

**MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 186-2 DISTRITO FEDERAL**

ARGÜENTE(S) : DEMOCRATAS - DEM
ADVOGADO(A/S) : ROBERTA FRAGOSO MENEZES KAUFMANN
ARGÜIDO(A/S) : CONSELHO DE ENSINO, PESQUISA E
EXTENSÃO DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA -
CEPE
ARGÜIDO(A/S) : REITOR DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
ARGÜIDO(A/S) : CENTRO DE SELEÇÃO E DE PROMOÇÃO DE
EVENTOS DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA -
CESPE/UNB

DECISÃO: Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, proposta pelo partido político DEMOCRATAS (DEM), contra atos administrativos da Universidade de Brasília que instituíram o programa de cotas raciais para ingresso naquela universidade.

Alega-se ofensa aos artigos 1º, *caput* e inciso III; 3º, inciso IV; 4º, inciso VIII; 5º, incisos I, II, XXXIII, XLII, LIV; 37, *caput*; 205; 207, *caput*; e 208, inciso V, da Constituição de 1988.

A peça inicial defende, em síntese, que "(...) na presente hipótese, sucessivos atos estatais oriundos da Universidade de Brasília atingiram preceitos fundamentais diversos, na medida em que estipularam a criação da reserva de vagas de 20% para negros no acesso às vagas universais e instituíram verdadeiro 'Tribunal Racial', composto por pessoas não-identificadas e por meio do qual os direitos dos indivíduos ficariam, sorrateiramente, à mercê da discricionariedade dos componentes, (...) "(fl. 9).

O autor esclarece, inicialmente, que a presente arguição não visa a questionar a constitucionalidade de ações afirmativas como políticas necessárias para a inclusão de minorias, ou mesmo a adoção do modelo de Estado Social pelo

Brasil e a existência de racismo, preconceito e discriminação na sociedade brasileira. Acentua, dessa forma, que a ação impugna, especificamente, a adoção de políticas afirmativas "racialistas", nos moldes da adotada pela UnB, que entende inadequada para as especificidades brasileiras.

Assim, a petição traz trechos em que se questiona se *"a raça, isoladamente, pode ser considerada no Brasil um critério válido, legítimo, razoável, constitucional, de diferenciação entre o exercício de direitos dos cidadãos"* (fl. 28). Defende o partido político, com isso, que o acesso aos direitos fundamentais no Brasil não é negado aos negros, mas aos pobres e que o problema econômico está atrelado à questão racial.

Alega que o sistema de cotas da UnB pode agravar o preconceito racial, uma vez que institui a consciência estatal da raça, promove ofensa arbitrária ao princípio da igualdade, gera discriminação reversa em relação aos brancos pobres, além de favorecer a classe média negra (fl. 29).

Afirma que o item 7 e os subitens do Edital nº 02/2009 do CESPE/UNB violam o princípio da igualdade e da dignidade humana, na medida em que ressuscitam a crença de que é possível identificar a que raça pertence uma pessoa (fl. 29). Assim, indaga a respeito da constitucionalidade dos critérios utilizados pela comissão designada pelo CESPE para definir a "raça" do candidato, afirmando que saber quem é ou não negro vai muito além do fenótipo.

A petição ressalta, ainda, que a aparência de uma pessoa diz muito pouco sobre a sua ancestralidade (fl. 30). Refere, com isso, que a "teoria compensatória", que visa à reparação do dano causado pela escravidão, não pode ser aplicada num país miscigenado como o Brasil.

Na inicial, é frisado que, nos últimos 30 anos, estabeleceu-se um consenso entre os geneticistas segundo o qual os seres humanos são todos iguais (fl. 37) e que as características fenotípicas representam apenas 0,035% do genoma humano. Aponta-se, dessa forma, o perigo da importação de modelos como o de Ruanda e o dos Estados Unidos da América (fls. 41-43).

Sustenta-se, ademais, que os dados estatísticos referentes aos indicadores sociais são manipulados e que a pobreza no Brasil tem "todas as cores" (fls. 54-58).

Especificamente quanto ao sistema de classificação racial da UnB, o arguente enfatiza que todos os censos brasileiros sempre utilizaram o critério da autoclassificação (fl. 61).

Expõe que, no Brasil, *"a existência de valores nacionais, comuns a todas as raças, parece quebrar o estigma da classificação racial maniqueísta"* (fl. 67).

Conclui, assim, que as cotas raciais instituídas pela UnB violam o princípio constitucional da proporcionalidade, por ofensa ao subprincípio da adequação, no que concerne à utilização da raça como critério diferenciador de direitos entre indivíduos, uma vez que é a pobreza que impede o acesso ao ensino superior (fl. 74). Sugere que um modelo que levasse em conta a renda em vez da cor da pele seria menos lesivo aos direitos fundamentais e também atingiria a finalidade pretendida de integrar os negros (fl. 75).

Quanto ao *periculum in mora*, afirma o partido político que o resultado do 2º Vestibular 2009 da Universidade de Brasília, o qual foi realizado de acordo com o sistema de acesso por meio de cotas raciais, foi publicado no dia 17 de julho de 2009, e o registro dos estudantes aprovados, cotistas

e não cotistas, está previsto para os dias 23 e 24 de julho de 2009 (fl. 76).

O pedido final da arguição de descumprimento de preceito fundamental está assim formulado:

"(...)seja a ação julgada procedente para o fim de que esta Egrégia Corte Constitucional declare a inconstitucionalidade, com eficácia erga omnes, efeitos ex tunc e vinculantes dos seguintes atos administrativos e normativos: (i) Ata da Reunião Extraordinária do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE), realizada no dia 6 de junho de 2003; (ii) Resolução nº 38, de 18 de junho de 2003, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE); (iii) Plano de Metas para a Integração Social, Étnica e Racial da Universidade de Brasília - UnB, especificamente os pontos I ("Objetivo"), II ("Ações para alcançar o objetivo"), 1 ("Acesso"), alínea 'a'; II ("Ações para alcançar o objetivo"), II ("Permanência"), '1', '2' e '3, a, b, c'; e III ("Caminhos para a implementação"), itens 1, 2 e 3. As impugnações aqui referidas tomam por base o texto literal do Plano de Metas, apesar da evidente confusão na distribuição entre itens, alíneas e subitens; e (iv) Item 2, subitens 2.2., 2.2.1, 2.3, item 3, subitem 3.9.8 e item 7 e subitens, do Edital nº 2, de 20 de abril de 2009, do 2º Vestibular de 2009 - CESPE/UnB, por ofensa descarada e manifesta ao artigo 1º, caput (princípio republicano) e inciso III (dignidade da pessoa humana); ao artigo 3º, inciso IV (veda o preconceito de cor e a discriminação); o artigo 4º, inciso III (repúdio ao racismo); o artigo 5º, incisos I (igualdade), II (legalidade), XXXIII (direito à informação dos órgãos públicos), XLII (vedação ao racismo) e LIV (devido processo legal e princípio da proporcionalidade), o artigo 37, caput (princípios da legalidade, da impessoalidade, da razoabilidade, da publicidade, da moralidade, corolários do princípio republicano), além dos artigos 205 (direito universal de educação), 206, caput e inciso I (igualdade nas condições de acesso ao ensino), 207 (autonomia universitária) e 208, inciso V (princípio do acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística segundo a capacidade de cada um), todos da Constituição Federal." (fl. 79)

Em despacho de 21 de julho de 2009 (fl. 613), requisitei as informações dos arguidos e as manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República (art. 5º, § 2º, da Lei nº 9.882/99).

O Reitor da Universidade de Brasília, o Diretor do

Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília e o Presidente do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília prestaram informações (fls. 628-668), alegando a impossibilidade da propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental, por ser cabível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade (fl. 636). Asseveraram, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, a constitucionalidade dos atos impugnados (fls. 636-640). Sustentaram que *"não é possível ignorar, face à análise de abundantes dados estatísticos, que cidadãos brasileiros de cor negra partem, em sua imensa maioria, de condições sócio-econômicas muito desfavoráveis comparativamente aos de cor branca"* (fl. 643). Alegaram, ainda, que a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil, prevê ações afirmativas como forma de rechaçar a discriminação racial (fl. 645). Esclarecem, assim, que o critério utilizado pela Universidade não é o genético, mas o da análise do fenótipo do candidato (fl. 664). Ressaltam, por fim, que já foram realizados 10 vestibulares utilizando-se o sistema de cotas, não havendo *periculum in mora* a justificar a concessão da medida liminar requerida (fl. 667).

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela admissibilidade da ADPF e pelo indeferimento da medida cautelar postulada, *"seja pela ausência de plausibilidade do direito invocado, em vista da constitucionalidade das políticas de ação afirmativa impugnadas, seja pela presença do periculum in mora inverso"* (fl. 709-733).

Na petição de fls. 735-765, o Advogado-Geral da União manifestou-se pela denegação da medida cautelar pleiteada, por ausência dos requisitos necessários à sua concessão.

Passo a decidir tão-somente o pedido de medida

cautelar.

O art. 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/99 permite que, no período de recesso, o pedido de medida cautelar seja apreciado em decisão monocrática do Presidente do STF - a quem compete decidir sobre questões urgentes no período de recesso ou de férias, conforme o art. 13, VIII, do Regimento Interno do Tribunal -, a qual posteriormente deverá ser levada ao referendo do Plenário da Corte.

A presente arguição de descumprimento de preceito fundamental traz a esta Corte uma das questões constitucionais mais fascinantes de nosso tempo - acertadamente cunhado por Bobbio como o "tempo dos direitos" (BOBBIO, Norberto, *L' età dei diritti*. Einaudi editore, Torino, 1990) - e que, desde meados do século passado, tem sido o centro de infindáveis debates em muitos países e, no Brasil, atinge atualmente seu auge. Trata-se do difícil problema quanto à legitimidade constitucional dos programas de ação afirmativa que implementam mecanismos de discriminação positiva para inclusão de minorias e determinados segmentos sociais.

O tema causa polêmica, tornando-se objeto de discussão, e a razão para tanto está no fato de que ele toca nas mais profundas concepções individuais e coletivas a respeito dos valores fundamentais da liberdade e da igualdade.

Liberdade e igualdade constituem os valores sobre os quais está fundado o Estado constitucional. A história do constitucionalismo se confunde com a história da afirmação desses dois fundamentos da ordem jurídica. Não há como negar, portanto, a simbiose existente entre liberdade e igualdade e o Estado Democrático de Direito. Isso é algo que a ninguém soa estranho - pelo menos em sociedades construídas sobre valores democráticos - e, neste momento, deixo claro que não pretendo rememorar ou reexaminar o tema sob esse prisma.

Não posso deixar de levar em conta, no contexto dessa temática, as assertivas do Mestre e amigo Professor Peter Häberle, o qual muito bem constatou que, na dogmática constitucional, muito já se tratou e muito já se falou sobre liberdade e igualdade, mas pouca coisa se encontra sobre o terceiro valor fundamental da Revolução Francesa de 1789: a *fraternidade* (HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madrid: Trotta; 1998). E é dessa perspectiva que parto para as análises que faço a seguir.

No limiar deste século XXI, liberdade e igualdade devem ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade. Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade.

Vivemos, atualmente, as consequências dos acontecimentos do dia 11 de setembro de 2001 e sabemos muito bem o que significam os fundamentalismos de todo tipo para os pilares da liberdade e igualdade. Fazemos parte de sociedades multiculturais e complexas e tentamos ainda compreender a real dimensão das manifestações racistas, segregacionistas e nacionalistas, que representam graves ameaças à liberdade e à igualdade.

Nesse contexto, a *tolerância nas sociedades multiculturais* é o cerne das questões a que este século nos convidou a enfrentar em tema de liberdade e igualdade.

Pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos os seus aspectos. A tolerância em tema de igualdade, nesse sentido, impõe a igual consideração do outro em suas peculiaridades e idiosincrasias. Numa sociedade

marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias.

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

Se, por um lado, a clássica concepção liberal de igualdade como um valor meramente formal há muito foi superada, em vista do seu potencial de ser um meio de legitimação da manutenção de iniquidades, por outro o objetivo de se garantir uma efetiva igualdade material deve sempre levar em consideração a necessidade de se respeitar os demais valores constitucionais.

Não se deve esquecer, nesse ponto, o que Alexy trata como o *paradoxo da igualdade*, no sentido de que toda igualdade de direito tem por consequência uma desigualdade de fato, e toda desigualdade de fato tem como pressuposto uma desigualdade de direito (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001). Assim, o mandamento constitucional de reconhecimento e proteção igual das diferenças impõe um tratamento desigual por parte da lei. O paradoxo da igualdade, portanto, suscita problemas dos mais complexos para o exame da constitucionalidade das ações afirmativas em sociedades plurais.

Cortes constitucionais de diversos Estados têm sido chamadas a se pronunciar sobre a constitucionalidade de programas de ações afirmativas nas últimas décadas. No entanto, é importante salientar que essa temática - que até certo ponto pode ser tida como universal - tem contornos específicos conforme as particularidades históricas e culturais de cada sociedade.

O tema não pode deixar de ser abordado desde uma reflexão mais aprofundada sobre o conceito do que chamamos de "raça". Nunca é demais esclarecer que a ciência contemporânea, por meio de pesquisas genéticas, comprovou a inexistência de "raças" humanas. Os estudos do genoma humano comprovam a existência de uma única espécie dividida em bilhões de indivíduos únicos: *"somos todos muito parecidos e, ao mesmo tempo, muito diferentes"* (Cfr.: PENA, Sérgio D. J. *Humanidade Sem Raças?* Série 21, Publifolha, p. 11.).

Este Supremo Tribunal Federal, inclusive, no histórico julgamento do Habeas Corpus nº 82.424-2/RS, frisou a inexistência de subdivisões raciais entre indivíduos.

A noção de "raça", que insiste em dividir e classificar os seres humanos em "categorias", resulta de um processo político-social que, ao longo da história, originou o racismo, a discriminação e o preconceito segregacionista. Como explica Joaze Bernardino, *"a categoria raça é uma construção sociológica, que por esse motivo sofrerá variações de acordo com a realidade histórica em que ela for utilizada"*. Em razão disso, uma pessoa pode ser considerada branca num contexto social e negra em outro, como ocorre com *"alguns brasileiros brancos que são tratados como negros nos Estados Unidos"* (BERNARDINO, Joaze. Levando a raça a sério: ação afirmativa e correto reconhecimento, In: *Levando a raça a sério: ação*

afirmativa e universidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p. 19-20).

De toda forma, é preciso enfatizar que, enquanto em muitos países o preconceito sempre foi uma questão étnica, no Brasil o problema vem associado a outros vários fatores, dentre os quais sobressai a posição ou o *status* cultural, social e econômico do indivíduo. Como já escrevia nos idos da década de 40 do século passado Caio Prado Júnior, célebre historiador brasileiro, "*a classificação étnica do indivíduo se faz no Brasil muito mais pela sua posição social; e a raça, pelo menos nas classes superiores, é mais função daquela posição que dos caracteres somáticos*" (PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Brasiliense; 2006, p. 109).

Isso não quer dizer que não haja problemas "raciais" no Brasil. O preconceito está em toda parte. Como dizia Bobbio, "*não existe preconceito pior do que o acreditar não ter preconceitos*" (BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Unesp; 2002, p. 122).

No debate sobre o tema, somos também levados a analisar a diferença existente entre a discriminação promovida pelo Estado e a discriminação praticada pelos particulares.

Desde a abolição da escravatura - um dos fatos mais importantes da história de afirmação e efetivação dos direitos fundamentais no Brasil -, não há notícia de que o Estado brasileiro tenha se utilizado do critério racial para realizar diferenciação legal entre seus cidadãos. Esse é um fator de relevo que distingue o debate sobre o tema no Brasil. Nos Estados Unidos, por exemplo, existiu um sistema institucionalizado de discriminação racial estimulado pela sociedade e pelo próprio Estado, por seus Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em seus diferentes níveis. A

segregação entre negros e brancos foi amplamente implementada pelo denominado sistema *Jim Crow* e legitimada durante várias décadas pela doutrina do "separados mas iguais" (*separate but equal*), criada pela famosa decisão da Suprema Corte nos caso *Plessy vs. Ferguson* (163 U.S 537 1896). Com base nesse sistema legal segregacionista, os negros foram proibidos de frequentar as mesmas escolas que os brancos, comer nos mesmos restaurantes e lanchonetes, morar em determinados bairros, serem proprietários ou locatários de imóveis pertencentes a brancos, utilizar os mesmos transportes públicos, teatros, banheiros etc., casar com brancos, votar e serem votados e, enfim, de serem cidadãos dos Estados Unidos da América. Foi nesse específico contexto de cruel discriminação contra os negros que surgiram as ações afirmativas como uma espécie de mecanismo emergencial de inclusão e integração social dos grupos minoritários e de solução para os conflitos sociais que se alastravam por todo o país na década de 60.

Assim, não se pode deixar de considerar que o preconceito racial existente no Brasil nunca chegou a se transformar numa espécie de ódio racial coletivo, tampouco ensejou o surgimento de organizações contrárias aos negros, como a Ku Klux Klan e os Conselhos de Cidadãos Brancos, tal como ocorrido nos Estados Unidos. Na República Brasileira, nunca houve formas de segregação racial legitimadas pelo próprio Estado.

No Brasil, a análise do tema das ações afirmativas deve basear-se, sobretudo, em estudos históricos, sociológicos e antropológicos sobre as relações raciais em nosso país.

Durante muito tempo, os sociólogos, antropólogos e historiadores identificaram no processo de miscigenação que formou a sociedade brasileira uma forma de democracia racial. O apogeu da tese da "democracia racial brasileira" se deu na

década de 30, com o trabalho de Gilberto Freyre (Casa grande & Senzala).

Na década de 50, a crença na democracia racial levou os representantes brasileiros na UNESCO (Artur Ramos e Luiz Aguiar Costa Pinto), após a 2ª Guerra Mundial, a propor o Brasil como exemplo de uma experiência bem-sucedida de relações raciais.

A partir da década de 60, pesquisas financiadas pela UNESCO, e desenvolvidas por sociólogos brasileiros (Florestan Fernandes, Fernando Henrique Cardoso e Oracy Nogueira, por exemplo), começaram a questionar a existência dessa dita democracia. Concluíram que, no fundo, o Brasil desenvolvera uma forma de discriminação "racial" escondida atrás do mito da "democracia racial". Apontaram que, enquanto nos Estados Unidos desenvolveu-se o preconceito com base na origem do indivíduo (ancestralidade), no Brasil existia o preconceito com base na cor da pele da pessoa (fenótipo).

Na década de 70, pesquisadores como Carlos Hasenbalg e Nelson do Valle e Silva afirmaram que o preconceito e a discriminação não estavam apenas fundados nas sequelas da escravidão, mas assumiram novas formas e significados a partir da abolição, estando relacionadas aos "*benefícios simbólicos adquiridos pelos brancos no processo de competição e desqualificação dos negros*". Simultaneamente, os movimentos negros passaram a questionar a visão integracionista das lideranças negras brasileiras das décadas de 30, 40, 50 e 60.

Foi na década de 90, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, que o tema das ações afirmativas entrou na agenda do governo brasileiro, com a criação do Grupo de Trabalho Interministerial para a Valorização da População Negra em 1995, as propostas do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH) em 1996, e a participação do Brasil na

Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerância, em 2001, na África do Sul.

O governo de Luiz Inácio Lula da Silva aprofundou esse processo. Criou a Secretaria Especial para a Promoção da Igualdade Racial, modificou o Sistema de Financiamento ao Estudante e criou o Programa Universidade para Todos, prevendo bolsas e vagas específicas para "negros". Em 2003, o Conselho Nacional de Educação exarou as Diretrizes Nacionais Curriculares para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino da História e Cultura Afro-Brasileira.

Em 2005, o Senado aprovou o "Estatuto da Igualdade Racial", projeto do Senador Paulo Paim, ainda não aprovado pela Câmara dos Deputados. O projeto visa a estabelecer direitos para a população brasileira que chama de "afro-brasileiros", definida no artigo 1º, parágrafo 3º, como aqueles que *"se classificam como tais e/ou como negros, pretos, pardos ou definição análoga"*.

A análise dessas considerações históricas e do que se produziu no âmbito da sociologia e da antropologia no Brasil nos leva até mesmo a questionar se o Estado Brasileiro não estaria passando por um processo de abandono da idéia, muito difundida, de um país miscigenado e, aos poucos, adotando uma nova concepção de nação bicolor.

Em 2005, o jogador de futebol Ronaldo - "O Fenômeno" -, presenciando as agressões racistas que jogadores negros estavam sofrendo nos gramados espanhóis, deu a seguinte declaração: *"Eu, que sou branco, sofro com tamanha ignorância. A solução é educar as pessoas"*. Tal declaração gerou grande repercussão no Brasil e obrigou Ronaldo a explicar o que ele quis dizer: *"Eu quis dizer que tenho pele mais clara, só isso, e mesmo assim sou vítima de racismo. Meu pai é negro. Não sou*

*branco, não sou negro, sou humano. Sou contra qualquer tipo de discriminação". Ali Kamel utiliza esse acontecimento como exemplo das mudanças que estariam ocorrendo na mentalidade brasileira. Alerta, dessa forma, que a crise gerada pela declaração do jogador é a prova de que estamos aceitando a tese da "nação bicolor"; que antes o discurso predominante era favorável à autodeclaração e que agora achamos que temos o direito de classificar as pessoas (KAMEL, Ali. *Não Somos Racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006, p. 139-140).*

Por mais que se questione a existência de uma "Democracia Racial" no Brasil, é fato que a sociedade brasileira vivenciou um processo de miscigenação singular. Nesse sentido, elucida Carlos Lessa que "*O Brasil não tem cor. Tem todo um mosaico de combinações possíveis*" (LESSA, Carlos. "O Brasil não é bicolor", In: FRY, Peter e outros (org.) *Divisões Perigosas: Políticas raciais no Brasil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 123).

Na Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílio (PNAD), em 1976, os brasileiros se autoatribuíram 135 cores distintas. Tal fato demonstra cabalmente a dificuldade dos brasileiros de identificarem a sua cor de pele.

Para Fátima Oliveira, "*ser negro é, essencialmente, um posicionamento político, onde se assume a identidade racial negra. Identidade racial-étnica é o sentimento de pertencimento a um grupo racial ou étnico, decorrente de construção social, cultural e política*" (OLIVEIRA, Fátima. *Ser negro no Brasil: alcances e limites*, In: Revista de Estudos Avançados, vol. 18, nº 50. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. São Paulo: IEA. Janeiro/abril de 2004, p. 57-58.)

As preocupações com as consequências da adoção de cotas raciais para o acesso à Universidade levaram cento e treze intelectuais brasileiros (antropólogos, sociólogos, historiadores, juristas, jornalistas, escritores, dramaturgos, artistas, ativistas e políticos) a redigir uma carta contra as leis raciais no Brasil. No documento, os subscritores alertam que *"o racismo contamina profundamente as sociedades quando a lei sinaliza às pessoas que elas pertencem a determinado grupo racial - e que seus direitos são afetados por esse critério de pertinência de raça"*. Sustentam que *"as cotas raciais proporcionam privilégios a uma ínfima minoria de estudantes de classe média e conservam intacta, atrás de seu manto falsamente inclusivo, uma estrutura de ensino público arruinada"*. Defendem que existem outras formas de superar as desigualdades brasileiras, proporcionando um verdadeiro acesso universal ao ensino superior, menos gravosas para a identidade nacional, como a oferta de cursos preparatórios gratuitos e a eliminação das taxas de inscrição nos exames vestibulares ("Cento e Treze cidadãos anti-racistas contra as leis raciais", assinado por cento e treze intelectuais brasileiros, entre eles, Ana Maria Machado, Caetano Veloso, Demétrio Magnoli, Ferreira Gullar, José Ubaldo Ribeiro, Lya Luft e Ruth Cardoso).

A Universidade de Brasília foi a primeira instituição de ensino superior federal a adotar um sistema de cotas raciais para ingresso por meio do vestibular. A iniciativa, baseada na autonomia universitária, adotou, segundo as informações prestadas pela UnB, o critério da análise do fenótipo do candidato: *"os critérios utilizados são os do fenótipo, ou seja, se a pessoa é negra (preto ou pardo), uma vez que, como já suscitado na presente peça, é essa característica que leva à discriminação ou ao preconceito"* (fl. 664).

O critério utilizado para deferir ou não ao candidato o direito a concorrer dentro da reserva de cotas raciais gera alguns questionamentos importantes. Afinal, qual é o fenótipo dos "negros" ("pretos" e "pardos") brasileiros? Quem está técnica e legitimamente capacitado a definir o fenótipo de um cidadão brasileiro? Essas indagações não são despropositadas se considerarmos alguns incidentes ocorridos na história da política de cotas raciais da UnB.

Marcos Chor Maio e Ricardo Ventura Santos relatam que o procedimento adotado pela UnB gerou constrangimentos e dilemas de identidade entre os candidatos:

"Os responsáveis pelo vestibular da UnB por diversas ocasiões reiteram que a meta da comissão era o de analisar as características físicas, visando identificar traços da raça negra. Esse objetivo gerou constrangimentos diversos e dilemas identitários de não pouca monta entre os candidatos ao vestibular, devido às dúvidas de se os critérios seriam mesmo o de aparência física (negra) ou de (afro-)descendência. A candidata Ana Paula Leão Paim, a princípio na dúvida sobre se se declararia "negra", foi convencida pelo argumento da mãe, que lhe disse que sua 'tataravó era escrava'. Contudo, ainda assim, Ana Paula estava preocupada pois, segundo ela, 'pela fotografia não dá para analisar a descendência'. Outra candidata, Elizabete Braga, que 'não se intimidou com a fotografia', comentou: 'Minha irmã não seria considerada negra, por exemplo. Ela é filha de outro pai, tem a pele mais clara e o cabelo mais liso' (Borges, 2004). Ricardo Zanchet, um candidato que se declarou 'negro', ainda que 'com a pele clara, cabelo liso e castanho... nem de longe lembra[ndo] um negro', e cuja classificação não foi aceita pela comissão, afirmou: 'Vou levar a certidão de nascimento de meu avô e mostrar a eles... Se meu avô e minha bisavó eram negros, eu sou fruto de miscigenação e tenho direito' (Paraguassú, 2004).

(...)

Se a primeira etapa do trabalho de identificação racial da UnB foi conduzido pela equipe da 'anatomia racial', a segunda foi conduzida por um comitê de 'psicologia racial'. Trinta e quatro dos 212 candidatos com inscrições negadas na primeira etapa entraram com recurso junto à UnB. Uma nova comissão foi formada 'por professores da UnB e membros de ONGs', que exigiu dos candidatos um documento oficial para comprovar a cor. Foram ainda submetidos à entrevista (gravada, transcrita e registrada em ata) na qual, entre outros tópicos, foram questionados acerca de seus valores e percepções: 'Você

tem ou já teve alguma ligação com o movimento negro? Já se sentiu discriminado por causa da sua cor? Antes de se inscrever no vestibular, já tinha pensado em você como um negro?' (Cruz, 2004). O candidato Alex Fabiany José Muniz, de 23 anos, um dos beneficiários da nova rodada da seleção das cotas, conseguiu um certificado comprovando que era pardo ao levar a certidão de nascimento e uma foto dos pais. Conforme seu depoimento, 'a entrevista tem um cunho altamente político... perguntaram se eu havia participado de algum movimento negro ou se tinha namorado alguma vez com alguma mulata' (Darse Júnior, 2004)." (MAIO, Marcos Chor; e SANTOS, Ricardo Ventura. *Política de Cotas Raciais, os 'Olhos da Sociedade' e os usos da antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília [UNB]*. Documento juntado à fls. 219-221 dos autos)

Em 2004, o irmão da candidata Fernanda Souza de Oliveira, filho do mesmo pai e da mesma mãe, foi considerado "negro", mas ela não. Em 2007, os gêmeos idênticos Alex e Alan Teixeira da Cunha foram considerados de "cores diferentes" pela comissão da UnB. Em 2008, Joel Carvalho de Aguiar foi considerado "branco" pela Comissão, enquanto sua filha Luá Resende Aguiar foi considerada "negra", mesmo, segundo Joel, a mãe de Luá sendo "branca".

A adoção do critério de análise do fenótipo para a confirmação da veracidade da informação prestada pelo vestibulando pode suscitar alguns problemas. De fato, a maioria das universidades brasileiras que adotaram o sistema de cotas 'raciais' seguiram o critério da autodeclaração associado ao critério de renda.

A Comissão de Relações Étnicas e Raciais da Associação Brasileira de Antropologia (Crer-ABA), em junho de 2004, manifestou-se contrária ao critério adotado pela UnB, nos seguintes termos:

"A pretensa objetividade dos mecanismos adotados pela UnB constitui, de fato, um constrangimento ao direito individual, notadamente ao da livre autoidentificação. Além disso, desconsidera o arcabouço conceitual das ciências sociais, e, em particular, da antropologia social e antropologia biológica. A Crer-ABA entende que a adoção do sistema de cotas raciais nas Universidades

públicas é uma medida de caráter político que não deve se submeter, tampouco submeter aqueles aos quais visa beneficiar, a critérios autoritários, sob pena de se abrir caminho para novas modalidades de exceção atentatória à livre manifestação das pessoas." (MAIO, Marcos Chor; e SANTOS, Ricardo Ventura. *Política de Cotas Raciais, os 'Olhos da Sociedade' e os usos da antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília [UNB]*. Documento juntado à fls. 228 dos autos)

Defendendo a adoção do critério da autodeclaração no lugar da análise do fenótipo, Marcos Chor Maio e Ricardo Ventura Santos concluem que:

"A comissão de identificação racial da UnB operou uma ruptura com uma espécie de 'acordo tácito' que vinha vigorando no processo de implantação do sistema de cotas no país, qual seja, o respeito à auto-atribuição de raça no plano das relações sociais. A valorização desse critério, próprio das sociedades modernas e imprescindível em face da fluidez racial existente no Brasil, cai por terra a partir das normas estabelecidas pela UnB." (MAIO, Marcos Chor; e SANTOS, Ricardo Ventura. *Política de Cotas Raciais, os 'Olhos da Sociedade' e os usos da antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília [UNB]*. Documento juntado à fls. 231 dos autos.)

Ademais, parece haver certo consenso quanto à necessidade de que os programas de ações afirmativas sejam limitados no tempo, devendo passar por avaliações empíricas rigorosas e constantes. Nesse sentido, inclusive, o "Plano de Metas para a integração social, étnica e racial da Universidade de Brasília" é exemplar, ao prever a disponibilidade da reserva de vagas pelo período de 10 anos apenas (fl. 98).

Na qualidade de medidas de emergência ante a premência e urgência de solução dos problemas de discriminação racial, as ações afirmativas não constituem subterfúgio e, portanto, não excluem a adoção de medidas de longo prazo, como a necessária melhora das condições do ensino fundamental no Brasil.

Outro importante aspecto a ser considerado diz respeito às dificuldades de acesso ao ensino superior no Brasil. Sabemos que a universidade pública é altamente excludente. De um lado, é preciso alargar a reflexão, para que não esqueçamos que a análise do acesso à universidade é fundamental, mas é apenas uma parcela do debate de uma democracia inclusiva. O que se quer destacar é que devemos pensar a questão em face do modelo de educação brasileiro como um todo, para não buscar soluções apenas na etapa universitária. A valorização e fomento de políticas públicas prioritárias e inclusivas voltadas às etapas anteriores (educação básica) e alternativas (cursos técnicos) são fundamentais, para que não assumamos a universidade como único caminho possível para o sucesso profissional e intelectual.

Ademais, ressalte-se que nosso ensino superior também é excludente, em razão do modelo restrito de vagas ofertadas por quase todos os cursos. Nós, que militamos na universidade pública, podemos verificar a presença de pouquíssimos alunos nas salas de aula, existindo um gasto excessivo com professores em relação ao número de alunos. É o caso da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Recebia 50 alunos por semestre, apenas 100 por ano. Aumentou-se para 60 alunos a cada semestre, não mais do que 120 alunos por ano, com a ampliação do número de professores pelo Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (REUNI), mantendo-se, assim, a proporção entre o número de vagas e o número de professores. Se considerarmos as vagas do Programa de Avaliação Seriada (PAS) e do Sistema de Cotas para Negros, restam apenas 72 vagas no concurso universal por ano. Por que não aumentarmos o número de vagas por professor? Um número tão reduzido de vagas em universidades públicas é, por si só, um fator de exclusão.

A título de registro, no Brasil se gasta 58,6% da renda per capita/ano por aluno. Na Alemanha, 41,2%; na Austrália, 25,4%; na Coréia, 7,3%; na Irlanda, 27,2%; na Espanha, 22,4%; na Argentina, 17,8%; no Chile, 17,7%; no México, 35% (Cfr.: KAMEL, Ali. *Não Somos Racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006, p. 136.).

De outro lado, o modelo do concurso universal demanda uma rediscussão. Há uma grande ironia no nosso modelo: somente aqueles que eventualmente passaram por todas as escolas privadas é que lograrão, depois, acesso via vestibular e poderão, então, chegar à escola pública superior, dotadas de conceito de excelência.

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. Como apontam alguns estudos, 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 justo, aqui, tratar de forma desigual pessoas que se encontram 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 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.

A despeito de não convivermos com legislações racistas como a dos Estados Unidos, estudos estatísticos apontam para um padrão de vida dos negros muito inferior aos dos brancos. Até que ponto essas informações corroboram a ação afirmativa com base na cor da pele? Quais os critérios utilizados no levantamento de tais dados? Esses estudos poderiam ser questionados?

A petição da Universidade de Brasília (fl. 650) noticia que, segundo a "Síntese de Indicadores Sociais - 2006", realizada pelo IBGE, as informações coletadas convergem para indicar que o critério de pertencimento étnico-racial é altamente determinante no processo de diferenciação e exclusão social. Indicam que *"a taxa de analfabetismo de pretos (14,6%) e de pardos (15,6%) continua sendo em 2005 mais de o dobro que a de brancos (7,0%)"*.

A manifestação do Advogado-Geral da União faz referência à "Síntese de Indicadores Sociais - 2008", também realizada pelo IBGE, segundo a qual *"em números absolutos, em 2007, dos pouco mais de 14 milhões de analfabetos brasileiros, quase 9 milhões são pretos e pardos, demonstrando que para este setor da população a situação continua muito grave. Em termos relativos, a taxa de analfabetismo da população branca é de 6,1% para as pessoas de 15 anos ou mais de idade, sendo que estas mesmas taxas para pretos e pardos superam 14%, ou seja, mais que o dobro que a de brancos"* (fl. 748).

Enquanto muitos se apegam aos dados estatísticos para comprovar a existência de racismo no Brasil, outros, como Ali Kamel, Simon Schwartzman e José Murilo de Carvalho, questionam essas conclusões. Ali Kamel, em obra realizada em 2006, afirma que alguns estudos, muitas vezes, manipulam os

dados referentes aos "pardos", ora incluídos entre os "negros", ora considerados à parte. Refere que, segundo o IBGE, os "negros" são 5,9%; os "brancos", 51,4% e os "pardos" 42% dos brasileiros. Afirma que, segundo os dados do PNUD, entre 1982 a 2001, o percentual de "negros" e "pardos" pobres caiu de 58% para 47%, enquanto o de "brancos" pobres se manteve praticamente estável, de 21% para 22%. Comparados esses percentuais com o aumento da população brasileira no período, conclui que "*a pobreza caiu muito mais acentuadamente entre os negros e pardos do que entre os brancos*". (KAMEL, Ali. *Não Somos Racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006, p. 49 e 67).

É certo que o Brasil caminha para a adoção de um modelo próprio de ações afirmativas de inclusão social, em virtude das peculiaridades culturais e sociais da sociedade brasileira, que impedem o acesso do indivíduo a bens fundamentais, como a educação e o emprego.

No entanto, é importante ter em mente que a solução para tais problemas não está na importação acrítica de modelos construídos em momentos históricos específicos tendo em vista realidades culturais, sociais e políticas totalmente diversas das quais vivenciamos atualmente no Brasil, mas na interpretação do texto constitucional considerando-se as especificidades históricas e culturais da sociedade brasileira.

Thomas Sowell, PhD em economia pela Chigago University e Professor das universidades de Cornell, Amherst e University of California Los Angeles - UCLA, examinou a aplicação de ações afirmativas em diversos países do mundo e concluiu o seguinte:

"Inúmeros princípios, teorias, hipóteses e assertivas têm-se utilizados para justificar os programas de ação afirmativa -

alguns comuns a vários países do mundo, outros peculiares a determinados países ou comunidades. Notável é o fato de que raramente essas noções são empiricamente testadas, ou mesmo claramente definidas ou logicamente examinadas, muito menos pesadas em relação aos dolorosos custos que muitas vezes impõem. Apesar das afirmativas abrangentes feitas em prol dos programas de ação afirmativa, um exame de suas conseqüências reais torna difícil o apoio a tais programas ou mesmo dizer-se que esses programas foram benéficos ao cômputo geral - a menos que se esteja disposto a dizer que qualquer quantidade de reparação social, por menor que seja, vale o vulto dos custos e dos perigos, por maiores que sejam." (SOWELL, Thomas. *Ação Afirmativa ao redor do mundo: estudo empírico*. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. 2ª ed. Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, p. 198, 2004)

Infelizmente, no Brasil, o debate sobre ações afirmativas iniciou-se de forma equivocada e deturpada. 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).

Em recentes julgados, a Suprema Corte norte-americana voltou a restringir a adoção de políticas raciais. No caso *Parents Involved in Community Schools vs. Seattle School District No. 1*. (28 de junho de 2007), no qual se discutiu a possibilidade de o distrito escolar adotar critérios raciais (classificando os estudantes em brancos e não brancos ou negros e não negros) como forma de alocá-los nas escolas públicas, os juízes, por maioria, entenderam desarrazoado o critério e salientaram que "a maneira de acabar com a discriminação com base na raça é parar de discriminar com base na raça". O Justice Kennedy afirmou que, "quando o governo classifica um indivíduo por raça, ele precisa primeiro definir o que ele entende por raça. Quem, exatamente, é branco ou não

branco? Ser forçado a viver com um rótulo racial definido pelo governo é inconsistente com a dignidade dos indivíduos em nossa sociedade. É um rótulo que os indivíduos não têm o poder de mudar. Classificações governamentais que obrigam pessoas a marchar em diferentes direções de acordo com tipologias raciais podem causar novas divisões". No caso *Ricci et al. vs. DeStefano et. al.* (29 de junho de 2009), a Corte, por maioria, entendeu que decisões que tomam como base a questão da raça violam o comando do Título VII do Civil Rights Act de 1964, o qual prevê que o empregador não pode agir de forma diversa por causa da raça do indivíduo.

A matéria atrai, ainda, a análise sobre a noção de reserva da administração e a de reserva de lei. Sabe-se que a reserva de lei, em sua acepção de "reserva de Parlamento", exige que certos temas, dada a sua relevância, sejam objeto de deliberação democrática, num ambiente de publicidade e discussão próprio das casas legislativas. Busca-se assegurar, com isso, a legitimidade democrática para a regulação normativa de assuntos que sensibilizem a comunidade.

A reserva de lei tem especial significado na conformação e na restrição dos direitos fundamentais. A Constituição autoriza a intervenção legislativa no âmbito de proteção dos direitos e garantias fundamentais. O conteúdo da autorização para intervenção legislativa e a sua formulação podem assumir significado transcendental para a maior ou menor efetividade das garantias fundamentais.

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.

Todas as ações que visem a estabelecer e a aprimorar a igualdade entre nós são dignas de apreço. É importante, no entanto, refletir sobre as possíveis consequências da adoção de políticas públicas que levem em consideração apenas o critério racial. Não podemos deixar que o combate ao preconceito e à discriminação em razão da cor da pele, fundamental para a construção de uma verdadeira democracia, reforce as crenças perversas do racismo e divida nossa sociedade em dois pólos antagônicos: "brancos" e "não brancos" ou "negros" e "não negros".

Todas essas questões deverão ser objeto de apreciação pelo Plenário desta Corte, que se pronunciará, em momento oportuno, sobre o inteiro teor do pedido de medida cautelar. Deverá o Tribunal, ainda, analisar o cabimento desta ação e a eventual possibilidade de seu conhecimento como ADI, em razão da peculiar natureza jurídica de seu objeto.

O questionamento feito pelo Partido Democratas (DEM) é de suma importância para o fortalecimento da democracia no Brasil. As questões e dúvidas levantadas são muito sérias, estão ligadas à identidade nacional, envolvem o próprio conceito que o brasileiro tem de si mesmo e demonstram a necessidade de promovermos a justiça social. Somos ou não um país racista? Qual a forma mais adequada de combatermos o preconceito e a discriminação no Brasil? Desistimos da "Democracia Racial" ou podemos lutar para, por meio da eliminação do preconceito, torná-la uma realidade? Precisamos nos tornar uma "nação bicolor" para vencermos as "chagas" da escravidão? Até que ponto a exclusão social gera preconceito? O preconceito em razão da cor da pele está ligado ou não ao preconceito em razão da renda? Como tornar a Universidade

Pública um espaço aberto a todos os brasileiros? Será a educação básica o verdadeiro instrumento apto a realizar a inclusão social que queremos: um país livre e igual, no qual as pessoas não sejam discriminadas pela cor de sua pele, pelo dinheiro em sua conta bancária, pelo seu gênero, pela sua opção sexual, pela sua idade, pela sua opção política, pela sua orientação religiosa, pela região do país onde moram etc.?

Mas, enquanto essa mudança não vem, como alcançar essa amplitude democrática? Devemos nos perguntar, desde agora, como fazer para aproximar a atuação social, judicial, administrativa e legislativa às determinações constitucionais que concretizam os direitos fundamentais da liberdade, da igualdade e da fraternidade, nas suas mais diversas concretizações.

Em relação ao ensino superior, o sistema de cotas raciais se apresenta como o mais adequado ao fim pretendido? As ações afirmativas raciais, que conjuguem o critério econômico, serão mais eficazes? Cotas baseadas unicamente na renda familiar ou apenas para os egressos do ensino público atingiriam o mesmo fim de forma mais igualitária? Quais os critérios mais adequados para as peculiaridades da realidade brasileira?

Embora a importância dos temas em debate mereça a apreciação célere desta Suprema Corte, neste momento não há urgência a justificar a concessão da medida liminar.

O sistema de cotas raciais da UnB tem sido adotado desde o vestibular de 2004, renovando-se a cada semestre. A interposição da presente arguição ocorreu após a divulgação do resultado final do vestibular 2/2009, quando já encerrados os trabalhos da comissão avaliadora do sistema de cotas.

Assim, por ora, não vislumbro qualquer razão para a

medida cautelar de suspensão do registro (matrícula) dos alunos que foram aprovados no último vestibular da UnB ou para qualquer interferência no andamento dos trabalhos na universidade.

Com essas breves considerações sobre o tema, **indefiro** o pedido de medida cautelar, *ad referendum* do Plenário.

Publique-se.

Comunique-se.

Ante o término do período de férias do Tribunal, proceda-se à livre distribuição do processo.

Brasília, 31 de julho de 2009.

Ministro **GILMAR MENDES**
Presidente
(art. 13, VIII, RI-STF)