



Empoderando vidas.
Fortalecendo nações.

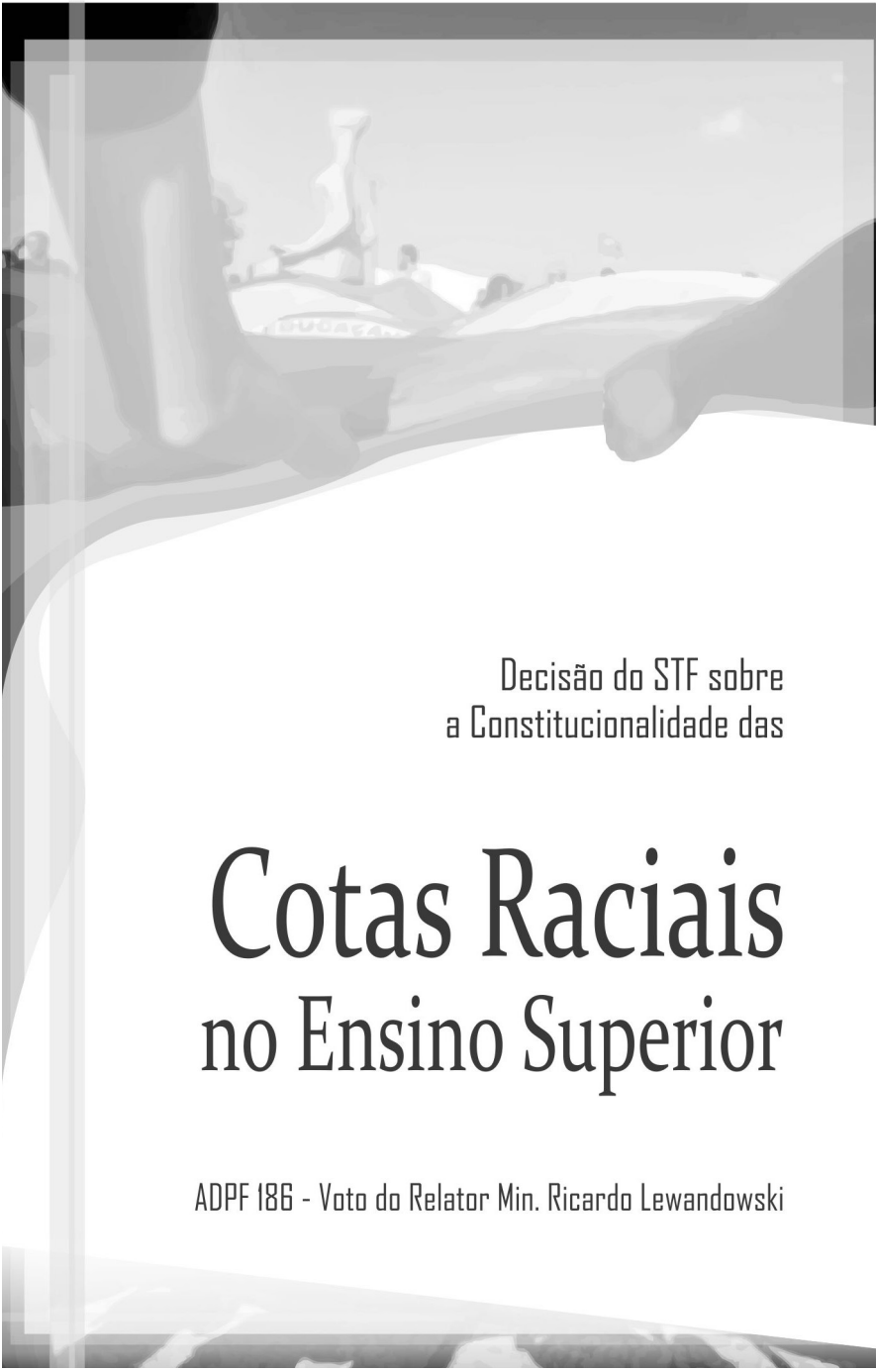


Decisão do STF sobre a Constitucionalidade das Cotas Raciais no Ensino Superior ADPF 186 - Voto do Relator Min. Ricardo Lewandowski

Decisão do STF sobre
a Constitucionalidade das

Cotas Raciais no Ensino Superior

ADPF 186 - Voto do Relator Min. Ricardo Lewandowski



Decisão do STF sobre
a Constitucionalidade das

Cotas Raciais no Ensino Superior

ADPF 186 - Voto do Relator Min. Ricardo Lewandowski

Esta publicação é uma iniciativa da ONU Mulheres - Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres e do PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, no âmbito do Programa Interagencial de Promoção da Igualdade de Gênero, Raça e Etnia/ MDG-F.

Brasil, 2012.

Projeto gráfico e capa: Eduardo Garcês

Índice

Introdução	5
VOTO DO RELATOR Ministro Ricardo Lewandowski	17
Questões Preliminares	19
Abrangência do tema em discussão	25
Igualdade formal <i>versus</i> material	27
Justiça distributiva	33
Políticas de ação afirmativa	37
Critérios para ingresso no ensino superior	47
Adoção do critério étnico-racial	57
Consciência étnico-racial como fator de exclusão	63
O papel integrador da universidade	81
As ações afirmativas nos Estados Unidos da América	87
Hetero e autoidentificação	97
Reserva de vagas ou estabelecimento de cotas	101
Transitoriedade das políticas de ação afirmativa	111
Proporcionalidade entre meios e fins	115
Parte dispositiva	117
 ANEXO	
Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186	121
Relatório da ADPF 186	127
Argumentos e pleitos da inicial	129
Informações dos arguidos	139
Parecer da Procuradoria Geral da República	143
Manifestação da Advocacia Geral da União	145
Apreciação da liminar pela presidência	147
Pedidos de ingresso como <i>amicus curiae</i>	149
Pronunciamentos veiculados na audiência pública	157
Alegações dos arguidos acerca do mérito	187

Introdução

Nos seus 67 anos de história, a Organização das Nações Unidas tem trabalhado pelo reconhecimento, positividade e efetivação dos Direitos Humanos e dos seus mais diversos desdobramentos em todo o mundo. Além da Declaração Universal dos Direitos Humanos, podemos citar, como exemplo, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1966, a Convenção sobre Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, de 1979, e, mais recentemente, a Declaração de Durban, de 2001, apenas para citar algumas dentre as tantas convenções e conferências realizadas pela ONU com o intuito de discutir e garantir o acesso de todos e todas aos seus direitos básicos e inalienáveis.

Há que se notar, contudo, que a promoção do acesso de todos e todas a uma vida digna, livre de violência e discriminação, de livre expressão política e cultural, e com garantias de acesso justo e igualitário à saúde, renda, educação e segurança alimentar depende do comprometimento dos países-membros das Nações Unidas em participarem, assinarem, ratificarem e implementarem aqueles direitos garantidos pelas convenções da ONU. São, aliás,

os próprios países-membros que participam ativamente da discussão e elaboração dos textos destes documentos. Assim, cabe às Nações Unidas o papel de fornecer a cooperação técnica para que os países-membros implementem aquelas convenções que ratificaram. Cabe também às Nações Unidas monitorar e avaliar os avanços de cada país e reconhecer as boas práticas geradas em cada caso. Faz-se necessário, portanto, dar o devido reconhecimento aos avanços brasileiros. Além de signatário dos mais diversos mecanismos legais internacionais de promoção de direitos e combate às mais diversas formas de discriminação, o Brasil tem avançado na adoção de políticas que visem à diminuição das desigualdades nas suas mais diversas faces, tais como econômica, étnico-racial e de gênero.

Neste sentido, uma política que merece destaque é a adoção de ações afirmativas para o ingresso de estudantes negros/as e indígenas por parte de diversas universidades públicas brasileiras, conhecidas também como cotas étnico-raciais. No âmbito das Nações Unidas, as ações afirmativas têm sido uma importante estratégia de contratação para diversas agências do Sistema, que buscam respeitar critérios de diversidade étnico-racial e de gênero na composição de seus recursos humanos. Ademais, as ações afir-

mativas já foram tema de discussão em diversas conferências da ONU, valendo citar com mais detalhes o caso da I Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e as Formas Conexas de Intolerância, realizada em 2001 na cidade sul-africana de Durban.

A Conferência de Durban foi, por certo, um marco na construção e promoção de uma agenda internacional de ação de combate ao racismo e outras formas de discriminação, não apenas pela qualidade das discussões e do texto final da conferência, mas também pela ativa participação de representantes de movimentos negros de vários países. No texto final da Convenção, conhecido como Declaração de Durban, da qual o Brasil é signatário, há três artigos que merecem destaque para a discussão de ações afirmativas no ensino superior, seja pela legitimidade que trazem para esta demanda, seja pela influência que tiveram na adoção deste tipo de política em muitos países. A saber:

99. Reconhece que o combate ao racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata é responsabilidade primordial dos Estados. Portanto, incentiva os Estados a desenvolverem e elaborarem planos de ação

nacionais para promoverem a diversidade, igualdade, equidade, justiça social, igualdade de oportunidades e participação para todos. Através, dentre outras coisas, de ações e de estratégias afirmativas ou positivas; estes planos devem visar a criação de condições necessárias para a participação efetiva de todos nas tomadas de decisão e o exercício dos direitos civis, culturais, econômicos, políticos e sociais em todas as esferas da vida com base na não-discriminação. A Conferência Mundial incentiva os Estados que desenvolverem e elaborarem os planos de ação, para que estabeleçam e reforcem o diálogo com organizações não-governamentais para que elas sejam intimamente envolvidas na formulação, implementação e avaliação de políticas e de programas;

121. Insta os Estados a comprometerem-se a assegurar o acesso à educação, incluindo o acesso gratuito à educação fundamental para todas as crianças, tanto para meninas quanto para meninos, e o acesso à educação e aprendizado permanente para adultos, baseado no respeito aos direitos humanos, à diversidade e à to-

lerância, sem discriminação de qualquer tipo; e
122. Insta os Estados a assegurarem igual
acesso à educação para todos na lei e na prática
e para absterem-se de qualquer medida legal ou
outras que levem à segregação racial imposta
*sob qualquer forma no acesso à educação.*¹

Como demonstra o texto da Declaração de Durban, ações afirmativas de recorte étnico-racial têm se legitimado internacionalmente como iniciativas eficazes no combate às mais diversas formas de discriminação, assim como uma forma de promover o desenvolvimento de maneira mais equânime. Ações afirmativas, como as cotas étnico-raciais em universidades públicas, promovem não apenas uma distribuição mais equitativa dos recursos públicos, como tem o potencial de trazer grupos marginalizados para espaços centrais de tomada de decisão. No caso das universidades, que formam, ao mesmo tempo, uma fatia importante da elite econômica, da massa crítica e das lideranças políticas de um país, torna-se estratégico promover a inclusão de grupos marginalizados. Acessar a universidade significa dar o primeiro passo para ocupar

¹ Disponível em III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata. Declaração de Durban e Plano de Ação." Tradução e edição em língua portuguesa pela Fundação Palmares. Ministério da Cultura. Brasília (DF), 2001.

espaços centrais na sociedade, fazendo com que as ações afirmativas não tenham impacto positivo apenas para aqueles indivíduos que as acessam, mas também para os grupos marginalizados que representam e, em última medida, para a sociedade como um todo, pois, como dito acima, promovem o respeito à diversidade e o desenvolvimento de modo mais equitativo e sustentável.

Entretanto, a implementação de políticas afirmativas com reservas de vagas baseada em critérios raciais têm encontrado resistência em diversos setores da sociedade brasileira. Muitos argumentos contrários às políticas afirmativas com recorte étnico-racial têm se pautado na afirmação de que o foco das políticas educacionais deveria ser a melhoria no acesso e na qualidade da educação básica e que, como consequência da reserva de vagas nas universidades públicas para estudantes negros/as e indígenas, muitos deles com acesso a uma educação básica de menor qualidade que alunos brancos, a qualidade do ensino superior cairia no Brasil.

É importante, porém, notar que uma política não deve excluir a outra, já que as cotas étnico-raciais nas universidades públicas são complementares à promoção de

melhorias no acesso e na qualidade da educação básica, tendo, por este mesmo motivo, o caráter de políticas transitórias, que devem existir enquanto as injustiças sociais e as desigualdades de acesso à educação continuarem a ser mecanismos de reprodução e perpetuação das desigualdades étnico-raciais na sociedade como um todo. Além disso, é preciso levar em conta o fato de que as cotas étnico-raciais em universidades públicas são uma política implementada já há quase uma década em várias universidades brasileiras e, por isso, já é possível a realização de estudos de monitoramento e avaliação destas políticas, verificando se estas funcionam adequadamente para a promoção da igualdade étnico-racial no País. Neste sentido, já existem estudos que mostram que alunos cotistas têm menos índices de evasão que alunos não-cotistas, além de terem um desempenho igual ou superior na maioria dos cursos.²

2 Após alguns anos de implementação da política de cotas torna-se possível a realização de pesquisas que tenham por objetivo inferir se, conforme o senso comum, políticas de cotas levariam a uma queda na qualidade da formação de estudantes universitários. Ainda que seja necessária a realização de mais estudos já existem indícios de que não existem diferenças significativas na performance de alunos cotistas em comparação com não cotistas. O estudo de Jacques Velloso “Curso e concurso: rendimentos na universidade e desempenho em um vestibular de cotas da UnB” que analisa aspectos da performance e caracterização socioeconômica de estudantes oriundos do primeiro vestibular com cotas da UnB nas áreas de Humanidades, Ciências e Saúde, aponta que estudantes que ingressaram na universidade pelo sistema universal possuem renda média familiar entre 20% e 60% maior do que alunos cotistas caracterizando o mérito do processo de seleção e cotistas. Além disso, o mesmo estudo sugere, a partir da análise do Índice de Rendimento Acadêmico (IRA) de alunos e alunas cursando o primeiro semestre do curso universitário, que, em geral, o rendimento médio de alunos cotistas é levemente inferior ao de não cotistas. Por outro lado, Velloso destaca que 37% do total de alunos que ingressaram na universidade pelo sistema de cotas apresentavam alto rendimento, chegando esse percentual

Em 2012, o debate público em torno da efetividade e constitucionalidade de tais políticas afirmativas acabou por chegar a mais alta câmara do sistema judiciário do País, o Supremo Tribunal Federal (STF). No caso citado, a saber, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 (ADPF-186), foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade do sistema de cotas raciais da Universidade de Brasília, primeira no Brasil a implementar uma política desta natureza, em 2004. O resultado, que não poderia ter sido mais expressivo, foi, no dia 26 de abril de 2012, a decisão unânime dos juízes e juízas em favor da constitucionalidade das ações afirmativas com reserva de vagas baseada em critérios raciais. Tal decisão, além de reconhecer a constitucionalidade do sistema de cotas implementado pela Universidade de Brasília, poderá servir como um marco legal para decisões futuras sobre o mesmo tema e proporcionar legitimidade à manutenção e ampliação das ações afirmativas nas universidades brasileiras, tanto nos cursos de graduação como nos de pós-graduação, já que são estes últimos os principais centros de produção e legitimação de conhecimento.

a 70% para os alunos do curso de Medicina. Já o trabalho de Bezerra e Gurgel “A Política Pública de Cotas em Universidades, Desempenho Acadêmico e Inclusão Social”, baseado no biênio 2005-2006, com base nos cursos de Administração, Direito, Engenharia, Química, Medicina, Odontologia e Pedagogia, mostra que o desempenho de aluno cotistas é similar ao de alunos que entraram na universidade pelo sistema universal.

É neste contexto que se insere a publicação aqui apresentada, a qual consideramos um divisor de águas no debate público sobre políticas afirmativas no Brasil. Trata-se do voto do Relator da ADPF-186, Ministro Ricardo Lewandowski. Podemos afirmar, sem receio de cometer exageros, que a decisão citada do STF é um marco histórico no processo de reverter as heranças discriminatórias da formação da nação, que até hoje marcam profundamente as diferenças de acesso à cidadania e a oportunidades entre negros e brancos no Brasil. A decisão unânime do STF pela constitucionalidade do sistema de cotas raciais da Universidade de Brasília coroa anos de luta de movimentos negros, acadêmicos e lideranças políticas pela efetivação do princípio da igualdade garantido no artigo 5º, caput, da Constituição Federal. Já o voto do Ministro Lewandowski constata, com eloquência e concretude teórica, a constitucionalidade e o potencial de promoção de justiça social das ações afirmativas com recorte étnico-racial à luz dos mecanismos legais brasileiros.

A decisão das Nações Unidas em publicar o voto do Ministro Lewandowski se deu, ademais da coerência de sua argumentação, pela consonância de suas conclusões com o compromisso das Nações Unidas em apoiar e pro-

mover ações que visem à promoção da igualdade étnico-racial como parte da agenda de promoção dos Direitos Humanos e das Metas de Desenvolvimento do Milênio.

Esta consonância pode ser observada em várias passagens do voto do Ministro Lewandowski, como na argumentação de que a isonomia no plano formal não deve ser aplicada abstratamente, e sim, deve se dar de modo a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, reconhecendo que as ações afirmativas cumprem um importante papel neste sentido. Além disso, o Ministro Lewandowski reconhece, com propriedade, outros aspectos positivos da adoção de políticas afirmativas com recorte étnico-racial, como a criação de lideranças dentre os grupos discriminados que lutem por seus direitos e sirvam de paradigmas de integração e ascensão social. Ou ainda, o reconhecimento do papel simbólico das ações afirmativas com recorte étnico-racial no sentido de reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, assegurando a diversidade cultural e gerando efeitos psicológicos e pedagógicos tanto para grupos discriminados como para grupos dominantes. Por fim, o Ministro Lewandowski atenta ao fato de que, para além da questão da constitu-

dade das ações afirmativas com recorte étnico-racial, é necessária a preocupação de que tais ações desenvolvam metodologias adequadas para a consecução de seus fins, cumprindo com o potencial da discriminação positiva em gerar igualdade.

É, portanto, com imenso prazer que publicamos o voto apresentado pelo Ministro Lewandowski como relator da ADPF-186, esperando, assim, contribuir para o maior conhecimento e disponibilidade de subsídios para a discussão e implementação de ações e políticas que visem a promoção da igualdade étnico-racial no Brasil. Esclarecemos que, além do já referido voto, publicamos também as preliminares do relatório apresentado pelo Ministro Lewandowski, que constam como anexo ao final da publicação, servindo como referência de todo o processo legal que culminou no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186.

JORGE CHEDIEK - Coordenador Residente do Sistema das Nações Unidas no Brasil

REBECCA REICHMANN TAVARES - Representante da ONU Mulheres no Brasil e Cone Sul

VOTO DO RELATOR

Ministro Ricardo Lewandowski

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. Afrenta 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 esgotamento 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, prescinde, 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.

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.

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 ateve 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 desequiparação 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 mate-

riais, diferentemente das ações afirmativas, não tomam em conta a posição relativa dos grupos sociais entre si”.³

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”.⁴

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

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

4 SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 56.

um **direito**, sem que se cogitasse, contudo, de convertê-loem 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”.*⁵

5 DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado. 25. ed. São Paulo: Saraiva 2005. p. 309.

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”.*⁶

O modelo constitucional brasileiro não se mostrou alheio ao princípio da justiça distributiva ou compensató-

4 RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 3.

ria, porquanto, comolembrou 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”.⁷

No que interessa ao presente debate, a aplicação do princípio da igualdade, sob a ótica justiça distributiva,

5 ROSENFELD, Michel. Affirmative Action, justice, and equalities: a philosophical and constitutional appraisal. Ohio State Law Journal, nº 46. p. 861.

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 explicaque uma ação afirmativa configura

“(...) um programa público ou privado que considera aquelas características as quais vêm sendo usadas para negar [aos excluídos] tratamento igual”.⁸

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 indiví-

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.

duos 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 mi-

norias; 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 desprivile-

giados 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”.⁹

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/

⁹ 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.

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 desmantelar, 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 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.

Crêterios para ingresso no ensino superior

A Constituição Federal 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, 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”.

V -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 preferên-

*cias 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 ”.*¹⁰

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 com-

10 SMITS, Katherine. Applying Political Theory – Issues and Debates. London: Macmillan, 2009. p. 71.

patibilidade 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 mantém-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 cr terios empregados, todavia, guarda estreita correspondência com os objetivos sociais que se busca atingir com eles.

No campo acadêmico, segundo Ronald Dworkin,

*“(...) qualquer cr terio adotado colocar  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 ”.*¹¹

O cr terio de acesso às universidades públicas, entre n os, deve levar em conta, antes de tudo, os objetivos gerais

11 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 350-351.

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, 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 larga 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 favore-

cer 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”.¹²

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.

12 VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos Fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Direito GV/Malheiros, 2006. p. 376.

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 *discrímen*.

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).¹³*

13 HESPAHHA, António Manuel. O Caleidoscópio do Direito – O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra: Almedina, 2007. pp. 238-239.

Cumpra 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 hu-

mano 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).¹⁴

14 IKAWA, Daniela. Ações Afirmativas em Universidades, cit. pp. 105-106.

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 suces-

sivas 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 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".¹⁵

15 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.

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 indisfarçável 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 aferir 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”¹⁶

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

¹⁶ SKIDMORE, Thomas E. Preto no branco: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930). São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 296.

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.”.*¹⁷

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

17 Síntese de Indicadores Sociais – 2010: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicais2010/SIS_2010.pdf

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 divi-

dido entre reivindicações por redistribuição, de um lado, e reivindicações por reconhecimento do outro. Cada vez mais, as reivindicações por reconhecimento tendem a predominar”.¹⁸

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 diferen-

18 FRASER, Nancy and HONNETH, Axel. Redistribution or Recognition? A political-philosophical exchange. London/New York: Verso, 2003. pp. 7-8.

*ciadoras. 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”.*¹⁹

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.

19 BAUMAN, Zygmunt. Identidade. Entrevista a Benedetto Vecchi. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. p. 44.

A histórica discriminação dos negros e pardos, em contrapartida, revela igualmente um componente multiplicador, mas às avessas, pois a sua convivência multiseccular 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.”*²⁰

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.²¹

21 “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.

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.

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 judiciais, 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.

(...)

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 assíncronismos 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).²²

É preciso, portanto, construir um espaço público

22 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.

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 insti-

tuição 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 Califórnia 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.²³

23 FERES, João Júnior. Comparando Justificativas das Políticas de Ação Afirmativa. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2007. p. 9.

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 porcentual 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’”.*²⁴

“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”*²⁵

(...)

*“(...) 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 advém de um corpo discente plural”.*²⁶

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 univer-

25 Grutter v. Bollinger 539 U.S. 306 (2003). p. 333.

26 Grutter v. Bollinger 539 U.S. 306 (2003). p. 343.

sidades no tocante à seleção de seu corpo discente, o fazendo em conta a necessidade de que a busca da heterogeneidade esteja pautada pela correção de distorções históricossociais que atuam como obstáculo à concretização dos valores constitucionais da igualdade substancial.

Em análise específica sobre a temática das ações afirmativas, Ronald Dworkin assentou²⁷:

“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

27 DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 582-583.

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 Rio²⁸, 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 vin-

28 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.

dos 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 desagüe 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.

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 discri-

minação 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 classifica-

*ção 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”.*²⁹

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 que reparar ou compensar os fatores de desigual-

dade 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. § 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 saberse 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 consubstanciam 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 preceden-

tes 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”.³⁰

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,

30 RIOS, Roger Raupp. Direito da Antidiscriminação – discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. pp. 191-192.

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”.³¹

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 ”.*³²

31 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.

32 GOMES, Joaquim Barbosa. Instrumentos e Métodos de Mitigação da Desigualdade em Direito Constitucional e Internacional. Rio de Janeiro, 2000. www.mre.gov.br

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 assegura como direito fundamental de todos”.³³

Admitida, pois, a constitucionalidade: (i) das políticas de ação afirmativa, (ii) da utilização destas na seleção para o ingresso no ensino superior, especialmente nas

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.

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, resalto 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’.*³⁴

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,³⁵ 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”.³⁶

Não basta, pois, como já adiantei acima, que as políticas de reserva de vagas sejam constitucionais sob o

35 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 desigualam”.

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

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.

ANEXO

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186

DISTRITO FEDERAL

26/04/2012 - PLENÁRIO

RELATOR :**MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**

REQTE.(S) :DEMOCRATAS - DEM

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

INTDO.(A/S) :CONSELHO DE ENSINO, PESQUISA E EXTEN-
SÃO 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 BRA-
SÍLIA - 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 BRASILEI-
RO - 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 RAMOSE 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)

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 abranjam um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atinjam 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 dis-

torções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.

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

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

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

VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, signi-

fica 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ayres Brito, 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

Relatório da ADPF 186

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. 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 parados 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 regis-

tro 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 arquivados

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 arquivados 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 úni-

co 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).

Apreciação 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 Re-

solução do CEPE não se baseia em nenhuma lei, mas deriva diretamente da autonomia universitária prevista no art. 206 da Constituição Federal, 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 viti-

mizar 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, com o princípio da igualdade material de acesso à universidade (art. 206, I, da CF/88) e o princípio da redução das desigualdades sociais (art. 3º, III, CF/88).”

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, 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, pois foram elabo-*

radas 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 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 igual-

dade 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 insti-

tuição, 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”*.

Sugeri, 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 tendose 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, es-

taria 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 racismo 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 ra-

ciais 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 autodeclararam 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 inclu-

são 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 indí-

genas 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 ADPF. 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, 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.
