



Política de cotas raciais pode ser legítima com parâmetros razoáveis

No Brasil, sempre houve cotas. Até muito recentemente eram de 100%, em favor dos brancos^[1].

I. A consulta^[2]

1. Trata-se de consulta formulada pelo Instituto Educafro – Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes, por intermédio do Frei David, acerca da constitucionalidade das políticas de cotas reservadas para o acesso ao ensino superior em universidades públicas brasileiras. O estudo que se segue, desenvolvido de forma objetiva, pretende apresentar os fundamentos constitucionais mais relevantes para o equacionamento da matéria em caráter geral, com referências específicas aos dois modelos normalmente praticados: o de cotas raciais combinadas com critérios socioeconômicos e o de cotas puramente raciais. A questão encontra-se posta perante o Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADPF 186 e do RE 597.285, ambos sob a relatoria do ministro Ricardo Lewandowski^[3].

2. Já se pode adiantar que a conclusão apurada é no sentido de ser válida a instituição de políticas de reserva de vagas nas universidades públicas desde que sejam observados critérios e percentuais razoáveis, aferidos a partir de dados empíricos. É o que se passa a demonstrar.

II. O direito fundamental à igualdade sob múltiplos pontos de observação

3. Como é de conhecimento corrente, as ações afirmativas em geral e a reserva de vagas para ingresso no ensino superior em particular são políticas públicas voltadas para a efetivação do direito à igualdade, em suas diferentes dimensões^[4]. Curiosamente, os opositores desse tipo de medida costumam invocar precisamente o direito à igualdade e argumentos a ele conexos para justificar sua posição. Nada obstante isso – e revelando a complexidade da matéria – muitos dos críticos das ações afirmativas reconhecem como fato a existência de preconceito racial no Brasil, em maior ou menor proporção, e até mesmo os seus reflexos negativos sobre a formação dos estudantes e suas chances de acesso às posições sociais mais elevadas. Apenas não creem que esta seja uma política desejável e/ou compatível com a Constituição.

4. Esse tipo de dualidade é própria dos conceitos jurídicos de textura aberta, como a igualdade de todos, e revela um fenômeno relativamente comum na sociedade contemporânea complexa: a possibilidade de que um mesmo problema ou uma mesma situação sejam observados a partir de múltiplos pontos de vista. Sem prejuízo dessa constatação, o cenário descrito já fornece pelo menos uma conclusão relevante. No Brasil de hoje, não se discute a sério a existência de uma desigualdade material a ser corrigida; discute-se o meio adequado para enfrentá-la. No caso dos processos que serão objeto de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, o que se discute é ainda mais específico: a constitucionalidade da opção em favor das cotas, efetuada pelo legislador ou pelas próprias instituições de ensino superior no exercício de sua autonomia. Para avaliar a validade dessa opção política, é preciso tecer algumas considerações sobre o princípio da igualdade, ainda no plano teórico.

5. A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade e condena de forma expressa todas as formas de preconceito e discriminação. A menção a tais valores vem desde o preâmbulo da Carta, que enuncia o propósito de se constituir uma *“sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”*. O art. 3º renova a intenção e lhe confere inquestionável normatividade, enunciando serem objetivos fundamentais da República *“construir uma sociedade livre, justa e solidária”* e *“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”*.



O *caput* do art. 5º reafirma que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”. O constituinte incluiu, ainda, menções expressas de rejeição à discriminação contras as mulheres[5] e de condenação ao racismo – essa última com especial intensidade[6] –, além de determinar a punição de qualquer discriminação que atente contra os direitos fundamentais[7].

6. Tal conjunto normativo é explícito e inequívoco: a ordem constitucional não apenas rejeita todas as formas de preconceito e discriminação, mas também impõe ao Estado o dever de atuar positivamente no combate a esse tipo de desvio e na redução das desigualdades de fato[8]. Na terminologia que se tornou corrente, a Constituição protege tanto a igualdade formal quanto a igualdade material. Em tempos mais recentes, incorporou-se ao discurso constitucional também a ideia de igualdade como reconhecimento. Esses três conceitos operam em sinergia para realizar, de forma plena, a ideia de igual respeito e consideração.

7. A igualdade *formal*, que está na origem histórica liberal do princípio, impede a hierarquização entre pessoas, vedando a instituição de privilégios ou vantagens que não possam ser republicanamente justificadas. Todos os indivíduos são dotados de igual valor e dignidade. O Estado, portanto, deve agir de maneira impessoal, sem selecionar indevidamente a quem beneficiar ou prejudicar. A igualdade *material*, por sua vez, envolve aspectos mais complexos, uma vez que é associada à ideia de justiça distributiva e social: não basta equiparar as pessoas na lei ou perante a lei, sendo necessário equipará-las também perante a vida, ainda que minimamente[9]. A *igualdade como reconhecimento* destina-se a proteger o direito à diferença, os grupos vulneráveis e as minorias em geral, sejam raciais, religiosas ou de orientação sexual.

8. Por conta dessa tripla dimensão, seria simplista afirmar que toda e qualquer desequiparação entre indivíduos seria inválida. Pelo contrário, legislar nada mais é do que classificar e distinguir pessoas e fatos, com base nos mais variados critérios[10]. Aliás, a própria Constituição institui distinções com base em múltiplos fatores, que incluem sexo, renda, situação funcional e nacionalidade, dentre outros. O que o princípio da isonomia impõe é que o fundamento da desequiparação seja razoável e o fim por ela visado seja legítimo[11].

9. No caso das políticas de reserva de vagas nas universidades públicas, o fundamento mais geral de proteção da igualdade costuma ser decomposto em três vertentes: (i) reparação histórica; (ii) justiça distributiva; (iii) promoção da diversidade[12]. É possível identificar uma interação recíproca entre tais elementos, o que não exclui sua autonomia. Nesse sentido, o fato de se ter concedido a determinados grupos tratamento iníquo em determinado período da história pode ser tomado como fundamento para que se conceda reparação no presente ou como explicação das desigualdades hoje verificadas, que justificam medidas de justiça distributiva. Essa segunda linha – que se afigura menos problemática – deixa de lado investigações pouco consistentes acerca da noção de culpa pessoal e enfoca no *fato da desigualdade*, que, levado a determinado nível, passa a exigir ou justificar a adoção de medidas corretivas[13].

10. Por fim, essa mesma desigualdade de fato produz uma subrepresentação de determinados segmentos nas posições de maior prestígio e visibilidade sociais, o que pode acabar perpetuando ou retroalimentando um estigma de inferioridade. De forma ainda mais concreta, é notório que a escolaridade e as perspectivas dos pais exercem um papel relevante na formação dos filhos. Nesse contexto, as ações afirmativas podem ser justificadas também como medidas de promoção da diversidade, destinando-se a abrir espaço para a ocupação de posições destacadas por parte de segmentos tradicionalmente excluídos e o consequente rompimento desse círculo vicioso[14]. Em contextos nos



quais a desigualdade tenha se institucionalizado, a defesa da igualdade formal absoluta acaba se confundindo com a defesa do *status quo* e, por isso mesmo, dificilmente poderia ser compreendida como medida neutra, quer sob a perspectiva política, quer sob o ponto de vista moral.

11. Não é necessário concordar com todas essas vertentes – ou mesmo com qualquer delas – para admitir que possam constituir justificativa razoável para a decisão política de se instituir um sistema de cotas. Esse é um ponto que deve ser enfatizado: não se cogita, aqui, da imposição da reserva de vagas em universidades como providência obrigatória que pudesse ser extraída diretamente da Constituição. O que se discute nas ações submetidas ao crivo do STF é a validade desse tipo de política, determinada pelo Legislador ou pela administração universitária. Para tanto, basta verificar se há elementos empíricos e fundamentos que confirmem a existência da desigualdade e tornem a política *aceitável*. Como referido inicialmente, o fato da desigualdade e a importância de que ele seja combatido costumam ser reconhecidos até mesmo pelos críticos do sistema de cotas, de modo que não parece necessário enveredar por uma demonstração dessa circunstância. Em vez disso, será mais proveitoso analisar objetivamente os principais argumentos empregados para desqualificar a reserva de vagas em universidades como opção política legítima.

III. Os argumentos contrários à política de cotas

12. É possível identificar, no debate público e nas ações propostas perante o Supremo Tribunal Federal, três argumentos principais contra a validade da reserva de vagas em universidades: (i) inexistência de racismo no Brasil, onde as desigualdades teriam fundamento socioeconômico; (ii) impossibilidade de se identificar negros e pardos por meio de critérios objetivos, dada a miscigenação predominante na sociedade brasileira; (iii) violação ao princípio da proporcionalidade. Veja-se um comentário sobre cada um deles.

III.1. Inexistência de racismo no Brasil e predomínio das desigualdades socioeconômicas

13. Nesse ponto, os opositores do sistema de cotas retomam a ideia de que o Brasil seria uma *democracia racial*, de que haveria uma identidade nacional compartilhada pelos brasileiros em geral e que não seria definida a partir da cor da pele^[15]. Em uma versão mais sofisticada, a democracia racial é tomada como mito, mas em sentido positivo, na medida em que funcionaria como uma espécie de ideal normativo compartilhado, capaz de impor freios sociais aos comportamentos ostensivamente discriminatórios. Com o respeito devido e merecido, ambas as formulações tratam a desigualdade com displicência.

14. Em primeiro lugar, sem qualquer pretensão de acirrar polêmicas, é preciso fazer um registro teórico: a tese de que inexistiria racismo no Brasil é uma visão relativamente superada e que chega a contrariar o senso comum. A Constituição de 1988 foi especialmente enfática no combate à discriminação racial justamente por ser essa uma realidade amplamente conhecida, ainda que muitas vezes permaneça velada sob a cultura brasileira do *homem cordial*^[16]. São igualmente frequentes as notícias sobre ocorrências de racismo, em todas as esferas sociais. O fato de o racismo no Brasil não assumir a mesma proporção e não ter levado à mesma radicalização verificada em outros países não deve servir de pretexto para que a sua existência seja negada.

15. A segunda vertente identificada acima assume a existência de manifestações de preconceito, mas defende que o mito da democracia racial é benéfico e deve ser cultivado para que a realidade seja progressivamente aproximada dessa idealização^[17]. Nesse ponto, mesmo sem negar as eventuais vantagens de uma cultura que rejeite o preconceito ostensivo, não parece muito consistente invocar ~~deliberadamente um mito como impedimento a que se adotem medidas destinadas a tornar a realidade~~



concreta mais justa para as pessoas que vivem o tempo presente[18]. Esse tipo de argumento, ainda que fosse aceitável, parece se situar naturalmente no domínio das avaliações de conveniência e oportunidade, não no plano das violações à ordem constitucional. O mesmo deve ser dito em relação ao argumento de que as ações afirmativas poderiam criar um *Estado racializado* e romper com a harmonia entre os diferentes grupos sociais – isto é: a harmonia do *status quo*. Cerca de dez anos após o início desse tipo de política, a tese sequer parece encontrar suporte na realidade[19].

16. Em segundo lugar, e abandonando a discussão puramente ideológica e de conveniência política, é preciso verificar a consistência do argumento de que o preconceito racial teria sido absorvido pelas desigualdades socioeconômicas[20]. Por esse raciocínio, as cotas para negros e pardos adotariam um fator de desequiparação aleatório – tendo em vista a realidade brasileira –, e acabariam constituindo discriminação contra os brancos pobres e benefício indevido para a classe média negra. Nesse ponto, a primeira constatação que se impõe é a existência de um argumento forte em favor da constitucionalidade das cotas baseadas em critérios socioeconômicos. Em verdade, a maioria dos programas já implementados no Brasil adota também esse critério, ainda que em combinação com outros elementos, sendo essa uma opção política legítima.

17. Isso não significa, porém, que o legislador esteja proibido de adotar um critério racial, ainda que de forma exclusiva, sobretudo quando se admita que as ações afirmativas possam desempenhar, legitimamente, o papel de promover a diversidade. Com efeito, existem dados e estudos que atestam a existência de um preconceito relacionado à cor da pele e às origens sociais, o qual produz dificuldades adicionais para a inserção dos negros em determinadas esferas, tanto no nível prático[21] como no plano da autopercepção[22]. A existência de correntes que questionam a confiabilidade desses dados ou a interpretação que lhes é atribuída não desqualifica, *a priori*, a sua pertinência no debate público. Em uma democracia, todas as ideias devem ser passíveis de questionamento, mas disso não se extrai que o legislador só esteja autorizado a atuar com base em consensos absolutos. A prevalecer essa tese, poucas políticas públicas ficariam de pé.

III. 2. Impossibilidade de se identificar negros e pardos por meio de critérios objetivos, dada a miscigenação predominante na sociedade brasileira

18. Antes de ingressar propriamente no ponto, é preciso reiterar uma ressalva que se tornou corrente. Não existem raças humanas sob o ponto de vista genético. As diferenças que separam brancos e negros no aspecto do genótipo são insignificantes e puramente superficiais. Como é natural, essa descoberta significativa da ciência não acabou com o racismo enquanto fenômeno social; apenas serviu para deixar ainda mais claro o quanto essa forma de menosprezo ao outro é cruel, arbitrária e autointeressada. Essa questão já foi objeto de manifestação por parte do Supremo Tribunal Federal, que rejeitou a ideia de que a inexistência biológica de raças humanas teria tornado insubsistente o racismo e as demais formas de preconceito baseado no fenótipo ou em fatores correlatos[23]. Feita a observação, retome-se o ponto.

19. É fato que a definição de critérios objetivos para identificar os beneficiários de eventuais programas de cotas esbarra em dificuldades variadas. Dentre todas as opções, a que parece menos defensável é o exame do genótipo, uma vez que o preconceito no Brasil parece resultar, precipuamente, da percepção social, muito mais do que da origem genética. A partir desse ponto, porém, a eleição de determinado critério parece envolver avaliações de conveniência e oportunidade, sendo razoável que sejam levados em conta fatores inerentes à composição social e às percepções dominantes em cada localidade. O sistema da autodeclaração, que tem sido adotado com maior frequência no país, apresenta algumas vantagens, sobretudo no que concerne à simplificação dos procedimentos e ao fato de se privilegiar a



autopercepção. Há, todavia, problemas associados a esse modelo. Em especial, o risco de oportunismo e idiosincrasia, que poderia levar ao parcial desvirtuamento da política pública. Por outro lado, o sistema de avaliação do fenótipo – das características exteriores do organismo – procura reduzir esse risco, mas abre um flanco relevante para as críticas de que seria excessivamente subjetivo e levaria o Estado a impor rótulos sociais.

20. Apesar das imperfeições de qualquer modelo real, não parece razoável invocar as dificuldades operacionais para invalidar a própria possibilidade de se adotar ações afirmativas. Em rigor, seria desalentador e até mesmo contraditório afirmar que a sociedade é capaz de constatar a desigualdade e produzir estatísticas detalhadas a respeito da matéria – utilizadas por ambos os lados do debate –, mas seria incapaz de criar critérios para lidar com o problema. Seria mais ou menos como espalhar clínicas de diagnóstico pelo país, mas abrir mão das tentativas de prevenção e cura. Adicionalmente, a dificuldade de classificar pessoas não é exclusiva desse domínio e nem por isso é invocada como argumento para a inércia estatal obrigatória. Critérios igualmente complexos como *capacidade contributiva*, *hipossuficiência*, *culpabilidade*, *notório saber* e *especialização*, dentre muitos outros, são empregados cotidianamente para diferenciar pessoas, tanto para reconhecer vantagens quanto para impor encargos e sanções.

21. Por motivos variados, a ordem jurídica reconhece a necessidade de se valer de tais critérios. O fato de não ser possível utilizar parâmetros inteiramente objetivos ou neutros – atributos que poucas normas poderiam reivindicar – não é razão suficiente para que o Poder Público seja proibido de adotar medidas para a proteção de bens jurídicos de especial relevância, inclusive direitos fundamentais. No caso específico das políticas de cotas, a experiência brasileira registra exemplos da adoção de ambos os critérios descritos e, a par de discrepâncias pontuais, não parece que haja uma percepção de que os sistemas seriam aleatórios ou incapazes de produzir o efeito a que se destinam.

III. 3. Violação ao princípio da razoabilidade/proporcionalidade

22. O terceiro conjunto de argumentos contrários à política de cotas – que retoma parcialmente questões já analisadas – envolve as alegações de que haveria violação ao princípio da razoabilidade/proporcionalidade. A investigação é pertinente e, em última instância, deverá ser feita a partir das características de cada modelo *in concreto*. O que se fará no presente tópico é analisar se a própria ideia da reserva de vagas nas universidades seria, em si mesma, irrazoável ou desproporcional.



23. Nesse sentido, convém iniciar pela seguinte consideração geral, destacada igualmente em parecer da Procuradoria Geral da República: as opções legislativas devem ser preservadas, a menos que seja possível identificar uma causa real de invalidade[24]. Em outras palavras, ao apreciar a constitucionalidade de determinada ação afirmativa, não caberá ao Poder Judiciário avaliar se essa seria a *melhor* forma de equacionar os interesses envolvidos, muito menos desprezar os dados empíricos em que haja se baseado a decisão política, quando dotados de consistência[25]. Vale dizer: as medidas restritivas devem ser apreciadas em si mesmas, e não comparadas ao modelo que o julgador considere ideal. Com efeito, ainda que se quisesse submeter as políticas de cotas a um *escrutínio estrito* – por introduzirem um temperamento à igualdade formal –, o papel da jurisdição constitucional nunca é o de exercer um juízo de mera conveniência política, substituindo-se aos agentes encarregados da decisão inicial. Em verdade, porém, a hipótese envolve o embate entre igualdade formal e igualdade material, ambas protegidas pela Constituição, de modo que qualquer preferência *a priori* seria, no mínimo, questionável.

24. Feita a ressalva, qualquer política de ação afirmativa deverá ser, *em primeiro lugar, adequada* para a promoção do objetivo a que se destina. *Em segundo lugar*, a medida deverá ser *necessária*, sendo considerada inválida nos casos em que seja possível identificar, objetivamente, a existência de uma alternativa igualmente adequada e manifestamente menos restritiva. Por fim, *em terceiro lugar*, a medida deverá ser *proporcional*, de modo que o benefício alcançado seja relevante a ponto de justificar a restrição produzida. Em qualquer caso, a restrição não poderá afetar o núcleo essencial dos direitos fundamentais envolvidos[26].

25. Quanto ao requisito da *adequação*, há fundamentos objetivos para se sustentar que a reserva de vagas é uma medida capaz de promover um incremento na justiça distributiva e na diversidade, contribuindo para superar estigmas que reservam aos negros o exercício de papéis sociais supostamente inferiores. Experiências bem sucedidas no Direito comparado reforçam essa conclusão. De forma sintomática, é comum que os opositores da política de cotas não se apeguem ao argumento de que elas seriam necessariamente ineficazes como instrumento de inclusão social, mas sim ao de que a falta de critérios objetivos criaria o risco de novas injustiças, sobretudo contra os brancos pobres. Essa linha de raciocínio, que se aplica unicamente às cotas por critério racial, foi objeto de refutação no tópico anterior.

26. No plano da *necessidade*, discute-se a existência de outras medidas igualmente eficazes e que importariam menor restrição para a igualdade formal. A questão remete à observação geral enunciada acima, acerca da necessidade de respeito às opções políticas que não sejam objetivamente excessivas. Nesse sentido, não se questiona a existência de outras medidas que podem contribuir para o mesmo objetivo, de que são exemplo as iniciativas para melhorar a qualidade do ensino público e as condições de vida das populações carentes, bem como a oferta de cursos preparatórios gratuitos e outras formas de estímulo e ajuda específicos para esse contingente. Nada obstante a importância de tais medidas, não parece razoável proibir o Estado de criar, também, políticas públicas destinadas a lidar com o problema em caráter imediato e emergencial. Nesse particular, sem nenhuma intenção de aumentar ainda mais a temperatura da discussão, o argumento de que tais medidas seriam paliativas e poderiam até desestimular a busca de soluções estruturais parece recair em uma certa funcionalização das pessoas. Muitas gerações já pagaram essa conta.

27. Por fim, o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* destina-se a verificar se há proporção aceitável entre as restrições e o nível de proteção a direitos que resultam de determinada medida. Nesse ponto, os críticos da política de cotas identificam a existência de restrição a diversos



dispositivos constitucionais, com destaque para a igualdade em sua dimensão formal (art. 5º, *caput* e inciso I)[27] e o princípio de que o acesso aos níveis mais elevados de ensino se dê por mérito (art. 208, V)[28]. Ambos os fundamentos são inegavelmente relevantes e impõem limites aos critérios que podem ser adotados nas ações afirmativas. Em termos mais concretos, não seria legítimo abrir mão da avaliação de capacidade e preparo pessoal como critério principal para o acesso ao ensino superior. Sem prejuízo disso, a ordem constitucional contém inúmeros outros elementos que também devem ser levados em conta e podem justificar ações afirmativas, incluindo políticas de cotas em patamares razoáveis.

28. Merece destaque, *em primeiro lugar*, o próprio princípio da igualdade em sua dimensão material. Como referido, a Constituição impõe ao Estado que se empenhe positivamente na construção de uma sociedade justa e livre de preconceitos, em que todos sejam tratados com igual respeito e consideração. Nesse ponto, aliás, o preconceito racial e as desigualdades dele resultantes receberam especial atenção por parte do constituinte. *Em segundo lugar*, o princípio da dignidade humana exige que todas as pessoas recebam tratamento que lhes permita desenvolver sua personalidade e suas potencialidades. O *status quo* que exclui um enorme contingente de pessoas de determinadas posições sociais – e, em alguns casos, da própria possibilidade de aspirar a elas – não deve ser compreendido como um fato da vida, e sim como uma realidade imperfeita que justifica, em linha de princípio, a intervenção estatal.

29. *Em terceiro lugar*, o sistema de direitos fundamentais da Constituição de 1988 é claramente informado pelas ideias de solidariedade e fraternidade, associadas à percepção de que a proteção absoluta do indivíduo atomizado não é compatível com a sociedade complexa e, em muitos casos, nem mesmo com a proteção universal dos direitos individuais[29]. Essa lógica já se encontra amplamente reconhecida em domínios como a proteção ao meio ambiente, a assistência social e o direito previdenciário, em que se discute a prevalência de uma solidariedade intergeracional. Nesse mesmo contexto e cada vez com maior frequência, a política e o direito são chamados a regular a distribuição de bens escassos e encargos coletivos a partir de critérios que se cruzam e se superpõem: de órgãos para transplante à carga tributária. As vagas nas universidades não devem ser tratadas como um nicho imune a esse tipo de consideração mais abrangente, como se constituíssem um reino perdido de igualdade formal incondicionada.

30. A partir de todas essas considerações, é possível e necessário fazer uma reflexão acerca da interpretação que deve ser atribuída ao referido art. 208, V, da Constituição, segundo o qual o acesso aos níveis superiores de ensino e pesquisa deverá ser franqueado segundo as capacidades de cada um. Além de constatar que esse dispositivo constitucional não pode ser lido de forma isolada – porque nenhum deles pode[30] –, não se impõe como óbvia a leitura reducionista no sentido de se considerar que as capacidades individuais devam ser entendidas tão somente como *capacidades imediatas* ou *já desenvolvidas*. A bem da verdade, a própria avaliação das capacidades parece pressupor que tenha havido um mínimo de igualdade de chances, sob pena de o projeto constitucional converter-se em institucionalização da sorte e verdadeira reserva de vagas para os filhos do *status quo*[31]. Caso houvesse uma competição verdadeiramente justa desde o início, quantos cientistas e profissionais de referência poderiam se originar dos enormes contingentes populacionais que habitam as favelas brasileiras?

31. Isso não significa, evidentemente, que o sentido mais literal do art. 208, V possa ou deva ser desprezado, substituindo-se as avaliações convencionais por questionáveis testes de aptidão ou talento em tese. O ponto é muito mais restrito e limita-se à constatação de que esse dispositivo não pode ser tomado de forma isolada para impedir que, ao tratar do acesso às universidades, o Poder Público adote



medidas que conciliem a lógica básica da igualdade formal – que deve continuar sendo predominante – com providências que busquem compensar a imensa desigualdade material existente no Brasil. A realidade brasileira atual e inúmeros elementos constitucionais conferem suporte a essa opção, caso venha a ser adotada pelo legislador ou mesmo pelas próprias instituições de ensino superior que gozem de autonomia universitária[32]. E as medidas que se orientem por essa linha deverão passar em um teste específico de razoabilidade/proporcionalidade, sobretudo no que concerne aos percentuais adotados.

IV. Conclusões

“As pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença as inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza”.

Boaventura de Souza Santos[33]

32. No mundo contemporâneo, a ideia de igualdade se realiza em três dimensões distintas. A *igualdade formal* veda desequiparações arbitrárias entre as pessoas e, geralmente, será satisfeita por *prestações negativas*, por um não fazer: não discriminar, não favorecer indevidamente. A *igualdade material* está ligada à justiça redistributiva, à oferta de iguais oportunidades a todas as pessoas e, como regra, será promovida mediante prestações positivas, como a oferta de educação, saúde e outras utilidades sociais essenciais. Por fim, a *igualdade como reconhecimento* está ligada ao respeito à diferença e à diversidade, aí incluída a proteção e promoção dos grupos vulneráveis, concretizando-se mediante *ações afirmativas*.

33. Políticas de cotas raciais, combinadas ou não com critérios socioeconômicos, podem ser legítimas quando fundadas em parâmetros razoáveis. Este é o caso dos modelos da Universidade de Brasília e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. De fato, sem violar a igualdade formal – isto é, sem discriminar arbitrariamente –, as políticas adotadas promovem a igualdade material e a igualdade como reconhecimento. Seu caráter de ação afirmativa contribui para (i) a reparação de injustiças passadas, (ii) a redução do abismo sócio-cultural que separa os setores hegemônicos dos excluídos, (iii) o pluralismo e a diversidade, bem como (iv) o fortalecimento da autoestima de grupos subrepresentados em posições de prestígio e visibilidade social.

[1] Esta proposição é inspirada por passagem encontrada em Paulo Daflon Barrozo, A ideia de igualdade e as ações afirmativas, *Revista Lua Nova* 63:135, 2004, p. 135, na qual faz referência ao sistema de cotas *de facto*, em que as vagas na universidade são "reservadas em monopólio àqueles que a sociedade brasileira, na distribuição que faz de bens e oportunidades, beneficia de modo estruturalmente sistemático discriminatório daqueles que exclui".

[2] Trabalho desenvolvido com a colaboração de Eduardo Mendonça.

[3] A ADPF 186 discute o sistema implantado na Universidade de Brasília, ao passo que o RE 597.285/RS é referente ao modelo adotado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

[4] Joaquim Barbosa Gomes, *Ações afirmativas e o princípio constitucional da igualdade*, 2001, p. 40: “Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego”. No mesmo sentido, v. Michel Rosenfeld, Affirmative action, justice, and equalities: A philosophical and constitutional appraisal, In: *Ohio State Law Journal*, v. 46, 1985, p. 856.



- [5] CF/88, art. 5º, I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.
- [6] CF/88, art. 5º, XLII: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.
- [7] CF/88, art. 5º, XLI: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.
- [8] Joaquim Barbosa Gomes, *Ações afirmativas e o princípio constitucional da igualdade*, 2001, p. 41: “Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito”.
- [9] Sobre o tema, v. Ricardo Lobo Torres, *A cidadania multidimensional na era dos direitos*. In: *Teoria dos direitos fundamentais*, 1999.
- [10] V. Celso Antônio Bandeira de Mello, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 1993 (1ª. ed. 1978), p. 11; e Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*, 1983, p. 44.
- [11] Luís Roberto Barroso, Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: *Temas de direito constitucional*, 2006 (1ª. ed. 1999), p. 161.
- [12] Nesse sentido, analisando a discussão no Brasil e no direito comparado, v. Cláudio Pereira de Souza Neto e João Feres Júnior, *Ação afirmativa: normatividade e constitucionalidade*. In: Renato Ferreira (coord.), *Ações afirmativas – A questão das cotas*, 2011, p. 38.
- [13] Adilson José Moreira, Igualdade formal e neutralidade racial: retórica jurídica como instrumento de manutenção das desigualdades raciais, *Revista de Direito do Estado* 19-20:293, 2010, p. 296: “Nada no nosso ordenamento jurídico impede o tratamento diferenciado entre pessoas quando se pretende erradicar a exclusão social. Diferenciações jurídicas entre pessoas também não podem ser justificadas apenas como um desvio circunstancial do princípio da universalidade das normas jurídicas. A implementação de políticas públicas voltadas para a promoção de emancipação social encontra fundamentação no conjunto de princípios abrigados pelo sistema constitucional. O nosso texto jurídico fundamental tem como objetivo principal a criação de uma sociedade igualitária na qual impera o princípio da justiça social. O intérprete deve também considerar a constitucionalidade da norma em questão a partir da avaliação da existência de uma congruência entre o ato governamental e a situação material do grupo social específico. A implementação de políticas públicas que procuram erradicar a marginalização social dos afrodescendentes tem, portanto, ampla fundamentação constitucional”.
- [14] O argumento de promoção da diversidade como política pública legítima tem sido determinante na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, em decisões que confirmaram a validade de se utilizar critérios raciais como fator de desequiparação entre candidatos a vagas no ensino superior, ainda que de forma não exclusiva. Nessa linha, v. Suprema Corte dos Estados Unidos, *Grutter Vs. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).
- [15] Para uma crítica sistemática ao argumento da existência de uma democracia racial no Brasil, v. Adilson José Moreira, Igualdade formal e neutralidade racial: retórica jurídica como instrumento de manutenção das desigualdades raciais, *Revista de Direito do Estado* 19-20:293, 2010, p. 322-328.
- [16] Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, 1995 (1ª. ed. 1936).
- [17] Petição inicial da ADPF 186, subscrita pela Dra. Roberta Fragoso Menezes Kaufmann: “E é nesse sentido que deve ser compreendida a importância da fixação do mito da democracia racial no consciente coletivo brasileiro. Desse modo, o mito servirá como freio na conduta humana, fixando o paradigma do comportamento que se espera do homem médio e o modelo da atitude e das reações que devem ser tomadas e seguidas”.
- [18] Vale ainda o registro de que o mito da democracia racial pode servir para acobertar relações de dominação e subordinação, muitas vezes internalizadas pelas próprias vítimas como inerentes a seu suposto *papel social*. Nessa linha, v. Daniel Sarmento, *Direito constitucional e igualdade étnico-racial*. In: Renato Ferreira (coord.), *Ações afirmativas – A questão das cotas*, 2011, p. 80: “Ora, também no Brasil, a internalização da naturalidade da subordinação do afrodescendente compromete a capacidade de visualização da opressão racial. E este fenômeno não ocorre apenas no âmbito das consciências individuais, mas também no espaço das interações sociais, sendo agravado em nós pela persistência do mito nacional da democracia racial. Assim, a discriminação torna-se opaca, e a prova da intenção discriminatória difícilíssima de ser produzida”.
- [19] O ponto foi identificado com clareza na manifestação da Procuradoria Geral da República, fl. 729 dos autos: “Já tem mais de uma década a introdução das primeiras políticas de ação afirmativa focadas em critério racial, e não houve, até o momento, qualquer episódio sério de tensão ou conflito racial no Brasil que possa ser associado a tais medidas”.
- [20] Petição inicial da ADPF 186, subscrita pela Dra. Roberta Fragoso Menezes Kaufmann: “Defende-se nesta ADPF que, no Brasil, ninguém é excluído pelo simples fato de ser negro, diferentemente do que aconteceu em outros países, como nos Estados Unidos e na África do Sul. Aqui, a dificuldade de acesso à educação e a posições sociais elevadas decorre, sobretudo, da precária situação econômica, que termina por influir em uma qualificação profissional deficiente, independentemente da cor da pele. Infelizmente, no Brasil, os negros são as maiores vítimas do fenômeno da desigualdade social: dados do PNAD/IBGE (2001) demonstram que aproximadamente



70% dos indigentes no Brasil são negros, e, dentre os pobres, a proporção de negros é de 64%”.

[21] Esse ponto foi destacado por alguns dos participantes da audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal. A título de exemplo, sustentando que os dados disponíveis confirmam a existência de desigualdades entre brancos e negros que se encontram em posições similares, vejam-se os seguintes trechos da declaração proferida pelo Dr. Mário Lisboa Theodoro, Diretor de Cooperação e Desenvolvimento do IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: “Então, nos deparamos inicialmente com dados, números, sobre a desigualdade racial no Brasil, que são números contundentes. Por exemplo: um trabalhador negro ganha em média metade do que um trabalhador branco ganha; o percentual de negros abaixo da linha de indigência é duas vezes e meia maior do que o percentual de brancos; a população negra pobre é quase setenta por cento dos pobres; a população negra indigente é setenta e um por cento do total de indigentes neste País. Essa desigualdade também pode ser mostrada por outros números, os números sobre a questão do estudo. Já foi falado aqui pela secretária Maria Paula sobre a diferença entre população negra e branca, mas eu gostaria de ressaltar principalmente o último dado que nós temos sobre crianças fora da escola de sete a quatorze anos. De um total de quinhentas e setenta e uma mil crianças, sessenta e dois por cento são crianças negras. (...) Eu gostaria de mostrar também que disso tudo – eu não vou me alongar nesses dados, pois já foram falados aqui – duas coisas me parecem importantes: primeiro, qualquer que seja a variável que peguemos, sempre a situação do negro é de inferioridade em relação ao branco, qualquer que seja a variável, e uma inferioridade significativa”.

[22] Como observa Nancy Fraser, a discriminação de determinados grupos gera, na prática, sua subordinação, impedindo que participem da vida social como "parceiros plenos". Essa discriminação pode dizer respeito à distribuição (econômica) dos bens ou ao reconhecimento (cultural) de determinados grupos e, muitas vezes, uma gerará ou alimentará a outra. Mas isso não afasta a relativa autonomia de suas causas. Os negros ricos, por exemplo, não são isentos de racismo, ainda que venham a sofrê-lo de formas diferentes. Por essa razão, a autora defende uma concepção de justiça mais ampla, que exige não apenas *redistribuição* como também *reconhecimento*. Seu objetivo final é construir a *paridade da participação* dos membros da sociedade, o que somente se atinge com a satisfação cumulativa de duas condições: uma, *objetiva*, relacionada à distribuição dos recursos materiais, que deve ser tal que garanta a independência e o "direito à fala" dos participantes (redistribuição); a outra, *intersubjetiva*, exige que “os padrões institucionalizados de valor cultural expressem respeito igual para com todos os participantes e assegurem oportunidade igual para alcançar estima social (reconhecimento)”. V. Nancy Fraser, *Reconhecimento sem ética?* In: Jessé Souza e Patrícia Mattos (orgs.), *Teoria crítica no século XXI*, 2007, p. 117 e ss.

[23] STF, DJ 19 mar. 2004, HC 82.424/RS, Rel. originário Min. Moreira Alves, Rel. p/ o acórdão Min. Maurício Corrêa: “(...) Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista (...)”.

[24] Parecer da Procuradoria Geral da República, fl. 730 dos autos: “Nesse ponto, cabe destacar, preliminarmente, que o *standard* de controle adotado pelo STF na análise da medida deve ser flexível e reverente às opções adotadas pelos órgãos que elaboraram as normas impugnadas. Com efeito, um dos papéis mais importantes da jurisdição constitucional é a proteção das minorias estigmatizadas, diante do arbítrio das majorias instaladas nos poderes políticos. Nessas situações, os instrumentos da democracia majoritária tendem a falhar, o que justifica um maior ativismo judicial, em proteção dos grupos mais vulneráveis. Porém, quando o Judiciário se depara com normas e medidas que visam a favorecer grupos minoritários e hipossuficientes, a sua postura deve ser deferente. Se outros órgãos estatais empenham-se em promover um objetivo constitucional de magna importância, que é a inclusão efetiva de minorias étnicas no ensino superior, não deve o Poder Judiciário frear-lhes as iniciativas, convertendo-se no guardião de um *status quo* de assimetria e opressão, a não ser quando haja patente afronta a normas ou valores constitucionais”.

[25] Sobre o tema, destacando a necessidade de autocontenção por parte do Poder Judiciário, em maior ou menor intensidade, v. dentre



outros, Aharon Barak, *The judge in a democracy*, 2006, p. 248; Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2011, p. 261; e Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 2008, p. 168 e ss.

[26] Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005, p. 141: “(...) não se pode admitir que conformações ou restrições possam chegar a esvaziar o sentido essencial dos direitos, que, afinal, formam o conjunto normativo de maior fundamentalidade, tanto axiológica, quanto normativa, nos sistemas jurídicos contemporâneos. Nesse sentido, o núcleo deve funcionar como um limite último de sentido, invulnerável, que sempre deverá ser respeitado”.

[27] CF/88, art. 5º: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...)”.

[28] CF/88, art. 208: “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;”.

[29] Essa linha de argumentação foi suscitada na decisão que negou a medida cautelar requerida na ADPF 186, proferida pelo ministro Gilmar Mendes, então no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal: “**No limiar deste século XXI, liberdade e igualdade devem ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade.** Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade. (...) Nesse contexto, a *tolerância nas sociedades multiculturais* é o cerne das questões a que este século nos convidou a enfrentar em tema de liberdade e igualdade. **Pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos os seus aspectos. A tolerância em tema de igualdade, nesse sentido, impõe a igual consideração do outro em suas peculiaridades e idiosincrasias. Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias**” (negrito acrescentado). No mesmo sentido, referindo-se expressamente a decisão do ministro Gilmar, v. Boaventura de Souza Santos, *Justiça social e justiça histórica*. In: Renato Ferreira (coord.), *Ações afirmativas – A questão das cotas*, 2011, p. 33-5.

[30] Acerca da necessidade de que os dispositivos constitucionais sejam interpretados à luz de todo o sistema no qual estão inseridos, utilizando a imagem de que a Constituição não pode ser interpretada em *tiras*, v. Eros Roberto Grau, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, 2003, p. 40.

[31] Joaquim Barbosa Gomes, *Ações afirmativas e o princípio constitucional da igualdade*, 2001, p. 62: “A Justiça compensatória teria, assim, uma natureza iniludivelmente restauradora, na medida em que, segundo Coleman (COLEMAN, Jules. *Law & philosophy*, 1983), se trataria simplesmente de pôr em prática os postulados da Justiça, não porque se promova justiça na distribuição de bens, mas porque se remedia as injustiças no ponto de partida inicial da distribuição de vantagens e benesses”.

[32] Por se tratar de política que visa a realizar, de forma direta, o princípio da igualdade em suas duas dimensões, entendo que as próprias universidades podem introduzir programas de ação afirmativa em geral, e de reserva de cotas em particular. Como é natural, tais medidas estarão sujeitas a controle de sua legalidade – caso haja lei pertinente que seja aplicável à hipótese – e também de sua constitucionalidade. Sobre a possibilidade de que atos administrativos busquem fundamento direto na Constituição, v. STF, *DJe* 17 dez. 2009, ADC 12, Rel. Min. Carlos Britto: “(...) Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade (...)”.

[33] Boaventura de Souza Santos, *As tensões da modernidade*. Texto apresentado no Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2001.

Date Created

25/04/2012