

# DIREITO.UnB

*Revista de Direito da Universidade de Brasília*  
*University of Brasília Law Journal*

V. **02**, N. **02**

abril—agosto de 2016

## **ARTIGOS // ARTICLES**

CARLOS BERNAL PULIDO, DOUGLAS ELMAUER, FÁBIO  
PORTELA LOPES DE ALMEIDA, RAFFAELE DE GIORGI,  
JOISA DUTRA, PATRÍCIA SAMPAIO, LÍVIA AMORIM



UnB



DIREITO

*Revista de Direito da Universidade de Brasília*  
*University of Brasília Law Journal*

revista vinculada ao programa de pós-graduação  
em Direito da Universidade de Brasília

abril – agosto de 2016, volume 2, número 2

---

#### **CORPO EDITORIAL**

##### **EDITOR-CHEFE**

**Juliano Zaiden Benvindo** Universidade de Brasília, Brasil

##### **EDITORES**

**Alexandre Veronese** Universidade de Brasília, Brasil

**George Rodrigo Bandeira Galindo** Universidade de Brasília, Brasil

**Marcelo Neves** Universidade de Brasília, Brasil

##### **EDITORES ASSOCIADOS**

**Ana Lúcia Sabadell** Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

**Ângel Oquendo** Universidade de Connecticut, Estados Unidos

**Emilios Christodoulidis** Universidade de Glasgow, Escócia

**José Octávio Serra Van-Dúnem** Universidade Agostinho Neto, Angola

**Kimmo Nuotio** Faculdade de Direito da Universidade de Helsinque

**Leonel Severo Rocha** Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

**Masayuski Murayama** Universidade Meiji, Japão

**René Fernando Urueña Hernandez** Universidad de Los Andes, Colômbia

**Miguel Nogueira de Brito** Universidade Clássica de Lisboa, Portugal

**Nelson Juliano Cardoso Matos** Universidade Federal do Piauí, Brasil

**Paulo Weyl** Universidade Federal do Pará, Brasil

**Thomas Vesting** Universidade Johann Wolfgang Goethe, Alemanha

**Virgílio Afonso da Silva** Universidade de São Paulo, Brasil

##### **SECRETÁRIAS EXECUTIVAS**

**Nathaly Mancilla Órdenes e Ana Carolina Couto**

##### **EQUIPE DE EDIÇÃO DE TEXTO**

**Luciana Fernandes Coelho e Maria Celina Monteiro Gordilho**

##### **PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO**

**André Maya Monteiro**

**Esteban Pinilla**

# DIREITO.UnB

*Revista de Direito da Universidade de Brasília*  
*University of Brasília Law Journal*

V. **02**, N. **02**

abril–agosto de 2016



UnB



DIREITO



# DIREITO.UnB

*Revista de Direito da Universidade de Brasília*  
*University of Brasília Law Journal*

V. **02**, N. **02**

abril–agosto de 2016



UnB



DIREITO



<b>NOTA EDITORIAL // EDITORIAL</b>	<b>06–09</b>
<b>ARTIGOS // ARTICLES</b>	<b>10–159</b>
<b>SOCIEDADE GLOBAL E FRAGMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL: OS NOVOS DESAFIOS PARA O CONSTITUCIONALISMO MODERNO</b> // GLOBAL SOCIETY AND CONSTITUTIONAL FRAGMENTATION: THE NEW CHALLENGES TO THE MODERN CONSTITUTIONALISM Douglas Elmauer	<b>11–43</b>
<b>SILÊNCIOS ELOQUENTES NA ADPF Nº 186: O STF DE FATO JULGOU A CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS?</b> // LOUD SILENCES ON THE ADPF 186 CASE: DID THE FEDERAL SUPREME COURT REALLY EXAMINE THE CONSTITUTIONAL VALIDITY OF RACIAL QUOTAS? Fábio Portela Lopes de Almeida	<b>44–76</b>
<b>O TRANSPLANTE DA ANÁLISE DE CONTEXTO PARA A INVESTIGAÇÃO PENAL NO DIREITO INTERNO COLOMBIANO</b> // THE TRANSPLANTATION OF CONTEXT ANALYSIS FOR THE CRIMINAL LAW INVESTIGATION IN COLOMBIA'S DOMESTIC LAW Carlos Bernal Pulido	<b>77–102</b>
<b>A INVESTIGAÇÃO SOCIOLÓGICA DO DIREITO NA TEORIA DOS SISTEMAS</b> // A SOCIOLOGICAL INVESTIGATION OF LAW IN SYSTEM THEORY Raffaele De Giorgi	<b>103–119</b>
<b>ASPECTOS REGULATÓRIOS E DESAFIOS DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA: CONTROVÉRSIAS E DESENVOLVIMENTOS RECENTES</b> // PUBLIC LIGHTNING'S REGULATORY ASPECTS AND CHALLENGES: RECENT CONTROVERSIES AND DEVELOPMENTS Joisa Dutra, Patrícia Sampaio, Lívia Amorim	<b>120–143</b>



**SILÊNCIOS ELOQUENTES NA ADPF  
Nº 186: O STF DE FATO JULGOU  
A CONSTITUCIONALIDADE DAS  
COTAS RACIAIS?**

// LOUD SILENCES ON THE ADPF  
186 CASE: DID THE FEDERAL  
SUPREME COURT REALLY EXAMINE  
THE CONSTITUTIONAL VALIDITY OF  
RACIAL QUOTAS?

Fábio Portela Lopes de Almeida



>> **RESUMO // ABSTRACT**

No julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 (2012), o Supremo Tribunal Federal afirmou a constitucionalidade da política de cotas raciais no programa de acesso ao ensino superior da UnB. A proposta do texto é questionar essa assertiva, sustentando que o STF apenas fez uma homenagem genérica a políticas de ações afirmativas, sem adentrar, nas 233 páginas que compõem o acórdão, nas questões constitucionais que realmente deveriam ter sido debatidas a respeito da política de cotas raciais. A fim de alcançar esse objetivo, o artigo está dividido em três partes. A primeira tem por objetivo apresentar o teor da decisão em seus próprios termos, a fim de demonstrar omissões centrais no julgamento. As seções seguintes adotam uma perspectiva mais crítica quanto à decisão. Na segunda seção, objetiva-se sustentar que, do ponto de vista de sua própria lógica interna, os fundamentos invocados no acórdão não sustentam a conclusão alcançada de que a política de cotas adotada pela Universidade de Brasília é constitucional. A terceira seção, por fim, procura discutir questões que o STF deveria ter levado em consideração ao julgar a ADPF nº 186, adotando-se como contraponto a experiência jurídica norte-americana, por se tratar de uma tradição cuja Suprema Corte já debateu em diversos casos a questão relativa à constitucionalidade de políticas de ação afirmativa fundadas em elementos raciais. // The Supreme Federal Court (STF) ruling in ADPF n. 186 held constitutional the University of Brasília racial quota program. In this paper, I argue that the STF only discussed affirmative action policies in general terms, without debating, in the 233 pages of the decision, the real constitutional issues that should have been debated concerning the racial quota policy. In order to achieve this purpose, the paper is organized in three parts. The objective of the first section is to present the foundations of the decision in its own terms, in order to show omissions in the ruling. The next sections of the paper offer a critical viewpoint concerning the decision. In the second section I sustain that, from the standpoint of the very internal logic of the ruling, the premises adopted by the Court couldn't authorize it to conclude that that the racial quota policy adopted by the University of Brasilia was constitutional. In the third section, I bring questions that the STF should have brought into consideration in the ruling, adopting the American judicial experience concerning affirmative actions as a contrast, due to it's being a legal tradition which brought to the Supreme Court many cases concerning the constitutional validity of affirmative action policies based on racial elements.

---

>> **PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS**

cotas raciais, ações afirmativas, ação de descumprimento de preceito fundamental, Supremo Tribunal Federal, direito constitucional comparado. // racial quotas, affirmative actions, ADPF, Supreme Federal Court, comparative constitutional law.

**>> SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR**

Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) (2016). Foi Pesquisador Visitante da Harvard University durante sua pesquisa de doutorado (2013-2014). // PhD from the University of Brasília Law School (2016). Between 2013 and 2014 during his PhD, he worked as a Visiting Researcher at Harvard University.

## INTRODUÇÃO

O debate travado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 foi um dos mais aguardados do ano de 2012. Proposta em 2009 pelo Partido Democratas - DEM, a ação pretendia fosse declarado inconstitucional o programa de reserva de cotas para candidatos negros no programa de acesso ao ensino superior da Universidade de Brasília. Em brevíssima síntese, a alegação de que medidas de ação afirmativa fundadas no critério “raça” seriam inconstitucionais foi o principal argumento apresentado pelos Requerentes na petição inicial.

Em 25 abril de 2012, a ADPF foi julgada improcedente por unanimidade e nos termos do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, Relator da ação.

Os principais veículos da imprensa brasileira estamparam em suas manchetes a declaração de constitucionalidade da política de cotas. A Folha de São Paulo, por exemplo, publicou matéria intitulada “Por unanimidade, STF decide a favor das cotas”;<sup>1</sup> em Veja, a manchete era “Ao aprovar cotas, STF busca ‘justiça material’”;<sup>2</sup> no portal Terra, “Com 10 votos a o, STF aprova cotas raciais em universidades”.<sup>3</sup> Do mesmo modo, os defensores das cotas raciais comemoraram: a política fora declarada constitucional pela Suprema Corte brasileira. Edson França, presidente do movimento “União dos Negros pela Igualdade” (Unegro), declarou que aquela era “uma vitória do movimento negro”.<sup>4</sup> Em termos parecidos, também se manifestou o fundador e coordenador do movimento Educafro, Frei Davi, que comemorou a decisão e a impossibilidade de “fazer política pública sem considerar a especificidade do povo negro”.<sup>5</sup>

A opinião pública, a imprensa, o movimento negro e a comunidade jurídica estão certas de que as cotas raciais para ingresso de candidatos nas Instituições de Ensino Superior brasileiras foram declaradas constitucionais pela Suprema Corte.

Uma leitura atenta do acórdão que julgou a ADPF nº 186, contudo, revela uma outra realidade. A fundamentação apresentada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal não enfrentou os principais problemas constitucionais associados à política das cotas e que poderiam levar à declaração de sua inconstitucionalidade. A rigor, a discussão travada pelos Ministros passou ao largo da questão das cotas - políticas voltadas à separação de candidatos com base em um critério anterior ao processo competitivo - e se concentrou na defesa de uma abordagem mais ampla de políticas de ações afirmativas, sem distinguir cotas de outras ações afirmativas e sem discutir distinções constitucionais que as políticas de cotas evocam - que, por exemplo, a Suprema Corte norte-americana discutiu no célebre caso *Regents of the University of California v. Bakke* em 1978.

No presente artigo, pretendo discutir a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal sob duas perspectivas distintas. Em primeiro lugar, o acórdão será discutido com base nos seus próprios termos, a fim de demonstrar que, do ponto de vista de sua própria lógica interna, os fundamentos invocados não sustentam a conclusão alcançada de que a política de cotas adotada pela Universidade de Brasília é constitucional.

Nessa primeira parte, portanto, o objetivo é apresentar o acórdão do STF, com o objetivo de identificar as premissas do julgamento. Em seguida, procederei a uma crítica interna da decisão do Supremo Tribunal Federal, com o fito de demonstrar que, adotadas as premissas acolhidas pelos Ministros, ainda assim a decisão final poderia ser a contrária, pela afirmação da inconstitucionalidade da política de cotas em questão. Em breve síntese, a tese central a ser sustentada nessa seção é a de que o STF não julgou a constitucionalidade da política de cotas nos processos de admissão de candidatos nas universidades públicas. A Suprema Corte apenas fez uma homenagem genérica a políticas de ações afirmativas, sem adentrar, nas 233 páginas que compõem o acórdão, nas questões constitucionais que realmente estavam em jogo.

Por fim, passo ao exame de uma questão externa: o que o acórdão do STF deveria ter levado em consideração ao julgar a ADPF nº 186? A fim de iluminar algumas dessas questões, a experiência jurídica norte-americana será invocada por se tratar de uma tradição cuja Suprema Corte já debateu em diversos casos a questão relativa à constitucionalidade de políticas de ação afirmativa fundadas em elementos raciais. O propósito é o de discutir os motivos pelos quais a Suprema Corte norte-americana, embora já tenha julgado constitucional a adoção de políticas de ação afirmativas fundadas em critérios raciais em diversas oportunidades, jamais endossou a política de cotas - discussão sobre a qual o Supremo Tribunal Federal se esquivou de debater no *leading case*. Nessa seção do artigo, buscarei elucidar, a partir de ponderações extraídas das questões internas suscitadas da leitura do acórdão proferido pelo STF, questões não enfrentadas e que, se enfrentadas, poderiam levar a um resultado diametralmente oposto.

## 1. OS FUNDAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA ADPF Nº 186

A ADPF nº 186 foi proposta em 2009 pelo Partido Democratas - DEM, em ação na qual see pretendia a declaração de inconstitucionalidade do programa de reserva de cotas para candidatos negros no programa de acesso ao ensino superior da Universidade de Brasília.

Além de questões formais relativas ao procedimento de instauração do sistema de cotas - e que não serão objeto do presente artigo -, a petição inicial impugnou a constitucionalidade da política com base nas seguintes premissas: i) a adoção de políticas afirmativas racialistas não seria necessária no país; ii) não haveria uma exclusão social de cidadãos negros pelo simples fato de pertencimento a esta minoria; iii) a política de cotas geraria uma consciência estatal de raça, ofensiva ao princípio da isonomia; iv) a aplicação da política demandaria a institucionalização de tribunais raciais com vistas ao enquadramento de indivíduos como beneficiário; v) a incerteza do enquadramento de indivíduos como negros, em razão da miscigenação característica da população brasileira; e vi) a inexistência do conceito genético (biológico) de raça. Apontou que

a política afrontaria os arts. 1º, caput, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II, XXXIII, XLI, LIV, 37, caput, 205, 206, caput, I, 207, caput, e 208, V, da Constituição Federal.

Após informações dos arguidos, parecer da Procuradoria-Geral da República e da Advocacia-Geral da União - todos no sentido da improcedência da ação -, e da extensa participação de organizações da sociedade civil na qualidade de *amicus curiae*, os Ministros passaram ao julgamento da causa em 25 de abril de 2012.

A estrutura dos votos de todos os Ministros é praticamente idêntica, muito próxima à adotada pelo Relator, Ricardo Lewandowski. Por essa razão, utilizarei esse voto como paradigma para apresentação dos argumentos dos Ministros, introduzindo, sempre que possível, as divergências de abordagem.

Todos mencionam a distinção doutrinária entre igualdade formal e material, com o objetivo de justificar a adoção de políticas de ações afirmativas pelo Estado. Já no voto do Relator esta via de motivação aparece como a primeira invocada:

*Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.*

(...)

*A adoção de tais políticas, que levam à superação de uma perspectiva meramente formal do princípio da isonomia, integra o próprio cerne do conceito de democracia (...)* (p. 50-51)

Do mesmo modo, o Ministro Luiz Fux menciona o critério de igualdade material como apto a garantir a “plena legitimidade constitucional das políticas de ação afirmativa, inclusive as de feição racial” (p. 109 e seguintes do acórdão). Com base na mesma premissa, os Ministros Rosa Weber (p. 125), Cármen Lúcia (p. 132), Cezar Peluso (p. 155), Gilmar Mendes (p. 179) e Marco Aurélio (p. 179) também invocaram o princípio para justificar a adoção de políticas de ações afirmativas.

Mas o que é ação afirmativa? Em esforço conceitual, o Relator apresentou duas definições. A primeira, acadêmica, fundada em texto de Myrl Duncan, é a seguinte: ação afirmativa é “(...) um programa público ou privado que considera aquelas características as quais vêm sendo usadas para negar [aos excluídos] tratamento igual” (p. 53). A segunda foi extraída do art. 2º, II, da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas. Segundo essa definição, ações afirmativas são

*(...) medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais de indivíduos*

*pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (p.54).*

Em seguida, Lewandowski explora os critérios para ingresso no ensino superior. Discute o conceito de mérito insculpido no art. 208, V, da Constituição, segundo o qual o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística serão destinados “segundo a capacidade de cada um”.

Mas o que é mérito? O Relator desconstrói a visão de que os critérios objetivos de seleção dos exames vestibulares seriam bons indicadores de mérito, por desconsiderarem distorções entre os candidatos:

*A Constituição Federal preceitua, em seu art. 206, I, III e IV, que o acesso ao ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: “igualdade de condições para acesso e permanência na escola”; “pluralismo de ideias”; e “gestão democrática do ensino público”.*

*Registro, por outro lado, que a Carta Magna, em seu art. 208, V, consigna que o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística será efetivado “segundo a capacidade de cada um”.*

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

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

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

*Com efeito, considerada a diversidade dos atores e interesses envolvidos, o debate sobre os critérios de admissão não se resume a uma única ótica, devendo ser travado sob diversas perspectivas, eis que são distintos os objetivos das políticas antidiscriminatórias. (p. 58-59)*

Assim, o critério do mérito é colocado ao lado de outros, levando-se inclusive - e novamente - critérios escolhidos com base em princípios deduzidos com fundamento em considerações de igualdade material.

Curiosamente, poucos dos votos tangenciaram a questão do mérito acadêmico. Além do Relator, apenas os Ministros Rosa Weber e Cezar Peluso discutiram a questão, acrescentando pontos relevantes. A Ministra Weber salientou que o mérito é respeitado na medida em que os candidatos cotistas somente seriam aprovados caso superassem uma nota de corte no vestibular (p. 129). E o Ministro Peluso, por sua vez, destacou

- assim como o Relator - que a avaliação do mérito pessoal não pode deixar de levar em consideração “a força dos obstáculos históricos opostos aos esforços dos grupos marginalizados e cuja superação não depende das vítimas da marginalização, senão de terceiros” (p. 161).

Mas por que adotar o critério racial para a definição de políticas de ações afirmativas?

O Supremo Tribunal Federal reconheceu que a disparidade social e econômica vigentes entre brancos e negros no Brasil como fruto de um processo histórico, decorrente da escravidão, e que ainda caracteriza as relações sociais no país. As ações afirmativas seriam, portanto, uma reparação - compensação - voltada a corrigir distorções socioeconômicas decorrentes dessas circunstâncias. Nas palavras de Lewandowski:

*Os programas de ação afirmativa em sociedades em que isso ocorre, entre as quais a nossa, são uma forma de compensar essa discriminação, culturalmente arraigada, não raro, praticada de forma inconsciente e à sombra de um Estado complacente. (p. 67)*

A premissa de que há uma disparidade socioeconômica entre brancos e ricos no país foi compartilhada em todos os votos - e também na própria petição inicial, que reconheceu o fato. O Ministro Luiz Fux chegou a utilizar a expressão “código racial” para caracterizar a forma das relações raciais na sociedade brasileira contemporânea: “a abolição do regime escravocrata ocorrida no final do século XIX, embora tenha suprimido formalmente a submissão do negro, não apagou o código racial que até hoje viceja dissimuladamente nas relações sociais do País” (p. 106). Outra expressão forte utilizada duas vezes - pelos Ministros Luiz Fux (p. 105) e Rosa Weber (p. 126) - foi a de que “pobreza tem cor”, destacando as fortes desigualdades que caracterizam o Brasil.

Também foi ponto pacífico na fundamentação apresentada no acórdão a tese de que políticas universalistas seriam insuficientes para reduzir essas diferenças, sendo necessária a adoção de políticas fundadas em critérios étnico-raciais especificamente dirigidas para atacar o problema. Afastou-se, com menção ao caso *Ellwanger*, o fundamento apresentado pelo Partido Democratas de que não haveria base biológica para a caracterização de “raças”, com base no entendimento de que este é um conceito de natureza sociológica.

Além disso, foram indicados os seguintes fundamentos para a defesa de políticas de ações afirmativas: (i) criação de lideranças como paradigma de ascensão social; (ii) a importância de políticas de reconhecimento e valorização de grupos étnicos e culturais; e (iii) o papel integrador da universidade, com estímulo à diversidade nas universidades públicas.

Os primeiros pontos foram destacados fundamentalmente pelo Relator.

De acordo com Lewandowski, as ações afirmativas trariam como resultado importante a criação de lideranças na população negra, capazes de lutar pelos seus direitos e de servir como paradigma de ascensão social, promovendo uma aceleração “de uma mudança na atitude subjetiva dos integrantes desses grupos, aumentando a autoestima que prepara



o terreno para sua progressiva e plena integração social” (p. 71-72). Esse ponto é carregado de uma forte justificativa simbólica para as ações afirmativas, na medida em que se pressupõe que as crianças negras, ao perceberem afrodescendentes ocupando lugares de destaque na sociedade, projetar-se-iam naqueles papéis e “alargariam as possibilidades de seus planos de vida” (p. 74). O ponto também foi suscitado brevemente por Luiz Fux, que, contudo, se limitou a citar excerto da obra “Justiça”, do filósofo Michael Sandel, sobre a questão.

Lewandowski mencionou ainda a importância de políticas de reconhecimento e valorização de grupos étnicos e culturais como justificativa para as ações afirmativas: “Dito de outro modo, justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes” (p. 73).

E, por fim, mencionou-se que as ações afirmativas promoveriam o papel integrador da universidade, estimulando a diversidade no seu quadro discente.

Nessa seara, o Relator fez menção à jurisprudência norte-americana, citando expressamente os casos *Regents of the University of California v. Bakke* (1979), *Gratz v. Bollinger* (2003) e *Grutter v. Bollinger* (2003). Em seguida, passou a expor um histórico da discussão nos Estados Unidos, destacando a relevância do estímulo à diversidade como fundamento para aceitação de programas de ações afirmativas como constitucionais pela Suprema Corte daquele país.

Surpreendentemente, contudo, o Ministro Lewandowski fez apenas brevíssima menção ao fato de que a Suprema Corte americana, embora endosse programas de ação afirmativa, considera inconstitucional a adoção de cotas. Esta, a menção do voto condutor do acórdão:

*A Constituição brasileira – é importante notar permite que se faça uma abordagem das políticas afirmativas muito mais abrangente daquela feita pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Nos três principais precedentes daquele Tribunal Bakke v. Regents of the University of California, Gratz v. Bollinger e Grutter v. Bollinger – entendeu-se que o uso de critérios étnico-raciais seria constitucional desde que (i) não configurasse reserva de vagas ou o estabelecimento de cotas; e (ii) fossem empregados em conjunto com outros fatores de aferição do mérito.*

*No Brasil, entretanto, diferentemente do debate que se travou na Suprema Corte daquele país, não há dúvidas, a meu sentir, quanto à constitucionalidade da política de reserva de vagas ou do estabelecimento de cotas nas universidades públicas, visto que a medida encontra amparo no próprio Texto Magno, conforme salientado anteriormente. (p.86)*

Cota não é sinônimo de ação afirmativa; antes, é espécie de que aquela é gênero. Apesar disso, essa distinção entre gênero e espécie foi omitida

ou discutida apenas superficialmente por vários dos Ministros, que não discutiram pontos que — como se verá mais adiante — deveriam ter sido *centrais* no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Outros votos citaram precedentes da Suprema Corte norte-americana. O Ministro Luiz Fux mencionou o caso *Bakke* tão-somente para destacar que “a raça seria um fator que poderia ser considerado em políticas de admissão de instituições de ensino, sem que isso constitua violação à Constituição” (p. 111), sem mencionar a declaração de inconstitucionalidade das cotas naquele contexto. E o Ministro Gilmar Mendes reconheceu que, no Brasil, a jurisprudência norte-americana tem sido invocada de maneira deturpada no debate, destacando justamente que as cotas são espécie do gênero ação afirmativa:

*Confundem-se ações afirmativas com política de cotas, sem se atentar para o fato de que as cotas representam apenas uma das formas de políticas positivas de inclusão social. Na verdade, as ações afirmativas são o gênero do qual as cotas são a espécie. E, ao contrário do que muitos pensam, mesmo nos Estados Unidos o sistema de cotas sofre sérias restrições doutrinárias e jurisprudenciais, como se pode depreender da análise da série de casos julgados pela Suprema Corte, dentre os quais sobressaem o famoso Caso Bakke (Regents of the University of California vs. Bakke; 438 U.S. 265, 1978) (destaques acrescidos).*

O voto do Ministro Gilmar Mendes, na verdade, é bastante peculiar. Sua estrutura é inicialmente parecida com a dos demais, abordando a possibilidade de defesa das ações afirmativas à luz de princípios mais abstratos. Em seguida, contudo, passa a uma discussão sobre as diferenças entre as histórias brasileira e norte-americana, sustentando que, nos Estados Unidos da América, houve segregação racial institucionalizada de um modo que não houve no Brasil (p. 181).

A partir daí, Mendes promove uma interessante reconstrução histórica dos estudos antropológicos e sociológicos sobre as relações sociais do Brasil a partir da década de 1950, mostrando como progressivamente abandonou-se a ideia de que vivíamos em uma democracia racial miscigenada e temos construído uma “nova concepção de nação bicolor” (p. 183).

Em seguida, o voto passa a examinar detidamente o programa de cotas raciais institucionalizado pela UnB. Após uma breve descrição dos procedimentos de inscrição, há uma análise normativa.

Em primeiro lugar, Gilmar Mendes critica o fato de que a política estabelecida estabeleceu uma fila distinta para candidatos negros e não negros, avaliados por uma comissão que — segundo julga — teria traços arbitrários:

*Já na inscrição para o primeiro concurso vestibular com cotas da UnB, a exigência de que candidatos que optaram por concorrer às vagas disponíveis aos negros fossem fotografados, gerou, por si só, situação segregacionista incomum na realidade brasileira e claramente*

*simbólica de consequências que podem resultar de tal sistema: a existência de filas distintas para negros e não negros. Sobre isso:*

*“A vestibulanda Vanderlúcia Fonseca declarou: ‘As cotas já são um bom começo. Só acho constrangedor ter que ser fotografada para provar minha cor. Já tenho isso registrado em meus documentos.’ (...) Já Ana Maria Negrêdo frisou diretamente as diferenças de procedimentos: ‘Acho que os brancos também deveriam tirar foto. Tinha que ser igual para todo mundo. Por que só a gente tem de meter a cara na câmera?’ (...) O estabelecimento de filas separadas para inscrição dos ‘negros’ chamou a atenção. De modo defensivo, declarou o coordenador das inscrições, Neivion Lopes, quanto aos guichês apartados segundo raça: ‘É separado porque precisamos de espaço reservado para fazer as fotos’. Uma senhora teria resmungado baixinho: ‘Isso é constrangedor’. (fl. 218).*

*De fato, tal situação acabou por ser constrangedora, já que, no Brasil, inexistiu política semelhante à de outros países, como os Estados Unidos. Não houve, por aqui, legislação segregacionista que determinasse, por exemplo, a separação entre brancos e negros em ambientes do convívio societário.*

*De qualquer forma, parece ser agressivo que não baste o candidato se considerar e se autodeclarar negro, mas ter sua condição submetida à avaliação de uma comissão sobre a qual pouco se sabe, com base em uma foto. (p. 187)*

Como se verifica pela leitura do texto, os adjetivos utilizados pelo Ministro expressam o inconformismo com o programa. A separação de filas é retratada como “situação segregacionista incomum” e o critério de autodeclaração para que o candidato seja considerado apto a concorrer na condição de negro, reputado como “agressivo”.

O voto também questiona algumas premissas que os demais Ministros reputaram menos importantes, como o fato da incerteza sobre a definição do fenótipo dos negros brasileiros, tendo em vista a ampla miscigenação de nossa sociedade. O Ministro Luiz Fux, por exemplo, assumiu como ponto não problemático a utilização do fenótipo para aplicação da política, afirmando que “o critério adotado pela UnB busca simplesmente incluir aqueles que, pelo seu fenótipo, acabam marginalizados” (p. 119). Em sua manifestação no Plenário do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, a Ministra Rosa Weber justificou a utilização desse critério afirmando, com base nas pesquisas de Oracy Nogueira, que “[n]o Brasil viceja o **preconceito de marca**, em que o fenótipo, a aparência racial é o critério da discriminação, consideradas não só as nuances da cor como os traços fisionômicos” (p. 129).

O Ministro Gilmar Mendes, por outro lado, problematiza o critério adotado pela Universidade de Brasília — em especial ao que ele denominou de “tribunal racial” (p. 168), o fato de que a autodeclaração dos candidatos seria sujeita a revisão por comissão institucional. Critica ainda a falta de transparência dos procedimentos da comissão, afirmando que “é de causar estranheza que detalhes sobre o procedimento adotado pela

comissão não cheguem a ser divulgados” (p. 190), bem como lançou dúvidas sobre a possibilidade de distinguir entre negros e não negros nos casos-limite: “Qual seria a distinção entre um pardo mais escuro e um mais claro, já que, de acordo com declarações trazidas aos autos, os pardos claros seriam os mais difíceis de serem identificados. Quais os critérios de tão tênue questão?” (p. 192).

Apesar de entender pela necessidade de programas de ação afirmativa, o voto considerou inadequada a política instituída no caso concreto:

*Não se duvida a respeito da premente necessidade de um programa de ação afirmativa para a reserva de vagas que beneficie grupos sociais específicos. Um programa como esses, não obstante, deve ser criteriosamente elaborado, estabelecendo um sistema de normas e procedimentos que permitam a aplicação da política de forma adequada para os fins a que ela se propõe. Enfim, a política de ação afirmativa deve ser proporcional ao objetivo almejado.*

*No caso da UnB, fica difícil vislumbrar a adequação da política. Criou-se uma comissão de avaliação com poderes para desqualificar e assim revogar a manifestação de vontade do candidato autodeclarado negro. Não se pode negar, portanto, que a existência desse tipo de comissão avaliadora acaba por anular a autodeclaração alçada a critério base desse modelo.*

*Assim como o critério da autodeclaração é demasiado subjetivo se adotado de forma exclusiva – tal como reconhecido pelos próprios defensores da política de cotas da UnB –, a sua conjugação com uma comissão avaliadora torna o modelo incongruente. Ao fim e ao cabo, a existência de tal comissão acaba por inserir o critério da hetero-identificação como a base do modelo de cotas da UnB; isto é, no final das contas, quem terá o poder de dar a palavra final sobre a condição racial do indivíduo será uma comissão e não o próprio indivíduo afetado. Um critério de autodeclaração que se transmuda em hetero-identificação. **O modelo é, inegavelmente, incongruente e ineficaz nesse sentido.** (p. 192 - destacado pelo autor)*

Em seguida, o voto procede a uma discussão a respeito da necessidade de programas de ação afirmativa terem prazos e metas bem definidas, utilizando como base teórica de referência a posição do economista Thomas Sowell, que é profundamente cético tanto quanto aos pressupostos das ações afirmativas quanto aos resultados objetivos alcançados por elas nos mais diversos modelos que se procuraram instalar ao redor do mundo.

O voto passa, então, a defender uma posição política: reconhece que o ensino superior brasileiro é excludente — mas não em razão da raça, e sim em função das diferenças de renda. Esse ponto fica evidente no seguinte excerto do voto do Ministro Gilmar Mendes:

*Assim, somos levados a acreditar que a exclusão no acesso às universidades públicas é determinada pela condição financeira. Nesse ponto,*

*parece não haver distinção entre “brancos” e “negros”, mas entre ricos e pobres. Nessa discussão, há quem aponte que os pobres no Brasil têm todas as “cores” de pele. Dessa forma, não podemos deixar de nos perguntar quais serão as consequências das políticas de cotas raciais para a diminuição do preconceito. Será adequado, aqui, tratar de forma desigual pessoas que se podem se encontrar em situações iguais, apenas em razão de suas características fenotípicas? E que medidas ajudarão na inclusão daqueles que não se autoclassificam como “negros”? Com a ampla adoção de programas de cotas raciais, como ficará, do ponto de vista do direito à igualdade, a situação do “branco” pobre? A adoção do critério da renda (adicional ou não) não seria mais adequada para a democratização do acesso ao Ensino Superior no Brasil? Por outro lado, até que ponto podemos realmente afirmar que a discriminação pode ser reduzida a um fenômeno meramente econômico? Podemos questionar, ainda, até que ponto a existência de uma dívida histórica em relação a determinado segmento social justificaria o tratamento desigual (p. 198).*

E, por fim, o Ministro sustenta a necessidade de modelos distintos de ações afirmativas de inclusão social, sustentando a adoção de políticas adequadas à realidade cultural, política, histórica e social brasileira. É nesse trecho do voto que o Ministro critica o modo como o debate norte-americano sobre as ações afirmativas foi importado dos Estados Unidos para o Brasil, sem considerar sequer que naquele país as cotas foram declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte, em entendimento que ainda permanece.

Além disso, o Ministro destaca uma distinção que foi pouco discutida no próprio julgamento, entre ações afirmativas e cotas. Repetindo o trecho acima citado do voto do Ministro: “Confundem-se ações afirmativas com política de cotas, sem se atentar para o fato de que as cotas representam apenas uma das formas de políticas positivas de inclusão social. Na verdade, as ações afirmativas são o gênero do qual as cotas são a espécie” (p. 200-201).

Gilmar Mendes critica, novamente, a adoção do critério racial e a política de reserva de cotas por meio da separação de caminhos diversos de admissão, retirando de outros candidatos a possibilidade de sequer concorrer a um conjunto disponível das vagas:

*Se não bastasse a complexidade que o tema “ação afirmativa como mecanismo de inclusão social” atrai, a definição dos critérios a serem implementados em universidades públicas para definir quem faz jus ao benefício constitui matéria que amplia direitos de uns com imediata repercussão na vida de outros. Ao reservar 20% (vinte por cento) das vagas para determinado segmento da sociedade, outra parcela estará privada desse percentual de vagas. (p. 202)*

Destaquei o voto do Ministro Gilmar Mendes pelo fato de que, apesar de todas as reservas ao programa da UnB e às políticas de ações

afirmativas fundadas no critério racial, seu voto manifestou-se no sentido da constitucionalidade do programa examinado. Para ser mais exato, o Ministro afirmou que o programa é “ainda constitucional” (fls. 208). Essa conclusão, contudo, causou perplexidade por não decorrer de *nenhuma* das premissas postas na longa justificação apresentada.

Desde o início, o Ministro colocou em dúvida a lisura do procedimento de identificação dos beneficiários da política e a utilização do critério racial em detrimento do econômico-social. Afirmou o prejuízo, sem justificação, dos candidatos excluídos da disputa pelas vagas destinadas à política de cotas. Citou como reforço teórico o escólio de Thomas Sowell, um dos grandes opositores internacionais às políticas de ações afirmativas justamente por antever a ineficácia delas. *Todas* as justificativas apresentadas indicavam que seu voto caminharia no sentido do acolhimento das razões apresentadas na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Não se trata, aqui, de uma crítica à posição substantiva adotada pelo Ministro Gilmar Mendes, mas ao procedimento de justificação adotado, já que a decisão *não* se segue das premissas elencadas.

Esse vício, contudo, não permeia apenas o voto do mencionado Ministro. Como se verá a seguir, as razões apresentadas por todos os Ministros não justificam a conclusão a que chegaram, pela afirmação da constitucionalidade da política de cotas na admissão de candidatos a vagas em instituições públicas de ensino superior.

## 2. RAZÕES QUE NÃO JUSTIFICAM: UMA ANÁLISE INTERNA DO ACÓRDÃO NA ADPF Nº 186

### 2.1. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS: A QUESTÃO NÃO DECIDIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ao propor a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, o Partido Democratas - DEM pretendia desconstituir atos administrativos da Universidade de Brasília que instituíam programa de cotas raciais assim definido no Plano de Metas para a Integração Social, Étnica e Racial da UnB: “Disponibilizar durante 10 anos, 20% das vagas do vestibular para estudantes negros, em todos os cursos oferecidos pela universidade” (p. 12).

Ao julgar a matéria, contudo, os Ministros pouco fizeram menção a esta questão específica que era o cerne do objeto a ser decidido: a possibilidade de segregar o acesso abstrato à possibilidade de concorrência, em certame público de admissão, a todas as vagas abertas para estudantes em instituição pública de ensino superior.

A presente seção do artigo tem duplo objetivo. O primeiro é mostrar que a maior parte da fundamentação apresentada nos votos que compõem o acórdão da ADPF nº 186 consiste em justificativas para políticas genéricas de ações afirmativas, mas não tangenciam as questões constitucionais específicas que estão presentes nas cotas — que, como bem lembrado no voto do Ministro Gilmar Mendes, são espécie de um gênero mais

amplo. É perfeitamente possível admitir no sistema constitucional uma ampla gama de políticas de ações afirmativas sem que um subconjunto delas ultrapasse a barreira normativa da constitucionalidade. Em outras palavras, um primeiro objetivo dessa seção é sustentar que o Supremo Tribunal Federal cometeu uma *falácia da divisão*, erro lógico que consiste na atribuição de uma propriedade constitutiva de um conjunto a todas as partes que o compõem.<sup>6</sup>

O segundo objetivo é demonstrar a inconsistência interna das pouquíssimas razões apresentadas pelo Supremo Tribunal Federal dirigidas diretamente à questão posta pela política da UnB: *a constitucionalidade de programa de admissão de candidatos, em instituição pública, que exclua determinadas vagas do acesso geral, reservando-as para competição de que participe apenas os membros de determinada minoria eleita*. As raras ocasiões em que os Ministros realmente se concentraram na discussão desse problema — a questão sobre a qual deveriam ter, de fato, se debruçado —, são insuficientes para demonstrar a constitucionalidade da política de cotas sob exame.

Na primeira seção do artigo, descrevi os principais argumentos invocados no acórdão do Supremo Tribunal Federal para julgar improcedente a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186.

Em breve síntese, é possível sintetizar a estrutura lógica do argumento acolhido pela maioria dos ministros nas seguintes premissas:

- i. A distinção doutrinária entre igualdade formal e material prescreve que o Estado brasileiro adote políticas concretas a fim de superar desigualdades;
- ii. Existe uma disparidade social e econômica entre negros e brancos no Brasil, que é fruto de um processo histórico da escravidão que estabeleceu pontos de partida diferentes para os cidadãos de hoje e, além disso, moldou a forma das relações culturais interraciais no país;
- iii. Esses fatores induziram uma assimetria hierárquica, que reafirma a subordinação dos afrodescendentes em relação aos brancos e diminuíram a possibilidade de acesso dos negros a recursos sociais e econômicos para promover sua inclusão;
- iv. Políticas universalistas são insuficientes para reduzir essa disparidade, razão pela qual torna-se necessário adotar políticas fundamentadas em critérios étnico-raciais voltadas para atacar diretamente a desigualdade, garantindo-se aos negros:
  - A) a criação de lideranças como paradigma de ascensão social;
  - B) políticas de reconhecimento e valorização da cultura negra;
  - C) integração na universidade, com estímulo à diversidade no ensino.

A partir dessas premissas, os Ministros concluíram pela constitucionalidade do programa de cotas raciais da Universidade de Brasília.

Mas o raciocínio entabulado é um eloquente *non sequitur* lógico. As premissas elencadas justificam, tão-somente, a adoção de políticas de ações afirmativas voltadas à inclusão dos negros nas universidades, e não



— especificamente — o reconhecimento da *validade* constitucional da política de cotas tal como institucionalizadas pela Universidade de Brasília.

A *ratio decidendi* da Suprema Corte brasileira partiu de uma equivocada relação *metonímica* entre cotas e ações afirmativas, adotando ambos os conceitos como *sinônimos* — o que não são.

Ações afirmativas, como lembra o próprio Relator, são medidas especiais e concretas para assegurar o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos específicos, com o objetivo de garantir-lhes o pleno exercício de direitos e liberdades fundamentais. Inúmeras políticas, com características extremamente diversas, poderiam ser enquadradas nesse conceito — passando por financiamentos bancários voltados especificamente para determinadas minorias (como o país já adota); concessão de benefícios fiscais para empregadores que contratem um determinado percentual de empregados pertencentes a minorias; contratação preferencial de empresas que adotem programas de ações afirmativas para realização de obras públicas; entre tantos outros exemplos.

Cotas são apenas *uma* das diversas políticas que se enquadrariam no conceito de ação afirmativa. Seria possível discutir a validade constitucional de cada uma das políticas supramencionadas a título de ilustração. Mas, no caso da ADPF em questão, discutiu-se especificamente a constitucionalidade das cotas raciais em processos de admissão para ingresso de estudantes em universidades públicas.

As razões apresentadas pelo *conjunto* dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, contudo, não enfrentaram as peculiaridades apresentadas pela política de cotas raciais institucionalizada pela Universidade de Brasília. Elas limitaram a discussão, *genericamente*, à constitucionalidade de políticas de ações afirmativas, sem jamais entrar nos detalhes específicos do caso concreto.

A maioria dos Ministros apenas apresentou argumentação genérica fundada na tese da constitucionalidade de políticas de ações afirmativas — mas sem jamais *enfrentar* a política concreta de cotas raciais que estava sob exame. Apenas os Ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Cesar Peluso e Marco Aurélio apresentaram argumentos específicos sobre a questão das cotas raciais, sustentando a sua validade. Ainda assim, como se verá a seguir, os argumentos são superficiais e não levam em conta a complexidade da questão, como será discutido detidamente na próxima seção do artigo.

Do conjunto das premissas adotadas nos votos — a desigualdade socioeconômica dos negros na sociedade brasileira; a dívida histórica gerada pelo processo de escravidão que ainda hoje gera reflexos na condição do negro em nossa sociedade; a reduzida probabilidade de acesso dos negros a espaços de inclusão; e a dificuldade de que políticas universalistas reduzam essas disparidades, sendo necessário a criação de lideranças negras e políticas de integração e diversidade nos espaços universitários — se segue tão somente uma justificativa genérica para programas gerais de ações afirmativas, mas não para o estabelecimento de cotas raciais.

De fato, uma vez reconhecido que os negros *como um grupo étnico-racial* têm sido discriminados, recebendo menos oportunidades de

acesso ao ensino universitário, torna-se responsabilidade das instituições políticas criar mecanismos para reverter esse quadro. Que as cotas sejam um desses mecanismos não é uma decorrência lógica, até porque indivíduos não discriminados concretamente podem vir a ser beneficiados por elas, não beneficiando aqueles que de fato deveriam ser os destinatários da política.

Além disso, do reconhecimento de que é importante criar lideranças para que grupos minoritários tomem consciência da possibilidade concreta de alcançar postos de destaque social não se segue a necessidade de uma política específica de restrição de vagas para esses grupos nas universidades. Dessa premissa é possível extrair tão somente a necessidade de políticas que possibilitem a construção dessas lideranças, mas não a validade das cotas como política concreta. Tomar consciência disso é importante para notar que esse argumento é uma mera *justificação política* das ações afirmativas como tal, não uma justificação de cunho *jurídico* das cotas raciais, pois não examina os critérios de validade específicos delas — se reservar vagas com base em critérios raciais, afinal, viola direitos ou princípios que estejam no debate.<sup>7</sup> Nada disso foi examinado pelo Supremo Tribunal Federal, que se limitou a lançar premissas filosóficas genéricas sobre ações afirmativas sem jamais concentrar-se no debate que estava em jogo.

Da mesma forma, é um *non sequitur* supor que da necessidade de criar espaços de diversidade e integração nas universidades públicas se extraia a necessidade de um processo de admissão que separe vagas para apenas *uma minoria* em detrimento de outros candidatos — ou mesmo de outras minorias. Além disso, essa premissa tão somente fundamentaria a adoção de políticas de ações afirmativas voltadas para a criação de espaços de diversidade, e não, especificamente, fundamenta a adoção de cotas raciais.

Como se vê, dos argumentos não se segue nenhum fundamento voltado para a defesa específica da constitucionalidade das cotas. Elas têm características específicas que não foram debatidas em praticamente nenhum dos votos no julgamento da ADPF nº 186, pois estabelecem caminhos distintos de admissão para *indivíduos*, limitando *aprioristicamente* o acesso a determinadas vagas aos membros de uma minoria racial e excluindo todos os demais da possibilidade *abstrata* de sequer concorrer a aquelas vagas.

Esse ponto, contudo, não foi discutido pelo Supremo Tribunal Federal. A estratégia de julgamento adotada foi a de negligenciar a questão, subsumindo a política de cotas nas considerações políticas mais gerais sobre a validade das ações afirmativas. Ao proceder dessa maneira, a Suprema Corte cometeu a falácia da divisão: atribuiu uma propriedade típica da classe das ações afirmativas — sua constitucionalidade — a um membro desta classe, as cotas, que possuem propriedades singulares que tornariam necessário justificar de maneira mais pormenorizada a sua validade.

Esse erro lógico elementar possibilitou ao Supremo Tribunal Federal esquivar-se da questão mais difícil e complexa a ser enfrentada no

juízo da ADFP, garantindo-se a aparência de que enfrentou a questão posta no julgamento — quando, na verdade, pronunciou-se sobre a constitucionalidade das ações afirmativas, tese abstrata que jamais foi a questão mais problemática em jogo.

## 2.2. INSUFICIÊNCIA DAS BREVES RAZÕES APRESENTADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA POLÍTICA DE COTAS RACIAIS

O segundo objetivo da presente seção é demonstrar a insuficiência das pouquíssimas razões apresentadas pelo Supremo Tribunal Federal dirigidas diretamente à questão posta pela política da UnB: *a constitucionalidade de programa de admissão de candidatos, em instituição pública, que exclua determinadas vagas do acesso geral, reservando-as para competição de que participe apenas os membros de determinada minoria eleita.*

A tese a ser defendida é a de que as razões apresentadas nos pouquíssimos momentos em que os Ministros realmente se concentraram na discussão desse problema são insuficientes para demonstrar a constitucionalidade da política de cotas raciais.

O Ministro Relator é o que examina mais detidamente a questão, no antepenúltimo tópico do seu voto. O ponto de partida adotado é o de que a política de reserva de vagas é princípio encartado explicitamente pela Constituição, que no art. 37, VIII, determina que “a lei reservará percentual dos cargos para as pessoas portadoras de deficiência (...)”.

Em seguida, Lewandowski afirma que a Constituição brasileira autoriza uma abordagem de políticas de ações afirmativas mais abrangente do que a possibilitada pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Após breve relato sobre o estado da arte naquele país, o Ministro sustenta que há diferenças no ordenamento constitucional que justificam as cotas raciais no Brasil. Nos termos do voto:

*No Brasil, entretanto, diferentemente do debate que se travou na Suprema Corte daquele país, não há dúvidas, a meu sentir, quanto à constitucionalidade da política de reserva de vagas ou do estabelecimento de cotas nas universidades públicas, visto que a medida encontra amparo no próprio Texto Magno, conforme salientado anteriormente. (p. 86)*

A referência do texto à discussão anterior se refere justamente às cotas para pessoas portadoras de deficiência.

O Ministro Luiz Fux, por sua vez, afirma que a política de cotas “não deve ser vista como uma penalidade aos que não se beneficiam diretamente dela” (p. 112). Sustenta que “o critério socioeconômico passa a figurar ao lado do mérito na prova” (p. 112) e reforça o argumento de que o aluno negro enfrenta dificuldades maiores para obter um assento na universidade do que os candidatos brancos. Não são argumentos específicos em prol da constitucionalidade da política de cotas, mas antecipam de certo modo o argumento da Ministra Rosa Weber. Ela apresenta,

embora de forma muito sucinta, o argumento mais forte (entre os discutidos no acórdão) em defesa da constitucionalidade da política de cotas. Segundo ela, a política seria constitucional porque os demais candidatos não teriam direito subjetivo a ocupar as vagas do ensino superior pura e simplesmente por mérito. De acordo com seu voto:

*Outro ponto digno de registro é que não reconheço direito subjetivo – passível, enquanto tal, de violação –, a ocupar as vagas do ensino superior pura e simplesmente por mérito aferido na classificação em vestibular. A universalização do ensino diz respeito ao ensino básico (fundamental e médio). Se assim não fosse, não faria sentido condicionar o acesso ao nível superior ao mérito. Não há direito subjetivo a cursar uma faculdade, muito menos pública. É o que se extrai, a meu juízo, do inciso V do art. 208 da Constituição Federal.*

(...)

*Se não há direito subjetivo a ocupar vaga de ensino superior, o espaço está livre para a realização de políticas públicas de inclusão social que não violem os princípios básicos de cunho individual e coletivo e aqueles que se referem ao ensino superior. (pp. 128-129)*

Mais não se disse, contudo.

O Ministro César Peluso trouxe outro argumento. De acordo com ele, a Constituição de 1988 tutela os interesses de grupos ou classes em situação de vulnerabilidade — e cita também a legislação infraconstitucional (no caso, a Lei Maria da Penha) para afirmar a constitucionalidade de medidas que beneficiem grupos específicos. Em segundo lugar, insurge-se contra os argumentos de que as cotas seriam discriminatórias, sustentando que a objeção “ignora as próprias discriminações positivas que, como se viu, a Constituição formula em tutela dos grupos, das classes, das comunidades atingidos por alguma sorte de vulnerabilidade sociopolítica, levando em conta valores e princípios que estão nela positivados” (p. 161).

Por fim, o Ministro Marco Aurélio — após extenso debate sobre como as Constituições anteriores à de 1988 lidaram com o tema da isonomia —, apresentou com fundamento o art. 3º do texto constitucional a tese de que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a garantia do desenvolvimento social (princípios da República) constituem imperativos que fundamentam políticas de ações afirmativas com o fim de viabilizar as mesmas oportunidades a todos. Menciona, a esse título, algumas medidas legislativas específicas, lembrando a reserva de até 20% de vagas nos concursos públicos para pessoas com deficiência e a Lei nº 9.504/97, que estabelece cota de no mínimo 30% por gênero para candidaturas eleitorais.

Em síntese, esses argumentos, apresentados pelos Ministros especificamente sobre a política de cotas podem ser agrupados nos seguintes termos:

- i. A própria Constituição autoriza a políticas de reserva de cotas para grupos específicos, a exemplo do que ocorre com a reserva de percentual de cargos para pessoas com deficiência, prevista no art. 37, VIII, do texto constitucional;

- ii. A legislação ordinária também autoriza políticas de cotas cuja validade constitucional é inquestionada, como a reserva de vagas por gênero nos pleitos eleitorais;
- iii. Não existe direito subjetivo dos demais candidatos a uma vaga no ensino superior público unicamente pelo critério de mérito aferido em um exame vestibular.

A rigor, os dois primeiros argumentos consistem em um único: o ordenamento constitucional brasileiro autoriza a reserva de cotas para grupos específicos, com o objetivo de “corrigir desigualdades (...) a favor daquele que é discriminado, trata de modo desigual”, nos termos utilizados pelo Ministro Marco Aurélio (p. 212). A única distinção entre eles consiste no fato de que o primeiro argumento, fundado na reserva de vagas em certames públicos para pessoas com deficiência, tem base constitucional, e de que o segundo, por sua vez, tem lastro na legislação ordinária — uma distinção quanto ao fundamento normativo, portanto.

Todavia, há profundas desanalogias entre os exemplos mencionados e as cotas raciais, que tornam injustificada a comparação estabelecida nos votos.

As cotas para pessoas com deficiência, previstas no art. 37, VIII, da Constituição, têm por fundamento normativo o fato de que indivíduos com deficiência física e/ou mental têm dificuldades inerentes e que tornam objetivamente mais árdua a sua competição, em qualquer cenário, contra candidatos que disponham de plena integridade física/mental. É razoável supor que candidatos com deficiência não estarão, em nenhum cenário, em condição de concorrer em igualdade de condições com candidatos sem tais restrições. Além disso, as cotas para pessoas com deficiência têm por objetivo beneficiar *indivíduos*, não porque pertençam a uma *minoridade*, mas porque, em sua *individualidade*, não têm condição de concorrer com os demais. Nessa situação, faz sentido criar um caminho duplo de competição — um universal e um voltado apenas para os candidatos com deficiência.

No caso das cotas raciais, essas condições não estão presentes.

Em primeiro lugar, as justificativas elencadas para elas não têm natureza *individual*, mas se destinam a beneficiar um *grupo racial específico*. As cotas raciais — como bem lembram os Ministros do STF e as várias entidades que se manifestaram como *amicus curiae* — visam ao reparo de injustiças históricas decorrentes da escravidão, ao reconhecimento e à valorização de grupos étnicos e culturais e à integração das diferenças no ambiente universitário. Seu objetivo é construir uma situação tal que a minoria beneficiada esteja sempre representada no ambiente universitário. Nenhum desses objetivos, contudo, supõe que *indivíduos* particulares serão beneficiados pela medida. Mas as cotas raciais beneficiam apenas indiretamente os grupos raciais que justificaram a sua implementação; os indivíduos são os primeiros beneficiários da medida — com o problemático resultado de que indivíduos que não compartilham das características que justificaram a implementação da medida possam vir a ser os principais beneficiários da política.

Não é difícil imaginar, por exemplo, que os candidatos negros mais bem posicionados nos exames admissionais para cursos superiores

que tradicionalmente constroem lideranças, como direito ou medicina (uma das justificativas apontadas para a implementação do programa!) sejam justamente os candidatos que, desde o princípio, já faziam parte do subgrupo de candidatos afrodescendentes mais bem posicionados socialmente entre todos os grupos daquela minoria racial. Teriam maior acesso ao ensino de melhor qualidade, a melhores oportunidades e, se candidando nas vagas destinadas às cotas raciais, teriam maior probabilidade de sucesso que os demais. Ou seja, seria privilegiada uma elite interna entre o grupo discriminado, deturpando-se os objetivos — e os próprios fundamentos constitucionais anunciados! — do programa. Com isso, os afrodescendentes mais pobres, justamente os mais propensos a sofrer discriminação e a terem piores oportunidades de formação educacional e no mercado de trabalho, continuariam a permanecer com reduzida probabilidade de ascensão social.

O desalinhamento com os fundamentos das políticas de ações afirmativas ocorre justamente porque os objetivos das cotas raciais guardam profunda desanalogia com os objetivos das cotas para pessoas com deficiência. Enquanto estas são voltadas para beneficiar indivíduos, e de fato o fazem, aquelas são voltadas para beneficiar minorias, mas terminam por privilegiar indivíduos que muitas vezes não compartilham daquelas características. Mais uma vez, comete-se a falácia da divisão, na medida em que nem todos os negros beneficiados pelas políticas de cotas raciais estão no grupo destinatário da fundamentação normativa que justificou a medida. Não há como comparar as cotas raciais com a reserva de vagas para deficientes, portanto, já que “cotas” são instrumentos adequado para beneficiar indivíduos, não grupos.

Também há uma profunda desanalogia entre as cotas raciais e a reserva de percentual por gênero nas eleições.

Nos termos do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97, cada partido político ou coligação deverá preencher o mínimo de 30% ou o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo. O que pode parecer situação idêntica à das cotas raciais, contudo, não resiste a um exame mais acurado. A proposta da lei eleitoral visa justamente a *igualar as condições de disputa* eleitoral entre homens e mulheres, não assegurar *isonomia de resultados*. O mecanismo eleito objetiva garantir *igualdade de pontos de partida*, não de *resultado*.

As cotas raciais previstas no processo admissional objeto da ADPF nº 186 partiam do pressuposto absolutamente *contrário*. Ao isolar caminhos diversos de seleção — o universal, aberto a todos, e o restrito aos afrodescendentes —, a política objetiva reduzir igualdades afetando diretamente o resultado objetivo do processo seletivo. Verifica-se, assim, que também a analogia entre a política de cotas raciais e a política de cotas por gênero no sistema eleitoral não se sustenta.

O terceiro argumento trazido pelo Supremo Tribunal Federal para sustentar a validade do programa da Universidade de Brasília diz respeito à inexistência de direito subjetivo dos demais candidatos a uma vaga no ensino superior público unicamente pelo critério de mérito aferido em um exame vestibular. Esse argumento, trazido pelo Ministro Luiz Fux e Rosa Weber, é o mais forte. De fato, ninguém tem direito subjetivo a



uma vaga no ensino superior público segundo o critério de mérito. O art. 208, V, apenas dispõe que o acesso aos níveis mais elevados do ensino será dado segundo a capacidade de cada um, mas deixa muitas questões sem resposta a respeito de como a “capacidade” deve ser aferida. Além disso, o dispositivo constitucional não impõe que o acesso ao ensino superior ocorrerá apenas mediante o critério da capacidade, sendo perfeitamente possível que o Poder Legislativo ou a Administração Pública estabeleça critérios adicionais.<sup>8</sup>

Contudo, o argumento deixa de enfrentar uma questão central. Não se discute que ninguém tem direito subjetivo a ocupar uma vaga do ensino superior pura e simplesmente por mérito. Mas — e esse é o ponto central — pode ser que exista um direito subjetivo a concorrer a todas as vagas à disposição em uma universidade pública. Em outras palavras, as vagas de uma universidade pública deveriam estar disponíveis para acesso por todos os candidatos em potencial, que teriam o direito *subjetivo* de concorrer a todas.

Causa perplexidade inclusive o fato de que essa questão não foi veiculada nem na petição inicial da ADPF, e nem pelos Ministros que invocaram os precedentes norte-americanos a respeito da matéria. Com efeito, a discussão sobre o direito subjetivo de concorrer isonomicamente a todas as vagas de um certame público é ponto basilar para compreender porque, nos Estados Unidos, a Suprema Corte considerou os programas de cotas raciais inconstitucionais. Esse ponto será objeto de melhor discussão na próxima seção.

### 3. RAZÕES IMPORTANTES DEMAIS PARA SEREM ESQUECIDAS: O QUE FICOU DE FORA NA ADPF Nº 186

Além de os fundamentos apresentados pelo STF terem sido insuficientes para demonstrar a constitucionalidade da política de cotas adotadas pela Universidade de Brasília, várias questões importantes foram deixadas de lado e que mereceriam ter sido debatidas no julgamento da ADPF. Nessa medida, nossa história institucional perdeu uma enorme oportunidade de discutir questões importantes, independentemente do resultado substantivo que se pudesse alcançar.

Algumas dessas questões poderiam ter sido identificadas caso o Requerente ou os Ministros tivessem dado maior atenção ao histórico do debate nos Estados Unidos da América. Não se trata de mera importação do debate alienígena, mas do reconhecimento de que é possível o aprendizado com a experiência do país que primeiro debateu no âmbito constitucional a questão das cotas raciais no acesso ao ensino superior. Ao invés de partir dessa premissa, o Ministro Lewandowski, Relator, limitou-se a dizer que, “a seu sentir”, a situação constitucional brasileira era diferente da norte-americana, pelo simples fato de que nossa constituição prevê reserva de vagas para deficientes físicos — questão totalmente diversa, como já se discutiu.<sup>9</sup> Por que nosso contexto é diferente? Em que medida? Mais o Relator não disse.



Na presente seção, parto da premissa oposta. É preciso considerar a experiência norte-americana — não para aceitar o juízo normativo negativo formulado por sua Suprema Corte a respeito da política de cotas raciais, mas para ponderar as questões que foram colocadas naquele contexto. E, nesse sentido, é preciso considerar o que se discutiu em três casos judiciais específicos: *Regents of the University of California v. Bakke*, de 1978; *Gratz et al. v. Bollinger et al.* e *Grutter v. Bollinger et al.*, ambos de 2002. Nos três casos, a Suprema Corte norte-americana afirmou o princípio de que, embora ações afirmativas promotoras de minorias étnico-raciais sejam admissíveis e até mesmo elogiáveis, cotas raciais são inconstitucionais e inadmissíveis. Mas, mais importante do que o resultado substantivo alcançado, é importante entender os fundamentos das decisões.

### 3.1. O CASO REGENTS OF THE UNIVERSITY OF CALIFORNIA V. BAKKE

O caso *Bakke* é o mais importante dos três, em virtude de ter definido o cenário das ações afirmativas no ambiente universitário norte-americano.<sup>10</sup> No caso, discutiu-se o programa de admissão de candidatos para a Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia no *campus* de Davis. Das cem vagas disponíveis, dezesseis foram destinadas a estudantes negros. Allan Bakke foi candidato a uma vaga no programa para uma das oitenta e quatro vagas universais, mas, apesar de ter obtido boas notas, teve sua admissão negada em dois anos consecutivos.

Após ser reprovado pela segunda vez mesmo tendo obtido notas superiores a alunos aprovados pelo sistema de quotas raciais, Bakke propôs ação judicial alegando a inconstitucionalidade do programa de ação afirmativa. A alegação foi baseada na tese de que o programa de admissão especial violava a Constituição norte-americana e a da Califórnia, além do Título VI do *Civil Rights Act*. O Juiz do caso, Mankler, entendeu que o programa era inconstitucional e violava o Título VI da lei de 1964, por entender que “nenhuma raça ou grupo étnico deveria jamais ter privilégios ou imunidades não atribuídas a qualquer outra raça”. Como resultado, determinou que a Faculdade deixasse de levar em conta a raça como fator no processo admissional e reconsiderasse a candidatura de Bakke. Ambas as partes recorreram: Bakke por não ter sido determinada sua admissão imediata, e a Faculdade, em razão de seu programa ter sido declarado inconstitucional.

A Suprema Corte da Califórnia, após ouvir nove organizações na qualidade de *amicus curiae* — a maioria a favor da posição da universidade —, manteve a sentença. Em uma composição considerada das mais liberais entre as Cortes de Apelação americanas naquele momento histórico, a Suprema Corte Estadual manteve a sentença por 6 votos a 1, proibindo a universidade de utilizar o critério racial no processo de admissão e determinando que apresentasse evidência de que Bakke não teria sido admitido em um processo admissional neutro. Entendeu-se que, embora o programa servisse a um relevante interesse público<sup>11</sup>, o método eleito — cotas raciais — era muito drástico. Nos termos da decisão: “A universidade não se desvencilhou do ônus de demonstrar que os propósitos básicos

do programa não poderiam ser substantivamente alcançados por meios menos lesivos aos direitos da maioria”.<sup>12</sup>

Como a universidade não conseguiu desvencilhar-se desse ônus, a Corte determinou a integração de Bakke ao quadro de estudantes da faculdade de Medicina. A Universidade da Califórnia, em resposta, recorreu à Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que em 22 de fevereiro de 1977 concedeu o *writ of certiorari*. Em 28 de junho de 1978, o Justice Lewis F. Powell anunciou a opinião da Corte, que se dividiu em seis opiniões distintas que discutiram três questões centrais. Nas palavras de Adolphus Levis Williams, Jr:

*As três questões principais, assim como o modo pelo qual os Justices votaram, eram as seguintes:*

1. *Bakke deveria ser admitido para a faculdade de medicina? Os Justices Powell, Stevens, Rehnquist, Stewart e o Presidente Burger votaram sim. Os Justices Brennan, White, Marshall e Blackmun votaram não.*

2. *O sistema de cotas raciais da Faculdade de Medicina de Davis era aceitável? Os Justices Powell, Stevens, Rehnquist, Stewart, e o Presidente Burger votaram não. Os Justices Brennan, White, Marshall e Blackmun votaram sim.*

(...)

3. *Pode a raça de um candidato ser considerada na decisão a respeito de quem deve ser admitido? Os Justices Powell [que disse poder ser a raça considerada ser a faculdade buscar construir um corpo de estudantes diversificado], Brennan, White, Marshall e Blackmun votaram sim. Contudo, o Presidente Burger e os Justices Stevens, Rehnquist e Stewart afirmaram que “a raça não era relevante nesse caso”.<sup>13</sup>*

O voto do Justice Powell foi especialmente importante dada a postura assumida por ele no caso. Powell foi o único a entender que, embora o sistema de cotas raciais fosse inconstitucional, o critério racial poderia ser utilizado no processo de seleção dos candidatos. Como a votação foi bastante apertada nos dois temas (5 a 4), a opinião dele fez com que grupos diferentes de Justices vencesse cada uma das discussões. O grupo composto por Stevens, Rehnquist, Stewart e Burger venceu a discussão a respeito da inconstitucionalidade do sistema de cotas raciais, mas foi derrotado na questão a respeito do uso do critério racial como um dos elementos do processo de decisão admissional pelo grupo composto por Brennan, White, Marshall e Blackmun.

Apenas Powell compôs ambos os grupos, sustentando a opinião final da Corte: cotas são inconstitucionais, mas é possível a utilização do critério racial como um dos elementos de decisão no processo admissional. Dos cinco juizes que votaram pela *constitucionalidade* do uso do critério racial no processo seletivo, Powell foi o único a entender que Bakke tinha fundamento legal para a ação.<sup>14</sup> Por isso, compreender a sua opinião é essencial para o correto entendimento do que decidiu o *leading case*.

De acordo com Powell, a cláusula de igual proteção encartada na Décima Quarta Emenda à Constituição norte-americana proíbe a adoção

de cotas raciais, por três razões: (i) elas não são o único meio administrativo, nem mesmo o mais eficaz, de introduzir diversidade no meio universitário; (ii) elas impedem que se trate cada indivíduo como tal, pois estabelecem um critério de corte cego, no qual não se considera as peculiaridades de cada candidato e estabelecem caminhos separados de admissão, excluindo um percentual das vagas da competição universal desde o início.

O argumento relacionado à diversidade foi discutido exaustivamente por Powell. Segundo seu voto, o relevante interesse público em produzir um ambiente universitário diversificado não é satisfeito pela mera diversidade racial. É preciso trazer considerações mais refinadas, possibilitando que minorias de outras naturezas — culturais, religiosas, acadêmicas, sexuais, entre outras possibilidades — também tenham espaço para ser contempladas. Nas palavras de Powell:

*O argumento do recorrente de que [as cotas raciais] são o único meio efetivo de servir ao interesse da diversidade é seriamente equivocada. Em um sentido mais fundamental, o argumento compreende equivocadamente a natureza do interesse público que justificaria a consideração do contexto étnico ou racial. Ele não é um interesse na mera diversidade étnica, em que um percentual específico do corpo discente é composto por membros de grupos étnicos selecionados, sendo o percentual remanescente um agregado indiferenciado de estudantes. A diversidade que promove um interesse público relevante abrange uma gama muito mais ampla de qualificações e características, das quais a origem racial ou étnica é apenas um, embora importante, elemento. O programa de admissão especial do recorrente, concentrado exclusivamente na diversidade étnica, prejudicaria, ao invés de promover, a busca pela genuína diversidade.<sup>15</sup>*

Em outros termos, não há motivo para privilegiar apenas uma ou algumas minorias em detrimento de outras minorias possivelmente existentes.

Mas o principal argumento de Powell para afirmar a inconstitucionalidade das cotas fundadas em critérios raciais é o segundo. De acordo com ele, o programa exclui, *a priori*, o acesso a um percentual específico das vagas por parte de candidatos que não fazem parte das minorias beneficiadas. Nos termos utilizados por Powell,

*[o programa] diz aos candidatos que não são negros, asiáticos ou mexicanos que eles estão totalmente excluídos de um percentual específico das vagas do processo admissional. Não importa quão forte seja suas qualificações, quantitativa e extracurricular, incluindo o seu potencial para contribuir para a diversidade educacional, nunca lhes é dada a chance de competir com candidatos dos grupos minoritários beneficiados pelas vagas de admissão especial. (...)*

*A falha fatal no programa preferencial do recorrente é sua descon sideração dos direitos individuais garantidos pela Décima Quarta Emenda. Esses direitos não são absolutos. Mas quando a distribuição*

*de benefícios ou a imposição de ônus têm por fundamento a ancestralidade ou a cor da pele de alguém, aquele indivíduo tem direito a uma demonstração de que a classificação questionada é necessária para promover um interesse público substancial. O recorrente falhou em se desvencilhar desse ônus. (destaques acrescidos)*

O argumento é fundamentado em duas premissas. Em primeiro lugar, está a tese de que todos os candidatos têm um direito subjetivo a concorrer em igualdade de condições. O argumento é distinto do lançado pela Ministra Rosa Weber, segundo a qual ninguém tem direito a uma vaga no ensino superior por mérito; segundo a Suprema Corte americana, embora isso seja verdade, os candidatos têm ao menos o direito procedimental a concorrer a todas as vagas disponíveis. E esse direito é violado quando cotas raciais restringem aprioristicamente quem pode concorrer a determinadas vagas.

A segunda premissa é a de que a cláusula de igual proteção exige que, para a utilização do critério racial como pressuposto intrínseco da distribuição de recursos ou imposição de deveres, é imprescindível demonstrar que o critério é necessário para promover o interesse público substancial. No contexto americano, a Suprema Corte daquele país concluiu que a política de cotas não era necessária para alcançar o relevante interesse público protegido — alcançar a diversidade mediante a inclusão de minorias no ambiente universitário.

Para chegar a esta conclusão, Powell comparou o programa de cotas étnico-raciais da Universidade da Califórnia com as ações afirmativas institucionalizadas em outras universidades, como o *Harvard College*, mencionado em uma das manifestações de *amicus curiae*.<sup>16</sup> Ao contrário da Recorrente, a universidade do Estado de Massachussetts não adotou um sistema fixo de cotas, mas de metas. Nesse sistema, o comitê de seleção teria maior liberdade de identificar indivíduos realmente representativos de determinadas minorias (não apenas raciais) e que poderiam agregar diversidade à comunidade acadêmica. O critério racial seria apenas um “plus”, um critério entre outros a serem alcançados. Haveria apenas uma meta ideal quanto ao número de alunos representativos de cada minoria, mas não seria utilizada uma régua para separar os candidatos a fim de reservar desde o início algumas das vagas para um determinado conjunto de minorias. Como esse sistema mais flexível não separaria um conjunto de vagas especificamente a este fim, todos os candidatos concorreriam em condição de igualdade a cada uma das vagas disponíveis.<sup>17</sup>

### 3.2. OS CASOS GRATZ V. BOLLINGER E GRUTTER V. BOLLINGER

As diretrizes fixadas no caso *Bakke* foram confirmadas e aprofundadas posteriormente em dois casos julgados em 23 de junho de 2003: *Gratz v. Bollinger*<sup>18</sup> e *Grutter v. Bollinger*.<sup>19</sup>

Em *Gratz*, a Corte julgou inconstitucional um programa de ações afirmativas adotado pelo *College of Literature, Science and Arts* da Universidade de Michigan. O programa consistia na atribuição automática de vinte

pontos (entre cem possíveis) para candidatos pertencentes a minorias. A Suprema Corte entendeu, por 6 votos a 3, que o sistema de pontuação adicional impedia que se efetuassem as contribuições efetivas que o candidato daria para incrementar a diversidade no ambiente universitário e que, por isso, era inconstitucional.

Para demonstrar esse ponto, o *Chief Justice* Rehnquist apresentou o seguinte exemplo: imaginemos a situação em que há três candidatos. O candidato A é filho de um bem sucedido médico negro, com promessa de excelente desempenho acadêmico. O candidato B é um negro que cresceu em um gueto e apresentou um desempenho acadêmico relativamente inferior, mas também demonstrou qualidades de liderança e interesse no empoderamento dos negros. Já o candidato C é um aluno branco com talento artístico extraordinário — um elemento que também poderia contribuir com a diversidade no ambiente acadêmico.

Em um sistema sem atribuição automática de pontos, mas com a consideração das contribuições que cada indivíduo poderia prestar para a diversidade do meio acadêmico — raciocina Rehnquist —, seria possível que o comitê de seleção ponderasse que já há muitos alunos com o perfil do candidato A e que é melhor, por essa razão, beneficiar o aluno B. Em um sistema com atribuição automática de pontos, A poderia estar sempre em vantagem, porque teria os mesmos 20 pontos adicionais que B, além da provável pontuação extra que obteria nos testes de admissão. O candidato C, por sua vez, mesmo tendo um talento considerável que poderia agregar bastante à diversidade no ambiente acadêmico, jamais teria esse talento individualmente considerado porque a pontuação extra é atribuída em um sistema rígido, pouco aberto à flexibilização.

O ponto de Rehnquist é que o sistema admissional precisa levar em consideração as características dos indivíduos, avaliando todas as suas peculiaridades, história de vida, dificuldades, e não apenas agregá-los a uma categoria específica com o fim de atribuir uma pontuação extra. Ao não proceder dessa forma, o programa não possibilitou que a contribuição individual dos candidatos para a diversidade fosse considerada e, portanto, era inconstitucional.

Em *Grutter*, o programa de ações afirmativas adotado pela Faculdade de Direito da Universidade de Michigan foi julgado constitucional. O sistema de admissão da *Law School* apenas utilizava o critério racial como um fator entre os demais considerados, de modo bem parecido com o programa de Harvard elogiado pelo *Justice* Powell no julgamento do caso *Bakke*.

No julgamento (um apertado 5 a 4), a *Justice* Sandra O'Connor, que apresentou a opinião da Corte, considerou que o programa buscava admitir uma massa crítica de estudantes oriundos de grupos subrepresentados, a fim de assegurar sua participação eficaz e garantir que não se sentissem “isolados ou como porta-vozes de sua raça”.<sup>20</sup> Além disso, seguindo a construção do *Justice* Powell em *Bakke*, salientou a existência de um relevante interesse público na construção de um corpo estudantil diversificado, capaz de gerar a tolerância interracial e mesmo a educação de uma mão-de-obra capacitada a participar de um mercado de trabalho global.

Se por um lado a Corte reafirmou o julgamento de *Bakke*, por outro foram afirmados princípios muito mais amplos de justificativas para as políticas de ação afirmativa. Em *Bakke*, a Corte afirmou a importância de um corpo estudantil diversificado por motivos estritamente acadêmicos; em *Grutter*, as considerações foram muito mais amplas, passando pelos benefícios para o mercado de trabalho e mesmo para a cidadania, na medida em que a diversidade é essencial “[p]ara cultivar líderes com legitimidade aos olhos dos cidadãos, por ser necessário que o caminho da liderança seja visivelmente aberto para indivíduos talentosos e qualificados de todas as raças e etnias”.

### 3.3. SILÊNCIOS ELOQUENTES

Ao observar as discussões travadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos, fica evidente que o universo de questões examinadas foi muito mais abrangente do que as analisadas no julgamento da ADPF nº 186. E o debate delas teria sido essencial para o deslinde do *leading case* brasileiro a respeito da matéria, que poderia ter promovido um debate jurídico-político muito mais rico e produtivo.

Não foram sequer mencionadas, por exemplo, três questões essenciais debatidas nos casos norte-americanos:

- (a) as cotas raciais, ao estabelecer caminhos diferentes de admissão (um universal e um racial) violam o direito subjetivo dos cidadãos que dela não se beneficiam em concorrer a todas as vagas disponíveis em um certame público?
- (b) As cotas raciais são necessárias para alcançar a *finalidade de interesse público* que as justifica - reversão de um passado de discriminação e construção de um ambiente acadêmico mais diversificado? Não há medidas menos gravosas capazes de alcançar o mesmo fim de maneira tão eficaz quanto as cotas?
- (c) É constitucional que programas de ações afirmativas estabeleçam um critério de corte cego, sem considerar as peculiaridades de cada candidato em processos admissionais, assumindo-se o risco de beneficiar indevidamente indivíduos que pouco compartilham das características que justificaram a adoção de cotas para a minoria racial de que fazem parte?

Ao invés de se concentrar em questões como essas, que eram evidentes no programa de cotas raciais adotado pela Universidade de Brasília, a discussão esvaiu-se em discussões filosóficas mais abstratas que pouco acrescentaram ao debate. De um acórdão com mais de 230 páginas é possível extrair pouco sobre o caso concreto que estava em discussão. Não se trata, evidentemente, de submeter o Supremo Tribunal Federal à jurisdição da Suprema Corte americana, mas de reconhecer que o julgamento da ADPF nº 186 omitiu várias questões relevantes e que a consideração da experiência norte-americana permitiria reconhecer — fosse para adotar o mesmo raciocínio ou para discordar do juízo daquele Tribunal.



Omissões podem falar alto. No caso em questão, elas gritaram, porque as ausências identificadas eram suficientemente relevantes para se caracterizar como elementos suficientes para, uma vez consideradas, levar o julgamento ao resultado oposto. A falta de debate institucional profundo sobre esses pontos levará a consequências severas não apenas na jurisprudência e na doutrina, mas também na legislação ordinária. Ao julgar apenas genericamente a matéria, deixando de debater as questões jurídicas *intrínsecas* à adoção de cotas raciais, distinguindo-as do gênero ações afirmativas, o Supremo Tribunal Federal ratificou uma série de políticas que podem vir a ser adotadas de maneira inquestionada.

Após o julgamento, foi aprovada a Lei de Cotas para o Ensino Superior (Lei nº 12.711/2012), com muitas características que poderiam — e deveriam — ter sido debatidas nesse julgamento, mas não foram. Já estão em discussão, também, projetos de lei visando ao estabelecimento de cotas raciais para concursos públicos para a contratação de servidores públicos, e questões como as suscitadas nem de longe têm sido consideradas.

E, no julgamento da ADPF nº 186, perdemos uma grande oportunidade de institucional de debatê-las. E dificilmente teremos outra oportunidade tão evidente.

## CONCLUSÃO

Richard Posner, no artigo *Against Constitutional Theory*, critica a postura da Suprema Corte norte-americana de, muitas vezes, perde-se em discussões teóricas, esquecendo-se do caso concreto que está sendo julgado. De acordo com ele, muitas vezes a teoria constitucional subjacente até pode vir a ser adequada, mas a falta de consideração dos elementos empíricos colocados na situação concreta leva a aporias que tornam a decisão confusa e desconectada da realidade:

*Meu ponto não é nem tanto que Romer e o caso VI foram decididos incorretamente, mas que as decisões têm tão pouca relação com a realidade que a questão de sua correção raramente surge. É a falta de apoio empírico que é e sempre tem sido o calcanhar de Aquiles do direito constitucional, não a falta de uma boa teoria constitucional.<sup>21</sup>*

A mesma crítica poderia ser dirigida ao julgamento proferido na ADPF nº 186. Típica ação de controle concentrado de ato concreto, boa parte dos votos poderiam ter sido extraídos diretamente de um manual de direito constitucional, dado que discutem abstratamente a fundamentação de políticas genéricas de ações afirmativas lastreadas no critério racial, sem *jamais* tocar no problema concreto da política de cotas raciais adotada pela Universidade de Brasília. Mesmo nos raros momentos em que o caso concreto foi discutido, as razões apresentadas são tão superficiais e internamente consistentes que dificilmente poderiam ser apontadas como *justificativas* para apoiar a validade constitucional do programa.



O Supremo Tribunal Federal deveria ter enfrentado a discussão a respeito de as cotas raciais serem mecanismos *necessários* para alcançar a finalidade pública pretendida com o programa, apresentando razões para crer que programas alternativos, menos lesivos ao interesse dos candidatos “universais”, não poderiam ser tão ou mais eficientes. Deveria ter enfrentado melhor a discussão a respeito dos chamados “tribunais raciais” que, embora tenha sido salientada pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto, surpreendentemente não foi debatida em Plenário. Deveria ter enfrentado a discussão sobre o direito de todos os candidatos a competirem por todas as vagas, ainda que houvesse um princípio de admissão preferencial para minorias. Além disso, as objeções *concretas* a ele deveriam ter sido melhor enfrentadas, apoiando-se em melhores elementos histórico-institucionais e discutindo-se, de fato, as questões principiológicas que estavam em jogo.

Mas nada disso foi discutido. Os votos, em sua maioria, limitam-se a travar uma longa discussão genérica que jamais vai ao encontro do caso concreto.

Essas críticas são de ordem procedimental. Independentemente do resultado concreto do julgamento, a natureza constitucional do programa de cotas raciais deveria ter sido melhor justificada. O resultado unânime do julgamento esconde a apatia de sua justificação. O que deveria ser a afirmação de força da política de cotas raciais revela-se, na leitura atenta dos votos, a prova derradeira da ausência de debate sobre as questões constitucionais verdadeiramente importantes que essa política deveria ter suscitado.

## >> NOTAS

- <sup>1</sup> Seligman/Guerlenda, 2012.
- <sup>2</sup> Veja, 2012.
- <sup>3</sup> Gentios, 2012.
- <sup>4</sup> Portal Vermelho, 2012.
- <sup>5</sup> Pimentel, 2012.
- <sup>6</sup> Nas palavras do constitucionalista Adrian Vermeule: "Na *falácia da composição*, o erro consiste em assumir que se os componentes de um agregado ou membros de um grupo têm certa propriedade, o agregado ou grupo precisam também apresentar aquela propriedade. O erro contrário é a *falácia da divisão*, que é assumir que, se o agregado tem uma certa propriedade, os componentes ou membros também precisam ter a mesma propriedade". Cf. Vermeule, 2011: 17.
- <sup>7</sup> A respeito das diferenças entre os critérios de justificação na política e no direito, cf. Dworkin, 1986: 176-275. Em breve síntese, é possível dizer que Dworkin traça um paralelo entre a política e o direito a partir da instanciação do princípio da integridade a um domínio ou ao outro. A integridade na política realiza-se no domínio da legislação: a assembleia deve procurar elaborar as leis de maneira coerente, procurando ter em mente princípios mais fundamentais aplicáveis ao conjunto da legislação. A integridade no direito, por sua vez, se revela na atividade da interpretação judicial, e requer dos juizes que *tratem o direito como se ele expressasse* um conjunto de princípios coerentes. A integridade na política é prospectiva, na medida em que o legislador deve tomar decisões para o futuro lastreados em princípios *para o futuro* que também sejam *fundamentáveis* no passado. A integridade no direito é retrospectiva, porquanto o intérprete toma decisões sobre o passado com fundamento em princípios consolidados em uma história institucional já consolidada. Cf. Crowe, 2007: 167-180.
- <sup>8</sup> A respeito desse ponto, cf. Azevedo, 2007: 150-169. Esse é provavelmente o melhor texto delimitado sobre essa questão específica do direito subjetivo do acesso a uma vaga universitária por meio do critério de mérito. O autor, assim como os Ministros, defende a tese de que ninguém tem direito subjetivo a ter acesso a uma vaga no ensino superior apenas pelo critério meritocrático.
- <sup>9</sup> Nos termos do voto do Relator: "No Brasil, entretanto, diferentemente do debate que se travou na Suprema Corte daquele país, não há dúvidas, a meu sentir, quanto à constitucionalidade da política de reserva de vagas ou do estabelecimento de cotas nas universidades públicas, visto que a medida encontra amparo no próprio Texto Magno, conforme salientado anteriormente" (p. 86).
- <sup>10</sup> A respeito do caso Bakke, cf. Williams, 1989: 129; Amar/Katyal, 1995: 1745-1780; Tilles, 2004; Time, 1978.
- <sup>11</sup> Preferiu-se adotar esta tradução ("relevante interesse público") para o termo técnico *compelling governmental interest*, que se refere ao padrão de escrutínio rigoroso (*strict scrutiny*) utilizado no direito norte-americano para avaliar a constitucionalidade de certas políticas.
- <sup>12</sup> Nagan/Baldwin, 1978: 850.
- <sup>13</sup> Williams, 1989: 208.
- <sup>14</sup> Nagan/Baldwin, 1978: 851.
- <sup>15</sup> Os destaques foram acrescentados. Todas as citações do caso Bakke foram extraídas de *Regents of the University of California v. Bakke* 438 U.S 265 (1978). Disponível em <[http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/438/265#writing-USSC\\_CR\\_0438\\_0265\\_ZO](http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/438/265#writing-USSC_CR_0438_0265_ZO)>. Acesso em 17 jan. 2015.
- <sup>16</sup> Nas palavras de Powell: "A experiência de outros programas admissionais universitários, que levam em conta a raça para alcançar a diversidade educacional valorizada pela Primeira Emenda, demonstra que a designação de um número fixo de vagas para um grupo

minoritário não é um meio necessário para esse fim. Um exemplo iluminador é o do programa do *Harvard College*.”

- <sup>17</sup> Ronald Dworkin discorda da distinção estabelecida por Powell entre cotas e metas. Para ele, tanto um sistema quanto outro limitariam o acesso dos candidatos não pertencentes a minorias. Cf. Dworkin, 2005: 461-462. A meu ver, contudo, Dworkin comete o mesmo equívoco que o Ministro Marco Aurélio ao comparar a política de cotas raciais com a reserva de percentual de candidaturas por gênero. O sistema de seleção mais flexível, como o adotado em Harvard, procura equalizar as oportunidades de acesso, sem retirar dos candidatos não pertencentes a grupos minoritários a oportunidade de competir por cada uma das vagas disponíveis. Esse sistema se aproxima mais do programa de reserva de candidaturas eleitorais por gênero, gerando maior igualdade no processo de competição por uma vaga, ao passo que o programa de cotas mais se assemelha ao programa de reserva de vagas para pessoas com deficiência. Contudo, como já se discutiu anteriormente, não há motivo para aplicar política idêntica à situação das minorias raciais.
- <sup>18</sup> *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003). Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/02-516.ZO.html>>. Acesso em 19 jan. 2015.
- <sup>19</sup> *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003). Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/02-241#writing-ZO>>. Acesso em 19 jan. 2015.
- <sup>20</sup> Tilles, 2004: 458.
- <sup>21</sup> Tradução livre de POSNER, Richard A. *Against Constitutional Theory*. *New York University Law Review*, v. 73, p. 1–22, 1998. p. 22.

## >> REFERÊNCIAS

- Amar, Akhil Reed/ Katyal, Neal Kumar (1995). "Bakke's Fate". *UCLA Law Review* 43, 1745–1780.
- "Ao aprovar cotas, STF busca 'justiça material'" (2012). *Veja*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/educacao/ao-aprovar-cotas-stf-busca-justica-material>>. Acesso em 10 dez. 2014.
- Azevedo, Damião Alves de (2007). *A Justiça e as Cores: a Adequação Constitucional das Políticas Públicas Afirmativas Voltadas para Negros e Indígenas no Ensino Superior a Partir da Teoria Discursiva do Direito*. Dissertação - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília.
- "Bakke Wins, Quotas Lose". *Time*, p. 1–6, 1978.
- Crowe, Jonathan (2007). "Dworkin on the Value of Integrity". *Deakin Law Review* 12, 167-180.
- Dworkin, Ronald  
(2005). *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes.  
(1986). *Law's Empire*. Cambridge (MA): Belknap Press.
- Gentios, Gustavo (2012). "Com 10 votos a 0, STF aprova cotas raciais em universidades". *Terra*. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/educacao/com-10-votos-a-0-stf-aprova-cotas-raciais-em-universidades,b8dbdc84ofoda310VgnCLD200000bbceboaRCRD.html>>. Acesso em 10 dez. 2014.
- "Movimento negro comemora legalização de cotas nas universidades" (2012). *Portal Vermelho*. Disponível em: <<http://www.vermelho.org.br/noticia/181799-8>>. Acesso em 7 jan. 2015.
- Nagan, Winston/Baldwin, Fletcher N., Jr (1978). "Board of Regents v. Bakke: The All-American Dilemma Revisited". *University of Florida Law Review* XXX, 843–866.
- Pimentel, Carolina (2012). "Movimento negro considera positiva decisão sobre cotas e diz que pressionará instituições de ensino". *Agência Brasil*. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2012-04-26/movimento-negro-considera-positiva-decisao-sobre-cotas-e-diz-que-pressionara-instituicoes-de-ensino>>. Acesso em 7 jan. 2015.
- Posner, Richard A. "Against Constitutional Theory" (1998). *New York University Law Review* 73, 1–22.
- Seligman, Felipe/Guerlenda, Nádia (2012). "Por unanimidade, STF decide a favor das cotas". *Folha de São Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/39568-por-unanimidade-stf-decide-a-favor-das-cotas.shtml>>. Acesso em 7 dez. 2014.
- Tilles, Eric A. (2004). "Lessons From Bakke: the Effect of Grutter on Affirmative Action in Employment". *University of Pennsylvania. Journal of Labor and Employment Law* 6 (2), 451–465, 2004.
- Vermeule, Adrian (2011). *The System of Constitution*. Oxford: Oxford University Press.
- Williams, Adolphus Levi, Jr (1989). "A Critical Analysis of the Bakke Case". *Southern University Law Review* 16, 129–230.

Direito.UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília.  
Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol.2, N.2 (mai./ago. 2016) –  
Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito.

Semestral. 2014.

ISSN 2357-8009 (VERSÃO ON-LINE)

ISSN 2318-9908 (VERSÃO IMPRESSA)

Bilíngue (Português/Inglês)

1. Direito – periódicos. I. Universidade de Brasília,  
Faculdade de Direito.

CDU 340



