

ADPF 186: A DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DA RESERVA DE VAGAS EM UNIVERSIDADES PÚBLICAS COM BASE NO CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL

ADPF 186: THE CONSTITUTIONALITY OF RACE-BASED ADMISSIONS IN PUBLIC UNIVERSITY

Vinícius Letti Flores¹

Mestrando em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)

RESUMO: O presente trabalho discute a decisão proferida pelo STF na ADPF 186, que considerou constitucional a reserva de vagas em universidades públicas levando em conta, preponderantemente, o critério étnico-racial. Partindo do princípio da solidariedade e utilizando-se de elementos estatísticos como suficientes para demonstrar a existência de discriminação, conclui-se pelo acerto da decisão da Corte Constitucional, que fomenta a busca por uma “sociedade livre, justa e solidária”, tal qual proposto pelo art. 3º da CF.

PALAVRAS-CHAVE: Ação afirmativa; solidariedade; discriminação indireta.

ABSTRACT: *This article discusses Brazilian Supreme Court's opinion in ADPF 186, which allowed a racial quota system in public university. According to*

STF (Supremo Tribunal Federal), public university can use race as a predominant factor in admission decisions. In view of “the principle of solidarity”, a fundamental principle at Brazilian's Constitution, and the statistics about the population and admissions, the article concludes that the opinion is correct and it promotes a free society, with justice and solidarity, as it's written at article 3º of Brazilian's Constitution.

KEYWORDS: *Affirmative actions; principle of solidarity; disparate impact.*

SUMÁRIO: 1 Resumo da controvérsia; 2 Julgamento; 3 Discussão; Conclusões; Referências.

SUMMARY: *1 The controversy; 2 The opinion of Court; 3 Debate; Conclusions; References.*

¹ Especialista em Direito Público pela Faculdade Meridional (Imed). Servidor Público Federal.

1 RESUMO DA CONTROVÉRSIA

Cuida-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186/DF, cujo objeto cingiu-se à impugnação, promovida pelo Partido Democratas – DEM, de decisão, ocorrida no âmbito da Universidade de Brasília – UNB, que determinou a reserva de vagas em seleção de ingresso levando em conta o critério eminentemente étnico-racial².

Alegou-se, na inicial, ofensa aos seguintes dispositivos constitucionais: arts. 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 Federal³. Destacou a exordial, em resumo, que “a discriminação supostamente existente no Brasil é uma questão social e não racial”⁴.

Frente à ausência de *periculum in mora*, o pleito de urgência foi indeferido.

Com a manifestação da Procuradoria-Geral da República e da Advocacia-Geral da União, e após a admissão de diversos amigos da Corte (*amicus curiae*), o feito foi levado a julgamento.

2 JULGAMENTO

O julgamento, conduzido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, foi estruturado em dois blocos, a saber: o primeiro, referente às questões preliminares, e o segundo, relativo ao mérito propriamente dito.

Preambularmente, alegou-se a inadequação da ação proposta e, ainda, a conexão entre a presente ADPF e a ADIn 3.197/RJ, Relator Ministro Dias Toffoli, ambas as questões rechaçadas pelo Plenário, na trilha do voto do relator.

Assentou-se, na oportunidade, o cabimento da arguição, já que demonstrada a inexistência de outro meio idôneo para fazer sanar a lesão; refutou-se, ainda, a apreçada conexão, notadamente porque “as ações de índole

² Muito embora se tenha ciência de que um trabalho sério exige, no mínimo, acesso ao inteiro teor de cada um dos votos proferidos e, como não poderia deixar de ser, à respectiva ementa, cuida-se de uma primeira – e, portanto, incompleta – leitura desse importante julgado, que teve por suporte (i) o indeferimento da medida cautelar, decisão proferida em 31 de julho de 2009 pelo então Presidente da Corte, Ministro Gilmar Mendes; (ii) o voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, cujo teor foi disponibilizado no sítio do STF; (iii) o voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, igualmente disponibilizado via Internet; (iv) o Informativo nº 663, STF; e, finalmente, (v) o registro audiovisual da Sessão de Julgamento, arquivos obtidos junto ao *link* www.youtube.com/stf. Há o comprometimento, desde já, no aperfeiçoamento da pesquisa tão logo publicado o respectivo acórdão.

³ Informações colhidas do relatório que analisou a medida cautelar.

⁴ Vide arquivo <<http://www.youtube.com/watch?v=EhrfdUEYr5w>>, a partir do instante 04:50.

abstrata, por definição, não tratam de fatos concretos, razão pela qual não se deve, como regra, cogitar de conexão, dependência ou prevenção relativamente a outros processos ou julgadores”⁵.

No mérito, o relator principia por examinar a igualdade sob seu duplo viés, qual seja, formal e material, destacando, quanto ao segundo, o seguinte:

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.

Avança Sua Excelência, agora com suporte em John Rawls, trazendo considerações referentes à justiça distributiva, cujo objetivo seria “promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados, especialmente daqueles que, historicamente, foram compelidos a viver na periferia da sociedade”⁶, para, na sequência, examinar o conceito de ação afirmativa, cuja definição, constante do art. 2º, II, da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da ONU, assim estabelece:

[...] 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.⁷

Prossegue o relator, agora examinando os critérios para ingresso no ensino superior previstos na Constituição Federal e gizando o pluralismo de ideias que deve permear a universidade.

⁵ Fl. 03 do voto do relator.

⁶ Fl. 08 do voto condutor.

⁷ Fl. 09 do voto, constando, na sequência, a ressalva, estabelecida pelo próprio diploma, quanto à transitoriedade da medida.

Quanto à adoção do critério étnico-racial, refere que adota “um conceito histórico-cultural, artificialmente construído”⁸, destacando, quanto à consciência étnico-racial como fator de exclusão, o “reduzido número de negros e pardos que exercem cargos ou funções de relevo em nossa sociedade”, o que seria resultado “da discriminação histórica que as sucessivas gerações de pessoas pertencentes a esses grupos têm sofrido, ainda que na maior parte das vezes de forma camuflada ou implícita”⁹. Traz à colação, então, dados estatísticos do IBGE quanto ao acesso ao ensino dos negros, pardos e brancos¹⁰.

Em nova frente, destaca o papel integrador da universidade e a necessária convivência com a diferença, analisando, com certa detenção, a jurisprudência dos Estados Unidos da América quanto ao ponto, notadamente o caso *Grutter v. Bollinger* (2003), cujo resultado autorizou a Escola de Direito da Universidade de Michigan “a utilizar o critério racial como um elemento a mais na seleção de seus alunos”¹¹.

No que toca à reserva de vagas, sublinha o Ministro Ricardo Lewandowski que tal conceito não é estranho à Constituição Federal, destacando, então, que se configura (o estabelecimento de cotas) “não meras concessões do Estado, mas consubstanciam deveres que se extraem dos princípios constitucionais”¹².

Por fim, reafirma a transitoriedade das políticas adotadas, fazendo referência à proporcionalidade entre os meios e os fins, concluindo seu voto com o seguinte dispositivo, adotado à unanimidade pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal¹³:

Isso posto, considerando, em especial, que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente

⁸ Fl. 20 do voto do relator.

⁹ Fl. 21 do já citado voto.

¹⁰ Especialmente a partir da fl. 23 do voto do relator.

¹¹ Fl. 33 do voto do relator.

¹² Fl. 41 do voto do relator.

¹³ Conquanto unânime, há importante dissenso quanto à validade da adoção do critério puramente étnico-racial, nos termos do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes. Refere citado integrante da Corte, a partir do instante 45:00 do registro audiovisual <<http://www.youtube.com/watch?v=5rP1zG5m6UU&feature=relmfu>>, sua dúvida quanto à validade do *discrimen*, sublinhando, na sequência, que se trata de um projeto experimental e que poderia ser qualificado, face ao pioneirismo da medida e à necessária revisão dos resultados, como “ainda constitucional”, na mesma linha, aliás, do que destacou quando do indeferimento da medida cautelar.

acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas, (ii) revelam proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e preveem a revisão periódica de seus resultados, e (iv) empregam métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana, julgo *improcedente* esta ADPF.

3 DISCUSSÃO

A questão é especialmente rica, e o voto proferido pelo Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, repleto de considerações de relevo.

Embora isso, a presente discussão restringir-se-á a analisar dois pontos, a saber: o primeiro, o princípio da solidariedade como suporte das assim chamadas ações afirmativas; o segundo, a utilização de elementos estatísticos como suficientes a demonstrar a discriminação, no caso, a racial¹⁴.

Pois bem.

Calha ter presente, de plano, o conceito de ações afirmativas, definição essa estabelecida por Daniel Sarmento nos seguintes termos¹⁵:

Mas o que são as políticas ou ações afirmativas? Políticas de ação afirmativa são medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não, que visam a promover a igualdade substancial, por meio da discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável e que sejam vítimas de discriminação e estigma social.¹⁶

¹⁴ O voto do relator traz também, conforme visto, importantes aportes sobre o desenvolvimento jurisprudencial da igualdade no âmbito da Suprema Corte norte-americana. Para maiores desenvolvimentos, veja-se a compilação de Miguel Beltrán de Felipe e de Julio V. González García (*Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos da América*. 2. ed. Madrid: BOE, 2006), especialmente as famosas sentenças “Plessy v. Ferguson” (1896) e “Brown v. Board of Education of Topeka” (1954).

¹⁵ SARMENTO, Daniel. A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 154.

¹⁶ O presente conceito, embora correto, não faz referência à necessária transitoriedade da medida, questão essa, aliás, debatida com grande ênfase no julgamento objeto de análise. Assim, uma vez alcançada a

Convém dizer, também de imediato, que, ao lado das chamadas igualdade formal e material¹⁷, há o que se poderia qualificar de igualdade social (*rectius*, função social da igualdade), que, de acordo com J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, tem a seguinte configuração:

A obrigação de diferenciação para se compensar a desigualdade de oportunidades significa que o princípio da igualdade tem uma função social, o que pressupõe o dever de eliminação ou atenuação, pelos poderes públicos, das desigualdades sociais, econômicas e culturais, a fim de se assegurar uma igualdade jurídico-material. É neste sentido que se devem interpretar algumas normas da Constituição que estabelecem “discriminações positivas”.¹⁸

Assim, percebe-se que a discussão em causa abrange, também, esse viés da igualdade, o mesmo é dizer, o objetivo de eliminação das desigualdades reais, a fim que cada um (e todos) possa partir do mesmo ponto comum¹⁹.

Feito o registro, pode-se avançar.

A doutrina brasileira não se tem ocupado com a ideia da solidariedade²⁰, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Entre os

tão necessária igualdade material, não há mais sentido na existência de políticas compensatórias.

¹⁷ Não se exige mais apenas a igualdade como mera aplicação igual da lei, “mas também como aplicação igual do direito igual”, na sempre lembrada lição de Fernando Alves Correia (*O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 403).

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, v. 1, 2007. p. 341.

¹⁹ É interessante sublinhar, quanto ao tema, a lição de Luis María Díez-Picazo (*Sistema de derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2011. p. 212) nos seguintes termos: “Pues bien, esta observación ayuda a identificar el principal rasgo definitorio de la acción positiva: la acción positiva no sólo se refiere siempre a la igualdad de oportunidades, sino que de las dos posibles estrategias para alcanzar esta última – que, como se vio, son igualdad en el acceso e igualdad en el punto de partida – opta por la igualdad en el punto de partida. Ello implica introducir desde el exterior medidas de igualación de potencialidades entre quienes concurren a los beneficios escasos; medidas que van desde las famosas ‘cuotas’ a favor de miembros de grupos tradicionalmente preteridos, hasta mecanismos menos drásticos como dar puntos adicionales a los miembros del grupo a favorecer o resolver a favor de éstos los empates”. E conclui citado Magistrado que, seja como for, deve-se ter sempre “una extremada prudencia” (idem, p. 214).

²⁰ Nesse sentido, aliás, já destacava Wilson Steinmetz (*A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 118).

poucos trabalhos²¹, releva notar artigo da Professora Maria Celina Bodin de Moraes, que, após destacar o “triumfo do individualismo” durante o século XIX, qualifica o século XX, notadamente após a experiência aniquilatória da Segunda Guerra Mundial, como fundador de um novo relacionamento entre as pessoas, qual seja, “baseado na solidariedade social”²², cujo objetivo seria, sob certo aspecto e aliado à dignidade da pessoa humana e à própria igualdade, “reduzir os desequilíbrios entre as regiões do país, buscando melhorar a qualidade de vida de todos os seus cidadãos”²³. E assevera a ilustre professora, em linha de conclusão:

Entre os mistérios da vida em sociedade, um dos mais surpreendentes fenômenos que se mostra ainda mais extraordinário em um país de Terceiro Mundo relaciona-se com a manutenção da ordem social – com suas relações de dominação, suas obrigações e sanções, seus direitos e privilégios, imunidades, prerrogativas, injustiças – e que isto, esta (des)ordem se perpetue, apesar de tudo, sem grandes esforços, mesmo quando as condições de existência são inaceitáveis, intoleráveis e, por vezes, inacreditáveis.²⁴⁻²⁵

²¹ Abrangendo não somente a construção de uma sociedade solidária, mas os objetivos da República globalmente considerados, conferir o empolgante estudo de Cármen Lúcia Antunes Rocha sobre o tema em análise (Ação afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 15, p. 85 e ss., 1996). Afirma a ilustre estudiosa, após destacar a evolução da igualdade “de um conceito jurídico passivo” para um “conceito jurídico ativo, quer-se dizer, de um conceito negativo de condutas discriminatórias vedadas passou-se a um conceito positivo de condutas promotoras da igualação jurídica” (idem, p. 88), que os objetivos fundamentais do Brasil exigem, ao lado de outros preceitos constitucionais, “a mudança do conceito, do conteúdo, da essência e da aplicação do princípio da igualdade jurídica, com relevo dado à imprescindibilidade para a transformação da sociedade, a fim de se chegar a seu modelo livre, justa e solidária” (idem, p. 93).

²² MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 527-556.

²³ Idem, p. 529.

²⁴ Idem, p. 552.

²⁵ Peces-Barba Martínez, após analisar o que denominou “*itinerario histórico de la solidaridad*”, ou seja, a solidariedade tal qual entendida pelos antigos e pelos modernos, concretiza tal noção sob diversos enfoques, podendo-se sublinhar o seguinte: “*El punto de partida de la solidaridad es el reconocimiento de la realidad del otro y la consideración de sus problemas como no ajenos, sino susceptibles de resolución con intervención de los poderes públicos y de los demás*” (*Curso de derechos fundamentales*. Madrid: BOE, 1999. p. 279).

É interessante, portanto, e muito embora rapidamente, analisar as ações afirmativas sob esse viés; o mesmo é dizer, verificar se a solidariedade é um dos vetores que dá suporte às chamadas discriminações positivas.

O Relator, Ministro Ricardo Levandowski, não enfrenta, não ao menos explicitamente, a questão sob essa ótica²⁶⁻²⁷. Depreende-se do julgamento, contudo, que tanto o Ministro Fux quanto os Ministros Peluso e Ayres Brito, em maior ou menor grau, trabalham essa ideia. O primeiro, sublinhando a anterior sociedade escravocrata estabelecida no país²⁸; o segundo, mais enfaticamente, rechaçando eventual objetivo compensatório²⁹, no que é acompanhado pelo terceiro³⁰. Destaca o Ministro Peluso, quanto ao ponto, que as medidas então implementadas “voltam-se ao futuro”, afigurando-se impossível a responsabilização da atual geração por atos dos antepassados, ao passo que Ayres Brito giza que não se trata de “pagar os pecados dos nossos ancestrais”, mas de considerar a existência de uma nação multigeracional.

Percebe-se, assim, duas linhas de compreensão da solidariedade: a primeira, sugerindo que atos praticados em outro momento histórico possam ser “compensados” pela atual geração; a segunda, destacando que a adoção de políticas afirmativas tem por objetivo promover a igualdade rumo ao futuro, sem objetivos reparatórios, portanto³¹.

Quer parecer, entretanto, que as duas noções não são excludentes.

²⁶ O faz, entretanto, sob o viés da justiça social. Conferir, especialmente, a partir da fl. 06 do voto. Sobre os fundamentos filosóficos das ações afirmativas, ver Joaquim Barbosa (*Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, a partir da fl. 61).

²⁷ Há referência, convém sublinhar, à compensação de discriminações culturalmente arraigadas, o que, entretanto, parece não se confundir com o tema em análise.

²⁸ Vide a partir do instante 14:45 do registro audiovisual <<http://www.youtube.com/watch?v=ZbOcW5oF2fQ&feature=plcp>>.

²⁹ Conferir a partir do instante 32:30 do registro audiovisual <<http://www.youtube.com/watch?v=5rP1zG5m6UU&feature=relmfu>>.

³⁰ Veja-se a partir do instante 1:44:00 do registro audiovisual <<http://www.youtube.com/watch?v=HVNM9Fu5qms&feature=plcp>>.

³¹ Frente à percepção das desigualdades atuais, abre-se mão de uma parcela do direito próprio em prol do menos favorecido.

Veja-se, no ponto, o interessante raciocínio da Professora Maria Glória F. P. D. Garcia, quando afirma que se trata, ao menos em parte, também de um problema de solidariedade entre diferentes gerações³², *verbis*:

Numa outra perspectiva, a delicadeza da questão está em uma parte da geração atual aceitar sacrificar-se a favor de outra parte da geração atual, em razão de “erros” cometidos pelas gerações passadas. E aceitar sacrificar-se sabendo que os frutos desse sacrifício não serão porventura gozados por quem os faz, mas pelas gerações vindouras que, estas sim, irão poder desfrutar da sociedade equilibrada e justa “construída” por meio das discriminações positivas.³³

Também Peces-Barba Martínez sublinha que “*por razones de solidaridad, el principio de igualdad no sufriría si se toman medidas discriminadoras en favor de los más débiles. Es la igualdad como diferenciación*”³⁴. E conclui:

*Un uso adecuado del valor solidaridad, tanto en el ámbito de los derechos fundamentales, que acabamos de ver, como en el de los principios de organización, conduce a un tipo de comportamientos positivos de los poderes publicos para remover los obstáculos y para promover las condiciones que impidan o dificulten la realidad de la libertad y de la igualdad, como pretende el artículo 9.2 de la Constitución española.*³⁵

Assim, ainda que a questão não tenha sido enfrentada, ao que parece, com mais vagar – não, ao menos, no voto proferido pelo Ministro Relator –, acredita-se que um dos suportes das ações afirmativas reside, em grande parte, no princípio da solidariedade, seja considerando atos praticados no passado, seja buscando, no futuro, a efetiva igualdade.

³² Parece militar no mesmo sentido Cármen Lúcia Antunes Rocha em artigo monográfico sobre o tema, já que, após estabelecer os novos contornos da igualdade, sublinha o seguinte: “Com promoção de mudanças, com a adoção de condutas ativas, com a construção de novo figurino sociopolítico é que se movimentam no sentido de se recuperar o que de equivocado antes se fez” (Op. cit., p. 93).

³³ GARCIA, Maria Glória F. P. D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 24.

³⁴ Ob. cit., p. 280.

³⁵ Idem, p. 282.

De outro lado, convém definir discriminação indireta ou, de acordo com a compreensão norte-americana, “discriminação por impacto desproporcional ou adverso”³⁶⁻³⁷. Veja-se o conceito trazido por Joaquim Barbosa Gomes³⁸:

Nos termos dessa teoria, em vez da busca da igualdade por meio da trivial coibição do tratamento discriminatório, cumpre combater a “discriminação indireta”, ou seja, aquela que redunde em uma desigualdade não oriunda de atos concretos ou de manifestação expressa de discriminação por parte de quem quer que seja, mas de práticas administrativas, empresariais ou de políticas públicas aparentemente neutras, porém dotadas de grande potencial discriminatório.³⁹

Tem-se, então, condutas neutras, cujo resultado, entretanto, apresenta-se com grande potencial discriminatório⁴⁰. Nesses casos, a discriminação pode ser percebida, frente à ausência de intencionalidade, estatisticamente⁴¹.

Note-se, porque relevante, que tal consideração (da discriminação indireta) não é nova na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁴², *verbis*:

³⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. cit., p. 23.

³⁷ Daniel Sarmento distingue discriminação de fato (na aplicação da lei) e discriminação indireta (impacto desproporcional). Segundo ele, “a discriminação indireta difere da discriminação de fato porque, nesta segunda, a norma pode ser aplicada de forma compatível com a igualdade. Já na discriminação indireta, tem-se uma medida cuja aplicação fatalmente irá desfavorecer um grupo vulnerável” (Op. cit., p. 148 e seguinte).

³⁸ Op. cit., p. 23.

³⁹ Dito de outra forma: “O elemento distintivo entre a discriminação direta (*disparate treatment*) e a discriminação indireta (*disparate impact*) é a intencionalidade. Enquanto a discriminação direta atua mediante o estabelecimento de uma diferenciação com o propósito de prejudicar, a discriminação indireta produz tal prejuízo por meio de práticas, requerimentos ou medidas neutras e não intencionais diante dos aludidos critérios constitucionais proibitivos de discriminação” (RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 89).

⁴⁰ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. cit., p. 23.

⁴¹ Interessante caso foi descrito por Fernando Rey Martínez no artigo “La discriminación racial y étnica en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” (In: *Direitos fundamentais & justiça*, a. 1, n. 1, p. 13-35, out./dez. 2007), ocasião em que relatou questão envolvendo educação especial a crianças ciganas, sendo que o Tribunal de Estrasburgo negou-se “a conceder valor a los datos estadísticos (es decir, a la realidad)”.

⁴² O Tribunal Regional Federal da 4ª Região possui precedente, Relator para acórdão Juiz Federal Roger Raupp Rios, que trata do tema das ações afirmativas também sob o viés da discriminação indireta, sendo que a ementa, embora longa, é elucidativa: “Constitucional. Direito da antidiscriminação. Ações

afirmativas. Ensino superior. Acesso à universidade. Concurso vestibular. Sistema de cotas. Reserva de vagas pelo critério racial e para egressos do ensino público. Constitucionalidade. Princípio da igualdade. Mandamento de antidiferenciação e de antissubordinação. Discriminação direta (intencional) e indireta (não intencional). Conceito jurídico de discriminação. Promoção da igualdade fática. Justiça social. Solidariedade. Direitos fundamentais sociais. Pluralismo e diversidade. Improcedência das objeções da moralidade administrativa e da violação da dignidade humana. Existência de base legal. Autonomia universitária. Proporcionalidade da medida. 1. A adequada compreensão do princípio constitucional da igualdade reclama o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial de respostas jurídicas em face da discriminação direta (intencional) e indireta (não intencional), bem como a formulação de medidas positivas de superação dos efeitos deletérios do fenômeno discriminatório como um todo, tarefa realizada pelo direito da antidiscriminação, campo de saber e prática jurídica em que são forjados conceitos, princípios, categorias e objetos de proteção acerca da função do princípio da igualdade como proibição de discriminação. 2. Do ponto de vista jurídico, discriminação é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública, conforme a inteligência da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher. 3. Conforme o direito da antidiscriminação, ações afirmativas são medidas, conscientes da discriminação experimentada em virtude de raça, etnia, sexo, gênero ou qualquer outro critério proibido de diferenciação, visando a combater e superar situações injustas de desvantagem social, política, econômica, jurídica ou cultural. Prevalência da expressão 'ações afirmativas' sobre as expressões 'tratamento preferencial', 'discriminação benigna' e 'discriminação inversa', pois a estas são associados conteúdos indesejáveis e equívocos de preferência ou da criação de nova discriminação: trata-se do combate a situações de discriminação e a privilégios e vantagens indevidas desfrutadas por quem, direta ou indiretamente, se beneficia das desvantagens sofridas por indivíduos e grupos discriminados. 4. O princípio da igualdade vai além da instituição de uniformidade de tratamento (mandamento constitucional de antidiferenciação), cujo efeito recorrente é a manutenção da desigualdade e a reprodução da discriminação; ele impõe a proibição de tratamentos que, de modo intencional ou não, perpetuem discriminação e desigualdade (mandamento de antissubordinação). 5. Gênese das ações afirmativas dos efeitos injustos da discriminação indireta e da insuficiência do combate restrito à discriminação direta, revelando a necessidade da adoção de medidas conscientes da persistência da discriminação e destinadas a superar esta situação injusta. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto aos efeitos injustos da discriminação indireta contra a mulher no mercado de trabalho e quanto à legitimidade de ações afirmativas objetivando combater discriminação fundada na idade. 6. A promoção da igualdade fática, expressamente determinada na Constituição da República de 1988, fundada na dinâmica da dimensão material do princípio da igualdade, autoriza a implementação de ações afirmativas, combatendo discriminações raciais, sociais, sexuais, étnicas e regionais, tudo no contexto da promoção da justiça social, da solidariedade, dos direitos fundamentais sociais, do pluralismo. O mandamento de igualdade material (tratar aos iguais igualmente e aos desiguais desigualmente, na medida da desigualdade) conduz à promoção da igualdade fática, pois, conforme a segunda parte da máxima da igualdade jurídica (a norma de tratamento desigual), se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual, decorrendo, portanto, o direito à criação de igualdade fática. 7. A reserva de vagas para os egressos do ensino público tem fundamento constitucional, dados os mandamentos constitucionais da solidariedade, da promoção da diversidade e da igualdade material, bem como a racionalidade e consistência fática da política pública que adota a presunção de inferioridade econômica dos beneficiados em face daqueles oriundos do ensino privado. Incidência do princípio de interpretação constitucional da correção funcional, a orientar o exame judicial da política pública racional, com fundamento na realidade, eleita pelos Poderes Legislativo e Executivo. 8. Ações afirmativas e reserva

de vagas para egressos do ensino público atendem às noções fundamentais de retidão, equilíbrio, justiça e respeito à dignidade humana, consagradas na Constituição de 1988, que repelem a perpetuação de privilégios raciais e sociais no acesso aos benefícios propiciados pelas políticas públicas. Ao contrário: é a ausência destas políticas, mantenedoras de uma situação de exclusão injusta, racista e elitista de vastas camadas da população é que atenta contra princípios básicos de justiça, como a não discriminação, a liberdade positiva, a dignidade humana, o direito ao trabalho e à educação e à ética das instituições no regime democrático. 9. Eventual defeito na execução das ações afirmativas não invalida a política pública como um todo, ensejando correção pontual com a exclusão de quem se beneficiou indevidamente e a convocação daqueles a quem a medida antidiscriminatória se destina. Carência de ação processual de terceiros, não inscritos nas vagas reservadas, pois, não concorrendo a estas vagas, não possuem direito subjetivo à matrícula relativa a qualquer vaga que daí surgisse, donde sua ilegitimidade ativa. 10. Candidatos que cursaram o ensino fundamental e médio em escolas privadas em virtude de bolsas de estudo, dada sua situação de carência econômica, não têm direito às vagas reservadas para egressos do ensino público, na medida em que o critério adotado pela política pública é juridicamente legítimo. Ademais, o fato de ter acesso ao ensino privado aponta para a igualdade de oportunidades, pelo menos quanto a este quesito, entre tal candidato e todos os demais que também se inscreveram para as vagas gerais, não se podendo concluir, portanto, pela vulneração da busca da igualdade fática, entendida como igualdade de oportunidades entre os concorrentes. 11. Improcedência da substituição das ações afirmativas étnico-raciais e da reserva de vagas pelos critérios estabelecidos no Prouni. Trata-se de política pública concebida para circunstância radicalmente diversa, pois destinada ao ingresso em instituições universitárias privadas, dependente de adesão da Universidade privada e geradora de isenção tributária. 12. Procedência das justificativas das ações afirmativas: combate aos efeitos presentes da discriminação passada, promoção da diversidade, natureza compensatória ou reparatória das ações afirmativas, criação de modelos positivos para os estudantes e para as populações minoritárias e a provisão de melhores serviços às comunidades minoritárias. 13. Improcedência da tese de violação à igualdade pelos prejuízos causados aos preteridos em virtude da reserva de vagas (argumento da “vítima inocente”). A ausência de ações afirmativas significaria nada fazer diante do *status quo*, mantendo privilégios indevidos decorrentes das vantagens propiciadas àqueles que não experimentam discriminação, omissão violadora do mandamento da igualdade como antissubordinação. Trata-se de proteger e promover o direito de igualdade de indivíduos e grupos a concorrerem aos benefícios sociais de modo equânime, livres na maior medida do possível da injustiça estrutural. 14. Improcedência da tese de desrespeito à dignidade da população negra pela instituição de reserva de vagas raciais, pois esta seria sendo tratada como vítima. A discriminação racial, passada e presente, é realidade que não pode ser desprezada da realidade nacional, pelo que a consideração e o respeito devidos a tal grupo exige o reconhecimento e a ponderação desta realidade, inclusive quanto aos efeitos injustos e prejudiciais produzidos na realidade. 15. Improcedência da tese segundo a qual indivíduos brancos foram desrespeitados para a consecução de objetivos extrauniversitários. Além da consideração racial dentre os quesitos importantes para a diversidade da experiência acadêmica, é dever do Estado combater o privilégio racial e social decorrente da discriminação indireta, por meio de ações afirmativas. Ao passo que pessoas negras foram e são sistematicamente prejudicadas no acesso ao ensino superior, dadas as condições sociais decorrentes da discriminação passada e presente, muitos brancos obtiveram vagas universitárias graças ao privilégio ligado à sua condição racial – circunstância que excluía e continua alijando da disputa pelas vagas um grande número de pessoas, privadas que foram e continuam a ser de condições de competir em virtude de pertencerem a grupos raciais que sofreram intensa exploração e exclusão e carregam até hoje, geração após geração, os efeitos deste passado discriminatório. 16. Existência de base legal para instituição de ações afirmativas: previsão expressa no Plano Nacional de Direitos Humanos, no Plano Nacional de Educação e nas Leis nº 10.558/2002, que criou o programa “Diversidade na Universidade”, e nº 10.678/2003, que criou Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. Autorização, por via legal, para implementação, pelo Poder Executivo,

Na esfera da jurisprudência do STF, a noção da discriminação indireta e a sua incompatibilidade com o princípio isonômico já foi objeto de consideração, destacando-se a decisão proferida na ADIn 1946/DF, na qual, ao examinar a constitucionalidade da incidência do limite estabelecido para os benefícios previdenciários pela EC 20 sobre o salário-maternidade, o Tribunal entendeu que em virtude da aplicação do referido teto quem passaria a arcar com a diferença salarial seria o empregador, o que, por sua vez, levaria a uma redução da oferta de empregos (ou seja, a um impacto desproporcional) para mulheres, em outras palavras, levaria a um aumento da discriminação contra a mulher no mercado de trabalho.⁴³

É interessante notar que o Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, faz expressa - e correta - referência a dados estatísticos (os quais nomina de “constatação empírica”), citando elementos colhidos pelo IBGE e referentes à Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD, cujos resultados desvelam relevante diferença entre os níveis de escolaridade de negros e pardos, de um lado, e de brancos, de outro.

Dessa forma, e ainda que as denominações “discriminação indireta” ou “teoria do impacto desproporcional” não tenham sido assim empregadas, não há dúvida de que a noção em questão foi evidentemente objeto de consideração e, mais uma vez, chancelada pela Corte Suprema.

de políticas afirmativas, além da previsão em tratados internacionais. 17. Adequação e compatibilidade das ações afirmativas no âmbito da autonomia universitária, dados os princípios constitucionais e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação. 18. Observância da proporcionalidade na instituição da reserva de vagas para negros e egressos do ensino público, dada a adequação, a necessidade e a ponderação jurídica dos princípios envolvidos. 19. Impossibilidade de substituição das ações afirmativas implementadas pelas políticas públicas vigentes, em virtude de ato judicial, pela criação de novas vagas, dada a autonomia didático-científica da instituição universitária, bem como porque tal acréscimo só teria sentido, como medida antidiscriminatória, se sobre as vagas acrescidas também incidisse, na mesma proporção, o percentual reservado. 20. Equívoco fático acerca da inexistência de discriminação racial no Brasil e impropriedade da tese que sustenta a impossibilidade jurídica de ações afirmativas. Consistência das ações afirmativas com as normas constitucionais de proibição do racismo, na ordem interna e externa, bem como do dever jurídico de combate à discriminação e seus efeitos, diretos e indiretos. Inteligência da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 82.424/RS” (TRF 4ª R., AC 2005.70.00.010977-0, 3ª T., Rel. p/o Ac. Roger Raupp Rios, DE 22.07.2009).

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 540.

Quanto ao resultado propriamente dito, acredita-se que consentâneo à ordem constitucional vigente, já que utiliza desse novo significado da igualdade como “obrigação social positiva”⁴⁴; o mesmo é dizer, não apenas uma proibição de exclusão, mas também e notadamente, uma obrigação de inclusão⁴⁵.

CONCLUSÕES

Pode-se concluir, pontualmente, o seguinte:

- a um, que a solidariedade, em seu duplo aspecto, é um dos fundamentos, embora não o único, a dar suporte às ações afirmativas;
- a dois, que se afigura correto o manejo de dados estatísticos a fim de verificar a ocorrência de discriminação, no caso, indireta, especialmente porque tal distinção é decorrente de atos neutros;
- a três, e finalmente, que a ação afirmativa cujo *discrimen* tem por base critérios étnico-raciais não afronta a ordem constitucional vigentes, ao revés, fomenta a busca por uma “sociedade livre, justa e solidária”, tal qual propugnado pelo art. 3º da CF⁴⁶.

REFERÊNCIAS

- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, v. 1, 2007.
- CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2001.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2011.
- FELIPE, Miguel Beltrán de; GARCÍA, Julio V. González. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos da América*. 2. ed. Madrid: BOE, 2006.
- GARCIA, Maria Glória F. P. D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005.

⁴⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. cit., p. 98.

⁴⁵ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 162.

⁴⁶ Por meio desta decisão, acredita-se que o Supremo Tribunal Federal está concretizando a tendência, já notada por Roger Raupp Rios em artigo monográfico (O princípio da igualdade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: argumentação, força normativa, direito sumular e antidiscriminação. In: *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 289-339), de compreender a igualdade sob uma ótica menos condescendente frente à discriminação, ou seja, atuando com “maior rigor em face de diferenciações”.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LEWANDOWSKI, Ricardo. *Voto proferido na ADPF 186-DF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 1º maio 2012.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: BOE, 1999.

MARTÍNEZ, Fernando Rey. La discriminacion racial y étnica en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. In: *Direitos Fundamentais & Justiça*, a. 1, n. 1, p. 13-35, out./dez. 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. O princípio da igualdade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: argumentação, força normativa, direito sumular e antidiscriminação. In: *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 15, p. 85-99, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

SARMENTO, Daniel. A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

YOUTUBE. Pleno – STF julga constitucional políticas de cotas na UnB (1/4). Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=ZbOcW5oF2fQ&feature=plcp>>. Acesso em: 02 jun. 2012.

_____. Pleno – STF julga constitucional políticas de cotas na UnB (2/4). Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=vjPZmCRRcTc&feature=plcp>>. Acesso em: 02 jun. 2012.

_____. Pleno – STF julga constitucional políticas de cotas na UnB (3/4). Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=5rP1zG5m6UU&feature=relmfu>>. Acesso em: 02 jun. 2012.

_____. Pleno – STF julga constitucional políticas de cotas na UnB (4/4). Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=HVNm9Fu5qms&feature=plcp>>. Acesso em: 02 jun. 2012.

