

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE em APELAÇÃO CÍVEL 469454 - AL (2005.80.00.002099-3/01)

APTE : FELIPE ALMEIDA DE OLIVEIRA E OUTROS
ADV/PROC : RODRIGO DA COSTA BARBOSA E OUTROS
APDO : UFAL - UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
REYTE : PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª
REGIÃO
APDO : LUIZ OTAVIO MENDES DE CARVALHO E
OUTROS
ADV/PROC : ANAXIMENES MARQUES FERNANDES E OUTRO
APDO : ÉRICA REZENDE CORDEIRO E OUTRO
REYTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC. ORIGINÁRIO : 1ª VARA FEDERAL DE ALAGOAS
(2005.80.00.002099-3)
RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA DE
OLIVEIRA LUCENA

VOTO-VISTA (CONDUTOR)

**O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO
CÂMARA CARRÁ (CONVOCADO):**

Preambularmente, adoto por completo as conclusões proferidas pelo culto Desembargador Federal Convocado César Carvalho no pertinente ao cabimento e ao objeto da presente arguição de inconstitucionalidade.

Com efeito, trata-se de incidente de inconstitucionalidade que desafia a utilização do critério racial estabelecido pela Resolução nº 09/2004, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão – CEPE, da UFAL. Em consonância com esse ato normativo, 20% (vinte por cento) da totalidade das vagas oferecidas pela universidade foram reservadas pela citada resolução à “população negra”, oriunda exclusiva e integralmente de escolas de ensino médio públicas, cabendo ao candidato, no processo de inscrição, declarar-se preto ou pardo para concorrer a elas.

Reproduzo, assim, o texto completo da Resolução que ora se vem a impugnar:

Art. 24 - Será estabelecida uma cota de 20% (vinte por cento) das vagas dos cursos de graduação da UFAL para a população negra segundo a metodologia do IBGE, oriunda exclusivamente e integralmente de escolas de ensino médio públicas, durante dez anos consecutivos.

§ 1º - A cota definida no caput deste artigo aplicar-se-á na primeira etapa e na segunda etapa do Processo Seletivo Seriado.

§ 2º - Os candidatos optantes por concorrerem às vagas destinadas à cota estabelecida no caput deste artigo submeter-se-ão às normas gerais e

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

comuns do Processo Seletivo Seriado exceto pelo fato de que durante a classificação em cada etapa os candidatos serão divididos em dois blocos: o dos optantes e dos não-optantes por concorrer às vagas destinadas à cota.

§ 3º - O percentual definido no caput deste artigo será distribuído da seguinte forma: 60% (sessenta por cento) para as mulheres negras e 40% (quarenta por cento) para os homens negros.

§ 4º - Caso os percentuais estabelecidos segundo os critérios de gênero definidos no parágrafo 3º (terceiro) deste artigo não forem preenchidos, as vagas restantes serão remanejadas dentro do próprio grupo de concorrentes.

§ 5º - Caso a cota destinada à população negra não seja preenchida integralmente por motivo de eliminação dos candidatos durante o processo de seleção as vagas não preenchidas retornam ao grupo dos não-optantes por concorrer à cota.

Art. 3º (...)

§ 2º - No momento da inscrição o/a candidato/a que se autodeclarar preto/a ou pardo/a conforme a metodologia adotada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) nas pesquisas do Censo Populacional e comprovar que cursou ou cursa o ensino médio exclusivamente e integralmente em escola pública pode optar por concorrer a cota de vagas para a população negra nos termos do Art. 24 da presente Resolução.

§ 3º - A conclusão do ensino médio por meio dos Exames Gerais Supletivos só poderá ser aceita como comprovação de conclusão na instituição pública se o concorrente comprovar que realizou curso preparatório em instituição pública.

O teste de constitucionalidade em questão é formulado, sobretudo, em atenção aos princípios da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Igualmente, deixo de considerar eventuais referências ao princípio da legalidade, quer porque já se trata de tema debatido e pacificado pelo pleno deste e. Tribunal, também em sede de arguição de inconstitucionalidade, como, quase por conseguinte, por não ter sido o presente incidente arguido com fundamento em uma eventual desconformidade da Resolução nº 09/2004, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão – CEPE, da UFAL, com referido postulado constitucional.

Nitidamente, a Resolução questionada labora programaticamente, estabelecendo uma política (ou ação) afirmativa. Em primeiro lugar, cumpre, portanto, conceituar o termo *ação afirmativa* para, partindo daí, firmar ou infirmar sua pertinência constitucional, ou, ainda, seus limites. Segundo o economista estadunidense Thomas E. Weisskopf, ela pode ser definida como sendo:

A provisão de algum tipo de vantagem (favorecimento, preferência) oferecida a membros de grupos sub-representados no decorrer de processos de seleção para posições sociais desejadas. A vantagem pode assumir diversas feições. Pode consistir, por exemplo, na reserva de vagas a serem preenchidas por meio de processos seletivos separados; ou também na concessão de uma pontuação inicial maior (ou estabelecimento de um mínimo menor) em processos seletivos universais. Todavia, como regra, sempre possui o efeito de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

aumentar o número de membros de um grupo sub-representado selecionado para ocupar posição social de relevo.¹

O conceito de ação afirmativa está associado, portanto, a uma forma diferenciada de discriminação, dita positiva. Por sinal, segundo muitos doutrinadores, tratam-se de termos sinônimos e que se traduzem, como acima exposto, em políticas compensatórias e que visam a um tratamento mais igualitário entre os diversos estratos sociais que conformam uma Nação. Na verdade, a fórmula *discriminação positiva* (*positive discrimination*) nada mais é do que o correspondente britânico da expressão norte-americana *affirmative action*.

A questão em exame diz respeito, assim, mais com os limites das ações afirmativas que com sua validade jurídica, pois já se encontra superada, inclusive no âmbito jurisprudencial, a viabilidade de o Estado levar adiante políticas implementadoras de ações que visam a favorecer a inclusão social de grupos desfavorecidos. Obviamente, ao falar de ação afirmativa, ingressa-se no sempre movediço terreno que caracteriza a cláusula constitucional da igualdade.

Não apenas na Carta Constitucional brasileira, a referência à igualdade encontra-se presente em quase todas as cartas constitucionais da assim denominada tradição jurídica ocidental.

Como um dos mais importantes direitos subjetivos do indivíduo, sua presença é de praxe, para não dizer obrigatória, em toda Constituição civilizada, como já impunha o art. 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.²

Contudo, é também dessa época a definição do princípio da igualdade sob uma perspectiva puramente formal. O não menos conhecido art. 6º. dessa celeberrima Declaração destacava que:

A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.³

Como é de amplo conhecimento, ao longo dos conturbados movimentos sociais que caracterizaram a metade final do Século XIX e o

¹ WIESSKOPF, Thomas E. A Experiência da Índia como Ação Afirmativa na Seleção para o Ensino Superior. *Ação Afirmativa no Ensino Superior Brasileiro*. Belo Horizonte: UFMG, 2008. p. 35.

² No texto original: "Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution."

³ No texto original: "La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents."

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

primeiro cartel do Século XX, constatou-se que a visão estrita do princípio da isonomia, tal como entabulada nas constituições liberais, a exemplo da não menos famosa Primeira Emenda à Constituição Americana de 1778, o postulado, paradoxalmente, terminou por acirrar as desigualdades materiais existentes.

O escritor francês Anatole France foi particularmente feliz ao resumir o descrédito que já consumia a formulação puramente normativa do princípio da isonomia com aquela famosa invectiva, ao mesmo tempo bela e irônica, que dizia: a majestosa igualdade de leis, que proíbe tanto aos ricos como aos pobres de dormir sob as pontes, de mendigar pelas ruas e de roubar o pão (“la majestueuse égalité des lois, que interdit aux riches comme aux pauvres de coucher sous les ponts, de mendier dans la rue et de voler du pain”).

Em decorrência, ao longo justamente desses dois últimos séculos, a visão estritamente formal do princípio da igualdade sofreu ampla revisão, sendo, por fim, alterada de modo a favorecer uma igualdade material e não mais formal, apenas.

Atualmente, portanto, é consenso entre os juristas que o mérito intrínseco do princípio da igualdade está em funcionar como instrumento para aplainar as diferenças naturais, sociais e históricas que tornam os homens desiguais. É tarefa verdadeiramente hercúlea, pois os homens são e continuarão a ser desiguais.

Trata-se, quando muito, explica Hannah Arendt, de uma tibia igualdade de direitos, isto é, uma igualdade de objetivo humano⁴, mas que é capaz de produzir mudanças colossais na vida das pessoas. Alexy, anos depois, irá resumir essas idéias com o que denomina de *paradoxo da igualdade*.

De consequência, negar tal possibilidade, através de interpretação mais estrita ou literal do princípio da isonomia, não renderia homenagem alguma a sua densa e complexa evolução histórica.

Dentro dessa nova compreensão do princípio da igualdade, caberá ao Direito, dentro de suas tímidas possibilidades, inventar modelos normativos ou políticas estruturais tendentes a superar as deficiências sociais e as perdas históricas acumuladas, possibilitando, assim, o acesso de grupos de indivíduos a espaços públicos de que foram usualmente privados.

Abordando especialmente a ambiência internacional, Flavia Piovesan faz um contraponto preciso entre a proteção geral, própria daquela fase formal, e a proteção específica a certos grupos de indivíduos, fruto da evolução conceitual ora comentada. Nas próprias palavras da professora paulista:

Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nessa ótica determinados sujeitos de direito ou determinadas violações de direitos exigem uma resposta

⁴ ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. trad. de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 266.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

específica e diferenciada. Vale dizer, na esfera internacional, se uma primeira vertente de instrumentos internacionais nasce com a vocação de proporcionar uma proteção geral, genérica e abstrata, refletindo o próprio temor da diferença, percebe-se, posteriormente, a necessidade de conferir a determinados grupos uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade. Isso significa que a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para sua promoção.⁵

Assim, a compreensão evolutiva da noção de igualdade deixa de ser simplesmente passiva (vedação a atos discriminatórios formais), vivenciando uma fase ativa, onde se projetam e se implementam programas para compensar as deficiências sociais:

Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto como processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão/exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica violenta exclusão e intolerância à diferença e à diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação.”⁶

Dentro desse contexto, é que se deve compreender o objetivo amplo das chamadas ações afirmativas. Um amparo pontual para grupos humanos que se encontrarem necessitados de alguma medida protetiva ou compensatória mercê de se encontrarem socialmente excluídos.

Contudo, segundo advertem os doutos, não se tratam de medidas visando diretamente à eliminação dessas desigualdades sociais e históricas. Isso, sim, poderia comprometer o postulado da igualdade, como, por exemplo, se fosse assegurado o percentual para o ingresso de determinado indivíduo em uma universidade, ou admissão pública apenas pelo fato de pertencer a dada etnia ou camada social.

O esforço governamental com vistas a combater a exclusão social deve ser gradual e sistemático, objetivando uma ampla integração entre os diversos seguimentos sociais visando erradicar a marginalização e, ademais, reduzir as desigualdades sociais e regionais, como professa o texto constitucional. Prossegue o mesmo Thomas E. Weisskopf,:

Políticas de AA devem ser compreendidas não como um ataque frontal às graves desigualdades socioeconômicas, mas como uma tentativa de aumentar a integração dos estratos mais altos da sociedade por meio da ampliação do acesso a posições sociais desejadas a membros de comunidades menos favorecidas e sub-representadas. Esse tipo de integração com a elite de uma sociedade auxilia na geração de uma série de benefícios que incluem: maior

⁵ PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*. v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005. p 46.

⁶ *Id. Ibidem*, p. 49.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

legitimidade do sistema político; melhor desempenho nas funções que requerem familiaridade com a compreensão de comunidades menos favorecidas; maior justiça no acesso a recursos e empregos; e maior motivação para jovens de comunidades menos favorecidas para se esforçarem a melhorar seu futuro.⁷

O desaparecimento das desigualdades e a erradicação dos graves contrapontos sociais obtêm-se em forma consequencial, como demonstra Kabengele Munanga, em análise aos efeitos produzidos pelas ações afirmativas nos Estados Unidos e nos países que a adotam em alguma medida:

Foi graças a ela que se deve o crescimento da classe média afro-americana, que hoje atinge cerca de 3% de sua população; sua representação no Congresso Nacional e nas Assembléias Estaduais; mais estudantes nos liceus e nas universidades; mais advogados e professores nas universidades, até nas mais conceituadas; mais médicos nos grandes hospitais e profissionais em todos os setores da sociedade americana. Apesar das críticas contra a ação afirmativa, a experiência das últimas quatro décadas nos países que a implementaram não deixam dúvidas sobre as mudanças alcançadas.⁸

Nestes termos, o que está em jogo é saber se a política de cotas, uma forma especial de política afirmativa, pode ser considerada como constitucionalmente adequada quando utiliza o critério racial como fator de discrimine para favorecer a população negra, suposto que, no que respeita a ação afirmativa em si, como forma de compensação de tais desigualdades, ninguém mais ousaria duvidar de sua validade jurídica a teor, inclusive, do que já assentado pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao assunto (v. STF, *Pleno*, Petição n. 3.388, rel. Ministro Carlos Britto).

Deve-se atentar, contudo para o fato de que as expressões *ação afirmativa* e *política de cotas* não são sinônimas. Na verdade, esta é uma das espécies daquela, que vem a ser o gênero. O critério que distingue a *política de cotas* é a reserva prévia nas vagas para o acesso de certos grupos, sejam sociais, étnicos, pátrios etc.

Essa prática encontra-se consolidada em muitos países. O sistema europeu conhecido por *numerus clausus* atribui a fixação de cotas prévias para determinados grupos. Situações específicas de desvantagens são admitidas como válidas para atribuição de um tratamento diferenciado. De qualquer forma, aqui se aceita a cota, ou seja, a reserva prévia de vagas, divergindo, pois, do modelo norte-americano que, efetivamente, repudia a fixação das cotas.

Independentemente de se saber, por enquanto, se a raça pode ser usada como fator especial para a admissão, o interessante é consignar que no sistema de cotas se destina previamente uma percentagem das vagas disponíveis para fins de assegurar a presença de determinados agrupamentos humanos no ensino superior.

⁷ WEISSKOPF, Thomas E. *op. cit.* p. 36.

⁸ KABENGELE, Munanga. Políticas de ação afirmativa em benefício da população negra no Brasil: um ponto de vista em defesa de cotas. *Sociedade e cultura*. v. 4, n. 2, p. 31-43, jul./dez. 2001. p. 32.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

O modelo que se consolidou nos Estados Unidos, país que é conhecidamente celebrado por ter sido pioneiro na implementação de políticas afirmativas, é, realmente, diverso. Especialmente em função do célebre caso *Bakker* (que adiante será comentado), o fato de pertencer a um grupo social, ou etnia, geraria tão-somente uma vantagem adicional (*boost*), permitindo ao candidato a ele pertencente um certo benefício sobre os demais. Contudo, não se aceita a demarcação antecipada das vagas (cotas, propriamente ditas).

Até agora, a jurisprudência uniforme deste e. Tribunal Federal, bem como do Superior Tribunal de Justiça, é favorável à adoção de *cotas* desde que utilizados critérios que possam denotar, objetivamente, uma situação social desfavorável do interessado.

É o caso, por exemplo, de ser o candidato oriundo de escola pública, pois estatisticamente há uma quase automática correlação entre os alunos que atendem ao ensino fundamental gratuito e o fato de pertencerem aos estratos menos favorecidos da população brasileira⁹.

Acredita-se, aqui, que a ação afirmativa é válida porque o critério utilizado para a diferenciação seria razoável na medida em que estaria associado objetivamente a um fator social de exclusão, qual seja, a pobreza.

A mesma conclusão poderia ser dada quando utilizado o critério racial? Foi a pergunta que ensejou o teste de constitucionalidade do ato normativo em comentário. Ao apresentar o incidente, o erudito Desembargador Relator concluiu pela negativa, por entender que o critério racial atenta contra a isonomia e apresenta-se, ainda, destituído de razoabilidade, ao “excluir candidatos submetidos a uma mesma situação socioeconômica, apenas em razão da tonalidade da tez.” (fls. retro).

A ideia de isonomia está pautada, como demonstrado acima, sob uma noção de igualdade material. Se é assim, o argumento colacionado pelo Relator torna-se ainda mais cerebrino: aceitar que 20% (vinte por cento) das vagas sejam previamente reservadas à população negra proveniente de escolas públicas, vale dizer, daquele grupo que já se reconhece como socialmente excluído, fará com que um fator racial específico, por si somente, confira uma maior (e indevida) proteção aos negros em desfavor das demais raças (brancos, índios, pardos).

O posicionamento adotado pelo nobre Relator encontra sustento na jurisprudência do e. Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, que conta com reiterados precedentes sobre o assunto. Transcrevo parte da ementa de alguns desses julgados, para salientar os argumentos contrários ao regime de cotas. Entre eles:

⁹ Cito, a título de exemplo, os seguintes julgados: APELREEX18819/PE, Desembargador Federal Edilson nobre, Quarta Turma, Julgamento: 06/09/2011, Publicação: DJE 09/09/2011; AC526282/AL, Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto (convocado), Segunda Turma, Julgamento: 23/08/2011, Publicação: DJE 01/09/2011; MC2963/SE, Desembargador Federal Barros Dias, Segunda Turma, Julgamento: 01/03/2011, Publicação: DJE 17/03/2011.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

Não é possível firmar distinção entre os cidadãos, para acesso a serviços públicos, como a educação, baseando-se em critérios genéticos de cor, raça ou etnia, nos termos do art. 5º, caput, da Constituição Federal. É cabível apenas a distinção que vise a privilegiar o acesso das classes menos favorecidas, aí compreendidos, com razoabilidade, os cidadãos que freqüentaram escolas públicas. (APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2009.72.00.008830-2/SC. 3ª T. 18 de maio de 2010. Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva).

As ações afirmativas devem dirigir-se às classes desfavorecidas, e não a determinadas pessoas, não se baseando em critérios raciais. Quanto ao acesso ao ensino superior, razoável unicamente a distinção que vise privilegiar o acesso das classes menos favorecidas, aí compreendidos, com razoabilidade, os cidadãos que freqüentaram escolas públicas. (APELREEX 200972000016303, 4ª T, 20 de janeiro de 2010, Desembargador Federal Hermes Siedler da Conceição Júnior)

5. Dada a notória inferioridade de qualidade da maior parte do ensino público, é razoável que se crie privilégio de acesso para os alunos egressos do sistema público de ensino. Entretanto, a política pública de cotas sociorraciais não se mostra razoável, ou mesmo proporcional, uma vez que a discriminação estabelecida entre os diferentes candidatos, para o fim de reserva de vagas a determinados grupos de estudantes, não deve guardar a necessária adequação entre os fins visados e os meios utilizados. A cor da pele e a raça não são causas capazes de justificar a diferenciação entre indivíduos iguais, para fins de ingresso no ensino superior. Duas pessoas, egressas de escolas idênticas - públicas ou privadas, não podem ter tratamento diferenciado entre si exclusivamente porque uma tem determinada cor de pele e outra tem coloração diversa.

6. É ilegal a criação de regras criando cotas raciais para ingresso no ensino superior, impondo-se o afastamento das mesmas.

7. No caso em exame, mesmo com o afastamento das cotas raciais a parte autora não lograria ingresso na universidade. (APELREEX 200972000010787, 3a. T, 20 de outubro de 2009, Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto)

Em tal medida haveria o desrespeito à cláusula constitucional que proíbe qualquer tratamento diferenciado em função da raça, do sexo, ou da

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

idade.¹⁰

É comum a referência, para infirmar o sistema de cotas, ao célebre caso *Regents of the University of California v. Bakke*. O próprio Relator deste incidente, cujo voto dá pela inconstitucionalidade das cotas no caso brasileiro, utiliza-o para sustentar que “mesmo nos Estados Unidos da América – cuja tradição cultural traz em seu âmago forte preconceito em relação aos afrodescendentes (...) são consideradas inconstitucionais tais cotas, permite-se apenas os programas de incentivo à promoção dos negros, mas nada parecido com o regime de cotas estabelecido em razão da cor da pele.” (fls. retro)

É verdade. Contudo, o caso *Bakke* não deve ser entendido como a última palavra da Suprema Corte estadunidense sobre a questão das cotas raciais. Na verdade, como revelam os comentários a esse importante precedente, a decisão de se considerar como inválido o ato normativo da Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia que reservou dezesseis vagas dentre cem, para membros oriundos de minorias (*members of certain minority groups*), necessita ser considerada com certa reserva.

A própria Suprema Corte, ao proferir sua decisão em uma demanda posterior e igualmente emblemática sobre o tema (*Grutter v. Bollinger et alii*) explicou que o aresto *Bakker*, na verdade, teria sido deliberado por um voto médio, já que se produziram seis opiniões em separado, nenhuma delas com condições de firmar a maioria necessária para estabelecer-se como tese vencedora. Segundo Sandra O'Connor, que lavrou o acórdão de *Grutter v. Bollinger*.

¹⁰ Razões de ordem jurídica, como também antropológicas e sociológicas contra as cotas são enfrentadas com apurado denodo científico por Célia Maria Marinho de Azevedo em uma série de trabalhos acadêmicos. Por todos, citamos o artigo *Cota Racial e Estado: Abolição do Racismo ou Direitos de Raça*, cujos principais argumentos serão reproduzidos ao longo dessa exposição. Por ora, contudo transcreve-se a conclusão final a que chega essa pesquisadora, que enfrenta o assunto sobretudo desde uma perspectiva multidisciplinar: “Se a raça foi uma invenção danosa aos destinos da humanidade, tal como reconhecem muitos defensores da cota racial, por que reivindicar a racialização pelo Estado? Será que a História nos aprisionaria irremediavelmente às categorias raciais inventadas pelos cientistas do século XIX? Frantz Fanon, psicanalista que analisou a si mesmo e aos seus pacientes aprisionados num sentimento devastador de inferioridade racial, acenou já há muitos anos com a liberação da humanidade das suas pesadas correntes de raça. Para ele, não se tratava de buscar refúgio num “mundo de reparações retroativas”, tornando-se um “prisioneiro da História”. Pessoas negras e brancas precisariam distanciar-se das vozes desumanas de seus antepassados, uma vez que o verdadeiro salto consistiria em introduzir a invenção na existência (Fanon, 1983, p.188-190). Se quisermos engendrar o nascimento de “uma autêntica comunicação” humana, tal como sonhada por Fanon e tantos outros combatentes do racismo, precisamos desconstruir esta devastadora ficção científica das raças que se quer impor uma vez mais, porém na roupagem atrativa e ilusória da “discriminação positiva”. (AZEVEDO, Célia Maria Marinho de. *Cota Racial e Estado: abolição do racismo ou direitos de raça? Cadernos de Pesquisa*. v. 34, n. 121, p. 213-239, jan./abr. 2004. p. 235-236)

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

Quatro ministros teriam validado o programa na base de que o governo pode utilizar a raça para remediar as desvantagens sofridas por minorias por força de preconceitos raciais. Outros quatro ministros teriam infirmado o programa em bases legais (porém não constitucionais). O Ministro Powell, lavrando a decisão da Corte, proferiu um quinto voto, não apenas para invalidar o programa, mas também para reverter a determinação oriunda da corte estadual contra o uso da raça qualquer que fosse o motivo. (Porém), em uma parte de seu voto que não foi seguida por qualquer outro ministro, o Ministro Powell expressou sua visão de que a obtenção de um corpo estudantil diversificado era o único interesse afirmado pela universidade que sobrevivia a um exame minucioso (de constitucionalidade). Embasando sua análise na liberdade acadêmica, que longinquamente tem sido vista como uma preocupação especial da Primeira Emenda, o Ministro Powell enfatizou que “o futuro da nação depende de líderes treinados através de uma exposição ampla a idéias e costumes de alunos tão diversos como esta Nação”¹¹

Todavia, em seguida, o mesmo *Justice* Powell afirmará que não se deve considerar como um interesse constitucionalmente aceitável a simples garantia de uma diversidade étnica, na qual se asseguraria uma específica percentagem das vagas existentes aos alunos provenientes de um certo grupo étnico. Demais disso, o interesse coletivo estaria representado quando formulasse uma ampla lista de qualificações e características, sendo a raça ou origem étnica apenas uma delas.¹²

As conclusões a que chegou o *Justice* Powell no caso *Bakke*, que na ocasião se constituiu como espécie de voto de Minerva, foram, mais posteriormente, endossadas pela maioria dos nove juízes que compõem a Suprema Corte norte-americana nos casos *Grutter v. Bollinger* e *Gratz v. Bollinger*.

¹¹ No original: “In the landmark *Bakke* case, this Court reviewed a medical school’s racial set-aside program that reserved 16 out of 100 seats for members of certain minority groups. The decision produced six separate opinions, none of which commanded a majority. Four Justices would have upheld the program on the ground that the government can use race to remedy disadvantages cast on minorities by past racial prejudice. 438 U.S., at 325. Four other Justices would have struck the program down on statutory grounds. *Id.*, at 408. Justice Powell, announcing the Court’s judgment, provided a fifth vote not only for invalidating the program, but also for reversing the state court’s injunction against any use of race whatsoever. In a part of his opinion that was joined by no other Justice, Justice Powell expressed his view that attaining a diverse student body was the only interest asserted by the university that survived scrutiny. *Id.*, at 311. Grounding his analysis in the academic freedom that “long has been viewed as a special concern of the [First Amendment](#),” *id.*, at 312, 314, Justice Powell emphasized that the “ ‘nation’s future depends upon leaders trained through wide exposure’ to the ideas and mores of students as diverse as this Nation.” (Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/02-241.ZS.html>.)

¹² No original: [...] is not an interest in simple ethnic diversity, in which a specified percentage of the student body is in effect guaranteed to be members of selected ethnic groups,” that can justify using race. *Id.*, at 315. Rather, “[t]he diversity that furthers a compelling state interest encompasses a far broader array of qualifications and characteristics of which racial or ethnic origin is but a single though important element.” (Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/02-241.ZS.html>.)

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

Com efeito, o argumento de Powell é reproduzido nestes últimos julgamentos. Efetivamente, a jurisprudência da Suprema Corte é contrária ao sistema de cotas, por entender que os candidatos devem ser avaliados individualmente, dentro de uma concorrência única, não podendo ser previamente postos em faixas distintas de parametrização (cota). Nada obstante, a raça pode ser usada como critério diferenciador, dentro de um exame *holístico*, como se chegou a dizer. Cito as palavras da Ministra Sandra Day O'Connor, que redigiu o acórdão em *Grutter v. Bollinger*:

O programa de admissões da Escola de Direito (de Michigan) contém as características de um “plano estritamente sob medida”. Para ser rigorosamente “sob medida”, o programa de admissões não pode “isolar cada categoria de candidatos, com certas desejadas qualificações, da competição com todos os outros candidatos.” *Bakke, supra*, em 315 (voto de Powell, J.). “Em vez disso, ele pode considerar a raça ou etnia apenas como um ‘plus’ nos arquivos de um candidato em particular”, ou seja, deve ser “flexível o suficiente para considerar todos os elementos pertinentes da diversidade em função das qualificações específicas de cada candidato e colocá-lo em pé de igualdade para fins de avaliação, embora não necessariamente atribuindo o mesmo peso a eles.” (*id.* em 317) Segue-se que as universidades não podem estabelecer quotas para os membros de certa raça ou grupos étnicos, ou colocá-los em faixas separadas de admissão. Veja *id.*, at 315-316. O programa de admissão da Escola de Direito (de Michigan), como o plano de Harvard aprovado pelo Ministro Powell, satisfaz a esses requisitos. Além disso, o programa é flexível o suficiente para garantir que cada candidato seja avaliado enquanto indivíduo e não de uma maneira que faça sua raça ou etnia a característica definidora do concurso. Veja *Bakke, supra*, em 317 (opinião de Powell, J.).¹³

É certo, assim, que a Suprema Corte Norte-Americana possui entendimento mais restritivo sobre o assunto, de modo que, se bem conclua pela possibilidade de ações afirmativas, parece não considerar a cor, ou a raça, como se queira dizer, como fundamento razoável para cancelar essa política sob o crivo de sua conhecida cláusula constitucional de *equal protection*.

Contudo, o assunto mereceu por parte da doutrina uma série de críticas. Ninguém menos que Ronald Dworkin procede a uma sistemática e

¹³ No original: “The Law School’s admissions program bears the hallmarks of a narrowly tailored plan. To be narrowly tailored, a race-conscious admissions program cannot “insulat[e] each category of applicants with certain desired qualifications from competition with all other applicants.” *Bakke, supra*, at 315 (opinion of Powell, J.). Instead, it may consider race or ethnicity only as a “‘plus’ in a particular applicant’s file”; *i.e.*, it must be “flexible enough to consider all pertinent elements of diversity in light of the particular qualifications of each applicant, and to place them on the same footing for consideration, although not necessarily according them the same weight,” *id.*, at 317. It follows that universities cannot establish quotas for members of certain racial or ethnic groups or put them on separate admissions tracks. See *id.*, at 315—316. The Law School’s admissions program, like the Harvard plan approved by Justice Powell, satisfies these requirements. Moreover, the program is flexible enough to ensure that each applicant is evaluated as an individual and not in a way that makes race or ethnicity the defining feature of the application. See *Bakke, supra*, at 317 (opinion of Powell, J.).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

vigorosa invectiva contra os que veem na utilização do critério racial uma ofensa à cláusula constitucional da *equal protection*. Diz o jusfilósofo:

Se as alegações estratégicas a favor da ação afirmativa são válidas, não podem ser descartadas com a justificativa de que testes racialmente explícitos são repugnantes. Se tais testes são repugnantes, só pode ser por motivos que tornam ainda mais repugnantes as realidades sociais subjacentes que os programas atacam.¹⁴

E prossegue no ponto que me parece a principal demonstração de que, em essência, a Suprema Corte, embora reusando a cota, admitiu quase a mesma possibilidade, para não se dizer que, embora por via oblíqua, permitiu uma discricionariedade ainda mais ampla por parte das Universidades:

Na verdade, há importantes diferenças entre o tipo de programa de ação afirmativa por "quotas" – que reserva vagas apenas para "minorias" – e planos mais flexíveis que fazem da raça um fator, na composição de todas as vagas. Mas essas diferenças são administrativas e simbólicas. Um programa flexível provavelmente é mais eficiente, a longo prazo, porque permitirá que a instituição aceite menos que a meta aproximada de candidatos de minorias quando o grupo total da candidatos for menor, e mais quando for maior. Certamente, é melhor simbolicamente, por várias razões.

[...]

Mas a superioridade administrativa e simbólica dos programas flexíveis, por mais clara que seja, não pode justificar uma distinção constitucional do tipo que Powell faz. Não deve haver nenhuma distinção constitucional, a menos que um programa de quotas viole ou ameace os direitos constitucionais de candidatos brancos como *indivíduos* de alguma maneira que não ocorre com os programas mais flexíveis.

Powell não demonstra tal diferença, e é difícil imaginar como poderia fazê-lo. Se a raça conta em um programa flexível, haverá algum candidato branco que perderá uma vaga, mas que teria conseguido se a raça não contasse. O dano é o mesmo – nem maior nem menor – que o sofrido por Bakke. Não podemos dizer que em um sistema flexível menos brancos perdem vagas porque a raça figura na decisão; isso dependeria da comparação de detalhes dos programas flexíveis e dos programas de quotas, da natureza dos candidatos e de outras circunstâncias.¹⁵

Por isso, conclui corretamente Dworkin, o argumento utilizado seja em *Bakke*, seja em *Grutter*, é prenhe de coerência, pois baseia-se em um *quadro irreal* e não resiste, assim, a uma análise mais aprofundada.

Não há dúvidas, prossegue o jusfilósofo norte-americano, que ao admitir um *programa flexível* a Suprema Corte estaria aceitando, ou, pelo menos ignorando deliberadamente o fato de que cada comitê universitário informalmente fará sua própria quota sinuosa e veladamente, vale dizer, impossibilitando até mesmo o uso de medidas judiciais diante da maior dificuldade de sua comprovação objetiva.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. trad. de Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 440.

¹⁵ *Id. ibid.* p. 461-462.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

Além disso, para que se venha a importar quaisquer das conclusões da Suprema Corte norte-americana, deve-se refletir sobre as diferenças existentes entre Brasil e Estados Unidos. Inicialmente, deve-se considerar as diferenças entre as formas de ingresso no ensino universitário em cada um desses países, bem como no fato de que, lá, os negros já se encontram secularmente melhor socialmente organizados do que no Brasil.

Essa é, com efeito, uma peculiaridade importante: o modelo norte-americano foi e continua sendo tradicionalmente pautado pela análise individualizada dos candidatos a uma vaga nas Universidades, o que inexistente no Brasil, onde inclusive não se costuma admitir, nos concursos públicos, a identificação preliminar dos candidatos para não ofender o primado da impessoalidade.

Ou seja, partindo o modelo norte-americano de uma forma de acesso baseada na avaliação pessoal do candidato, inclusive com entrevistas perante as bancas docentes, é perfeitamente aceitável afirmar que a prévia fixação de uma cota poderia ferir essa peculiar forma de isonomia, ou mesmo de razoabilidade, na avaliação que possibilita o ingresso do aluno na universidade e que é tradicionalmente empregada naquele país.

O professor Kabengele Munanga analisa ainda o segundo aspecto ora destacado, qual seja, a diversidade de meios que os negros norte-americanos possuem para ingressar em universidades naquele país. Nada obstante o racismo estadunidense ser mais visível, ou ostensivo, que o brasileiro, o elemento negro encontra-se, por força de outras razões históricas, mais densamente organizado do ponto de vista social, inclusive com maior possibilidade de se inserir nos espaços acadêmicos, muitos dos quais já foram projetados especialmente para eles. Reproduzo suas afirmações:

(D)evemos dizer que os afro-americanos têm outras alternativas para ingressar e permanecer nas universidades que aqui não temos por causa das peculiaridades do 'nosso' racismo. Eles têm duas universidades federais de peso criadas para eles (Universidade de Howard, por exemplo) e universidades criadas pelas igrejas independentes negras para as comunidades afro-americanas, principalmente nos Estados do Sul, considerados como os mais racistas (é o caso da Universidade de Atlanta, que foi fundada pelos negros e para os negros). Além disso, a maioria das universidades públicas americanas, até as mais conceituadas como Princeton, Harvard e Stanford, continuam a cultivar as ações afirmativas em termos de metas, sem recorrer necessariamente às cotas ou estatísticas definidas.¹⁶

Além disso, não se pode cogitar para a análise do tema unicamente da prática jurisprudencial norte-americana. Mesmo no plano internacional constata-se uma já consolidada experiência com a política de cotas em muitos outros países, o que pode ser levado em consideração para fins comparativos.

As peculiaridades históricas de vários países, com efeito, terminaram impondo a adoção de sistemas de compensação que permitissem fossem beneficiados certos grupos considerados menos favorecidos, ou, ainda,

¹⁶ MUNANGA, Kabengele. *op. cit.* p. 38.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

aqueles que, por alguma razão estratégica, passaram a merecer especial atenção do Estado.

Culturas distintas em suas mais amplas dimensões adotaram o sistema de cotas por possuírem todas elas grupos sociais historicamente segregados. Podem ser mencionados a título de exemplo: Índia, Canadá, África do Sul, Austrália e Nova Zelândia.¹⁷

Há, como dito, diferentes razões para a adoção de políticas afirmativas baseadas em cotas. Na África do Sul, é quase iterativo que a política do *apartheid* forçosamente exigiria um sistema de compensação afirmativo. Na Alemanha, por outro lado, o elevado nível de evolução social impôs, inclusive, um diferente tipo de cota: *para alunos provenientes do estrangeiro*.

Nesses lugares, o *princípio meritório*, por óbvio continua a existir, mas fica em alguma medida mitigado por se acreditar, diante de um argumento não apenas ético ou sociológico, mas também econômico, que as cotas seriam “a melhor forma de corrigir distorções nos mecanismos de alocação de recursos, através da competição por mérito”.¹⁸

No caso da Índia, as políticas afirmativas são não apenas mais intensas, como ainda antecedem as norte-americanas. O sistema indiano de quotas é mais próximo ao brasileiro. Como aqui, lá se reservam previamente vagas para determinados grupos, que se acreditam mais excluídos, de modo a garantir um mínimo de participação (desses grupos) no ensino superior.

Isso haveria permitido um acesso mais amplo e democrático às universidades em um país historicamente caracterizado pela exclusão de determinados extratos em função do nascimento. O raciocínio, além de muito

¹⁷ “As políticas de ação afirmativa vêm sendo implementadas, entretanto, em outros países além dos EUA. Jacques d’Adesky (1998), por exemplo, afirma que a Índia, após tornar-se independente em 1947, adotou um sistema baseado em cotas, o qual destinou, aos chamados “intocáveis”, cerca de “22.5% das vagas na administração e no ensino públicos”. Essa medida tinha como objetivo a correção das desigualdades advindas do sistema de castas e da subordinação de “origem divina”. Na Malásia, segundo Santos et al. (1996), a etnia bímiputra recebeu tratamento etnicamente diferenciado, com o objetivo de que fosse promovido seu desenvolvimento econômico. Rosana Queiróz Dias (1997), por sua vez, afirma que cerca de 25 países, entre os anos de 1982 e 1996 adotaram, de acordo com dados fornecidos pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), intervenções políticas visando a eliminar as discriminações sexual e racial ou implementado mecanismos “de discriminação positiva nas relações de trabalho”. Nos anos noventa, países como Ilhas Fidji, Malásia, Canadá, Índia e Austrália adotaram políticas de ação afirmativa no combate às desigualdades culturais. Na Europa, é possível encontrá-las, aplicadas às desigualdades de gênero.” (SYSS, Ahyas. *Afro-Brasileiros, Políticas de Ação Afirmativa e Educação: algumas considerações*. Disponível em <http://www.educacaoonline.pro.br/index.php?option=com_content&view=article&id=119:afro-brasileiros-politicas-de-acao-afirmativa-e-educacao-algumas-consideracoes&catid=8:multiculturalismo&Itemid=19consideracoes&catid=8:multiculturalismo&Itemid=19>).

¹⁸ GUIMARÃES, Antônio Sérgio. *Racismo e Anti-racismo no Brasil*. São Paulo: Editora 34, 2005. p. 181.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

lógico, é dotado de um humanismo primoroso: não se pode pretender que cidadãos tão díspares tenham, todos, as mesmas vantagens ou ônus.¹⁹

Uma das vezes em que apreciou o tema das cotas, a Suprema Corte da Índia, no caso *Indra Sawhney el alli vs. Índia el alli*, entabulou um precedente considerando constitucional o uso do critério racial (ou, mais precisamente, a escolha de uma casta), mas apenas quando associado a outros fatores sociais relevantes. Deste modo, o favorecimento de uma raça, de uma casta, ou dos adeptos de uma religião em particular estaria permitido, tornando válida a política de cotas, quando constatado que o grupo em questão encontrava-se alijado da sociedade indiana através de indicativos sociais objetivos.²⁰

Um outro exemplo conhecido de cotas é o canadense, onde as políticas afirmativas possuem, inclusive, explícita previsão constitucional.

Com efeito, a versão canadense do princípio da igualdade (art. 15 da Carta de Direitos, compilada pelo Ato Constitucional de 1982) enuncia a proibição de atos discriminatórios com fundamento de raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, sexo, idade, ou incapacidade mental ou física para logo agregar que esses mesmos fatores poderão ser utilizados em programas ou atividades estatais com o objetivo, justamente, de melhorar ou diminuir as desvantagens sociais e econômicas delas decorrentes.²¹

Uma série posterior de diplomas legislativos levou adiante a política de ações afirmativas naquele país. A chamada Lei canadense de Igualdade de Empregos (*The Canadian Employment Equity Act*) exige que nas indústrias que são regulamentadas pelo governo federal os empregadores deem tratamento preferencial para quatro grupos designados, por presumi-los desfavorecidos: mulheres, pessoas com incapacidade, povos aborígenes,

¹⁹ “The claim has two sides: make the increase available to each prospective student on his own merit; make the increase available to underprivileged groups, communities, tribes, castes on a quota basis – ensure them a proper minimum. The latter claim stress that all citizens do not start with the same advantages. Selected groups must be given special concessions to make up for the great environmental differences. These concessions are in the form of laws in the states, legally legitimized quotas.” (GAUDINO, Robert Lee. *The Indian University*. Bombay: Bombay Chronicle Press, 1965. p. 27)

²⁰ No original: “416. No class of citizens can be classified as backward solely by reason of religion, race, caste, sex, descent, place of birth, residence or any of them. But any one or all of these factors mentioned in Article 15(1) or Article 16(2) can be taken into account along with other relevant factors in identifying classes of citizens who are socially and educationally backward. What is significant is that such identification should not be made solely with reference to the criteria specified in Article 15(1) or Article 16(2), but with reference to the social and educational backwardness of classes of citizens.”

²¹ No texto original: “15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability. (2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.”

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

neles incluídos os índios, os *métis* e os *inuits*, além das minorias visíveis, nelas abrangidas as pessoas de cor e os não-caucasianos em geral.²²

Segundo informação disponível na rede mundial de computadores, no pertinente às universidades canadenses, pessoas de origens aborígenes normalmente têm menores exigências de entrada e são elegíveis para receber bolsas de estudo exclusivas: “Algumas províncias e territórios também têm ação afirmativa do tipo de políticas. Por exemplo, nos Territórios do Noroeste, no norte do Canadá, as pessoas indígenas têm preferência de emprego e educação e são considerados como tendo status de *P1*. Não-aborígenes que nasceram nos mesmos Territórios do Noroeste, ou que aí residiram pela metade de sua vida não são considerados *P2*, bem como mulheres e pessoas com deficiência.”

Contudo, dando prova de que a questão racial é talvez mais complexa do que a “simples” inclusão em decorrência da pobreza, as políticas de ações afirmativas no Canadá, por mais amplas que sejam, ainda revelam-se incapazes de fomentar um efetivo alargamento dos grupos étnicos que compõem a diversidade da população canadense.

Assim, muito embora as universidades canadenses tenham programas de ação afirmativa ou de igualdade de trabalho (sem dúvida influenciada pelo Programa Federal de Contratações) e explicitamente incentivar membros de “grupos designados” - mulheres, aborígenes, minorias visíveis, como a racial, sexual e pessoas com deficiência - para se candidatar a cargos de membros do corpo docente, a representação dos grupos raciais minoritários ainda é bastante baixa nos campi universitários²³

²² No texto original: “**2.** The purpose of this Act is to achieve equality in the workplace so that no person shall be denied employment opportunities or benefits for reasons unrelated to ability and, in the fulfilment of that goal, to correct the conditions of disadvantage in employment experienced by women, aboriginal peoples, persons with disabilities and members of visible minorities by giving effect to the principle that employment equity means more than treating persons in the same way but also requires special measures and the accommodation of differences.”

²³ No original: “But while a number of canadian universities have affirmative action or employment equity programs (no doubt influenced by the Federal Contractors Program), and in their job advertisement explicitly encourage ‘designated group’ members – women, Aboriginal peoples, visible/racial and sexual minorities, people with disabilities – to apply for positions of racial minority faculty members, it still the case that the representaion of racial minority faculty members remains quite low on university campuses Reversing this situation requires addressing the interrelated structural and individual factors such as the seeming ambivalence (sometimes reluctance) of candidates to self-identify, the ways in wich the cultural normas and values of the institution and disciplines influence the exoectations and treatment of candidates in the interview process, the tendency to make appointments based on the perceived capacity of the candidate to ‘fit’ into the existing culture of the faculty, and the assumed relationship that is made between particular scholarship and minority status of candidates.” (JAMES, Carl. E. It will happen without putting in place special measures: racially diversifying universities. In TATOR, Carol & HENRY, Fances. *Racism in the Canadian University*. demanding social justice, inclusion, and equity. Toronto: University of Toronto, 2009. p. 132).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

Ainda a propósito do Direito comparado, um derradeiro exemplo de políticas afirmativas com o uso de cotas é o germânico, já mencionado.

A conhecida Lei Fundamental de Bonn, ao enunciar o princípio da igualdade, deixa claro que nem raça, língua, origem, fé, crenças religiosas ou convicções políticas podem ser admitidas como fatores de preferência ou favorecimento²⁴

Entretanto, há vários exemplos de ações afirmativas no Direito Alemão (*Positive Maßnahmen*), as quais devem levar em conta, justamente, o grupo discriminado socialmente em razão do sexo, raça, grupo étnico etc.

Talvez o exemplo mais recente seja a Lei Geral do Tratamento Iguatário, ou simplesmente Lei Anti-discriminação (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - AGG*), editada no ano de 2006. A novel legislação, específica para o Direito Privado, visa a evitar, ou erradicar, a discriminação de gênero, raça, origem étnica etc. O novel diploma deixa claro, entretanto, ser possível a utilização da ação afirmativa (permitindo uma diferença de trato firmada em qualquer um desses fatores para compensar, com medidas apropriadas e adequadas, as desvantagens existentes justamente em razão deles).²⁵

No caso ainda das universidades alemãs, existe, como dito, também uma espécie de cota. É verdade que não se faz referência a um critério racial propriamente dito, contudo, é comum haver uma cota para pessoas com problemas de saúde (*Der Härtefall*).

Por outro lado, é também destinado um percentual de vagas, de acordo com cada universidade, para estudantes estrangeiros, assim entendidos os nacionais de Estados que não fazem parte da Comunidade Europeia, bem como os apátridas.

Essa última forma de cota põe em evidência a amplitude da questão. Aqui se está tratando de assegurar um mínimo de vagas para os estrangeiros, obviamente em detrimento dos nacionais, tendo em vista os fins estatais de permitir, seja uma maior diversidade no ambiente acadêmico, seja mesmo a possibilidade da repercussão das idéias e das ideologias fomentadas nas universidades alemãs através do mundo.

Seja como for, permite-se uma vantagem para um grupo determinado, que passa a concorrer em um grupo diferenciado dos demais.

Finalmente, é citado um caso recente do que se poderia chamar de *cota-reversa*. Com efeito, em decisão datada de 13 de Abril de 2010, o

²⁴ Art. 3º. (3) - Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden.

²⁵ "Ungeachtet der in den §§ 8 bis 10 sowie in § 20 benannten Gründe ist eine unterschiedliche Behandlung auch zulässig, wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen eines in § 1 genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen."

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

Tribunal de Justiça Europeu, referendando um pleito da Bélgica, deliberou que os Estados-Membros podem impor quotas sobre o número de estudantes da União Europeia provenientes de outros países, sob determinadas condições estritas.

Embora tomando por premissa o fato de que a discriminação contra alunos com base na nacionalidade é contrária ao direito comunitário, a cota restritiva poderia ser autorizada para que se protegesse a saúde pública. A Bélgica argumentava que o país poderia ficar sem profissionais da área da saúde se não estabelecesse um limite mínimo de ingresso em suas universidades para nacionais, ou pelo menos estrangeiros residentes.

Essas várias formas de cotas demonstram o quanto amplo e matizado é o assunto, variando sua conformação de acordo com a realidade histórica e cultural de cada povo. Além disso, é possível inferir rapidamente que todo e qualquer critério que se utilize para compensar um desequilíbrio social poderá ser – e fatalmente será – passível de crítica pelo grupo diretamente afetado. Basta considerar, por exemplo, que o agora aceito critério social, com base na origem escolar, também já foi alcunhado de *vago* e não objetivo.

Por tudo isso, parece assistir razão ao que conclui Antônio Sérgio Alfredo Guimarães quando assevera que “políticas públicas que utilizam discriminação positiva são impopulares em todo o mundo ocidental, ainda que se demonstre, por meio de argumentos sólidos, a compatibilidade dessas políticas com os ideais universalistas e individualistas”.²⁶

Contudo, se é verdade que os exemplos colhidos da experiência de outros países favorecem uma melhor compreensão dessa forma de ação afirmativa, não é menos correto dizer que a validade jurídica das cotas raciais deve ser sindicada, em definitivo, a partir de nossas próprias matrizes sociológicas e constitucionais.

Sendo a Constituição ela própria uma manifestação cultural de um povo, termina por refletir invariavelmente as peculiaridades que tornam uma nação única entre as demais. Esses mesmos matizes devem ser considerados pelo intérprete, quando é chamado a conformá-los.²⁷

Tomando esses dados preliminares como balizamento, passo, então, a analisar o fundamento constitucional para ações afirmativas que utilizem a raça como fator próprio para o discrimine.

Ao trazer referências, em seu art. 1º e em seu art. 3º, I, III e IV, a uma sociedade livre, justa e solidária, mediante redução de desigualdades sociais, a CF/88 não somente autorizou, mas obrigou o Estado a adotar políticas de

²⁶ GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. *op. cit.* p. 193.

²⁷ Essa conclusão, visivelmente, é inspirada nas idéias de Estado Constitucional Cooperativo e da Constituição como cultura proposta por Peter Häberle, onde, por um lado, deve-se buscar nos exemplos e instrumentos constitucionais já consolidados em outros países já estabilizados, porém com respeito às realidades culturais de cada povo. Cf. HÄBERLE, Peter. *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

inclusão social dos negros. Essa referência é logo reforçada pelo repúdio ao racismo, eleito como um dos princípios que regem a República (art. 4º, VIII).

O texto constitucional, outrossim, traz vários exemplos de ações afirmativas em favor de segmentos sociais em situação de vulnerabilidade (v. art. 7º, XX; art. 37, VIII).

No caso do art. 7º, XX, o constituinte é expresso em prescrever a necessidade do estabelecimento de políticas visando a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos. Cuida-se, por óbvio, do estabelecimento de medidas de natureza afirmativa visando a eliminação/redução da discriminação de gênero. No 37, VIII, ele é ainda mais enfático, prospectando exemplo de cota (percentual dos cargos e empregos públicos) para fins de acesso das pessoas portadoras de deficiência na Administração Pública.

Daí porque penso não apenas ser plausível, como ainda conforme com o sistema constitucional, o estabelecimento de uma política afirmativa fomentadora da inclusão dos descendentes históricos (negros) daqueles escravos que foram segregados fisicamente em um passado mais remoto e que, atualmente, ainda permanecem socialmente alijados dos extratos mais importantes da sociedade, nele incluído o acadêmico.

Em termos operacionais, a diminuição das desigualdades sociais e econômicas previstas no texto constitucional necessita, para sua efetivação, primeiramente, que se identifiquem os grupos vulneráveis na sociedade, vítimas da desigualdade e injustiça social que se quer corrigir. Quanto a isso, supõe-se que não haja grande divergência. A pergunta que se estabelece vem a ser: a população negra pode ser constituída como um grupo vulnerável, merecendo ser beneficiada pelas mencionadas políticas afirmativas?

Embora constituindo legislação de caráter infraconstitucional, os muitos tratados firmados pelo Brasil, inclusive quando da vigência de Constituições passadas, demonstram a preocupação do Estado nacional em reconhecer o elemento negro como vulnerável e, já adiantando a conclusão, merecedor de tratamento diferenciado.

Colhe-se, por exemplo, no âmbito internacional, o já longínquo exemplo da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (sua ratificação pela República Federativa do Brasil deu-se em 27/03/68), que já trazia disposição prevendo a possibilidade de “discriminação positiva”:

Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos. (art. 1º. (4)).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

Mais recentemente, a Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata realizada em Durban (África do Sul), ocorrida entre os dias 31 de Agosto a 08 de Setembro de 2001, na qual o Brasil foi parte, reafirmou esses postulados e foi ainda além, estabelecendo a necessidade de que os países da região das Américas reconhecessem a desigualdade histórica em relação aos afrodescendentes.

Nada obstante ser um documento de *soft law*, ou seja, não possuir força vinculante no âmbito internacional, os itens 31 a 33 do relatório final da Conferência de Durban é explícito em afirmar a existência de um débito histórico para com os afrodescendentes, bem como pugnar pelo estabelecimento de medidas aptas a compensá-lo:

31. Também expressamos profunda preocupação sempre que os indicadores nas áreas, *inter alia*, da educação, emprego, saúde, moradia, mortalidade infantil e expectativa de vida para muitos povos revelam uma situação de desvantagem, particularmente quando os fatores que para isto contribuem incluem racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata;
32. Reconhecemos o valor e a diversidade da herança cultural dos africanos e afrodescendentes e afirmamos a importância e a necessidade de assegurar sua total integração à vida social, econômica e política, visando facilitar sua plena participação em todos os níveis dos processos de tomada de decisão;
33. Consideramos essencial que todos os países da região das Américas e de todas as outras áreas da diáspora africana, reconheçam a existência de sua população de descendência africana e a contribuição cultural, econômica, política e científica desta população e reconheçam a persistência do racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata que os afeta especificamente, e reconhecemos que, em muitos países, a desigualdade histórica em termos de acesso, *inter alia*, à educação, ao sistema de saúde, à moradia tem sido uma causa profunda das disparidades sócio-econômicas que os afetam.

Além disso, embora de forma mais discreta, há indicativos no texto constitucional da necessidade de medidas compensatórias para os afrodescendentes. Isso pode ser observado, inclusive, no âmbito penal, quando considera a prática de racismo um crime inafiançável e, mais forte ainda, *imprescritível* (art. 5º. XLII, da CF/88). Para se ter uma dimensão apropriada dessa valoração, o outro caso em que a Constituição Federal entende ser também o caso de crime inafiançável e *imprescritível* é a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. (art. 5º. XLIV, da CF/88).

Contudo, o art. 206, I, da Constituição Federal é explícito em garantir a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. Poder-se-ia argumentar que o preceito em comentário, que parece estabelecer uma igualdade formal para o acesso à Educação, deveria ser interpretado restritivamente, de maneira que a expressão *Escola* deve ser compreendida como distinta do ensino universitário, que vem a ser, topograficamente, objeto de norma própria no art. 207 do texto constitucional, onde nada é dito a respeito da igualdade de ingresso, salvo – e justamente ao contrário – que as universidades “gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial”.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

Nada obstante, o consequente art. 208 da Carta Magna, ao prescrever as garantias que o Estado deve fornecer para fins de efetivação do Direito à Educação, retoma o problema do *mérito próprio* para fins acadêmicos. Ao dizer, em seu inciso V, que “o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”, não estaria o constituinte impedindo o estabelecimento de qualquer programa governamental que, baseado ou não na forma de cotas, mitigasse o mérito individual como forma de acesso ao ensino universitário?

Parece que, uma vez mais, o problema é o de choque de princípios.²⁸ No caso, há uma antinomia entre os objetivos constitucionais que pugnam pela recomposição das desigualdades sociais com esse último, que estabelece o *mérito próprio* para fins de ascensão acadêmica, logo, para fins também de ingresso nas universidades.

Não se duvida que o caso requererá a utilização da famosa regra de ponderação preconizada por Robert Alexy, que, sem excluir a vigência de qualquer um deles, procura uma solução ao mesmo tempo harmônica, sob o prisma sistêmico, e justa, tendo em vista as opções principiológicas realizadas pelo Constituinte.

Contudo, para além da verificação analítica da ponderação entre os princípios e do fato que eles cobram efetividade na maior medida possível²⁹, o que se está a escrutinar, através das diretivas constitucionais positivadas, são os indícios para definir em até que níveis é possível dizer que o sistema constitucional considera aceitável a flexão de um em benefício ou detrimento do outro.

Por isso mesmo, Luis Pietro Sanchís, numa análise crítica da obra de Alexy, vai sustentar que: “mais que um juízo de otimização, caberia falar de um juízo de razoabilidade, que aceitando a idéia de cumprimento gradual, indicasse por debaixo de que nível de cumprimento ou satisfação uma determinada norma ou política considera-se intolerável”.³⁰

Não se nega que o mérito individual, inclusive por força dos princípios constitucionais vigentes em inúmeros países - o Brasil incluído - que é auferível em concursos públicos, avaliações, exames nacionais para o ingresso nas Universidades, seja uma importante ferramenta para a seleção dos candidatos.

²⁸ “Existe una colisión entre principios cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan “prima facie” dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso.” (PULIDO, Carlos Bernal. *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 98)

²⁹ É, como sabido, a clássica definição de Alexy: princípios como *mandados de otimização*. Sobre o assunto, cf: ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. trad. de Carlos Bernal Pulido. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

³⁰ SANCHÍS, Luis Pietro. *Sobre Principios y Normas: problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 49.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

Contudo, o que se verifica é que o *princípio meritório* termina por ser ideologicamente hipertrofiado para impedir o sistema de cotas. Mesmo a reticente prática jurisprudencial norte-americana, embora dando ao *mérito* um forte valor, termina por demonstrar que ele não é um critério único, podendo, assim, outros critérios serem a ele somados para fins de ingresso nas universidades.

O Ministro Gilmar Mendes, ao negar a liminar postulada pelo *Democratas* nos autos de uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 186-DF), cujo objeto é a declaração de inconstitucionalidade dos normativos baixados pela Universidade de Brasília-UnB permitindo o uso de cotas raciais no exame vestibular dessa instituição de ensino, destacou que é o postulado da igualdade (material) que deve ser privilegiado no balanceamento constitucional que se leva a efeito nesta oportunidade. Transcrevo:

A questão da constitucionalidade de ações afirmativas voltadas ao objetivo de remediar desigualdades históricas entre grupos étnicos e sociais, com o intuito de promover a justiça social, representa um ponto de inflexão do próprio valor da igualdade. Diante desse tema, somos chamados a refletir sobre até que ponto, em sociedades pluralistas, a manutenção do *status quo* não significa a perpetuação de tais desigualdades.³¹

Desse modo, a exemplo do que já foi mencionado no famoso precedente *Indra Sawhney el alli vs. Índia el alli*, decido pela Suprema Corte da Índia, deve-se aliar o critério da casta (no caso deles), ou da raça (no nosso), com um indicativo capaz de constatar, efetivamente, que os integrantes dessa casta (ou raça) encontram-se em uma situação de desvantagem social para, a partir daí, apresentar medidas compensatórias adequadas.

É imperativo, portanto, que o choque entre os referidos direitos previstos na Constituição seja decidido em favor da igualdade material, que deve ser pensada através dos mecanismos de compensação das desigualdades históricas.

A dívida histórica brasileira com os que ostentam a cor negra, sendo sua causa associada ao processo escravista para o qual concorreu diretamente o Estado brasileiro, pode ser demonstrada através dos informes estatísticos. Então, é possível unir os dois critérios que, juntos, tornam possível identificar um grupo como vulnerável socialmente: 1) a percepção de que tal grupo foi submetido a um processo de segregação; 2) a persistência desse estado de alijamento.

É verdade que, em teoria, poder-se-ia prescindir do elemento histórico. Ou seja, ninguém iria negar que havendo um grupo que fosse instantaneamente posto em segregação, sofrendo de forma imediata as

³¹ Disponível em
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+186%2ENUME%2E%29&pagina=2&base=basePresidencia>>.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

consequências disso, já estaria o Estado, penso, autorizado a viabilizar políticas para erradicar a hipotética causa de desigualdade.

Porém, o fato de, no caso em concreto, assentar-se a segregação no que diz respeito ao negro em um fato histórico que, inclusive, não é desconhecido pelo Estado brasileiro, torna a questão ainda mais fácil de ser sindicada.³²

Nesse sentido, os dados oficiais do IBGE no censo de 2010 revelam que o brasileiro de pele negra está em desvantagem em todos os índices de cunho social ou de desenvolvimento humano. Segundo informação disponível à consulta pública, dos “16 milhões de brasileiros vivendo em extrema pobreza (ou com até R\$ 70 mensais), 4,2 milhões são brancos e 11,5 milhões são pardos ou pretos”. Além disso, dentre outros indicadores, o percentual de analfabetismo, a partir dos 15 anos de idade, é de 13,3% para os negros e somente de 5,9% para os brancos.”

As evidências estatísticas, efetivamente, que apontam para o fato de que, *dentre os pobres brasileiros, os negros estariam entre os mais pobres, muitas vezes beirando a indigência*, o que, parece, tornam ainda mais objetivos os critérios utilizados pela Universidade Federal de Alagoas para motivar o tratamento diferenciado.

A desigualdade racial vem persistindo ao longo dos anos. Estudos do IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada mostram que a diferença de renda entre negros e brancos não se altera há 25 anos, ou seja, no espaço de pelo menos uma geração, a diferença de renda entre os dois grupos permaneceu inalterada.

Em um levantamento realizado pelo sociólogo Rafael Guerreiro Osório, constatou-se que, diferentemente do pobre branco, o negro, geralmente já pobre, não possui grandes chances de movimentação social (como já havia sido demonstrado em outros estudos desde a segunda metade do Século passado). Afirma, assim, Rafael Osório:

A origem social, entendida como a situação da família em que se nasce, é o primeiro momento em que a raça afeta os indivíduos. Como os negros estão sobre-representados nos níveis mais baixos da pirâmide social (independentemente da forma de se a representar), e a raça é um fator

³² Afirmou-se ainda em contrariedade a essa possibilidade que: “No Brasil, não se verificou a participação estatal através de leis segregacionistas”. A evidência histórica, *venia concessa*, sugere o contrário, bastando verificar que este país foi a última nação no continente americano a abolir a escravatura, através da Lei Imperial n.º 3.353, de 13 de maio de 1888 (Lei Áurea). Antes dela, a ordenamento jurídico do Império favorecia e dava suporte estatal ao escravismo, como a Lei n. 4, de 10 de Junho de 1835, lavrada pela então Regência Permanente, e que **determinava as penas com que devem ser punidos os escravos, que “matarem, ferirem ou commetterem outra qualquer offensa physica contra seus senhores”**. Ali se dizia, por exemplo, que “se o ferimento, ou offensa physica forem leves, a pena será de açoutes a proporção das circumstancias mais ou menos aggravantes.” Não se pode negar, portanto, que houve participação direta do Estado brasileiro no processo cultural e histórico de exclusão dos negros e afrodescendentes.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

transmitido hereditariamente, a probabilidade de um negro nascer pobre é consideravelmente maior que a de um branco. Dessa forma, a origem social é, em grande grau, influenciada pela raça da pessoa.

Dentro da escola, outros fatores se somam ao legado da origem social conspirando contra o sucesso dos alunos negros. Para os negros, a passagem pelo sistema educacional é ainda mais importante que para os brancos, pois essa é a única forma pela qual podem eventualmente superar as desigualdades de origem, qualificando-se para aproveitar os canais de mobilidade ascendente. Mas o sistema educacional tende a reproduzir as desigualdades de origem e não a contrapô-las. Por isso, os representantes da terceira onda, em particular Silva (1978, 1980), encaram com ceticismo o potencial das políticas educacionais para a equalização racial.

Os negros brasileiros chegam ao fim da primeira fase de sua vida com uma razoável desvantagem educacional. Isso se reflete decisivamente nas oportunidades que terão no mercado de trabalho. O grande determinante das diferenças na renda do trabalho das pessoas é a educação, mas ainda há espaço para um pouco mais de desigualdade produzida pela segmentação do mercado, pelas limitações à ascensão profissional dos negros, e pela discriminação salarial.³³

É que, na verdade, pesquisas específicas em relação ao assunto sugerem conclusões mais alarmantes. Com efeito, estudos mais aprofundados revelam que a diferença entre negros e brancos não decorre apenas da renda, mas precisamente da cor. Ou seja, a tão afirmada *democracia racial brasileira* seria um mito, contrariado, uma vez mais, tecnicamente por dados estatísticos.

Consoante informa Maria do Socorro da Silva, em dissertação de mestrado apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sobre o tema, é mencionada pesquisa de campo levada a efeito pelo mesmo IPEA, onde se observaram crianças de 11 a 14 anos, do sexo masculino, pertencentes ao grupo dos 25% mais pobres. Entre os meninos brancos desse grupo, 44,3% estão cursando a segunda fase do primeiro grau (quinta a oitava série), enquanto os negros do mesmo grupo, apenas 27% cursam essa fase dos estudos.³⁴

Especificamente em relação ao ambiente universitário, a distorção existe e já foi medida, também, em termos quantitativos. A propósito, afirma Flávia Piovesan:

Na esfera universitária, por exemplo, dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea – revelam que menos de 2% dos estudantes afro-descendentes estão em universidades públicas ou privadas. Isso faz com que as universidades sejam territórios brancos. Note-se que a universidade é um espaço de poder, já que o diploma pode ser um passaporte para ascensão social. É necessário democratizar o poder e, para isso, há que se democratizar o acesso ao poder, vale dizer, o acesso ao passaporte universitário. Em um país em que os afro-descendentes são 64% dos pobres e 69% dos indigentes, faz-se necessária a

³³ OSORIO, Rafael Guerreiro. Desigualdade racial e mobilidade social no Brasil: um balance das teorias. In THEODORO, Mário (org.). *As Políticas Públicas e a Desigualdade Racial no Brasil: 120 anos após a abolição*. Brasília : Ipea, 2008. p. 85.

³⁴ SILVA, Maria do Socorro da. *Ações Afirmativas para a População Negra: um instrumento para a justiça social no Brasil*. São Paulo, 2009, 214p. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

adoção de ações afirmativas em benefício da população afro-descendente, em especial nas áreas da educação e do trabalho.³⁵

Esses dados podem ser somados a outros igualmente impressionantes fornecidos por Ahyas Siss em trabalho disponível na rede mundial de computadores, os quais também transcrevo para manter a exatidão dos dados apresentados:

Os índices de desigualdade racial, no interior de cada curso, são elevadíssimos. Por exemplo, nos cursos de administração, a proporção entre Afro-Brasileiros (negros e mestiços), brancos e amarelos (pessoas de origem asiática) é de 12,5% de Afro-Brasileiros para 83,3% de brancos e 3,3% para os descendentes de asiáticos, muito embora esse último segmento racial represente apenas 0,5% da população nacional. Nos cursos de direito havia 12,8% de Afro-Brasileiros para 84,1% de brancos e 1,9% de descendentes de asiáticos. Em engenharia civil, 14,2% desses alunos eram Afro-Brasileiros; 81,2% eram brancos e 3,8% eram, ou se diziam ser descendentes de asiáticos. Em engenharia química, havia 12,8% de alunos Afro-Brasileiros para 82,8% de brancos e 3,5% de descendentes de asiáticos. Nos cursos de medicina veterinária, havia 10,6% de alunos Afro-Brasileiros para 84,9% de alunos brancos e 3,7% de descendentes de asiáticos. Em odontologia, os Afro-Brasileiros formavam 9,1% dos formandos; os brancos 85,8% e os descendentes de asiáticos 4,4%. Na matemática, os Afro-Brasileiros somavam 23,5%; os brancos 73,4% e os descendentes de asiáticos somavam 1,6%. Nos cursos de jornalismo os Afro-Brasileiros eram 14,4%, os brancos 81,5%, e os descendentes de asiáticos 1,3%. Nos cursos de letras, os Afro-Brasileiros contavam então 25,5%; os brancos 70,9% e os descendentes de asiáticos 1,5%. Nos cursos de engenharia elétrica, havia 13,5% de alunos Afro-Brasileiros, para 79,8% de alunos brancos e 5,6% de alunos descendentes de asiáticos. Em engenharia mecânica, esses percentuais eram os seguintes: Afro-Brasileiros 13,5%; brancos 81% e descendentes de asiáticos 4,8%. Na medicina, esses índices eram: 13,3% de alunos Afro-Brasileiros; 81,6% de alunos brancos e 4,1% de alunos descendentes de asiáticos. Do total de alunos dos cursos do economia, que se submeteram ao exame nacional de cursos, os Afro-Brasileiros estavam presentes formando 18,6%; os brancos 77,9% e os descendentes de asiáticos 2,1%. Na física, os alunos Afro-Brasileiros contribuíam com 22% desse total; os brancos, com 72,8% e os descendentes de asiáticos, com 3,3%. Nos cursos de química, os Afro-Brasileiros eram 21,5%; os brancos 75% e os descendentes de asiáticos 2%. Na biologia, os Afro-Brasileiros somavam 21,7%; os brancos 74,4% e os descendentes de asiáticos 2%. Nos cursos de agronomia, os Afro-Brasileiros contavam 16,1%; os brancos 78,1% e os descendentes de asiáticos 3,5%. Finalmente, na psicologia, os Afro-Brasileiros contribuíam com 13,4% do total de alunos; os brancos 83,3% e os descendentes de asiáticos figuravam com 1,7%.³⁶

Com base nesses dados, concluiu Maria do Socorro Silva, em dissertação de mestrado sobre o assunto: “ser negro no Brasil é ter menos acesso à educação que os brancos. E mais: a desigualdade entre crianças brancas e negras só tende a crescer na vida adulta. As causas são previsíveis

³⁵ PIOVESAN, Flávia. *op. cit.* p. 51.

³⁶ SISS, Ahyas. *Afro-Brasileiros, Políticas de Ação Afirmativa e Educação: Algumas Considerações*. Disponível em:

<http://www.educacaoonline.pro.br/index.php?option=com_content&view=article&id=19:afro-brasileiros-politicas-de-acao-afirmativa-e-educacao-algumas-consideracoes&catid=8:multiculturalismo&Itemid=19>

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

– mais pobres, entram mais cedo no mercado de trabalho e se preparam menos, o que os confina às posições inferiores na sociedade e das quais não têm como sair.”³⁷

Esse fenômeno, por sinal, já havia sido explorado pelo atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Benedito Barbosa Gomes demonstra igualmente que o acesso à educação de qualidade aos *brancos* faz com que o acesso a maioria dos postos de trabalho de relevância termine em suas mãos, ou, ainda, produz um verdadeiro *aparelhamento* do Estado para os que ostentam, real ou supostamente, ascendência europeia, dando poucas chances de existirem homens públicos negros, sobretudo para a burocracia estatal.³⁸

Tais dados põem em cheque, senão que desautorizam por completo, conhecida tese da *democracia racial* defendida ao longo do Século XX por antropólogos do mais alto escalão, como Gilberto Freyre. É através da tese da *democracia racial* que muitos juristas procuram invalidar a política de cotas racial ao argumento de que, no Brasil, *o que se segrega é a pobreza e não propriamente o negro*, já que não existiria propriamente um *racismo*.

Ainda nessa sua dissertação de mestrado, Maria do Socorro da Silva desconstrói a conhecida afirmação *freyreana*, mediante uma compilação de trabalhos acadêmicos do final do Século XIX e começo do Século XX que visavam incutir a necessidade de um “branqueamento para a melhoria da raça brasileira”.

São transcritos discursos e textos de autores como Sílvio Romero, João Baptista de Lacerda e Raimundo Nina Rodrigues (este último, inclusive, mulato). Em todos eles se é prospectado um aprimoramento eugênico, pela introdução, no país, de Europeus através de políticas estatais promovendo a imigração desse contingente alienígena para compensar o excesso de negros existentes no Brasil. O branqueamento ocorreria, inicialmente, pelo aumento do número de brancos na população e, depois, pelo cruzamento genético dos mestiços com tais imigrantes.

O argumento mais frequentemente utilizado para os que se enlaçam à tese da *democracia racial* são as colocações de Gilberto Freyre sobre o peculiar sincretismo ocorrido no Brasil.

É fato, como conclui o autor de *Casa Grande de Senzala* que carregamos, em nossa forma de ser e agir, muito da mãe África, mercê da influência de seus descendentes. E ainda, “na ternura, na mímica excessiva, no catolicismo, em que se deliciam nossos sentidos, na música, no andar, na fala, no canto de ninar menino pequeno, em tudo que é expressão sincera de vida, trazemos quase todos a marca da influência negra.”

Essa particular confluência cultural, contudo, não aliviou a velada e contínua exclusão dos negros brasileiros, enquanto grupo étnico, do acesso a

³⁷ SILVA, Maria do Socorro da. *op.cit.*, p. 44.

³⁸ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*. Brasília, v. 38, n. 151, p. 129-152, jul./set. 2001.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

níveis sociais mais elevados ou influentes. Muitos cientistas, seja ao tempo, seja posteriores a Gilberto Freyre, demonstram o mito da *democracia racial* com dados científicos.

Assim, a miscigenação à *brasileira*, aqui também invocada como razão fática da falta da razoabilidade do critério afirmativo, parece não se sustentar diante de dados estatísticos de longa data. O postulado de que, no Brasil, ter-se-ia produzido uma diminuição do distanciamento entre brancos e negros, mercê de uma formação cultural única no mundo, não foi, segundo os demonstrativos sociais, suficiente para gerar um sentimento de multiculturalismo verdadeiro, capaz de permitir uma integração plena entre os diversos grupos raciais que compõem a sociedade brasileira.

Em um trabalho que aborda historicamente a integração dos negros no Estado de São Paulo (um dos que mais recebeu a mão de obra escrava em face de suas conhecidas lavouras de café), George Reide Andrews demonstra a falsidade da tese da *democracia racial*, pois se até era possível admitir alguma tolerância com os negros em termos de miscigenação cultural, isso era claramente desconsiderado em termos sociais e econômicos.

Malgrado as liberalidades de alcova, as preferências gastronômicas e a convivência pacata, os negros não tinham no geral maior espaço em trabalhos ou ocupações de nível mais elevado. O censo realizado pelo IBGE em 1940 já atestava a visível *defasagem* entre as posições sociais ocupadas por brancos e por negros consoante descreve George Reid Andrews:

Em todo o estado, de uma população negra de 862.255 (pessoas), apenas 623 afro-brasileiros possuíam empresas não relacionadas a atividades agrícolas, empregando um ou mais trabalhadores. Nas profissões, os afro-brasileiros representaram apenas 3,2 por cento de todos os profissionais, em um Estado onde os negros representavam 12,2 por cento das pessoas em idade de trabalho (10 ou mais) da população. (...) Pardos e Pretos compunham 15,0 por cento da força de trabalho agrícola total em São Paulo, mas apenas 5,5 por cento eram proprietários de empresas agrícolas que empregavam trabalhadores de fora. [...] O censo sugere que a única área de trabalho da classe média na qual e os afro-brasileiros começaram a se aproximar da paridade com a sua representação na população como um todo foi no setor público. A maioria destes trabalhos no setor público, no entanto, ficaram muito aquém do estatuto de classe média. Eles incluíam trabalhos braçais como garis, trabalhadores de construção, e zeladores, e trabalhos burocráticos mal pagos, como mensageiros e serventes. Na *Light*, uma empresa semi-oficial intimamente ligada ao estado, a promoção de homens negros para cargos gerenciais ou executivos era rara, resultando, como o jornal negro *Getulino* comentou em 1923 'neste abençoado estado de São Paulo, pode-se contar com os dedos o número de funcionários negros, que eu quero dizer empregados (públicos) com qualquer

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

responsabilidade real'.³⁹

Uma vez mais consultando o trabalho de Maria do Socorro da Silva, encontra-se referência a uma pioneira pesquisa de campo levada a efeito pela UNESCO nos anos de 1951 a 1952 e que atestaram claramente não existir a predicada *democracia racial* preconizada por certos autores.⁴⁰

Inúmeros trabalhos de cunho sociológico e histórico abordam o assunto, sendo particularmente incisiva a obra de Roger Bastide e Florestan Fernandes, tomando por base as conclusões dessa pesquisa realizada pela UNESCO.⁴¹ É Florestan Fernandes, inclusive, quem irá demonstrar que a sociedade brasileira desenvolveu uma forma diferente de preconceito: o preconceito de ser preconceituoso, de maneira que, aparentemente, passa-se a impressão que, no país, existe uma *democracia racial*, quando, na verdade, o que existe apenas é uma tolerância sociologicamente peculiar para com o

³⁹ No original: "The censuses of 1900 and 1920 reveal nothing of that struggle; the 1940 census, however, indicates how far black people had come in the fifty years since the abolition of slavery, and how far they had yet to go. Afro-Brazilians lagged well behind the white population in all areas, and particularly in the primarily urban sectors of the professions, and in ownership of industrial and commercial enterprises. In the entire state, out of a black population of 862,255, only 623 Afro-Brazilians owned nonagricultural businesses employing one or more workers. In the professions, Afro-Brazilians accounted for only 3.2 percent of all professionals, in a state where black people represented 12.2 percent of the working-age (ten or over) population. (...) Pardos and Pretos composed 15.0 percent of the total agricultural labor force in São Paulo, but only 5.5 percent of the owners of agricultural enterprises which employed outside labor. [...] The census suggests that the only area of middle-class employment in which Afro-Brazilians began to approach parity with their representation in the population as a whole was in the public sector. Most of these state-sector jobs, however, fell well short of middle class status. They included such menial jobs as street sweepers, construction workers, and janitors, and poorly paid office jobs as messengers and orderlies. As at São Paulo Light, itself a semi-official utility closely tied to the state, promotion of black men to managerial or executive positions was rare, with the result that, as the black newspaper *Getulino* commented in 1923, 'in this blessed state of São Paulo, one can count on one's fingers the number of black functionaries, by which I mean (public) employees with any real responsibility' (ANDREWS, George Reid. *Blacks and Whites in São Paulo, Brazil, 1888-1988*. Madison: The University of Wisconsin Press, 1930. pp. 126-127).

⁴⁰ "Os resultados das pesquisas não corroboraram a existência da democracia racial. Nas localidades estudadas as equipes constataram elevada desigualdade entre a população branca e negra, além de atitudes e estereótipos racistas. Os pesquisadores do Nordeste diferiram dos pesquisadores do Sudeste ao considerar que as desigualdades expressavam mais as diferenças de classe do que as diferenças raciais. Os pesquisadores de São Paulo e do Rio de Janeiro deram ênfase à discriminação racial, notando tratamento diferente para brancos e negros na classe trabalhadora e as enormes dificuldades encontradas por negros e mulatos cultos e qualificados para se introduzirem na classe média." (SILVA, Maria do Socorro da. *op. cit.*, p. 39).

⁴¹ Cf. BASTIDE, Roger & FERNANDES, Florestan. *Relações Raciais entre negros e brancos em São Paulo*. São Paulo: Anhembi, 1955. De Florestan Fernandes, podem ser citados ainda os seguintes trabalhos: *O negro no mundo dos brancos*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1972.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

negro.⁴²

A esta obra, seguiu-se a não menos importante *Cor e Mobilidade Social em Florianópolis*, da autoria de Fernando Henrique Cardoso e Octavio Ianni, demonstrando que a questão do preconceito em relação ao negro não estava associada apenas a fatores econômicos, uma vez que os negros terminavam sendo sociologicamente dominados pelos brancos ainda quando ambos eram provenientes dos seguimentos mais pobres.⁴³

Portanto, não se trata apenas de uma questão exclusivamente de ordem econômica. Talvez seja possível dizer que, nesse caso, o componente econômico traduz na verdade o alijamento da população negra, ou seja, uma consequência, mas não sua causa. Por isso não seria equivocado afirmar que, geralmente, dentre os pobres, os negros seriam os mais pobres.

Ou seja, todos esses estudos revelam que o negro brasileiro vem a ser um grupo ainda em situação de vulnerabilidade. A causa da maioria dos negros ser mais pobre deriva, justamente, do fato de ser negro, revelando a persistência do preconceito e da discriminação racial.

Assim, sem deixar de reconhecer os pobres de diferentes cores ou raças e as pessoas negras de maior poder aquisitivo, o fato é que os motivos de sua existência não são exatamente os mesmos.

Como já demonstrado, o critério exclusivamente racial, contudo, feriria a noção de isonomia se fosse uma raça escolhida para ser favorecida, sem atenção a essas circunstâncias históricas que conduziram ao distanciamento de seus membros das conquistas e dos avanços sociais experimentados por uma determinada civilização.

Contudo, sempre que verificado que certo povo ou etnia, ou ainda seus descendentes, sofreram *perdas históricas acumuladas*, será isonômico (por favorecer desiguais) o discrimine. Dentro dessa perspectiva, não remanescem dúvidas de que, no caso dos negros, os indicativos sociais são concretos, isto é, objetivos, no sentido de que se trata de um grupo submetido a um processo de segregação e que esse estado de alijamento ainda ocorre.

⁴² Em uma famosa entrevista, Florestan Fernandes esclarece muitos pontos de sua obra. Diz o destacado sociólogo: “A segregação do ‘negro’ é sutil e dissimulada, pois ele é confinado ao que os antigos líderes dos movimentos negros de São Paulo chamavam de ‘porão da sociedade’. As coisas estão se alterando, nos últimos tempos, mas de forma muito superficial e demorada. Para atingirmos a situação oposta, implícita no nosso mito de democracia racial, o negro e o mulato precisariam confundir-se com o branco num mundo de igualdade de oportunidades para todos, independentemente da cor da pele ou da extração social. É pouco provável que isso se dê sem que os próprios negros e mulatos tenham consciência mais completa e profunda de seus interesses numa sociedade multirracial, em que eles constituem uma maioria deserdada e prescrita”. (FERNANDES, Florestan *et al.* *A questão racial brasileira vista por três professores*. Revista USP, São Paulo, n.68, p. 168-179, dezembro/fevereiro 2005-2006. p. 174).

⁴³ Cf. CARDOSO, Fernando Henrique. *Negros em Florianópolis: relações sociais e econômicas*. Florianópolis: Editora Insular, 2000.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

Ainda sobre a plausibilidade do critério utilizado pela Resolução nº 09/2004, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão – CEPE, da UFAL em proteção aos afrodescendentes, assim definidos o *autodeclarado* negro, duas questões adicionais são feitas, já agora sob o prisma da razoabilidade: 1) não poderia o ato normativo fundamentar o discrimine com base no conceito de raça, posto não existir propriamente *raças*, senão que uma única raça humana; 2) ainda que se pudesse empregar o critério racial na base do discrimine, a metodologia adotada pela UFAL (a autodeclaração) também seria passível de ser considerada como ofensora ao princípio da razoabilidade mercê de seu subjetivismo.

Os comentários feitos por Dworkin sobre o caso *Bakke* reforçam a convicção de que o critério racial é tão objetivo, mas também tão falho como qualquer outro que se possa vir a adotar nessas circunstâncias:

A raça parece diferente porque as exclusões baseadas na raça foram motivadas historicamente não por algum cálculo instrumental, como no caso da inteligência, idade, distribuição regional ou capacidade atlética, mas por causa do desprezo pela raça ou religião excluídas. A exclusão por raça era um insulto, pois era gerada pelo desprezo. (...)

Isso é verdade: sem dúvida, ele teria sido aceito se fosse negro. Mas também é verdade, e exatamente no mesmo sentido, que teria sido aceito se fosse mais inteligente, se causasse melhor impressão na entrevista ou, no caso de outras escolas, se fosse mais jovem quando decidiu tornar-se médico. A raça não é, no caso *dele*, uma questão diferente desses outros fatores igualmente fora do seu controle.⁴⁴

Isso demonstra que o sistema de quotas, ainda quando embasado em fatores de ordem puramente sociológica ou econômica, não é perfeito, como qualquer *constructo* humano. Obviamente, não será diferente ao combinar o critério econômico com o racial. Parece-me, há uma importante distinção a ser feita: embora possa um critério ser falho (e, em definitivo, todos o são), ele pode ser razoável e produzir os efeitos constitucionalmente desejados, tornando-o legítimo.

Quando se emprega a noção de raça, ou mais exatamente, de *negro* dentro do sistema de cotas, quer-se denotar, no geral, os membros de um grupo em relação ao qual existe suficiente evidência sociológica de que foi historicamente excluído; converte-se o elemento em análise (indivíduos de cor negra) em um critério objetivo para os fins das políticas afirmativas.

É um critério que deve ser considerado, portanto, objetivo e razoável, como demonstra Jörg Neuer, professor titular na Universidade de Augsburg, que deixa claro como isso pode ocorrer, exatamente em função do débito histórico contra os negros. Confira-se:

Como primeiro pressuposto, um sinal de discriminação reclama que o intersubjetivo seja considerado como critério adequado para um desfavorecimento. Exemplos fundamentados historicamente constituem a “raça”, a religião ou, por exemplo, a identidade sexual. Em contrapartida, contanto que um indivíduo exclua outro em virtude de um sinal periférico, não

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *op. cit.* p. 449.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

considerado, de modo geral, relevante, trata-se de uma consequência – em princípio aceitável – da concorrência e da autonomia privada. Quem, por exemplo, oferece seus produtos apenas a homens de um especial signo do zodíaco, exclui muito mais a si próprio do que aos outros. Um sinal de discriminação se converte em um problema de exclusão social, em princípio, a partir do momento em que ele passa a ser considerado relevante como critério de desfavorecimento por um número representativo de sujeitos de direito privado. Um acordo intersubjetivo pode ser estabelecido, do ponto de vista metodológico, sobretudo por meio de dois caminhos: por um lado, mediante um olhar para a história, na medida em que determinados sinais da personalidade se revelaram especialmente suscetíveis de discriminação. Por outro lado, por meio de um olhar para as convenções internacionais antidiscriminatórias, as quais atestam – também de modo consensual – a necessidade de regulamentação relativamente a determinados motivos de discriminação. Como medidas reguladoras relevantes do ponto de vista intersubjetivo manifestam-se, assim, inúmeros dados da personalidade, como “raça”, religião ou orientação sexual.⁴⁵

Já se viu, portanto, que as cotas não são contrárias ao sistema constitucional e que é possível assinalar um critério compensatório a um específico grupo social ou étnico que sofreu perdas históricas, as quais ainda se encontram presentes.⁴⁶

Isto superado, analisa-se a partir de agora diz respeito à possibilidade científica de se dividir o gênero humano em raças. Nada obstante a lógica irreprochável dos argumentos levados a efeito no sentido contrário, entendo que se possa, se não do ponto de vista biológico, pelo menos social e historicamente falar-se em *raça*.

E nesse caso, como explicado acima, ela (raça) poderia ser encarada como um fator objetivo para autorizar a compensação e, de consequência, uma proteção mais acentuada aos indivíduos oriundos de certos seguimentos raciais.

O renomado sociólogo inglês Anthony Giddens descreve com precisão esse fenômeno. Partindo do pressuposto de que, efetivamente, a comunidade científica abandonou o conceito de raça do ponto de vista biológico, demonstra que *raça* nada mais seria que um constructo social, que prioriza certos traços genéticos dos indivíduos em detrimento de outros em função de relações de cunho social. Escreve o prestigiado autor, finalmente que essa noção de raça vai bem mais além do que apenas descrever diferenças humanas, convertendo-se em um importante fator na reprodução de padrões

⁴⁵ NEUER, Jörg. O princípio da Igualdade de Tratamento no Direito Privado Alemão. trad. de Pedro Scherer de Mello Aleixo. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 2 – JAN./MAR. 2008. pp. 90-91.

⁴⁶ O que confirma a já clássica lição de Celso Antônio Bandeira de Mello de que não é fácil encontrar o liame lógico entre o fator de discrimine adotado e sua justificativa: “Tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 38)

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

de domínio social e perpetuação de iniquidades.⁴⁷

No mesmo sentido, é a jurisprudência firmada pelo augusto Supremo Tribunal Federal a partir do célebre caso Ellwanger (HC 82424/RS, rel. p/ acórdão Ministro Maurício Corrêa). Embora tenha afirmado inexistir raças desde uma perspectiva biológica, nossa assentada Corte Suprema entendeu ser inegável a subsistência do conceito de raça sob um prisma histórico-social.

A concepção de raça exprime uma representação mental para uma realidade histórico-social de discriminação, em que grupos sociais dominantes criam e reproduzem padrões de valor cultural hábeis a subjugar outros segmentos de menor expressão. No Brasil, é fato que o negro é diferenciado em razão do fenótipo que apresenta, e não por sua cadeia de ancestralidade.

Nesse mesmo sentido, também adverte Antônio Sérgio Alfredo Guimarães para “a necessidade de teorizar as ‘raças’ como elas são, ou seja, constructos sociais, formas de identidade baseadas numa idéia biológica errônea, mas socialmente eficaz para construir, manter e reproduzir diferenças e privilégios”.⁴⁸ Enfim:

“Raça” é um conceito que realmente não corresponde a nenhuma realidade natural. Trata-se, ao contrário, de um conceito que denota tão-somente uma forma de classificação social, baseada numa atitude negativa frente a certos grupos sociais. O racismo, portanto, uma forma bastante específica de “naturalizar” a vida social, isto é, de explicar diferenças pessoais, sociais e culturais a partir de diferenças tomadas como naturais.⁴⁹

A ordem hierárquica sobre a qual se fundou a sociedade escravocrata no Brasil não foi inteiramente rompida, nem com a Abolição, nem com a República, nem com a restauração democrática do pós-guerra, tampouco com a Nova República. Esta ordem tem se mantido, na vida cotidiana, por normas e leis baseadas numa suposta igualdade entre os indivíduos, igualdade que, de fato, nunca se permitiu que existisse. Desvendar tal paradoxo parece ser a tarefa mais desafiadora da sociologia brasileira contemporânea.

⁴⁷ “What is race, then, if it does not refer to biological categories? There are clear physical differences between human beings, and some of these differences are inherited. But the question of why some differences and not others become matters for social discrimination and prejudice has nothing to do with biology. Racial differences, therefore, should be understood as physical variations singled out by the members of a community or society as socially significant. Differences in skin colour, for example, are treated as significant, whereas differences in colour of hair are not. Race can be understood as a set of social relationships which allow individuals and groups to be located, and various attributes or competencies assigned, on the basis of biologically grounded features. Racial distinctions are more than ways of describing human differences – they are also important factors in the reproduction of patterns of power and inequality within society” (GIDDENS, Anthony. *Sociology*. 5 ed. Cambridge: Polity Press, 2006. p. 486).

⁴⁸ GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. *op. cit.*, p. 64.

⁴⁹ *Idem Ibidem*, pp. 11-12.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

No caso das cotas raciais, o mais interessante, ou mesmo paradoxal, é que, ao contrário do que supõe o senso comum, o critério racial é empregado justamente para diminuir a concepção racial, como comprova Ronald Dworkin:

A ação afirmativa tenta colocar mais negros em sala de aula junto com médicos brancos, não porque seja desejável que uma escola de medicina reflita a constituição racial da comunidade como um todo, mas porque a associação profissional entre negros e brancos diminuirá entre os brancos a atitude de considerar os negros como raça e não como indivíduos, e, assim, a atitude dos negros de pensar em si próprios da mesma maneira.⁵⁰

Superada a questão da *raça* como conceito científico, na medida em que o termo deve ser interpretado do ponto de vista sociológico, refuta-se o último ponto destacado no presente incidente e que diz respeito com a plausibilidade, vale dizer, *razoabilidade* do critério adotado pela Resolução da UFAL para saber quem é *negro* e quem não é.

A metodologia adotada pela Instituição de Ensino Superior em análise veio a ser o da auto-declaração. Ou seja, quem se autodeclara negro, será considerado como tal. Esse, por sinal, é o método empregado pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) em seus censos demográficos e demais indicativos estatísticos.⁵¹

Prima facie, já se revela algo difícil que o Poder Judiciário reconheça à míngua de outras evidências técnicas a inviabilidade, ou irrazoabilidade, de um método de aferimento que é utilizado pelo órgão estatal incumbido de organizar, na forma do art. 21, XV, da CF/88, os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional. A propósito, é pacífico neste e. Regional que “os dados populacionais fornecidos pelo IBGE são apurados com base em métodos científicos, respeitados e reconhecidos internacionalmente.”⁵²

Nada obstante, o fenótipo do negro é distinto do caucasiano. Evidências adequadas, a começar naturalmente pela própria cor da pele em relação às demais *raças*, a que podem se agregar outras como a textura do cabelo, e outras, autorizam a concluir que será possível definir quem seja *negro* e quem não seja, sobretudo quando se tem por presente a realidade social vivenciada por quem ostenta cor de pele mais escura

Da mesma forma que foi colocada em discussão, por várias vezes, a imprecisão do critério adotado no caso da cota para os alunos oriundos de escolas públicas, ao argumento, por exemplo, de que em alguns lugares ainda existiriam estabelecimentos de ensino de nível fundamental e médio com elevado grau de qualidade, será razoável concluir que, por certas ocasiões,

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, p. 440.

⁵¹ Segundo o IBGE, com efeito, a Cor ou raça vem a ser a “característica declarada pelas pessoas de acordo com as seguintes opções: branca, preta, amarela, parda ou indígena”, consoante informação disponível em <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/indicadoresminimos/conceitos.shtm>>

⁵² AG118602/PE, rel. Desembargador Federal Marcelo Navarro, 3ª. Turma, julgado em: 15/12/2011 (PUBLICAÇÃO: DJE 12/01/2012 - Página 210)

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

indivíduos que não deveriam figurar como *negros*, possam ser admitidos dentro das quotas a eles reservadas para os fins das medidas afirmativas ora analisadas.

Observo, em primeiro lugar, que, se o argumento é esse, em teoria ainda será mais difícil ocorrer a fraude, suposto que dois são os critérios exigidos: 1) ser oriundo de escola pública; 2) ser negro.

Ou seja, o receio de que o *negro* já aceito socialmente seja beneficiado de forma indevida, ou seja, o *negro rico* como se diz na expressão vulgar e que, de certa forma, carrega consigo elevada carga de preconceito, perde força na medida em que precisará demonstrar ao interessado, também, sua origem humilde.

Por outro lado, o *não-negro* oriundo de escola pública será, parece-me, posto à prova acaso queira beneficiar-se das disposições da Resolução nº 09/2004, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão – CEPE, da UFAL. Desse modo, fraudes pontuais devem ser resolvidas no âmbito próprio, mas não invalidam a norma em sua essência.

Exatamente por isso é que certas Universidades tomam o cuidado adicional de realizar uma entrevista com o candidato para averiguar a compatibilidade da autodeclaração. É o caso, por todos sabido, da Universidade de Brasília – UNB.⁵³ Não há, aqui, que se falar, como se coloca *ad terrorem*, em um tribunal racial, pois a premissa de que se parte é justamente contrária, como já explicado: a discriminação é reversa, ela visa a favorecer o indivíduo em situação de vulnerabilidade e não prejudica-lo.

Em outras situações, preenche-se um formulário no qual o candidato compromete-se a comprovar tal condição, ou, ainda, que a afirmação é feita sob as tenazes do artigo 299 do Código Penal. Em todos eles sempre será possível à Administração sindicá-lo e, em sendo o caso, anular a inscrição feita pelo candidato desonesto. Trata-se de um sistema tão seguro e, ao mesmo tempo, tão falho, insisto, como inúmeros outros, os quais nem por isso são havidos como inconstitucionais.

De toda forma, a questão que se coloca, a única que pode ser verdadeiramente debatida no âmbito do Poder Judiciário, é a de saber se a *cota* seria uma ferramenta razoável, vale dizer, um meio adequado para o objetivo a que se propõe: permitir a integração, na ambiência universitária, entre os diferentes setores étnicos que formam a população brasileira, notadamente o elemento negro o qual, segundo comprovação estatística, encontra-se historicamente alijado dessa participação.

Segundo procurou-se demonstrar, a resposta é evidentemente positiva, sendo, assim, legítima a opção levada a efeito pela Administração. Numa sociedade de comportamentos racistas, a cota não pode deixar de ser considerada como um mecanismo jurídico válido para a garantia de acesso e de permanência do *negro* aos espaços e setores já historicamente ocupados

⁵³ Consoante informação disponível em
<http://www.unb.br/estude_na_unb/sistema_de_cotas#como_concorrer>

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

por aqueles de ascendência europeia, ainda que apenas aparente, como coloca Joaquim Barbosa.

Por isso que não basta afirmar que a solução para o problema reside numa ampla reforma do sistema educacional público, de maneira que fosse ofertado ensino de qualidade para todos, fossem brancos, negros, índios, pardos, mestiços etc. O caso do *negro* é, consoante demonstrado, mais complexo e exige um enfrentamento diferenciado para compensar o desequilíbrio social.⁵⁴

Obviamente que, com as cotas, outros caminhos a curto, médio e longo prazos devem ser pensados para favorecer o acesso dos negros a um ensino superior de qualidade, bem como sua colocação no mercado de trabalho em condições menos desiguais. Contudo, ainda que em teoria, opções melhores possam ser adotadas pelo Estado, isso, por si somente, não invalidaria a opção pela cota enquanto política de ação afirmativa, suposto não ser ela ofensiva a qualquer principio, postulado ou direito contido na Constituição Federal.

Com essas considerações, e fazendo todas as vênias ao culto voto proferido pelo Relator do incidente, bem como aos que a ele se acostam, conheço do incidente de inconstitucionalidade suscitado, mas para rejeitá-lo, ou seja, para declarar a constitucionalidade do regime de cotas raciais estabelecido pela UFAL por meio da Resolução nº 09/2004-CEPE/UFAL.

É como voto.

Câmara Carrá

Desembargador Federal **Bruno Leonardo**

Relator Convocado

⁵⁴ Ainda nas palavras de Florestan Fernandes: “Quanto tempo terá que correr para que consigam tratamento igualitário numa sociedade racialmente aberta? Essa pergunta parece-me fundamental. Os ‘negros’ devem preparar-se para respondê-la e os ‘brancos’ devem preparar-se para ajudá-los, solidariamente, a pôr em prática as soluções que a razão indicar, sem subterfúgios, e com grandeza humana”. (FERNANDES, Florestan *et al. op. cit.*, p. 175).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA APELAÇÃO CIVEL N. 469.454-AL

(2005.80.00.002099-3/01)

APTE : FELIPE ALMEIDA DE OLIVEIRA E OUTROS

APDO : ÉRICA REZENDE CORDEIRO E OUTRO

APDO : UFAL – UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS

PROC. ORIGINÁRIO : 1ª VARA FEDERAL DO CEARÁ

(2005.80.00.002099-3/01)

REL. CONVOCADO : DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ (CONVOCADO)

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SISTEMA DE COTAS RACIAIS. RESOLUÇÃO DE UNIVERSIDADE FEDERAL QUE DESTINA PARTE DAS VAGAS DO CONCURSO VESTIBULAR PARA CANDIDATOS AUTODECLARADOS NEGROS. ATO NORMATIVO CUJA CONSTITUCIONALIDADE É SINDICADA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ISONOMIA, PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. CONCEITO MATERIAL DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE QUE SE DEVE SOBREPOR A SUA EXPRESSÃO MERAMENTE FORMAL. DISCRIMINAÇÃO POSITIVA OU REVERSA. POSSIBILIDADE, A PARTIR DE UM CONTEÚDO POSITIVO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE, O QUE PERMITE A IMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES AFIRMATIVAS PARA FAVORECER GRUPOS SOCIALMENTE EM DESVANTAGEM. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL NOS ARTS. 1º E 3º, I, III e IV, BEM COMO NO ART. 7º, XX, E 37, VIII, TODOS DA LEI MAIOR BRASILEIRA. RECONHECIMENTO PELO ESTADO BRASILEIRO DAS DENOMINADAS *PERDAS ACUMULADAS* EM RELAÇÃO AOS NEGROS. COMPROVAÇÃO HISTÓRICA E ESTATÍSTICA DO ALIJAMENTO DO NEGRO DAS POSIÇÕES SOCIAIS DE DESTAQUE NA SOCIEDADE BRASILEIRA. PERTINÊNCIA LÓGICA ENTRE O DISCRIMINE ERIGIDO E OS FINS COMPENSATÓRIOS ALMEJADOS. *CHOQUE* ENTRE AS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS QUE PUGNAM PELA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES E O PRECEITO AFIRMADO NO ART. 208, V, DA CF/88 – MÉRITO PRÓPRIO PARA FINS DE ACESSO A VAGAS NAS UNIVERSIDADES. CONFLITO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS QUE SE RESOLVE A FAVOR DOS PROGRAMAS QUE LAUREIAM A IGUALDADE MATERIAL. VIABILIDADE DE SE EMPREGAR O CONCEITO DE RAÇA COMO ELEMENTO DO DISCRIMINE. CONCEITO QUE DEVE SER TOMADO SOB UMA PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA E NÃO APENAS BIOLÓGICA. PARADIGMA: CASO ELLWANGER JULGADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUTODECLARAÇÃO. METODOLOGIA TAMBÉM TIDA COMO RAZOVÁVEL MERCÊ INCLUSIVE DA POSSIBILIDADE DE ULTERIOR VERIFICAÇÃO PELA UNIVERSIDADE. EVENTUAIS FRAUDES DEVEM SER HAVIDAS COMO PONTUAIS, SEM O CONDÃO DE INVALIDAR O PROGRAMA EM SUA ESSÊNCIA. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE REJEITADO.

1. Incidente de inconstitucionalidade que desafia a utilização do critério racial estabelecido pela Resolução nº 09/2004, do Conselho de Ensino, Pesquisa e

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

Extensão – CEPE, da UFAL. Em consonância com esse ato normativo, 20% (vinte por cento) da totalidade das vagas oferecidas pela universidade foram reservadas pela citada resolução à “população negra”, oriunda exclusiva e integralmente de escolas de ensino médio públicas, cabendo ao candidato, no processo de inscrição, declarar-se preto ou pardo para concorrer a elas.

2. O teste de constitucionalidade é formulado em atenção aos princípios da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade, não devendo o Poder Judiciário, a partir daí, infirmar a opção da Administração apenas porque não lhe parece conveniente. Quanto ao respeito à legalidade estrita, a matéria já foi objeto de discussão pelo Plenário dessa e. Corte em anterior arguição de inconstitucionalidade.

3. Ato Normativo que labora programaticamente, estabelecendo uma política (ou ação) afirmativa que possui o objetivo de aumentar a participação do número de membros de um grupo sub-representado previamente identificado, no caso em apreço, os indivíduos de cor negra.

4. Ao se falar de *ações afirmativas* e, como na hipótese em estudo, de *discriminação positiva* ingressa-se no fluido e sempre movediço terreno que caracteriza a cláusula constitucional da isonomia. Atualmente, é consenso entre os juristas que o mérito do princípio da igualdade está em funcionar como instrumento para aplinar as diferenças naturais, sociais e históricas que tornam os homens desiguais. É tarefa verdadeiramente hercúlea, pois os homens são e continuarão a ser desiguais. Trata-se de uma tibia igualdade de direitos, mas que é capaz de produzir mudanças colossais na vida das pessoas.

5. De consequência, negar tal possibilidade, através de interpretação mais estrita ou literal do princípio da isonomia, não renderia homenagem alguma a sua densa e complexa evolução histórica. Dentro desse contexto e, portanto, dessa nova compreensão do princípio da igualdade, caberá ao Direito, dentro de suas tímidas possibilidades, inventar modelos normativos ou políticas estruturais tendentes a superar as deficiências sociais e as perdas históricas acumuladas, possibilitando, assim, o acesso de grupos de indivíduos a espaços públicos de que foram usualmente privados.

6. A compreensão evolutiva da noção de igualdade deixa de ser simplesmente passiva (vedação a atos discriminatórios formais), vivenciando uma fase ativa, onde se projeta e se implementam programas para compensar as deficiências sociais. No caso do estabelecimento de programas para o acesso a universidades ou ao mercado de trabalho, a experiência internacional é rica em exemplos, podendo a vantagem consistir em diversas feições, seja a concessão de uma pontuação maior para alguns dos candidatos, seja mesmo a reserva de vagas a serem preenchidas por meio de processos seletivos separados.

7. Os exemplos colhidos no Direito Comparado ajudam a ter um visão mais atenta e aberta sobre o tema, mas não poderiam jamais ser simplesmente importados. A validade jurídica das cotas raciais deve ser sindicada, em definitivo, a partir de nossas próprias matrizes sociológicas e constitucionais, pois sendo a Constituição, ela própria, uma manifestação cultural de um povo, termina por refletir invariavelmente as peculiaridades que tornam uma nação única entre as demais.

8. No plano da internacional, nada obstante a força dos precedentes *Bakke*, *Grutter v. Bollinger* e *Gratz v. Bollinger*, todos oriundos da Suprema Corte norte-americana, constata-se uma já consolidada experiência com a política

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

de cotas em muitos outros países. Culturas distintas em suas mais amplas dimensões adotaram o sistema de cotas por possuírem todas elas grupos sociais historicamente segregados.

9. Em todos esses lugares, o *princípio do mérito próprio* para o acesso na universidade continua a existir, mas fica mitigado em alguma medida por se acreditar, diante de um argumento não apenas ético ou sociológico, mas também econômico, que as cotas seriam a melhor forma de corrigir distorções nos mecanismos de alocação de recursos, através da competição por mérito.

10. Ao fazer referências, em seu art. 1º e em seu art. 3º, I, III e IV, a uma sociedade livre, justa e solidaria, mediante redução de desigualdades sociais, a CF/88 não somente autorizou, como impeliu o Poder Público a adotar políticas de inclusão social para grupos vulneráveis. O texto constitucional, outrossim, traz vários exemplos de ações afirmativas em favor de segmentos sociais em situação de vulnerabilidade (v. art. 7º, XX; art. 37, VIII).

11. Os *negros* podem ser considerado como um grupo vulnerável mercê dos dados históricos e estatísticos que confirmam seu alijamento nas esferas mais elevadas da sociedade brasileira. Daí porque plausível, e conforme com o sistema constitucional, o estabelecimento de uma política afirmativa fomentadora da inclusão dos descendentes históricos (negros) daqueles escravos que foram segregados fisicamente em um passado mais remoto e socialmente nos idos mais recentes.

12. Confirma o reconhecimento dos *negros* como grupo socialmente excluído uma série de documentos internacionais firmados pelo Estado brasileiro como a já longínqua da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (sua ratificação pela República Federativa do Brasil deu-se em 27/03/68), que já trazia disposição prevendo a possibilidade de “discriminação positiva”: Mais recentemente, a Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata realizada em Durban (África do Sul), da qual o Brasil foi participante, reafirmou esses postulados, reconhecendo a dívida histórica com os negros e o estabelecimento de mecanismos efetivos para realizar tais compensações.

13. Nestes termos, deve-se atentar para o fato de que o critério exclusivamente racial, feriria, em princípio, a noção de isonomia se fosse uma raça escolhida para ser favorecida, sem atenção às circunstâncias históricas que conduziram ao distanciamento de seus membros das conquistas e dos avanços sociais experimentados por uma determinada civilização. O contrário, todavia, não é verdade, de maneira que, sempre que verificada que certo povo ou etnia, ou seus descendentes, sofreram *perdas históricas acumuladas*, será o discrimine correlato com a situação fática. Nesse sentido, afirmou a Suprema Corte da Índia que a raça, a religião, a casta, quando associado a outros fatores sociais relevantes, permitiria a incidência de uma política de cotas (v. *Indra Sawhney el alli vs. Índia el alli*).

14. No caso brasileiro, há uma nítida antinomia entre os objetivos constitucionais que pugnam pela recomposição das desigualdades sociais com, que estabelece o *mérito próprio* para fins de ascensão acadêmica, mencionado no art. 208, V, da CF/88. Os valores inerentes à Carta de 1988 tornam imperativo, contudo, que o choque seja decidido em favor da igualdade material, que deve ser pensada através dos mecanismos de compensação das desigualdades históricas.

15. A mencionada dívida histórica brasileira com os que ostentam a cor *negra* vem sendo demonstrada através de estudos acadêmicos teóricos e de campo,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

como os da UNESCO na segunda metade do Século passado e os atuais dados oficiais do IBGE no censo de 2010, revelando que o brasileiro de pele negra encontra-se em desvantagem em todos os índices de cunho social ou de desenvolvimento humano. Por isso mesmo, pode-se dizer que dentre os pobres, os negros seriam os mais pobres, o que conferiria, ainda por isso, razoabilidade jurídica e legitimidade política ao sistema de cotas para *negros*.

16. O distanciamento social do *negro* reflete-se de modo ainda mais franco no ambiente universitário, também em conformidade com dados estatísticos. Dentro desse contexto, a cota, não pode deixar de ser considerada como um mecanismo jurídico válido para a garantia de acesso e de permanência do *negro* aos espaços e setores que lhes foram historicamente privados.

17. O augusto Supremo Tribunal Federal assentou que o conceito de raça, deve ser tomado dentro de uma perspectiva histórico-social e não biológica. Consoante destacado no HC 82424/RS (rel. Ministro Maurício Corrêa), a concepção de raça exprimiria a representação abstrata de uma realidade histórico-social de discriminação, em que grupos sociais dominantes criam e reproduzem padrões de valor cultural hábeis a subjugar outros segmentos de menor expressão.

18. Ainda sobre a plausibilidade do critério, em função da visível exclusão histórica e social dos afrodescendentes, verifica-se ser possível o reconhecimento do negro *autodeclarado* por fatores objetivos, ou seja relacionados ao fenótipo tais como a tonalidade mais escura de sua pele em relação às demais raças, a textura do cabelo, pois estes são os mesmos utilizados pelo órgão estatal incumbido de organizar, na forma do art. 21, XV, da CF/88, os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional (IBGE).

19. Fraudes pontuais devem ser resolvidas no âmbito próprio, mas não invalidam a norma em sua essência. É perfeitamente possível evita-las com a realização de expedientes que vão desde a afirmação ser feita sob as tenazes do artigo 299 do Código Penal, como através de entrevista com o candidato. Em todos eles, sempre será possível à Administração sindicá-los e, em sendo o caso, anular a inscrição feita pelo candidato desonesto.

20. Rejeição incidente, para declarar a constitucionalidade do regime de cotas raciais estabelecido pela UFAL por meio da Resolução nº 09/2004-CEPE/UFAL vez que combinada com o fato de advir o candidato de escola pública,.

ACÓRDÃO

Vistos etc.

Decide o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, rejeitar a arguição de inconstitucionalidade referente ao sistema de cotas estabelecida pela Resolução nº 09/2004 - CEPE/UFAL, nos termos do voto condutor, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 01 de fevereiro de 2012.
(data do julgamento)

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

Desembargador Federal **Bruno Leonardo Câmara Carrá**
Relator p/ Acórdão (Convocado)