



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Coordenação de
Processamento Inicial

28/07/2009 18:50 93215



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL



Nº 6996 - PGR - RG

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 186

ARGUENTE : *DEMOCRATAS – DEM*

ARGUIDO : *CONSELHO DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO DA
UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – CEPE*

ARGUIDO : *REITOR DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA*

ARGUIDO : *CENTRO DE SELEÇÃO E DE PROMOÇÃO DE EVENTOS DA
UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – CESPE/UNB*

RELATOR : *Ministro Presidente*

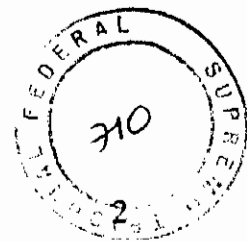
O **Democratas – DEM**, partido político com representação no Congresso Nacional, propõe a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, impugnando a constitucionalidade de atos do Poder Público que resultaram na instituição de cotas raciais na Universidade de Brasília-UnB.

02. Tem por violados os seguintes preceitos fundamentais, todos com sede constitucional: (i) art. 1º, *caput* (princípio republicano) e inciso III (dignidade da pessoa humana); (ii) art. 3º, inciso IV (veda o preconceito de cor e a discriminação); (iii) art. 4º, inciso III (repúdio ao racismo); (iv) art. 5º, incisos I

20

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ADPF Nº 186



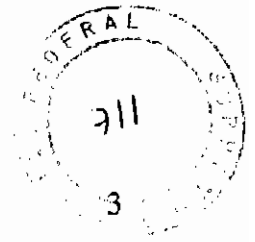
(igualdade), II (legalidade), XXXIII (direito à informação dos órgãos públicos), XLII (combate ao racismo) e LIV (devido processo legal – princípio da proporcionalidade); (v) art. 37, *caput* (princípios da legalidade, da impessoalidade, da razoabilidade, da publicidade e da moralidade, corolários do princípio republicano); (vi) art. 205 (direito universal à educação); (vii) art. 206, *caput* e inciso I (igualdade nas condições de acesso ao ensino); (viii) art. 207, *caput* (autonomia universitária; e (ix) art. 208, inciso V (princípio meritocrático – acesso ao ensino segundo a capacidade de cada um)

03. Em sua extensa petição inicial, o autor, após sustentar o cabimento da presente ADPF, aduz que não pretende questionar a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa de modo genérico. A sua tese central é de que políticas de ação afirmativa “racialistas” (sic), como as implementadas na UnB, seriam inconstitucionais, resultando de um descabido mimetismo do modelo adotado nos Estados Unidos para enfrentamento da injustiça racial.

04. Para o autor, a raça não é, no Brasil, fator que opere a exclusão no acesso ao ensino superior, mas sim a desigualdade econômica. Por isso, as políticas de ação afirmativa baseadas em critérios raciais não resolveriam o problema que se propõem a enfrentar, mas gerariam efeitos perversos na sociedade, criando divisões e conflitos antes inexistentes e instituindo uma arbitrária ofensa ao princípio da igualdade.

05. Ademais, diante da inexistência, sob o prisma científico, de diferentes raças na espécie humana, e da absoluta impossibilidade de, através de critérios genéticos e “objetivos” (sic), definir-se a raça de uma pessoa, não subsistiria qualquer possibilidade de promoção de políticas de ação afirmativa fundadas em critério racial.

20



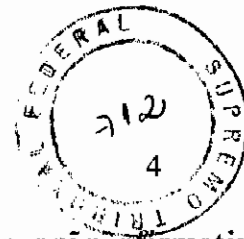
06. Segundo o autor, o principal argumento invocado em favor das políticas de ação afirmativa é a teoria da justiça compensatória, que visa a retificar, no presente, as injustiças cometidas contra os negros no passado. Contudo, tal argumento lhe parece inadmissível, pois não se pode atribuir às pessoas de hoje a obrigação de repararem os equívocos dos seus ancestrais.

07. O autor alega que não seria possível transplantar para o Brasil o modelo norte-americano de ações afirmativas de corte racial, tendo em vista as diferenças históricas e sociais entre os dois países, salientando o fato de que, nos Estados Unidos, ao contrário do Brasil, houve, após a abolição da escravidão, a institucionalização, nos estados do sul, de um sistema oficial de segregação racial, que perdurou até os anos 60 do século passado. Por outro lado, o alto grau de miscigenação da população brasileira, associado a elementos da nossa cultura, impediria a adoção de um sistema classificatório binário de raças, como o existente nos Estados Unidos.

08. A petição inicial contém ainda uma crítica à alegada “manipulação dos indicadores sociais envolvendo a raça”. O autor afirma que, se os dados fossem considerados de forma apropriada, perceber-se-ia que a exclusão no acesso ao ensino superior não decorre da cor da pele, mas sobretudo da má qualidade do ensino público fundamental, que atinge indiscriminadamente a todos os pobres.

09. Para o autor, o mito da democracia racial cultivado no país tem ressonância na cultura nacional, que incorporou importantes elementos de origem africana, e que repudia as manifestações de racismo. As políticas de ação afirmativa baseadas em critério racial ameaçariam este mito e abalariam a identidade nacional.

30.



10. Além de questionar a essência da política de ação afirmativa adotada na UnB, o autor também impugna a forma adotada pela instituição para identificação dos beneficiários da medida, que, nas suas palavras, teria institucionalizado um “Tribunal Racial”, ressuscitando ideais nazistas (sic). Para ele, não caberia a uma comissão de pessoas escolhidas pela universidade definir, a partir de uma entrevista pessoal, a raça de cada candidato.

11. Sustenta, ao final, que nem as políticas de ação afirmativa impugnadas, nem a forma de seleção dos seus beneficiários, sobreviveriam ao teste do princípio da proporcionalidade, desdobrado nos seus três subprincípios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

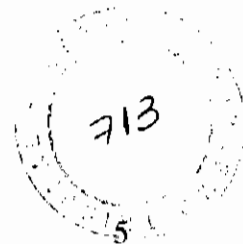
12. Foi postulada medida cautelar, objetivando:

(a) suspender a matrícula dos alunos da UnB, prevista para os dias 23 e 24 de julho de 2009;

(b) obrigar a CESPE a divulgar nova listagem dos candidatos aprovados, com base nas notas obtidas, desconsiderando os critérios raciais, e só então reabrir o prazo para matrícula;

(c) determinar à CESPE e à UnB que se abstenham de selecionar ou classificar candidatos com base em critérios raciais, ou a identificar quem é negro dentre eles, suspendendo-se o funcionamento da Comissão Racial existente;

20



(d) determinar a todos os órgãos do Poder Judiciário brasileiro que suspendam os processos judiciais que envolvam o tema de quotas raciais para ingresso em universidades;

(e) suspender, com eficácia retroativa, todas as decisões judiciais que tenham reconhecido a constitucionalidade da política de quotas raciais instituída pela UnB.

13. Como pedido principal, o autor pleiteia o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma série de atos administrativos e normativos da UnB e da CESPE, devidamente apontados, referentes à política de ação afirmativa questionada. E deduz, ainda, pedido subsidiário, de conhecimento da presente ação como ADIn, caso o STF entenda pelo descabimento da ADPF na hipótese.

14. O Presidente do STF, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em regime de plantão, proferiu a decisão de fls. 613, solicitando informações do Presidente da CESPE e do Reitor da UnB, e abrindo prazo comum de 5 dias para manifestação da PGR e da AGU a propósito do requerimento de medida cautelar (art. 5º, § 2º, Lei 9.882/99).

15. É o sucinto relatório. Passo a opinar.

16. 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 apontadas 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 demais ações que compõem o sistema brasileiro de jurisdição constitucional abstrata. Assim,

20

está satisfeito o pressuposto da *subsidiariedade da arguição* (art. 4º, § 1º, Lei nº 9.882/99).

17. Por outro lado, os dispositivos apontados na petição inicial qualificam-se indiscutivelmente como preceitos fundamentais, eis que constituem direitos fundamentais ou integram o núcleo axiológico básico da Constituição da República.

18. Sem embargo, a liminar deve ser indeferida, diante da ausência de plausibilidade das alegações de inconstitucionalidade feitas na petição inicial, bem como em face do *periculum in mora* inverso que a sua concessão geraria. Examinarei, inicialmente, a questão do *fumus boni iuris*, ressaltando a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa fundadas em critério racial. Em seguida, abordarei a questão do *periculum in mora* inverso.

Igualdade e Ação Afirmativa no Sistema Constitucional Brasileiro

19. O princípio da igualdade, tal como concebido no sistema constitucional brasileiro, não só é compatível, como, em determinadas situações, até reclama a promoção de políticas de ação afirmativa, para superação de desigualdades profundamente entrincheiradas nas nossas práticas sociais e instituições.

20. A Constituição de 1988 inscre-se no modelo do constitucionalismo social, no qual não basta, para observância da igualdade, que o Estado se abstenha de instituir privilégios ou discriminações arbitrárias. Pelo contrário, "*parte-se da premissa de que a igualdade é um objetivo a ser*

20



*perseguido através de ações ou políticas públicas, que, portanto, ela demanda iniciativas concretas em proveito dos grupos desfavorecidos”.*¹

21. Em outras palavras, o constituinte não ignorou a profunda desigualdade que viceja na sociedade brasileira. Antes, propôs-se a combatê-la energicamente, o que se evidencia pela própria linguagem empregada no texto constitucional, em que muitos dos preceitos relacionados com a igualdade foram redigidos de forma a denotar a necessidade de ação². Como salientou Carmem Lucia Antunes Rocha,

“(...) a Constituição brasileira tem, no seu preâmbulo, uma declaração que apresenta um momento novo no constitucionalismo pátrio: a idéia 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 que os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são 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 assegura como direito fundamental de todos.”*³.

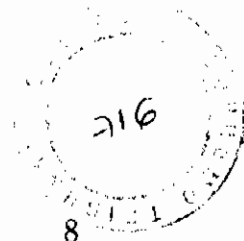
22. A própria Constituição, aliás, consagrou expressamente políticas de ação afirmativa em favor de segmentos sociais em situação de maior vulnerabilidade. Para citar os dois exemplos mais evidentes, o art. 7º, XX, da Carta, que prevê *“a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”*, bem como o seu art. 37, VIII, segundo o qual *“a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá critérios para a sua admissão”*.

¹ Daniel Sarmiento. “Direito Constitucional e Igualdade Étnico-Racial”. In: Flávia Piovesan e Douglas Martins (Coord.). *Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 66.

² Cf. Marco Aurélio Mendes de Faria Mello. “Óptica Constitucional: A Igualdade e as Ações Afirmativas”. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 11/20.

³ “Ação Afirmativa: O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. In: *Revista Trimestral de Direito Público* nº 15, 1996, p. 93/94

20.



23. Por outro lado, a Constituição de 1988 não encampou uma visão puramente econômica da desigualdade. O constituinte sabia que a opressão e a injustiça também são produzidas e reproduzidas no âmbito cultural, e que, portanto, para perseguir a igualdade, é necessário atuar não apenas no campo da distribuição de bens escassos, como também na esfera do reconhecimento e valorização das identidades dos grupos não hegemônicos no processo social.⁴ Esta concepção se revela com nitidez nos arts. 215 e 216 da Lei Maior, que determinam a valorização das contribuições indígenas e afrobrasileiras à cultura nacional.

24. Nesse contexto normativo, o art. 3º, inciso IV, da Carta, ao vedar os preconceitos de *“raça, sexo, cor, idade, e outras formas de discriminação”*, não pode ser visto como um empecilho para a instituição de medidas que favoreçam os grupos e segmentos que são costumeiramente discriminados, ainda que tais medidas adotem como fator de desigualação qualquer destes critérios.

25. Portanto, entre as duas interpretações que disputam espaço no direito antidiscriminação – a perspectiva antidiferenciação⁵ e a perspectiva antissubordinação⁶ – não há dúvida de que é a segunda a mais harmônica com o sistema de valores em que se assenta a Constituição brasileira, bem como a mais

⁴ Sobre a relação entre justiça e reconhecimento veja-se Nancy Fraser. “Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada da Justiça”. In: Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (Coords.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 167-190.

⁵ Nas palavras de Roger Raupp Rios, *“a perspectiva da antidiferenciação, como indica o próprio nome, reprovava tratamentos diferenciados (prejudiciais ou benéficos) em favor de quem quer que seja, considerados os critérios proibidos de discriminação. Ela se preocupa com a neutralidade das medidas tomadas por indivíduos e instituições”*, sendo portanto *“hostil à idéia de ações afirmativas em favor de certos grupos, considerando-as discriminatórias em relação aos grupos não-beneficiados”* (*Direito da Antidiscriminação: Discriminação direta, indireta e ação afirmativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 33).

⁶ Ainda de acordo com Roger Raupp Rios, a perspectiva antissubordinação *“reprova tratamentos que criem ou perpetuem situações de subordinação. Ela admite tratamentos diferenciados, desde que estes objetivem superar situações de discriminação, assim como considera discriminatórios tratamentos neutros que reforcem a subordinação de quem quer que seja (...) Primordialmente, ela se preocupa com os efeitos sofridos por grupos subordinados em virtude das práticas recorrentes, ainda que não intencionais. A perspectiva da antissubordinação, por conseguinte, admite ações afirmativas, sempre que estas se revelarem necessárias e eficazes no combate à situação de subordinação, não as considerando discriminatórias em face de grupos privilegiados”*. (Op. cit., p. 36/37).



consentânea com a realidade de um país fortemente marcado pela desigualdade, em todas as suas dimensões.

26. Em resumo, tem perfeita aplicação ao ordenamento brasileiro a magistral definição de Ronald Dworkin, de que o respeito à igualdade não consiste em tratar as pessoas de modo igual, mas sim em tratá-las como iguais, merecedoras do mesmo respeito e consideração. Mas tratar as pessoas como iguais pressupõe muitas vezes favorecer, através de políticas públicas, àquelas em situação de maior vulnerabilidade social.

A Desigualdade Racial no Brasil: Que Democracia Racial?

27. As relações sociais e a economia nacional se assentaram durante mais de três séculos sobre a escravidão negra. Após a abolição, em 1888, não se instituiu no Brasil um sistema de segregação oficial, como o que existia em alguns estados norte-americanos e na África do Sul dos tempos do *apartheid*, mas, até alguns anos atrás, nunca tinha sido realizado no país qualquer esforço de inclusão dos afrodescendentes.

28. Esse passado deixou cicatrizes profundas na sociedade brasileira. Atualmente, os negros – aqui incluídos os pretos e pardos – figuram em situação inferior aos brancos em todos os indicadores sociais relevantes: renda, expectativa de vida, mortalidade infantil, acesso a saneamento, taxa de analfabetismo, nível de instrução, etc.⁷ A proporção de negros exercendo as funções mais valorizadas na sociedade, nos cargos de direção e gerência de empresas, nos parlamentos, na magistratura, em profissões com a Medicina e o Direito, dentre outras, é muito inferior à sua representatividade no total da

⁷ Cf. Marcelo Paixão. *Novos Marcos para as Relações Raciais*. Rio de Janeiro: FASE, 2000.

20



população brasileira. Dá-se o oposto na sua super-representação nos presídios e na sua participação nos índices das vítimas de homicídio e de violência policial, por exemplo. São precisas, nesse ponto, as palavras de Joaquim Barbosa:

“Branco monopolizam inteiramente o aparelho do Estado e nem sequer se dão conta da anomalia que isso representa à luz dos princípios da Democracia. Por diversos mecanismos institucionais raramente abordados com a devida seriedade e honestidade, a educação de boa qualidade é reservada às pessoas portadoras de certas características identificadoras de (suposta ou real) ascendência européia, materializando um tendência social perversa, tendente a agravar ainda mais o tenebroso quadro de desigualdade social pelo qual o país é universalmente conhecido. No domínio do acesso ao emprego impera não somente a discriminação desabrida mas também uma outra de suas facetas mais ignominiosas – a hierarquização -, que faz com que as ocupações de prestígio, poder e fama sejam vistas como apunágio os brancos , reservando-se aos negros e mestiços aquelas atividades suscetíveis de realçar-lhes a condição de inferioridade ”⁸

29. Apesar de condenado socialmente, o racismo continua marcante nas relações sociais travadas no Brasil. Um racismo muitas vezes velado, “cordial”, que raramente se exterioriza de forma violenta, mas nem por isso menos insidioso⁹, e que se revela com nitidez em alguns contextos, como na seletividade racial das *blitzes* policiais.

30. No Brasil, mesmo após a abolição da escravidão, tiveram grande penetração as idéias racistas, que viam o negro como ser inferior e acusavam a miscigenação de responsável pelo atraso nacional. A idéia do “embranquecimento” da população nacional como solução das mazelas do país foi

⁸ *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 12.

⁹ Nas palavras de Antonio Sérgio Alfredo Guimarães: “Assim é o racismo brasileiro: sem cara. Travestido em roupas ilustradas, universalistas, tratando-se a si mesmo como anti-racismo, e negando, como anti-nacional, a presença integral do afro-brasileiro ou do índio-brasileiro. Para este racismo, o racismo é aquele que separa, não o que nega a humanidade de outrem; desse modo, racismo para ele, é o racismo do vizinho (o racismo americano)” (*Racismo e Anti-Racismo no Brasil*. São Paulo: Ed. 34, 1999, p. 57).

40

sustentada por intelectuais do porte de Silvio Romero, Euclides da Cunha, Paulo Prado, Oliveira Vianna e Nina Rodrigues¹⁰.

31. No início dos anos 30 do século passado, a idéia da democracia racial, empregada e defendida na petição inicial, surge na obra clássica de Gilberto Freyre, *Casa Grande e Senzala*¹¹. A tese do pensador pernambucano era de que as relações raciais no Brasil não seriam tão opressivas como aquelas existentes em outros países em que também houve escravidão, porque os contatos sexuais, o grau elevado de miscigenação e a aproximação cultural teriam levado à inexistência de um fosso tão marcante entre brancos e negros. No contexto da época, Gilberto Freyre se opunha aos pensadores racistas, que criticavam a mistura entre as raças no Brasil, que ele celebrava e via como fator positivo da nossa civilização.

32. Com o tempo, o mito da democracia racial transformou-se em retórica oficial, passando a servir como um alibi para que o Estado e a sociedade brasileira nada fizessem a respeito. E, em boa hora, foi abandonado.

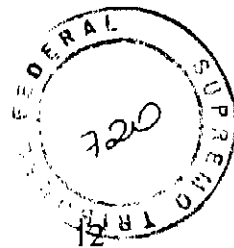
O Argumento da Inexistência das Raças

33. O autor gastou muitas páginas em torno da afirmação, absolutamente trivial, de que, do ponto de vista biológico, não existem diferentes raças humanas.

34. Nesse ponto, aliás, a inicial encerra uma contradição: ao mesmo tempo em que afirma categoricamente que *geneticamente, raças não existem*, toda a narrativa se desenvolve sob viés oposto, chegando ao ponto de dizer que o único critério

¹⁰ Cf. Sergio Abreu. *Os Descaminhos da Tolerância: O afro-brasileiro e o princípio da igualdade e da isonomia no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 5/36.

¹¹ *Casa Grande e Senzala*. 46ª ed., Rio de Janeiro: Record, 2002.



objetivo válido é a *análise de ancestralidade genômica, a partir do exame de DNA, a fim de identificar quem de fato é 100% branco no Brasil – e, portanto, não sujeito aos benefícios da medida.*

35. Retornando à questão, não é preciso ir longe para concordar com a assertiva de que o critério raça, numa abordagem biológica, carece de cientificidade.

36. Desde o preâmbulo da Constituição da Unesco de 1945 chegando a inúmeros outros documentos internacionais, com vistas à eliminação de quaisquer formas de discriminação racial, todos reconheceram que os seres humanos pertencem a uma mesma espécie e têm uma mesma origem.

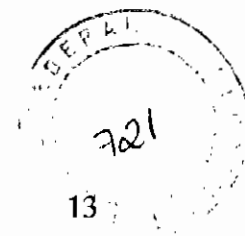
37. A Convenção para a eliminação de todas as formas de discriminação racial, adotada pela Resolução 2016 A (XX), da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965, e ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968, assinala em seu preâmbulo:

*Doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, inexistindo justificativa para a discriminação racial, em teoria ou prática, em lugar algum*¹².

38. Contudo, da inexistência biológica das raças não decorre a impossibilidade de que o termo seja usado como resultado de uma *construção histórico-social, voltada para justificar a desigualdade*.¹³ Observa Trina Jones:

¹² No caso Siegfried Ellwanger, o Ministro Gilmar Mendes invocou Kevin Boyle, segundo o qual; *reconhecemos hoje que a classificação biológica dos seres humanos em raça e hierarquia racial – no topo da qual encontrava-se certamente a raça branca – era produto pseudo-científico do século XIX. Num tempo em que nós mapeamos o genoma humano, prodigiosa pesquisa que envolveu o uso de material genético de todos os grupos étnicos, sabemos que existe somente uma raça – a raça humana. Diferenças humanas em aspectos físicos, cor da pele, etnias e identidades culturais, não são baseadas em atributos biológicos. Na verdade, a nova linguagem dos mais sofisticados racistas abandonou qualquer base biológica em seus discursos. Eles agora enfatizam diferenças culturais e irreconciliáveis como justificativas de seus pontos de vista extremistas* (Boyle, Kevin. Hate Speech – The United States versus the rest of the world? In: *Maine Law Review*, v. 53:2, 2001, p. 490).

¹³ cf. parecer produzido pelo professor Celso Lafer, nos autos do HC 82.424-2 (caso Siegfried Ellwanger). Vale, também, mais uma vez, a observação do Ministro Gilmar Mendes, por ocasião do julgamento, de que *historicamente, o racismo prescindiu até mesmo daquele conceito pseudo-científico para estabelecer suas*



Raça é o significado social atribuído a uma categoria. É um conjunto de crenças e convicções sobre indivíduos de um grupo racial em particular. Essas crenças são abrangentes, compreendendo convicções sobre a parte intelectual, sobre a parte física, sobre classe e moral, dentre outras coisas (Shades of Brown: the Law of Skin Color. In: Duke Law Journal, v. 49:1487,200, p.1497)¹⁴

39. O Supremo Tribunal Federal empregou argumentação muito similar a esta no julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.424/RS, em que se discutia a possibilidade de punição de editor de livros anti-semitas pelo crime de racismo. Uma das teses de defesa era a de que os judeus não constituem raça, o que ensejaria a desqualificação do delito para outro tipo penal, com o consequente reconhecimento da prescrição. O STF refutou o argumento, não porque os judeus constituam raça no sentido biológico, mas porque existe uma construção cultural difundida que assim os identifica, para tomá-los como vítimas de discriminação e preconceito. No voto do Ministro Maurício Corrêa, relator daquele memorável julgado, consignou-se:

“39. 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 de diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito. É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que inspira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso XLII do artigo 5º da Carta Política.”¹⁵

Os Fundamentos das Políticas de Ação Afirmativa com Corte Racial

PP

bases, desenvolvendo uma ideologia lastreada em critérios outros.

¹⁴ Extraído do voto do Ministro Gilmar Mendes, acima referido.

¹⁵ Julgamento concluído em 19 de setembro de 2003.

40. O autor afirma que o principal argumento em prol da ação afirmativa para afrodescendentes no Brasil seria a justiça compensatória. Tal argumento, na sua opinião, seria insustentável, pois penalizaria ou favoreceria, no presente, indivíduos que não têm qualquer relação com as injustiças da escravidão, ocorridas há várias gerações.

41. Porém, há dois equívocos nessa afirmação. Em primeiro lugar, a justiça compensatória não é o único, nem mesmo o principal argumento em favor da ação afirmativa para negros no acesso ao ensino superior. Ao lado dela, há a justiça distributiva, a promoção do pluralismo nas instituições de ensino e a superação de estereótipos negativos sobre o afrodescendente, com o consequente fortalecimento da sua auto-estima e combate ao preconceito. Ademais, a litania do Autor contra o argumento da justiça compensatória é absolutamente inconvincente.

42. Com efeito, um argumento essencial nessa questão é o da justiça distributiva. O quadro de dramática exclusão do negro, no presente, justifica medidas que o favoreçam e que ensejem uma distribuição mais igualitária de bens escassos, como são as vagas em uma universidade pública, visando à formação de uma sociedade mais justa. Esse argumento não tem em vista o passado, como o da justiça compensatória, mas sim a construção de um futuro mais equitativo¹⁶.

43. Outra justificativa importante para a ação afirmativa no ensino superior é a promoção do pluralismo. Este argumento, que teve grande peso no debate judicial¹⁷ e filosófico¹⁸ norte-americano, é inteiramente pertinente à realidade brasileira. Afinal, vivemos em um país que tem como uma das suas

¹⁶ Cf. Daniel Sarmento. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 155.

¹⁷ No primeiro precedente importante em matéria de ação afirmativa nos Estados Unidos – caso *Bakke v. Regents of the University of California*, julgado em 1978, o argumento do pluralismo desempatou o julgamento, para justificar políticas racialmente sensíveis para acesso ao ensino superior.

¹⁸ Cf. Michael J. Sandel. "Arguing Affirmative Action". In: *Public Philosophy: Essays on Morality in Politics*. Cambridge: Harvard University Press, 2005, p. 101-104.

maiores riquezas a diversidade étnica e cultural. Porém, para que todos se beneficiem dessa valiosa riqueza, é preciso que haja um contato real e paritário entre pessoas de diferentes etnias. É necessário romper com o modelo informal de segregação, que exclui o negro da universidade, confinando-o a posições subalternas na sociedade. Especialmente no ensino, o convívio com a diferença torna a formação e o aprendizado do estudante uma experiência rica e frutífera para todos, e não apenas para os beneficiários da política de ação afirmativa.

44. As políticas de ação afirmativa baseadas em critérios raciais no ensino superior também são positivas na medida em que quebram estereótipos negativos, que definem a pessoa negra como predestinada a exercer papéis subalternos na sociedade. A aplicação destas políticas aumenta a chance de sucesso dos afrodescendentes, fazendo com que as crianças e jovens negras passem a ter cada vez mais exemplos de pessoas da mesma raça desempenhando papéis de destaque social, em que possam se inspirar. Isto contribui para o fortalecimento da sua auto-estima, e para que se desfaçam preconceitos ainda muito incrustados na sociedade, que associam o negro a funções subservientes.

45. Ademais, o argumento contrário ao enfoque compensatório em matéria de ação afirmativa parece ignorar que as injustiças da escravidão não se encerraram no passado, com a emancipação dos escravos. Os seus efeitos econômicos, sociais e culturais perduram até hoje, penalizando sucessivas gerações de negros, sendo imperativo o esforço estatal para a sua superação. O argumento compensatório foi brilhantemente invocado pelo Ministro Carlos Britto, no voto que proferiu na ADIn nº 3.330-1/DF, que impugnou normas do chamado PROUNI (o julgamento ainda não foi concluído):

“Esta possibilidade de o Direito legislado usar a concessão de vantagens a alguém como uma técnica de compensação de anteriores e persistentes desvantagens factuais não é mesmo de se estranhar, porque o típico da lei é

10-



fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para contrabater renitentes desigualações. É como dizer: a lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor outra desigualação compensatória."

Breves Notas sobre a Ação Afirmativa no Direito Internacional dos Direitos Humanos e no Direito Comparado

46. O autor tenta caracterizar os esforços de implementação de medidas de ação afirmativa no campo racial no Brasil como uma simples e descabida imitação da experiência norte-americana, que já estaria em refluxo. Contudo, as ações afirmativas, inclusive na seara étnico-racial, estão longe de serem uma exclusividade norte-americana. Elas são amparadas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e foram desenvolvidas em diversos outros países além dos Estados Unidos.

47. Com efeito, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, devidamente incorporada ao ordenamento interno brasileiro, é expressa ao autorizar as políticas de ação afirmativa baseadas em critério racial para favorecimento de indivíduos e grupos em situação de desvantagem. Reza o seu art. 1º, item 4:

4. Não será considerada discriminação racial as medidas especiais tomadas o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos de indivíduos que necessitem de proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para

100



diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

48. Em matéria de interpretação de normas sobre direitos fundamentais, é importante adotar uma linha hermenêutica pautada pelo cosmopolitismo ético, que busque a convergência entre a normativa interna e a internacional, sobretudo em situações de plena harmonia axiológica, como a que caracteriza a disciplina constitucional brasileira e a internacional, em matéria de igualdade racial. Por isso, é extremamente relevante o disposto na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, para melhor esclarecimento do significado constitucional do princípio antidiscriminatório no Brasil.

49. Na mesma linha, a III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia Intolerância Correlata, ocorrida em Durban no ano de 2001, e que contou com a participação expressiva de delegação brasileira, foi peremptória no reconhecimento da legitimidade das políticas de ação afirmativa para combate ao racismo. Os itens 107 e 108 da Declaração de Durban, que explicitam o consenso internacional na matéria, foram assim redigidos:

107. Destacamos a necessidade de se desenhar, promover e implementar em níveis nacional, regional e internacional, estratégias, programas, políticas e legislação adequados, os quais possam incluir medidas positivas e especiais para um maior desenvolvimento social e igualitário e para a realização de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais de todas as vítimas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata, inclusive através do acesso mais efetivo à justiça para garantir que os benefícios do desenvolvimento, da ciência e da tecnologia contribuam efetivamente para a melhoria da qualidade de vida de todos, sem discriminação.

108. Reconhecemos a necessidade de se adotarem medidas especiais ou medidas positivas em favor das vítimas do racismo, discriminação racial, xenofobia ou intolerância correlata com o intuito de promover a sua plena integração na sociedade. As medidas para uma ação efetiva, inclusive as

20

medidas sociais, devem visar corrigir as condições que impedem o gozo de direitos e a introdução de medidas especiais para incentivar a participação igualitária de todos os grupos raciais, culturais, linguísticos e religiosos em todos os setores da sociedade, colocando a todos em igualdade de condições. Dentre estas medidas devem figurar outras medidas para alcance de representação adequada nas instituições educacionais, de moradia, nos partidos políticos, nos parlamentos, no emprego, especialmente nos serviços judiciários, na polícia, exército e outros serviços civis, os quais em alguns casos devem exigir reformas eleitorais, reforma agrária e campanhas para igualdade de participação”

50. Por outro lado, as medidas de ação afirmativa surgiram na Índia, muito antes de aparecerem no direito estadunidense, através de emenda constitucional aprovada em 1951. A jurisprudência indiana tem inclusive afirmado, desde o julgamento do caso *State of Kerala vs. N.M. Thomas* (A.I.R. 1976 S.C 490), que as medidas de ação afirmativa no campo étnico-racial não devem ser vistas como meras exceções em relação a uma suposta regra geral de isonomia formal, mas como providências necessárias à busca da real igualdade de oportunidades.¹⁹


51. Da mesma forma, é amplo o uso das políticas de ação afirmativa no direito canadense, que prevê expressamente a sua possibilidade no artigo 15 (2) da Carta de Direitos e Liberdades. A Suprema Corte do país, no julgamento do caso *Lovelace v. Ontário*, proferido em 2000 - em que se discutiu a validade de norma que conferia exclusividade a tribos indígenas reconhecidas o direito à exploração do jogo, para que os recursos fossem usados no fortalecimento econômico, cultural e social daquelas comunidades -, decidiu também que as medidas de ação afirmativa não constituem exceções pontuais à isonomia formal, mas instrumentos necessários à promoção da igualdade substantiva.

¹⁹ Cf. Vicki C. Jackson e Mark Tushnet. *Comparative Constitutional Law*. New York: Foundation Press, 1999, p. 1046/1136

52. Na África do Sul, da mesma forma, as políticas de ação afirmativa são amplamente utilizadas para lidar com os graves problemas de desigualdade racial enfrentados no país. Elas têm expressa previsão no art. 9.2 da Constituição sul-africana, segundo o qual “*para promover a igualdade, podem ser adotadas medidas legislativas, dentre outras, com a finalidade de proteger ou beneficiar pessoas ou categorias de pessoas em situação desvantajosa em razão de discriminação injusta*”. E os exemplos não param aí. Países tão diversos como Austrália, Colômbia, China, Rússia, Nigéria, Malásia, Nova Zelândia e Sri Lanka adotam políticas de ação afirmativa no campo étnico-racial, para citar apenas alguns exemplos.

53. É verdade que, nos Estados Unidos, a jurisprudência mais recente vem se tornando cada vez mais reticente a propósito do uso de políticas de ação afirmativa com foco racial. Essa oscilação jurisprudencial se insere num contexto mais amplo, de guinada conservadora do grande Tribunal norte-americano.²⁰ Contudo, aqui sim, não há razão para imitação do exemplo americano, inclusive porque, sendo o constitucionalismo brasileiro muito mais social do que o norte-americano, os argumentos de justiça material associados à ação afirmativa devem assumir, no nosso sistema jurídico, um peso superior ao que lhe é emprestado no cenário jurisprudencial estadunidense.

Ação Afirmativa e Meritocracia

54. Outro argumento presente na petição inicial é o de que as políticas de quotas nas instituições de ensino superior seriam incompatíveis com o sistema meritocrático, acolhido na Lei Maior, que prevê que “*o acesso aos níveis mais elevados de ensino*” devem se dar de acordo com a “*capacidade de cada um*”. 

²⁰ Para uma forte crítica desta guinada à direita da Suprema Corte americana, veja-se Ronald Dworkin. *The Supreme Court Phalanx: The Court's New Right Wing Bloc*. New York: The New York Review of Books, 2008.



55. O raciocínio apenas teria procedência se as formas de ingresso nas universidades brasileiras de hoje efetivamente medissem apenas as capacidades de cada candidato. Ele só seria válido se o passado de discriminação racial, normalmente associado à pobreza e ao acesso a educação de má qualidade, não contaminasse profundamente os procedimentos ditos meritocráticos, como os concursos de vestibular, desigualando as oportunidades dos concorrentes.

56. Mas não é isso o que ocorre. Aqui, pode-se parafrasear o Presidente norte-americano Lyndon Johnson, que, em célebre discurso proferido em 1965, no qual cunhou a expressão “ação afirmativa” (*affirmative action*), destacou: “*Você não pega uma pessoa que durante anos foi tolhida por correntes, e a liberta, a põe na linha de partida de uma corrida e então diz – ‘você está livre para competir com os outros’ e ainda acredita que está sendo totalmente imparcial. Não é justo o bastante, neste caso, abrir as portas ou oportunidades.*”²¹.

57. E, ainda que assim não fosse, o “princípio meritocrático” não se reveste de natureza absoluta, podendo ceder, numa ponderação, diante de outros princípios e interesses constitucionais, como os que buscam a concretização da igualdade material, a compensação de injustiças históricas contra os negros, a promoção do pluralismo no ensino superior e a quebra de estereótipos negativos sobre o afrodescendente.

Ação Afirmativa e Harmonia Social

58. Outro temor infundado que perpassa a argumentação do autor é o de que políticas de quotas para negros poderiam criar no Brasil tensão racial até então inexistente.

²¹ Cf. Daniel Sarmiento. *Livres e Iguais*. Op. cit., p. 158.



59. O argumento não procede e não possui qualquer lastro empírico. 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 violento no Brasil que possa ser associado a tais medidas.

60. Na verdade, os efeitos são inversos. As quotas no ensino superior aumentam o convívio entre pessoas de raças diferentes, que viviam em mundos quase segregados, ampliando os espaços para diálogo, interação e aprendizado recíproco. Ademais, elas atenuam um quadro crítico de desigualdade, que, este sim, é um solo fértil para a desarmonia e o ódio racial.

Os Critérios de Seleção dos Beneficiários e o Suposto “Tribunal Racial”

61. As investidas mais agressivas do Autor são endereçadas ao que ele denominou de “Tribunal Racial”, que acusou, em ofensiva hipérbole, de nazista (sic). Estas invectivas dirigem-se ao procedimento instituído pela UnB para selecionar os candidatos ao ingresso na universidade pelas quotas raciais, o qual se baseia em entrevistas pessoais.

62. Porém, a fórmula atualmente adotada no âmbito do vestibular da UnB parece bastante razoável, sendo certamente preferível ao critério anteriormente adotado, que se baseava exclusivamente na análise de fotografias.

63. Critérios genéticos seriam inviáveis, porque a raça, como antes salientado, é um fenômeno cultural e não biológico.

64. Por outro lado, é absolutamente legítima a incorporação da idêntia de auto-declaração, seja porque ignorar a percepção que cada um tem da própria identidade seria um violência, atentatória à própria dignidade da pessoa humana,



seja porque esse critério encontra-se previsto no art. 1º, item 1, alínea “a” Convenção 169 da OIT, em vigor no ordenamento brasileiro. E a entrevista possui esse viés, de captar a percepção que cada candidato tem sobre a própria identidade étnico-racial.

65. Portanto, não se vislumbra qualquer inconstitucionalidade no mecanismo empregado pela CESPE/UnB para identificação dos candidatos beneficiários da quota racial.

O Respeito ao Princípio da Proporcionalidade e Autocontenção Judicial

66. A alegação de afronta ao princípio da proporcionalidade também não procede.

67. Nesse ponto, cabe destacar, preliminarmente, que o *standard* de controle adotado pelo STF na análise da medida deve ser flexível e reverente às opções adotados pelos órgãos que elaboraram as normas impugnadas.

68. Com efeito, um dos papéis mais importantes da jurisdição constitucional é a proteção das minorias estigmatizadas, diante do arbítrio das maiorias 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.

69. Porém, quando o Judiciário se depara com normas e medidas que visam a favorecer grupos minoritários e hipossuficientes, a sua postura deve ser diferente. 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,

mb

731

convertendo-se no guardião de um *status quo* de assimetria e opressão, a não ser quando haja patente afronta a normas ou valores constitucionais.

70. Assentada essa coordenada, chega-se à conclusão de que as medidas impugnadas não ofendem a nenhum dos subprincípios em que se desdobra o princípio da proporcionalidade. Quanto à adequação, é evidente que, se o objetivo é promover a inclusão dos negros no ensino superior, a medida encetada é idônea, porque se propõe exatamente a tal fim.

71. No que tange à necessidade, não se vislumbra, *a priori*, qualquer outra medida que promova, com a mesma intensidade, a finalidade perseguida. Políticas públicas de caráter universalista, cegas à cor dos seus beneficiários (*colorblind*), por exemplo, não tendem a diminuir as gritantes diferenças hoje existentes entre os grupos raciais que compõem a comunhão nacional.

72. Finalmente, no que tange à proporcionalidade em sentido estrito, cumpre atentar para o valor que tem o acesso ao ensino superior na emancipação real dos afrodescendentes no Brasil. O ingresso em boas universidades talvez seja a mais importante porta de acesso a funções socialmente relevantes, que propiciam o empoderamento das minorias estigmatizadas e a promoção da justiça material.

73. Em um quadro social de brutal exclusão do negro, e no marco de uma Constituição que tem como obsessão a conquista do pluralismo e da igualdade material e o combate ao preconceito e ao racismo, deve-se reconhecer a extraordinária importância da promoção dos interesses subjacentes à medida em discussão, na escala dos valores constitucionais.

74. Por outro lado, as restrições a outros bens jurídicos acarretadas pela medida não são tão intensas. O percentual das quotas – 20 % (vinte por cento) - está longe de ser elevado, considerando-se o perfil étnico-racial da população

RR



brasileira. A imensa maioria das vagas continua aberta à disputa de forma igual para todos. Portanto, tampouco há ofensa à proporcionalidade em sentido estrito.

75. Assim, não há qualquer afronta ao princípio da proporcionalidade nas medidas impugnadas, que se revelam razoáveis e perfeitamente sintonizadas com os valores e o espírito da Constituição de 1988.

Do Periculum in Mora Inverso

76. Não deve ser concedida medida cautelar na jurisdição constitucional quando haja *periculum in mora* inverso, que sobrepuje aquele alegado pelo autor (cf. ADIn nº 2.163-0/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 29.06.2000; ADIn nº 2.435-3/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 13.03.2002).

77. É o que acontece no caso. A concessão da medida cautelar reclamada não apenas atingiria um amplo universo de estudantes negros, em sua maioria carentes, privando-os do acesso à universidade, como também geraria graves efeitos sobre as políticas de ação afirmativa de corte racial promovidas por inúmeras outras universidades espalhadas por todo o país.

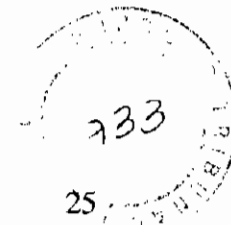
78. Um precedente do STF contrário às quotas para afrodescendentes teria reflexos dramáticos sobre todas as universidades que promovem medidas de discriminação positiva em favor de negros ou outras minorias, gerando grave insegurança e intranquilidade, e levantando dúvidas sobre a legitimidade da situação dos milhares de estudantes em todo o Brasil que já são beneficiários de tais políticas públicas.

79. Nesse ponto, cabe ressaltar que hoje nada menos que 35 instituições públicas de ensino superior adotam políticas de ação afirmativa para afrodescendentes, sendo que 32 delas prevêem mecanismo de quotas e outras 3

20

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ADPF Nº 186



adotam sistema de pontuação adicional para negros²². Além disso, há também 37 universidades públicas com vagas reservadas para indígenas.

80. Todas estas políticas públicas, sem contar as medidas de ação afirmativa adotadas em outras searas, serão negativamente impactadas por uma eventual decisão concessiva de liminar do STF.

81. A magnitude do *periculum in mora* inverso justifica, só por si, o indeferimento da medida cautelar postulada.

Conclusão

Diante do exposto, opino pelo indeferimento da Medida Cautelar postulada pela Autor, seja pela ausência de plausibilidade do direito invocado, em vista da constitucionalidade das políticas de ação afirmativa impugnadas, seja pela presença do *periculum in mora* inverso. Protesto, desde já, pela abertura de vista dos autos após a apreciação da medida cautelar, para oferecimento de manifestação definitiva.

Brasília, 28 de julho de 2009.

DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA
VICE-PROCURADORA GERAL DA REPÚBLICA

APROVO:

ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

²² Informação obtida no sítio eletrônico www.politicasdacor.net, acessado em 28.07.2009.