

26/04/2012

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 186
DISTRITO FEDERAL**

VOTO

QUESTÕES PRELIMINARES

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

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

“Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF. Medida Cautelar. 2. Ato regulamentar. Autarquia estadual. Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará - IDESP. Remuneração de pessoal. Vinculação do quadro de salários ao salário mínimo. 3. Norma não recepcionada pela Constituição de 1988. Afronta ao princípio federativo e ao direito social fundamental ao salário mínimo digno (arts. 7º, inciso IV, 1º e 18 da Constituição). 4. Medida liminar para impedir o comprometimento da ordem jurídica e das finanças do Estado. 5. Preceito Fundamental: parâmetro de controle a indicar os preceitos fundamentais passíveis de lesão que justifiquem o processo e o julgamento da argüição 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

ADPF 186 / DF

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 pré-constitucional. 7. Cláusula da subsidiariedade ou do exaurimento das instâncias. Inexistência de outro meio eficaz para sanar lesão a preceito fundamental de forma ampla, geral e imediata. Caráter objetivo do instituto a revelar como meio eficaz aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante. Compreensão do princípio no contexto da ordem constitucional global. Atenuação do significado literal do princípio da subsidiariedade quando o prosseguimento de ações nas vias ordinárias não se mostra apto para afastar a lesão a preceito fundamental. 8. Plausibilidade da medida cautelar solicitada. 9. Cautelar confirmada” (grifos meus).

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

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

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

É que, conforme remansosa jurisprudência desta Corte, as ações de

ADPF 186 / DF

índole abstrata, por definição, não tratam de fatos concretos, razão pela qual nelas não se deve, como regra, cogitar de conexão, dependência ou prevenção relativamente a outros processos ou julgadores.

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

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

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

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

ABRANGÊNCIA DO TEMA EM DISCUSSÃO

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

ADPF 186 / DF

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 ateuve 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

ADPF 186 / DF

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

ADPF 186 / DF

*têm (...) o mesmo fundamento: o princípio constitucional da igualdade material. São, contudo, distintas no seguinte sentido. Embora ambas levem em consideração os resultados, as políticas universalistas materiais, diferentemente das ações afirmativas, não tomam em conta a posição relativa dos grupos sociais entre si”.*¹

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”.*²

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

*“O que não se admite é a desigualdade no ponto de partida, que assegura tudo a alguns, desde a melhor condição econômica até o melhor preparo intelectual, negando tudo a outros, mantendo os primeiros em situação de privilégio, mesmo que sejam socialmente inúteis ou negativos”.*³

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

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

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

ADPF 186 / DF

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”.⁴

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

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

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

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

ADPF 186 / DF

“(...) a adoção de um novo princípio de justiça distributiva possivelmente criará conflitos entre reivindicações baseadas nos velhos e nos novos princípios”.⁵

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

POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA

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

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

“(...) um programa público ou privado que considera aquelas características as quais vêm sendo usadas para negar [aos excluídos] tratamento igual”.⁶

Outra definição – um pouco mais elaborada – é a que consta do art.

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

6 DUNCAN, Myrl L. The future of affirmative action: A Jurisprudential/legal critique. *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, Cambridge: Cambridge Press, 1982. p. 503.

ADPF 186 / DF

2º, II, da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil em 1968, segundo o qual ações afirmativas são

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

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

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

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

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

ADPF 186 / DF

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

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

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

(...)

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

Algumas dessas disposições constitucionais que objetivam as discriminações positivas são:

ADPF 186 / DF

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”.⁷

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

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

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

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

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

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

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

⁷ GOSH, Partha S. *Positive Discrimination in Índia: A Political Analysis*. Disponível em: scribd.com/doc/21581589/Positive-Discrimination-in-India. Acessado em 22 de março de 2010.

ADPF 186 / DF

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

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

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

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

Eram as ‘affirmative actions’.

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

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

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

Não vou entrar na questão relativa ao tratado internacional.

A CF 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

ADPF 186 / DF

instrumento para obter a igualdade real”.

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

CRITÉRIOS PARA INGRESSO NO ENSINO SUPERIOR

A Constituição Federal 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”*.

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

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

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

ADPF 186 / DF

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

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

*“Os argumentos a favor da ação afirmativa podem ser divididos em argumentos deontológicos, ação afirmativa é equitativa e justa como um remédio para um passado injusto. Seus defensores argumentam que preferências de grupos não equivalem à discriminação de grupos, e isso deve ser levado em consideração no vasto contexto em que as preferências raciais e de gênero são aplicadas. Ademais, as preferências de grupos não comprometem a equidade, pois os indivíduos não têm direitos automáticos a quaisquer benefícios em decorrência de seus talentos naturais e habilidades. É tarefa da sociedade distribuir benefícios de acordo com critérios razoáveis e publicamente justificados conforme objetivos sociais mais amplos. De acordo com os consequencialistas ou utilitaristas, a ação afirmativa enseja um número considerável de resultados positivos – a qual ou fortalece a justiça dessa política ou supera quaisquer injustiças que possa envolver ”.*⁸

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 étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais,

⁸ SMITS, Katherine. *Applying Political Theory – Issues and Debates*. London: Macmillan, 2009. p. 71.

ADPF 186 / DF

isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros.

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

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

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

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

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

No campo acadêmico, segundo Ronald Dworkin,

“(...) qualquer critério adotado colocará alguns candidatos em desvantagem diante dos outros, mas uma política de admissão pode, não obstante isso, justificar-se, caso pareça razoável esperar que o

ADPF 186 / DF

*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 ”.*⁹

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

“(...) assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (...)”.

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

Com esses dispositivos pretendeu o legislador constituinte assentar que o escopo das instituições de ensino vai muito além da mera transmissão e produção do conhecimento em benefício de alguns poucos que logram transpor os seus umbrais, por partirem de pontos de largada social ou economicamente privilegiados.

De fato, como assenta Oscar Vilhena Vieira,

“(...) os resultados do vestibular, ainda que involuntários, são

⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 350-351.

ADPF 186 / DF

discriminatórios, na medida em que favorecem enormemente o ingresso de alunos brancos, oriundos de escolas privadas, em detrimento de alunos negros, provenientes das escolas públicas.

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

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

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

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

Por fim, a terceira consequência está associada ao resultado deste investimento público, chamado sistema universitário, em termos de erradicação da pobreza e da marginalização. (...) pelos dados do MEC, o número de negros que conquistam o diploma universitário limita-se a 2%. Isto significa que os postos de comando, seja no setor público, seja no setor privado, (...), ficarão necessariamente nas mãos dos não negros, confirmando mais uma vez nossa estrutura racial estratificada”.¹⁰

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

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

ADPF 186 / DF

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.

ADPF 186 / DF

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

ADPF 186 / DF

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).¹¹

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

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

É o que afirma a já citada Daniela Ikawa:

“O uso do termo raça é justificável nas políticas afirmativas (...) por ser o mesmo instrumento de categorização utilizado para a construção de hierarquias morais convencionais não condizentes com o conceito de ser humano dotado de valor intrínseco ou com o princípio de igualdade de respeito (...). Se a raça foi utilizada para construir hierarquias, deverá também ser utilizada para

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

ADPF 186 / DF

*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).*¹²

CONSCIÊNCIA ÉTNICO-RACIAL COMO FATOR DE EXCLUSÃO

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

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

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

12

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

ADPF 186 / DF

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”.*¹³

13 MELLO, Marco Aurélio. Ótica Constitucional – a igualdade e as ações afirmativas. In MARTINS, Ives Gandra da Silva. *As vertentes do direito constitucional contemporâneo: estudos*

ADPF 186 / DF

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 aferrar ao ‘mito da democracia racial’. Ao acreditar que a cor da pele nunca fora barreira para a ascensão social e econômica dos não brancos pudesse ser atribuída a qualquer outra coisa além do relativo subdesenvolvimento da sociedade ou da falta de iniciativa individual”¹⁴

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).

em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 41.

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

ADPF 186 / DF

Provavelmente, um dos fatores para esse crescimento é uma recuperação da identidade racial, já comentada por diversos estudiosos do tema.

(...)

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

(...)

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

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

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

ADPF 186 / DF

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

ADPF 186 / DF

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.”¹⁵

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

15 Síntese de Indicadores Sociais – 2010:
http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicsoais2010/SIS_2010.pdf

ADPF 186 / DF

de uma mudança na atitude subjetiva dos integrantes desses grupos, aumentando a autoestima que prepara o terreno para a sua progressiva e plena integração social.

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

De acordo com Nancy Fraser e Axel Honneth:

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

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

De modo geral, então, estamos sendo confrontados com uma

ADPF 186 / DF

*nova constelação. O discurso sobre justiça social, uma vez centrado na distribuição, está agora cada vez mais dividido entre reivindicações por redistribuição, de um lado, e reivindicações por reconhecimento do outro. Cada vez mais, as reivindicações por reconhecimento tendem a predominar”.*¹⁶

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

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

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

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

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

ADPF 186 / DF

estigmatizam”.¹⁷

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

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

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

“Quanto mais as pessoas permanecem num ambiente uniforme – na companhia de outras ‘como elas’ com as quais podem ter superficialmente uma ‘vida social’ praticamente sem correrem o risco da incompreensão e sem enfrentarem a perturbadora necessidade de traduzir diferentes universos de significado –, mais é provável que ‘desaprendam’ a arte de negociar significados compartilhados e um modus operandi agradável. Uma vez que esqueceram ou não se preocuparam em adquirir as habilidades para uma vida satisfatória em meio à diferença, não é de esperar que os indivíduos que buscam e praticam a terapia da fuga encarem com horror cada vez maior a perspectiva de se confrontarem cara a cara com estranhos. Estes tendem a parecer mais e mais assustadores à medida que se tornam

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

ADPF 186 / DF

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.”¹⁸

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

18 BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007. pp. 94-97.

ADPF 186 / DF

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.¹⁹

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

Segundo esse integrante da famosa *Escola de Frankfurt*,

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

(...)

Como esses movimentos de emancipação também visam à superação de uma cisão ilegítima da sociedade, a autocompreensão da cultura majoritária pode não sair ilesa. De sua perspectiva, no

19 *“O produto dessa formação da elite política foi de certa maneira a adoção de algumas soluções que estiveram diretamente ligadas à fundação do Estado brasileiro, tais como a opção monárquica, a manutenção da unidade da ex-colônia e a construção de um governo civil estável. Aliada a essas consequências, constatava-se a íntima relação dessa elite política com a burocracia estatal, de tal modo que embora existisse distinção formal e institucional entre as tarefas judiciárias, executivas e legislativas, essas, em grande parte do tempo, estiveram confundidas na pessoa dos mesmos executantes, e a carreira judiciária se tornava parte integrante do itinerário que levava ao Congresso e aos conselhos de governo”. CARVALHO, José Murilo de. *A Construção da Ordem: a elite política imperial. Teatro de Sombras: a política imperial*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 197.*

ADPF 186 / DF

entanto, a interpretação modificada das realizações e interesses dos outros não precisa modificar tanto seu papel como a reinterpretção da relação entre os gêneros modificou o papel do homem. (...) Quanto mais profundas forem as diferenças (...) raciais ou étnicas, ou quanto maiores forem os assincronismos histórico-culturais a serem superados, tanto maior será o desafio; e tanto mais ele será doloroso, quanto mais as tendências de auto-afirmação assumirem um caráter fundamentalista-delimitador, ora porque ela precise primeiro despertar a consciência em prol da articulação de uma nova identidade nacional, gerada por uma construção através da mobilização de massa” (grifos meus).²⁰

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

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

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

20 HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro – estudos de teoria política. (Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie)*. São Paulo: Loyola, 1997. pp. 246-247.

ADPF 186 / DF

integração e igualdade entre as pessoas, segundo o critério denominado *narrowly tailored*.

AS AÇÕES AFIRMATIVAS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

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

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

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

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

ADPF 186 / DF

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.²¹

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

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

ADPF 186 / DF

‘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’”.²²

“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”*²³

(...)

*“(...) 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”.*²⁴

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

Verifica-se, assim, que a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao assegurar certa discricionariedade às universidades no tocante à seleção

22 *Grutter v. Bollinger* 539 U.S. 306 (2003). pp. 329-330.

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

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

ADPF 186 / DF

de seu corpo discente, o fez tendo em conta a necessidade de que a busca da heterogeneidade esteja pautada pela correção de distorções histórico-sociais que atuam como obstáculo à concretização dos valores constitucionais da igualdade substancial.

Em análise específica sobre a temática das ações afirmativas, Ronald Dworkin assentou²⁵:

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

E conclui:

“O estudo afirma que, se a Suprema Corte declarar inconstitucional a ação afirmativa, o número de negros nas universidades e nas faculdades de elite diminuirá muito, e raros

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

ADPF 186 / DF

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 Rio²⁶, em edição traduzida para o português - realizado por dois ex-reitores das Universidades de Princeton e Harvard, William Bowen e Derek Bok, é relevante, ainda, destacar de suas conclusões:

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

(...)

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

HETERO E AUTOIDENTIFICAÇÃO

Além de examinar a constitucionalidade das políticas de ação

26 BOWEN, William G.; BOK, Derek. *O Curso do Rio: um estudo sobre a ação afirmativa no acesso à universidade*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004. p. 410-411.

ADPF 186 / DF

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

A possibilidade de seleção por comitês é a alternativa mais controversa das apresentadas (...). Essa classificação pode ser aceita respeitadas as seguintes condições: (a) a classificação pelo comitê deve ser feita posteriormente à autoidentificação do candidato como negro (preto ou pardo), para se coibir a predominância de uma classificação

ADPF 186 / DF

*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".*²⁷

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

27

IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades*, cit. pp. 129-130.

ADPF 186 / DF

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 desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica é política de ação afirmativa que se inscreve, justamente, nos quadros da sociedade fraterna que a nossa Carta Republicana idealiza a partir de suas disposições preambulares” (grifos meus).

O acórdão referente a este julgado recebeu a seguinte ementa:

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

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

ADPF 186 / DF

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 precedentes daquele Tribunal - *Bakke v. Regents of the University of California*, *Gratz v. Bollinger* e *Grutter v. Bollinger* – entendeu-se que o uso de critérios étnico-raciais seria constitucional desde que (i) não configurasse reserva de vagas ou o estabelecimento de cotas; e (ii) fossem empregados em conjunto com outros fatores de aferição do mérito.

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

Nesse sentido, Roger Raupp Rios assevera o quanto segue:

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

Com efeito, diversamente do direito estadunidense, onde não há menção constitucional explícita a respeito desta possibilidade, o direito constitucional brasileiro contempla sua adoção. A proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos especiais, configura

ADPF 186 / DF

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”.²⁸

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

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

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

As ações afirmativas têm como objetivo não apenas coibir a discriminação do presente, mas, sobretudo, eliminar os ‘efeitos persistentes’ da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar.

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

ADPF 186 / DF

*Esses efeitos se revelam na chamada 'discriminação estrutural', espelhada nas abismais desigualdades sociais entre grupos dominantes e grupos dominados".*²⁹

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".*³⁰

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".*³¹

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

29 GOMES, Joaquim Barbosa. *A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro*. In: SANTOS, Sales Augusto. *Ações Afirmativas e o combate ao racismo nas Américas*. Brasília: ONU, BID e MEC, 2007. pp. 55-56.

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

31 ROCHA, Cármen Lúcia. *Ação Afirmativa: O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica*. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 15, 1996. pp. 93-94.

ADPF 186 / DF

superior, especialmente nas escolas públicas, (iii) do uso do critério étnico-racial por essas políticas e (iv) da modalidade de reserva de vagas ou do estabelecimento de cotas, passo, então, a examinar a necessária **modulação** desse entendimento, acentuando, em especial, a sua **natureza transitória** e a **necessidade de observância da proporcionalidade entre os meios empregados e os fins a serem alcançados**.

TRANSITORIEDADE DAS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA

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

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

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

“(...) políticas de admissão baseadas na consciência racial devem ser limitadas no tempo. Esse requisito reflete que classificações raciais, embora agindo nessa qualidade, são potencialmente perigosas tanto que não devem ser empregadas mais amplamente que o necessário. Consagrar uma justificativa permanente para preferências raciais ofenderia o princípio fundamental da igualdade. Não vemos razões

ADPF 186 / DF

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'".³²

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.

32

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

ADPF 186 / DF

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,³³ 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 ”.*³⁴

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

As experiências submetidas ao crivo desta Suprema Corte têm como propósito a correção de desigualdades sociais, historicamente determinadas, bem como a promoção da diversidade cultural na comunidade acadêmica e científica. No caso da Universidade de Brasília, a reserva de 20% de suas vagas para estudantes negros e de “*um pequeno número*” delas para “*índios de todos os Estados brasileiros*”, pelo prazo de 10 anos, constitui providência adequada e proporcional ao atingimento dos

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

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

ADPF 186 / DF

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.