticas aplicadas nos últimos anos e que merecem aprofundamento para combater não só a miséria, mas também a pobreza, e melhorar a coesão social.”.

Nessa mesma linha de raciocínio é possível destacar outro resultado importante no que concerne às políticas de ação afirmativa, qual seja: a criação de lideranças dentre esses grupos discriminados, capazes de lutar pela defesa de seus direitos, além de servirem como paradigmas de integração e ascensão social.

Tais programas trazem, pois, como um bônus adicional a aceleração de uma mudança na atitude subjetiva dos integrantes desses grupos, aumentando a autoestima que prepara o terreno para a sua progressiva e plena integração social.

Ainda sob essa ótica, há que se registrar uma drástica transformação na própria compreensão do conceito de justiça social, nos últimos tempos. Com efeito, para além das políticas meramente redistributivas surgem, agora, as políticas de reconhecimento e valorização de grupos étnicos e culturais.

De acordo com Nancy Fraser e Axel Honneth:

“Atualmente, as reivindicações por justiça social parecem, cada vez mais, divididas entre dois tipos. A primeira, e a mais comum, é a reivindicação redistributiva, que almeja uma maior distribuição de recursos e riqueza. Exemplos incluem reivindicações por redistribuição de recursos do Norte para o Sul, do rico para o pobre, e (não há muito tempo atrás) do empregador para o empregado. Certamente, o recente ressurgimento do pensamento do livre-mercado pôs os proponentes da redistribuição na defensiva. Contudo, reivindicações redistributivas igualitárias forneceram o caso paradigmático para a maioria das teorias de justiça social nos últimos 150 anos.

Hoje, entretanto, estamos orientados cada vez mais a encontrar um segundo tipo de reivindicação por justiça social nas ‘políticas de reconhecimento’. Aqui o objetivo, na sua forma mais plausível, é um mundo diversificado, onde a assimilação da maioria ou das normas culturais dominantes não é mais o preço do respeito mútuo. Exemplos incluem reivindicações por reconhecimento de perspectivas distintas das minorias étnicas, ‘raciais’ e sexuais, assim como de diferença de gênero. Esse tipo de reivindicação tem atraído recentemente o interesse de filósofos políticos, aliás, alguns deles estão procurando desenvolver um novo paradigma de justiça social que coloca o reconhecimento no centro da discussão.

De modo geral, então, estamos sendo confrontados com uma nova constelação. O discurso sobre justiça social, uma vez centrado na distribuição, está agora cada vez mais dividido entre reivindicações por redistribuição, de um lado, e reivindicações por reconhecimento do outro. Cada vez mais, as reivindicações por reconhecimento tendem a predominar”.

Dito de outro modo, justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes.

Esse modo de pensar revela a insuficiência da utilização exclusiva do critério social ou de baixa renda para promover a integração social de grupos excluídos mediante ações afirmativas, demonstrando a necessidade de incorporar-se nelas considerações de ordem étnica e racial.

É o que pensa, por exemplo, Zygmunt Bauman, ao afirmar que

“(...) a identificação é também um fator poderoso na estratificação, uma de suas dimensões mais divisivas e fortemente diferenciadoras. Num dos pólos da hierarquia global emergente estão aqueles que constituem e desarticulam as suas identidades mais ou menos à própria vontade, escolhendo-as no leque de ofertas extraordinariamente amplo, de abrangência planetária. No outro polo se abarrotam aqueles que tiveram negado o acesso à escolha da identidade, que não tem o direito de manifestar as suas preferências e que no final se vêem oprimidos por identidades aplicadas e impostas por outros – identidades de que eles próprios se ressentem, mas não tem permissão de abandonar nem das quais conseguem se livrar. Identidades que estereotipam, humilham, desumanizam, estigmatizam”.

As ações afirmativas, portanto, encerram também um relevante papel simbólico. Uma criança negra que vê um negro ocupar um lugar de evidência na sociedade projeta-se naquela liderança e alarga o âmbito de possibilidades de seus planos de vida. Há, assim, importante componente psicológico multiplicador da inclusão social nessas políticas.

A histórica discriminação dos negros e pardos, em contrapartida, revela igualmente um componente multiplicador, mas às avessas, pois a sua convivência multiseular com a exclusão social gera a perpetuação de uma consciência de inferioridade e de conformidade com a falta de perspectiva, lançando milhares deles, sobretudo as gerações mais jovens, no trajeto sem volta da marginalidade social. Esse efeito, que resulta de uma avaliação eminentemente subjetiva da pretensa inferioridade dos integrantes desses grupos repercute tanto sobre aqueles que são marginalizados como naqueles que, consciente ou inconscientemente, contribuem para a sua exclusão.

Valho-me novamente de um texto de Bauman, segundo o qual:

“Quanto mais as pessoas permanecem num ambiente uniforme – na companhia de outras ‘como elas’ com as quais podem ter superficialmente uma ‘vida social’ praticamente sem correrem o risco da incompreensão e sem enfrentarem a perturbadora necessidade de traduzir diferentes universos de significado –, mais é provável que ‘desaprendam’ a arte de negociar significados compartilhados e um modus operandi agradável. Uma vez que esqueceram ou não se preocuparam em adquirir as habilidades para uma vida satisfatória em meio à diferença, não é de esperar que os indivíduos que buscam e praticam a terapia da fuga encarem com horror cada vez maior a perspectiva de se confrontarem cara a cara com estranhos. Estes tendem a parecer mais e mais assustadores à medida que se tornam cada vez mais exóticos, desconhecidos e incompreensíveis, e conforme o diálogo e a interação que poderiam acabar assimilando sua ‘alteridade’ ao mundo de alguém se desvanecem, ou sequer conseguem ter início. A tendência a um ambiente homogêneo, territorialmente isolado, pode ser deflagrada pela mixofobia. Mas praticar a separação territorial é colete salva-vidas e o abastecedor da mixofobia; e se torna gradualmente seu principal reforço.

(...)

A ‘fusão’ exigida pela compreensão mútua só pode resultar da experiência compartilhada. E compartilhar a experiência é inconcebível sem um espaço comum.”

Eis, aqui, demonstrada a importância da aplicação das políticas de ação afirmativa nas universidades e no ensino superior de modo geral. Tais espaços não são apenas ambientes de formação profissional, mas constituem também locais privilegiados de criação dos futuros líderes e dirigentes

sociais.

O PAPEL INTEGRADOR DA UNIVERSIDADE

Todos sabem que as universidades, em especial as universidades públicas, são os principais centros de formação das elites brasileiras. Não constituem apenas núcleos de excelência para a formação de profissionais destinados ao mercado de trabalho, mas representam também um celeiro privilegiado para o recrutamento de futuros ocupantes dos altos cargos públicos e privados do País.

O relevante papel dos estabelecimentos de ensino superior para a formação de nossas elites tem, aliás, profundas raízes históricas.

Ao analisar a composição social da elite imperial brasileira, José Murilo de Carvalho conclui que, diferentemente do que ocorreu em outros países da América Latina, nos quais a composição da elite local refletia com relativa fidelidade a sua origem social, no Brasil, a formação das lideranças, sobretudo no âmbito político, deveu-se predominantemente seu ao treinamento acadêmico.

É certo afirmar, ademais, que o grande beneficiado pelas políticas de ação afirmativa não é aquele estudante que ingressou na universidade por meio das políticas de reserva de vagas, mas todo o meio acadêmico que terá a oportunidade de conviver com o **diferente** ou, nas palavras de Jürgen Habermas, conviver com o **outro**.

Segundo esse integrante da famosa *Escola de Frankfurt*,

“(...) as minorias étnicas e culturais (...) se defendem da opressão, marginalização e desprezo, lutando, assim, pelo reconhecimento de identidades coletivas, seja no contexto de uma cultura majoritária, seja em meio à comunidade dos povos. São (...) movimentos de emancipação cujos objetivos políticos coletivos se definem culturalmente, em primeira linha, ainda que as dependências políticas e desigualdades sociais e econômicas também estejam sempre em jogo.

(...)

*Como esses movimentos de emancipação também visam à superação de uma cisão ilegítima da sociedade, a autocompreensão da cultura majoritária pode não sair ilesa. De sua perspectiva, no entanto, a interpretação modificada das realizações e interesses dos **outros** não precisa modificar tanto seu papel como a reinterpretção da relação entre os gêneros modificou o papel do homem. (...) Quanto mais profundas forem as diferenças (...) raciais ou étnicas, ou quanto maiores forem os assincronismos histórico-culturais a serem superados, tanto maior será o desafio; e tanto mais ele será doloroso, quanto mais as tendências de auto-afirmação assumirem um caráter fundamentalista-delimitador, ora porque ela precise primeiro despertar a consciência em prol da articulação de uma nova identidade nacional, gerada por uma construção através da mobilização de massa” (grifos meus).*

É preciso, portanto, construir um espaço público aberto à inclusão do outro, do *outsider* social. Um espaço que contemple a alteridade. E a universidade é o espaço ideal para a desmistificação dos preconceitos sociais com relação ao **outro** e, por conseguinte, para a construção de uma consciência coletiva plural e culturalmente heterogênea, aliás, consentânea com o mundo globalizado em que vivemos.

Foi exatamente a percepção de que a diversidade é componente essencial da formação universitária que pautou as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América nos casos em que ela examinou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa, a exemplo de *Bakke v. Regents of the University of Califórnia* (1978), *Gratz v. Bollinger* (2003) e *Grutter v. Bollinger* (2003).

Em tais julgados, a Suprema Corte daquele país avaliou, antes de tudo, a forma pela qual as instituições que adotaram ações afirmativas promoviam a diversidade étnico-racial. O Tribunal não examinou simplesmente se o critério adotado era constitucional ou inconstitucional em si mesmo. Exigiu, em cada caso, a demonstração de que o fundamento da discriminação positiva adotado pela instituição levaria a uma maior integração e igualdade entre as pessoas, segundo o critério denominado *narrowly tailored*.

AS AÇÕES AFIRMATIVAS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

No caso *Grutter v. Bollinger* (2003), a Faculdade de Direito da Universidade de Michigan, representada por seu reitor, Lee Bollinger, venceu a disputa por cinco votos (*Justices* Sandra Day O'Connor, John Paul Stevens, David Souter, Ruth Bader Ginsburg e Stephen Breyer) a quatro (*Justices* William Rehnquist, Antonin Scalia, Anthony Kennedy e Clarence Thomas).

Nessa decisão, manteve-se em grande medida o entendimento do *Justice* Powell no caso *Regents of the University of California v. Bakke*, que permitia que a raça fosse considerada como um elemento da política de admissão para as instituições de ensino superior. As universidades foram, assim, autorizadas a utilizar o critério racial como um elemento a mais na seleção de seus alunos.

A contenda originou-se em 1996, quando Barbara Grutter, uma mulher branca, moradora de Michigan, com notas relativamente altas no teste de admissão para faculdades de direito norte-americanas (*Law School Admission Test – LSAT*), não foi aceita como aluna da Faculdade de Direito da Universidade daquele Estado.

Em dezembro de 1997, Barbara Grutter ingressou em juízo contra a Universidade, sob o argumento de que havia sofrido discriminação racial, o que violaria a cláusula de proteção da igualdade prevista tanto na XIV Emenda à Constituição dos Estados Unidos como no Título VI da Lei de Proteção aos Direitos Civis de 1964 (*Civil Rights Act*).

Em 2001, o juiz Bernard A. Friedman decidiu que a política de admissão da Faculdade de Direito da Universidade de Michigan era inconstitucional porque considerava a raça como fator de escolha, o que a tornaria praticamente indistinguível de um sistema de quotas.

Em 2002, o Tribunal de Apelação reformou a decisão, citando o caso *Bakke* para autorizar o critério racial. Diante dessa decisão, Grutter apelou à Suprema Corte. O *certiorari* conferido ao pleito significou que, depois de 25 anos do julgamento do paradigmático caso *Bakke*, a Suprema Corte reexaminaria a constitucionalidade da utilização das políticas de ação afirmativa pelas universidades norte-americanas.

A Suprema Corte acabou assentando que os meios utilizados pela Faculdade de Direito de Michigan haviam respeitados os ditames constitucionais, pois a instituição não tinha feito uma mera reserva de vagas, visto que cada candidato foi avaliado individualmente.

Consta do voto condutor do caso *Grutter v. Bollinger* 539 U.S. 306 (2003), proferido pela *Justice* Sandra Day O'Connor, o seguinte:

“Como parte de seus objetivos de ‘reunir uma turma que seja ao mesmo tempo excepcionalmente qualificada, do ponto de vista acadêmico, e amplamente diversificada’ a Escola de Direito procura ‘matricular uma massa crítica de estudantes que provém de minorias’. (...) O interesse da Escola de Direito não é simplesmente ‘assegurar que seu corpo discente seja integrado por um determinado percentual de membros de um grupo específico meramente em razão de sua raça ou etnia (...). Ao revés, o conceito de ‘massa crítica’ da Escola de Direito é definido em face dos benefícios educacionais que a diversidade pode produzir.

Esses benefícios são substanciais. Como o juiz da Corte Distrital enfatizou, a política de admissão da Escola de Direito promove ‘compreensão interracial’, ajuda a romper com os estereótipos raciais e ‘permite que os estudantes aceitem melhor as pessoas de raças diferentes. (...). Esses benefícios são importantes e louváveis, porquanto ‘a discussão em sala de aula é tanto mais viva, inspirada, esclarecida e interessante’ quanto ‘mais diversificados forem os seus estudantes’.

“Universidades (...) representam o local de treinamento de um grande número de nossos líderes (...).

A fim de conferir legitimidade a nossos líderes aos olhos da comunidade, é necessário que o caminho para a liderança seja visivelmente aberto a indivíduos qualificados e talentosos de todas as raças e etnias. Todos os membros de nossa sociedade heterogênea devem ter confiança na abertura e integridade das instituições de ensino que fornecem esse treinamento (...). O acesso (...) à educação (...) deve estar aberto a indivíduos talentosos e qualificados de todas as raças e etnias, de modo a que todos os membros de nossa sociedade heterogênea possam ingressar nas instituições de ensino que fornecem o treinamento e a educação necessária ao êxito na América”

(...)

“(...) a Equal Protection Clause não proíbe que a Escola de Direito utilize a ideia de raça nas decisões de admissão dos estudantes, desde que especificamente concebida para alcançar os benefícios educacionais que advêm de um corpo discente plural”.

Assim, a política de seleção de estudantes da Faculdade de Direito da Universidade de Michigan, segundo constou do voto vencedor, não conflita com a Lei de Direitos Civis de 1964 e tampouco com a XIV Emenda da Constituição, pois atenderia a um interesse imperativo do Estado, que é justamente o de assegurar a diversidade cultural.

Verifica-se, assim, que a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao assegurar certa discricionariedade às universidades no tocante à seleção de seu corpo discente, o fez tendo em conta a necessidade de que a busca da heterogeneidade esteja pautada pela correção de distorções históricas que atuam como obstáculo à concretização dos valores constitucionais da igualdade substancial.

Em análise específica sobre a temática das ações afirmativas, Ronald Dworkin assentou:

*“Além de irônico, será triste se a Corte inverter agora seu veredicto tão antigo, pois acabam de tornar-se disponíveis provas impressionantes do valor da ação afirmativa nas instituições universitárias de elite. Os críticos da política há muito argumentam que, entre outras coisas, ela faz mais mal do que bem, pois exacerba, em vez de reduzir, a hostilidade racial, e porque prejudica os alunos oriundos de minorias que são selecionados pra escolas de elite, nas quais precisam competir com outros alunos cujas notas nos exames e outras qualificações acadêmicas são muito mais altas. Mas um novo estudo – *The Shape of the River (A forma do rio)*, de William G. Bowen e Derek Bok – analisa uma grande base de dados sobre fichas e os históricos dos alunos e, com requintadas técnicas estatísticas, além de refutar essas afirmativas, demonstram o contrário. Segundo o estudo de *River*, a ação afirmativa alcançou um êxito impressionante: produziu notas mais altas de formatura entre os alunos universitários negros, mais líderes negros na indústria, nas profissões, na comunidade e nos serviços comunitários, bem como uma interação e amizade mais duradouras entre as raças do que, caso contrário, teria sido possível”.*

E conclui:

“O estudo afirma que, se a Suprema Corte declarar inconstitucional a ação afirmativa, o número de negros nas universidades e nas faculdades de elite diminuirá muito, e raros serão os negros aceitos pela melhores faculdades de Direito e Medicina. Isso seria uma grande derrota para a harmonia e a justiça raciais. Será que a Suprema Corte decretará que a Constituição exige que aceitemos essa derrota?” (grifos meus).

Quanto ao mencionado estudo – *O Curso do Rio*, em edição traduzida para o português – realizado por dois ex-reitores das Universidades de Princeton e Harvard, William Bowen e Derek Bok, é relevante, ainda, destacar de suas conclusões:

“A últimas perguntas a serem ponderadas concernem a uma curva mais longa do rio. Qual é o nosso objetivo supremo? Quanto se conseguiu avançar? Até onde ainda teremos que ir? Ao lado de muitos outros, ansiamos pelo dia em que os argumentos a favor das políticas de admissão sensíveis à raça não mais serão necessários. Em todos os lados desse debate, quase todos concordariam em que, num mundo ideal, a raça seria uma consideração irrelevante.

(...)

(...) Sem dúvidas, houve erros e decepções. Certamente, há muito trabalho a ser feito pelas faculdades e universidades para descobrir meios mais eficazes de melhorar o desempenho acadêmico dos estudantes vindos das minorias. Mas, no cômputo geral, concluímos que as faculdades e universidades academicamente seletivas tiveram extremo sucesso no uso da política de admissão sensível à raça, no intuito de promover metas educacionais que eram importantes para elas e metas sociais que são importantes para todos.(...) Houve e continua a haver progresso. Estamos descendo a correnteza, embora ainda possa haver quilômetros a percorrer antes que o rio enfim desague no mar” (grifos meus).

HETERO E AUTOIDENTIFICAÇÃO

Além de examinar a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa, é preciso verificar também

se os instrumentos utilizados para a sua efetivação enquadram-se nos ditames da Carta Magna (LGL\1988\3).

Em outras palavras, tratando-se da utilização do critério étnico-racial para o ingresso no ensino superior, é preciso analisar ainda se os mecanismos empregados na identificação do componente étnico-racial estão ou não em conformidade com a ordem constitucional.

Como se sabe, nesse processo de seleção, as universidades têm utilizado duas formas distintas de identificação, quais sejam: a **autoidentificação** e a **heteroidentificação** (identificação por terceiros).

Essa questão foi estudada pela mencionada Daniela Ikawa, nos seguintes termos:

“A identificação deve ocorrer primariamente pelo próprio indivíduo, no intuito de evitar identificações externas voltadas à discriminação negativa e de fortalecer o reconhecimento da diferença. Contudo, tendo em vista o grau mediano de mestiçagem (por fenótipo) e as incertezas por ela geradas – há (...) um grau de consistência entre autoidentificação e identificação por terceiros no patamar de 79% –, essa identificação não precisa ser feita exclusivamente pelo próprio indivíduo. Para se coibir possíveis fraudes na identificação no que se refere à obtenção de benefícios e no intuito de delinear o direito à redistribuição da forma mais estreita possível (...), alguns mecanismos adicionais podem ser utilizados como: (1) a elaboração de formulários com múltiplas questões sobre a raça (para se averiguar a coerência da autoclassificação); (2) o requerimento de declarações assinadas; (3) o uso de entrevistas (...); (4) a exigência de fotos; e (5) a formação de comitês posteriores à autoidentificação pelo candidato.

A possibilidade de seleção por comitês é a alternativa mais controversa das apresentadas (...). Essa classificação pode ser aceita respeitadas as seguintes condições: (a) a classificação pelo comitê deve ser feita posteriormente à autoidentificação do candidato como negro (preto ou pardo), para se coibir a predominância de uma classificação por terceiros; (b) o julgamento deve ser realizado por fenótipo e não por ascendência; (c) o grupo de candidatos a concorrer por vagas separadas deve ser composto por todos os que se tiverem classificado por uma banca também (por foto ou entrevista) como pardos ou pretos, nas combinações: pardo-pardo, pardo-preto ou preto-preto; (d) o comitê deve ser composto tomando-se em consideração a diversidade de raça, de classe econômica, de orientação sexual e de gênero e deve ter mandatos curtos”.

Tanto a autoidentificação, quanto a heteroidentificação, ou ambos os sistemas de seleção combinados, desde que observem, o tanto quanto possível, os critérios acima explicitados e **jamais deixem de respeitar a dignidade pessoal dos candidatos**, são, a meu ver, plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional.

A seguir, após analisar a constitucionalidade das ações afirmativa, dos critérios étnico-raciais e dos distintos métodos de identificação dos candidatos para o acesso diferenciado ao ensino superior público, passo ao exame das políticas de reserva de vagas ou estabelecimento de cotas.

RESERVA DE VAGAS OU ESTABELECIMENTO DE COTAS

Princípio afirmando que a política de reserva de vagas não é, de nenhum modo, estranha à Constituição, a qual, em seu art. 37, VIII, consigna o seguinte:

“(...) a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

Esta Suprema Corte, ao enfrentar a questão da reserva de vagas para portadores de deficiência, extraiu as mais amplas consequências do Texto Constitucional, no RMS 26.071, tendo o Relator, Min. Ayres Britto, asseverado, por ocasião do julgamento, que

*“(...) nunca é demasiado lembrar que o preâmbulo da Constituição de 1988 erige a igualdade e a justiça, entre outros, ‘como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos’, sendo certo **quereparar ou compensar os fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica é política de ação afirmativa que se inscreve, justamente, nos quadros da sociedade fraterna que a nossa Carta Republicana idealiza a partir de suas disposições preambulares**” (grifos meus).*

O acórdão referente a este julgado recebeu a seguinte ementa:

*“Concurso público. Candidato portador de deficiência visual. Ambliopia. Reserva de vaga. Inciso VIII do art. 37 da Constituição Federal (LGL\1988\3). § 2º do art. 5º da Lei n. 8.112/90. Lei n. 7.853/89. Decretos n.s 3.298/99 e 5.296/2004. O candidato com visão monocular padece de deficiência que impede a comparação entre os dois olhos para saber-se qual deles é o ‘melhor’. A visão univalente – comprometedora das noções de profundidade e distância – implica limitação superior à deficiência parcial que afete os dois olhos. **A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988**” (RMS 26.071, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 13/11/2007, 1ª Turma, DJ de 1º/2/2008 – grifos meus).*

Nesse voto, referendado pela Primeira Turma deste Supremo Tribunal Federal, o Min. Britto afastou a ideia de que o Texto Constitucional somente autorizaria as políticas de ação afirmativa nele textualmente mencionadas, tais como a reserva de vagas para deficientes físicos ou para as mulheres.

Naquele acórdão, definiu-se que as políticas de ação afirmativa, compreendidas como medidas que tem como escopo *“reparar ou compensar os fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica”*, **não configuram meras concessões** do Estado, mas **consustanciam deveres** que se extraem dos princípios constitucionais.

A Constituição brasileira – é importante notar – permite que se faça uma abordagem das políticas afirmativas muito mais abrangente daquela feita pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Nos três principais precedentes daquele Tribunal – *Bakke v. Regents of the University of California*, *Gratz v. Bollinger* e *Grutter v. Bollinger* – entendeu-se que o uso de critérios étnico-raciais seria constitucional desde que (i) não configurasse reserva de vagas ou o estabelecimento de cotas; e (ii) fossem empregados em conjunto com outros fatores de aferição do mérito.

No Brasil, entretanto, diferentemente do debate que se travou na Suprema Corte daquele país, não há dúvidas, a meu sentir, quanto à constitucionalidade da política de reserva de vagas ou do estabelecimento de cotas nas universidades públicas, visto que a medida encontra amparo no próprio Texto Magno, conforme salientado anteriormente.

Nesse sentido, Roger Raupp Rios assevera o quanto segue:

“Tomando como ponto de partida o conceito de ações afirmativas como medidas que se valem de modo deliberado de critérios raciais, étnicos ou sexuais com o propósito específico de beneficiar um grupo em situação de desvantagem prévia ou de exclusão, em virtude de sua respectiva condição racial, étnica ou sexual, deve-se registrar, de início, que tais iniciativas não são desconhecidas no direito brasileiro.

Com efeito, diversamente do direito estadunidense, onde não há menção constitucional explícita a respeito desta possibilidade, o direito constitucional brasileiro contempla sua adoção. A proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos especiais, configura medida que se utiliza deliberadamente de critério sexual objetivando beneficiar um grupo que experimenta situação desvantajosa (basta considerar os níveis de desigualdade salarial entre homens e mulheres no exercício dos mesmos postos de trabalho ou os índices de escolaridade). Com relação aos deficientes físicos, a redação constitucional é ainda mais clara: dispõe sobre reserva percentual de cargos e empregos públicos para pessoas portadoras de deficiência.

Nesta linha, pode-se ainda vislumbrar a determinação constitucional de medidas conscientes do ponto de vista étnico e racial relacionadas com a proteção das manifestações de culturas indígenas e afro-brasileiras, de modo expresso, merecendo tais grupos, portanto, atenção especial em virtude de suas situações de desvantagem histórica.

A preocupação, registrada no capítulo da Comunicação Social, com a veiculação das culturas regionais na produção e radiodifusão sonora e televisiva, também pode ser considerada, ainda que com alguma atenuação, modalidade de ação afirmativa voltada para a situação de desvantagem ou até mesmo exclusão relativa à origem regional”.

Essa posição, aliás, encontra ressonância em diversos trabalhos acadêmicos produzidos por integrantes desta Suprema Corte.

O Min. Joaquim Barbosa, *verbi gratia*, em sede doutrinária, destaca o quanto segue:

“ Além do ideal de concretização da igualdade de oportunidades, figuraria entre os objetivos almejados com as políticas afirmativas o de induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a idéia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação à outra, (...)”.

As ações afirmativas têm como objetivo não apenas coibir a discriminação do presente, mas, sobretudo, eliminar os ‘efeitos persistentes’ da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar. Esses efeitos se revelam na chamada ‘discriminação estrutural’, espelhada nas abismais desigualdades sociais entre grupos dominantes e grupos dominados”.

Para esse membro do STF,

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

Trago também a lição da Min. Cármen Lúcia, segundo a qual

“(...) a Constituição brasileira tem, no seu preâmbulo, uma declaração que apresenta um momento novo no constitucionalismo pátrio: a ideia de que não se tem a democracia social, a justiça social, mas que o direito foi ali elaborado para que se chegue a tê-los (...)”.

Verifica-se, na Constituição de 1988, que os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são verbos de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. (...) Somente a ação afirmativa, vale dizer, a atuação transformadora, igualadora pelo e segundo o Direito, possibilita a verdade do princípio da igualdade que a Constituição Federal (LGL\1988\3) assegura como direito fundamental de todos”.

Admitida, pois, a constitucionalidade: (i) das políticas de ação afirmativa, (ii) da utilização destas na seleção para o ingresso no ensino superior, especialmente nas escolas públicas, (iii) do uso do critério étnico-racial por essas políticas e (iv) da modalidade de reserva de vagas ou do estabelecimento de cotas, passo, então, a examinar a necessária **modulação** desse entendimento, acentuando, em especial, a sua **natureza transitória** e a **necessidade de observância da proporcionalidade entre os meios empregados e os fins a serem alcançados**.

TRANSITORIEDADE DAS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA

É importante ressaltar a natureza transitória das políticas de ação afirmativa, já que as desigualdades entre negros e brancos não resultam, como é evidente, de uma desvalia natural ou genética, mas decorrem de uma acentuada inferioridade em que aqueles foram posicionados nos planos econômico, social e político em razão de séculos de dominação dos primeiros pelos segundos.

Assim, na medida em que essas distorções históricas forem corrigidas e a representação dos negros e demais excluídos nas esferas públicas e privadas de poder atenda ao que se contém no princípio constitucional da isonomia, não haverá mais qualquer razão para a subsistência dos programas de reserva de vagas nas universidades públicas, pois o seu objetivo já terá sido alcançado.

Voltando, novamente, ao direito comparado, ressalto que esse também foi o entendimento da Suprema Corte norte-americana ao julgar o caso *Grutter v. Bollinger* (2003). Para aquele Tribunal

“(...) políticas de admissão baseadas na consciência racial devem ser limitadas no tempo. Esse requisito reflete que classificações raciais, embora agindo nessa qualidade, são potencialmente perigosas tanto que não devem ser empregadas mais amplamente que o necessário. Consagrar uma justificativa permanente para preferências raciais ofenderia o princípio fundamental da igualdade. Não vemos razões para dispensar tais programas do requisito de que toda ação governamental que usa a raça deve ter um termo final lógico. A Escola de Direito também admite que ‘programas raciais

devem ter um tempo de duração limitado’.

(...)

A necessidade de que todo programa afirmativo baseado na raça deve ter termo final ‘assegura a todos os cidadãos que o desvio na igualdade de tratamento entre todas as raças e grupos é uma medida temporária, uma medida tomada a serviço do próprio objetivo de igualdade’.

Assim, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática.

No caso da Universidade de Brasília, que figura como arguida nesta ADPF, o critério da temporariedade foi cumprido, uma vez que o Programa de Ações Afirmativas instituído pelo Conselho Superior Universitário – COSUNI daquela instituição estabeleceu a necessidade de sua reavaliação após o transcurso do período de 10 anos.

Visto isso, passo, então, à verificação do último pressuposto para a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa, qual seja, a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins colimados.

PROPORCIONALIDADE ENTRE MEIOS E FINS

Como bem observa Paulo Lucena de Menezes, o controle de constitucionalidade do tratamento diferenciado que se impõe às pessoas, nos termos da conhecida fórmula de Ruy Barbosa, é sempre casuístico, embora não se esgote no exame do fator de diferenciação utilizado pela regra discriminadora, incluindo, ainda, necessariamente,

“(...) a análise da correspondência existente entre este e as disparidades adotadas (...), que deve ser considerada tanto no que se refere ao quesito pertinência (ou finalidade) da norma, como também no que tange à sua razoabilidade ou proporcionalidade. Esse exame, à evidência, não admite um grau elevado de abstração, pois ele só é factível quando definidos vários elementos que podem – e costumam – variar de caso para caso”.

Não basta, pois, como já adiantei acima, que as políticas de reserva de vagas sejam constitucionais sob o ponto de vista da nobreza de suas intenções. É preciso também que elas, além de limitadas no tempo, respeitem a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins colimados, em especial que sejam pautadas pela razoabilidade.

As experiências submetidas ao crivo desta Suprema Corte têm como propósito a correção de desigualdades sociais, historicamente determinadas, bem como a promoção da diversidade cultural na comunidade acadêmica e científica. No caso da Universidade de Brasília, a reserva de 20% de suas vagas para estudantes negros e de “*um pequeno número*” delas para “*índios de todos os Estados brasileiros*”, pelo prazo de 10 anos, constitui providência adequada e proporcional ao atingimento dos mencionados desideratos. Dito de outro modo, a política de ação afirmativa adotada pela UnB não se mostra desproporcional ou irrazoável, afigurando-se, também sob esse ângulo, compatível com os valores e princípios da Constituição.

PARTE DISPOSITIVA

Isso posto, considerando, em especial, que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas, (ii) revelam proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e prevêm a revisão periódica de seus resultados, e (iv) empregam métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana, julgo **improcedente** esta ADPF.

1. IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. pp. 150-152.

2. SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. *Reconhecer para libertar: os caminhos do*

- cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 56.
3. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva 2005. p. 309.
4. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 3.
5. ROSENFELD, Michel. Affirmative Action, justice, and equalities: a philosophical and constitutional appraisal. *Ohio State Law Journal*, nº 46. p. 861.
6. DUNCAN, Myrl L. The future of affirmative action: A Jurisprudential/legal critique. *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, Cambridge: Cambridge Press, 1982. p. 503.
7. GOSH, Partha S. *Positive Discrimination in India: A Political Analysis*. Disponível em: scribd.com/doc/21581589/Positive-Discrimination-in-India. Acessado em 22 de março de 2010.
8. SMITS, Katherine. *Applying Political Theory – Issues and Debates*. London: Macmillan, 2009. p. 71.
9. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 350-351.
10. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Direito GV/Malheiros, 2006. p. 376.
11. HESPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito – O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007. pp. 238-239.
12. IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades*, cit. pp. 105-106.
13. MELLO, Marco Aurélio. Ótica Constitucional – a igualdade e as ações afirmativas. In MARTINS, Ives Gandra da Silva. *As vertentes do direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 41.
14. SKIDMORE, Thomas E. *Preto no branco: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 296.
15. Síntese de Indicadores Sociais – 2010: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicadores2010/SIS_2010.pdf
16. FRASER, Nancy and HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition? A política-philosophical exchange*. London/NewYork: Verso, 2003. pp. 7-8.
17. BAUMAN, Zygmunt. *Identidade*. Entrevista a Benedetto Vecchi. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. p. 44.
18. BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007. pp. 94-97.
19. “O produto dessa formação da elite política foi de certa maneira a adoção de algumas soluções que estiveram diretamente ligadas à fundação do Estado brasileiro, tais como a opção monárquica, a manutenção da unidade da ex-colônia e a construção de um governo civil estável. Aliada a essas consequências, constatava-se a íntima relação dessa elite política com a burocracia estatal, de tal modo que embora existisse distinção formal e institucional entre as tarefas judiciárias, executivas e legislativas, essas, em grande parte do tempo, estiveram confundidas na pessoa dos mesmos executantes, e a carreira judiciária se tornava parte integrante do itinerário que levava ao Congresso e aos conselhos de governo”. CARVALHO, José Murilo de. *A Construção da Ordem: a elite política imperial. Teatro de Sombras: a política imperial*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 197.
20. HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro – estudos de teoria política. (Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie)*. São Paulo: Loyola, 1997. pp. 246-247.
21. FERES, João Júnior. *Comparando Justificativas das Políticas de Ação Afirmativa*. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2007. p. 9.
22. *Grutter v. Bollinger* 539 U.S. 306 (2003). pp. 329-330.
23. *Grutter v. Bollinger* 539 U.S. 306 (2003). p. 333.
24. *Grutter v. Bollinger* 539 U.S. 306 (2003). p. 343.
25. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 582-583.
26. BOWEN, William G.; BOK, Derek. *O Curso do Rio: um estudo sobre a ação afirmativa no acesso à universidade*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004. p. 410-411.
27. IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades*, cit. pp. 129-130.
28. RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação – discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. pp. 191-192.
29. GOMES, Joaquim Barbosa. *A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro*. In: SANTOS, Sales Augusto. *Ações Afirmativas e o combate ao racismo nas Américas*. Brasília: ONU, BID e MEC, 2007. pp. 55-56.
30. GOMES, Joaquim Barbosa. *Instrumentos e Métodos de Mitigação da Desigualdade em Direito Constitucional e Internacional*. Rio de Janeiro, 2000. www.mre.gov.br
31. ROCHA, Cármen Lúcia. *Ação Afirmativa: O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade*

Jurídica. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 15, 1996. pp. 93-94.

32. *Grutter v. Bollinger* 539 U.S. 306 (2003). pp 342-343.

33. Conhecida fórmula proposta por Ruy Barbosa em sua *Oração dos Moços*: “A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualdade os desiguais, na medida em que se desigualem”.

34. MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norteamericano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. pp. 153-154.

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhor Presidente, em razão de um compromisso inadiável ainda no dia de hoje, ontem nós combinamos, dentro dessa nossa solidariedade do Plenário, e a Ministra Rosa Weber teve a gentileza de me ceder a oportunidade de votar antes de Sua Excelência. Eu então agradeço a ela e peço a Vossa Excelência que conceda essa permissão para que eu assim o faça.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – Sem dúvida. Vossa Excelência então está com a palavra para proferir o seu certamente judicioso voto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E Vossa Excelência hoje é alvo das nossas homenagens.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – Vossa Excelência aniversaria.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Eu gostaria de agradecer a todos. É um momento importante porque, na mínima hipótese, revela um amadurecimento para enfrentar os desafios da vida do Supremo Tribunal Federal.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – Receba os nossos cumprimentos, Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Muito obrigado.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhor Presidente, nos meus momentos, se é que temos, já que Vossa Excelência muito bem destacou no seu discurso “não nos deixeis cair em tanta ação”, mas, nesses intervalos onde não há tanta ação, eu confesso a Vossa Excelência que prefiro uma leitura disciplinar e, notadamente, uma leitura voltada para a alma humana, porque nós, aqui, na verdade, somos uma Corte voltada para a humanidade. De sorte que é muito importante que cada um, com seu vezo, com a sua propensão, com a sua tendência, descubra os mistérios da alma humana como Vossa Excelência os descobre através da poesia. Eu, particularmente, gosto muito de ler obras referentes à psicologia humana.

Tenho um amigo brilhante, no Rio de Janeiro, que se chama Luiz Alberto Py. Luiz Alberto Py é um médico psicanalista, um estudioso, que se formou nos Estados Unidos, e que tem diversos livros que retratam o perfil de cada problema endógeno que ele foi instado a decidir. Ele tem a primeira obra tão encantadora que se denomina “Olhar acima do horizonte”, onde ele conta a história de um homem que tinha um problema na coluna cervical, olhava muito para baixo, e a primeira recomendação médica que ele teve foi exatamente olhar acima do horizonte. O médico disse a ele: “O senhor tem que se acostumar a andar olhando acima do horizonte, para que possa vencer não só esse problema postural, mas também para verificar como é melhor olhar acima do horizonte”. Oportunidade em que realmente esse homem começou a detectar que a vida era tão mais bonita do que aquele chão que ele olhava diuturnamente, que os problemas dele se afastavam, porque ele estava olhando acima do horizonte.

E ele traz um série de temas como sofrimento, vida, morte, felicidade, enfim. E, numa das suas passagens, onde ele estabelece as perplexidades da vida, ele afirma que os seres humanos tem que fazer opções, e ora tem que se fazer opções pela ira e ora tem que se fazer opções pelo amor.

E eu me lembrei dessa passagem do Luiz Alberto porquanto o Supremo Tribunal Federal, pela habilidade da Presidência anterior do Ministro Cezar Peluso e agora a de Vossa Excelência, o Supremo Tribunal Federal tem colocado em pauta questões palpitantes que interessam ao povo em geral, à sociedade em geral. E nessas questões, pelo menos em algumas delas, que não precisa

nem indicar quais foram, o Supremo Tribunal Federal teve que decidir se a vida clama por vida ou clama por tragédias humanas. Fomos obrigados a sopesar se a vida prefere a desigualdade ou a igualdade, ou se nós efetivamente pretendemos um mundo amigão.

Depois de analisar todos esses casos com os quais nós nos defrontamos, no ano passado, e agora, iniciando por este caso tão sensível que suscita o que se hoje denomina, na moderna doutrina constitucional, um desacordo moral razoável, porque nós vivemos num Estado democrático e as pessoas têm o direito de manifestar as suas opiniões, hoje eu não tenho a mais tênue dúvida de agradecer a Deus, hoje, no dia do meu aniversário, por poder participar, com Colegas tão expressivos, do desate desses dramas humanos.

E eu concludo, Senhor Presidente, que efetivamente o Supremo Tribunal Federal tem lutado pela vida das pessoas que sofrem e pela esperança das pessoas que intentam viver. E como eu pertenci ao Superior Tribunal de Justiça, que tinha a denominação de Tribunal da Cidadania, entendo, sem qualquer espírito corporativo, que o Supremo Tribunal Federal pode ser denominado o Tribunal de Defesa dos Direitos Fundamentais, tão intensa tem sido a sua tarefa na defesa das questões que afetam tanto a vida da sociedade, tanto a vida social e tanto a vida política. Aliás, ontem, eu li rapidamente no noticiário que se pretende engendrar uma reforma que iniba o Supremo Tribunal Federal de decidir questões sociais e questões políticas que hoje estão rotuladas dentro de um grande arco denominado de judicialização das questões sociais, ativismo judicial.

Mas há duas questões que são fundamentais. Em primeiro lugar, por força de uma cláusula pétrea, o Supremo Tribunal Federal só age quando é provocado e, quando provocado, não pode deixar de agir por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Isso é o mais simples.

Agora, o mais complexo, talvez quem melhor devesse saber disso seria o parlamento, é que a Constituição Federal (LGL\1988\3) tem limites à sua revisão, limites materiais imanentes, dentre os quais as denominadas cláusulas pétreas, nas quais se inclui a harmonia e a independência dos poderes. É absolutamente impossível essa pretensão de outros poderes em empreenderem a revisão dos atos judiciais. Por isso, solidarizo-me com a declaração dada pelo Ministro Lewandowski no calor dos fatos, assim pego de surpresa, mas que imediatamente invocou essa questão simples e necessária, porque a instância reflexiva do Poder Judiciário só se instaura quando há uma inação do parlamento. A supremacia, a instância hegemônica, que eventualmente se possa categorizar o Poder Judiciário, só ocorre nas lacunas e no vácuo da atividade legiferante.

Esse era um desabafo elogioso que queria fazer à Casa que Deus me permitiu pertencer há um ano e poucos meses. Agora, essa causa em si, a causa da integração ético racial, da judicidade dessa integração ético racial no acesso acadêmico da comunidade afrodescendente, realmente traz inúmeros desafios. Mas, de tudo o quanto eu pude apreender, ouvindo as vozes da rua, as vozes sociais, que são fatores externos importantes, coadjuvados pela técnica constitucional, ontem tão bem evidenciada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, em memorável voto que tive o prazer imenso de assistir até o final, essa questão, muito embora possa suscitar um desacordo moral razoável, suscita dois sentimentos extremamente antagônicos, que a eles vou me referir a seguir: de um lado, o receio; de outro, o orgulho. E vou explicar porque destaquei, depois de apreender as expectativas sociais, esses dois valores, mas não sem antes dizer que essa causa me investe num mergulho no meu passado. Talvez hoje seja um bom dia para eu pensar no meu passado e se eu justifiquei a minha existência até então.

Na verdade, essa causa me toca de perto por várias questões humanas. A primeira delas – não estou vendo aqui – foi exatamente uma iniciativa, que fui instado afetosamente a aderir pela palavra serena do meu querido amigo Frei David, um grande amigo, dileto amigo Frei David, hoje não está mais presente, mas também o nosso jurista Abdias Nascimento estava presente conosco e o eminente advogado que ontem ocupou a tribuna, o Adame, não sei se está aí também. E nós, então, iniciamos uma peregrinação, em nome da justiça, desse resgate histórico de um País que se deu ao luxo de ter uma sociedade escravocrata durante quatro séculos, o maior período de toda história na América.

Iniciamos essa causa calcados exatamente nesse ideal de justiça, mas também havia mais alguma coisa que me ligava a esse ideal de justiça, que era aquela percepção de que a supressão da liberdade, quer seja de opinião, quer seja uma liberdade física, é o que atinge o cerne da humanidade. E, pelo portal da alma dos meus antepassados, verifiquei que havia alguma coisa de

comum entre a causa dos meus antepassados e a causa dos afrodescendentes.

Então, eu me lembrei que o mesmo homem que se retirou de um estádio em Berlim, no século passado, para não ter que comemorar a vitória de Jesse Owens, que vencera a corrida dos cem metros, dos duzentos metros, dos quatrocentos metros, porque superara os atletas de raça pura ariana, esse mesmo homem fez com que os meus ancestrais assistissem a uma escravidão nos campos de concentração e experimentassem os horrores do holocausto. Então, verifiquei que era mais do que uma luta por uma justiça; era uma luta também por uma ideologia.

Evidentemente que também tenho orgulho de dizer que ambas as raças conseguiram superar esses obstáculos, e conseguiram superar esses obstáculos até então, e já num plano de análise do caso hoje submetido à nossa jurisdição constitucional, um caso, repito, que desperta receio e orgulho. Como o receio é um sentimento menor, até porque esse receio é fóbico, na medida em que esse meu querido amigo Luiz Alberto Py me transmitiu a ideia de que se uma pessoa tem medo de atravessar a rua, ela tem um medo fundado, porque ela pode ser atropelada, mas uma pessoa que tem medo do medo, ela não tem medo, ela tem um estado patológico que a induz a isso. Então, essa causa, de um lado, suscita o receio; de outro lado, suscita o orgulho.

E fui buscar, Senhor Presidente, exatamente nessa nossa tarefa de unir a técnica aos fatores externos importantes para que se possa prestar justiça, em primeiro lugar, e, depois, dar uma roupagem jurídica a essa solução justa, eu fui buscar exatamente algo que justificasse esse binômio antinômico “receio e orgulho”.

E como disse a Vossas Excelências no julgamento do feto anencefálico, eu nunca tinha experimentado essa faceta da vontade popular de dialogar com o Poder Judiciário. Fui pesquisar e, ao mesmo tempo, recebi, não memoriais, mas recebi as palavras do cidadão sobre o que hoje aqui se passa.

No tocante ao receio, eu pesquisei, e pesquisei de forma fácil porquanto, ontem mesmo foi publicado no jornal O Globo um artigo do eminente e notável jornalista histórico Elio Gaspari, tratando exatamente da nossa questão e também desse eventual receio fóbico que poderia representar o resultado do brilhante voto que Vossa Excelência iria apresentar e que nós não sabíamos o resultado.

Então, vejam o que o jornalista, a voz da imprensa sobre essa questão, através da boca e da pena de um dos maiores expoentes do jornalismo brasileiro, assentou:

“O Supremo Tribunal Federal julgará hoje a constitucionalidade das cotas para afrodescendentes e índios nas universidades públicas brasileiras. No palpite de quem conhece a Corte, o resultado será de, pelo menos, sete votos a favor e quatro contra. Terminará assim um debate que durou mais de uma década e, como outros, do século 19, expôs a retórica de um pedaço do andar de cima que via na iniciativa o prelúdio do fim do mundo.

Em 1871, quando o Parlamento discutia a Lei do Ventre Livre, argumentou-se que libertando-se os filhos de escravos condenava-se as crianças ao desamparo e à mendicância. “Lei de Herodes”, segundo o romancista José de Alencar.

Quatorze anos depois, tratava-se de libertar os sexagenários. Outro absurdo, pois significaria abandonar os idosos. Em 1888, veio a Abolição (a última de país americano independente), mas o medo a essa altura era menor, temendo-se apenas que os libertos caíssem na capoeira e na cachaça.

Como dizia o Visconde de Sinimbu: “A escravidão é conveniente, mesmo em bem ao escravo”.

Conclui, na minha pinçagem de texto, o eminente jornalista:

“As cotas seriam coisa para inglês ver, “lumpenescas propostas de reserva de mercado”. Estimulariam o ódio racial e baixariam a qualidade dos currículos das universidades. Como dissera o barão de Cotegipe, “brincam com fogo os tais negrófilos”. Os cotistas seriam incapazes de acompanhar as aulas.

Passaram-se dez anos, pelo menos 40 universidades instituíram cotas para afrodescendentes e hoje

há milhares de negros exercendo suas profissões graças à iniciativa.”

E com aquele toque sutil que lhe é peculiar, uma ironia fina, diz ele:

“O fim do mundo ficou para a próxima.”

Senhor Presidente, a segunda manifestação que eu recebo é aquela que mais condiz com as minhas aspirações como o missionário de fazer justiça, que é uma manifestação de orgulho, e um orgulho duplo. Por que orgulho duplo? Porque eu, publicamente, confesso que tenho um caso de amor perene com a Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Entrei para aquela casa em 1972 e nunca mais saí; nunca mais saí! Hoje, pela impossibilidade de presença física, faço parte do Departamento de Videoconferência. Temos interação, temos debates, mas tudo na tela da videoconferência. E tem dado tão certo que conseguimos até lavrar um livro que publicamos sobre as novas expectativas do Direito Processual.

E aqui, ontem, o Doutor Adame, para o meu orgulho, citou que a UERJ foi a primeira universidade a instituir as cotas, inclusive num percentual que, à época, foi efetivamente reconhecido como desproporcional, mas ela instituiu essas cotas nos seus cursos. E hoje, numa linguagem natural da irreverência carioca, minha origem, minha naturalidade, a UERJ, nos jogos jurídicos, ela é denominada de o Congo; é o Congo, porque o Congo vence tudo, o Congo é atlético, porque o Congo tem disposição. E esses meninos e essas meninas, que um dia coloquei no prefácio de um livro que faziam parte da melhor parte de mim mesmo, mandaram-me uma carta aberta do Centro Acadêmico, uma carta grande, que eu, evidentemente, destaquei três pedaços, três trechos, para dizer que nesse caso sobrepuja o orgulho ao invés do receio, o orgulho dessa gente jovem em ter essa sensibilidade, o orgulho de pertencer ao Tribunal que tem um Ministro como Vossa Excelência, Ministro Lewandowski, que lavra um voto daquela grandeza intelectual. E o que os meninos escreveram para mim?

“Professor, que a Universidade se pinte de negro, que se pinte de mulato, não só entre os alunos, mas também entre os professores. Que se pinte de operários e de camponeses, que se pinte de povo, porque a Universidade não é patrimônio de ninguém; ela pertence ao povo.”

E citam Ernesto Che Guevara.

E manifestam textualmente:

Nós, estudantes da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, manifestamos diretamente nosso sentimento neste momento decisivo da história do combate às desigualdades sociais e raciais em nosso país. Como estudantes de uma instituição pública que adota o sistema de reserva de vagas em seu exame de ingresso há dez anos, a serem completos neste ano de 2012, podemos dizer que felizmente estudamos em um ambiente mais democrático, menos desigual e principalmente mais brasileiro.

Após dez anos de adoção das cotas, é possível observar que, conforme constatado em diversos estudos sobre o tema, os estudantes cotistas correspondem à oportunidade que conquistam com resultados que podem ser equiparados ou que até mesmo superam aqueles oriundos dos estudantes que ingressaram na universidade pelo regime tradicional de preenchimento de vagas.

Ao contrário do crescimento do ódio racial, notamos que a diversidade que vivenciamos em nosso ambiente universitário, e que reflete de fato o Brasil, possibilita um enriquecimento de nossa formação acadêmica. Esse reconhecimento será não apenas a promoção da justiça, mas também o passo deste Supremo Tribunal Federal, que revelará a sua determinação na construção de um país efetivamente desejado por todos.

Rio de Janeiro, 25 de abril.

Membros da gestão Reconstruindo o CALC do Centro

Acadêmico Luiz Carpenter da Universidade do Rio de Janeiro.

Egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores presentes, interessados, advogados, tantos quantos militam nessa área tão sensível como sói ser a área jurídica. Eu sabia

que eu ia me delongar um pouco sobre esses aspectos emocionais, porque isso é a dissociação do homem com a sua profissão. Eu sou assim como pessoa, eu sou assim como juiz. Por essa razão, procurei de alguma forma sintetizar bastante – e confesso que bastante ainda é muito, mas procurei sintetizar – o meu voto em algumas passagens, porquanto, por um lado, o Ministro Lewandowski esgotou a matéria; por outro lado, Ministro Lewandowski, é nossa responsabilidade pública, ao seguir na ordem de votação, por condescendência da Ministra Rosa Weber, um voto como o de Vossa Excelência, seguir de alguma sorte a excelência do seu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, a Corte é instada a se manifestar, em sede controle abstrato de constitucionalidade, sobre a sensível questão das cotas raciais para acesso a instituições públicas de ensino superior.

Cuida-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido liminar, ajuizada, na modalidade autônoma, pelo Democratas (DEM), em face do complexo normativo que instituiu o sistema de cotas raciais para ingresso na Universidade de Brasília (UnB). Os atos estatais questionados são os seguintes: (i) Ata da Reunião Extraordinária do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CESPE), realizada no dia 6 de junho de 2003; (ii) Resolução CEPE nº 38/2003; (iii) Plano de Metas para a Integração Social, Étnica e Racial da UnB, especificamente os pontos I (“Objetivos”), II (“Ações para alcançar o objetivo”), 1 (“Acesso”), alínea “a”; II (“Ações para alcançar o objetivo”), II (“Permanência”), “1”, “2” e “3, a, b, c”; e III (“Caminhos para a implementação”), itens 1, 2 e 3; (iv) Item 2, subitens 2.2, 2.2.1, 2.3, item 3, subitem 3.9.8 e item 7 e subitens, do Edital nº 2/2009, do 2º Vestibular de 2009, do Centro de Seleção e de Promoção de Eventos (CESPE), órgão integrante da Fundação Universidade de Brasília, organizador da realização do concurso vestibular para acesso à UnB.

Alega o Autor, preliminarmente, o cabimento da presente ADPF, porquanto os atos do Poder Público impugnados, ao estabelecerem o regime de cotas raciais para ingresso na UnB, teriam violado distintos preceitos fundamentais consagrados pela Constituição da República (LGL\1988\3), a saber: o princípio republicano (art. 1º, caput) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); a vedação ao preconceito de cor e à discriminação (art. 3º, IV); o repúdio ao racismo (art. 4º, VIII); a igualdade (art. 5º, caput); a legalidade (art. 5º, II), o direito a informações junto aos órgãos públicos (art. 5º, XXXIII), o combate ao racismo (art. 5º, XLII), o devido processo legal e o princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV); os princípios da legalidade, da impessoalidade, da razoabilidade, da publicidade e da moralidade (art. 37, caput); o direito universal à educação (art. 205); igualdade nas condições de acesso ao ensino (art. 206, caput e I); a autonomia universitária (art. 207, caput) e o princípio meritocrático (art. 208, V).

Preliminarmente, reputo preenchidos os requisitos necessários ao conhecimento da presente ADPF. O objeto impugnado se resume a atos infralegais, de estatura hierárquica secundária, insuscetíveis de fiscalização abstrata por ação direta de inconstitucionalidade, consoante sedimentada jurisprudência desta Corte (cf. nesse sentido, ADI 147 MC, ADI 311 MC, ADI 365 AgR, ADI 392, ADI 531 AgR, ADI 536 MC, ADI 589 MC, ADI 940, ADI 996 MC, ADI 1388 MC, ADI 1670, ADI 1900 MC, ADI 2387, ADI 2398 AgR, ADI 2413 MC, ADI 2489 AgR, ADI 2626). Atendida, assim, a exigência de *subsidiariedade* ínsita ao perfil da arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 4º, §1º, Lei nº 9.882/99).

Noutro giro, os dispositivos constitucionais apontados como violados revestem-se de indiscutível magnitude na axiologia da Constituição de 1988, muitos dos quais situados entre os fundamentos da República Federativa brasileira (v.g., princípio republicano e a dignidade da pessoa humana, previstos no art. 1º, caput e inciso III, respectivamente) ou qualificados como cláusulas pétreas (v.g., igualdade, legalidade, direito a informações junto aos órgãos públicos, combate ao racismo, devido processo legal e princípio da proporcionalidade, arrolados no elenco do art. 5º c/c art. 60, §4º, IV). Daí poderem ser tidos como autênticos *preceitos fundamentais*. Admito, portanto, a presente ADPF.

No mérito, porém, **não** merecem prosperar as alegações do partido proponente.

O debate acerca da legitimidade constitucional das políticas de ação afirmativa, especialmente as fundadas em critérios étnico-raciais, não é novo no Brasil. No âmbito do Poder Judiciário, há mais de uma década, decisões, nos mais variados sentidos, são proferidas sobre o assunto. Ora

respaldam-se as iniciativas do Estado, ora rechaçam-se os programas do governo. Já houve até quem questionasse a própria omissão do Poder do Público em criar sistemas de acesso diferenciado às universidades públicas brasileiras (cf. Suspensão de Liminar nº 60, rel. Min. Presidente Nelson Jobim, j. 10/02/2005, publicado em DJ 18/02/2005). Nesse mar de incertezas, cresce a desconfiança do cidadão e compromete-se a estabilidade das relações sociais. Hoje, porém, é chegada a hora de este Supremo Tribunal Federal enfrentar a questão e pacificar as controvérsias.

Nesse longo percurso até a mais alta Corte do País, a discussão ganhou maturidade suficiente para permitir sejam fixadas, de pronto, algumas premissas indispensáveis ao correto enquadramento jurídico-constitucional das políticas de ação afirmativa, notadamente as de caráter étnico-racial, como as discutidas na ADPF.

A *primeira* delas: no Brasil, a pobreza tem cor. Por todo lado abundam dados que evidenciam o enorme abismo que separa as etnias formadoras da sociedade brasileira. Segundo estatísticas disponibilizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), os afrodescendentes (negros e pardos), que correspondem a mais de 50% da população do País, encontram-se em situação profundamente desvantajosa em relação aos brancos em todos os indicadores sociais relevantes – renda, níveis de analfabetismo, acesso a saneamento básico e serviços de saúde, taxa de mortalidade infantil, dentre outros (cf. IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio, 2009, disponível em <http://www.ibge.gov.br/>).

No campo específico da escolaridade, as estatísticas trazidas à balha pelo Ministério da Educação durante a audiência pública realizada nesta Corte dão conta de que existe uma diferença de pelo menos dois anos na média de estudos entre brancos e afrodescendentes. No Ensino Superior esse hiato se acentua: a taxa de frequência dos primeiros é quase o dobro daquela revelada por negros e pardos. Tal discrepância, como indicam os números, persiste e não se reduz com o passar do tempo.

A *segunda* premissa: a disparidade econômico-social entre brancos e negros não é produto do acaso. Não se trata, como afirmou o partido requerente da ADPF, de uma *“infeliz correlação entre a cor do indivíduo, pobreza e a qualidade do estudo”* (fls. 69), fazendo crer que tudo não passaria de obra inescapável do destino, uma triste coincidência. As estatísticas de hoje são produto de ações pretéritas. Revelam com objetividade as cicatrizes profundas deixadas pela opressão racial de anos de escravidão negra no Brasil. Nesse período da história nacional, a cor da pele dizia, sem qualquer pudor, o lugar do indivíduo na sociedade.

A situação de desigualdade decorre de um histórico de segregação e mazelas, em que a abolição da escravatura apenas serviu para trocar o negro de senhor: passou a ser escravo de um sistema feito para que nada mude, apesar das mudanças.

A *terceira* premissa: a abolição do regime escravocrata ocorrida no final do século XIX, embora tenha suprimido formalmente a submissão do negro, não apagou o *código racial* que até hoje viceja dissimuladamente nas relações sociais do País. Sua perpetuação foi facilitada pela inexistência de qualquer política inclusiva das etnias afrodescendentes logo após o fim da mão de obra cativa. O preconceito e a discriminação, embora desde então não mais ostensivos ou institucionalizados, passaram a fazer vítimas em silêncio, camuflados sob o mito da “democracia racial”, tão propalada pela obra de Gilberto Freyre. O sociólogo Florestan Fernandes, já na década de 60, denunciava a inverdade dessa construção idealizada das relações raciais no Brasil:

“Primeiro, generalizou um estado de espírito farisaico, que permitia atribuir à incapacidade ou irresponsabilidade do ‘negro’ os dramas humanos da ‘população de cor’ da cidade, com o que eles atestavam como índices insofismáveis de desigualdade econômica, social e política na ordenação das relações sociais. Segundo, isentou o ‘branco’ de qualquer obrigação, responsabilidade ou solidariedade morais, de alcance moral ou de natureza coletiva, perante os efeitos sociopáticos da espoliação abolicionista e da deterioração progressiva da situação sócio-econômica do negro e do mulato. Terceiro, revitalizou a técnica de focalizar e avaliar as relações entre ‘negros’ e ‘brancos’ através de exterioridades ou aparência dos ajustamentos raciais, forjando uma consciência falsa da realidade racial brasileira. Esta técnica não teve apenas utilidade imediata. Graças à persistência das condições que tornaram possível e necessária a sua exploração prática, ela implantou-se de tal maneira que se tornou o verdadeiro elo entre as duas épocas sucessivas da história cultural das relações entre ‘negros’ e ‘brancos’ na cidade. Em conseqüência, ela também concorreu para difundir

e generalizar a consciência falsa da realidade racial, suscitando todo um elenco de convicções etnocêntricas: 1º) a idéia de que 'o negro não tem problemas no Brasil'; 2º) a idéia de que, pela própria índole do povo brasileiro, 'não existem distinções raciais entre nós'; 3º) a idéia de que as oportunidades de acumulação de riqueza, de prestígio social e de poder foram indistinta e igualmente acessíveis a todos, durante a expansão urbana e industrial da cidade de São Paulo, 4º) a idéia de que o 'preto está satisfeito' com sua condição social e estilo de vida em São Paulo; 5º) a idéia de que não existe, nunca existiu, nem existirá outro problema de justiça social com referência ao 'negro' excetuando-se o que foi resolvido pela revogação do estatuto servil e pela universalização da cidadania – o que pressupõe o corolário segundo o qual a miséria, a prostituição, a vagabundagem, a desorganização da família etc., imperantes na 'população de cor', seriam efeitos residuais, mas transitórios, a serem tratados pelos meios tradicionais e superados por mudanças qualitativas espontâneas."

(FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes*. 3ª. ed. São Paulo: Ática, 1978, pp. 255-256).

A quarta e última premissa: políticas universalistas (*i.e.*, desapegadas a aspectos raciais) de melhoria das condições econômico-sociais da população não são *suficientes* para combater a disparidade de índices de desenvolvimento humano entre brancos e negros no Brasil. É que a injustiça racial opera não apenas no campo da distribuição das riquezas produzidas em sociedade. Envolve também uma significativa dimensão de reconhecimento, essencialmente cultural ou simbólica. Os problemas de reconhecimento dizem respeito ao modo como determinados grupos são enxergados no contexto social, têm que ver com a sua identidade e auto-estima coletivas (cf. FRASER, Nancy. "Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada da justiça". In: *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp.188-212).

Daí por que, segundo Daniel Sarmiento, "*para promover os direitos fundamentais dos afrodescendentes é necessário combater nestes dois fronts – distribuição e reconhecimento*" (SARMENTO, Daniel. "A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação 'De Facto' Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa". In: *Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 141). Isso requer a necessária *conjugação* de medidas universalistas e iniciativas racialmente conscientes para equalização das relações étnicas no Brasil. Não se trata de preferir uma estratégia a outra, mas sim de empregá-las concertadamente.

Assentadas essas premissas, passo a analisar a constitucionalidade das ações afirmativas à luz da Carta de 1988. As políticas de ação afirmativa não se amoldam a um conceito único, de fronteiras científicas precisas, capaz de compreender todas as suas manifestações na experiência (cf. OPPENHEIMER, David Benjamin. "Distinguishing five models of affirmative action". In: *Berkeley Women's Law Journal*, vol. 4, p. 42, 1988-1989). De qualquer sorte, tem-se designado por ação afirmativa, segundo Susan Banfield, como "*políticas destinadas a fornecer espécies limitadas de tratamento preferencial para pessoas de certos grupos raciais, étnicos e sociais, que têm sido as vítimas de uma discriminação de longa data*" (tradução livre do trecho: "*policies designed to provide limited kinds of preferential treatment for people from certain racial, ethnic, and social groups that have been the victims of long-term discrimination*". BANFIELD, Susan. *The Bakke Case – Quotas in College Admissions*. Berkeley: Enslow Publishers, 1998. p. 9)

Numa visão pueril e descompromissada, a utilização de critérios étnicos ou raciais para beneficiar certos grupos não soaria compatível com a garantia da igualdade, nem com a vedação ao racismo e à discriminação, insculpidas na Constituição da República (LGL\1988\3). Ocorre que uma análise mais profunda revela a plena legitimidade constitucional das políticas de ação afirmativa, inclusive as de feição racial.

Essa conclusão pressupõe, de início, o reconhecimento da dimensão *substantiva* ou *material* da igualdade, a mitigar a sua tradicional concepção puramente *formal*. Esta última, tributária das conquistas liberais do iluminismo oitocentista, satisfaz-se com a abolição dos privilégios de classe e a consagração de idêntico tratamento a todos os indivíduos. Traduz-se, historicamente, na *vedação da discriminação*. Nos albores do Estado de Direito, representou conquista civilizatória de importância incontestável. Ainda hoje é indispensável ao bom funcionamento das democracias constitucionais. Com o advento do Estado Social, porém, viu-se confrontar com a nova noção de igualdade: a

material.

A mera proclamação normativa da igualdade não tem qualquer valor sem a sua implementação fática. Com o tempo, percebeu-se que a Constituição não poderia mais ser um conjunto de promessas insequentas, sendo imperiosa a sua efetividade social. A transformação da igualdade formal, de cunho liberal clássico, em uma igualdade material, partiu de uma necessidade ética, bem explicitada por Maria Celina Bodin de Moraes:

“logo se iria verificar, contudo, que essa espécie de igualdade, exclusivamente formal, era insuficiente para atingir o fim desejado, isto é, não privilegiar nem discriminar, uma vez que as pessoas não detêm idênticas condições sociais, econômicas ou psicológicas. Adotou-se então, normativamente, uma outra forma de igualdade, a chamada igualdade substancial, cuja medida prevê a necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade; essa passou a ser a formulação mais avançada da igualdade de direitos. No entanto, e evidentemente, não se pôde prescindir da igualdade formal, à qual se acrescentou esta outra, dita substancial.”

(MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Renovar, 2006. p. 19)

Flávia Piovesan ressalta que, na busca pela igualdade material, não é suficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata, sendo necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em suas peculiaridades e particularidades. Alguns desses sujeitos exigem uma resposta específica e diferenciada, um “direito à diferença”, a fim de assegurar-lhes um tratamento especial (PIOVESAN, Flávia. “Ações Afirmativas: A Questão das Cotas”. *In: Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas*. Coord. Renato Ferreira. Niterói: Impetus, 2011. p. 118-119).

As chamadas ações afirmativas, conforme referido alhures, ganharam força no Brasil desde o início deste Século, notadamente através das cotas para ingresso no ensino superior. São, nas palavras do Min. Joaquim Barbosa, em conhecido trabalho acadêmico, “normas que ao invés de se limitarem a proibir o tratamento discriminatório, combatem-no através de medidas de promoção, de afirmação ou de restauração, cujos efeitos exemplar e pedagógico findam por institucionalizar e por tornar trivial, na sociedade, o sentimento e a compreensão acerca da necessidade e da utilidade da implementação efetiva do princípio universal da igualdade entre os seres humanos” (GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001).

Políticas abrangentes não foram capazes de promover uma equiparação econômico-social entre as etnias, exigindo o recurso a um *discrimen* positivo, de cunho promocional, com vistas ao alcance do modelo de sociedade desejado e prometido pela Constituição. Nos Estados Unidos, o caso *Brown v. Board of Education*, de 1954, constituiu um divisor de águas (*watershed case*) na interpretação da *Equal Protection Clause*, pondo um ponto final no odioso regime de segregação denominado “*separate but equal*”. Entretanto, as marcas deixadas por séculos de segregação social e discriminação não seriam apagadas com uma postura abstencionista. Já sob a égide da Corte Burger, a partir do caso *Bakke*, a Suprema Corte americana passou a reconhecer que a raça seria um fator que poderia ser considerado em políticas de admissão de instituições de ensino, sem que isso constitua violação à Constituição. Desta forma, “estudantes das minorias podem ser admitidos, ainda que não alcancem totalmente o critério acadêmico” (tradução livre do trecho: “*Minority students may be admitted even though they may not fully measure up to the academic criteria*”. SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993. p. 325). Como destacado pelo Justice Brennan, a intenção desse tipo de diferenciação não é a de aviltar ou insultar qualquer grupo racial, mas sim remediar desvantagens impostas por minorias em razão de preconceitos passados (SINDLER, Allan. *Bakke, DeFunis, and Minority Admissions – The Quest for Equal Opportunity*. New York: Longman Inc., 1978. p. 321).

São conhecidas as objeções ao critério de justiça compensatória. Alegam os críticos das ações afirmativas que os indivíduos de hoje não podem pagar pelos erros cometidos no passado e que a reparação deve se limitar ao dano causado, este incalculável.

Os argumentos são essencialmente individualistas e pecam por desconsiderar a normatividade que exsurge do art. 3º, I, da Carta Magna (LGL\1988\3), que impõe a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”. De fato, todos nós temos a responsabilidade de reparar os danos causados pelos equívocos de nossos antepassados, sob pena de, ao contribuir, ainda que por omissão, para a

perpetuação daquelas mazelas, nos tornarmos partícipes desses erros lastimáveis. É o que Michael Sandel descreve como “obrigações que nos são impostas como membros de comunidades com identidades históricas” (SANDEL, Michael. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. Trad. de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 212). Essa obrigação não é apenas moral, mas também jurídica, como destaca, em sede doutrinária, a Ministra Cármen Lúcia:

“[T]odos os objetivos contidos, especialmente, nos três incisos acima transcritos do art. 3º da Lei Fundamental da República traduzem exatamente a mudança para se chegar à igualdade. Em outro dizer, a expressão normativa constitucional significa que a Constituição determina uma mudança do que se tem em termos de condições sociais, políticas, econômicas e regionais exatamente para se alcançar a realização do valor supremo a fundamentar o Estado Democrático de Direito constituído.”

(ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 33, nº 131, 1996. p. 289)

Ademais, a política de cotas não deve ser vista como uma penalidade aos que não se beneficiam diretamente dela. O critério socioeconômico passa a figurar ao lado do mérito aferido na prova técnico-científica, como parâmetro para a admissão na Universidade. Ninguém pode negar, sem contrariar dados empíricos, que o aluno negro oriundo de camada mais pobre da população tem muito mais obstáculos a enfrentar na sua trajetória acadêmica do que o candidato branco e abastado, fator cuja consideração nos exames é absolutamente lícita e não deixa de possuir caráter meritório, com absoluta compatibilidade com o art. 208, V, da Carta Magna (LGL\1988\3) (“*acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um*”).

A diversidade do corpo discente constitui, ainda, elemento desejável de um fecundo ambiente universitário. A experiência dos alunos no decorrer do curso de graduação é muito mais valiosa em existindo o contato com pessoas de diferentes origens, culturas, etnias e classes sociais. O papel da universidade não é apenas o de qualificar futuros profissionais, e sim também o de constituir o nicho no qual serão inculcados valores na formação de seres humanos, sendo certo que a Carta Magna (LGL\1988\3) determina a “valorização da diversidade étnica e regional” (art. 215, § 3º, V).

Deveras, se dentre as finalidades institucionais da Universidade está incluída a de promover o intercâmbio e a integração cultural entre o alunado, justifica-se que a classe econômica e a etnia constituam elementos facilitadores do ingresso do vestibulando no ensino superior. Cuida-se do denominado “princípio da diversidade”, assim esmiuçado pelo professor de Harvard, Michael Sandel: “*um corpo estudantil com diversidade racial permite que os estudantes aprendam mais entre si do que se todos tivessem antecedentes semelhantes (...) as minorias deveriam assumir posições de liderança na vida pública e profissional, porque isso viria ao encontro do propósito cívico da universidade e contribuiria para o bem comum*” (op. cit. p. 213). No mesmo sentido, a docente da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Geórgia, Tanya Washington, aponta que “[a] lógica da diversidade fornece a seguinte justificção para práticas de seleção e admissão de alunos baseadas na raça: a sofisticação do raciocínio é informada e aprimorada pelo desequilíbrio cognitivo que ocorre quando alguém é forçado a reconciliar experiências divergentes, e, já que a sociedade tem criado e mantido realidades raciais divergentes, salas de aula que reflitam essas diversas realidades raciais promovem resultados (otimizados) de aprendizagem” (Tradução livre do trecho: “*The diversity rationale provides the following justification for race conscious admissions practices and policies: higher order thinking is informed and enhanced by the cognitive disequilibrium that results when one is forced to reconcile divergent experiences, and because society has created and maintained divergent racial realities, classrooms reflective of diverse racial realities promote [enhanced] learning outcomes*”. “Loving Grutter: Recognizing Race in Transracial Adoptions”. In: *George Mason University Civil Rights Law Journal*, nº. 16, 2005, p. 7-8).

A experiência demonstrou que o livre acesso à Universidade – a igualdade “na lei” – foi incapaz de promover a devida implementação do princípio da diversidade. Tal circunstância ocorre em razão do segregacionismo velado e latente na nossa sociedade. A conclusão é ratificada por estudo do IPEA, no qual se aduziu “*que as desigualdades raciais também podem ser resultantes de mecanismos discriminatórios que operam, até certo ponto, à revelia dos indivíduos. A essa modalidade de racismo convencionou-se chamar de racismo institucional ou, ainda, de racismo estrutural ou sistêmico*”. Nesta linha, o racismo institucional “[n]ão se expressa por atos manifestos, explícitos ou declarados

de discriminação, orientados por motivos raciais, mas, ao contrário, atua de forma difusa no funcionamento cotidiano de instituições e organizações, que operam de forma diferenciada na distribuição de serviços, benefícios e oportunidades aos diferentes grupos raciais” (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. “Igualdade racial”. In: Políticas sociais: acompanhamento e análise, nº 14, 2007, p. 216). O ponto é ressaltado pelo Min. Joaquim Barbosa, em obra acadêmica, *verbis*:

“Branco monopolizam inteiramente o aparelho do Estado e nem sequer se dão conta da anomalia que isso representa à luz dos princípios da Democracia. Por diversos mecanismos institucionais raramente abordados com a devida seriedade e honestidade, a educação de boa qualidade é reservada às pessoas portadoras de certas características identificadoras de (suposta ou real) ascendência europeia, materializando uma tendência social perversa, tendente a agravar ainda mais o tenebroso quadro de desigualdade social pelo qual o país é universalmente conhecido. No domínio do acesso ao emprego impera não somente a discriminação desabrida, mas também uma outra de suas facetas mais ignominiosas – a hierarquização-, que faz com que as ocupações de prestígio, poder e fama sejam vistas como apanágio os brancos, reservando-se aos negros e mestiços aquelas atividades suscetíveis de realçar-lhes a condição de inferioridade”.

(GOMES, Joaquim Barbosa. Ações afirmativas e o princípio constitucional da igualdade. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 12)

O mesmo ocorre em relação aos estudantes egressos de escolas públicas, cujo nível de preparo é substancialmente inferior ao daqueles agraciados com o custeio do ensino em instituição particular. No curso superior, a situação paradoxalmente se inverte: os abastados logram aprovação para Universidades públicas de excelência e os mais pobres somente obtêm a graduação acaso consigam pagar altas mensalidades, com muito esforço. Assim se mantém um cruel *status quo*, transformando Universidades em ambientes elitizados e segregacionistas.

Eis a função da política de cotas: permitir que a universidade seja capaz de formar um corpo discente plural, capaz de abarcar pessoas oriundas de camadas carentes da população e de minorias desfavorecidas, construindo um futuro promissor em termos de integração e inclusão social.

Se o sistema de cotas é decorrência da finalidade institucional do estabelecimento de ensino superior, a autonomia universitária que lhe é assegurada constitucionalmente (CRFB, 207, *caput*) fundamenta e recomenda a definição concreta de tais políticas por meio de atos próprios da instituição de ensino. É que, para a disciplina da matéria, as universidades possuem *vantagens institucionais comparativas* em relação a outros órgãos e entidades estatais. Elas, de um lado, acumulam maior *experiência* acadêmico-pedagógica, indispensável para o adequado equacionamento da questão educacional; ao mesmo tempo, possuem maior *proximidade* com a realidade socioeconômica e cultural existente em cada região do vasto território brasileiro. Isso facilita o diagnóstico das deficiências existentes no modelo seletivo tradicional (generalista) e a busca de soluções técnicas necessárias ao seu aperfeiçoamento.

Ad cautelam, deve-se ressaltar que essa constatação não impede que leis em sentido formal tratem de políticas inclusivas de ação afirmativa, fixando sua obrigatoriedade ou estabelecendo critérios para sua execução. Não existe, na hipótese, qualquer *reserva de Administração* que interdite a disciplina da matéria pelas casas legislativas. Prevalece no direito brasileiro o princípio do *primado da lei*, cuja universalidade temática é garantia dos cidadãos no Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 1º, *caput*). Destarte, o que se está a afirmar, bem ao contrário, é apenas que a instituição de sistemas de ação afirmativa *prescinde* de lei formal, encontrando na previsão constitucional da autonomia universitária (CRFB, 207, *caput*) a norma jurídica *habilitadora* da atuação administrativa do Estado. Eventual superveniência de lei sobre a matéria impõe-se sobre a disciplina regulamentar acaso existente.

Afora a possibilidade de trato da matéria por meio de ato administrativo da própria Universidade, a legislação brasileira contempla, em diferentes diplomas, autorização para que as instituições públicas de ensino possam definir *sponte propria*, com base em sua autonomia administrativa (CRFB, art. 207), os critérios de seleção e admissão de estudantes, inclusive com a possibilidade de instituição de programas de ação afirmativa fundada em critério étnico-racial. De forma esquemática, confira-se o seguinte painel:

(i) A Lei nº 9.394/96, ao estabelecer as diretrizes e bases da educação nacional, prevê que compete às instituições de educação superior credenciadas como universidades deliberar sobre critérios e

normas de seleção e admissão de estudantes, bem como fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do seu meio (art. 51 c/c art. 53, IV e parágrafo único, II);

(ii) A Lei nº 10.172/01, ao aprovar o Plano Nacional de Educação de 2001 a 2011, estabeleceu, dentre os objetivos e metas para o ensino superior, “*criar políticas que facilitem às minorias, vítimas de discriminação, o acesso à educação superior, através de programas de compensação de deficiências de sua formação escolar anterior, permitindo-lhes, desta forma, competir em igualdade de condições nos processos de seleção e admissão a esse nível de ensino*” (item 19);

(iii) A Lei nº 10.558/02, ao criar o Programa Diversidade na Universidade, definiu como sua finalidade “*implementar e avaliar estratégias para a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, especialmente dos afrodescendentes e dos indígenas brasileiros*” (art. 1º);

(iv) A Lei nº 10.678/03 criou a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial vinculada à Presidência da República, a quem compete a coordenação da Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial – PNPIR (Decreto nº 4.886/03), englobando ações afirmativas voltadas para a “*eliminação de qualquer fonte de discriminação e desigualdade raciais direta ou indireta, mediante a geração de oportunidades*” (Anexo – Objetivos específicos);

(v) A Lei nº 12.228/10, ao instituir o Estatuto da Igualdade Racial, estipulou que, no âmbito do direito à educação da população negra, “*o poder público adotará programas de ação afirmativa*” (art. 14);

(vi) A Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, internalizada ao ordenamento pátrio pelo Decreto nº 65.810/69, prevê que “*não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos*” (art. 1º, item 4). A aludida Convenção foi incorporada ao ordenamento pátrio com status hierárquico supralegal, à luz da jurisprudência desta Suprema Corte (cf., dentre outros, RE 466343, rel. Min. Cezar Peluso, RE 349703, rel. Min. Carlos Britto, HC 92566, rel. Min. Marco Aurélio, todos julgados pelo Tribunal Pleno, em 03/12/2008, DJe-104 divulgado em 04-06-2009).

Todas essas previsões legais evidenciam, a mais não poder, a plena viabilidade jurídica da instituição de programas de ação afirmativa pela via *administrativa*, mediante deliberação das próprias instituições de ensino superior. Não ocorre, na hipótese, qualquer usurpação de competência legislativa privativa da União para dispor diretrizes e bases da educação nacional (CRFB, art. 22, XXIV). A *uma* porque a própria lei que definiu tais diretrizes reservou às universidades a definição dos critérios de seleção de estudantes, bem como o número e perfil de vagas oferecidas (art. 51 c/c art. 53, IV e parágrafo único, II). A *duas* porque à Lei nº 9.394/96 somam-se diversos outros diplomas que expressamente admitem, quando não verdadeiramente impõem, a implementação de políticas de ação afirmativa. Por fim, ainda que assim não fosse, a autonomia universitária embasa e justifica o ato editado pela própria instituição de ensino.

À luz dessas razões, não vislumbro qualquer vício formal que contamine a política de cotas instituída pela Universidade de Brasília.

O partido requerente questiona também os critérios empregados pela UnB para identificação dos beneficiários das políticas afirmativas inclusivas. Segundo entende, apenas critérios biológicos, fundados em “ancestralidade genômica” (fls. 31), poderiam conferir transparência e evitar abusos na implementação de cotas étnico-raciais. Como isso não se revela factível, em termos de custos para mapeamento genético de cada candidato ao vestibular, sustenta a inviabilidade do programa instituído pela Universidade de Brasília. Aduz ainda que, tal como engendrado, o modelo em apreço criaria verdadeiro “Tribunal Racial para definir quem é negro no Brasil” (fls. 29).

Não endosso essas conclusões.

Destaco, de início, a absoluta impropriedade em conceber a noção jurídica de “raça” a partir de aspectos biológicos, ligados à estrutura molecular do genoma humano. A ideia de “raça” que ganha

relevo jurídico deflui de fatores históricos, políticos, sociológicos e culturais. Não se trata de um dado da natureza, mas de uma construção forjada pelas relações humanas ao longo dos tempos. É essa, aliás, a posição já expressamente placitada pela jurisprudência desta Suprema Corte:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. (...) 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. (HC 82424, rel. Min. Moreira Alves, rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. em 17/09/2003, DJ 19-03-2004)

A discriminação e o preconceito existentes na sociedade não têm origem em supostas diferenças no genótipo humano. Baseiam-se, ao revés, em elementos fenotípicos de indivíduos e grupos sociais. São esses traços objetivamente identificáveis que informam e alimentam as práticas insidiosas de hierarquização racial ainda existentes no Brasil. Nesse cenário, o critério adotado pela UnB busca simplesmente incluir aqueles que, pelo seu fenótipo, acabam marginalizados. Diante disso, não vislumbro qualquer inconstitucionalidade na utilização de caracteres físicos e visíveis para definição dos indivíduos afrodescendentes.

Também não acolho a impugnação de que a existência de uma comissão responsável por avaliar a idoneidade da declaração do candidato cotista configure um “Tribunal Racial”. O tom pejorativo e ofensivo empregado pelo partido requerente não condiz com a seriedade e cautela dos instrumentos utilizados pela UnB para evitar fraudes à sua política de ação afirmativa. A referida banca não tem por propósito definir quem é ou não negro no Brasil. Trata-se, antes de tudo, de um esforço da universidade para que o respectivo programa inclusivo cumpra efetivamente seus desideratos, beneficiando seus reais destinatários, e não indivíduos oportunistas que, sem qualquer identificação étnica com a causa racial, pretendem ter acesso privilegiado ao ensino público superior.

Aliás, devo ressaltar que compreendo como louvável a iniciativa da Universidade de Brasília ao zelar pela supervisão e fiscalização das declarações dos candidatos postulantes a vagas reservadas. A medida é indispensável para que as políticas de ação afirmativa não deixem de atender as finalidades que justificam a sua existência. Não se pretende acabar com a autodefinição ou negar seu elevado valor antropológico para afirmação de identidades. Pretende-se, ao contrário, evitar fraudes e abusos, que subvertem a função social das cotas raciais. Deve, portanto, servir de modelo para tantos outros sistemas inclusivos já adotados pelo território nacional. De qualquer modo, a atuação das universidades públicas no controle a verossimilhança das declarações não dispensa o acompanhamento da questão pelo Ministério Público, a quem compete zelar pela defesa da ordem jurídica (CRFB, art. 127, *caput*).

Ex positis, voto pela improcedência do pedido deduzido na presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber: Senhor Presidente, trata-se de ação de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pelo Partido Democratas contra os atos normativos pelos quais implantado o sistema de cotas, pelo critério étnico-racial, na Universidade de Brasília (UnB), mais precisamente: a Ata da Reunião Extraordinária do Conselho Ensino, Pesquisa e Extensão (CEPE), realizada em 06 de junho de 2003; a Resolução 38 do CEPE, de 18 de junho de 2003; o Plano de Metas para a Integração Social, Étnica e Racial, no que concerne a seus objetivos, ações para alcançá-los, definição do acesso à universidade, permanência na universidade e caminhos para a implementação do plano; e itens do Edital 2, referente ao segundo vestibular de 2009, de 20 de abril de 2009, do Centro de Seleção e Promoção de Eventos (CESPE).

Aponta, o arguente, a violação dos seguintes preceitos constitucionais: art. 1º, *caput* (princípio republicano), e inciso III (dignidade da pessoa humana); art. 3º, inciso IV (que veda o preconceito de

cor e a discriminação); art. 4º, inciso VIII (repúdio ao racismo); art. 5º, inciso I (igualdade), II (legalidade), XXXIII (direito à informação dos órgãos públicos), XLII (combate ao racismo) e LIV (devido processo legal pelo princípio da proporcionalidade); art. 37, *caput* (legalidade, impessoalidade, razoabilidade, publicidade e moralidade na administração pública, corolários do princípio republicano); art. 205 (direito universal à educação); art. 206, *caput* e inciso I (igualdade nas condições de acesso ao ensino); art. 207, *caput* (autonomia universitária) e art. 208, inciso V (princípio meritocrático para acesso ao ensino).

O ponto principal do debate diz com a reserva de 20% do total de vagas oferecidas pela Universidade de Brasília para candidatos negros, assim considerados os pretos e os pardos.

A tese funda-se, em síntese, no argumento primeiro de que a falta de acesso do negro às universidades, principalmente às universidades públicas, decorre de seu posicionamento nos estratos econômicos mais baixos da população, consistindo, o fato de ser pobre – e não o de ser negro-, o verdadeiro fator de exclusão. Nessa linha, o critério de cotas estaria a instituir discriminação de raça, inexistente no país, privilegiando os negros integrantes das classes média e rica, com a discriminação reversa a atingir os brancos pobres.

Esgrimido, logo após, o argumento da quase impossibilidade de identificar os negros, os mestiços e os brancos na sociedade brasileira, pela altíssima miscigenação, inviabilizadora, inclusive, da determinação do grupo causador dos atos geradores da responsabilidade, bem como dos reais destinatários das medidas de inclusão.

Como ponto argumentativo ainda levantado o da insustentabilidade do próprio conceito de raça sob a ótica genética – restrita, a raça, a conceito social-, com o risco de virem a acirrar o conflito as políticas que consideram tal fator como elemento de compensação social.

Lembrados, igualmente, no plano internacional, o processo artificial de identificação étnica em Ruanda (imposto pelos colonizadores belgas, a gerar separação social inexistente antes da colonização a desaguar na guerra civil entre hutus e tutsis) e a especificidade do conflito interno nos Estados Unidos, de todo diverso da realidade brasileira.

A UnB, o Advogado- Geral da União e o Procurador- Geral da República, a seu turno, em suas manifestações pela improcedência da ação, opõem, basicamente, os argumentos de que o sistema de cotas implementado permite a inclusão de camada desfavorecida tanto pela renda quanto pela cor; o segregacionismo velado cria o mito da democracia racial e precisa ser combatido, equilibrando-se as disputas entre os variados grupos de brasileiros às mais diversas oportunidades sociais; tal equilíbrio propicia a efetivação do princípio do desenvolvimento de uma sociedade justa, livre e igualitária; os sistemas de cotas raciais iniciados pelas diversas universidades brasileiras têm ajudado a transformar o ambiente acadêmico em um lugar verdadeiramente plural; e tem aumentado a participação de pretos e pardos nas universidades brasileiras, inclusive nos cursos de maior concorrência.

Como se vê, Senhor Presidente, é mais um tema extremamente sensível que se coloca ao exame desta Corte em controle concentrado de constitucionalidade, via arguição de descumprimento de preceito fundamental.

De início, em juízo de admissibilidade, reputo a ADPF instrumento processual hábil para questionar a adequação à Constituição da República (LGL\1988\3) dos atos administrativos evocados, à falta no ordenamento jurídico pátrio de outro instrumento processual, com igual eficácia, idôneo a tanto. Ausente, ainda, em sistema de fiscalização abstrata, o suposto óbice da conexão com a ADI 3197/RJ, da relatoria do Ministro Dias Toffoli, na linha, dos precedentes desta Casa.

Superadas as preliminares, permito-me tecer, quanto ao tema de fundo, na esteira do brilhante voto do eminente relator, breves observações.

Sem dúvida demanda profunda reflexão um debate como este sobre cotas para acesso ao ensino superior, pelo critério étnico-racial. Em jogo alguns dos direitos constitucionais mais fundamentais que se apresentam na vida cotidiana da sociedade brasileira.

Presente sempre o respeito pelas opiniões divergentes e consabida a multiplicidade de abordagens que o tema comporta, a decisão há de ser tomada à luz da Constituição da República (LGL\1988\3),

em consonância com os valores, princípios e regras nela consagrados.

Permito-me pontuar que, nos processos objetivos, como este, o Supremo Tribunal Federal tem contribuído, e muito, a meu juízo, para o aperfeiçoamento da percepção da pluralidade, em nosso país, e a criação de espaços democráticos de debate, em que diferentes perspectivas se sustentam, a evidenciar a abertura não apenas dos textos normativos – e somos todos nós, cidadãos brasileiros, intérpretes da Constituição-, mas também do sistema como um todo. E nesse quadro avulta o crescente comparecimento de grupos sociais que não tinham visibilidade antes da quebra de paradigma resultante da Lei Maior de 1988, verdadeira celebração, em suas normas e princípios informadores, da diversidade e da pluralidade constitutivas de nosso país, em detrimento de uma inexistente homogeneidade pressuposta até então, como bem observa o Ministério Público Federal em suas manifestações.

Se é evidente o ganho democrático decorrente desse reconhecimento da abertura do sistema constitucional, também o é a maior complexidade do ato de decidir. Especialmente em questões constitucionais, há de mostrar o juiz que a sua interpretação realiza o desenvolvimento institucional desejado por uma Constituição democrática e está de acordo com o que pode ser tido por elemento viabilizador da implementação dos direitos constitucionais dos mais diversos grupos. Nesse ponto, surge a percepção de que liberdade e igualdade andam de mãos dadas. Para ser livre, é preciso ser igual. Para ser igual, é preciso ser livre (não por outra razão os ideais da Revolução Francesa se traduziram na tríade liberdade, igualdade e fraternidade).

No presente processo, a questão que se põe diante desta Corte Constitucional é, a rigor, a da igualdade racial. Não da raça como elemento genético, algo já afastado pelas ciências biológicas e sociais, e por este mesmo Tribunal no chamado “caso Ellwanger” (HC 82.424), mas como construção social responsável pela invisibilidade de parcela importante da população brasileira, e, por assim dizer, por sua segregação, ainda que não em decorrência de política oficial nesse sentido.

A igualdade, é consabido, se apresenta, na construção do constitucionalismo moderno, por dois enfoques: formal e material. A igualdade formal é a igualdade perante a lei. É aquela que permite que todos sejam tratados, em abstrato, da mesma forma, independentemente de critérios outros que não o seu reconhecimento como sujeito de direito. Se todos têm os mesmos direitos e obrigações, todos são igualmente livres para realizar suas próprias perspectivas de vida, respeitada a máxima segundo a qual, no plano do indivíduo, o que não é proibido é permitido. Mas, por ser uma igualdade formal, com idêntico tratamento em normas gerais e abstratas, trata-se de igualdade presumida, enquanto desconsidera processos sociais concretos de formação de desigualdades.

Identificadas essas desigualdades concretas, a presunção de igualdade deixa de ser benéfica e passa a ser um **fardo**, enquanto impede que se percebam as necessidades concretas de grupos que, por não terem as mesmas oportunidades, ficam impossibilitados de galgar os mesmos espaços daqueles que desfrutam de condições sociais mais favoráveis. E, **sem igualdade mínima de oportunidades, não há igualdade de liberdade**. Inegavelmente as possibilidades de ação, as escolhas de vida, as visões de mundo, as chances econômicas, as manifestações individuais ou coletivas específicas são muito mais restritas para aqueles que, sob a presunção da igualdade, não têm consideradas suas condições particulares.

Necessária se faz, então, a intervenção do Estado, que tem ocorrido em especial por meio das chamadas ações afirmativas. É preciso adentrar no mundo das relações sociais e corrigir a desigualdade concreta para que a igualdade formal volte a ter seu papel benéfico. Assim, a desigualdade material, que justifica a presença do Estado nas relações sociais, só se legitima quando identificada concretamente, a impedir que determinado grupo ou parcela da sociedade usufrua das mesmas chances de acesso às oportunidades sociais de que beneficiários outros grupos. Se as oportunidades são limitadas, é necessário que todos os indivíduos e todos os grupos tenham chances equivalentes de usufruí-las. Uma vez que tal situação está em perspectiva, só então é dado ao legislador e ao aplicador do Direito voltar a presumir a igualdade em razão do igual tratamento legal. Em outros termos, às vezes se fazem necessários tratamentos desiguais em determinadas questões sociais ou econômicas para que o resto do sistema possa presumir que todos são iguais nas demais esferas da sociedade.

Essa é a questão que ora se apresenta: os negros (considerados os pretos e o pardos) apresentam uma condição social e histórica específica que os afasta das mesmas oportunidades que indivíduos

tidos por brancos na sociedade brasileira? Se a resposta for afirmativa, sem dúvida é devida a intervenção do Estado para corrigir esse desvio social e histórico gerador de desigualdade e, portanto, de separação concreta na sociedade brasileira. Se não, a intervenção estatal, por qualquer uma de suas possíveis formas de manifestação, reveste-se de inconstitucionalidade, ausente desequilíbrio concreto a corrigir.

Ora, por todas as manifestações nas audiências públicas realizadas, nos memoriais entregues e nas sustentações orais de ambas as correntes – e ainda pelo meu próprio olhar, Sr. Presidente, sobre a realidade brasileira-, minha convicção é de que afirmativa a resposta.

Mesmo a se admitir, *ad argumentum*, a tese de que a quase ausência de negros no ensino superior e nos postos mais altos do mercado de trabalho e da vida social brasileira não resulta de uma recusa consciente pela cor, fato é que flagrante a disparidade racial em nossa sociedade. Como já foi dito, a pobreza tem cor no Brasil. Com efeito, impressiona, Sr. Presidente, o dado de que, dentre os 10% da população mais pobre do nosso país, 75% é composta de pretos e pardos. Isso quer dizer que, dentre aqueles com menores perspectivas de alcançar as oportunidades mais básicas oferecidas pela sociedade brasileira para o seu desenvolvimento, a imensa maioria é de negros. Por outro lado, dentre aqueles que têm à disposição as melhores oportunidades sociais, a esmagadora maioria é de brancos. Assim, os negros não se reconhecem (e os dados mostram isso) dispendo das mesmas chances de vida que os brancos.

De outra parte, por mais que se possa sustentar, por hipótese, que o negro não deixa de estar na universidade pelo fato de ser negro, inegável que, na sociedade contemporânea, o acesso aos mais altos níveis da educação nacional propicia melhores oportunidades de vida. E se os negros não chegam à universidade, por óbvio não compartilham, em igualdade de condições, das mesmas chances que os brancos. Poder-se-ia dizer que os brancos pobres têm a mesma dificuldade, mas fato é que a representatividade na pirâmide social, conforme os dados trazidos à baila nesta discussão, não se mostra equilibrada. Se a quantidade de brancos e negros pobres fosse aproximada, seria plausível dizer que o fator cor é desimportante. Enquanto as chances dos mais diversos grupos sociais brasileiros não forem minimamente equilibradas – e o desequilíbrio emerge das estatísticas disponíveis-, não parece razoável reduzir a desigualdade social brasileira ao critério econômico.

É nessa esteira que reputo consonante com a Constituição da República (LGL\1988\3) o sistema temporário de cotas implementado na UnB, objeto desta ADPF 186, a permitir a ampliação do contingente de negros em seus quadros, com o conseqüente acréscimo da representatividade social no ambiente universitário. Por óbvio que, quando houver um equilíbrio da representação, o sistema não mais se justificará, não mais será necessário. Por isso o cuidado de fixar o seu prazo de duração, por isso a temporariedade do programa instituído. Quando o negro se tornar “visível” nas esferas mais almeçadas da sociedade, política compensatória alguma será necessária.

Cabem, ainda, mais algumas rápidas considerações para mostrar a constitucionalidade da política de cotas como forma de ação afirmativa nas universidades brasileiras. Primeiramente, considero, Sr. Presidente, que o modelo não fere o princípio da proporcionalidade. O fato de uma política pública correr o risco de não ser eficaz não é razão para considerá-la, *prima facie*, inadequada. Qualquer política pública corre o risco de fracassar. Só o seu fracasso efetivo pode ser causa da sua qualificação como inadequada. E, de acordo com as exposições das audiências públicas, as universidades têm conseguido realizar de maneira convincente seus objetivos com as cotas: aumentar o contingente de negros na vida acadêmica, mantê-los nos seus cursos e capacitá-los para disputarem as melhores chances referentes às suas escolhas de vida. Lembro aqui de interessante reportagem, na imprensa, sobre educação inclusiva, em maio do ano passado, sobre a primeira turma de formandos em Medicina da UERJ, a primeira a adotar o sistema de cotas no país.

Também não vislumbro violação do subprincípio da necessidade. Sem dúvida que o investimento na educação básica é essencial e há de ser estimulado, mas invidável que exige tempo para surtir efeitos. Já a política de cotas é imediata e temporária, tendendo a desaparecer na medida em que as desigualdades sociais diminuem.

Com relação à ponderação de valores, também não socorre, a meu juízo, os que defendem a posição contrária às cotas. Não há um desequilíbrio favorável à sua inconstitucionalidade no cotejo com as razões que sustentam a sua constitucionalidade. Como já ressaltado, faz parte do papel do

Estado a correção de desigualdades concretas para que a presunção de igual tratamento possa se legitimar. O sistema de cotas objetiva oportunizar maior acesso dos negros às universidades brasileiras, com vista a equilíbrio nas oportunidades sociais. Assim, as razões se inclinam pela manutenção do sistema, enquanto critério concreto e temporário de tratamento desigual para a realização de igualdade material que levará à justificação da presunção geral de igualdade.

Outro ponto digno de registro é que não reconheço direito subjetivo – passível, enquanto tal, de violação –, a ocupar as vagas do ensino superior pura e simplesmente por mérito aferido na classificação em vestibular. A universalização do ensino diz respeito ao ensino básico (fundamental e médio). Se assim não fosse, não faria sentido condicionar o acesso ao nível superior ao mérito. Não há direito subjetivo a cursar uma faculdade, muito menos pública. É o que se extrai, a meu juízo, do inciso V do art. 208 da Constituição Federal (LGL\1988\3).

Por sua vez, as universidades são dotadas de autonomia didático-científica (*caput* do art. 207 da Constituição), o que implica poder para decidir sobre o modelo didático-pedagógico mais eficiente para a realização de suas finalidades. Às universidades cabem três tarefas básicas e indissociáveis: ensino (preparo acadêmico-intelectual e profissional); pesquisa (produção de conhecimento inovador que propicie compreensão social, teórica e desenvolvimento tecnológico) e extensão (uso do conhecimento produzido e do preparo dos seus alunos para transformara realidade em que está inserida). As cotas têm cumprido essas três tarefas: acesso ao ensino de grupo representativo que não se via significativamente presente no ensino superior; melhor compreensão da realidade brasileira e das suas condições de mudança; transformação dos meios sociais em que as universidades estão inseridas para propiciar melhores chances sociais para aqueles histórica e socialmente espoliados dessas oportunidades, de acordo com as condições concretas de cada localidade.

Além disso, as cotas não ferem necessariamente o critério do mérito. Os concorrentes às vagas de cotistas, como emerge das audiências e das informações dos *amici curiae*, devem passar por uma nota de corte, de forma que entre eles está presente o critério do mérito. E as vagas remanescentes podem ser redirecionadas para os demais candidatos aprovados, mas não classificados.

Se não há direito subjetivo a ocupar vaga de ensino superior, o espaço está livre para a realização de políticas públicas de inclusão social que não violem os princípios básicos de cunho individual e coletivo e aqueles que se referem ao ensino superior.

Enfim, no que diz com as comissões de classificação formadas pela UnB para avaliar o preenchimento, pelos candidatos às vagas de cotistas, da condição de negro, deve-se considerar que a discriminação, no Brasil, é visual. Expressivo, a propósito, na obra *Um enigma chamado Brasil – 29 intérpretes de um país*, artigo de Maria Laura Viveiros de Castro Cavalcante, sob o título “Estigma e Relações Raciais na obra pioneira de Oracy Nogueira – paulista de Cunha, falecido em 1996, filho de professores brancos e católicos e com doutorado na Universidade de Chicago, nos Estados Unidos. Fez, Oracy Nogueira, extensas pesquisas entre 1940 e 1955 sobre o preconceito racial no Brasil e nos Estados Unidos, forjando os conceitos, ainda ontem lembrados da tribuna, de **preconceito de origem** e **preconceito de marca**. Segundo o seu magistério, enquanto nos Estados Unidos prevalece o **preconceito de origem**, que elege como critério de discriminação a **ascendência**, a gota de sangue (qualquer que seja a presença de ancestrais do grupo discriminador ou discriminado na ascendência de uma pessoa mestiça, ela é sempre classificada no grupo discriminado), no Brasil viceja o **preconceito de marca**, em que o fenótipo, a aparência racial é o critério da discriminação, consideradas não só as nuances da cor como os traços fisionômico. Nessa linha, explícita a articulista, a concepção de branco e não branco varia de indivíduo para indivíduo dentro do mesmo grupo ou da mesma família, e atua – insidioso e abominável como qualquer forma de discriminação –, mediante a **preterição**. Assim, complementa ela, ao concorrer em igualdade de condições, a pessoa “escura” será sempre preterida por uma pessoa mais “clara”, e na hipótese de demonstração, pela pessoa mais “escura”, de inegável superioridade em inteligência e habilidades, o que se permite é que se lhe abra “uma exceção”. A cor, finaliza, como metonímia racial, emerge, pois, como categoria duplamente cultural.

Feitas estas breves considerações, Sr. Presidente, e convicta de que os princípios e regras constitucionais tidos como violados pelo autor da ação na verdade amparam o sistema temporário de cotas em exame, subscrevo todos os fundamentos esposados com brilhantismo no voto do eminente Relator para concluir, como ele, pela improcedência desta ADPF 186.

É como voto.

TRIBUNAL PLENO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 186

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Senhor Presidente, inicio também, como os demais, elogiando o brilhante voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Como ele, tenho a compreensão de que a presente é uma questão de gravidade enorme. Não é questão simples ou corriqueira.

Senhor Presidente, farei as minhas observações apenas para pontuar a questão tal como a entendo. Primeiro, iniciando pela constatação de que, muito cedo, descobre-se, melancolicamente, que a igualdade pode ter a espessura da pele, que isso pode ser um desvalor na vida, como se o critério da melanina fosse o dedal no qual se coteja a dignidade humana em pequenas doses para se vencer o mar do preconceito. E a igualdade, que é tantas vezes decantada, é o princípio mais vezes repetido na Constituição de 1988; vem posto no preâmbulo da Constituição. E como é difícil fazer com que ela se torne efetiva, plena e que tenhamos uma sociedade com igualdade para todos. Quem sofre qualquer tipo de preconceito – e a escolha do verbo é prévia, pois preconceito é sofrimento-, percebe que esses princípios constitucionais viram retóricas repetidas, consentidas na linguagem, mas iludidas na prática.

Por isso, o tema posto neste julgamento me pareceu tão grave e complexo, até porque tanto o autor, quanto os **amici curiae**, em sentido contrário – claro que também os que o acompanharam –, apresentaram argumentações de ambos os lados, muito graves, muito sérias, muito consistentes, muito bem preparadas. Não tenho a menor dúvida de que aqueles que têm compreensão contrária a que será a minha conclusão, não deixam de merecer o meu respeito e a minha compreensão. Aliás, isso só reforça que a diferença faz parte da vida e que, para ser igual e livre, é preciso, realmente, não tolerar, mas respeitar as diferenças naquilo que elas indiquem a nossa singularidade, a nossa individualidade, mas não fazer da diferença aquilo que possa agredir a nossa dignidade.

E, por isso, Presidente, centrei meu voto em três pontos fundamentais, na linha exatamente do que fez o Ministro Ricardo Lewandowski em seu alentado voto.

No que é a igualdade e a igualação, a Constituição brasileira de 1988 produziu, a meu ver, uma grande diferença em relação aos outros textos constitucionais, porque não apenas reforçou o que havia desde a Carta de 1824 – que já falava na igualdade, apesar de termos sido o último povo deste continente a acabar com a escravidão, mas se tinha, ali, a referência ao princípio da igualdade formal –, mas por partir da compreensão de que a igualdade é processo dinâmico, por isso a igualação, porque a igualdade é estática, é garantia daquele que já se igualou. E a igualação é um processo dinâmico de fazer com que aqueles que não adquiriram ainda uma condição de poder ter igualdade de oportunidades para ser igualmente livres, possam vir a adquirir essas condições. Daí as políticas chamadas compensatórias.

E, para isso – a Ministra Rosa Weber acaba de enfatizar –, o segundo dado do meu voto é exatamente a questão da liberdade de ser, que somente foi plantada – o Ministro Lewandowski fazia referência ontem – quando a sociedade, no mundo todo, tomou ciência de que a sua identidade haveria de ser respeitada naquilo que o distingue não na sua humanidade, mas na sua peculiaridade, que é: cada um de nós sermos iguais, mas sermos únicos. Portanto, eu enfatizo exatamente isso.

Terceiro ponto do meu voto é a questão da responsabilidade social e estatal de fazer com que o princípio constitucional da igualdade dinâmica, dessa igualdade que muda para transformar a sociedade e que está posta no artigo 3º da Constituição – que não é apenas um aviso, um conselho, mas é uma norma – que se cumpra, ou seja, que nós tenhamos políticas que cumpram o objetivo do Brasil, de fazer com que o Brasil seja uma sociedade livre, justa, solidária, com a igualdade como seu valor fundamental inscrito, como valor mesmo, desde o preâmbulo.

E aqui eu queria contar, rapidamente, duas histórias que marcam e que me levaram até o meu primeiro trabalho escrito: meu primeiro livro ter sido sobre o princípio da igualdade.

O primeiro é que, no início da década de 90, dei de presente a duas sobrinhas umas bonequinhas artesanalmente feitas. As duas eram bonecas negras. Uma das meninas encantou-se com a sua bonequinha, achou uma gracinha o presente. A outra, linda menina de pele negra, rejeitou o presente, não aceitou a boneca.

E eu dizia:

– Como não, está boneca é linda!

E ela:

– Não é não, é feia, parece comigo.

A família descobriu que, em algum lugar sem amor, a menina construía dentro de si uma imagem negativa de si a partir de algo que nem sabíamos.

A marca de uma pessoa que tem um espelho que é o outro, tão diferente, é uma marca que assinala a fragilidade humana, difícil de se recompor quando atingida. Ninguém nunca disse nada sobre a cor em minha casa, até onde me consta. Aquela menina é que, nas escolas onde frequentava, não se reconhecia como padrão, como modelo que não era aquele dela. Por isso ela não aceitava o meu presente.

E o segundo episódio que eu vivi foi perto da PUC de Minas. Ao entrar numa lanchonete, uma menininha, a Lucia, pediu-me que comprasse um sanduíche, deu-me um dinheiro para que comprasse para ela um lanche qualquer.

Eu disse:

– Mas se é seu, por que você não compra?

A PUC tem uma escola, curso fundamental, dizia-se primário, e ela disse:

– Eu não posso entrar aí, porque sou negra, e, se eu entrar, vão achar que o dinheiro não é meu.

E ela estava numa condição absolutamente igual a qualquer pessoa que, com dinheiro, queria e poderia comprar o que quisesse. O que significa que, quando a gente marca, na infância, com um sinal de inferioridade, pela desigualdade de oportunidades comuns, não pode ser desconhecido pela sociedade como se nada tivesse acontecido, como se nós tivéssemos uma democracia racial, como se não tivéssemos nenhuma dificuldade. E desconhecer isso não muda, de jeito nenhum, a sociedade. E digo isto, com todo o respeito, pelas obras que recebi e que li – da Professora Roberta, do Professor Demétrio, do Kamel –, de todos os que recebi e que li, exatamente em função desse julgamento, e que respeito. Mas a minha visão de vida, experiência de vida, me leva a ter escrito sobre esse tema e ter a convicção de que a situação que cada um vive não é algo que pode ser ignorado, porque isto se multiplica numa sociedade e fragiliza grande parte daqueles que têm, como eu, o mesmo direito a ter o respeito, o autorrespeito, e saber-se digno humanamente para que obtenha a igualdade de oportunidades. Como disse, conto experiências que vivi em minha casa, não são achados de vida alheia.

Por isso acho que as ações afirmativas não são as melhores opções; melhor opção é ter uma sociedade na qual todo mundo seja igualmente livre para ser o que quiser. Mas isto é um processo, uma etapa, uma necessidade diante de um quadro onde isso não aconteceu naturalmente.

E lembro aqui – e foi hoje tantas vezes citado poemas que nem queria citar outro. Mas acho que o que vou citar nem é um poema, é mais um alerta do poeta Ferreira Gullar, quando diz de nós brasileiros, que somos todos iguais não porque seja o mesmo o sangue que no corpo levamos; o que tem sido o mesmo é o modo como o derramamos. E este modo como o derramamos marca o direito para se realizar a justiça, mudando exatamente comportamentos, que é isso que a Universidade, neste caso, me parece exatamente ter buscado fazer e realizar.

E, além desses três dados, a igualação, como princípio constitucional dinâmico da igualdade, a liberdade de ser, e de ser diferente, garantida a identidade, a dignidade nesta identidade, e a responsabilidade social e estatal para promover as políticas necessárias para a transformação – pois numa democracia não se dá a cada um o que é seu, mas se adotam políticas para se dar a cada um

segundo a sua necessidade –, também partilho, como o Ministro Ricardo Lewandowski ontem tão bem acentuou, que, neste caso, quer se analise sob o prisma do princípio da proporcionalidade – que, neste caso, é rigorosamente, a meu ver, observado, nos termos postos pela Constituição e naquilo que a Constituição determinou, portanto, não criando outras formas de discriminação para outros grupos, mas apenas propiciando que estes que são os que, historicamente, têm sido menos aquinhoados com oportunidades, que possam ter acesso a isso e projetar essa mudança –, quer se considere a função social da Universidade, que é a de promover todos os valores necessários para que os princípios constitucionais sejam efetivados, o que se impõe e se cumpre é o valor de uma Constituição posta para ser concretizada nos termos dos princípios que marcam, em seus fundamentos, essa construção democrática.

Tudo isso está posto devidamente de forma muito esmiuçada em meu voto, que, de uma vez, antecipo, Senhor Presidente, apenas assinalando, no final, que, como eu disse, me parece que as políticas compensatórias, neste caso agora examinado, têm como critério – e aí realmente poderia ser considerado que isoladamente não proporcionaria o cumprimento do objetivo –, as políticas compensatórias devem ser acompanhadas de outras.

Agora, em minha experiência de professora, aqueles que tiveram essa oportunidade, dela se valeram de forma a sobrevalorizar essa oportunidade e, claro, as universidades têm, sim, que fazê-las acompanhar de outras medidas, de outras providências, para que não se reforce o preconceito, por exemplo, se a pessoa não tiver sustentação para poder seguir o curso em igualdade de condições. Por isso, por exemplo, na PUC de Minas, às vezes, nós temos grupos que precisam de apoio em Português, em outras línguas; e acho que as políticas de ações afirmativas são várias. Esse é um dos critérios, mas esse aqui posto não colide com a Constituição. Ao contrário, parece-me que isso realiza a possibilidade de todos se sentirem iguais para se sentirem dignos e, portanto, sujeitos de justiça e não apenas de um direito plastificado, de um direito que ignora a realidade, até porque ele é criado, exatamente, para a sociedade.

Estou, Senhor Presidente, fazendo juntar o meu voto, mas, mais uma vez parabenizando o Ministro Ricardo Lewandowski pelo seu voto e, também, o do Ministro Luiz Fux e o da Ministra Rosa Weber, voto no sentido da improcedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental por considerar os atos perfeitamente compatíveis e de acordo com a Constituição.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA):

1. Conforme o relatório, cuida-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pelo Partido Democratas – DEM, com requerimento de medida liminar, objetivando-se a declaração de inconstitucionalidade de atos da Universidade de Brasília – UnB, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – CEPE e do Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília – CESPE, os quais instituíram o sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (20% de cotas étnico-raciais) no processo de seleção para ingresso de estudantes.

2. Como ressaltado pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski, a questão posta nos autos é complexa e de enorme gravidade.

3. Início constatando que desde muito cedo descobre-se, melancolicamente, que a igualdade pode ter a espessura da pele, e isso pode representar desvalor na vida, como se o critério da quantidade de melanina pudesse ser o dedal no qual se goteja a dignidade humana em pequenas doses para vencer o mar do preconceito. Observem que a igualdade, tantas vezes cantada, é o princípio mais vezes repetido na Constituição de 1988, previsto já em seu preâmbulo. Mesmo assim, como é difícil torná-la efetiva, plena, na sociedade que desejamos, com igualdade para todos. Quem sofre qualquer tipo de preconceito (e a escolha do verbo é prévia, pois preconceito é sofrimento), percebe que esses princípios constitucionais viram retórica repetida, consentida na linguagem, mas iludida na prática. Por isso, o tema trazido neste julgamento parece-me tão grave e complexo, até porque tanto o autor quanto os *amici curiae*, em sentido contrário (evidentemente também os que o acompanharam), apresentaram argumentações de ambos os lados, muito graves, sérias, consistentes e bem preparadas. Não tenho a menor dúvida de que aqueles cujo entendimento se mostre contrário a minha conclusão merecem meu respeito e minha compreensão. Aliás, isso só

reforça que a diferença faz parte da vida e, para ser igual e livre, é preciso, realmente, não tolerar, mas respeitar as diferenças naquilo que indicam nossa singularidade, nossa individualidade, mas não fazer das diferenças a possibilidade de agressão à dignidade.

Nessa medida, Senhor Presidente, centrei meu voto em três pontos fundamentais, como o fez o Ministro Ricardo Lewandowski no seu.

Quanto à igualdade e à igualação, a Constituição brasileira de 1988 produziu, a meu ver, significativa diferença em relação aos outros textos constitucionais, porque não apenas reforçou o que já havia desde a Carta de 1824 – que falava na igualdade, apesar de termos sido o último povo deste continente a acabar com a escravidão, mas existia, ali, a referência ao princípio da igualdade formal –, mas partiu da compreensão de a igualdade ser processo dinâmico, por isso a igualação, com a consciência de a igualdade ser estática, garantia daquele que já se igualou. Já a igualação é o processo dinâmico de fazer com que aqueles que não adquiriram ainda condição de igualdade de oportunidades para ser igualmente livres possam vir a adquirir essas condições. Surgem nesse contexto as políticas chamadas compensatórias.

Para isso, como enfatizado pela Ministra Rosa Weber no voto proferido, o segundo dado do meu voto consiste na questão da liberdade de ser, plantada, como fez referência o Ministro Lewandowski, apenas quando a sociedade, no mundo todo, tomou ciência de ter a identidade respeitada naquilo que a distingue não na humanidade intrínseca, mas na peculiaridade, isto é, todos somos iguais, mas também somos únicos.

O terceiro ponto do meu voto cinge-se à questão da responsabilidade social e estatal de fazer cumprir o princípio constitucional da igualdade dinâmica, que muda para transformar a sociedade e está posta no artigo 3º da Constituição – que não é apenas aviso, conselho, mas norma –, ou seja, atuar por meio de políticas cujo objetivo seja fazer com que o Brasil seja sociedade livre, justa, solidária, com a igualdade como valor fundamental, como inscrito desde o preâmbulo da Constituição da República (LGL\1988\3).

4. Pelo que se tem nos autos e pela minha experiência de professora, verifico inexistir qualquer descumprimento de preceitos fundamentais por parte da Universidade de Brasília – UnB, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – CEPE e do Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília – CESPE pelos atos ora questionados.

Autonomia universitária e a instituição do sistema de reserva de cotas

5. O art. 207 da Constituição da República (LGL\1988\3) prevê:

“Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”.

6. Por força do art. 22, inc. XXIV, da Constituição, a regulamentação da matéria compete à União:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXIV – diretrizes e bases da educação nacional;”

7. Sobre esse conjunto de regras de competência, José Afonso da Silva esclarece:

“A nossa Constituição adota esse sistema complexo que busca realizar o equilíbrio federativo, por meio de uma repartição de competências que se fundamenta na técnica da enumeração dos poderes da União (arts. 21 e 22), com poderes remanescentes para os Estados (art. 25, § 1º) e poderes definidos indicativamente para os Municípios (art. 30), mas combina, com essa reserva de campos específicos (nem sempre exclusivos, mas apenas privativos), possibilidades de delegação (art. 22, parágrafo único), áreas comuns em que se prevêem atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23) e setores concorrentes entre União e Estados em que a competência para estabelecer políticas gerais, diretrizes gerais ou normas gerais cabe à União, enquanto se defere aos Estados e até aos Municípios a competência suplementar” (SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional positivo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 479).

Ao discorrer sobre a competência privativa da União, Raul Machado Horta assevera:

*“a competência legislativa incorpora os preceitos declaratórios e autorizativos da competência geral na legislação federal, através da lei e da norma jurídica, sob o comando privativo da União Federal, por intermédio dos órgãos de manifestação da vontade legislativa. Daí a correspondência entre as atribuições de competência geral e as da competência de legislação, sem a qual a competência geral permaneceria um corpo inerte, sem ação e sem vontade. A correspondência entre as duas competências às vezes se exterioriza na coincidência vocabular das expressões, como se dá na repetição de atribuições (...), com idênticas palavras ou com expressões equivalentes, e quando a correspondência não se exteriorizar de forma ostensiva irá ela alojar-se no inciso mais genérico da competência legislativa federal, abrigo-se no amplo conteúdo do direito material e do direito processual (art. 22, I), que poderá absorver na legislação codificada ou não codificada as atribuições da Federação, situadas na competência geral do Estado soberano” (HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 351).*

8. No exercício da competência outorgada pelo art. 22, inc. XXIV, da Constituição da República (LGL1988\3), a União aprovou a Lei n. 9.394/1996, cujo art. 53 estabelece:

“Art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:

I – criar, organizar e extinguir, em sua sede, cursos e programas de educação superior previstos nesta Lei, obedecendo às normas gerais da União e, quando for o caso, do respectivo sistema de ensino;

II – fixar os currículos dos seus cursos e programas, observadas as diretrizes gerais pertinentes;

III – estabelecer planos, programas e projetos de pesquisa científica, produção artística e atividades de extensão;

IV – fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do seu meio;

V – elaborar e reformar os seus estatutos e regimentos em consonância com as normas gerais atinentes;

VI – conferir graus, diplomas e outros títulos;

VII – firmar contratos, acordos e convênios;

VIII – aprovar e executar planos, programas e projetos de investimentos referentes a obras, serviços e aquisições em geral, bem como administrar rendimentos conforme dispositivos institucionais;

IX – administrar os rendimentos e deles dispor na forma prevista no ato de constituição, nas leis e nos respectivos estatutos;

X – receber subvenções, doações, heranças, legados e cooperação financeira resultante de convênios com entidades públicas e privadas.

Parágrafo único. Para garantir a autonomia didático-científica das universidades, caberá aos seus colegiados de ensino e pesquisa decidir, dentro dos recursos orçamentários disponíveis, sobre:

I – criação, expansão, modificação e extinção de cursos;

II – ampliação e diminuição de vagas;

III – elaboração da programação dos cursos;

IV – programação das pesquisas e das atividades de extensão;

V – contratação e dispensa de professores;

VI – planos de carreira docente”.

9. Não há cogitar-se de os atos praticados pela Universidade de Brasília – UnB, pelo Conselho de

Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – CEPE e pelo Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília – CESPE, que instituíram o sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (20% de cotas étnico-raciais) no processo de seleção para ingresso de estudantes, terem usurpado competência da União prevista no art. 22, inc. XXIV, da Constituição da República (LGL\1988\3).

10. A União exerceu a competência outorgada pelo art. 22, inc. XXIV, da Constituição da República (LGL\1988\3), ao aprovar a Lei n. 9.394/1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, conjunto de “*normas gerais subordinadas aos demais princípios constitucionais*” (SILVA, Ives Gandra Martins. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. 3. v, tomo I, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 376).

Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho, adotou-se o modelo para, entre outros objetivos, concretizar-se a autonomia universitária estatuída no art. 207 da Constituição da República (LGL\1988\3) (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2006).

Nesse ponto, cumpre ressaltar não ser taxativo o rol de atribuições densificadoras da autonomia das universidades. Ao se valer, no *caput* do art. 53 da Lei n. 9.394/1006, da expressão “*sem prejuízo de outras*” atribuições, o legislador ordinário autorizou as universidades, nos limites das normas constitucionais e da legislação ordinária delas decorrente, a criar programas favoráveis ao cumprimento da função social, entre as quais a instituição de sistema de reserva de cotas.

No estudo intitulado *Universidade federativa autônoma e comunitária*, Geraldo Moisés Martins salienta:

“O que nos parece importante ressaltar dessas perspectivas, é que a autonomia prevista pelo artigo 207 da Constituição é inerente à configuração da universidade, mas não significa independência absoluta. Considerando que ela faz parte de um contexto social, que integra a comunidade e é constituída pelos seus membros, a sua existência e funcionamento têm vínculos estreitos com essa comunidade. Daí, porque, com se examinará adiante, a gestão federativa e autônoma, implica, também, uma gestão comunitária.

Seria, entretanto, improcedente pretender, aqui, qualificar, identificar ou estabelecer parâmetros definidores para o exercício da autonomia. Trata-se de matéria do arbítrio exclusivo da própria universidade, ou seja, está justamente aí a prerrogativa principal da sua autonomia. Assim, ao estabelecer seus rumos, projetos e compromissos, ela própria estará definindo as suas relações de dependência e os seus condicionamentos.

O exercício da autonomia didática, por exemplo, deriva da sua capacidade de conduzir, sem restrições, o processo e as atividades de ensino e aprendizagem. Na universidade federativa e autônoma, essa capacidade é garantida pelas próprias competências organizacionais e gerenciais, ou seja, pelos esforços dos parceiros federativos com a participação da comunidade que ensina e aprende. A autonomia de ensinar e aprender não é garantida pela aprovação e certificação formal e burocrática de estatutos, de programas, de títulos etc. Não é ditada por instâncias de um ministério ou de conselhos e secretarias estaduais de educação.

A autonomia científica, por sua vez, corresponde à efetiva capacidade para desenvolver e empregar técnicas e metodologias que permitam a produção do conhecimento, o domínio das ciências, o aproveitamento e a elaboração dos saberes pertinentes à realidade.

Autonomia administrativa é a exercida, no âmbito acadêmico, pela capacidade de determinar políticas de ensino, pesquisa e extensão, dentro das garantias da “livre manifestação do pensamento” e da “livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (Incisos V e IX do artigo 5º da Constituição), o que implica, no âmbito gerencial, a autonomia para mobilizar e empregar, da forma mais apropriada, os meios, os recursos organizacionais, financeiros e patrimoniais ao alcance dos seus objetivos.

*Portanto, no modelo da universidade federativa, não há sentido em estabelecer delimitações para o exercício da autonomia, fora do que está consagrado pela Carta Constitucional” (MARTINS, Geraldo Moisés. *Universidade federativa autônoma e comunitária*. Brasília: Athalaia Editora, 2008. p. 216-217, grifos nossos).*

Na mesma linha são as lições de Ives Gandra da Silva Martins:

“não há condicionamento a esta autonomia, nem pode haver restrição legal a turvar a eficácia dessa autonomia. Se a lei ordinária ou complementar pretender reduzir a ampla autonomia que a Constituição assegura, será uma lei complementar ou ordinária inconstitucional. É interessante que o art. 207 não condiciona a autonomia aos termos da lei, mas apenas declara que as Universidades e os institutos de pesquisas são autônomos e, neste particular, a lei não pode reduzi-la” (Consulta juntada na ADI 3.330/ DF, grifos nossos).

Anna Cândida da Cunha Ferraz menciona:

“a inserção constitucional da autonomia universitária na obra do constituinte originário traz como consequência a sua intangibilidade por normas de hierarquia inferior: leis federais, leis estaduais e municipais, ou mesmo as Constituições dos Estados (ainda que obras de um poder constituinte estadual autônomo por força do princípio federativo que preside a organização do Estado no Brasil). Inscrito na Constituição Federal (LGL\1988\3), o princípio da autonomia universitária tem uma dimensão fundamentadora, integrativa, diretiva e limitativa própria, o que significa dizer que é na própria Constituição Federal (LGL\1988\3): a) que se radica o fundamento do instituto; b) que é dela que se extrai sua força integrativa em todo o sistema federativo do País; c) que a Constituição Federal (LGL\1988\3) preordena a interpretação que se possa dar ao instituto; d) que os limites que se podem opor à autonomia universitária têm como sede única a própria Constituição Federal (LGL\1988\3); e) que o princípio da autonomia universitária, como princípio constitucional, deve ser interpretado em harmonia – mas no mesmo nível – com os demais princípios constitucionais” (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *A autonomia universitária na constituição de 05.10.1988*. Rio de Janeiro, São Paulo, Revista de direito administrativo, n. 215, p. 117-142, jan./mar. 1999, p. 123).

Também tive a oportunidade de manifestar-me sobre a questão da autonomia das universidades em consulta formulada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEM, juntada na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.330:

“Note-se que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional foi elaborada em atendimento ao previsto na Seção I, do Tít. VIII, da Constituição da República (LGL\1988\3). Ela dá efetividade e consistência aos princípios elencados na Lei Fundamental para a educação nacional. (...)

A questão central a ser enfrentada para o atendimento da igualdade constitucional é como se estabelecem os critérios de desigualação, os quais não podem decorrer de preconceito nem gerar maior desigualdade, pois em qualquer dos casos o que se teria seria a afronta ao princípio e não o seu acatamento.

De se entender, pois, que a igualação faz-se juridicamente segundo o que se positiva no sistema de direito. O critério para que se considerem iguais ou desiguais as pessoas haverá que ser fixada pelo legislador. Este tem de se ater a fator de discrimen que se compatibilize com os princípios constitucionais e que não supere as vedações constitucionais (discriminação em razão de sexo, raça, crença, etc.). Qualquer desigualação que estranhe aos parâmetros constitucionalmente definidos é considerado exacerbação indébita do legislador e não pode ser validada no sistema. (...)

É bem certo que não se está a se referir à uniformidade do tratamento a ser garantido aos cidadãos, mas, na fórmula antes observada e que comparece como conteúdo do princípio da igualdade na fase atual do constitucionalismo, a desigualação somente pode ser tida como válida juridicamente se definida em função de critérios objetivos e legítimos.

A norma contida no sistema constitucional inaugurado em 1988 é, pois, fruto amadurecido de uma concepção que se impõe por inegável luta em prol da cidadania, a fim de que as concepções pluralistas e democráticas se possam impor no ensino superior e as entidades possam prestar este serviço segundo idênticos fundamentos nacionais, mas com a garantia da liberdade e do acatamento ao princípio democrático do pluralismo.

O acolhimento daquele princípio constitucional no sistema vigente não se impõe a restrições nem depende de regulamentação. Impõe-se por si e determina o paradigma do ensino universitário a ser observado pelo legislador, que não pode, ainda uma vez, em nossa história, minguar por determinantes legais o que a Constituição assegura como princípio do modelo. A autonomia universitária é direito constitucional titularizado não apenas pelos instituidores ou dirigentes das

instituições, mas pelos cidadãos brasileiros, especialmente pelos que a elas acorrem na condição de alunos, mas não apenas estes, pois os estudantes de agora serão os graduados profissionais com os quais a sociedade contará amanhã e para o que ela investe, não apenas com recursos, mas, principalmente, com as suas esperanças.

Com a definição do princípio da autonomia universitária como elemento do sistema educacional afirmado na Lei Fundamental da República firma-se a natureza das instituições de ensino superior. É ela corolário da liberdade de aprender e de ensinar, de pesquisar e de divulgar o resultado do conhecimento científico, de capacitar-se para criar o saber e divulgá-lo em benefício da humanidade.

O acolhimento daquele princípio conjuga-se, assim, com o princípio democrático da liberdade individual e da liberdade institucional, por isto é que o art. 209 expressa que ‘o ensino é livre à iniciativa privada...’.

O princípio da autonomia universitária desdobra-se em seus aspectos didático-científico, administrativo e patrimonial-financeiro. A garantia do respeito à autonomia universitária é bem expressa por Marilena Chauí, ao afirmar que não se deve “sacralizar nem satanizar os interesses das corporações empresariais, nem das corporações universitárias, mas de indagar se a discussão sobre a universidade pública democrática deve ser feita no campo dos interesses ou no dos direitos. Se no de interesses é preciso provar que uns são mais legítimos que outros; se no dos direitos, então, a autonomia universitária é pré-condição para definir campos de interesses” (CHAUÍ, Marilena – Em torno da universidade da resultados e de serviços. São/ Paulo: Revista da USP, São Paulo, n. 25, mar./maio, de 1996, p.61).

Não pode, pois, a lei impor restrições àquele princípio, sob pena de burla constitucional que torna inválida a norma elaborada. E assim é porque a Constituição apenas estabelece a obrigação universitária de as instituições de ensino darem cumprimento às normas gerais da educação nacional e à autorização e avaliação de sua qualidade pelo Poder Público.

Qualquer outra imposição que não caiba nos ditames afirmados nos incisos do art. 209 da Constituição da República (LGL\1988\3) não se comporta nos limites nela fixados e não são tidos como válidos no sistema jurídico vigente” (grifos nossos).

Em síntese, se, por um lado, o constituinte originário foi enfático ao atribuir autonomia à universidade (art. 207 Constituição da República (LGL\1988\3)) e afirmar que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 205 da Constituição da República (LGL\1988\3)), por outro e de forma consentânea com os desígnios constitucionais, o legislador ordinário valeu-se da expressão “sem prejuízo de outras” (caput do art. 53 da Lei n. 9.394/1996) para autorizar a atuação das universidades na consecução dos objetivos que são também do Estado brasileiro (art. 3º da Constituição da República (LGL\1988\3)).

11. Assinalo também que a ausência de previsão expressa de sistema de reserva de cotas na Lei n. 10.558/2002 não importa em vedação ao exercício da autonomia assegurada à Universidade, até mesmo para acolher o modelo.

A referida lei criou o “Programa Diversidade na Universidade” e, a despeito de não prever taxativamente os critérios a serem adotados nos aludidos sistemas de cotas, tornou evidente o compromisso novamente firmado pelo Estado brasileiro de “implementar e avaliar estratégias para a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, especialmente aos afrodescendentes e dos indígenas brasileiros” (art. 1º).

Luiz Fernando Martins da Silva lembra que, no Brasil, “o pioneirismo da criação de políticas de ação afirmativa no âmbito da educação pública superior (...) coube ao Governo Federal, em 1968, com a Lei n. 5.465/68 (Lei do Boi)”, cujo art. 1º previa a reserva de vagas por meio de cotas, nos seguintes termos:

“os estabelecimentos de ensino médio agrícola e as escolas superiores de Agricultura e Veterinária, mantidos pela União, reservarão, anualmente, de preferência, 50% (cinquenta por cento) de suas vagas a candidatos agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam com suas famílias na zona rural e 30% (trinta por cento) a agricultores ou filhos destes, proprietários ou

não de terras, que residam em cidades ou vilas que não possuam estabelecimentos de ensino médio” (SILVA, Luiz Fernando Martins. *Políticas públicas de ação afirmativa e seus mecanismos para a população negra no Brasil: perspectivas atuais*. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/revistadotst/Rev_76/Rev_76_3/art4_augustocesar.pdf. Consulta em 23.4.2012).

12. Acrescente-se a circunstância de a atuação das universidades não estar condicionada à aprovação de lei complementar prevista no parágrafo único do art. 22 da Constituição da República (LGL\1988\3), o qual dispõe poder ser a competência privativa da União para legislar sobre “as diretrizes e bases da educação nacional” exercida por Estado-membro se houver lei complementar da União que o autorize.

Sobre as assertivas do Recorrente quanto ao ponto, não se anota dois pontos.

Em primeiro lugar, não se mostra possível equiparar as universidades aos Estados para fins da delegação de competência legislativa prevista no art. 22 da Constituição.

Em segundo, a Lei n. 9.394/1996, lei geral regulamentadora das diretrizes e bases da educação nacional, esgotou, em princípio, a matéria e conferiu às universidades, seguindo os limites constitucionais e os previstos nos arts. 51 e 53 da aludida lei, atuar com vistas à consecução da respectiva responsabilidade social.

A aludida Lei, interpretada à luz da Constituição da República (LGL\1988\3), permitiu às universidades, por meio de ações afirmativas, adotarem mecanismos para a promoção da diversidade étnico-racial, cujos desdobramentos esperados são o acréscimo cultural à vida acadêmica e a supressão de preconceitos e estereótipos raciais e sociais.

13. Como leciona Boaventura de Sousa Santos:

“A responsabilidade social da universidade tem de ser assumida pela universidade, aceitando ser permeável às demandas sociais, sobretudo àquelas oriundas de grupos sociais que não tem poder para as impor. A autonomia universitária e a liberdade acadêmicas – que, no passado, foram esgrimidas para desresponsabilizar socialmente a universidade – assume agora uma nova premência, uma vez que só elas podem garantir uma resposta empenhada e criativa aos desafios da responsabilidade social. Porque a sociedade não é uma abstracção, esses desafios são contextuais em função da região, ou do local e, portanto, não podem ser enfrentados com medidas gerais e rígidas. A discriminação racial ou étnica ocorre em conjunção com a discriminação de classe, mas não pode ser reduzida a esta e deve ser objeto de medidas específicas” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Universidade no século XXI: para uma reforma democrática e emancipatória da Universidade*. São Paulo: Cortez, 2004. p. 91).

O reconhecimento de “a discriminação racial ou étnica ocorre[r] em conjunção com a discriminação de classe, mas não pode[r] ser reduzida a esta e deve[r] ser objeto de medidas específicas” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Universidade no século XXI: para uma reforma democrática e emancipatória da Universidade*. São Paulo: Cortez, 2004. p. 69), evidencia a necessidade de se levar em conta a sociedade na qual se insere a universidade.

14. A instituição de sistemas de reservas de cotas raciais pelas universidades não constitui a única providência necessária para o mister complexo e dinâmico de construir de maneira equilibrada a sociedade pluralista e democrática.

Nesse contexto, dar cumprimento ao comando constitucional segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, § 1º, da Constituição da República (LGL\1988\3)) significa, no mínimo, reconhecer caber a todos e a cada um dos atores sociais atuação voltada à construção e reconstrução de sociedade na qual todos possam igualmente adquirir ou ter oportunidade de vir a dotar-se de igual capacidade intelectual, elemento conformador do princípio da dignidade da vida, a qual não pode conviver com a perenização das desigualdades.

15. Em 13.11.2007, no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 26.071/DF, Relator Ministro Ayres Britto, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE

SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA VISUAL. AMBLIOPIA. RESERVA DE VAGA. INCISO VIII DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. § 2º DO ART. 5º DA LEI Nº 8.112/90. LEI Nº 7.853/89. DECRETOS NºS 3.298/99 E 5.296/2004. (...) 3. A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988. 4. Recurso ordinário provido” (DJ 1º.2.2008, grifos nossos).

O Ministro Ayres Britto asseverou no voto:

“Nesse rumo de ideias, nunca é demasiado lembrar que o preâmbulo da Constituição de 1988 erige a igualdade e a justiça, entre outros, “como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Sendo certo que reparar ou compensar os fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica é política de ação afirmativa que se inscreve, justamente, nos quadros da sociedade fraterna que a nossa Carta Republicada idealiza a partir das suas disposições preambulares” (DJ 1º.2.2008).

16. No caso vertente, a própria Universidade, ciente da respectiva responsabilidade social e da autonomia assegurada pelo art. 207 da Constituição da República (LGL\1988\3) de 1988 e regulamentada pelo art. 53 da Lei n. 9.394/1996, estabeleceu critérios garantidores da densificação dos objetivos previstos no art. 3º da Constituição. Como venho destacando desde a década de 90 do século passado:

“Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover [contidos no art. 3º da Constituição da República (LGL\1988\3)] – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional. E todos os objetivos contidos, especialmente, nos três incisos acima transcritos do art. 3º da Lei Fundamental da República traduzem exatamente mudança para se chegar à igualdade. Em outro dizer, a expressão normativa constitucional significa que a Constituição determina uma mudança do que se tem em termos de condições sociais, políticas, econômicas e regionais exatamente para se alcançar a realização do valor supremo a fundamentar o Estado Democrático de Direito constituído. Ação afirmativa: o conteúdo jurídico do princípio da igualdade” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista de Informação Legislativa, v. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996).

17. Inexistindo dúvidas quanto à possibilidade de, no exercício da autonomia, as universidades instituírem validamente sistemas de cotas no processo seletivo de ingresso de discentes, exige-se a fixação de critérios objetivos, de modo que o candidato possa adequar-se da forma mais justa e ampla às condições do concurso vestibular.

18. O estabelecimento do sistema de reserva de cotas, tal como se deu no caso vertente, assegurou a aplicação dos princípios constitucionais da autonomia universitária, da igualdade, da publicidade, da razoabilidade, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

19. Como tenho ponderado, aqueles que tiveram essa oportunidade, dela se valeram de forma a sobrevalorizá-la e, claro, as universidades têm, sim, que fazê-las acompanhar de outras providências, para não se reforçar o preconceito, por exemplo, se o estudante não tiver sustentação para seguir no curso em igualdade de condições. Desse modo, na PUC de Minas, em determinadas situações, há grupos que precisam de apoio em Português ou em outras línguas. E assinalo que as políticas de ações afirmativas devem ser várias. Porque esse é apenas um dos critérios, e esse aqui posto não colide com a Constituição. Ao contrário, realiza a possibilidade de todos se sentirem iguais, para se sentirem dignos, portanto, sujeitos de justiça e não apenas de direito plastificado, ignorando-se a realidade, até porque direito criado exatamente para a sociedade.

As ações afirmativas não são a melhor opção, porque o ideal seria todos igualmente livres para serem o que quisessem. Mas vivemos atualmente o processo, uma etapa, a satisfação de uma necessidade diante de quadro no qual isso não aconteceu naturalmente.

Além da igualação, como princípio constitucional dinâmico da igualdade, a liberdade de ser, e acima

disso: de ser diferente, garantidas a identidade, a dignidade nessa identidade e a responsabilidade social e estatal para promover as políticas necessárias para a transformação – pois, na democracia, não se dá a cada um o que lhe pertence, mas adotam-se políticas para dar a cada um segundo a necessidade –, também partilho, como o Ministro Ricardo Lewandowski acentuou, que, neste caso, quer se analise sob o prisma do princípio da proporcionalidade – neste caso, a meu ver, rigorosamente observado, nos termos postos e determinados pela Constituição, portanto, não criando outras formas de discriminação para outros grupos, mas apenas propiciando que os historicamente menos aquinhoados com oportunidades, possam ter acesso a isso e projetar essa mudança –, quer se considere a função social da Universidade, de promover todos os valores necessários para os princípios constitucionais serem efetivados, impõe-se que se cumpra o valor da Constituição posta, para ser concretizada nos termos dos princípios marcadores, nos fundamentos, dessa construção democrática.

Assim, Senhor Presidente, mais uma vez parabenizando, pelos votos proferidos, o Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro Luiz Fux e a Ministra Rosa Weber, **voto no sentido da improcedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental, por considerar os atos perfeitamente compatíveis e de acordo com a Constituição.**

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Senhor Presidente, eu, efetivamente, não tenho nada mais a acrescentar ao exaustivo e excelente voto do Ministro Lewandowski, que, a meu ver, esgotou completamente o tema. O voto de Sua Excelência não só é convincente, mas é abrangente e inteiramente em sintonia com o que há de mais moderno na literatura sobre o tema.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Senhor Presidente, endosso as palavras do Ministro Joaquim Barbosa, segundo as quais o voto do eminente Ministro Relator foi, deveras, exaustivo. A rigor, seria, pois, desnecessário acrescentar-lhe qualquer consideração, mas, pela importância que tem o julgamento, por razões óbvias, sinto que é dever, pelo menos, deixar expresso o meu pensamento sobre alguns pontos.

Abstraindo razões de ordem não jurídica, metajurídica, que, pela natureza e delicadeza da matéria, estão de fato envolvidas neste tema, quero concentrar-me na questão que é o objeto do julgamento e que é uma questão jurídica, designadamente questão jurídico-constitucional, a qual está em saber se as chamadas ações afirmativas, da quais a impugnada no caso faz parte, ofende ou não, em particular, o princípio constitucional da igualdade ou, eventualmente, algum outro princípio constitucional.

E, para dar-lhe a resposta, parto de algumas premissas. A primeira delas é que, como todos sabemos, para efeito de caráter didático o princípio da igualdade é tratado ora sob aspecto formal, ora sob aspecto material, mas não há dúvida nenhuma de que é conceito unitário que assume feição própria conforme a realidade sobre a qual incida. Daí por que é importante acentuar, sobretudo neste tema, que o princípio da igualdade implica a necessidade jurídica, não apenas de interpretação, mas também de produção normativa de equiparação de situações que não podem ser desequiparadas sem razão lógico-jurídica suficiente.

A segunda premissa é esse fato sócio-histórico incontroverso, ao qual chamo “**deficit** educacional e cultural da etnia negra”, observado desde os primórdios do processo histórico da vida brasileira, em virtude das graves e conhecidas barreiras institucionais de acesso dos negros às fontes da educação e da cultura.

E aqui relevo o que me parece o centro do raciocínio: a garantia de educação integral tem que ser vista como meio necessário, indispensável para o acesso ou, pelo menos, para a possibilidade mais efetiva de acesso aos frutos do desenvolvimento social e econômico e, portanto, de aquisição de uma condição sociocultural que promova, em concreto, o grande ideal da dignidade da pessoa humana e da realização do projeto de vida de cada um. São as barreiras ou as dificuldades institucionais opostas a esse acesso que estão na causa fundamental ou na causa preponderante do desnivelamento social que implica o tratamento desequilibrado e a conseqüente desigualação dos grupos de pessoas no seio da sociedade.

A terceira premissa é a existência de um dever, que não é apenas ético, mas também jurídico, assim do Estado, como da sociedade toda, perante tamanha desigualdade, à luz dos objetivos fundamentais da República, como está no artigo 3º da Constituição Federal (LGL\1988\3), que se propõe, em primeiro lugar, a construir uma sociedade solidária; em segundo lugar, a erradicar a marginalização e reduzir as desigualdades sociais; e, em terceiro lugar, promover o bem de todos sem preconceito de raças. São objetivos textuais da Constituição.

Diante desse princípio, a responsabilidade ética e jurídica do Estado e da sociedade é adotar políticas públicas que respondam a esse **deficit** histórico, na tentativa de desenvolver um processo – que, por definição, não se realiza num dado momento, mas que se faz e aperfeiçoa ao longo do tempo – capaz de viabilizar a desejada igualdade material e, portanto, de desfazer a injustiça histórica de que os negros são vítimas no Brasil.

Ora, basta uma visão sistemática da Constituição Federal (LGL\1988\3) para perceber, logo, que, em nome da igualdade, ela tutela classes ou grupos em situação de vulnerabilidade socioeconômica. Não preciso nem citar os casos das mulheres, dos menores, dos hipossuficientes. Há, portanto, na Constituição mesma, tratamentos excepcionais, concordes com o princípio da igualdade em relação a tais pessoas, e há-os, por conseguinte, também na legislação infraconstitucional, da qual poderia citar como exemplo a Lei Maria da Penha, só para mostrar como é legitimado, do ponto de vista constitucional, esse olhar de proteção de pessoas ou conjunto de pessoas em situação de vulnerabilidade.

E aqui suscito outro exemplo que mostra bem o alcance da constitucionalidade da resposta que assume a ação afirmativa. Se imaginássemos que as universidades públicas fossem pagas, não fossem gratuitas, não ofenderia, a meu juízo, a Constituição, que a lei nelas reservasse certa cota, como vinte por cento, a alunos hipossuficientes ou pobres. Que ofensa à Constituição haveria nesse caso? Nenhuma.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Vossa Excelência me permite uma breve consideração? Isso foi objeto de preocupação quando da minha decisão na liminar nesta ADPF, que é o número excessivamente reduzido de vagas em vários cursos.

Eu lembrava – está aqui presente o Reitor da Universidade, que também foi Diretor da Faculdade – da situação, por exemplo, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, que é objeto dessa discussão e que, para o curso diurno, tinha, até recentemente, apenas cinquenta vagas. Quer dizer, um modelo de ação afirmativa obviamente opera nesse tipo de restrição. E, claro, nós sabemos que há todo um esforço no sentido de expansão – esse quadro já até mudou relativamente ao número de vagas –, mas, ainda assim, nós continuamos com um modelo extremamente restrito, até por uma cultura que domina as nossas universidades.

Quem já visitou, por exemplo, e frequentou universidades europeias sabe que, nos cursos de Direito, por exemplo, na Alemanha, nas chamadas *Vorlesungen*, nós temos as grandes aulas, nós temos a presença de trezentos, quatrocentos alunos, enquanto que nas universidades brasileiras, especialmente nas públicas, nós temos trinta ou quarenta alunos. Então isso acaba por impactar, quando se leva em conta este aspecto.

Outra questão é a do financiamento das escolas públicas. Nós, numa decisão que foi objeto de muita discussão, entendemos que não era o caso de se exigir o pagamento de matrícula nas escolas públicas, entendendo que a gratuidade tinha essa abrangência. Se nós acompanhamos, agora, a crise europeia, inclusive os protestos dos estudantes, nós vamos verificar que uma parte do protesto se dirige exatamente contra a elevação – em Portugal se chama “as propinas” – das matrículas.

Vejam que, ironicamente, ao decidirmos que não há matrícula na universidade pública, nós estamos, inclusive, impedindo uma forma de financiamento que repercutiria sobre a possibilidade de expansão de vagas. Na medida em que nós temos a possibilidade de expansão de vagas nas escolas públicas, obviamente que nós temos a possibilidade de diminuir significativamente essa tensão que se coloca.

Nós sabemos, por exemplo, que em alguns Estados da Federação – o Rio Grande do Sul é um exemplo disso –, nós temos hoje uma tensão em torno das cotas. Aqueles que são contrários às cotas raciais e que professam essa posição, especialmente das cotas exclusivamente raciais como essa da UnB, sempre fazem a advertência de que nós podemos estar introduzindo, a partir dessa

ideia de referência racial – e o Rio Grande do Sul, por exemplo, é uma referência em relação a isso –, podemos estar introduzindo a ideia mesmo de um certo racismo, de um certo preconceito em relação àqueles que são beneficiários de cotas.

De modo que Vossa Excelência está tocando num ponto extremamente importante e que não deve passar ao largo da nossa análise, que é o próprio modelo, como se estrutura a universidade pública, como se discute o modelo gratuito de ensino.

O Ministro Fux ressaltava esse aspecto, e obviamente não passou ao largo de todas as análises, a partir do voto do Ministro Lewandowski, que há um grave problema aqui, que é o problema do acesso à universidade pública. Como se dá esse acesso? E por isso, inclusive, essas políticas de compensação ou de ação afirmativa. Pelo modelo do vestibular. E o modelo do vestibular prestigia a quem no nosso sistema? Isso já foi destacado. É uma ironia do nosso sistema, os alunos que passaram pelas escolas privadas e que, por isso, então, estão em condições talvez mais adequadas de passar no vestibular.

Então vejam a ironia desse modelo. E obviamente que uma das soluções é a expansão de vagas no sistema público de ensino. E como pode se dar essa expansão? Claro, com dotação de mais recursos, mas isso envolve um modelo orçamentário e tributário. Uma discussão fiscal é extremamente relevante. Não se abre escola da noite para o dia; tudo isso tem custo, etc. E nós estamos com a nossa orientação, por exemplo, em relação à chamada taxa de matrícula, a meu ver, restringindo, inclusive, essa possibilidade de expansão.

A mesma coisa acontece quando nós discutimos um outro aspecto. Eu me lembro de que chegavam decisões aqui, a partir da provocação do Ministério Público em ação civil pública, que é a possibilidade ou não da universidade realizar cursos de especialização, cursos de pós-graduação, e impor taxas para esses cursos. E há entendimento, no âmbito especialmente da Justiça de Primeiro Grau, respondendo a essas ações civis públicas do Ministério Público, de que o ensino gratuito é uma ideia básica, inexorável e inafastável, e que a universidade pública não pode cobrar taxas, ainda que para cursos outros, e isso leva obviamente a universidade a ficar sem os fundos necessários para essa necessária expansão. Se nós tivéssemos vagas em número suficiente, obviamente que essa tensão seria extremamente minimizada ou praticamente não existiria.

De modo que Vossa Excelência está tocando um ponto que precisa ser levado em conta e que, nas nossas discussões aqui, inclusive quanto a taxas, a possibilidade ou não, de alguma forma talvez nós não tenhamos, pelo menos na minha visão, levado na devida conta, que é a necessidade de se pensar num sistema misto, composto, amplo, de financiamento das universidades públicas.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Senhor Presidente, eminente Relator, eu gostaria de dar apenas uns números, complementando o que o Ministro Gilmar Mendes acaba de dizer. Quando eu e o Ministro Gilmar estudamos na Universidade de Brasília, nos anos 70, eram oferecidas apenas trinta vagas, por essa mesma universidade. Vejam Vossas Excelências, passados trinta e cinco anos, a universidade oferece, hoje, cinquenta vagas por turno, o que é um absurdo.

Dou outros números: as cidades de Paris e Nova Iorque, que conheço relativamente bem, cada uma delas tem cerca de treze a quinze universidades públicas; treze a quinze. Brasília continua com a sua única universidade, que parece ser um santuário de uma pequena, de uma minúscula elite, nada muda. Quando há a mínima tentativa de mudar qualquer coisa, é um Deus nos acuda.

São dados que me parecem bastante relevantes e indicativos do espírito que está por trás de toda essa discussão.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Não há dúvida nenhuma de que, se nossa realidade fosse tão ou mais efetiva como a desses outros países, provavelmente a tensão social seria muito menor.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Sim.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Mas, enfim, como temos que lidar com a nossa realidade, não posso deixar de concordar com eminente Relator em que a medida adotada pela universidade, no contexto, passa pelo teste do critério hermenêutico da proporcionalidade, porque é adequada, é necessária e tem peso axiológico suficiente para justificar as restrições que traz a certos

direitos das outras etnias. Enfim, é experimento que o Estado brasileiro está fazendo, e cuja qualidade pode, ao longo do tempo, ser controlada e aperfeiçoada. Estamos no curso de um processo de verificar o que é melhor, o que pode ser feito, respeitadas as condições objetivas da nossa realidade.

Diante disso, Senhor Presidente, gostaria de rematar meu voto respondendo a algumas objeções que considero mais relevantes e que guardam alguma familiaridade com a matéria estritamente jurídica.

Dizem que as cotas são discriminatórias. Na verdade, essa objeção ignora as próprias discriminações positivas que, como se viu, a Constituição formula em tutela dos grupos, das classes, das comunidades atingidos por alguma sorte de vulnerabilidade sociopolítica, levando em conta valores e princípios que estão nela positivados.

Em segundo lugar, diz-se que, após as universidades, após a obtenção do diploma, se reproduz a discriminação. Até pode dar-se tal reprodução, mas o fato relevante é que, com o diploma, de algum modo está garantido aquilo que se poderia denominar patrimônio educacional do negro. Acho que esta só vantagem reduz ou compensa, em certa medida, a possibilidade de discriminação social ulterior e, com isso, atende à exigência de igualdade.

Por outro lado, alega-se que a sociedade não distingue por identificação étnica. Aqui, parece-me estar um ponto nevrálgico da questão, porque o argumento desconsidera a distinção entre raça e etnia e subestima o fato de que a discriminação negativa é, em qualquer parte do mundo, como fenômeno humano, ligada sobretudo às diferenças físicas, às diferenças ditas fenotípicas. Isto vale até para os Estados Unidos da América do Norte, que adotou a regra do *one drop*. Esta regra é, nada mais nada menos, que mero desdobramento do fato da estranheza do branco em relação ao seu semelhante de outra cor, e no qual se situa a raiz irracional de todo o preconceito.

Também se aduz desvalia do aspecto do mérito pessoal. Mas a objeção ignora a força dos obstáculos históricos opostos aos esforços dos grupos marginalizados e cuja superação não depende das vítimas da marginalização, senão de terceiros. Nesse contexto, tem pouca pertinência a invocação do fator de merecimento individual.

Assenta-se ainda que as ações afirmativas seriam compensatórias pelo passado e, como tais, seriam hostis ao princípio da igualdade. A meu juízo, a política pública de afirmação da etnia volta-se para o futuro, independentemente de intuitos compensatórios, reparatórios, ou de cunho indenizatório, simplesmente pela impossibilidade, aliás não apenas jurídica, de se responsabilizarem as gerações atuais por atos dos antepassados. Tal política está, portanto, voltada só para o futuro, donde não se destina a compensar ou reparar perdas do passado, mas a atuar sobre a realidade de uma injustiça objetiva do presente.

Afirma-se, ademais, que incentivaria o racismo. Não há nenhum elemento empírico capaz de sustentar a tese. A experiência, até agora, demonstra que isso não tem ocorrido ou, se tem ocorrido, tem-no em escala tão irrelevante que não merece consideração.

Objeta-se, ao depois, que as pessoas devem ser avaliadas pelo que elas são e pelo que fazem. Está certo. Só que o argumento esquece que o que as pessoas são e o que fazem depende também das oportunidades e meios que tiveram para se constituírem como pessoas.

E, finalmente, diz-se que o critério adotado da universidade desconsidera o mérito no acesso. Mas vejo a situação de modo um pouco diferente, com o devido respeito. O mérito é, sim, critério justo ou o mais justo, mas, no caso, é justo apenas em relação aos candidatos que tiveram oportunidades idênticas ou, pelo menos, assemelhadas de preparação. Não é possível, então, usar esse mesmo critério também para aqueles que, no seu passado, não tiveram iguais condições objetivas de suportar agora julgamento por esse critério a título de justiça.

Por essas razões, Senhor Presidente, acompanho integralmente o voto do eminente Relator.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Senhor Presidente, tal como já tinha anotado na decisão que indeferiu a liminar, este é um tema extremamente relevante, objeto de uma série de polêmicas, e que tem dado ensejo, então, até ao tratamento emocional desta questão. Página 70

E, claro, o modelo da Universidade de Brasília, como também já foi amplamente enfatizado, é o primeiro projeto, pelo menos das universidades federais, e, nesse sentido, evidentemente, ele pode ser suscetível de questionamentos e, eventualmente, de aperfeiçoamentos.

Tive a oportunidade de fazer considerações tanto naquele despacho inicial quanto agora, no meu voto escrito; mas não vou ler, diante do adiantado da hora, e, também, da clareza das posições expostas a partir do magnífico voto aqui trazido pelo eminente Relator e dos que o seguiram.

Entendo que algumas pontuações devem ser feitas tendo em vista o direito comparado e também a discussão que se trava no Brasil.

Por exemplo, Presidente, eu me sinto muito confortável para analisar a questão das ações afirmativas, inclusive como aplicação do princípio da igualdade, como foi destacado aqui em vários votos. Mas a Ministra Rosa Weber destacou com ênfase, dizendo que a própria realização do princípio da igualdade, em muitos casos, exige uma ação, seja do legislador, seja da Administração, seja de algum setor, no sentido de realizar essa equiparação. E isso a nós não nos escapa.

Recentemente, discutíamos aqui a Lei Maria da Penha, agora lembrada no voto do Ministro Cezar Peluso. Por que o legislador faz esse tipo de opção? Certamente a partir de algum tipo de referência com base na própria realidade: a incidência da violência específica contra a mulher. Nesse plano, antes, surgiram as próprias iniciativas pioneiras – acredito que foi em São Paulo – das chamadas “Delegacias da Mulher”, para exatamente protegê-las, a partir de uma verificação de que esse segmento acaba sendo sistematicamente violentado e encontra dificuldades na efetiva proteção. E não é por acaso que muitas dessas delegacias são também ocupadas por mulheres para que, de fato, haja essa inteligibilidade, essa compreensão em relação aos crimes que se perpetram nessas relações. Então, não é estranho ao Tribunal esse tipo de reflexão, como também nós temos as políticas sociais de compensação. A própria Constituição preconiza medidas de assistência social, nesse sentido também de um desenvolvimento social adequado, de uma contemplação da situação dessas pessoas que, de alguma forma, se revelam em alguma relação hipossuficiente.

Mas há um questionamento que é relevante em relação ao modelo da Universidade de Brasília e que não se faz presente em relação, por exemplo, ao caso do ProUni. É que, no modelo da Universidade de Brasília, adotou-se exclusivamente o critério racial. Esse é um ponto que precisa ser enfatizado. Nós vamos discutir ainda a questão do ProUni, e lá nós vemos que, a despeito de se enfatizar a questão do negro, também se leva em conta a questão das pessoas pobres. E esse é um debate que está presente, inclusive, nas críticas que se faz. Aqui, não. Na verdade, esse modelo acabou por estabelecer tão somente este critério, o critério racial. E aí resvalou, inclusive, talvez em razão desse *deficit* de ser pioneiro, para uma situação que tem sido objeto de crítica, e até de caricatura, que é o tal “tribunal racial”.

De fato, é difícil, Presidente, justificar essa ideia do denominado “tribunal racial”. Embora haja o modelo, diga-se, um modelo de autodesignação, há um tipo de pergunta que tem sido revelada na mídia, que é feito por esse tribunal chamado órgão de seleção ou esse tribunal racial. E nós já vimos que ele está longe de ser infalível, como se demonstrou da tribuna, aquela situação de gêmeos univitelinos em que um foi reconhecido como negro e o outro, não, gerando um tipo de situação de difícil aceitação no sistema como um todo. Então, parece-me que esse é um ponto que precisa ser enfatizado. Agora, é um programa – eu tinha destacado isso já quando do despacho do indeferimento do pedido de liminar – que já vai avançado.

O Ministro Lewandowski teve oportunidade de destacar em seu voto que uma das marcas desse tipo de projeto é a ideia de temporariedade. Eu até diria mais: esses projetos teriam de vir acompanhados daquele tipo de relatório, que hoje é muito comum nessas chamadas legislações experimentais, que é um acompanhamento do seu resultado. Quer dizer, qual é o efeito da política pública em relação ao objetivo que se pretende?

Não é possível negar, tendo em vista a realidade que nós temos – o Ministro Cezar Peluso focou isso muito bem, e nós temos de julgar isso para o Brasil, e, obviamente, não para outros sistemas –, não podemos negar que, a despeito de termos um modelo de integração racial e de termos enorme dificuldade na classificação, isso é evidente, mesmo a autodesignação prepara dificuldades: quem é branco, quem é negro? Há pouco tempo, a mídia publicava aquela célebre declaração do jogador Ronaldo, o Fenômeno, em que ele dizia do preconceito no futebol; ele dizia: “mesmo branco como

eu...”. E aí logo alguém apontou que não era exatamente assim, ou pelo menos que ele tinha uma ascendência negra. Em suma, nós temos uma enorme dificuldade de fazer essa classificação. Mas, a despeito disso, não podemos negar que, em razão da sistemática adotada, do nosso desenvolvimento social – isso já foi falado aqui –, do modelo escravocrata de desenvolvimento, que, ao fim e ao cabo – e o que interessa é o resultado, o acesso à universidade pública; é o que interessa aqui, porque a discussão é o modelo da Universidade de Brasília – acaba sendo dificultado. E nós sabemos por quê. Porque, é claro, em geral, essa população assim entendida é aquela mais débil economicamente por razões históricas e, em princípio, não logra condições de pagar, essa perversidade do nosso sistema, que nós ainda fazemos mais perverso quando não permitimos a discussão sobre alguma forma de financiamento. Quer dizer, só chega à universidade quem, em princípio, passou pelas escolas privadas, porque esses vão ter condições de enfrentar esse sistema de vestibular que, em alguns casos, é um concurso de dificuldade quase que lotérica. Quando nós temos cinquenta vagas, sessenta vagas de Medicina e temos centenas de milhares de candidatos, obviamente que nós sabemos o grau de dificuldade. E só aqueles que realmente foram muito treinados conseguem passar nesse modelo de seleção de característica universal, especialmente tendo em vista as restrições hoje existentes à expansão de vagas. O Ministro Joaquim mostrava isso de forma muito clara. Vejam, entre os anos 70 e os anos recentes, a Universidade de Brasília não logrou aumentar, por exemplo, nem dobrar, praticamente não dobrar, as vagas no curso de Direito. Isso explica uma parte dessa tensão que nós estamos a vivenciar.

Mas, Presidente, eu tenho muitas dúvidas – e deixo isso no meu voto – em relação ao critério puramente racial, porque também aqui não se contempla, ou melhor, permite-se uma possível distorção, que pessoas que tiveram, embora consideradas de uma determinada raça, mas que tiveram um desenvolvimento educacional absolutamente adequado agora sejam convidadas a trilhar um esse caminho facilitário das cotas, porque não se leva em conta o referencial de índole social. Parece-me que esse é um ponto que precisa ser discutido. Mas como é um projeto com essa demarcação de caráter de *experimentalismo institucional*, que deve ser reelaborado...

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – Uma espécie de rito de passagem, mas um necessário rito de passagem.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Rito de passagem. E parte do *deficit* decorre talvez até do pioneirismo neste caso específico, uma vez que já é...

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Se Vossa Excelência me permite, esclareço que até ia considerar esse aspecto no meu voto, mas me passou. Eu também preferiria que o critério racial fosse aliado ao critério socioeconômico como objetivo ideal da política de inclusão. Mas não posso também deixar de assinalar, já que estamos em terreno de discussão que pode gerar previsões benéficas ao próprio processo, certa contradição – não conheço exatamente quais são os critérios adotados por essa comissão encarregada da apuração dos destinatários das cotas –, se o fato é verdadeiro, em se levarem em conta elementos genotípicos para permitir a entrada, na universidade, de quem, pelas características fenotípicas, nunca foi por estas discriminado. Ninguém discrimina alguém porque terá recorrido a exame genético e aí descoberto que a pessoa tenha gota de sangue negro. Isso não faz sentido. O candidato que sempre se apresentou na sociedade, por suas características externas, como não pertencente, do ponto de vista fenotípico, à etnia negra, mas que genotipicamente a ela pertença, a mim me parece que não deva nem possa ser escolhido e incluído na cota, pois nunca foi, na verdade, discriminado. Essa é situação que, a meu juízo, deveria ser considerada na reavaliação dos critérios de escolha.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Esse é um ponto que realmente me incomoda. Eu anotei isso aqui, chamando a atenção para esses aspectos. Fatos que são publicados na Imprensa:

“Em 2004, o irmão da candidata Fernanda Souza de Oliveira, filho do mesmo pai e da mesma mãe, foi considerado ‘negro’, mas ela não” – (por esse, assim chamado, tribunal racial). “Em 2007, os gêmeos idênticos Alex e Alan Teixeira da Cunha (assunto que já foi referido) foram considerados de ‘cores diferentes’ pela comissão da UnB. Em 2008, Joel Carvalho de Aguiar foi considerado ‘branco’ pela comissão, enquanto sua filha Luá Resende de Aguiar foi considerada ‘negra’, mesmo, segundo Joel, a mãe de Luá sendo ‘branca’.”

Quer dizer, veja as dificuldades que esse modelo prepara. E isso decorre do próprio sistema de miscigenação e da dificuldade que nós temos – e é bom até que não queiramos ter um critério tão

científico de identificação. Então, este é um ponto delicado, por isso que – e acredito que há um certo consenso entre os críticos desse modelo – diferentemente do sistema adotado no ProUni, aqui falta esse referencial de índole social. E se a gente olhar o que ocorre, por exemplo: quem são os moradores de favela ou dos bairros pobres? Pode ter a maioria de pessoas de cor negra, mas nós temos brancos e negros. Agora, porque contemplar apenas os negros neste caso? Claro, nós temos a discussão sobre o modelo da escola pública, que é um referencial, que talvez seja até uma forma de, por figura de linguagem, entender que as pessoas que hoje frequentam, tendo em vista essa distorção brasileira, as escolas públicas são, em princípio, pessoas pobres. Por isso, acabou-se adotando aqui um critério racial – matéria que será objeto, inclusive, do debate que vai se seguir naquele recurso extraordinário.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – São pessoas, se me permite, pobres e negras. É uma desigualdade na própria desigualdade a desfavorecer os negros.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – É, mas no caso da escola pública, o que se está pensando aqui não é numa cota racial, mas num critério de dimensão social, porque o que se entende, em princípio – a não ser que se faça por filosofia, haverá casos excepcionais –, hoje, tendo em vista esta perversidade do sistema, vai para a escola pública porque não se consegue pagar uma escola privada que poderia permitir um adequado modelo de concorrência perante a universidade pública.

Então, essa distorção precisa ser realmente enfocada. E é preciso dizer: o modelo da UnB padece desse vício, podendo gerar distorções e perversões a ponto de pessoas negras que estudaram em escolas privadas, que tiveram todas as mais adequadas condições, agora, no final, optam pelo vestibular e vão se submeter a esse tribunal racial, gerando essa distorção.

Então, parece-me que esse é um ponto que precisa ficar gravado, que precisa ficar enfatizado, para que esse modelo não prossiga, para que ele seja devidamente aperfeiçoado. Se eu fosse me basear apenas no aspecto formal, eu diria que esse *deficit*, não ter levado em conta o referencial social, deveria me levar, também, a julgar procedente esta ação, tendo em vista este fundamento, mas eu reconheço, como já o fiz, que esse é um modelo que está sendo experimentado, cujas distorções vão se revelando no seu fazimento e que reclama aperfeiçoamento.

Não é razoável que alguém se invista na universidade neste tipo de poder de dizer quem é branco e quem é negro para essa finalidade. Seria muito mais razoável adotar-se um critério objetivo de referência, de índole sócio-econômica. Porque todos podemos imaginar as distorções eventualmente involuntárias, como esses casos estão a demonstrar, mas também eventuais distorções de caráter voluntário, a partir desse tribunal que, segundo se diz, pelo menos na mídia, opera com quase nenhuma transparência.

Então, veja que se conferiu, aí, a um grupo de iluminados esse poder que ninguém quer ter, de dizer quem é branco, quem é negro, numa sociedade altamente miscigenada. Então, temos, Presidente, realmente, um sério problema a despeito da correção do discurso. Ninguém está aqui a negar a constitucionalidade das ações afirmativas, nós temos um número muito razoável de decisões do Supremo Tribunal Federal, em variada ordem, que ressalta a possibilidade de se adotarem critérios diversos. Isso faz parte, inclusive, da velha fórmula que era decantada já por Rui Barbosa: de tratar igualmente a iguais e desigualmente a desiguais. Ou, na crítica de Anatole France, que dizia: *a igualdade formal assegurava a pobres e ricos*. Mas a referência, aqui, era a pobres e ricos, o direito inclusive de dormir sobre as pontes.

Então, é preciso ter atenção para esse aspecto. Este ponto me parece um ponto crítico do modelo. Eu poderia, também, eu não estranharia a possibilidade, Presidente, de se falar, em princípio, da necessidade de alguma baliza ou parâmetro legal, mas, tendo em vista inclusive essas singularidades, não me parece inconveniente que instituições com essa dose de autonomia possam fazer a modelagem de seus tipos a fim de buscar uma maior efetividade. Mas a mim me parece – e acredito que há um esforço nesse sentido quando nós vemos, será debatido no caso do ProUni, inclusive a questão da lei complementar para fins de isenção ou imunidade, ou também das regras do Estatuto da Igualdade Racial –, mas, a mim me parece que, num país com tantas diversidades, e com tantas instituições dotadas de autonomia, aí as próprias universidades estaduais, federais e, também, as particulares, que estão submetidas a regras básicas, não seria estranho que houvesse pelo menos aquele tipo de lei moldura, de lei quadro, que permitisse balizar os critérios. Mas vamos

de novo destacar: o modelo da UnB nas universidades federais tem a virtude e obviamente os eventuais defeitos de um modelo pioneiro feito sem paradigmas anteriores. Então, esse é um ponto importante, não se pode negar a importância de ações que levem a combater essa crônica desigualdade.

Quando nós vemos os números espelhados, quando se fala na presença dos negros nas universidades públicas, e vemos quão diminuta é essa presença, certamente nós não podemos dizer que a fórmula eficaz é melhorar a escola pública. Mas para quando? Porque certamente, se nós fizermos esse discurso, obviamente nós estamos comprometendo gerações que estão nesse passo, já na transição da escola pública, já se candidatando ao vestibular. Claro que devemos melhorar as escolas públicas, claro que devemos trabalhar no que diz respeito – e há ações nesse sentido – a preparatórios vestibulares para determinados grupos, em suma, a ações singulares nesse sentido. Mas é óbvio que esse discurso também acaba sendo farisaico, porque ele não atende à questão imediata que está colocada. O que eu faço com o conculinte do segundo grau na escola pública que pretende ir para uma escola pública no nível universitário? Será que não é razoável, pelo menos, fazer esse teste ou desenvolver algum modelo institucional alternativo? Eu imagino que sim.

Por isso, Presidente, ressaltando o cuidadoso voto do Ministro Lewandowski, mais uma vez, eu gostaria apenas de pontuar essas ressalvas quanto à fundamentação, tendo em vista que eu entendo realmente necessária a revisão desse modelo. Quer dizer, as próprias críticas que hoje se fazem indicam a necessidade de que esse modelo seja revisto. Nesse sentido, eu não chancelaria a fórmula como totalmente constitucional. Mas eu diria, na linha do que temos sustentado aqui, as chamadas sentenças intermédias, quer dizer: é uma lei ainda constitucional; é um modelo que pode tender, se for mantido, se não for revisto, para um quadro de inconstitucionalidade.

Quando se apontam as distorções, e elas são sérias, tanto a possibilidade de cooptação, ricos que se aproveitam da cota, pervertendo, portanto, o sistema; ou decisões discricionárias ou até arbitrárias de servidores das universidades nesse órgão de seleção racial; já a ideia do tribunal racial evoca a memória de coisas estranhas, Presidente, não é? Enfim, não é um bom modelo, especialmente numa sociedade miscigenada; quer dizer, há uma dificuldade muito grande em relação a isso.

Portanto, eu gostaria de fazer essas observações para que fique assente, pelo menos, a minha dúvida quanto à possibilidade de que esse modelo eventualmente seja estendido, vencido o seu prazo. Creio que, como eu disse, é um programa de dez anos que já está no seu oitavo ano de desenvolvimento e eu tenho dúvida de que esse modelo possa prosseguir e não ter questionamento se não houver os necessários aprimoramentos.

Com essas observações, julgo improcedente a ação.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:

1. BREVE RELATO DA AÇÃO

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, proposta pelo partido político DEMOCRATAS (DEM), contra atos administrativos da Universidade de Brasília (UnB) que instituíram o programa de cotas raciais para ingresso naquela universidade.

Alega-se ofensa aos artigos 1º, *caput* e inciso III; 3º, inciso IV; 4º, inciso VIII; 5º, incisos I, II, XXXIII, XLII, LIV; 37, *caput*; 205; 207, *caput*; e 208, inciso V, da Constituição de 1988.

A peça inicial defende, em síntese, que “(...) na presente hipótese, sucessivos atos estatais oriundos da Universidade de Brasília atingiram preceitos fundamentais diversos, na medida em que estipularam a criação de reserva de vagas de 20% para negros no acesso às vagas universais e instituíram verdadeiro ‘Tribunal Racial’, composto por pessoas não-identificadas e por meio do qual os direitos dos indivíduos ficariam, sorrateiramente, à mercê da discricionariedade dos componentes, (...)” (fl. 9).

O autor esclarece, inicialmente, que a presente arguição não visa a questionar a constitucionalidade de ações afirmativas como políticas necessárias para a inclusão de minorias, ou mesmo a adoção do

modelo de Estado Social pelo Brasil, nem a existência de racismo, preconceito e discriminação na sociedade brasileira. Acentua, dessa forma, que a ação impugna, especificamente, a adoção de políticas afirmativas “racialistas”, nos moldes da adotada pela UnB, que entende inadequada para as especificidades brasileiras.

Assim, a petição traz trechos em que se questiona se *“a raça, isoladamente, pode ser considerada no Brasil um critério válido, legítimo, razoável, constitucional, de diferenciação entre o exercício de direitos dos cidadãos”* (fl. 28). Defende o partido político, com isso, que o acesso aos direitos fundamentais no Brasil não é negado aos negros, mas aos pobres e que o problema econômico está atrelado à questão racial.

Alega que o sistema de cotas da UnB pode agravar o preconceito racial, uma vez que institui a consciência estatal da raça, promove ofensa arbitrária ao princípio da igualdade, gera discriminação reversa em relação aos brancos pobres, além de favorecer a classe média negra (fl. 29).

Afirma que o item 7 e os subitens do Edital n.º 02/2009 do CESPE/UnB violam o princípio da igualdade e da dignidade humana, na medida em que ressuscitam a crença de que é possível identificar a que raça pertence uma pessoa (fl. 29). Assim, indaga a respeito da constitucionalidade dos critérios utilizados pela comissão designada pelo CESPE para definir a “raça” do candidato, afirmando que saber quem é ou não negro vai muito além do fenótipo.

A petição ressalta, ainda, que a aparência de uma pessoa diz muito pouco sobre a sua ancestralidade (fl. 30). Refere, com isso, que a “teoria compensatória”, que visa à reparação do dano causado pela escravidão, não pode ser aplicada num país miscigenado como o Brasil.

Na inicial, é frisado que, nos últimos 30 anos, estabeleceu-se um consenso entre os geneticistas segundo o qual os seres humanos são todos iguais (fl. 37) e que as características fenotípicas representam apenas 0,035% do genoma humano. Aponta, dessa forma, o perigo da importação de modelos como o de Ruanda e o dos Estados Unidos da América (fls. 41-43).

Sustenta, ademais, que os dados estatísticos referentes aos indicadores sociais são manipulados e que a pobreza no Brasil tem “todas as cores” (fls. 54-58).

Especificamente quanto ao sistema de classificação racial da UnB, o arguente enfatiza que todos os censos brasileiros sempre utilizaram o critério da autoclassificação (fl. 61).

Expõe que, no Brasil, *“a existência de valores nacionais, comuns a todas as raças, parece quebrar o estigma da classificação racial maniqueísta”* (fl. 67).

Conclui, assim, que as cotas raciais instituídas pela UnB violam o princípio constitucional da proporcionalidade, por ofensa ao subprincípio da adequação, no que concerne à utilização da raça como critério diferenciador de direitos entre indivíduos, uma vez que é a pobreza que impede o acesso ao Ensino Superior (fl. 74). Sugere que um modelo que levasse em conta a renda em vez da cor da pele seria menos lesivo aos direitos fundamentais e também atingiria a finalidade pretendida de integrar os negros (fl. 75).

O pedido final da arguição de descumprimento de preceito fundamental está assim formulado:

“(...) seja a ação julgada procedente para o fim de que esta Egrégia Corte Constitucional declare a inconstitucionalidade, com eficácia erga omnes, efeitos ‘ex tunc’ e vinculantes dos seguintes atos administrativos e normativos: (i) Ata da Reunião Extraordinária do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE), realizada no dia 6 de junho de 2003; (ii) Resolução nº 38, de 18 de junho de 2003, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE); (iii) Plano de Metas para a Integração Social, Étnica e Racial da Universidade de Brasília – UnB, especificamente os pontos I (“Objetivo”), II (“Ações para alcançar o objetivo”), I (“Acesso”), alínea ‘a’; II (“Ações para alcançar o objetivo”), II (“Permanência”), ‘1’, ‘2’ e ‘3, a, b, c’; e III (“Caminhos para a implementação”), itens 1, 2 e 3. As impugnações aqui referidas tomam por base o texto literal do Plano de Metas, apesar da evidente confusão na distribuição entre itens, alíneas e subitens; e (iv) Item 2, subitens 2.2., 2.2.1, 2.3, item 3, subitem 3.9.8 e item 7 e subitens, do Edital nº 2, de 20 de abril de 2009, do 2º Vestibular de 2009 – CESPE/UnB, por ofensa descarada e manifesta ao artigo 1º, caput (princípio republicano) e inciso III (dignidade da pessoa humana); ao artigo 3º, inciso IV (veda o preconceito de cor e a discriminação); o artigo 4º, inciso III (repúdio ao racismo); e

artigo 5º, incisos I (igualdade), II (legalidade), XXXIII (direito à informação dos órgãos públicos), XLII (vedação ao racismo) e LIV (devido processo legal e princípio da proporcionalidade), o artigo 37, caput (princípios da legalidade, da impessoalidade, da razoabilidade, da publicidade, da moralidade, corolários do princípio republicano), além dos artigos 205 (direito universal de educação), 206, caput e inciso I (igualdade nas condições de acesso ao ensino), 207 (autonomia universitária) e 208, inciso V (princípio do acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística segundo a capacidade de cada um), todos da Constituição Federal (LGL\1988\3)". (fl. 79)

Em despacho de 21 de julho de 2009 (fl. 613), na condição de Presidente do Tribunal, requisitei as informações dos arguidos e as manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República (art. 5º, § 2º, da Lei n.º 9.882/99).

O Reitor da Universidade de Brasília, o Diretor do Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília e o Presidente do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília prestaram informações (fls. 628-668), alegando a impossibilidade da propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental, por ser cabível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade (fl. 636). Asseveraram, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, a constitucionalidade dos atos impugnados (fls. 636-640). Sustentaram que *"não é possível ignorar, face à análise de abundantes dados estatísticos, que cidadãos brasileiros de cor negra partem, em sua imensa maioria, de condições sócio-econômicas muito desfavoráveis comparativamente aos de cor branca"* (fl. 643). Alegaram, ainda, que a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil, prevê ações afirmativas como forma de rechaçar a discriminação racial (fl. 645). Esclarecem, assim, que o critério utilizado pela Universidade não é o genético, mas o da análise do fenótipo do candidato (fl. 664). Ressaltam, por fim, que já foram realizados 10 vestibulares utilizando-se o sistema de cotas, não havendo *periculum in mora* a justificar a concessão da medida liminar requerida (fl. 667).

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela admissibilidade da ADPF e pelo indeferimento da medida cautelar postulada, *"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"* (fl. 709-733).

Na petição de fls. 735-765, o Advogado-Geral da União manifestouse pela denegação da medida cautelar pleiteada, por ausência dos requisitos necessários à sua concessão.

Em decisão de 31 de julho de 2009, na condição de Presidente da Corte e com base no § 1º do art. 5º da Lei 9.882/99 e no art. 13, VIII, do Regimento Interno do STF, indeferi o pedido de medida cautelar. Na época, considerei que, embora a importância dos temas em debate merecesse a apreciação célere desta Suprema Corte, naquele momento não havia urgência a justificar a concessão da medida liminar. Levei em conta que o sistema de cotas raciais da UnB tem sido adotado desde o vestibular de 2004, renovando-se a cada semestre, e que a interposição da presente arguição ocorreu após a divulgação do resultado final do vestibular 2/2009, quando já encerrados os trabalhos da comissão avaliadora do sistema de cotas. Assim, naquela ocasião, não se vislumbrava qualquer razão para a medida cautelar de suspensão do registro (matrícula) dos alunos que foram aprovados no vestibular da UnB ou para qualquer interferência no andamento dos trabalhos na universidade.

Em 4 de agosto de 2009, o processo foi então distribuído ao Ministro Ricardo Lewandowski, o qual, em 15 de setembro seguinte, convocou audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de políticas de ação afirmativa no Ensino Superior. A audiência pública foi realizada nos dias 3 e 4 de março de 2010.

O Advogado-Geral da União manifestou-se pelo não conhecimento da ADPF e, caso esta seja convertida em ADI, pela sua improcedência.

O parecer do Procurador-Geral da República é pela improcedência desta ADPF.

2. A QUESTÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS À LUZ DA LIBERDADE, IGUALDADE E FRATERNIDADE

A presente arguição de descumprimento de preceito fundamental traz a esta Corte uma das questões constitucionais mais fascinantes de nosso tempo – acertadamente cunhado por ~~Roberto~~ ~~Aguiar~~

como o “tempo dos direitos” (BOBBIO, Norberto, *L' età dei diritti*. Einaudi editore, Torino, 1990) – e que, desde meados do século passado, tem sido o centro de infindáveis debates em muitos países e, no Brasil, atinge atualmente seu auge. Trata-se do difícil problema quanto à legitimidade constitucional dos programas de ação afirmativa que implementam mecanismos de discriminação positiva para inclusão de minorias e determinados segmentos sociais.

O tema causa polêmica, tornando-se objeto de discussão, e a razão para tanto está no fato de que ele toca nas mais profundas concepções individuais e coletivas a respeito dos valores fundamentais da liberdade e da igualdade.

Liberdade e igualdade constituem os valores sobre os quais está fundado o Estado constitucional. A história do constitucionalismo se confunde com a história da afirmação desses dois fundamentos da ordem jurídica. Não há como negar, portanto, a simbiose existente entre liberdade e igualdade e o Estado Democrático de Direito. Isso é algo que a ninguém soa estranho – pelo menos em sociedades construídas sobre valores democráticos – e, neste momento, deixo claro que não pretendo rememorar ou reexaminar o tema sob esse prisma.

Não posso deixar de levar em conta, no contexto dessa temática, as assertivas do Mestre e amigo Professor Peter Häberle, o qual muito bem constatou que, na dogmática constitucional, muito já se tratou e muito já se falou sobre liberdade e igualdade, mas pouca coisa se encontra sobre o terceiro valor fundamental da Revolução Francesa de 1789: *a fraternidade* (HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madrid: Trotta; 1998). E é dessa perspectiva que parto para as análises que faço a seguir.

No limiar deste século XXI, liberdade e igualdade devem ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade. Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade.

Vivemos, atualmente, as consequências dos acontecimentos do dia 11 de setembro de 2001 e sabemos muito bem o que significam os fundamentalismos de todo tipo para os pilares da liberdade e igualdade. Fazemos parte de sociedades multiculturais e complexas e tentamos ainda compreender a real dimensão das manifestações racistas, segregacionistas e nacionalistas, que representam graves ameaças à liberdade e à igualdade.

Nesse contexto, a *tolerância nas sociedades multiculturais* é o cerne das questões a que este século nos convidou a enfrentar em tema de liberdade e igualdade.

Pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos os seus aspectos. A tolerância em tema de igualdade, nesse sentido, impõe a igual consideração do outro em suas peculiaridades e idiossincrasias. Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias.

A questão da constitucionalidade de ações afirmativas voltadas ao objetivo de remediar desigualdades históricas entre grupos étnicos e sociais, com o intuito de promover a justiça social, representa um ponto de inflexão do próprio valor da igualdade. Diante desse tema, somos chamados a refletir sobre até que ponto, em sociedades pluralistas, a manutenção do *status quo* não significa a perpetuação de tais desigualdades.

Se, por um lado, a clássica concepção liberal de igualdade como um valor meramente formal há muito foi superada, em vista do seu potencial de ser um meio de legitimação da manutenção de iniquidades, por outro o objetivo de se garantir uma efetiva igualdade material deve sempre levar em consideração a necessidade de se respeitar os demais valores constitucionais.

Não se deve esquecer, nesse ponto, o que Alexy trata como o *paradoxo da igualdade*, no sentido de que toda igualdade de direito tem por consequência uma desigualdade de fato, e toda desigualdade de fato tem como pressuposto uma desigualdade de direito (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001). Assim, o mandamento constitucional de reconhecimento e proteção igual das diferenças impõe um tratamento desigual por parte da lei. O paradoxo da igualdade, portanto, suscita problemas dos mais complexos

para o exame da constitucionalidade das ações afirmativas em sociedades plurais.

Cortes constitucionais de diversos Estados têm sido chamadas a se pronunciar sobre a constitucionalidade de programas de ações afirmativas nas últimas décadas. No entanto, é importante salientar que essa temática – que até certo ponto pode ser tida como universal – tem contornos específicos conforme as particularidades históricas e culturais de cada sociedade.

3. AÇÕES AFIRMATIVAS BASEADAS EXCLUSIVAMENTE NO CRITÉRIO DA “RAÇA”

O tema não pode deixar de ser abordado desde uma reflexão mais aprofundada sobre o conceito do que chamamos de “raça”. Nunca é demais esclarecer que a ciência contemporânea, por meio de pesquisas genéticas, comprovou a inexistência de “raças” humanas. Os estudos do genoma humano comprovam a existência de uma única espécie dividida em bilhões de indivíduos únicos: “*somos todos muito parecidos e, ao mesmo tempo, muito diferentes*” (Cfr.: PENA, Sérgio D. *J. Humanidade Sem Raças?* Série 21, Publifolha, p. 11.).

Este Supremo Tribunal Federal, inclusive, no histórico julgamento do *Habeas Corpus* n.º 82.424-2/RS, frisou a inexistência de subdivisões raciais entre indivíduos.

A noção de “raça”, que insiste em dividir e classificar os seres humanos em “categorias”, resulta de um processo político-social que, ao longo da história, originou o racismo, a discriminação e o preconceito segregacionista. Como explica Joaze Bernardino, “*a categoria raça é uma construção sociológica, que por esse motivo sofrerá variações de acordo com a realidade histórica em que ela for utilizada*”. Em razão disso, uma pessoa pode ser considerada branca num contexto social e negra em outro, como ocorre com “*alguns brasileiros brancos que são tratados como negros nos Estados Unidos*” (BERNARDINO, Joaze. *Levando a raça a sério: ação afirmativa e correto reconhecimento*. In: *Levando a raça a sério: ação afirmativa e universidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p. 19-20).

De toda forma, é preciso enfatizar que, enquanto em muitos países o preconceito sempre foi uma questão étnica, no Brasil o problema vem associado a outros vários fatores, dentre os quais sobressai a posição ou o *status* cultural, social e econômico do indivíduo. Como já escrevia nos idos da década de 40 do século passado Caio Prado Júnior, célebre historiador brasileiro, “*a classificação étnica do indivíduo se faz no Brasil muito mais pela sua posição social; e a raça, pelo menos nas classes superiores, é mais função daquela posição que dos caracteres somáticos*” (PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Brasiliense; 2006, p. 109).

Isso não quer dizer que não haja problemas “raciais” no Brasil. O preconceito está em toda parte. Como dizia Bobbio, “*não existe preconceito pior do que o acreditar não ter preconceitos*” (BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Unesp; 2002, p. 122).

No debate sobre o tema, somos também levados a analisar a diferença existente entre a discriminação promovida pelo Estado e a discriminação praticada pelos particulares.

Desde a abolição da escravatura – um dos fatos mais importantes da história de afirmação e efetivação dos direitos fundamentais no Brasil –, não há notícia de que o Estado brasileiro tenha se utilizado do critério racial para realizar diferenciação legal entre seus cidadãos. Esse é um fator de relevo que distingue o debate sobre o tema no Brasil.

Nos Estados Unidos, por exemplo, existiu um sistema institucionalizado de discriminação racial estimulado pela sociedade e pelo próprio Estado, por seus Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em seus diferentes níveis. A segregação entre negros e brancos foi amplamente implementada pelo denominado sistema *Jim Crow* e legitimada durante várias décadas pela doutrina do “separados mas iguais” (*separate but equal*), criada pela famosa decisão da Suprema Corte nos caso *Plessy vs. Ferguson* (163 U.S 537 1896). Com base nesse sistema legal segregacionista, os negros foram proibidos de frequentar as mesmas escolas que os brancos, comer nos mesmos restaurantes e lanchonetes, morar em determinados bairros, serem proprietários ou locatários de imóveis pertencentes a brancos, utilizar os mesmos transportes públicos, teatros, banheiros etc., casar com brancos, votar e serem votados e, enfim, de serem cidadãos dos Estados Unidos da América. Foi nesse específico contexto de cruel discriminação contra os negros que surgiram as ações afirmativas como uma espécie de mecanismo emergencial de inclusão e integração social dos grupos minoritários e de solução para os conflitos sociais que se alastravam por todo o país na década de 60.

Assim, não se pode deixar de considerar que o preconceito racial existente no Brasil nunca chegou a se transformar numa espécie de ódio racial coletivo, tampouco ensejou o surgimento de organizações contrárias aos negros, como a Ku Klux Klan e os Conselhos de Cidadãos Brancos, tal como ocorrido nos Estados Unidos. Na República Brasileira, nunca houve formas de segregação racial legitimadas pelo próprio Estado.

No Brasil, a análise do tema das ações afirmativas deve basear-se, sobretudo, em estudos históricos, sociológicos e antropológicos sobre as relações raciais em nosso país.

Durante muito tempo, os sociólogos, antropólogos e historiadores identificaram, no processo de miscigenação que formou a sociedade brasileira, uma forma de democracia racial. O apogeu da tese da “democracia racial brasileira” se deu na década de 30, com o trabalho de Gilberto Freyre (Casa grande & Senzala).

Na década de 50, a crença na democracia racial levou os representantes brasileiros na UNESCO (Artur Ramos e Luiz Aguiar Costa Pinto), após a 2ª Guerra Mundial, a propor o Brasil como exemplo de uma experiência bem-sucedida de relações raciais.

A partir da década de 60, pesquisas financiadas pela UNESCO, e desenvolvidas por sociólogos brasileiros (Florestan Fernandes, Fernando Henrique Cardoso e Oracy Nogueira, por exemplo), começaram a questionar a existência dessa dita democracia. Concluíram que, no fundo, o Brasil desenvolvera uma forma de discriminação “racial” escondida atrás do mito da “democracia racial”. Apontaram que, enquanto nos Estados Unidos desenvolveu-se o preconceito com base na origem do indivíduo (ancestralidade), no Brasil existia o preconceito com base na cor da pele da pessoa (fenótipo).

Na década de 70, pesquisadores como Carlos Hasenbalg e Nelson do Valle e Silva afirmaram que o preconceito e a discriminação não estavam apenas fundados nas sequelas da escravatura, mas assumiram novas formas e significados a partir da abolição, estando relacionadas aos *“benefícios simbólicos adquiridos pelos brancos no processo de competição e desqualificação dos negros”*. Simultaneamente, os movimentos negros passaram a questionar a visão integracionista das lideranças negras brasileiras das décadas de 30, 40, 50 e 60.

Foi na década de 90, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, que o tema das ações afirmativas entrou na agenda do governo brasileiro, com a criação do Grupo de Trabalho Interministerial para a Valorização da População Negra em 1995, com as propostas do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH) em 1996 e a participação do Brasil na Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerância, em 2001, na África do Sul.

O governo de Luiz Inácio Lula da Silva aprofundou esse processo. Criou a Secretaria Especial para a Promoção da Igualdade Racial, modificou o Sistema de Financiamento ao Estudante e criou o Programa Universidade para Todos, prevendo bolsas e vagas específicas para “negros”. Em 2003, o Conselho Nacional de Educação exarou as Diretrizes Nacionais Curriculares para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino da História e Cultura Afro-Brasileira.

Em 2010, foi promulgado o Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12288/2010), destinado a garantir a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos da população negra, bem como o combate à intolerância étnica, nos termos do seu artigo 1º.

A análise dessas considerações históricas e do que se produziu no âmbito da sociologia e da antropologia no Brasil nos leva até mesmo a questionar se o Estado brasileiro não estaria passando por um processo de abandono da ideia, muito difundida, de um país miscigenado e, aos poucos, adotando uma nova concepção de nação bicolor.

Em 2005, o jogador de futebol Ronaldo – “O Fenômeno” –, presenciando as agressões racistas que jogadores negros estavam sofrendo nos gramados espanhóis, deu a seguinte declaração: *“Eu, que sou branco, sofro com tamanha ignorância. A solução é educar as pessoas”*. Tal declaração gerou grande repercussão no Brasil e obrigou Ronaldo a explicar o que ele quis dizer: *“Eu quis dizer que tenho pele mais clara, só isso, e mesmo assim sou vítima de racismo. Meu pai é negro. Não sou branco, não sou negro, sou humano. Sou contra qualquer tipo de discriminação”*. Ali Kamel utiliza esse acontecimento como exemplo das mudanças que estariam ocorrendo na mentalidade brasileira.

Alerta, dessa forma, que a crise gerada pela declaração do jogador é a prova de que estamos aceitando a tese da “nação bicolor”; que antes o discurso predominante era favorável à autodeclaração e que agora achamos que temos o direito de classificar as pessoas (KAMEL, Ali. *Não Somos Racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006, p. 139-140).

Utilizando outro exemplo do mundo futebolístico, Yvonne Maggie menciona história do clube Portuguesa Santista que, em excursão à África do Sul, em 1959, foi informado de que seus jogadores negros não poderiam participar de partida contra equipe local, de acordo com as leis do país. O time brasileiro, em uníssono, respondeu que não jogaria sob essas condições, situação que fez com que o cônsul do Brasil precisasse anunciar oficialmente a posição do Governo brasileiro no sentido de não admitir racismo e de não concordar com o regime do *apartheid*. O presidente Juscelino Kubitschek enviou telegrama à África do Sul, manifestando desacordo com o regime, e o Brasil tornou-se o primeiro país fora da África a protestar contra o *apartheid* (fl. 1960).

Para demonstrar a involução pela qual o sistema de miscigenação brasileira tem passado nos últimos tempos, Yvonne Maggie indica os perigos de, paulatinamente, criarem-se divisões entre “brancos” e “negros” em um país em que o povo já se vê misturado (p. 1957). O primeiro passo nesse sentido teria sido a Lei 10.639/2003 que instituiu o ensino da história da África e da cultura afro-brasileira em todas as escolas do Brasil, públicas e privadas. Parecer do Ministério da Educação, que regulamenta as *Diretrizes Nacionais Curriculares para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino da História e Cultura Afro-Brasileira e Africana* e serve para orientar professores. O documento menciona em vários trechos que a “ideologia do branqueamento da população” deve ser combatida e que o “equivoco quanto a uma identidade humana universal” deve ser demonstrado aos alunos (Parecer CNE/CP (LGL\1940\2) 003/2004 – Conselho Nacional de Educação).

Por mais que se questione a existência de uma “Democracia Racial” no Brasil, é fato que a sociedade brasileira vivenciou um processo de miscigenação singular. Nesse sentido, elucida Carlos Lessa que “O Brasil não tem cor. Tem todo um mosaico de combinações possíveis” (LESSA, Carlos. “O Brasil não é bicolor”, In: FRY, Peter e outros (org.) *Divisões Perigosas: Políticas raciais no Brasil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 123).

Na Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílio (PNAD), em 1976, os brasileiros se autoatribuíram 135 cores distintas. Tal fato demonstra cabalmente a dificuldade dos brasileiros de identificarem a sua cor de pele.

Para Fátima Oliveira, “*ser negro é, essencialmente, um posicionamento político, onde se assume a identidade racial negra. Identidade racial-étnica é o sentimento de pertencimento a um grupo racial ou étnico, decorrente de construção social, cultural e política*” (OLIVEIRA, Fátima. *Ser negro no Brasil: alcances e limites*, In: Revista de Estudos Avançados, vol. 18, n.º 50. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. São Paulo: IEA. Janeiro/abril de 2004, p. 57-58.)

As preocupações com as consequências da adoção de cotas raciais para o acesso à Universidade levaram cento e treze intelectuais brasileiros (antropólogos, sociólogos, historiadores, juristas, jornalistas, escritores, dramaturgos, artistas, ativistas e políticos) a redigir uma carta contra as leis raciais no Brasil. No documento, os subscritores alertam que “o racismo contamina profundamente as sociedades quando a lei sinaliza às pessoas que elas pertencem a determinado grupo racial – e que seus direitos são afetados por esse critério de pertinência de raça”. Sustentam que “as cotas raciais proporcionam privilégios a uma ínfima minoria de estudantes de classe média e conservam intacta, atrás de seu manto falsamente inclusivo, uma estrutura de ensino público arruinada”. Defendem que existem outras formas de superar as desigualdades brasileiras, proporcionando um verdadeiro acesso universal ao Ensino Superior, menos gravosas para a identidade nacional, como a oferta de cursos preparatórios gratuitos e a eliminação das taxas de inscrição nos exames vestibulares (“Cento e Treze cidadãos antiracistas contra as leis raciais”, assinado por cento e treze intelectuais brasileiros, entre eles, Ana Maria Machado, Caetano Veloso, Demétrio Magnoli, Ferreira Gullar, José Ubaldo Ribeiro, Lya Luft e Ruth Cardoso).

4. AS COTAS RACIAIS NA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

A Universidade de Brasília foi a primeira instituição de Ensino Superior federal a adotar um sistema de cotas raciais para ingresso por meio do vestibular. A iniciativa, baseada na autonomia

universitária, optou – segundo as informações prestadas pela UnB – pelo critério da análise do fenótipo do candidato: *“os critérios utilizados são os do fenótipo, ou seja, se a pessoa é negra (preto ou pardo), uma vez que, como já suscitado na presente peça, é essa característica que leva à discriminação ou ao preconceito”* (fl. 664).

O programa de cotas da Universidade de Brasília decorre do “Plano de Metas para Integração Social, Étnica e Racial da UnB”, de 2004, que prevê ações para intensificar *“um processo de integração racial, étnica e social no seio da sua população discente, atualmente extremamente elitizada”* (item 2). O documento não especificou o modo como tais ações deveriam ser implementadas, mas propôs que, *“para fins de acompanhamento do processo de integração racial, será introduzido o quesito cor, tanto por auto-classificação como segundo as categorias do IBGE, nas fichas de inscrição ao vestibular e nas fichas de registro dos candidatos aprovados”* (item 3).

Note-se, aí, uma sinalização do Plano de Metas para que o processo de seleção de cotistas a ser desenvolvido pela UnB levasse em consideração o critério da autoclassificação. Todavia, o projeto, ao ser executado, sob a direção da Fundação Centro de Seleção e de Promoção de Eventos, órgão da Universidade de Brasília responsável pela seleção para o vestibular, em parceria com a Comissão de Implementação de Metas para Integração Social, Étnica e Racial da UnB, resolveu estabelecer critérios próprios para evitar “fraudadores raciais” (fl. 216).

Para tanto, no primeiro concurso vestibular com cotas da UnB, em 2004, o procedimento adotado indicava que, no momento da inscrição, o candidato seria fotografado e deveria assinar uma declaração relativa aos requisitos para concorrer pelo sistema de cotas aos negros. A foto era então anexada ao pedido e avaliada por uma comissão, que decidia pela homologação ou não de sua inscrição como cotista. Após homologação do resultado, caso houvesse recurso, o candidato era submetido a entrevista pessoal (fl. 69).

Já na inscrição para o primeiro concurso vestibular com cotas da UnB, a exigência de que candidatos que optaram por concorrer às vagas disponíveis aos negros fossem fotografados, gerou, por si só, situação segregacionista incomum na realidade brasileira e claramente simbólica de consequências que podem resultar de tal sistema: a existência de filas distintas para negros e não negros. Sobre isso:

“A vestibulanda Vanderlúcia Fonseca declarou: ‘As cotas já são um bom começo. Só acho constrangedor ter que ser fotografada para provar minha cor. Já tenho isso registrado em meus documentos.’ (...) Já Ana Maria Negrêdo frisou diretamente as diferenças de procedimentos: ‘Acho que os brancos também deveriam tirar foto. Tinha que ser igual para todo mundo. Por que só a gente tem de meter a cara na câmera?’ (...) O estabelecimento de filas separadas para inscrição dos ‘negros’ chamou a atenção. De modo defensivo, declarou o coordenador das inscrições, Neivion Lopes, quanto aos guichês apartados segundo raça: ‘É separado porque precisamos de espaço reservado para fazer as fotos’. Uma senhora teria resmungado baixinho: ‘Isso é constrangedor’. (fl. 218).

De fato, tal situação acabou por ser constrangedora, já que, no Brasil, inexistiu política semelhante à de outros países, como os Estados Unidos. Não houve, por aqui, legislação segregacionista que determinasse, por exemplo, a separação entre brancos e negros em ambientes do convívio societário.

De qualquer forma, parece ser agressivo que não baste o candidato se considerar e se autodeclarar negro, mas ter sua condição submetida à avaliação de uma comissão sobre a qual pouco se sabe, com base em uma foto.

Atualmente, de acordo com edital do último concurso vestibular realizado pela UnB, em 2012, o processo inclui submissão dos candidatos declarados negros a entrevista pessoal que deverá ocorrer após a aplicação das provas, na qual o candidato deverá apresentar documento original de identidade. Sua declaração como “negro” ou “pardo” continua a ser analisada por uma banca composta por docentes, representantes de órgãos de direitos humanos e de promoção da igualdade racial e militantes do movimento negro do Brasil.

O critério utilizado para deferir ou não ao candidato o direito a concorrer dentro da reserva de cotas raciais gera alguns questionamentos importantes. Afinal, qual é o fenótipo dos “negros” (“pretos” e

“pardos”) brasileiros? Quem está técnica e legitimamente capacitado a definir o fenótipo de um cidadão brasileiro? Essas indagações não são despropositadas se considerarmos alguns incidentes ocorridos na história da política de cotas raciais da UnB.

Marcos Chor Maio e Ricardo Ventura Santos relatam que o procedimento adotado pela UnB gerou constrangimentos e dilemas de identidade entre os candidatos:

“Os responsáveis pelo vestibular da UnB por diversas ocasiões reiteraram que a meta da comissão era o de analisar as características físicas, visando identificar traços da raça negra. Esse objetivo gerou constrangimentos diversos e dilemas identitários de não pouca monta entre os candidatos ao vestibular, devido às dúvidas de se os critérios seriam mesmo o de aparência física (negra) ou de (afro-)descendência. A candidata Ana Paula Leão Paim, a princípio na dúvida sobre se se declararia “negra”, foi convencida pelo argumento da mãe, que lhe disse que sua ‘tataravó era escrava’. Contudo, ainda assim, Ana Paula estava preocupada pois, segundo ela, ‘pela fotografia não dá para analisar a descendência’. Outra candidata, Elizabete Braga, que ‘não se intimidou com a fotografia’, comentou: ‘Minha irmã não seria considerada negra, por exemplo. Ela é filha de outro pai, tem a pele mais clara e o cabelo mais liso’ (Borges, 2004). Ricardo Zanchet, um candidato que se declarou ‘negro’, ainda que ‘com a pele clara, cabelo liso e castanho... nem de longe lembra[ndo] um negro’, e cuja classificação não foi aceita pela comissão, afirmou: ‘Vou levar a certidão de nascimento de meu avô e mostrar a eles... Se meu avô e minha bisavó eram negros, eu sou fruto de miscigenação e tenho direito’ (Paraguassú, 2004).

(...)

Se a primeira etapa do trabalho de identificação racial da UnB foi conduzido pela equipe da ‘anatomia racial’, a segunda foi conduzida por um comitê de ‘psicologia racial’. Trinta e quatro dos 212 candidatos com inscrições negadas na primeira etapa entraram com recurso junto à UnB. Uma nova comissão foi formada ‘por professores da UnB e membros de ONGs’, que exigiu dos candidatos um documento oficial para comprovar a cor. Foram ainda submetidos à entrevista (gravada, transcrita e registrada em ata) na qual, entre outros tópicos, foram questionados acerca de seus valores e percepções: ‘Você tem ou já teve alguma ligação com o movimento negro? Já se sentiu discriminado por causa da sua cor? Antes de se inscrever no vestibular, já tinha pensado em você como um negro?’ (Cruz, 2004). O candidato Alex Fabiany José Muniz, de 23 anos, um dos beneficiários da nova rodada da seleção das cotas, conseguiu um certificado comprovando que era pardo ao levar a certidão de nascimento e uma foto dos pais. Conforme seu depoimento, ‘a entrevista tem um cunho altamente político... perguntaram se eu havia participado de algum movimento negro ou se tinha namorado alguma vez com alguma mulata’ (Darse Júnior, 2004).” (MAIO, Marcos Chor; e SANTOS, Ricardo Ventura. *Política de Cotas Raciais, os ‘Olhos da Sociedade’ e os usos da antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília [UNB]*. Documento juntado à fls. 219-221 dos autos)

Em 2004, o irmão da candidata Fernanda Souza de Oliveira, filho do mesmo pai e da mesma mãe, foi considerado “negro”, mas ela não. Em 2007, os gêmeos idênticos Alex e Alan Teixeira da Cunha foram considerados de “cores diferentes” pela comissão da UnB. Em 2008, Joel Carvalho de Aguiar foi considerado “branco” pela Comissão, enquanto sua filha Luá Resende Aguiar foi considerada “negra”, mesmo, segundo Joel, a mãe de Luá sendo “branca”.

A adoção do critério de análise do fenótipo para a confirmação da veracidade da informação prestada pelo vestibulando suscita problemas graves. De fato, a maioria das universidades brasileiras que adotaram o sistema de cotas ‘raciais’ seguiram o critério da autodeclaração associado ao critério de renda.

A Comissão de Relações Étnicas e Raciais da Associação Brasileira de Antropologia (Crer-ABA), em junho de 2004, manifestou-se contrária ao critério adotado pela UnB, nos seguintes termos:

“A pretensa objetividade dos mecanismos adotados pela UnB constitui, de fato, um constrangimento ao direito individual, notadamente ao da livre autoidentificação. Além disso, desconsidera o arcabouço conceitual das ciências sociais, e, em particular, da antropologia social e antropologia biológica. A Crer-ABA entende que a adoção do sistema de cotas raciais nas Universidades públicas é uma medida de caráter político que não deve se submeter, tampouco submeter aqueles aos quais visa beneficiar, a critérios autoritários, sob pena de se abrir caminho para novas modalidades de

exceção atentatória à livre manifestação das pessoas.” (MAIO, Marcos Chor; e SANTOS, Ricardo Ventura. *Política de Cotas Raciais, os ‘Olhos da Sociedade’ e os usos da antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília [UNB]*. Documento juntado à fls. 228 dos autos)

Defendendo a adoção do critério da autodeclaração no lugar da análise do fenótipo, Marcos Chor Maio e Ricardo Ventura Santos concluem que:

“A comissão de identificação racial da UnB operou uma ruptura com uma espécie de ‘acordo tácito’ que vinha vigorando no processo de implantação do sistema de cotas no país, qual seja, o respeito à auto-atribuição de raça no plano das relações sociais. A valorização desse critério, próprio das sociedades modernas e imprescindível em face da fluidez racial existente no Brasil, cai por terra a partir das normas estabelecidas pela UnB.” (MAIO, Marcos Chor; e SANTOS, Ricardo Ventura. *Política de Cotas Raciais, os ‘Olhos da Sociedade’ e os usos da antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília [UNB]*. Documento juntado à fls. 231 dos autos.)

Ademais, é de causar estranheza que detalhes sobre o procedimento adotado pela comissão não cheguem a ser divulgados. Sabe-se que, no primeiro vestibular com cotas, seus integrantes tiveram como tarefa analisar mais de 4 mil fotografias (fl. 208) em um curto prazo.

Dos 4.385 candidatos autodeclarados negros, 212 não tiveram suas inscrições homologadas. O baixo número de alunos que não tiveram seu pedido aprovado deve-se à “perspectiva inclusiva da banca examinadora”, de acordo o então diretor acadêmico do Cespe, Mauro Luiz *Rabelo* (fl. 216). Ao revelar um pouco do procedimento adotado, indicou que bastava um membro do grupo considerar o candidato negro ou pardo para que este tivesse sua inscrição deferida. Ainda comentou o que considerou uma das maiores dificuldades enfrentadas pela comissão: “O grupo observou traços e tom da pele... A dúvida surgiu entre os pardos mais claros. Tais casos foram discutidos em conjunto.” (fl. 216)

Tal declaração serve para ilustrar que essa espécie de avaliação é complexa e sutil e não pode ser designada a uma comissão sigilosa e sem critérios objetivos. Inclusive porque, do modo como a sociedade brasileira encontra-se hoje estruturada, buscar associar determinadas características genéticas a ancestrais de uma raça específica e, com isso, estabelecer quem é ou não beneficiário de uma ação afirmativa que leve em consideração esse critério, é praticamente impossível.

Em estudo sobre o tema, o Prof. Sérgio D.J. Pena indica que “A cor corresponde no Brasil ao termo em inglês *race* e é buscada em uma avaliação fenotípica complexa, que leva em conta a pigmentação da pele e dos olhos, o tipo de cabelo e a forma do nariz e dos lábios. (p.161) Todavia, a correlação entre cor e ancestralidade é pobre. O genoma brasileiro é um verdadeiro mosaico, altamente variável e individual, formado pela contribuição de três raízes ancestrais – ameríndia, europeia e africana. E conclui que, atualmente, a maioria dos brasileiros possui simultaneamente grau significativo de influência genética dessas três raízes, de modo que passa não fazer sentido falar em “populações” de brasileiros brancos ou de brasileiros negros (Da inexistência das Raças e suas consequências para a sociedade brasileira. Prof.Dr. Sérgio D.J.Pena, nos autos p. 166).

Ademais, causa perplexidade cogitar que espécie de deliberação é feita entre os integrantes da Comissão de Seleção da UnB para avaliar se uma pessoa é ou não negra. Qual seria a distinção entre um pardo mais escuro e um mais claro, já que, de acordo com declarações trazidas aos autos, os pardos claros seriam os mais difíceis de serem identificados. Quais os critérios de tão tênue questão?

Não se duvida a respeito da premente necessidade de um programa de ação afirmativa para a reserva de vagas que beneficie grupos sociais específicos. Um programa como esses, não obstante, deve ser criteriosamente elaborado, estabelecendo um sistema de normas e procedimentos que permitam a aplicação da política de forma adequada para os fins a que ela se propõe. Enfim, a política de ação afirmativa deve ser proporcional ao objetivo almejado.

No caso da UnB, fica difícil vislumbrar a adequação da política. Criou-se uma comissão de avaliação com poderes para desqualificar e assim revogar a manifestação de vontade do candidato autodeclarado negro. Não se pode negar, portanto, que a existência desse tipo de comissão avaliadora acaba por anular a autodeclaração alçada a critério base desse modelo.

Assim como o critério da autodeclaração é demasiado subjetivo se adotado de forma exclusiva, tal

como reconhecido pelos próprios defensores da política de cotas da UnB –, a sua conjugação com uma comissão avaliadora torna o modelo incongruente. Ao fim e ao cabo, a existência de tal comissão acaba por inserir o critério da heteroidentificação como a base do modelo de cotas da UnB; isto é, no final das contas, quem terá o poder de dar a palavra final sobre a condição racial do indivíduo será uma comissão e não o próprio indivíduo afetado. Um critério de autodeclaração que se transmuda em hetero-identificação. O modelo é, inegavelmente, incongruente e ineficaz nesse sentido.

Ademais, há certo consenso quanto à necessidade de que os programas de ações afirmativas sejam limitados no tempo. Trata-se de situação denominada pela doutrina americana de *sunset clauses*, ou seja, a necessidade de que determinações sobre algumas matérias, como política pública, contenham regra que preveja que a medida adotada deixará de existir quando seus objetivos sejam atingidos. Não se espera, assim, que um sistema de ação afirmativa tenha validade por tempo indeterminado, mas apenas enquanto for necessário para atingir a finalidade pretendida.

Nesse sentido, o “Plano de Metas para a integração social, étnica e racial da Universidade de Brasília” prevê a disponibilidade da reserva de vagas pelo período de 10 anos apenas (fl. 98). Cabe questionar seriamente, no entanto, se esse prazo será observado ou se será estendido indefinidamente no tempo. Estamos hoje com 8 anos de implementação do programa e, portanto, faltam apenas 2 anos para o seu encerramento, conforme o plano inicial.

Em estudo sobre o tema, Thomas Sowell indica que os próprios autores de programas de ação afirmativa dificilmente têm coragem de defender que sistemas de cotas devem ser adotados como princípio ou aspecto permanente da sociedade e frisa que se faz “*um grande esforço para chama-las de “provisórias”, mesmo quando, de fato, tais preferências acabem não só permanentes, mas ampliadas.*” (SOWELL, Thomas. *Ação Afirmativa ao redor do mundo: estudo empírico*. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. 2ª ed. Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, p. 2, 2004).

É o que aconteceu, por exemplo, na Índia, em que foram os próprios líderes da casta dos intocáveis que propuseram o prazo de dez anos para o recebimento dos benefícios, com a finalidade de evitar conflito social. Este programa foi instituído em 1949 e a reserva continua até hoje em vigor. (SOWELL, Thomas. *Ação Afirmativa ao redor do mundo: estudo empírico*. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. 2ª ed. Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, p. 3, 2004).

Um programa de ação afirmativa que dê preferência a determinado segmento da sociedade tende a se perpetuar, caso não se tenha bem claro seu objetivo. “*Um programa temporário para eliminar uma condição secular é quase uma contradição em termos. A igualdade de oportunidade pode ser conseguida em um tempo plausível, mas isso é totalmente diferente de eliminar a desigualdade de resultados. (...) As pessoas são diferentes, e isto é assim há séculos (...). Qualquer política “temporária” cuja duração é definida pelo objetivo de se conseguir alguma coisa que jamais foi antes alcançada em lugar nenhum do mundo, seria melhor caracterizada como eterna*”, no entendimento de Sowell. (SOWELL, Thomas. *Ação Afirmativa ao redor do mundo: estudo empírico*. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. 2ª ed. Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, p. 7, 2004).

Desse modo, o programa de ação afirmativa não objetiva a eliminação completa de desigualdades, mas o aumento da igualdade de oportunidades em um segmento específico. Exatamente por isso tem condições e deve ser estabelecido por um período que pareça razoável, de acordo com os dados disponíveis, para contrabalançar situações entendidas como desfavoráveis. **Para tanto, tão importante quanto definir prazos e metas é submeter o programa a avaliações empíricas rigorosas e constantes.**

As instituições que adotam o sistema de cotas devem realizar avaliações periódicas sobre o desempenho dos seus alunos cotistas, não apenas em relação a notas, mas a eventuais dificuldades por eles enfrentadas. Também deve ser ouvido o corpo docente, inclusive para verificar como os professores avaliam os cotistas e evitar possíveis tratamentos diferenciados que visem evitar reprovação excessiva de alunos cotistas – a denominada “nota afirmativa”, em programas da União Soviética ou os “pontos a favor”, no sistema adotado na Índia (SOWELL, Thomas. *Ação Afirmativa ao redor do mundo: estudo empírico*. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. 2ª ed. Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, p. 4, 2004).

De qualquer forma, é evidente que essas avaliações devem ser realizadas de acordo com métodos

transparentes e apresentadas de forma clara a toda sociedade. Não se trata, aqui, de não respeitar o sigilo das notas de alguns alunos, mas de apresentar relatórios do desempenho geral dos cotistas, inclusive para que eventuais falhas detectadas no processo sejam corrigidas e para que se possa acompanhar se o programa de ação afirmativa tem logrado – e em que velocidade – atingir sua finalidade.

Na qualidade de medidas de emergência ante a premência de solução dos problemas de discriminação racial, as ações afirmativas não constituem subterfúgio e, portanto, não excluem a adoção de medidas de longo prazo, como a necessária melhora das condições do Ensino Fundamental no Brasil.

5. A QUESTÃO EM FACE DO MODELO DE EDUCAÇÃO BRASILEIRO COMO UM TODO

Outro importante aspecto a ser considerado diz respeito às dificuldades de acesso ao Ensino Superior no Brasil. Sabemos que a universidade pública é altamente excludente. As estatísticas demonstram que, em 2010, apenas 30% dos jovens de 18 a 24 anos de idade declararam estudar e, desse número, somente 14,4 % encontravam-se matriculados no Ensino Superior (dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios-PNAD/IBGE, retirados do Programa de Expansão, Excelência e Internacionalização das Universidades Federais, ANDIFES, abril de 2012). Quando o assunto é o acesso ao Ensino Superior, os números colocam o Brasil em um patamar muito inferior aos demais países da América Latina.

É inegável que, desde a década de 1990, os governos têm implementado políticas que visam aumentar o número de vagas/matrículas nas instituições de Ensino Superior. De um número de 1.565.056 (um milhão, quinhentos e sessenta e cinco mil e cinquenta e seis) em 1991, chegamos, em 2007, a 4.880.381 (quatro milhões, oitocentos e oitenta mil, trezentos e oitenta e um) alunos matriculados no Ensino Superior (dados do Censo da Educação Superior, do Ministério da Educação). Em 2010, 6.379.299 estudantes matricularam-se no Ensino Superior: 25,8% estavam em instituições públicas (14,7% em instituições federais) e 74,2% em instituições particulares, o que revela um avanço que não se pode desprezar.

Conforme o Censo da Educação Superior do ano de 2010, o Brasil contava com 2.377 instituições de Ensino Superior, das quais 278 eram públicas, sendo 99 do sistema federal, 108 estaduais e 71 municipais; o sistema público contava com um total de 1.643.298 matrículas de graduação; o setor privado acolhia 2.099 instituições, com 4.736.001 matrículas de graduação.

Nosso Ensino Superior também é excludente, em razão do modelo restrito de vagas ofertadas por quase todos os cursos. Nós, que militamos na universidade pública, podemos verificar a presença de pouquíssimos alunos nas salas de aula, existindo um gasto excessivo com professores em relação ao número de alunos. É o caso, por exemplo, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Recebia 50 alunos por semestre, apenas 100 por ano. Aumentou-se para 60 alunos a cada semestre, não mais do que 120 alunos por ano, com a ampliação do número de professores pelo Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (REUNI), mantendo-se, assim, a proporção entre o número de vagas e o número de professores. Se considerarmos as vagas do Programa de Avaliação Seriada (PAS) e do Sistema de Cotas para Negros, restam apenas 72 vagas no concurso universal por ano.

No Brasil, em 1995, o número de alunos por professor era de apenas 7,5 e, em 2002, passou para 11,6. Lamentavelmente, em 2006, tivemos um decréscimo para 10,8, o que demonstra que ainda temos um número muito elevado de professores em relação ao número de alunos, muito distante do número de 16 alunos por professor observado nos países desenvolvidos. Isso está a revelar a ineficiência na utilização dos recursos públicos destinados à educação superior. Gastamos muito com recursos humanos sem que isso se reflita no aumento do acesso e da qualidade do ensino.

Portanto, por que não aumentar o número de vagas por professor? Um número tão reduzido de vagas em universidades públicas é, por si só, um fator de exclusão.

Por que não se instituir no Brasil, por exemplo, um modelo em que haja vinculação entre a receita da instituição de ensino e o número de vagas que deve ser obrigatoriamente ofertado, de modo a ensejar uma expansão no acesso ao ensino superior público? Claro que um programa de expansão assim poderia gerar outra preocupação, que é a da qualidade do ensino oferecido, mas é importante

registrar que essa medida melhoraria o nível formal de educação do país e que a experiência vivida por outros modelos, como o alemão – onde há um elevadíssimo número de vagas por professor – não inviabiliza a boa formação acadêmica dos alunos.

É preciso, ainda, alargar a reflexão, para que não esqueçamos que a análise do acesso à universidade é fundamental; não obstante, ela é apenas uma parcela do debate de uma democracia inclusiva. Devemos pensar a questão em face do modelo de educação brasileiro como um todo, para não buscar soluções apenas na etapa universitária. A valorização e fomento de políticas públicas prioritárias e inclusivas voltadas às etapas anteriores (educação básica) e alternativas (cursos técnicos) são fundamentais, para que não assumamos a universidade como único caminho possível para o sucesso profissional e intelectual.

Assim, não se pode deixar de pensar continuamente em alternativas e novas formas de aumentar a qualidade e o acesso ao ensino universitário público e privado.

Com o desenvolvimento de novas tecnologias, a educação a distância se torna uma alternativa fundamental para universalizar o acesso à educação superior. Essa modalidade de educação mediada por tecnologias é perfeitamente possível para a transmissão de conhecimentos teóricos e permite uma redução de custos do processo de aprendizagem, com enorme alcance de alunos e resultados.

O incremento no número de matrículas em instituições privadas também foi fomentado por alguns programas de incentivo à educação criados pelo Governo Federal, como o Programa Universidade Para Todos (ProUni) e o Fundo de Financiamento Estudantil (Fies), que não soluciona, por si só, o problema do acesso ao Ensino Superior público.

De outro lado, o modelo do concurso universal demanda uma rediscussão. Há uma grande ironia no nosso modelo: de regra, aqueles que eventualmente passaram por todas as escolas privadas é que lograrão, depois, acesso via vestibular e poderão, então, chegar ao ensino público superior, dotado de conceito de excelência.

Assim, somos levados a acreditar que a exclusão no acesso às universidades públicas é determinada pela condição financeira. Nesse ponto, parece não haver distinção entre “brancos” e “negros”, mas entre ricos e pobres. Nessa discussão, há quem aponte que os pobres no Brasil têm todas as “cores” de pele. Dessa forma, não podemos deixar de nos perguntar quais serão as consequências das políticas de cotas raciais para a diminuição do preconceito. Será adequado, aqui, tratar de forma desigual pessoas que se podem se encontrar em situações iguais, apenas em razão de suas características fenotípicas? E que medidas ajudarão na inclusão daqueles que não se autotransformam como “negros”? Com a ampla adoção de programas de cotas raciais, como ficará, do ponto de vista do direito à igualdade, a situação do “branco” pobre? A adoção do critério da renda (adicional ou não) não seria mais adequada para a democratização do acesso ao Ensino Superior no Brasil? Por outro lado, até que ponto podemos realmente afirmar que a discriminação pode ser reduzida a um fenômeno meramente econômico? Podemos questionar, ainda, até que ponto a existência de uma dívida histórica em relação a determinado segmento social justificaria o tratamento desigual.

A despeito de não convivermos com legislações racistas como a dos Estados Unidos, estudos estatísticos apontam para um padrão de vida dos negros muito inferior ao dos brancos. Até que ponto essas informações corroboram a ação afirmativa com base na cor da pele? Quais os critérios utilizados no levantamento de tais dados? Esses estudos poderiam ser questionados?

A petição da Universidade de Brasília (fl. 650) noticia que, segundo a “Síntese de Indicadores Sociais – 2006”, realizada pelo IBGE, as informações coletadas convergem para indicar que o critério de pertencimento étnico-racial é altamente determinante no processo de diferenciação e exclusão social. Indicam que *“a taxa de analfabetismo de pretos (14,6%) e de pardos (15,6%) continua sendo em 2005 mais de o dobro que a de brancos (7,0%)”*.

A manifestação do Advogado-Geral da União faz referência à “Síntese de Indicadores Sociais – 2008”, também realizada pelo IBGE, segundo a qual *“em números absolutos, em 2007, dos poucos mais de 14 milhões de analfabetos brasileiros, quase 9 milhões são pretos e pardos, demonstrando que para este setor da população a situação continua muito grave. Em termos relativos, a taxa de*

analfabetismo da população branca é de 6,1% para as pessoas de 15 anos ou mais de idade, sendo que estas mesmas taxas para pretos e pardos superam 14%, ou seja, mais que o dobro que a de brancos” (fl. 748).

Enquanto muitos se apegam aos dados estatísticos para comprovar a existência de racismo no Brasil, outros, como Ali Kamel, Simon Schwartzman e José Murilo de Carvalho, questionam essas conclusões. Ali Kamel, em obra realizada em 2006, afirma que alguns estudos, muitas vezes, manipulam os dados referentes aos “pardos”, ora incluídos entre os “negros”, ora considerados à parte. Refere que, segundo o IBGE, os “negros” são 5,9%; os “brancos”, 51,4% e os “pardos” 42% dos brasileiros. Afirma que, segundo os dados do PNUD, entre 1982 a 2001, o percentual de “negros” e “pardos” pobres caiu de 58% para 47%, enquanto o de “brancos” pobres se manteve praticamente estável, de 21% para 22%. Comparados esses percentuais com o aumento da população brasileira no período, conclui que *“a pobreza caiu muito mais acentuadamente entre os negros e pardos do que entre os brancos”*. (KAMEL, Ali. *Não Somos Racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006, p. 49 e 67).

De qualquer forma, a reflexão aqui exercida busca ressaltar que a instituição de cotas é relevante, mas é parte do problema da educação no Brasil. É necessário analisar, criticar e exigir políticas públicas que viabilizem melhoras por aumento de vagas e de qualidade no Ensino Superior e que diminuam o custo de acesso em universidades particulares. Além disso, é preciso fomentar o desenvolvimento da educação básica e da capacitação e valorização de cursos técnicos especializados (em nível universitário ou não), que permitam oportunidades de trabalho e de vida digna a todos. É necessário, ainda, que o Estado e a sociedade avaliem as condições de acesso ao mercado de trabalho e que se estimule uma conexão e um diálogo mais constantes e próximos, para que as barreiras de exclusão sejam vencidas não apenas no acesso à educação, mas também no campo profissional.

6. A NECESSIDADE DE UM MODELO DISTINTO DE AÇÕES AFIRMATIVAS DE INCLUSÃO SOCIAL

É certo que o Brasil caminha para a **adoção de um modelo próprio de ações afirmativas de inclusão social, em virtude das peculiaridades culturais e sociais da sociedade brasileira**, que impedem o acesso do indivíduo a bens fundamentais, como a educação e o emprego.

No entanto, é importante ter em mente que a solução para tais problemas não está na importação acrítica de modelos construídos em momentos históricos específicos tendo em vista realidades culturais, sociais e políticas totalmente diversas das quais vivenciamos atualmente no Brasil, mas na interpretação do texto constitucional considerando-se as especificidades históricas e culturais da sociedade brasileira.

Thomas Sowell, PhD em economia pela Chigago University e Professor das universidades de Cornell, Amherst e University of California Los Angeles – UCLA, examinou a aplicação de ações afirmativas em diversos países do mundo e concluiu o seguinte:

“Inúmeros princípios, teorias, hipóteses e assertivas têm-se utilizados para justificar os programas de ação afirmativa – alguns comuns a vários países do mundo, outros peculiares a determinados países ou comunidades. Notável é o fato de que raramente essas noções são empiricamente testadas, ou mesmo claramente definidas ou logicamente examinadas, muito menos pesadas em relação aos dolorosos custos que muitas vezes impõem. Apesar das afirmativas abrangentes feitas em prol dos programas de ação afirmativa, um exame de suas conseqüências reais torna difícil o apoio a tais programas ou mesmo dizer-se que esses programas foram benéficos ao cômputo geral – a menos que se esteja disposto a dizer que qualquer quantidade de reparação social, por menor que seja, vale o vulto dos custos e dos perigos, por maiores que sejam.” (SOWELL, Thomas. *Ação Afirmativa ao redor do mundo: estudo empírico*. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. 2ª ed. Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, p. 198, 2004)

Infelizmente, no Brasil, o debate sobre ações afirmativas iniciou-se de forma equivocada e deturpada. Confundem-se ações afirmativas com política de cotas, sem se atentar para o fato de que as cotas representam apenas uma das formas de políticas positivas de inclusão social. Na verdade, as ações afirmativas são o gênero do qual as cotas são a espécie. E, ao contrário do que muitos pensam, mesmo nos Estados Unidos o sistema de cotas sofre sérias restrições doutrinárias e jurisprudenciais, como se pode depreender da análise da série de casos julgados pela

Suprema Corte, dentre os quais sobressaem o famoso *Caso Bakke (Regents of the University of California vs. Bakke; 438 U.S 265, 1978)*.

Em recentes julgados, a Suprema Corte norte-americana voltou a restringir a adoção de políticas raciais. No caso *Parents Involved in Community Schools vs. Seattle School District N. 1.* (28 de junho de 2007) – no qual se discutiu a possibilidade de o distrito escolar adotar critérios raciais (classificando os estudantes em brancos e não brancos ou negros e não negros) como forma de alocá-los nas escolas públicas –, os juízes, por maioria, entenderam desarrazoado o critério e salientaram que *“a maneira de acabar com a discriminação com base na raça é parar de discriminar com base na raça”*. O Justice Kennedy afirmou que, *“quando o governo classifica um indivíduo por raça, ele precisa primeiro definir o que ele entende por raça. Quem, exatamente, é branco ou não branco? Ser forçado a viver com um rótulo racial definido pelo governo é inconsistente com a dignidade dos indivíduos em nossa sociedade. É um rótulo que os indivíduos não têm o poder de mudar. Classificações governamentais que obrigam pessoas a marchar em diferentes direções de acordo com tipologias raciais podem causar novas divisões”*. No caso *Ricci et al. vs. DeStefano et. al.* (29 de junho de 2009), a Corte, por maioria, entendeu que decisões que tomam como base a questão da raça violam o comando do Título VII do Civil Rights Act de 1964, o qual prevê que o empregador não pode agir de forma diversa por causa da raça do indivíduo.

Note-se, portanto, que mesmo em um país como os Estados Unidos da América, em que o racismo contra negros foi estabelecido em normas estatais e, portanto, foi, sim, mais perverso do que o racismo encontrado no Brasil, tem-se hoje a consciência de que não se deve tomar decisões com base na raça. Nesse sentido, é preciso reconhecer que o racismo no Brasil é bastante mais complexo e obliquado do que aquele encontrado, por exemplo, nos EUA.

Essa conclusão, a que chegaram, entre outros, Fernando Henrique Cardoso, Ali Kamel e Demétrio Magnoli, deve conduzir a uma séria reflexão sobre qual modelo de políticas de cotas deve ser implementado em um país com grande miscigenação e que tem a maior parte de sua população autodeclaradamente parda. Com isso quero dizer que muitos dos autodeclarados pardos brasileiros são oriundos de famílias que puderam lhes conceder todas as condições para chegarem às mais importantes universidades brasileiras. Sem dúvida, muitos não gozaram da mesma sorte.

Se não bastasse a complexidade que o tema “ação afirmativa como mecanismo de inclusão social” atrai, a definição dos critérios a serem implementados em universidades públicas para definir quem faz jus ao benefício constitui matéria que amplia direitos de uns com imediata repercussão na vida de outros. Ao reservar 20% (vinte por cento) das vagas para determinado segmento da sociedade, outra parcela estará privada desse percentual de vagas.

Todas as ações que visem a estabelecer e a aprimorar a igualdade entre nós são dignas de apreço. É importante, no entanto, refletir sobre as possíveis consequências da adoção de políticas públicas que levem em consideração apenas o critério racial. Não podemos deixar que o combate ao preconceito e à discriminação em razão da cor da pele, fundamental para a construção de uma verdadeira democracia, reforce as crenças perversas do racismo e divida nossa sociedade em dois polos antagônicos: “brancos” e “não brancos” ou “negros” e “não negros”.

A revelação da complexidade do racismo existente em nossa sociedade e das características específicas da miscigenação do povo brasileiro impõe que as entidades responsáveis pela instituição de modelos de cotas sejam sensíveis à especificidade da realidade brasileira e, portanto, ao fixarem as cotas, atentem para a necessidade de conjugação de critérios de “cor” com critérios de renda, tendo em vista a própria eficiência social da instituição das políticas de cotas.

A implementação de cotas baseadas apenas na cor da pele pode não ser eficaz, do ponto de vista de inclusão social, ao passo que sua conjugação com critérios de renda tem o condão de atingir o problema de modo mais preciso, sem deixar margens para questionamentos baseados na ofensa à isonomia, ou sobre a possível estimulação de conflitos raciais inexistentes no Brasil atual.

Essa colocação encontra respaldo em iniciativa bem-sucedida do Governo Federal. A instituição do PROUNI, por meio da Lei 11.096, de 13 de janeiro de 2005, a qual, por sua vez, é fruto da conversão da MP 213/2004, é um exemplo de política pública de ação afirmativa que conseguiu atingir o objetivo de gerar altos índices de inclusão social.

Os critérios utilizados pela lei instituidora do PROUNI são eminentemente socioeconômicos.

Em seu primeiro artigo, a referida lei impõe limite máximo de renda familiar *per capita* de 1 (um) salário mínimo e ½ (meio) para a concessão de bolsa integral ou de até 3 (três) salários mínimos para as bolsas parciais. Já no segundo artigo, além de preocupar-se em estender o benefício às pessoas com deficiência, impõe o requisito de que as bolsas aos estudantes em geral apenas poderão ser concedidas àqueles oriundos de Ensino Médio em escola da rede pública.

O artigo 3º da lei do PROUNI afirma expressamente que os bolsistas serão selecionados pelo *perfil socioeconômico*, e o art. 7º traz a previsão de percentual de bolsas a serem concedidas aos deficientes, bem como aos indígenas, pardos e negros. Afirma, ainda, que as bolsas étnicas ou raciais deverão ser, no mínimo, igual ao percentual de cidadãos autodeclarados indígenas, pardos ou pretos, em cada unidade da federação, segundo o último Censo do IBGE.

Isso quer dizer que o programa do Governo Federal chamado PROUNI, o qual tem sido bem-sucedido, optou por programa de ação afirmativa que leva em consideração critério socioeconômico, de renda familiar mínima, de origem de rede pública de ensino, distingue entre as unidades da federação, além de abranger indígenas, deficientes, entre outras hipóteses. Essa espécie de ação afirmativa, repito, já implementada, com sucesso, parece ser muito mais eficaz socialmente do que um tipo de cota simplesmente baseada em critério racial.

O debate é complexo e não se está a propor soluções milagrosas, mas apenas a demonstrar que a introdução do critério de renda, além de outros, conjugados que sejam com o critério racial, tem o condão de conferir segurança à política de cotas, bem como uma maior eficácia social da referida política e a prevenção de conflitos raciais.

7. UMA PALAVRA SOBRE EXPERIMENTALISMO INSTITUCIONAL

Em palestra ainda recente, proferida em 12 de abril de 2008, no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), o professor Roberto Mangabeira Unger fez sérias considerações sobre o papel do Direito no avanço da Democracia brasileira. Na oportunidade, o palestrante, após diagnosticar o estágio de evolução de nossa democracia e os desafios que enfrentaria e enfrentará, ressaltou diversas vezes que o desenvolvimento do país dependeria do incentivo que se deverá conferir à imaginação criadora voltada aos experimentos institucionais, que poderá buscar alternativas possíveis à sobrevivência e ao desenvolvimento nacional.

Nesse sentido, Mangabeira salientava que o experimentalismo institucional deve servir a uma democracia nova e pulsante, ajudando-a a encontrar seus próprios caminhos, conducentes ao desenvolvimento econômico. Confirmam-se as palavras do palestrante:

“O primeiro foco é o desejo de dar realidade ao compromisso universalmente afirmado de construir um crescimento econômico socialmente inclusivo. A questão que se põe, mesmo diante das democracias mais livres e prósperas do mundo, é se só uma pequena minoria da humanidade será admitida nos setores avançados da produção e do ensino ou se conseguiremos abrir as portas para parcelas grandes da economia e da sociedade, admitindo-lhes a este universo de experimentalismo avançado que caracteriza as formas avançadas de produção e de aprendizado. Os meios tradicionais para atenuar as desigualdades – as políticas compensatórias universalizantes de um lado e a promoção pelos governos da pequena propriedade – revelaram-se ambos insuficientes para alcançar este objetivo.

A segunda ideia (...) é que, se esse experimentalismo é importante para todos os países, para o nosso País, é uma questão de sobrevivência nacional. O que mais quer a Nação agora é construir um modelo de desenvolvimento baseado em ampliação de oportunidades econômicas e educativas e em participação popular. Não será possível construir este modelo dentro do formulário institucional que, há muitas décadas, os nossos quadros dirigentes insistiram em portar e em copiar. (MANGABEIRA, Palestra IDP)”.

Mangabeira Unger, em outro trecho de sua palestra, ao analisar o estágio atual do pensamento jurídico, conclama os juristas brasileiros a repensar os modelos institucionais vigentes e não apenas tentar, de uma forma ou de outra, humanizar estruturas esgotadas. Arnaldo Godoy, ao transcrever alguns trechos da referida palestra, tece comentários pertinentes:

“O discurso jurídico ortodoxo canoniza o Direito. Transforma-o em liturgia. Legitima-o como religião civil. Centra-o em imaginário pacto fundante. Sob roupagem retórica supostamente estimulante,

anuncia-se como condutor moral de uma nova época, que se diz neopositivista ou neoconstitucionalista. Prega-se um patriotismo constitucional (cf. HABERMAS, 1997, pp. 279 e ss.), que se insinua em suposto pacto reformista, que nada mais é do que uma versão reelaborada de um neocontratualismo de sabor kantiano. Para Mangabeira:

'Uma das implicações dessa maneira de pensar o direito é estabelecer um contraste chocante entre duas genealogias de direito: uma genealogia prospectiva e uma genealogia retrospectiva. Prospectivamente, imaginamos o direito o produto do conflito, conflito entre interesses e entre visões. Não há nada de errado nisso. Essa é a própria natureza da democracia – organizar esse conflito. Mas, depois, retrospectivamente, nas mãos dos juristas, imaginamos o direito não como um retrato de um conjunto efêmero de composições entre interesses e visões contrastantes, mas como um sistema ideal de evolução que pode ser representado na linguagem dos princípios e das políticas públicas impessoais'. (MANGABEIRA, Palestra IDP).

O Direito precisa ser repensado. Deve ser adaptado às condições políticas pelas quais presentemente passamos. Deve deixar a ante-sala das curiosidades. Deve afastar-se do campo minado das sutilezas da argumentação. Para Mangabeira, ainda na palestra aqui esquadrinhada:

'Esta maneira de pensar o direito só faz sentido à luz desse pacto social democrata que eu descrevi e dessa realidade paradoxal de avanço e de recuo do direito do século 20. Esse é o pensamento jurídico característico de uma civilização que não acredita mais na possibilidade ou na necessidade de reconstruir as coisas e que se satisfaz em humanizá-las, em redistribuir recursos e direitos em nome de idealizações do direito. É um método de pensamento jurídico que serve a quem aceita os limites deste mundo, mas que é inaceitável para quem quer transpor esses limites'. (MANGABEIRA, Palestra, IDP).

O Direito que se diz hegemônico seria mera expressão do fracasso. O Direito não teria realizado sua missão, e nem cumprido suas promessas. É dissimulado. Diz-se arauto do que é novo e do que segue, porém regurgita o passado que diz repudiar. Por isso,

'(...) essa forma dominante de pensamento jurídico, esse pósformalismo teleológico, sistemático e idealizante que é agora apresentado em todo o mundo como a onda do futuro do pensamento jurídico é, na realidade, a transcrição, no pensamento jurídico de uma limitação ou de uma derrota política casada com uma mistificação intelectual'. (MANGABEIRA, Palestra, IDP).

A palestra seguiu densa, em tom de denúncia, angustiada, em passo de realismo impressionante, explicitando-se os porquês da desconfiança:

'Mistificação porque passa magicamente da genealogia prospectiva de direito como produto de conflito para a genealogia retrospectiva do direito nas mãos dos juristas como o fragmento de um sistema ideal. Mistificação a serviço do vanguardismo antidemocrático dos juristas e dos juízes, seduzidos pela ideia de uma tarefa importante de melhorar as coisas idealizando o direito de uma maneira que parece quase irreconciliável com os pressupostos da democracia. Mistificação incompatível com o imperativo do experimentalismo institucional. (MANGABEIRA, Palestra, IDP)''.

Artigo disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/11770/o-direito-no-fortalecimento-da-democracia-no-pensamento-deroberto-mangabeira-unger>

Em artigo publicado na Folha de São Paulo, em 18 de abril de 2005, intitulado *A justiça como base de desenvolvimento*, de resto também comentado por Arnaldo Godoy no texto transcrito acima, Mangabeira Unger faz afirmações que calham perfeitamente com o raciocínio aqui desenvolvido:

“Como podem iniciativas sóbrias, tomadas com meios disponíveis, melhorar a vida de dezenas de milhões de pessoas no Brasil? Exemplifico nas três áreas em que o país mais requer mudança de rumo: a situação do trabalhador, a qualidade do ensino e a influência do dinheiro na política (...) É o compromisso de transformar exigências de justiça em condições de progresso prático. No passado, o conceito foi crescer para ter, depois, os meios com que fazer justiça. Agora, o princípio deve ser fazer justiça para poder crescer. Transformar a democratização das oportunidades de trabalho e de ensino e o saneamento da vida pública em motores de desenvolvimento. A utopia realista que convém ao Brasil, aquela que a nação continua, com espasmos de descrença e de frustração, a buscar, é a da energia construtiva, manifesta no esforço de equipar os que não têm como e os que não sabem como. Um país que cultiva a pujança e venera a ternura não reconciliará os dois lados de

sua consciência coletiva sem refundar o desenvolvimento sobre a base da justiça”. (MANGABEIRA, FSP, 18 de abril de 2005). (grifei)

Ao analisarmos o caso da Universidade de Brasília, devemos reconhecer o seu valor como modelo experimental; um típico caso de experimentalismo institucional que dever assim ser louvado.

Assim, apesar de todos os problemas aqui apontados, não se pode deixar de considerar que a UnB foi pioneira na formulação dessa política de ação afirmativa no Ensino Superior.

8. CONCLUSÃO

O modelo da UnB tem a virtude e obviamente os eventuais defeitos de um modelo pioneiro, sem paradigmas anteriores.

Por tal motivo, não é o caso de constatar, neste momento, a inconstitucionalidade do modelo instituído pela UnB, que ainda está em plena fase de implementação e, portanto, de experimentação. Trata-se de um modelo que vem sendo testado e que, dessa forma, pode (e deve) ser aperfeiçoado, levando-se em conta todas as questões aqui levantadas.

Em verdade, seria o caso de dizer que a norma (ou as normas) é “ainda constitucional”; é um modelo que pode tender, se for mantido, se não for revisto, a um quadro de inconstitucionalidade.

O programa da UnB foi estabelecido por um prazo de dez anos e já está no seu oitavo ano de vigência. Dessa forma, é recomendável uma revisão completa do modelo quando do término do prazo de dez anos, uma vez constatada eventual necessidade de prorrogação da política de ação afirmativa para acesso à universidade.

Ante o exposto, com todas as ressalvas realizadas na fundamentação, acompanho o Relator quanto à parte dispositiva e voto pela improcedência da ação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, antes de adentrar o voto, propriamente dito, faço três observações: a primeira é a de que, se estivéssemos na Argentina, não estaríamos a discutir a matéria, já que o ingresso do estudante na faculdade, no país irmão, independe da feita de vestibular. Segundo, reconheço a valia da ação ajuizada, da arguição de descumprimento de preceito fundamental, pelo Democratas – DEM, no que viabilizou a discussão da matéria e a revelação à sociedade brasileira da compreensão, sob o ângulo constitucional, da harmonia ou não do sistema de cotas com a nossa ordem jurídica. Terceiro, não posso deixar de cumprimentar a minha exassessora, hoje Procuradora do Distrito Federal, Dra. Roberta Fragoso, pela coragem cívica demonstrada. Ninguém, absolutamente ninguém neste país, penso, presumindo o que normalmente ocorre, é a favor da discriminação racial.

Presidente, vou à quarta observação: ocupava a cadeira que hoje é ocupada por Vossa Excelência, quando tive oportunidade de aceitar um convite feito pela minha ex-Corte, da minha eterna Corte, o Tribunal Superior do Trabalho, para falar no seminário “Discriminação e Sistema Legal Brasileiro”, tendo sido destacado para essa fala o tema “Óptica Constitucional: a Igualdade e as Ações Afirmativas”. Compareci prazerosamente para discorrer sobre o tema, fazendo-o com desassombro, conforme aprendi a proceder nesta passagem finita por aqui. Quando administrava o Tribunal, coordenando os trabalhos do Plenário, introduzi, em edital a envolver licitação, a necessidade de empresas prestadoras de serviços obrigarem-se a apresentar força de trabalho, tendo 30% dessa força reservados aos negros.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – As Constituições sempre versaram, com maior ou menor largueza, sobre o tema da isonomia. Na Carta de 1824, apenas se remetia o legislador ordinário à equidade. Na época, convivíamos com a escravatura, e o escravo não era sequer considerado gente. Veio a República e, na Constituição de 1891, previu-se, de forma categórica, que todos seriam iguais perante a lei. Mais do que isso: eliminaram-se privilégios decorrentes do nascimento; desconhecaram-se foros de nobreza, extinguíram-se as ordens honoríficas e todas as prerrogativas e regalias a elas inerentes, bem como títulos nobiliárquicos e de conselho. Permanecemos, todavia, com uma igualdade simplesmente formal.

Na Constituição de 1934, Constituição popular, dispôs-se também que todos seriam iguais perante a

lei e que não haveria privilégios nem distinções por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas. Essa Carta teve uma tênue virtude, revelando-nos o outro lado da questão. É que a proibição relativa à discriminação mostrou-se ainda simplesmente simbólica. O discurso oficial, à luz da Carta de 1934, foi único e ingênuo, afirmando-se que, no território brasileiro, inexistia a discriminação.

Na Constituição outorgada de 1937, simplificou-se, talvez por não se admitir a discriminação, o trato da matéria e proclamou-se, simplesmente, que todos seriam iguais perante a lei. Nota-se, até este momento, um hiato entre o direito – proclamado com envergadura maior, porquanto fixado na Constituição Federal (LGL\1988\3) – e a realidade dos fatos.

Na progressista Constituição de 1946, reafirmou-se o princípio da igualdade, rechaçando-se a propaganda de preconceitos de raça ou classe. Introduziu-se, assim, no cenário jurídico, por uma via indireta, a lei do silêncio, inviabilizando-se, de uma forma mais clara, mais incisiva, mais perceptível, a repressão do preconceito. Na vigência dessa Carta, veio à balha a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em dezembro de 1948. Proclamou-se em bom som, em bom vernáculo, que “todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, opinião pública ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição”. Admitiu-se, aqui e no âmbito internacional, a verdadeira situação havida no Brasil, em relação ao problema. Percebeu-se a necessidade de se homenagear o princípio da realidade, o dia a dia da vida em sociedade. No Brasil, a primeira lei penal sobre a discriminação surgiu em 1951, graças ao trabalho desenvolvido por dois grandes homens públicos: Afonso Arinos e Gilberto Freire. Só então se reconheceu a existência, no País, da discriminação.

Na Constituição Federal de 1967, não se inovou, permaneceu-se na vala da igualização simplesmente formal, dispondo-se que todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas.

A Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil, em 26 de março de 1968, dispôs: “Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais” – e adentrou-se o campo das ações afirmativas, da efetividade maior da não discriminação – “tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades” – no sentido amplo – “fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência” – e, hoje, ainda estamos muito longe disso –, “à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.”

Na Constituição de 1969 – a Emenda nº 1, de 1969, verdadeira Constituição –, repetiu-se o texto da Carta imediatamente anterior, proclamando-se, de forma pedagógica – e o trecho encerra a principiologia –, que não seria tolerada a discriminação.

Esse foi o quadro notado pelos constituintes de 1988, a evidenciar, como já afirmado, igualização simplesmente formal, igualdade que fugia aos parâmetros necessários à correção de rumos. Na atual Constituição – dita, por Ulysses Guimarães, cidadã, mas que até hoje assim não se mostra não por deficiência do respectivo conteúdo, mas pela ausência de vontade política de implementá-la –, adotou-se, pela primeira vez, um preâmbulo – o que é sintomático –, sinalizando uma nova direção, uma mudança de postura, no que revela que “nós,” – todos nós e não apenas os constituintes, já que eles agiram em nosso nome – “representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício de 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 e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República (LGL\1988\3) Federativa do Brasil”. Então, a Lei Maior é aberta com o artigo que lhe revela o alcance: constam como fundamentos da República brasileira a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e não nos esqueçamos jamais de que os homens não são feitos para as leis, as leis é que são feitas para os homens.

Do artigo 3º nos vem luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que a única

maneira de corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, tratado de modo desigual. Nesse preceito, são considerados como objetivos fundamentais de nossa República: primeiro, construir – prestem atenção a esse verbo – uma sociedade livre, justa e solidária; segundo, garantir o desenvolvimento nacional – novamente temos aqui o verbo a conduzir não a atitude simplesmente estática, mas a posição ativa; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e, por último, no que interessa, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Pode-se dizer, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos “construir”, “garantir”, “erradicar” e “promover” implicam mudança de óptica, ao denotar “ação”. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar – e a Carta da República oferece base para fazê-lo – as mesmas oportunidades. Há de ter-se como página virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa. Que fim almejam esses dois artigos da Carta Federal, senão a transformação social, com o objetivo de erradicar a pobreza, uma das maneiras de discriminação, visando, acima de tudo, ao bem de todos, e não apenas daqueles nascidos em berços de ouro?

No âmbito das relações internacionais, a Constituição de 1988 estabelece que devem prevalecer as normas concernentes aos direitos humanos. Mais do que isso, no artigo 4º, inciso VII, repudia-se o terrorismo, colocando-se no mesmo patamar o racismo, que é uma forma de terrorismo. Dispõe-se ainda sobre a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Encontramos princípios, mais do que princípios, autorizações para uma ação positiva. E sabemos que os princípios têm tríplice função: a informativa, junto ao legislador ordinário, a normativa, para a sociedade como um todo, e a interpretativa, considerados os operadores do Direito.

No campo dos direitos e garantias fundamentais, deu-se ênfase maior à igualização ao prever-se, na cabeça do artigo 5º da Constituição Federal (LGL\1988\3), que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assegurando-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Seguem-se setenta e oito incisos, cabendo destacar o XLI, segundo o qual “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”; o inciso XLII, a prever que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Nem a passagem do tempo, nem o valor “segurança jurídica”, estabilidade nas relações jurídicas, suplantam a ênfase dada pelo nosso legislador constituinte de 1988 a esse crime odioso, que é o crime racial. Mais ainda: de acordo com o § 1º do artigo 5º, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Sabemos que os trabalhos da Assembleia Constituinte – e isso é proclamado por aqueles que os acompanharam – foram desenvolvidos sem maioria constante, e esse aspecto afigurou-se salutar. Daí a existência de certos dispositivos na Carta de 1988 a projetarem no tempo o exercício de direito constitucionalmente assegurado, preceitos esses que ressaltam a necessidade de regulação dos temas a serem tratados pelos legisladores ordinários. Entretanto, em relação aos direitos e às garantias individuais, a Carta de 1988 tornou-se, desde que promulgada, autoaplicável, incumbindo aos responsáveis pela supremacia do Diploma Máximo do País buscar meios para torná-lo efetivo. Consoante o § 2º desse mesmo artigo 5º, os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, e, aqui, passou-se a contar com os denominados direitos e garantias implícitos ou insertos nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A Lei nº 7.716, de 1989, de autoria do Deputado Carlos Alberto Caó, veio capitular determinados procedimentos, à margem da Carta Federal, como crime. É o caso de perguntarmos: o que falta, então, para afastarmos do cenário as discriminações, as exclusões hoje notadas? Urge uma mudança cultural, uma conscientização maior por parte dos brasileiros; falta a percepção de que não se pode falar em Constituição Federal (LGL\1988\3) sem levar em conta, acima de tudo, a igualdade. Precisamos saldar essa dívida, ter presente o dever cívico de buscar o tratamento igualitário.

É preciso chegar às ações afirmativas. A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso; é necessário fomentar-se o acesso à educação; urge implementar programa voltado aos menos favorecidos, a abranger horário integral, de modo a tirar meninos e meninas da rua.

dando-lhes condições que os levem a ombrear com as demais crianças. O Estado tem enorme responsabilidade nessa área e pode muito bem liberar verbas para os imprescindíveis financiamentos nesse setor.

As normas proibitivas não são suficientes para afastar do cenário a discriminação. Deve-se contar – e fica aqui o apelo ao Congresso Nacional – com normas integrativas. No momento, tramita na Câmara do Deputados o Projeto de Lei nº 6.912/02, iniciado no Senado, por provocação do Senador José Sarney – Projeto de Lei nº 650, de 1999 –, que visa instituir quotas de ação afirmativa para a população negra no acesso aos cargos e empregos públicos, à educação superior e aos contratos do fundo de financiamento ao estudante do ensino superior, quota essa que, diante do total dessas minorias – e apenas são minorias no tocante às oportunidades –, mostra-se singela: 20%.

Vem-nos de um grande pensador do Direito, Celso Antônio Bandeira de Mello, o seguinte trecho:

De revés, sempre que a correlação lógica entre o fator de discrimen e o correspondente tratamento encartar-se na mesma linha de valores reconhecidos pela Constituição, a disparidade professada pela norma exibir-se-á como esplendorosamente ajustada ao preceito isonômico (...). O que se visa com o preceito isonômico é impedir favoritismos ou perseguições. É obstar agravos injustificados, vale dizer que incidam apenas sobre uma classe de pessoas em despeito de inexistir uma racionalidade apta a fundamentar uma diferenciação entre elas que seja compatível com os valores sociais aceitos no Texto Constitucional.

Entendimento divergente resulta na colocação em plano secundário dos ditames maiores da Carta da República, que contém algo que, longe de ser um óbice, mostra-se como estímulo ao legislador comum. A Carta agasalha amostragem de ação afirmativa, por exemplo, no artigo 7º, inciso XX, ao cogitar da proteção de mercado quanto à mulher e ao direcionar à introdução de incentivos; no artigo 37, inciso III, ao versar sobre a reserva de vaga – e, portanto, a existência de quotas –, nos concursos públicos, para os deficientes; no artigo 170, ao dispor sobre as empresas de pequeno porte, prevendo que devem ter tratamento preferencial; no artigo 227, ao fazê-lo também em relação à criança e ao adolescente. Quanto ao artigo 208, inciso V, há de ser interpretado de modo harmônico com os demais preceitos constitucionais. A cláusula “segundo a capacidade de cada um” somente pode fazer referência à igualdade plena, considerada a vida pregressa e as oportunidades que a sociedade ofereceu às pessoas. A meritocracia sem “igualdade de pontos de partida” é apenas uma forma velada de aristocracia.

Vejam a experiência brasileira no campo da legislação ordinária. A Lei nº 8.112/90 – porque, de certa maneira, isso foi previsto na Constituição Federal (LGL\1988\3) – fixa a reserva de até 20% das vagas, nos concursos públicos, para os deficientes físicos. A lei eleitoral, de nº 9.504/97, dispõe sobre a participação da mulher, não como simples eleitora, o que foi conquistado na década de 30, mas como candidata. Estabelece, no tocante aos candidatos, o mínimo de 30% e o máximo de 70% de cada sexo. A proteção aqui concorre também em benefício dos homens. Talvez tenha o legislador receado uma interpretação apressada, levando em conta suposto conflito com a Constituição Federal (LGL\1988\3), ao prever, como ocorreu anteriormente, uma quota específica para as mulheres. Por outro lado, a Lei nº 8.666/93 viabiliza a contratação, sem licitação – meio que impede o apadrinhamento –, de associações, sem fins lucrativos, de portadores de deficiência física, presente o preço de mercado. No sistema de quotas, deve-se considerar a proporcionalidade, a razoabilidade, e, para isso, dispomos de estatísticas. Tal sistema há de ser utilizado na correção de desigualdades e afastado tão logo eliminadas essas diferenças.

Revela-se, então, que a prática das ações afirmativas pelas universidades públicas brasileiras é uma possibilidade latente nos princípios e regras constitucionais aplicáveis à matéria. A implementação por deliberação administrativa decorre, portanto, do princípio da supremacia da Carta Federal e também da previsão, presente no artigo 207, cabeça, dela constante, da autonomia universitária. Cabe lembrar que o Supremo, em visão evolutiva, já reconheceu a possibilidade de incidência direta do Diploma Maior nas relações calcadas pelo direito administrativo. Sobreleva notar, ainda, que a definição dos critérios de admissão no vestibular é disciplinado pelo edital, de acordo com os artigos 44, inciso II e parágrafo único, e 53, cabeça, da Lei nº 9.394/97.

Mostra-se importante ter em mente também que a adoção de políticas de ação afirmativa em favor dos negros e outras minorias no Brasil, iniciada no Estado do Rio de Janeiro, não gerou o denominado “Estado racializado”, como sustenta a arguente. Ao menos até agora, essa não foi uma

consequência advinda da mencionada política. Observem: são mais de dez anos da prática sem registro de “qualquer episódio sério de tensão ou conflito racial no Brasil que possa ser associado a tais medidas”, conforme observou a Procuradoria Geral da República em parecer. É natural que, na fase embrionária do sistema, hajam surgido choque de ideias, divergências de interpretação jurisprudencial e, até mesmo, casos de má aplicação das quotas.

Tem relevância a alegação de que o sistema de verificação de quotas conduz à prática de arbitrariedades pelas comissões de avaliação, mas não consubstancia argumento definitivo contra a adoção da política de quotas. A toda evidência, na aplicação do sistema, as distorções poderão ocorrer, mas há de se presumir que as autoridades públicas irão se pautar por critérios razoavelmente objetivos. Afinal, se somos capazes de produzir estatísticas consistentes sobre a situação do negro na sociedade, e, mais ainda, se é inequívoca e consensual a discriminação existente em relação a tais indivíduos, parece possível indicar aqueles que devem ser favorecidos pela política inclusiva. Para tanto, contamos com a contribuição dos cientistas sociais. Descabe supor o extraordinário, a fraude, a má-fé, buscando-se deslegitimar a política. Outros conceitos utilizados pela Constituição também permitem certa abertura – como os hipossuficientes, os portadores de necessidades especiais, as microempresas – e isso não impede a implementação de benefícios em favor desses grupos, ainda que, vez por outra, sejam verificadas fraudes e equívocos.

Toda e qualquer interpretação de preceito normativo revela um ato de vontade. E aí vale repetir: os homens não são feitos para as leis, mas as leis, para os homens. Qual deve ser a postura do Estado-Juiz diante de um conflito de interesses? Única: não potencializar a dogmática para, posteriormente, à mercê dessa dogmática, enquadrar o caso concreto. Em face de um conflito de interesses, o juiz há de idealizar a solução mais justa, considerada a formação humanística que tenha e, após, buscar o indispensável apoio no direito posto. Ao fazê-lo, cumprirá, sempre, ter presente o mandamento constitucional de regência da matéria.

Só existe a supremacia da Carta quando, à luz desse diploma, vingar a igualdade. A ação afirmativa evidencia o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica, e, neste caso, cabe citar uma pensadora do Direito, a nossa Cármen Lúcia Antunes Rocha:

A ação afirmativa é um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é na letra da lei fundamental assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais. Cidadania não combina com desigualdade. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação. E, no entanto, no Brasil que se diz querer republicano e democrático, o cidadão ainda é uma elite, pela multiplicidade de preconceitos que subsistem, mesmo sob o manto fácil do silêncio branco com os negros, da palavra gentil com as mulheres, da esmola superior com os pobres, da frase lida para os analfabetos... Nesse cenário sócio-político e econômico, não seria verdadeiramente democrática a leitura superficial e preconceituosa da Constituição, nem seria verdadeiramente cidadão o leitor que não lhe rebuscasse a alma, apregoando o discurso fácil dos igualados superiormente em nossa história feita pelas mãos calejadas dos discriminados.

É preciso ter sempre presentes essas palavras. A correção das desigualdades mostra-se possível. Por isso, façamos o que está ao nosso alcance, o que está previsto na Constituição Federal (LGL\1988\3), porque, na vida, não há espaço para arrependimento, para acomodação, para o misoneísmo – a aversão, sem se querer perceber a origem, a tudo que é novo.

O que pode o Judiciário fazer nesse campo? Pode contribuir, e muito, tal como a Suprema Corte dos Estados Unidos da América após a Segunda Guerra Mundial. Até então, havia apenas a atuação do legislador. Percebeu aquela Suprema Corte que precisava, realmente, sinalizar para a população, de modo a que prevalecessem, na vida gregária, os valores básicos da Constituição norte-americana. Com essa postura, presentes ações afirmativas, um negro chegou à Presidência da República – Barack Obama.

Ante esse contexto, cumprimentando o relator – Ministro Ricardo Lewandowski – pelo voto condutor do julgamento, entendo harmônica com a Carta Federal, com os direitos fundamentais nela previstos, a adoção, temporária e proporcional às necessidades, do sistema de quotas para ingresso em universidades públicas, considerados brancos e negros. Em síntese, acompanhando o pronunciamento de Sua Excelência, assento improcedente o pedido formulado na inicial.

VOTO**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE)** – Também antecipo o meu voto.

Eu acompanho o magnífico voto, lapidar voto, modelar, do Ministro Ricardo Lewandowski. Sua Excelência nos contemplou com o exame rigorosamente constitucional da matéria, porque soube equacionar a causa rigorosamente nos marcos da própria Constituição Federal (LGL\1988\3). Submeteu a lei questionada, portanto, ao crivo, ao teste de constitucionalidade, e a lei passou por esse teste brilhantemente. Cumprimento Sua Excelência.

E eu também digo, apenas a título de fundamentação, que a política pública e, portanto, estatal, de justiça compensatória, chamada de política pública afirmativa, ou política pública restaurativa, ou política pública compensadora de desvantagens historicamente sofridas por determinados segmentos sociais, é uma política abonada pela Constituição, que decola, arranca da Constituição Federal (LGL\1988\3) e se caracteriza como instituto jurídico; essa política pública afirmativa compensatória, ou restaurativa, ou reparadora, é uma figura de Direito Constitucional antes de tudo, é um instituto jurídico constitucional.

Eu também, como fez a Ministra Rosa Weber, como fez o Ministro Lewandowski em especial, li atentamente os fundamentos da arguição de descumprimento de preceito fundamental, e, embora louvando a qualidade do trabalho que nos foi apresentado como petição inicial, eu me convenço exatamente do contrário. Cada um dos fundamentos aportados naquela petição, sob uma interpretação constitucional que me parece, **data venia**, mais rigorosa tecnicamente, mais acertada cientificamente ou dogmaticamente, cada um daqueles fundamentos só confirma a validade da lei e, por consequência, a constitucionalidade da política pública – vou singularizar – ali naquele documento legislativo consubstanciada.

Curioso é que a essa conclusão se chega, também fez o Ministro Lewandowski, a partir do preâmbulo da Constituição. Aliás, eu quero dizer que, segundo lembrou ontem o Ministro Ricardo Lewandowski, já havíamos, Sua Excelência esteve comigo na Primeira Turma, em 13.11.2007, assentado a constitucionalidade de políticas públicas reparatórias, e o fizemos, disse bem o Ministro Lewandowski, a partir de uma situação de deficiente físico. Tratava-se de uma pessoa que perdera um dos olhos e que dispunha apenas de visão monocular, e nós dissemos que a vaga para concurso público, então reservada para essa pessoa, tinha base constitucional sim.

E também, quando votei – o pedido hoje se encontra sob o exame do Ministro Joaquim Barbosa, que pediu vista – na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.330/DF, de 02.04.2008, eu também segui o mesmo itinerário metodológico, conclusivo, do Ministro Lewandowski, claro que sem o brilho de Sua Excelência, que hoje, num exame ainda mais esférico, Sua Excelência nos deleitou, nos regalou com uma aula magistral de Direito Constitucional. Mas ali, naquela oportunidade, eu já fazia uma distinção, Ministro Lewandowski, a partir do próprio preâmbulo da Constituição, entre ação afirmativa social e ação afirmativa racial, ou cotas sociais e cotas raciais. É que a Constituição distinguiu as coisas desde o preâmbulo. A Constituição, no preâmbulo, diz que o nosso Estado democrático tem por um de seus conteúdos o bem-estar. Claro que é bem-estar físico, bem-estar material a incorporar o desfrute de direitos sociais elementares, como a educação, saúde, habitação, transporte, etc. Ou seja, a nossa Constituição, com o valor objetivo do bem-estar, já se preocupava, desde o seu preâmbulo, com distribuição de riqueza, com distribuição de patrimônio e renda, sem o que não se tem aquele bem-estar material de que falava Santo Agostinho. Palavras de Santo Agostinho: *Sem um mínimo de bem-estar material, não se pode sequer servir a Deus.*

Mas a Constituição não se satisfaz, não se contentou com assegurar o bem-estar material, os direitos sociais aos indivíduos, aos seres humanos. A Constituição foi além e partiu para a afirmação de uma sociedade fraterna, que é justamente um *plus* em relação ao social.

Disse a Constituição:

“...uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos,...”

Aliás, as coisas se imbricam, não é Ministro, são conceitos conjugados. Ali, onde não há preconceito, há afirmação do pluralismo; ali, onde o preconceito dá as cartas, derrui-se, nega-se pluralismo.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – É interessante exatamente como a Constituição enlaçou as coisas. Para ela, sociedade ideal, civilizada, política e juridicamente avançada, é uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito. E esse discurso se fez na perspectiva histórica, ou histórico-cultural do Brasil. Atenta à Constituição a nossa realidade preconceituosa. A Constituição, a meu sentir, louvou-se numa verificação, numa constatação, no ponto de partida da nossa Constituição. Ali, no ponto empírico de elaboração constitucional, o que havia? Um Estado genérico e persistente de desigualdades sociais e raciais, a desequilibrar o País, na perspectiva do que a Constituição desejava também e proclamou: A harmonia, a solução pacífica dos conflitos. Isso na ordem interna e na ordem internacional. Ou seja, o preconceito nosso é histórico. Ele é perpetrado pela nação brasileira, o preconceito racial, desde o segundo século, o início do segundo século da nossa colonização.

A Constituição é uma obra – eu vou incorrer num cacófato, mas é inevitável – da nação. O que é a nação produtora da Constituição? A nação é uma realidade permanente que ata a ancestralidade, a coetaneidade, ou contemporaneidade, e a posteridade. A nação é como um rio. O rio é um só rio, da nascente à foz. A nação é uma só nação, da primeira geração à última geração. Não vale esse argumento de que estamos pagando pelos pecados de nossos ancestrais. Não. A nação é multigeracional. O que fez uma primeira geração pode ser revisto pela segunda, pela terceira, pela quarta, pela atualíssima geração. Tudo é um coisa só. Por isso que Renan proclamou: “A nação é uma alma”. A nação é um princípio espiritual para dar conta da sua atemporalidade.

Então, quem não sofre preconceito de cor em função da cor da pele já é beneficiário, já leva uma enorme vantagem comparativa, já se posiciona na escala social em situação vantajosa. O fato de não sofrer preconceito já significa desfrutar de uma situação favorecida negada a outros. Então, de fato as coisas se imbricam. Aquele que sofre preconceito – vamos ficar no preconceito racial – internaliza a ideia – inconscientemente, claro; outras vezes, não, altivamente consegue reagir – de que a sociedade o vê como um desigual por baixo.

E o preconceito, quando se generaliza e persiste no tempo, quando se alonga, como é o caso no Brasil, por diversos séculos, vai fazer parte das relações sociais de base, que são aquelas relações sociais que definem o perfil de uma sociedade, o caráter de uma sociedade. Então, as nossas relações sociais de base não são horizontais; são hegemônicas e, portanto, verticais.

Há pessoas que se sentem superiores. Os que não sofrem preconceitos nem se sentem iguais por cima, sentem-se superiores. O substantivo “igualdade” só faz sentido para quem é desfavorecido. Nunca houve necessidade de Constituição para proclamar a igualdade como valor de sorte a beneficiar os hegemônicos. Nunca houve necessidade de Constituição para isso. A igualdade só foi proclamada como valor constitucional para proteger, e até favorecer, conforme explicarei já, os desfavorecidos. O Poder Executivo nunca precisou de Constituição; os brancos, em matéria de discriminação de gênero, nunca precisaram de Constituição; os heterossexuais nunca precisaram de Constituição, absolutamente.

Agora imaginemos as desigualdade no próprio âmbito das desigualdades. Convenhamos um ser humano negro, mulher, pobre, deficiente físico, homossexual, idoso, analfabeto. É uma desigualdade potencializada, turbinada, que leva as pessoas, numa dimensão macro, vítimas desse preconceito renitente, a internalizar um sentimento de baixa autoestima. E quando o sentimento de baixa autoestima é generalizado, esgarça o tecido da própria coesão nacional e o país se instabiliza, no plano da harmonia, perigosamente, porque é desarmonia. O preconceituoso não é só um obtuso do ponto de vista racional lógico, porque preconceito é “pré conceito”, é um conceito prévio não extraído da realidade ou autorizado pela realidade, mas imposto à realidade a ferro e fogo de um sectarismo, de um obscurantismo, de uma crueldade.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – Pois é: obtusidade córnea.

Além de o preconceituoso ser um obtuso, ele é um obscuro, do ponto de vista do crescimento interior, da espiritualidade, do humanismo, da solidariedade humana; ele é um hedonista, é um utilitarista, é um aproveitador; ele tira vantagem econômica-social do preconceito. Por isso que o preconceito se mantém assim, renitentemente, durante tanto tempo.

Então, a nossa Constituição, no seu preâmbulo, já é um sonoro não ao preconceito, porque sabe que o preconceito, sobretudo o racial, instabiliza temerariamente a sociedade brasileira e impede que vivamos em comunhão, em comunidade; e comunidade é de comum unidade.

É a própria Constituição que, a partir do preâmbulo, faz essa separação, do social e do fraternal. Não se contentou com o social; foi ao fraternal. Porque o social promove uma inclusão material, econômica, financeira, patrimonial. Mas o fraternal promove uma integração, possibilita a fraternidade, que todas as pessoas transitem em igualdade de condições, ao menos, aproximativamente, pelos espaços institucionais de que a sociedade se compõe: escola, família, empresa, igreja, repartição pública e, por desdobramento, condomínio, clube, sindicato, partido. As pessoas têm de transitar por esses espaços institucionais de que a sociedade se compõe com o mesmo desembaraço, com o mesmo respeito, sob pena de desagregação social nacional, no nosso caso.

E esse embaraço, essa dificuldade maior, muitas vezes essa humilhação que certos setores experimentam ao longo da história, cumulativamente, como os índios, as mulheres, os homossexuais, os negros, os portadores – na linguagem da Constituição – de deficiência física ou mental, eles também passam a ser discriminados não só nos espaços institucionais, mas nos espaços físicos de aglomeração humana: *shopping*, por exemplo, ou clubes – já falei dos clubes –, feiras livres.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – Mas é institucional espacial.

Agora, curioso também é que estamos discutindo isso em 2012. E Joaquim Nabuco, que morreu 1910 e nasceu, acho, em 1829, dois anos depois de Castro Alves – eu quero crer que sim; eu tenho aqui.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – Ele foi contemporâneo do Barão do Rio Branco.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – O Castro Alves não chegou a ver a abolição da escravatura, mas o pernambucano Joaquim Nabuco...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – Sem dúvida.

Curioso é que esses homens tinham a perfeita noção, como Nabuco, de que a abolição da escravatura era apenas um passo, era apenas o início de um processo, por quê? Porque, no imaginário coletivo branco, ou de predomínio dos valores dos brancos, as sequelas da escravidão se prolongariam no tempo.

Quero crer que eu separei uma coisa aqui interessante de Joaquim Nabuco...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – Em que ele dizia exatamente isso: que a abolição da escravatura era apenas um ponto de partida; não era jamais um ponto de chegada.

Como disse, certa feita, o imaginário coletivo, a cultura é uma segunda natureza. Assim como o hábito, a vida de cada um de nós é uma segunda natureza, coletivamente falando, a cultura é uma segunda natureza. E não é fácil romper com a cultura. E, nesse caso, essa dificuldade de rompimento de uma cultura racista se dá em desfavor dos negros.

Castro Alves, então, parecia, em seus versos, antecipar o sentido da nossa Constituição Federal (LGL\1988\3), porque ele falava de preconceito exatamente como fala a nossa Constituição.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – E morreu em 1910. Castro Alves morreu em 1871 e nasceu em 1827. Só viveu 24 anos. E Castro Alves, naquele poema Navio Negreiro, que todos conhecem, mas ele se revoltava tanto em ver a bandeira do Brasil tremulando na gávea de um navio negreiro, que ele disse assim:

“Auriverde pendão de minha terra, Que a brisa do Brasil beija e balança, Estandarte que a luz do sol encerra, E as promessas divinas da esperança... Tu, que da liberdade após a guerra, Foste hasteado dos heróis na lança, Antes te houvessem roto na batalha, Que servires a um povo de mortalha!...”

E vem o arremate de um puro humanista:

“Fatalidade atroz que a mente esmaga! Extingue nesta hora o brigue imundo O trilho que Colombo abriu na vaga, Como um íris no pélagos profundo!... ..Mas é infâmia de mais... Da etérea plaga Levantai-vos, heróis do Novo Mundo... Andrada! arranca este pendão dos ares! Colombo! fecha a porta de teus mares!”

Ora, na Constituição, Ministro Celso de Mello, é preciso distinguir raça de racismo. A Constituição fala de raça numa única vez, no inciso IV do artigo 3º:

“IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Mas como fala, nesse mesmo dispositivo, “sem preconceito de raça e de cor”, é lógico que a interpretação só pode ser: preconceito de raça não é preconceito de cor. “Preconceito de raça” a Constituição usou para impedir que segmentos humanos não negros, por exemplo, os ciganos, os judeus, fossem vítimas de preconceito. Mas acontece que a Constituição não falou mais de raça, até porque, cientificamente, só há uma raça, a humana; não há raças humanas, isso também já está comprovado. O gênero humano, pronto.

Aí a Constituição deixou de falar de raça e passou a falar de racismo, inclusive para criminalizá-lo, para criminalizar o racismo e para qualificá-lo por um modo tão de repúdio, de excomunhão, que o nivelou, nos seus efeitos danosos, deletérios, ao terrorismo. Está lá no artigo 4º, inciso VIII, “repúdio ao terrorismo e ao racismo”, pelos males que o racismo causa até à dignidade do país internamente e no contexto externo.

E aí racismo já é uma figura de direito usada pela Constituição para proibir as duas coisas: para proibir o preconceito contra certos agrupamentos humanos que se caracterizam por um modo incomum historicamente, considerando mais o sangue do que mesmo o território onde esses agrupamentos eventualmente se encontram – conforme eu disse dos ciganos e dos judeus notadamente –, a Constituição passou a usar racismo tanto para proteger esses grupos como, e sobretudo, para proteger a comunidade negra, as pessoas portadoras da cor negra. Foi o objetivo claro da Constituição e explícito.

Porém a Constituição, no que fez muito bem, não se contentou com proibir o preconceito. Foi muito além. A Constituição entendeu que uma política punitiva ou repressiva, sancionatória, vedatória do racismo, era necessária, mas não era suficiente. Era preciso promover os nossos irmãos negros que historicamente acumularam desvantagens, perseguições humilhantes, ignominiosas. Por isso que a Constituição separa o social do fraternal e diz, com todas as letras, para quem quiser conferir:

“Art. 3º São objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

III. erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;”

Aqui é o constitucionalismo social a exigir do Estado o dispêndio de recursos, o desembolso de recursos financeiros para encurtar distâncias sociais e também promover os segmentos sociais desfavorecidos.

Mas a Constituição abriu um outro dispositivo para separar o social do racial, é o de nº 4: Página 99

“Art. 3º

(...)

IV. Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo (...)” – e aí vem.

Mas não ficou nisso não, a Constituição quis mesmo cotas sociais diferentes de cotas raciais. É só ler o artigo 23. E é uma imposição normativa a todos os entes da federação brasileira. Diz a Constituição:

Art. 23. É competência comum” – e competência aqui é dever – “da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios :

(...)

X. combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;”

Ou seja, combater as causas da pobreza, mas não só isso, os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos. Integração social, aqui, ganha o sentido técnico de integração comunitária. O que a Constituição está dizendo é que historicamente há desigualdades nas desigualdades desfavorecendo os negros, pois é preciso que haja o *plus* da política pública promocional. Então, é preciso que haja uma política pública diferenciada no âmbito das próprias políticas públicas. O discurso da Constituição é coerente, é de reforço. Se historicamente há desigualdades nas desigualdades, atualmente tem que haver políticas públicas no âmbito das políticas públicas, as primeiras correspondendo a um *plus*. Não basta proteger, é preciso promover, elevar, fazer com que os segmentos ascendam.

E a Constituição também foi coerente, em matéria de desigualdade: o desigual por cima não é rebaixado pela Constituição; o desigual por baixo é que é elevado. Não há descenso, há ascenso ou acesso. É também da lógica da Constituição, aquinhoar os setores desfavorecidos com políticas públicas de promoção, que é mais do que de proteção, que é mais do que de tutela. É como eu estou lendo, aqui, o inciso de nº 10.

Bem, eu teria muitas outras coisas para falar, até porque eu trouxe dois votos escritos. Um com base no **habeas corpus** de que falei, foi citado pelo Ministro Lewandowski, e outro na ADI nº 3.330. Mas eu acho que o que já foi debatido, a partir do magnífico voto do Ministro Lewandowski, já é suficiente. Eu apenas terminaria, só para confirmar o espírito da própria Constituição, que usou a palavra raça num sentido coloquial, ou seja, histórico-cultural, não científico, não de ciência natural, e usou racismo também no sentido coloquial, proverbial, de acordo com as nossas práxis, dos nossos costumes desfavorecedores dos negros, Darcy Ribeiro disse o seguinte:

“A característica distintiva do racismo brasileiro é que ele não incide na origem racial das pessoas, mas sobre a cor da pele.” (Povo brasileiro, editora Companhia das Letras, p. 225).

É nesse contexto brasileiro de multirracialidade para além da cor da pele, porque também pegam aqueles segmentos, aqueles povos que têm características histórico-culturais inconfundíveis, que a Constituição deve ser interpretada. E quanto ao conceito de discriminação, eu volto a dizer: discriminação, para nossa Lei Maior, é diferenciação, mas diferenciação em um único e inequívoco sentido. Aquele tipo de diferenciação que marca ou isola negativamente certas pessoas, que diminui a autoestima delas, que faz incidir sobre elas um juízo depreciativo aprioristicamente formulado, porque traduzido num pré-conceito, num conceito prévio que se pretende impor à realidade. Em outras palavras, discriminar ou préconceitualizar é conferir a uma dada pessoa um tratamento humilhanantemente desigual, nela introjetando um sentimento de inata hipossuficiência; é dizer, forçando-a a entretecer de modo menos obsequioso, quando não grosseiro de todo, ou até ostensivamente indigno, as chamadas relações sociais de base. E eu volto a dizer: são aquelas que definem o perfil de toda uma sociedade.

Por isso que a Constituição sentou praça mesmo, como tão bem disse o Ministro Lewandowski, do seu propósito de ir muito além da proibição da discriminação, muito além de erguer paliçadas defensivas em torno dos discriminados. A Constituição legitimou toda a adoção de políticas públicas para promover os setores sociais histórica e culturalmente desfavorecidos. É de rigor constitucional

proclamar que as políticas afirmativas têm embasamento na Constituição de 1988. São políticas afirmativas de quê? Afirmativas do direito que têm todos os seres humanos a um tratamento igualitário ou igualitariamente respeitoso, atencioso, obsequioso. A cor da pele é como o gênero que se porte ou a origem de nascimento – a origem geográfica de nascimento. A cor da pele é um acidente, faz parte das tramas do acaso, ninguém tem mais ou menos merecimento, ninguém é mais ou menos ético, ninguém é mais ou menos dotado de caráter pelo fato de ser ou sulista ou nordestino, ou homem ou mulher, ou branco ou índio, ou negro, absolutamente. A Constituição proíbe esse tipo de discriminação com base num critério de acidente apenas decorrente das tramas mesmo do acaso. Agora, o todo constitucional, sobretudo a sua densa axiologia de não discriminação e de proclamação de igualdade naquele sentido aristotélico e também retomado por Rui Barbosa, toda a política de promoção racial que se dote de proporcionalidade e de razoabilidade deita raízes, repousa no regaço da Constituição brasileira. O princípio da unidade da Constituição chancela as políticas públicas de promoção racial, são ações afirmativas da intrínseca, da inata dignidade de todo ser humano, independentemente da cor de sua pele; são políticas afirmativas desse direito de transitar com o mesmo desembaraço pelos espaços – volto a dizer – institucionais ou até espaciais de que a sociedade se compõe. Assim é que se constrói uma nação; assim é que se constrói, com dignidade, uma nação.

A partir desta decisão, Ministro Lewandowski, o Brasil, e a partir deste Supremo Tribunal Federal, que tem vitalizado a Constituição, que tem tirado a Constituição do papel, que tem dado à Constituição de 88 uma interpretação humanística, porque ela é uma Constituição humanística; a partir dessa decisão, Ministro Lewandowski, tão magistralmente conduzida por Vossa Excelência, o Brasil tem mais um motivo para se olhar no espelho da história e não corar de vergonha.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 186

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

REQTE.(S) : DEMOCRATAS – DEM

ADV.(A/S) : ROBERTA FRAGOSO MENEZES KAUFMANN

INTDO.(A/S) : CONSELHO DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO DA

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – CEPE

INTDO.(A/S) : REITOR DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

INTDO.(A/S) : CENTRO DE SELEÇÃO E DE PROMOÇÃO DE EVENTOS DA

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – CESPE/UNB

AM. CURIAE. : EDUCAFRO – EDUCAÇÃO E CIDADANIA DE AFRO-DESCENDENTES E CARENTES

ADV.(A/S) : JOÃO MANOEL DE LIMA JUNIOR E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : FUNDAÇÃO CULTURAL PALMARES

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : MOVIMENTO NEGRO UNIFICADO – MNU

ADV.(A/S) : GUSTAVO TRANCHO DE AZEVEDO

AM. CURIAE. : MOVIMENTO PARDO-MESTIÇO BRASILEIRO – MPMB

ADV.(A/S) : JULIANA FERREIRA CORRÊA

AM. CURIAE. : FUNDAÇÃO NACIONAL DO INDIO – FUNAI

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL – IARA E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : SHIRLEY RODRIGUES RAMOS E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PUBLICA DA UNIÃO

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : MOVIMENTO CONTRA O DESVIRTUAMENTO DO ESPÍRITO DA POLÍTICA DE AÇÕES AFIRMATIVAS NAS UNIVERSIDADES FEDERAIS

ADV.(A/S) : WANDA MARISA GOMES SIQUEIRA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DIREITO PÚBLICO E DEFESA COMUNITÁRIA POPULAR – IDEP

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS AFRODESCENDENTES – ANAAD

ADV.(A/S) : MÁRCIO THOMAZ BASTOS E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB

ADV.(A/S) : OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JÚNIOR E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DIREITOS HUMANOS EM REDE – CONECTAS DIREITOS HUMANOS

ADV.(A/S) : DANIELA IKAWA E OUTRO(A/S)

Decisão: Retirado de pauta por indicação do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 01.09.2011.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, rejeitou as preliminares de cabimento da arguição e de sua conexão com a ADI 3.197. Votou o Presidente. No mérito, após o voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), julgando totalmente improcedente a arguição, o julgamento foi suspenso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Falaram: pelo requerente, a Dra. Roberta Fragozo Menezes Kaufmann; pelos interessados, a Dra. Indira Ernesto Silva Quaresma, Procuradora-Federal; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União; pelos *amici curiae* Movimento contra o Desvirtuamento do Espírito da Política de Ações Afirmativas nas Universidades Federais e Instituto de Direito Público e Defesa Comunitária Popoular-IDEP, a Dra. Wanda Marisa Gomes Siqueira; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Ophir Cavalcante Júnior; Defensoria Pública da União, o Dr. Haman Tabosa de Moraes e Córdova, Defensor-Público Geral Federal; Associação Direitos Humanos em Rede – Conectas Direitos Humanos, o Dr. Hédio Silva Júnior; Instituto de Advocacia Racial e Ambiental – IARA e outros, o Dr. Humberto Adami Santos Júnior; Movimento Negro Unificado-MNU, a Dra. Silvia Cerqueira; EDUCAFRO – Educação e Cidadania de Afro-Descendentes e Carentes, o Dr. Thiago Bottino; Associação Nacional dos Advogados Afrodescendentes-ANAAD, o Dr. Márcio Thomaz Bastos, e, pelo Ministério Público Federal, a Vice-Procuradora-Geral da República, a Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Ayres Britto. Plenário, 25.04.2012.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou totalmente improcedente a arguição. Votou o Presidente, Ministro Ayres Britto. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 26.04.2012.

Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

p/ Luiz Tomimatsu

Assessor-Chefe do Plenário

COMENTÁRIO

ações afirmativas baseadas em critérios étnico-raciais: avanços e desafios

Em 20.10.2014 foi finalmente publicado o Acórdão referente à ADPF 186, que trata da constitucionalidade da política de cotas raciais implementada pela UNB. A decisão, de 26.04.2012, foi um marco na defesa das ações afirmativas, tendo se baseado em extensa discussão com a sociedade civil sobre o tema, através de audiência pública e da participação, como *amicus curiae*, de diversos órgãos e instituições com reconhecida atuação na defesa dos direitos humanos.

Essa decisão antecedeu e abriu espaço para a Lei 12.711/2012, que determina a reserva de 50% das vagas nas instituições federais de ensino superior para estudantes que tenham cursado o ensino médio integralmente em escolas públicas (art. 1.º da Lei 12.711/2012), e que estas vagas deverão ser preenchidas por “autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)” (art. 3.º da Lei 12.711/2012).

1. HISTÓRICO DO PROCESSO

A ADPF 186 foi impetrada pelo Partido Democrata – DEM contra a UNB, Cepe e Cespe, visando desconstituir os atos destas instituições que instituíram um sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial no sistema de seleção para o ingresso de estudantes reservando 20% das vagas oferecidas para estudantes negros.

Em apertada síntese, o argumento utilizado pelo impetrante defende que não há necessidade de políticas afirmativas baseadas em raça no Brasil, tendo em vista que não há, no país, exclusão por razão racial. Assim, estas políticas afirmativas feririam o direito à igualdade estabelecido na Constituição.

Questionou, ainda, os métodos utilizados para homologação da inscrição no sistema de cotas raciais, afirmando tratar-se de um tribunal racial.

Solicitou também, em pedido liminar, a suspensão da aplicação do sistema de cotas ao vestibular de 2009 realizado pela universidade.

Por outro lado, a defesa afirmou que as atuais políticas e legislação do país não impedem a ocorrência de discriminação, que ocorre por conta da cor e aparência do indivíduo e defendeu que a implementação do sistema de cotas é importante para a democratização do ensino superior, tendo em vista que somente 2% da população universitária seria composta por negros, que representariam cerca de 45% da população brasileira.

Sobre o método de seleção informaram que a mesma é feita por uma comissão pública e que a avaliação se baseia em entrevista com os alunos inscritos.

A Procuradoria Geral da República apresentou parecer pela improcedência do pedido e rejeição da liminar, reconhecendo as ações afirmativas como parte da justiça distributiva, relevantes para a implementação do pluralismo nas instituições de ensino e para o combate ao preconceito.

Já a Advocacia Geral da União aduziu que a discriminação racial na sociedade brasileira é fato notório. Ainda, advogou pela constitucionalidade das cotas raciais e pelo indeferimento da cautelar.

O Min. Gilmar Mendes rejeitou a liminar em decisão publicada em 07.08.2009, entendendo não haver urgência, tendo em vista que a política de cotas foi implementada a partir de 2004, mas a ADPF só foi impetrada após a divulgação do resultado final do vestibular 2/2009.

Foram aceitas como *amicus curiae* no processo as entidades: Defensoria Pública da União – DPU;

Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (Iara); Afrobras – Sociedade Afro-brasileira de Desenvolvimento Sociocultural; ICCAB – Instituto Casa da Cultura Afro-brasileira; IDDH – Instituto de Defensores dos Direitos Humanos; Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro – MPMB; Fundação Nacional do Índio – Funai; Fundação Cultural Palmares; Movimento Negro Unificado – MNU; Educafro – Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes, Conectas Direitos Humanos e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB.

Ainda, nos dias 3, 4 e 5 de março de 2010 foram realizadas audiências públicas de acordo com o Regimento Interno do STF na qual se manifestaram representantes das instituições estatais responsáveis pela regulação e organização das políticas nacionais de educação e de combate à discriminação étnica e racial e do IPEA, representantes defendendo a constitucionalidade e a inconstitucionalidade da adoção de políticas públicas de reserva de vagas no ensino superior (5 representantes de cada lado), representantes da Associação dos Juizes federais, bem como foram apresentadas experiências das universidades públicas relativas à aplicação de políticas públicas afirmativas para ampliação de acesso de estudantes ao ensino superior.

Após a Audiência Pública, os arguidos aportaram sua manifestação a respeito do mérito da Ação e em 26.04.2012 o STF reconheceu, por unanimidade, a constitucionalidade das políticas públicas de afirmativas de reservas de vagas no ensino superior, julgando improcedente a ADPF nos termos do voto do relator.

2. O VOTO DO RELATOR

Em extenso voto, o Min. Ricardo Lewandowski, relator do processo, analisou detidamente diversas questões relativas às ações afirmativas voltadas à reserva de vagas no ensino superior. Segue um sumário dos principais pontos definidos pelo relator, cujo voto foi aprovado por unanimidade pelo pleno do STF:

- Igualdade formal X Igualdade material

Segundo o relator, o legislador constituinte consagrou no art. 5.º da CF, tanto a igualdade formal quanto material. Para que a igualdade material possa ser concretizada, o Estado pode implementar “ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares”.

- Justiça distributiva

Para o Ministro: “O modelo constitucional brasileiro não se mostrou alheio ao princípio da justiça distributiva ou compensatória, porquanto, como lembrou a PGR em seu parecer, incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade”.

- Políticas de ação afirmativa

Lewandowski ainda esclarece: “Dentre as diversas modalidades de ações afirmativas, de caráter transitório, empregadas nos distintos países destacam-se: (i) a consideração do critério de raça, gênero ou outro aspecto que caracteriza certo grupo minoritário para promover a sua integração social; (ii) o afastamento de requisitos de antiguidade para a permanência ou promoção de membros de categorias socialmente dominantes em determinados ambientes profissionais; (iii) a definição de distritos eleitorais para o fortalecimento minorias; e (iv) o estabelecimento de cotas ou a reserva de vagas para integrantes de setores marginalizados”.

- Critérios para ingresso no ensino superior

Sobre os critérios estabelecidos pelas universidades para ingresso em seu corpo discente, o relator escreve: “(...) as aptidões dos candidatos devem ser aferidas de maneira a conjugar-se seu conhecimento técnico e sua criatividade intelectual ou artística com a capacidade potencial que ostentam para intervir nos problemas sociais. Essa metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1.º, V, da Constituição”.

- Adoção do critério étnico-racial

O Ministro também defende a importância de ações afirmativas voltadas à inclusão de grupos étnico-raciais marginalizados. Em suas palavras: "(...) justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes.

Esse modo de pensar revela a insuficiência da utilização exclusiva do critério social ou de baixa renda para promover a integração social de grupos excluídos mediante ações afirmativas, demonstrando a necessidade de incorporar-se nelas considerações de ordem étnica e racial".

- O papel integrador da universidade

Segundo o relator, "as universidades públicas, são os principais centros de formação das elites brasileiras". Ainda "Tais espaços não são apenas ambientes de formação profissional, mas constituem também locais privilegiados de criação dos futuros líderes e dirigentes sociais".

- Hetero e autoidentificação

Ainda para Lewandowski: "Tanto a autoidentificação, quanto a heteroidentificação, ou ambos os sistemas de seleção combinados, desde que observem, o tanto quanto possível, os critérios acima explicitados e jamais deixem de respeitar a dignidade pessoal dos candidatos, são, a meu ver, plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional".

- Reservas de vagas ou estabelecimento de cotas

De acordo com o relator, a política de reserva de vagas não é estranha a Constituição, que prevê em seu art. 37, VIII, a reserva de cargos e empregos públicos a pessoas com deficiência. Mencionando ainda acórdão anterior do STF afirma que as políticas de ação afirmativa "não configuram meras concessões do Estado, mas consubstanciam deveres que se extraem dos princípios constitucionais".

- Transitoriedade das políticas de ação afirmativa

Tais políticas, entretanto, não podem ter caráter permanente, segundo o atual presidente do STF: "É importante ressaltar a natureza transitória das políticas de ação afirmativa, já que as desigualdades entre negros e brancos não resultam, como é evidente, de uma desvalia natural ou genética, mas decorrem de uma acentuada inferioridade em que aqueles foram posicionados nos planos econômico, social e político em razão de séculos de dominação dos primeiros pelos segundos.

Assim, na medida em que essas distorções históricas forem corrigidas e a representação dos negros e demais excluídos nas esferas públicas e privadas de poder atenda ao que se contém no princípio constitucional da isonomia, não haverá mais qualquer razão para a subsistência dos programas de reserva de vagas nas universidades públicas, pois o seu objetivo já terá sido alcançado".

- Proporcionalidade entre meios e fins

O Ministro, entretanto, estabelece alguns parâmetros para a aplicação destas ações de natureza compensatória: "Não basta, pois, como já adiantei acima, que as políticas de reserva de vagas sejam constitucionais sob o ponto de vista da nobreza de suas intenções. É preciso também que elas, além de limitadas no tempo, respeitem a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins colimados, em especial que sejam pautadas pela razoabilidade.

(...) a política de ação afirmativa adotada pela UnB não se mostra desproporcional ou irrazoável, afigurando-se, também sob esse ângulo, compatível com os valores e princípios da Constituição."

- Parte dispositiva

O relator julgou improcedente a ADPF, tendo em vista que "as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas, (ii) revelam proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e preveem a revisão periódica de seus resultados, e (iv) empregam métodos

seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana”.

3. AÇÕES AFIRMATIVAS BASEADAS EM CRITÉRIOS ÉTNICO-RACIAIS: AVANÇOS E DESAFIOS

A importância da ADPF 186 para a consolidação das políticas públicas de inclusão e ações afirmativas voltadas à proteção de minorias marginalizadas transcendeu a esfera jurídica. Ao permitir um extenso debate da sociedade civil sobre a temática, por meio de audiência pública, dando visibilidade a uma questão extremamente importante em termos político-sociais, o STF abriu espaço para que a mesma fosse debatida também na esfera política. Contribuiu, assim, para a inclusão do tema na agenda do Congresso, o que possibilitou a promulgação da Lei 12.711, de 29.08.2012, apenas 4 meses após o julgamento da ADPF. Resultado disso foi que as ações afirmativas passaram, em um curto período de tempo, por uma reafirmação no plano jurídica e um grande avanço no plano político. Destaca-se ainda que a importância das ações afirmativas continua sendo reconhecida pelo Estado brasileiro. A Lei 12.990/2014 estabelece uma reserva de 20% das vagas voltadas à população afrodescendente nos concursos públicos para cargos e empregos públicos no âmbito federal.

A consolidação e expansão deste tipo de medida faz com que se torne ainda mais importante o desenvolvimento de mecanismos que permitam que a justiça social distributiva que esta visa implementar seja plenamente alcançada.

Assim, torna-se cada vez mais premente o estabelecimento de critérios para garantir que as cotas destinadas a grupos desfavorecidos sejam efetivamente utilizadas por membros destes grupos.

Quando a proteção legislativa é feita visando beneficiar a população economicamente desfavorecida, fica fácil a adoção de critérios objetivos, como aqueles relacionados à renda na família. O desafio começa quando, a exemplo das cotas raciais, a proteção é voltada para grupos étnico-raciais. Isso porque a determinação de raça não é uma medida simples, em especial em uma sociedade miscigenada como é a sociedade brasileira.

Em artigo que trata sobre a definição de gênero e raça, a autora Sally Haslanger escreve:

“Primeiro, não existem genes raciais responsáveis pelas morfologias complexas e padrões culturais que nós associamos com raças diferentes. Segundo, em diferentes contextos, distinções raciais são estabelecidas com base em diferentes características, e.g., os esquemas de classificação brasileiros e americanos para o que se enquadra como negro diferem” (trad. nossa).

A autora também afirma: “raça é o significado social de um grupo geograficamente determinado, sendo os marcadores mais comuns a cor da pele, o tipo de cabelo, o formato dos olhos, o físico” (trad. nossa). Ainda, em suas palavras: “(...) raças são aqueles grupos demarcados por associações geográficas acompanhadas de determinados tipos físicos, quando estas associações assumem determinada significância relativa a como os membros do grupo devem ser vistos e tratados” (trad. nossa).

Segundo este entendimento raça seria uma construção social, que pode variar de acordo com o contexto social em que ela está inserida.

Sendo um conceito geográfica e socialmente delimitado, como estabelecer critérios objetivos para sua determinação?

Christopher Ford em um estudo sobre a determinação de raças nos Estados Unidos concluiu que existem dois principais sistemas de classificação:

“(1) Autoidentificação – é pedido aos indivíduos para designar a si mesmos uma identidade racial baseada em um grupo em articular com o qual ele se identifica de forma mais próxima, ou do qual eles se sintam parte; e

(2) Heteroidentificação – indivíduos são colocados dentro de categorias de acordo com a percepção da sua identidade étnica ou racial de uma terceira parte encarregada da decisão. Assim, a inclusão de um indivíduo em determinado grupo pode ser determinada de acordo com (a) a referência do grupo – se os membros daquele grupo (seja como for definido) consideram o indivíduo como um membro, ou (b) referência fora do grupo – se os não membros daquele grupo consideram o indivíduo

como membro daquele grupo” (trad. nossa).

O Min. Lewandowski reconheceu no julgado em comento a constitucionalidade tanto do critério de autoidentificação quanto do critério de heteroidentificação ou dos dois conjugados, desde que estes observem determinados requisitos e respeitem a dignidade pessoal dos candidatos.

Ocorre que o critério exclusivo de autoidentificação, em especial em uma sociedade com alto grau de miscigenação como a brasileira, pode dar margem a fraudes que deturpem os resultados pretendidos com estas políticas.

Como escreve Ford: “Autoidentificação é o método mais congruente com os valores individualistas da sociedade americana, mas é talvez difícil de administrar e artificial no contexto de identidade étnica-racial, que nossa cultura trata quase exclusivamente de acordo com a escolha ou ‘vontade’ das pessoas assim identificadas. Mais significativa, o caso Mallone ilustra sua fraqueza teórica como base de alocação de benefícios reais através de programas assistenciais” (trad. nossa).

Ainda, para Ford: “Se preferências para grupos específicos pretendem remediar os efeitos prejudiciais do passado e a discriminação presente, a autoidentificação pura ameaça apagar a conexão lógica necessária entre a desvantagem e a preferência reparadora. (...) A habilidade da classificação autoidentificadora de agir como representante de um padrão ‘real’ da desvantagem social é, assim, altamente questionável. Tal sistema pode requerer alguma forma de ‘monitoramento’ para que assegure a conexão necessária entre a autoidentificação e a desvantagem visada pela preferência reparadora” (trad. nossa).

A análise relativa aos sistemas de classificação de raças nos Estados Unidos também pode ser aplicada aos casos de ações afirmativas no Brasil.

No modelo atual brasileiro a autoidentificação do indivíduo ocorre normalmente apenas no momento de se beneficiar de ações afirmativas. Assim, tal autoidentificação pode ser tendenciosa e dar margem a distorções no sistema.

Como Ford sugere, a autoidentificação, em sendo realizada exclusivamente para a concessão de benefícios, pode vir acompanhada de um controle externo, a ser realizado pelo órgão ou entidade que concede os mesmos.

Nesse sentido é interessante a análise do sistema implementado pela UNB para a homologação de inscrições feitas pelo sistema de cotas, cuja constitucionalidade foi questionada na ADPF 186. Nota-se que o mesmo passou por modificações desde seu início em 2004.

Inicialmente, a inscrição para o sistema de cotas da universidade era feita pela autoidentificação (o indivíduo se inscrevia no sistema de cotas, de forma que se autoidentificava como afrodescendente). Essa inscrição, entretanto, deveria ser homologada pela universidade (heteroidentificação), que analisava a participação do indivíduo no grupo racial com base em fotografia realizada no momento da inscrição.

Esse procedimento de avaliação, porém, foi modificado a partir do 1.º semestre de 2008, após um caso emblemático em que gêmeos idênticos tiveram resultados diferentes na avaliação por foto. Desde 2008, a UNB passou a adotar um procedimento de entrevistas para homologar a inscrição dos alunos cotistas.

Em profunda análise realizada sobre o sistema de cotas em 2013, a UNB divulgou as porcentagens de homologações nos dois sistemas:

Tabela 1 – Candidatos inscritos pelo sistema de cotas para negros e homologados, desde 1.º/2004 até 2.º/2007 (período em que a análise era feita por meio da foto do candidato)

	Número de inscritos	Número de homologados	Porcentagem aproximada de homologados
2.º vestibular de 2004	4385	4194	96%
1.º vestibular de 2005	4913	4300	88%
2.º vestibular de 2005	3816	2241	59%

1.º vestibular de 2006*	2454	2473	101%
2.º vestibular de 2006	3901	2006	51%
1.º vestibular de 2007	3660	1831	50%
2.º vestibular de 2007	3673	3673	61%

* No primeiro semestre de 2006 não foi possível saber o quantitativo correto de inscritos e os 19 candidatos homologados a mais se referem aos candidatos de presídios, onde o processo de inscrição foi separado (dados da Coordenadoria de Tecnologia do CESPE/UnB).

Tabela 2 – Candidatos inscritos e homologados pelo sistema de cotas para negros a partir de 2008 (período em que a análise era feita por meio de entrevista pessoal)

	Número de inscritos	Número de homologados	Porcentagem aproximada de homologados
1.º vestibular de 2008	4083	1136	28%
2.º vestibular de 2008	2713	1259	46%
1.º vestibular de 2009	3262	901	28%
2.º vestibular de 2009	3416	1291	38%
1.º vestibular de 2010	3577	1117	31%
2.º vestibular de 2010	3339	1522	46%
1.º vestibular de 2011	3815	1590	42%
2.º vestibular de 2011	3702	2045	55%
1.º vestibular de 2012	3933	1693	43%
2.º vestibular de 2012	3032	1617	53%
1.º vestibular de 2013	3009	1235	41%

Os números demonstram que, quando foi utilizado um sistema de avaliação dos candidatos mais complexo, houve uma expressiva queda na porcentagem de inscrições homologadas.

A análise dos candidatos levando em conta apenas a fotografia trouxe, em geral, resultados diferentes da análise realizada através de entrevistas.

De fato, reduzir questão da discriminação racial por discriminação pela aparência é uma solução simplista para um problema extremamente complexo. A discriminação tem raízes histórico-político-sociais muito mais profundas, que deixaram marcas na nossa estrutura social e não podem ser mensuradas apenas pela discriminação pela aparência física.

Como anteriormente defendido, a raça não se determina apenas por fatores biológicos. Existe uma série de fatores socioculturais que influenciam na construção deste conceito.

Assim, uma análise adequada da caracterização de um indivíduo, como pertencente a uma determinada raça, só pode ser realizada levando-se em conta também estes mesmos fatores.

A expansão das ações afirmativas é um grande avanço na direção de uma sociedade mais igualitária. Entretanto, este avanço é acompanhado de novos desafios.

Desenvolver um sistema que respeite a dignidade da pessoa humana ao mesmo tempo em que assegure a efetividade das ações afirmativas é, atualmente, um deles.

DANIELLE C. OLIVEIRA

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo.

35. RMS 26.071, rel. Min. Ayres Britto, 1.ª T., j. 13.11.2007, DJ 01.02.2008.

36. HASLANDER, Sally. Gender and Race: (What) Are they? (What) Do we want them to be? In *Noûs*. vol. 34. p. 31-55. Oxford: Blackwell Publishers, mar. 2000.

37. First, there are no racial genes responsible for the complex morphologies and cultural patterns we associate with different races. Second, in different contexts racial distinctions are drawn on the basis of different characteristics, e.g, the Brazilian and US classification for who counts as "Black" differ

- HASLANDER, Sally. Gender and Race: (What) Are they? (What) Do we want them to be? In *Noûs*. vol. 34. p. 31-55. Oxford: Blackwell Publishers, mar. 2000.
38. Race is the social meaning of the geographically marked body, familiar markers being skin color, hair type, eye shape, physique. HASLANDER, Sally. Gender and Race: (What) Are they? (What) Do we want them to be? In *Noûs*. vol. 34., p. 31-55. Oxford: Blackwell Publishers, mar. 2000.
39. Races are those groups demarcated by the geographical associations accompanying perceived body type, when those associations take on evaluative significance concerning how members of the group should be viewed and treated. HASLANDER, Sally. Gender and Race: (What) Are they? (What) Do we want them to be? In *Noûs*. vol. 34, p. 31-55. Oxford: Blackwell Publishers, mar. 2000.
40. FORD, Christofer A. Administering Identity: The Determination of Race in Race-Conscious Law. *California Law Review*. vol. 82. out. 1994. Berkeley: Universidade da Califórnia. Disponível em: [<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol82/iss5/3/>].
41. (1) *Self-reported* identity-individuals are asked to assign themselves a racial identity based upon the particular group with which they most closely identify or of which they otherwise feel a part; and (2) *Other-ascribed* identity-individuals are placed into categories according to the perceptions of their racial or ethnic identity held by a designated decision-making third party. An individual's membership in a particular group might thus be determined according either to (a) *Member reference-whether* or not members of that group (however defined) consider her to be a fellow member, or (b) *Nonmember reference-whether* or not nonmembers of that group consider her to be a member of that group. FORD, Christofer A. Administering Identity: The Determination of Race in Race-Conscious Law. *California Law Review*. vol. 82. Berkeley: Universidade da Califórnia, out. 1994.
42. Caso paradigmático em que dois irmãos de origem branca foram admitidos no corpo de bombeiros de Boston após se identificarem como negros, usufruindo de um programa de ação afirmativa existente.
43. "Self-reporting is perhaps the method most congruent with the individualist values of American society, but it is perhaps awkward and artificial in the context of racial and ethnic identity-which our culture treats as almost axiomatically beyond the choice or 'will' of the persons so identified. More significantly, the *Malone* case illustrates its theoretical weakness as a basis for the allocation of real benefits through remedial programs." FORD, Christofer A. Administering Identity: The Determination of Race in Race-Conscious Law. *California Law Review*. vol. 82. p. 1281. Berkeley: Universidade da Califórnia. out. 1994. FORD, Christofer A. Administering Identity: The Determination of Race in Race-Conscious Law. *California Law Review*. vol. 82. p. 1255. Berkeley: Universidade da Califórnia, out. 1994.
44. "If group-specific preferences are supposed to remedy the ill effects of past and ongoing discrimination, pure self-reporting threatens to erase the necessary logical connection between disadvantage and remedial preferment. (...) The ability of self-reported classification to act as a proxy for 'real' patterns of social disadvantage is thus highly questionable. Such a system might require some form of 'monitoring' in order to ensure the necessary connection between self-reported identity and the disadvantage targeted by remedial preferences." FORD, Christofer A. Administering Identity: The Determination of Race in Race-Conscious Law. *California Law Review*. vol. 82. p. 1281. Berkeley: Universidade da Califórnia, out. 1994.
45. Maiores informações disponível em: [<http://g1.globo.com/Noticias/Vestibular/0,,MUL43786-5604-619,00.html>].
46. UNB. *Análise do sistema de cotas para negros da Universidade de Brasília*. Brasília: UNB, 2013, p. 7.