

Cotas raciais para inclusão no ensino superior: um estudo de caso à luz da igualdade proporcional

Mona Lisa Duarte Aziz

Procuradora da República. Mestranda em Direito e Ciências Jurídico-Políticas – Especialidade Direito Constitucional – pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Resumo: A política afirmativa com base no critério étnico-racial para ingresso no ensino público superior, antes de ser prevista em lei em 2012, foi submetida ao STF através da ADPF 186/DF. À época, a jurisprudência oscilava quanto à (in)constitucionalidade da matéria, tendo certamente a presença de um ministro negro na composição do tribunal, o ministro Joaquim Barbosa, sido decisiva para a declaração de constitucionalidade das cotas raciais. Esse acórdão constitui o objeto de estudo do presente artigo com a finalidade de perquirir se o princípio da igualdade foi ou não bem aplicado pela Suprema Corte brasileira na hipótese. A análise da igualdade será feita sob a vertente do princípio da proporcionalidade, a partir do princípio da *igualdade proporcional* desenvolvido pelo Tribunal Constitucional português. Finalmente, recorrer-se-á à analogia para definir se a diferença entre brancos de baixa renda e negros justifica a discriminação positiva específica para fins de acesso às universidades públicas.

Palavras-chave: Cotas raciais. Ensino público superior. Princípio da igualdade. Proporcionalidade. Analogia e adequação.

Abstract: The affirmative action policy to enroll in public higher education institutions based on the ethnic-racial criteria, before being provided by law in 2012, was submitted to the STF through ADPF 186/DF. At the time, jurisprudence was oscillating regarding the (in)constitucionality of the matter, and the presence of a black minister in the composition of the court, the minister Joaquim Barbosa, was certainly decisive for the declaration of constitutionality of racial quotas. This ruling is the object of the

paper with the purpose of ascertaining whether or not the principle of equality was well applied by the Brazilian Supreme Court in the case. The analysis of equality will be carried out under the principle of proportionality, based on the *principle of proportional equality* developed by the Portuguese Constitutional Court. Finally, analogy will be used to define whether the difference between low-income whites and blacks justifies specific positive discrimination when enrolling in public universities.

Keywords: Racial quotas. Public higher education. Principle of equality. Proportionality. Analogy and adequacy.

Sumário: 1 Introdução. 2 *Case study*: Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 186 do Supremo Tribunal Federal. 3 Do princípio da igualdade. 3.1 Constitucionalidade das ações afirmativas para inclusão no ensino superior. 4 Da igualdade proporcional. 5 Dos juízos de analogia e adequação. 5.1 Da adequação do critério racial no caso concreto. 6 Conclusão.

1 Introdução

O Brasil foi o último país da América Latina a abolir a escravidão, e, ao contrário do que ocorreu nos Estados Unidos, o processo de abolição não foi seguido por nenhuma política de cunho reparatório ou indenizatório. Nas duas últimas décadas, o tema entrou em pauta no Brasil em razão da polêmica sobre as chamadas cotas raciais, através das quais se reserva um percentual do número de vagas nos exames e seleções públicas para candidatos negros ou indígenas.

A primeira universidade pública a prever esse tipo de ação afirmativa no País, baseada exclusivamente no critério racial, foi a Universidade Estadual do Rio Janeiro (UERJ), no ano 2000. Desde então, várias outras instituições públicas de ensino superior, no exercício da autonomia universitária definida constitucionalmente (cf. art. 207), implementaram sistemas de cotas raciais nos seus respectivos exames de acesso (vestibulares), seja de modo associado ao critério econômico com base na renda mínima familiar do candidato, seja mediante a utilização do critério racial autonomamente – exem-

plo deste último caso é a Universidade de Brasília (UnB) – em conformidade com suas respectivas especificidades locais e regionais.

Após um período de instabilidade jurisprudencial, em que várias ações questionando as cotas raciais universitárias foram ajuizadas por todo o País e geraram decisões contraditórias, ora favoráveis às cotas, no sentido de julgá-las constitucionais, ora desfavoráveis, para declarar sua inconstitucionalidade em controle concreto, o assunto chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 186/DF, julgada pelo Pleno do tribunal em 2012. A ação fora ajuizada pelo partido político Democratas (DEM) contra a UnB e outros para impugnar os atos administrativos da universidade que instituíram o sistema de reserva de vagas, com base no critério racial, no processo de seleção para ingresso em seus cursos.

A ADPF foi julgada improcedente, à unanimidade, pelo STF, que, em suma e nos termos do voto do relator da arguição, o ministro Ricardo Lewandowski, entendeu que a ação afirmativa, para fins de promover a inclusão no ensino público superior, está em consonância com o princípio da igualdade material. O objetivo deste artigo é, portanto, o estudo das questões teóricas que o acórdão suscita a fim de descortinar se o princípio da igualdade fora ou não bem aplicado pela Corte Constitucional brasileira na presente hipótese.

O primeiro questionamento é perquirir se o objetivo da discriminação, qual seja, o de promover o acesso de estudantes em situação de vulnerabilidade ao ensino superior através da sistemática da reserva de vagas, possui suporte constitucional. Na sequência, em sendo positiva a resposta, consoante se pretende demonstrar, verificar-se-á se a utilização do critério racial para se efetuar a discriminação positiva no caso é, de fato, adequada, conforme decidido pelos ministros do STF; ou se o critério econômico, com base exclusivamente na renda familiar, seria suficiente para contemplar todos os estudantes em situação de desvantagem – inclusive os negros – e promover a igualdade no corpo discente universitário, como pugnou o arguente na ADPF em foco.

Para formular esse juízo sobre a adequação ou não do critério racial adotado pela universidade, a análise da igualdade será feita sob a vertente do princípio da proporcionalidade, recorrendo-se ao estudo de acórdãos do Tribunal Constitucional português sobre a matéria (igualdade proporcional).

Nesse raciocínio, a utilização do recurso à analogia será também abordada com o propósito de definir se, no caso concreto, a diferença entre brancos de baixa renda e negros justifica a discriminação positiva para fins de acesso às universidades públicas, uma vez que os juízos de adequação e analogia estão intrinsecamente relacionados.

2 Case study: Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 186 do Supremo Tribunal Federal

Em 2009, o partido político Democratas (DEM) ajuizou ADPF no STF, com pedido de liminar, tendo por objetivo a declaração de inconstitucionalidade da Resolução n. 38/CEPE, de 18 de junho de 2003, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da UnB – entre outros atos administrativos da universidade –, que instituiu o sistema de cotas para ingresso nos cursos da universidade (20% do total de vagas em cada curso) com base no critério étnico-racial, no que diz respeito à reserva de vagas para estudantes negros¹ (pretos e pardos)² especificamente.

1 A resolução previu também a reserva de vagas para candidatos indígenas.

2 O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) utiliza o termo “pardo” para designar um dos cinco grupos de “cor ou raça” que compõem a população brasileira ao lado dos brancos, pretos, amarelos e indígenas. Até os anos 2000, o IBGE considerava parda a pessoa que se declarasse como mulata, cabocla, cafuza, mameluca ou mestiça. Essa instrução foi retirada do manual de coleta do censo demográfico 2010, no qual consta apenas a indicação para ser incluída na categoria de cor ou raça “parda” a pessoa que assim se autoidentifique (BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. *Censo Demográfico 2010*. Manual do Recenseador/CD - 1.09. Rio de Janeiro: IBGE, 2010, p. 191 e 192).

Após a realização de polêmicas audiências públicas no curso do processo, o pedido deduzido na ADPF foi julgado totalmente improcedente pelo relator da arguição. Em seu voto, o ministro relator Ricardo Lewandowski julgou que o sistema de reserva de vagas para candidatos negros está em consonância com a CF/88, em cujo texto o princípio da igualdade fora consagrado em sua acepção material e autoriza o Estado a implementar ações afirmativas com o objetivo de superar desigualdades históricas que atingem determinados grupos sociais, conferindo-lhes vantagens específicas por um período temporal limitado.

Com relação aos critérios de acesso ao ensino superior, consignou que a aferição exclusivamente pelo mérito não está de acordo com os princípios e fins norteadores do direito à educação (desenvolvimento da pessoa humana, exercício para cidadania, igualdade de acesso, pluralismo de ideias e gestão democrática, entre outros), razão pela qual tal previsão deve ser abrandada e lida em conformidade com a concepção da igualdade material espalhada por todo o texto constitucional. Na sequência, reconheceu a adequação do critério racial para se fazer a discriminação positiva na presente hipótese, não como dado biológico ou científico, mas enquanto conceito construído historicamente e socialmente, na linha do decidido no caso *Ellwanger* (HC n. 82.424/RS),³ com vistas a promover a inclusão e integração social dos negros. Por fim, consignou que a política de reserva de vagas para candidatos negros adotada pela

3 Esse *habeas corpus* fora ajuizado em defesa de Siegfried Ellwanger, escritor e editor que havia sido condenado por racismo, nos termos do art. 20 da Lei n. 7.716/1989 (“Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”), em razão de publicar e distribuir obras que negavam o holocausto, sob a alegação de que os judeus não constituíam uma raça, para afastar a prática do delito de discriminação e a imprescritibilidade prevista na Constituição brasileira em relação aos crimes de racismo (art. 5º, XLII). O STF, por maioria, indeferiu o HC, adotando a premissa de que não existem subdivisões biológicas na espécie humana e que a divisão em raças resulta de um processo histórico e social, para reconhecer o racismo contra os judeus no caso concreto. A corte, ademais, entendeu que a liberdade de expressão não amparava a conduta do paciente por haver ultrapassado limites morais e jurídicos. (HC n. 82.424/RS, julgado em 17.9.2003, publicação no *DJ* de 19 mar. 2004).

UnB revela proporcionalidade e razoabilidade, porquanto adequada para atingir os fins perseguidos.

O voto do relator foi acolhido integralmente pelo plenário da corte, que, à época, contava com um integrante negro, o então ministro Joaquim Barbosa, o que, certamente, para além de simbólico, foi decisivo para reverter a tendência da jurisprudência do tribunal contrária às cotas. Como resultado, a ADPF foi julgada improcedente por unanimidade de votos para o fim de reconhecer a constitucionalidade do sistema de reserva de vagas com base no critério étnico-racial.

O ministro Marco Aurélio acrescentou em seu voto que, após mais de dez anos da prática na UERJ, não havia um único episódio de conflito racial que pudesse ser associado à adoção do sistema de cotas raciais, para refutar a alegação do arguente de que a medida poderia acirrar o conflito e a discriminação em relação aos negros. Ademais, consignou que eventuais distorções ou arbitrariedades das comissões de avaliação e identificação dos beneficiários das cotas raciais não constituem argumento contra a adoção do sistema, o que pode ocorrer em relação a outros tipos de cotistas, como hipossuficientes e pessoas com deficiência, por exemplo, sem que isso impeça a implementação de benefícios favoráveis a esses grupos.

O único voto que, apesar de não haver divergido do relator na parte dispositiva, dissentiu em sua fundamentação foi o do ministro Gilmar Mendes. Com efeito, o ministro questionou a utilização do critério exclusivamente racial, desvinculado do socioeconômico, para a implementação da ação afirmativa em causa, e, de acordo com seu entendimento, a sistemática precisaria ser aprimorada. Contudo, nos termos de sua conclusão, como se tratava de um sistema ainda experimental, com previsão de duração de dez anos e que se encontrava em seu oitavo ano à época, julgou improcedente a arguição.

Logo após o julgamento, foi editada a Lei n. 12.711, de 24 de agosto de 2012, que prevê a reserva de vagas nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio para alunos oriundos de escolas públicas e que comprovem baixa renda, dentro das

quais deverá haver um percentual mínimo de pretos, pardos e indígenas (art. 3º). Essa lei determina a cota mínima de reserva das referidas vagas, porém as universidades e os institutos federais continuam com autonomia para, por meio de políticas específicas de ações afirmativas, instituir sistemas de cotas complementares, inclusive, lastreados no critério exclusivamente racial, sem mais possibilidade de questionamento judicial pela adoção desse critério em específico, conforme a decisão do STF na mencionada ADPF.

Verificar o acerto ou não dessa decisão, com base na aplicação conjugada dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, é o que se pretende a partir do desenvolvimento dos tópicos seguintes.

3 Do princípio da igualdade

O princípio da igualdade possui natureza eminentemente formal,⁴ no sentido de que, ao contrário dos princípios materiais, não assegura nenhum direito específico de forma autônoma. A igualdade perante a lei expressa que o Estado deve conferir tratamento isonômico aos cidadãos, sem desconsiderar, todavia, as suas semelhanças e diferenças. Em outras palavras, Ronald Dworkin⁵ discorre que a XIV Emenda à Constituição dos Estados Unidos (*Equal Protection Clause*) assegura o direito de todos serem tratados com a mesma consideração e respeito, o que não implica, por outro lado, que o ordenamento jurídico deva conceder idênticos direitos e as mesmas posições de vantagem a todos os cidadãos indistintamente.

Nesse sentido, pondera Robert Alexy⁶ que o legislador não pode assumir que os cidadãos tenham idênticas características e

4 Nesse sentido, Manuel Atienza se refere ao princípio da igualdade como “regra formal de justiça” (ATIENZA, Manoel. *Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, San Vicente del Raspeig, n. 2, 1985, p. 228).

5 DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 584.

6 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. (reimp.). São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 398.

se encontrem nas mesmas situações fáticas. Assim, formulou-se o clássico enunciado segundo o qual “o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente”; ou, em outras palavras, que os desiguais devem ser tratados na exata medida de suas desigualdades.⁷ Definir quais os critérios de distinção e em quais condições o tratamento desigual é legítimo é o ponto nodal do postulado da igualdade; do contrário, toda e qualquer discriminação seria possível, desde que feita em relação a pessoas e situações diferentes, qualquer que fosse o motivo da diferenciação.⁸ Discriminações baseadas em preconceitos e estereótipos, por exemplo, jamais serão justas, ainda que tragam algum tipo de benefício social.⁹ Daí falar-se em *proibição do arbítrio* como limite para a liberdade de conformação do legislador, que deverá sempre respaldar o tratamento diferenciado em fundamentos razoáveis e finalidades legítimas.¹⁰

Numa perspectiva mais filosófica, Dworkin rechaça a ideia de igualdade tendo como parâmetro o bem-estar, porquanto não se trata de um conceito suficientemente claro para permitir distinções na medida em que cada pessoa pode ter a sua concepção particular de bem-estar e avaliá-lo de forma diferente. Segundo o referido autor, a igualdade que o Estado deve assegurar é de recursos, a fim de criar um ambiente o mais equânime possível, no qual as pes-

7 Nesse sentido, citem-se, entre outros, o Acórdão n. 362/2016, de 8 de junho, proferido no Processo n. 16/16 (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n. 362/2016*, de 8 de junho de 2016, proferido no Processo n. 16/16); e o Acórdão n. 141/2019, de 12 de março, proferido no Processo n. 550/2018 (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n. 141/2019*, de 12 de março de 2019, proferido no Processo n. 550/2018), ambos do Tribunal Constitucional português.

8 ALEXY, 2015, p. 399.

9 Nesse sentido: “*Utilitarian arguments that justify a disadvantage to members of a race against whom prejudice runs will always be unfair arguments, unless it can be shown that the same disadvantage would have been justified in the absence of the prejudice. If the prejudice is widespread and pervasive, as in fact it is in the case of blacks, that can never be shown*” (DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. London: Bloomsbury, 2013. E-book, cap. 9).

10 ALEXY, 2015, p. 402-408.

soas tenham as mesmas, ou ao menos assemelhadas, oportunidades de alcançar o bem-estar. O êxito ou não de atingir a felicidade e outras realizações pessoais, profissionais etc. dependerá das escolhas e da capacidade de cada um.¹¹

Essa concepção dworkiana vai ao encontro do que a doutrina convencionou chamar de princípio da igualdade material ou, consoante Cristina Queiroz,¹² “‘nova’ fórmula ou ‘nova’ formulação do princípio da igualdade”, o qual não compreende uma postura meramente passiva do Estado, no sentido de apenas não efetuar discriminações arbitrárias, mas antes o obriga a realizar discriminações positivas. O ex-ministro do STF Joaquim Barbosa Gomes, dentro dessa mesma perspectiva, discorre que o Estado passa de uma posição até então de neutralidade para uma atuação proativa na busca da concretização da igualdade substancial e da promoção da justiça social, mediante a adoção de ações que visem erradicar ou mitigar desigualdades econômicas e sociais.¹³

Em outras palavras, porém de modo a corroborar a aceção material do princípio da igualdade, Alexy, afirma que o referido princípio, previsto no art. 3º, § 1º, da Constituição alemã, engloba um complexo de direitos subjetivos e posições jurídicas, não sendo suficiente interpretá-lo numa perspectiva apenas negativa. Abstratamente, segundo o autor alemão, do princípio da igualdade decorrem dois tipos de direito: o “direito *prima facie* à igualdade jurídica”, traduzido como um direito *prima facie* à não realização de um tratamento desigual; e o “direito *prima facie* à igualdade fática”, que pressupõe um direito *prima facie* a uma ação positiva por parte do Estado.¹⁴

11 DWORKIN, 2005, p. 76, 426 e 427.

12 QUEIROZ, Cristina. *Justiça constitucional*. Lisboa: Petrony, 2017, p. 102.

13 GOMES, Joaquim B. Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (org.). *Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 15 e ss.

14 ALEXY, 2015, p. 432.

É no princípio da igualdade material que se fundamentam as ações afirmativas, através das quais se objetiva promover determinados grupos ou minorias em reconhecida situação de vulnerabilidade social. Ao contrário do que afirmam os críticos das medidas inclusivas, não se trata de favores ou privilégios, mas de direitos viabilizados através da concessão de determinadas vantagens, a fim de mitigar desigualdades estruturais, históricas e econômicas – que podem decorrer de questões de raça, gênero, origem, entre outras –, sem o que tais diferenças tendem a se perpetuar na sociedade. Esse tipo de política pública, portanto, possibilita que esses indivíduos aliados da sociedade tenham efetivas condições de acesso e de oportunidades, sobretudo, para usufruir dos bens sociais e concorrer no mercado de trabalho.

Costuma-se falar, principalmente quando baseadas no critério racial, que as ações afirmativas possuem natureza compensatória, ou seja, têm por escopo compensar as injustiças sofridas por determinados grupos no passado em decorrência da discriminação ou do preconceito a que foram submetidos. Todavia, consoante ressalta Ronald Dworkin, ao discorrer sobre os programas de admissão de universidades americanas fundados na raça, não se trata de uma compensação num sentido retroativo, mas de um mecanismo voltado essencialmente para o futuro, porquanto visa melhorar a situação e a representação proporcional desses grupos na sociedade, com ganhos para a comunidade como um todo, a qual, ao mesmo tempo em que tenta eliminar equívocos do passado, torna-se mais equilibrada e justa.¹⁵

Nos Estados Unidos, onde as ações afirmativas são adotadas desde os anos 1960,¹⁶ a Suprema Corte americana, ao julgar o caso *Regents of Univ. of California v. Bakke*,¹⁷ entendeu que os programas de admissão nas universidades lastreados na raça são cons-

15 DWORKIN, 2005, p. 606.

16 WEDDERBURN, Carlos Moore. Do marco histórico das políticas públicas de ações afirmativas – perspectivas e considerações. In: SANTOS, Sales Augusto dos (org.). *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: Edições MEC/UNESCO, 2005, p. 313.

17 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Regents of Univ. of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

titucionais e não violam a XIV Emenda, desde que não prevejam cotas fixas e considerem a raça em conjunto com outros fatores.¹⁸

No Brasil, as políticas inclusivas de acesso ao ensino superior são mais abrangentes e preveem inclusive sistemas de reserva de vagas, entre outras técnicas, para determinados grupos, como estudantes de baixa renda e (ou) oriundos de escolas públicas, ou raças, tais quais pessoas negras e indígenas. Aferir a constitucionalidade do sistema de cotas para acesso a universidades é o que se propõe no tópico seguinte, à luz de princípios e regras constitucionais extraídos da carta magna brasileira.

3.1 Constitucionalidade das ações afirmativas para inclusão no ensino superior

Algumas ações afirmativas foram definidas no próprio texto constitucional brasileiro, como a proteção das mulheres no mercado de trabalho, mediante a concessão de incentivos especiais (art. 7º, XX), e das pessoas com deficiência¹⁹ em concursos públicos (art. 37, VIII), sendo, neste último caso, expresso quanto à reserva de vagas.²⁰ Isso, por outro lado, consoante o acórdão proferido na referida ADPF n. 186/DF, não impede a adoção de outras políticas de ações afirmativas não previstas expressamente na Constituição, desde que tenham o escopo de reparar desigualdades fáticas, razão pela qual não são meras concessões ou benefícios, antes devem ser

18 Decisões locais chegaram a proibir a utilização do critério racial nos programas de ingresso em universidades dos EUA, como o referendo da Califórnia e a decisão judicial no processo Hopwood no Texas (cf. DWORKIN, 2005, p. 544-545). Todavia, essa tendência restou superada pela Suprema Corte, que reafirmou o entendimento acerca da constitucionalidade do critério no caso *Grutter v. Bollinger* [ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003)], no qual se questionou a política de inclusão racial da faculdade de Direito da Universidade de Michigan.

19 Na visão de Ronald Dworkin, as pessoas com deficiência fazem jus a recursos extras porque possuem menos habilidade de alcançar o “bem-estar” do que a generalidade das pessoas com a mesma quantidade de recursos (DWORKIN, 2005, p. 70).

20 Art. 37, VIII: “VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

assumidas como deveres do Estado, em conformidade com princípios previstos constitucionalmente.²¹

Conforme se depreende das lições de Joaquim Barbosa Gomes, o sistema de cotas fixas começou a ser pensado a partir da associação das ações afirmativas à ideia mais ousada da igualdade de oportunidades, a fim de promover a efetiva representação de minorias em determinados setores do mercado de trabalho e instituições educacionais, para cujo objetivo os procedimentos tradicionais de combate à discriminação não estavam sendo suficientes. Isso não afasta, todavia, a utilização de outros mecanismos através dos quais ações afirmativas podem ser efetivadas, que vão desde a previsão de preferências e bonificações até a concessão de incentivos fiscais à iniciativa privada como estímulo à adoção de práticas inclusivas.²²

A sub-representação e a marginalização social de minorias ou de determinados grupos, que fazem com que ocupem posições e cargos normalmente considerados subalternos ou de pouca relevância, aos quais suas imagens ficaram associadas, não decorrem de circunstâncias meramente individuais; muito mais do que isso, revelam um problema social, como falta de renda e discriminação em razão do gênero, da condição social, física ou da raça, por exemplo. Em consequência disso, os membros desses grupos, quando não são impedidos, precisam percorrer um caminho bem mais árduo e tortuoso para lograr uma melhor posição social e outras conquistas pessoais e profissionais. Ações afirmativas visam, portanto, igualar as oportunidades de acesso aos bens sociais e eliminar o desequilíbrio existente entre os diversos grupos na sociedade.²³

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 186/DF, julgada em 25.4.2012, publicação no *DJE* de 20 out. 2014, p. 84-86.

22 GOMES, 2003, p. 55, 76 e 77.

23 De acordo com a ministra Cármen Lúcia, que centrou seu voto no princípio da igualdade sob uma concepção dinâmica, no sentido de igualação, promover a igualdade de oportunidades é o que justifica as chamadas “políticas compensatórias” (cf. ADPF n. 186/DF – BRASIL, 2014, p. 138-139).

A educação superior é um dos meios, senão o principal, através dos quais se pode evoluir socialmente e obter as realizações a que a maioria das pessoas almeja. Em relação ao acesso ao ensino superior, a CF/88, no art. 208, inciso V, adotou o critério de mérito ao determinar que o ingresso nos níveis mais avançados “do ensino, da pesquisa e da criação artística” será feito de acordo com a capacidade de cada estudante. Não se pode olvidar, por outro lado, que resta consignado em seu art. 205, *caput*, que a educação tem como objetivos “o pleno desenvolvimento da pessoa, o exercício para a cidadania e a sua qualificação para o trabalho”; além disso, constam como princípios da prestação do ensino, elencados no art. 206, incisos III e VI, respectivamente, o pluralismo de ideias e a gestão democrática do ensino público, entre outros.

Esses dispositivos revelam que o legislador constitucional, ao consagrar o direito fundamental à educação e assegurar a prestação do ensino em caráter universal, pretendeu muito mais que a difusão do conhecimento e o progresso da ciência. Com efeito, a preparação para a cidadania e a participação numa sociedade democrática e plural são, por exemplo, finalidades inatas da transmissão do ensino, que defluem diretamente do texto constitucional.

Nessa perspectiva ampla, Dworkin²⁴ afirma que, como a educação superior é um recurso escasso por estar disponível para poucos e ser financiado com recursos públicos, as universidades e faculdades têm a responsabilidade de eleger metas que beneficiem uma comunidade maior do que seus próprios corpos discente e docente. Para definir essas metas, que podem ter diversas motivações, desde a vocação para o serviço comunitário à origem geográfica incomum, e os respectivos critérios de admissão através dos quais entendam ser mais apropriado alcançá-las, as instituições de ensino superior gozam de liberdade acadêmica,²⁵ que, no caso do

24 DWORKIN, 2005.

25 Por óbvio, a liberdade acadêmica não é ilimitada, e os critérios de admissão devem corresponder a finalidades legítimas. Jamais se poderia admitir, por exemplo, uma meta que defendesse a estratificação racial da sociedade (DWORKIN, 2005, p. 569-575).

Brasil, resta assegurada pelo princípio da autonomia universitária previsto na Constituição, art. 207, *caput*.

Entre essas metas, a promoção da diversidade no ambiente acadêmico foi reconhecida pela Suprema Corte dos EUA como legítima e suficiente para respaldar a utilização do critério racial em programas de admissão em cursos universitários. Ao julgarem o caso *Grutter v. Bollinger*,²⁶ no qual se questionou a constitucionalidade da política de inclusão racial da faculdade de Direito da Universidade de Michigan, os juízes da Suprema Corte americana assentaram que a cláusula da proteção da igualdade não impede que a faculdade de Direito se utilize da raça como critério de admissão, desde que tenha por objetivo alcançar os benefícios educacionais decorrentes da formação de um corpo discente diversificado.²⁷

A diversidade do corpo discente numa universidade é importante porque atende, a um só tempo, a dois objetivos essenciais. Primeiro, a melhor preparação dos alunos, não só para a vida profissional como para conviverem numa sociedade democrática e plural se tiverem contato desde logo com colegas de diferentes origens, raças, religiões etc.²⁸ Segundo, a possibilidade da representação de minorias em cargos e posições de destaque na comunidade, uma vez que é no ambiente universitário em que são formados, por via de regra, os grandes líderes e políticos de uma nação.²⁹

26 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

27 Tradução livre do original em inglês: “[...] *the Equal Protection Clause does not prohibit the Law School’s narrowly tailored use of race in admissions decisions to further a compelling interest in obtaining the educational benefits that flow from a diverse student body*” (ESTADOS UNIDOS, 2003, p. 343).

28 Dworkin acrescenta que o convívio é fundamental para acabar com estereótipos negativos, como o dos brancos em relação aos negros, o que aumenta as vantagens da diversidade racial no âmbito das universidades (DWORKIN, 2005, p. 571 e 572).

29 Nesse sentido, consulte-se o voto do ministro Ricardo Lewandowski na ADPF n. 186/DF (BRASIL, 2014, p. 75).

A adoção de políticas públicas de inclusão que tenham por escopo promover a diversidade étnico-cultural e a heterogeneidade nas universidades encontra respaldo em vários dispositivos espalhados na CF/88, através dos quais foi estabelecido o compromisso do Estado brasileiro, que se declarou uma sociedade pluralista e destituída de preconceitos, de reduzir as desigualdades (art. 3º, III), eliminar todas as formas de discriminação (art. 3º, IV) e repudiar o racismo, cuja prática restou criminalizada inclusive como delito imprescritível (arts. 4º, VIII, e 5º, XLII, respectivamente). Ademais, o Brasil é signatário da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, ratificada em 27 de março de 1968, que autoriza explicitamente a adoção de medidas positivas em relação a “grupos sociais ou étnicos ou indivíduos que necessitem de proteção”, desde que pelo período necessário para promover a sua inclusão social (artigo I-4.)

Reconhecida, destarte, a constitucionalidade das ações afirmativas tendo por finalidade promover a inclusão no ensino superior, resta analisar a adequação do critério racial como fator autônomo para realizar a discriminação positiva na hipótese, à luz do princípio da proporcionalidade.

4 Da igualdade proporcional

No âmbito da jurisdição constitucional, para o fim de proceder à análise de eventual lesão ao princípio da igualdade, não cabe aos tribunais valorar as escolhas feitas pelo legislador, decidindo se optou, por exemplo, pela solução mais justa ou conveniente numa perspectiva de justiça ideal. O papel dos juízes, segundo Robert Alexy, é examinar se a atuação legislativa observou determinados limites, os quais são traçados pelo próprio conceito de arbítrio e delimitam a sua margem de liberdade de conformação.³⁰ O Tribunal Constitucional português (TC) possui jurisprudência assente nesse sentido, segundo a qual

³⁰ ALEXY, 2015, p. 407-408.

a conduta do legislador somente poderá ser censurada se não for possível identificar um fundamento razoável para o tratamento desigual, à luz das finalidades constitucionais que, através da medida de diferenciação, visam-se alcançar.³¹

Para além da racionalidade do fundamento subjacente à discriminação, faz-se mister apurar a razoabilidade da medida concreta que estabelece a diferenciação, o que é feito à luz do princípio da proporcionalidade. Na concepção alexiana de proporcionalidade, a medida de *discrimen* deverá passar pelos crivos da adequação e da necessidade antes de ser submetida ao juízo de ponderação. A medida será adequada desde que se revele idônea para alcançar os fins almejados de acordo com o princípio ao qual a norma de tratamento desigual está associada. No tocante à necessidade, o juízo será positivo se não houver meio alternativo que implique interferência de menor gravidade no princípio contraposto. Caso a medida passe em ambos os testes, analisar-se-á se a vantagem obtida através dos direitos promovidos pela medida de discriminação supera os sacrifícios impostos aos direitos afetados do outro lado do conflito (proporcionalidade em sentido estrito).³²

Mediante o recurso à proporcionalidade, o TC estruturou o princípio o qual denominou *igualdade proporcional*, a fim de realizar o controle judicial de eventuais violações ao princípio da igualdade através de uma análise comparativa entre as situações e (ou)

31 Nesse sentido, confirmam-se o Acórdão n. 546/2011, de 16 de novembro, proferido no processo n. 17/11 (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n. 546/2011*, de 16 de novembro de 2011, proferido no Processo n. 17/11); e o Acórdão n. 413/2014, de 30 de maio, proferido nos processos n. 14/14, n. 47/14 e n. 137/14 (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n. 413/2014*, de 30 de maio de 2014, proferido nos Processos n. 14/14, n. 47/14 e n. 137/14).

32 De acordo com o autor, os subprincípios da adequação e da necessidade equivalem aos fatores empíricos da proporcionalidade, enquanto a ponderação propriamente dita corresponde a sua parte jurídico-normativa. Nesse sentido, consulte-se Alexy (2015, p. 116-120 e 588 e ss.) e, de forma mais resumida, porém não menos completa, Alexy (ALEXY, Robert. Formal principles: Some replies to critics. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press and New York University School of Law, Oxford, v. 12, n. 3, 2014, p. 511-524).

sujeitos em causa.³³ De acordo com o entendimento desenvolvido pelo tribunal, a discriminação deve ser medida em dois níveis de proporcionalidade, isto é, não poderá se mostrar excessivamente gravosa tanto ao se levar em conta as razões que a fundamentam quanto também ao se fazer uma relação de comparação entre o grupo de destinatários da norma e aqueles excluídos do seu âmbito de incidência, na medida em que nenhum deles poderá suportar um sacrifício desproporcional e demasiado.³⁴

Dentro desse contexto, a Corte Constitucional portuguesa entende haver violação à igualdade proporcional se a medida estabelecida pela diferenciação extrapolar os limites impostos pela proibição do excesso, ou seja, quando a parcela de sacrifício exigida de um dos grupos sociais atingidos pelo *discrímen* não puder se justificar em razão de haver meios alternativos disponíveis que permitam obter vantagens equiparáveis.³⁵ Isso corresponde à ideia de otimização desenvolvida por Alexy, no sentido de não impor sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais.³⁶

33 Nesse sentido, confirmam-se os Acórdãos n. 362/2016, de 8 de junho, proferido no Processo 16/16 (PORTUGAL, 2016); e n. 229/2019, de 23 de abril, proferido no Processo n. 742/18 (PORTUGAL, Tribunal Constitucional. *Acórdão n. 229/2019*, de 23 de abril de 2019, proferido no Processo n. 742/18).

34 Acerca do tema, confira-se, entre outros, os Acórdãos n. 187/2013, de 5 de abril, proferido no Processo n. 2/13 (PORTUGAL, Tribunal Constitucional. *Acórdão n. 187/2013*, de 5 de abril de 2013, proferido no Processo n. 2/13); e n. 413/2014, de 30 de maio, proferido nos processos n. 14/14 e outros (PORTUGAL, 2014), que declararam a inconstitucionalidade de medidas de redução salarial no setor público, nos orçamentos do Estado para 2013 e 2014, respectivamente, por implicar um sacrifício desproporcional e desequilibrado aos trabalhadores públicos em comparação à situação dos servidores da iniciativa privada.

35 Confirmam-se os Acórdãos n. 353/2012, de julho, proferido no Processo n. 40/12 (PORTUGAL, Tribunal Constitucional. *Acórdão n. 353/2012*, de 5 de julho de 2012, proferido no Processo n. 40/12); e n. 187/2013, de 5 de abril, proferido no Processo n. 2/13 (PORTUGAL, 2013).

36 Essa assertiva é reforçada por Alexy através da máxima de Pareto, segundo a qual uma posição pode ser melhorada, sem que outra precise ser necessariamente sacrificada (ALEXY, 2015, p. 592).

Por outro lado, caso reste evidenciado que a atuação normativa é racional, coerente e se justifica em face da identificação de uma situação de desigualdade através de um critério relevante, conforme os fins perseguidos pela política definida pelo legislador, o Poder Judiciário não deverá interferir em sua opção, ainda que resulte em uma cota de sacrifício adicional a uma das categorias atingidas pela norma legal.³⁷

No tópico a seguir, recorrer-se-á ao juízo de analogia, a fim de definir se a raça, considerando a hipótese concreta do *case study* (ADF n. 186/DF), constitui um fator adequado e relevante para comparar e distinguir os estudantes e, assim, justifica a discriminação positiva em termos de igualdade proporcional, ou se, ao contrário, acaba por beneficiar injustificadamente os negros e impor um sacrifício desproporcional aos estudantes em geral.

5 Dos juízos de analogia e adequação

A legitimidade dos critérios de uma medida de discriminação guarda estreita correspondência com os objetivos sociais

37 Nesse sentido, cite-se o Acórdão n. 396/2011, de 21 de setembro, proferido no Processo n. 72/11 do TC, por seus fundamentos de direito; embora guardem-se reservas quanto à decisão de mérito que deixou de declarar, na ocasião, a inconstitucionalidade de medidas que reduziram parcelas da remuneração de trabalhadores públicos com base no fundamento de que esta categoria não estaria em uma posição de igualdade em relação aos demais trabalhadores, porquanto vinculada ao interesse público, pelo que o sacrifício adicional exigido dela estaria justificado. Conquanto, posteriormente, a Corte Constitucional alterou o entendimento para reconhecer a inconstitucionalidade das mesmas medidas previstas em anos subsequentes e afastou o argumento de que os trabalhadores públicos auferem valores em média superiores aos trabalhadores do setor privado, além de fazerem jus a outras vantagens como estabilidade no emprego. A Corte sopesou, ademais, o prolongamento das medidas por períodos sucessivos e direcionadas somente àquela categoria de trabalhadores, além do fato de já ser possível, naquele momento, vislumbrar soluções alternativas para alcançar a finalidade de reduzir o déficit público [Acórdãos n. 353/2012, de 5 de julho, proferido no Processo n. 40/12 (PORTUGAL, 2012); n. 187/2013, de 5 de abril, proferido no Processo n. 2/13 (PORTUGAL, 2013); e n. 413/2014, de 30 de maio, proferido nos processos n. 14/2014 e outros (PORTUGAL, 2014)].

que se buscam atingir com o tratamento desigual.³⁸ Nesse sentido, segundo Ronald Dworkin, na análise da violação à cláusula de proteção da igualdade, os tribunais devem averiguar tanto as consequências jurídicas da norma legal como suas motivações. O exame da motivação permitirá que se formule um juízo sobre a adequação ou não do critério utilizado para concretizar a medida de discriminação portanto.³⁹

Preliminarmente, consoante o exposto no *Item 2*, a igualdade – ou a desigualdade, como ressalta Alexy – em nenhuma hipótese é absoluta, na medida em que somente se verifica em relação a determinados aspectos ou fatores.⁴⁰ Com efeito, para se chegar a um juízo sobre a adequação do critério de discriminação utilizado, é preciso determinar se a diferença existente entre os sujeitos objeto da comparação na hipótese concreta é relevante e, portanto, justifica o tratamento diferenciado, ou, em caso negativo, se devem ser tratados de forma igual e submetidos à mesma regra, o que é feito através do recurso à analogia.⁴¹

De acordo com David Duarte,⁴² ainda num contexto restrito, uma comparação analógica pode ser feita sob uma pluralidade de fatores, razão pela qual diferentes resultados poderão surgir, uma vez que os termos ou objetos comparados serão equivalentes sob alguns aspectos e diferentes em relação a outros. A conclusão sobre o juízo de analogia na hipótese concreta dependerá da seleção do

38 DWORKIN, 2013, cap. 9.

39 DWORKIN, 2005, p. 584.

40 ALEXY, 2015, p. 399.

41 O uso da analogia, segundo Manuel Atienza, converte-se em um instrumento de justiça formal, na medida em que encontra suporte no princípio da igualdade ao permitir que casos distintos, porém iguais em aspectos definidos como relevantes, sejam submetidos ao mesmo tratamento (ATIENZA, 1985, p. 228).

42 DUARTE, David. Analogy and balancing: the partial reducibility thesis and its problems. *Revus – Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, Bologna, n. 25, 2015, p. 141-154.

fator ou fatores preponderantes e é exatamente nesta operação que reside a complexidade do processo. A escolha do “meta-fator” – na expressão utilizada pelo autor –⁴³ é feita à luz da finalidade que justificou a medida de discriminação, o que permite, desde logo, excluir os fatores considerados irrelevantes para esse efeito.

É nessa fase que os princípios devem ser introduzidos na analogia, ou seja, para orientar a escolha do “meta-fator”, sem o que essa escolha será arbitrária. Todavia, alerta o referido autor, deve-se ter cuidado para que a inserção dos princípios não se sobreponha ao raciocínio analógico, de modo a trazer uma solução direta para o caso, sem que antes sejam construídos os critérios de semelhança ou distinção entre os termos comparados.⁴⁴

Sobre o uso da analogia, Luís Duarte d’Almeida e Cláudio Michelin⁴⁵ esclarecem que a circunstância de os elementos da comparação compartilharem de algumas características comuns não necessariamente será relevante para a conclusão de que comungam de uma terceira, o que dependerá do contexto, ou seja, do objetivo da comparação. Os autores atentam, ademais, para o risco da “superinclusão”, isto é, se como resultado da analogia entre os

43 O autor utiliza a expressão “meta-fator” para se referir àquele que orientará a escolha do fator predominante (Cf. DUARTE, 2015, p. 142-145).

44 Um dos problemas elencados por David Duarte acerca da tese da redutibilidade parcial de Bartosz Brożek, que reduz parcialmente a analogia a uma questão de ponderação de princípios, é a escolha aleatória dos princípios levados à ponderação, o que pode distorcer o resultado da comparação, segundo o primeiro (DUARTE, 2015, p. 147 e ss.). Bartosz Brożek insiste que o raciocínio analógico envolve dois passos, e nenhum deles se refere a fatores de comparação. No primeiro, a semelhança *prima facie* entre os casos é estabelecida em relação ao tipo comum de problema que suscitam, o que já eliminaria, segundo o autor, o risco de princípios irrelevantes serem levados à ponderação (segundo passo). Para conferir a resposta completa à crítica de David Duarte, consulte-se Brożek (BROŻEK, Bartosz. *Analogy and balancing. A reply to David Duarte. Revus – Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, Bologna, n. 25, 2015, p. 163-170).

45 D’ALMEIDA, Luís Duarte; MICHELON, Cláudio. *The structure of arguments by analogy in law. Edinburgh School of Law Research Paper n. 06/2017*, Edinburgh, 2017, p. 24-27. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2948558>. Acesso em: 8 jan. 2021.

termos comparados for formulada uma regra muito genérica, a mesma regra poderá vir a abranger um terceiro caso que não compartilhe das mesmas relevantes características que foram essenciais para se concluir pela semelhança originalmente.⁴⁶

No caso concreto de que se cuida, como já existe uma norma precedente que beneficia os estudantes em situação de vulnerabilidade econômica na concorrência para o ingresso no ensino público superior, indaga-se se essa mesma norma já contempla os estudantes negros, porquanto estariam em situação análoga à dos destinatários originais. Somente em caso negativo, será possível concluir que de fato se faz necessária uma regra específica direcionada aos estudantes negros, a fim de promover o acesso e a igualdade fática no âmbito das universidades públicas brasileiras, conforme propõe a ação afirmativa em causa.

5.1 Da adequação do critério racial no caso concreto

É possível afirmar que a crítica mais contundente dos contrários às cotas raciais é, sem dúvidas, a alegação de que a existência de uma regra fundada na renda familiar seria suficiente para abranger os candidatos negros e alcançar as finalidades da política afirmativa. À primeira vista, uma análise superficial pode sugerir que a questão não é racial, mas puramente econômica, uma vez que a maioria dos estudantes pobres, que não possui condições de se preparar adequadamente para as provas e exames de acesso ao ensino superior, é também negra. Esse argumento parece convincente, todavia a analogia entre pessoas brancas de baixa renda e negras não está propriamente correta.

De fato, conforme ressaltou o ministro Luiz Fux ao votar no julgamento da ADPF n. 186/DF, “a pobreza no Brasil tem cor”. Embora constituam a maioria da população, as pessoas negras estão

46 Para uma análise mais aprofundada sobre o processo do raciocínio analógico, confira-se Weinreb (WEINREB, Lloyd. *Legal reason: the use of analogy in legal argument*. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 41-63).

sub-representadas em todas as posições de poder e categorias privilegiadas da sociedade brasileira, sendo ainda a imagem do País a de pessoas brancas e de origem europeia. Por outro lado, seguem sobrerrepresentadas entre os mais pobres e em todos os indicadores sociais que apontam para a má qualidade de vida e o baixo índice de desenvolvimento humano.⁴⁷

Seria, por outro lado, demasiado simplista afirmar que a situação dos negros no País é equiparável à das pessoas brancas em condição de pobreza. Quem afirma isso está a olvidar que os negros sofrem um estigma simplesmente em razão de sua raça e que independe da condição socioeconômica ou da classe social à qual pertençam. A marginalização dos negros na sociedade brasileira atinge todas as áreas e é fruto de um enorme preconceito racial, com origens óbvias no período escravocrata e que, mesmo após a abolição, relegou aos afrodescendentes brasileiros um papel subalterno em relação aos brancos.

Vejam-se, por exemplo, as taxas de escolaridade dos negros brasileiros, que sempre foram inferiores às dos brancos em quesitos como média de anos de estudo, ingresso na universidade e conclusão do ensino superior.⁴⁸ Para além disso, ainda que equacionada a questão da escolaridade, isto é, mesmo com igual formação acadêmica, estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) aponta que empregados negros auferem rendimentos inferiores aos

47 Os pretos e pardos correspondem a mais de 50% da população do País e estão em situação desvantajosa em relação aos brancos em todos os indicadores sociais relevantes: renda, níveis de analfabetismo, acesso a saneamento básico e serviços de saúde, taxa de mortalidade infantil, entre outros (cf. *Censo Demográfico 2010*, disponível em: http://mapasinterativos.ibge.gov.br/atlas_ge/brasil1por1.html; acesso em: 6 jan. 2021). Os censos são realizados no Brasil a cada dez anos, porém o de 2020 foi adiado em razão da pandemia do novo coronavírus.

48 Síntese de indicadores sociais de 2013 a 2020 (Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9221-sintese-de-indicadores-sociais.html?edicao=29143&t=downloads>. Acesso em: 8 jan. 2021). A melhora gradual nos índices da população negra, apesar de ainda inferiores às médias das pessoas brancas, é um indicativo do resultado positivo de alguns anos da adoção de políticas inclusivas no País.

dos brancos e costumam ser preteridos na seleção para cargos de chefia, direção e comando.⁴⁹

Isso fica mais claro quando se analisa a realidade norte-americana, onde, diversamente do Brasil, a maioria dos estudantes pobres que concorrem ao ensino superior é branca. Mesmo assim, trata-se de uma sociedade extremamente estratificada, e os negros estão sub-representados em todos os níveis mais altos quando se analisam renda, riqueza, poder, prestígio e autoridade. De acordo com Dworkin, trata-se de fato de uma estratificação racial, resultante de um preconceito e da criação de estereótipos, que são codificados pela cor da pele e não pela classe ou cultura. Desse modo, conclui o autor, as universidades americanas jamais poderão alcançar a diversidade racial indiretamente, isto é, baseando-se no critério da baixa renda para representar a raça, ou recorrendo a outros meios que não surtirão o mesmo efeito das políticas de inclusão fundadas no critério racial.⁵⁰

Ante todo o exposto, é possível inferir que a ilação de que os negros devem ser equiparados aos estudantes de baixa renda não é satisfatória para o caso concreto, porquanto não atende às finalidades constitucionais da ação afirmativa de tornar o ensino público superior acessível e diversificado. O que impede as pessoas negras de alçarem um *status* social equiparável ao dos brancos não é apenas e necessariamente a falta de renda, mas o estigma de rejeição que carregam, que afeta a própria imagem que têm de si mesmas e sua autoestima, para além das barreiras impostas pelo preconceito disseminado na sociedade.

Assim, conquanto a maioria dos estudantes negros brasileiros compartilhem da precária situação financeira, não significa que estejam no mesmo patamar daqueles que são brancos e de baixa renda, pois carregam um peso que transcende a questão econômica,

49 SILVA, Tatiana Dias; DA SILVA, Josenilton Marques. *Reserva de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/2013*. Nota técnica, n. 17. Brasília: Ipea, 2014, p. 4 e 5.

50 DWORKIN, 2005, p. 568-602.

simplesmente em razão de sua origem racial. Destarte, conclui-se que a raça é o fator preponderante para se fazer a comparação na hipótese de que se cuida e permite distinguir os estudantes negros para o objetivo em causa, qual seja, o de promover a igualdade fática no âmbito do corpo discente acadêmico, do que resulta negativo o juízo de analogia proposto pelos opositores da cota racial.

Desse modo, o critério racial é idôneo para estabelecer a distinção entre os estudantes, a fim de promover a inclusão no ensino público superior, porquanto adequado ao propósito de igualar as oportunidades de acesso. Com efeito, as dificuldades enfrentadas pelas pessoas negras em todas as áreas e níveis sociais, consoante visto acima, com reflexos evidentes na vida estudantil e intelectual como um todo, não são as mesmas que aquelas vivenciadas pela generalidade das pessoas, independentemente da faixa de renda.

Do ponto de vista dos candidatos não cotistas, também não se vislumbra nenhum sacrifício desproporcional. Embora seja excluído da concorrência geral um percentual de vagas reservado às cotas – no caso 20% –, permanecem aqueles com o direito a concorrer à maioria das vagas, que serão ocupadas por candidatos da lista geral, enquanto os cotistas somente concorrem às vagas reservadas se atingirem a nota mínima de corte pelo menos. Desse modo, em termos de igualdade proporcional, a adequação do critério racial revela-se evidente e justifica a discriminação positiva em favor dos estudantes negros de forma desvinculada da renda, ou seja, do critério econômico.

Numa visão alexiana, destarte, pode-se afirmar que a cota racial é justa, na medida em que promove o princípio da igualdade de uma maneira tão eficaz que nenhuma outra política inclusiva alternativa o faria, pois os benefícios sociais e comunitários que gera superam a parcela de sacrifício imposta aos concorrentes não cotistas.⁵¹⁻⁵²

51 ALEXY, Robert. La fórmula del peso. Tradução de Carlos Bernal Pulido. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 15 e ss.

52 Acerca da efetividade da cota racial em relação à cota baseada na renda, consulte-se: <https://www.valor.com.br/brasil/6299195/cotas-raciais-foram-mais-efetivas-do-que-por-renda-afirma-estudo>. Acesso em: 8 jan. 2021.

6 Conclusão

Ante todo o exposto linhas acima, resta patente a conclusão de que o STF, no julgamento da ADF n. 186/DF, analisou a questão de modo aprofundado e tomou uma decisão técnica ao reconhecer, por unanimidade, a constitucionalidade das cotas raciais. À partida, o acórdão admitiu que a adoção de ações afirmativas e políticas inclusivas pelo Estado é condizente com o princípio constitucional da igualdade quando interpretado numa perspectiva material, ou seja, de promoção e igualação de direitos, em consonância com os propósitos extraídos da CF/88 e os compromissos internacionais firmados pelo governo brasileiro de redução da desigualdade racial e combate a todas as formas de discriminação e preconceito.

Quanto à utilização do critério racial para promover a discriminação positiva de acesso ao ensino público superior, embora não tenha sido feito expressamente um raciocínio analógico para fins de comparar a situação dos candidatos negros com a dos candidatos de baixa renda, a admissibilidade da raça como critério autônomo decorreu do reconhecimento de que o preconceito racial no Brasil sempre existiu e constitui o motivo para a exclusão social e econômica das pessoas negras. Em suma, os ministros concluíram que o critério é adequado para se efetuar o *discrimen* que fundamenta a ação afirmativa em foco, pois de outro modo não se alcançaria o objetivo de superar a desigualdade étnico-racial espaiada em todos os campos da sociedade brasileira e que ultrapassa a questão socioeconômica, consoante discorrido ao longo do desenvolvimento do artigo.

O único voto dissonante – embora não tenha divergido quanto à decisão de mérito, ressalte-se – foi o do ministro Gilmar Mendes, que se mostrou reticente quanto à adoção do critério puramente racial. As críticas do ministro, todavia, não se referem propriamente à adequação ou não da raça como critério de distinção entre os estudantes para fins de igualar as oportunidades de acesso ao ensino superior, mas ao método de identificação dos beneficiários da cota, com base no fenótipo, que não seria eficiente, conforme seu entendimento.

Assim, de um modelo inicial consistente na autodeclaração do candidato, evoluiu-se para a associação a outros mecanismos de heteroidentificação, como entrevista e avaliação por uma comissão formada por especialistas, entre outros. O método pode não ser perfeito e gerar distorções pontuais, porém não constitui argumento idôneo para justificar a inconstitucionalidade das políticas inclusivas baseadas na raça. Primeiro, porque se trata de uma questão de operacionalização da discriminação para fins de atribuição da cota em concreto e nada tem a ver com o reconhecimento do direito em si. Ademais, os instrumentos de identificação do componente étnico-racial vêm sendo aperfeiçoados sistematicamente, para o fim de combater eventuais fraudes e injustiças na identificação dos beneficiários. Tais imperfeições não infirmam os resultados da política inclusiva, tanto que, após mais de dez anos do implemento das primeiras cotas raciais no País, os negros já são maioria no ensino superior, segundo revelou estudo recente da Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (Andifes).⁵³

Nesse aspecto, destarte, o acórdão também analisou a matéria detidamente, e todas as ressalvas ao mecanismo de reconhecimento dos cotistas raciais foram rebatidas expressamente nos votos do relator da arguição, Ricardo Lewandowski, e da maioria dos demais ministros, dentre os quais se destacou, quanto a esta questão específica, o voto do ministro Marco Aurélio citado no início deste artigo.

A decisão acerca da constitucionalidade das cotas raciais e dos respectivos instrumentos de identificação dos beneficiários, ressalte-se, foi confirmada alguns anos depois pela mesma corte constitucional no julgamento da ADC n. 41/DF – sobre a reserva de vagas para pessoas negras em concursos públicos no âmbito da

53 Disponível em: <http://www.andifes.org.br/maioria-dos-alunos-das-universidades-federais-tem-renda-baixa-e-parda-ou-preta-e-vem-de-escola-publica/>. Acesso em: 8 jan. 2020.

Administração federal –, que debateu amplamente a questão e concluiu que eventuais dificuldades na definição de critérios objetivos para confirmar a autodeclaração dos candidatos cotistas não deslegitimam a adoção das ações afirmativas de viés racial, tampouco podem obstar o reconhecimento dos direitos fundamentais que através desse sistema de cotas se pretende concretizar.

Para além disso, o acerto da decisão tomada pelo STF na ADPF n. 186/DF, quando as cotas raciais estavam ainda em período inicial de implementação e antes da edição da Lei n. 12.711/2012, que criou a reserva de vagas no ensino público superior, é corroborado pelos resultados das políticas inclusivas de acesso à educação e ao mercado de trabalho baseadas na raça após alguns anos de sua execução.

Nesse sentido, destaquem-se os efeitos positivos das políticas inclusivas fundadas na raça, que transcendem os seus destinatários diretos, pois beneficiam toda a comunidade acadêmica ao promover a diversidade no corpo discente da universidade. Com efeito, o direito à inclusão, de fato, não é apenas do incluído, mas de todos aqueles que têm oportunidade de conviver e aprender de forma plural. Como efeito reflexo, chama atenção o aumento do número de brasileiros autodeclarados pretos ou pardos nos últimos censos demográficos, o que revela uma ressignificação da própria identidade racial, isto é, os brasileiros estão reconhecendo e se apropriando de sua raça. A criação desse sentimento de pertencimento racial até então ignorado por grande parte da população brasileira, entre outras atitudes e mudanças culturais, expressa mais um dos resultados decorrentes das ações afirmativas que impactam positivamente a sociedade como um todo.

Referências

ALEXY, Robert. Formal principles: some replies to critics. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press and New York University School of Law, Oxford, v. 12, n. 3, p. 511-524, 2014.

ALEXY, Robert. La fórmula del peso. Tradução de Carlos Bernal Pulido. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. p. 13-42.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. (reimp.). São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ATIENZA, Manoel. Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, San Vicente del Raspeig, n. 2, p. 223-229, 1985.

BROŽEK, Bartosz. Analogy and balancing. A reply to David Duarte. *Revus – Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, Bologna, n. 25, p. 163-170, 2015.

D'ALMEIDA, Luís Duarte; MICHELON, Cláudio. The structure of arguments by analogy in law. *Edinburgh School of Law Research Paper n. 06/2017*, Edinburgh, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2948558>. Acesso em: 8 jan. 2021.

DUARTE, David. Analogy and balancing: the partial reducibility thesis and its problems. *Revus – Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, Bologna, n. 25, p. 141-154, 2015.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. London: Bloomsbury, 2013. *E-book*.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. *In*: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (org.). *Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. p. 15-57.

QUEIROZ, Cristina. *Justiça constitucional*. Lisboa: Petrony, 2017.

SILVA, Tatiana Dias; DA SILVA, Josenilton Marques. *Reserva de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/2013*. Nota técnica, n. 17. Brasília: Ipea, 2014.

WEDDERBURN, Carlos Moore. Do marco histórico das políticas públicas de ações afirmativas – perspectivas e considerações. *In*: SANTOS, Sales Augusto dos (org.). *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: Edições MEC/UNESCO, 2005. p. 313-342.

WEINREB, Lloyd. *Legal reason: the use of analogy in legal argument*. New York: Cambridge University Press, 2005.