

O DEBATE JURÍDICO SOBRE COTAS RACIAIS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS - BREVE SÍNTESE DOS ARGUMENTOS

PAULO PENTEADO DE FARIA E SILVA NETO¹

1. Introdução.

O presente estudo consiste num breve resumo dos principais argumentos envolvidos no debate jurídico sobre a adoção de cotas étnico-raciais – uma modalidade de ação afirmativa – nas universidades públicas brasileiras. Trata-se de um trabalho baseado, em parte, em nossa Dissertação de Mestrado em Filosofia pela Universidade de Brasília (UnB). A dissertação, sob orientação do Professor Nelson Gonçalves Gomes, foi defendida em 2007 e, posteriormente, atualizada até abril de 2012² com a análise dos argumentos constantes da ADPF nº 186, cujo julgamento pelo Supremo Tribunal Federal está em vias de se iniciar. O objetivo do trabalho que ora se apresenta é elaborar uma síntese dos principais argumentos levantados na seara judicial pelos grupos favoráveis e contrários às cotas, da maneira mais clara possível. Além disso, pretende-se demonstrar que existe uma certa recorrência nas estratégias e padrões argumentativos adotados por cada grupo, e avaliar tais argumentos criticamente, à luz de alguns elementos de teoria da argumentação e lógica informal.

A adoção da reserva de cotas para negros nas universidades públicas brasileiras é, sem dúvida, um dos temas mais candentes no debate sobre políticas públicas de inclusão (seja social, seja étnico-racial) no Brasil. Iniciativas no sentido da implementação de alguma forma de reserva numérica de vagas (cotas) no exame

¹ Mestre em Direito (*LL.M.*) pela Harvard Law School; Mestre em Filosofia pela Universidade de Brasília (UnB); Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP); Bacharel em Administração pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP); Ex-Assessor de Ministro no Supremo Tribunal Federal (STF); Advogado em São Paulo e New York.

² Para uma análise mais completa das estratégias argumentativas em torno das cotas raciais, incluindo outros fundamentos e campos de argumentos (político-filosóficos, socioeconômicos, históricos e educacionais), v. nosso COTAS RACIAIS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS: ESTRATÉGIAS ARGUMENTATIVAS, LÓGICA INFORMAL E TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO (no prelo).

vestibular foram adotadas por diversas e conceituadas universidades do país. A concretização de tais programas de cotas - uma espécie do gênero ação afirmativa³ - tem contribuído para uma perceptível intensificação dos debates.

Além disso, tramita no Congresso Nacional um projeto de lei que tem causado polêmica. Trata-se da chamada Lei de Cotas (Projeto de Lei da Câmara nº 180/2008), que “*dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e estaduais (...) e dá outras providências*”, reservando no mínimo cinquenta por cento das vagas das universidades públicas federais para alunos que tenham cursado integralmente em escolas públicas o ensino médio, das quais metade será destinada a estudantes de baixa renda. Do total de vagas reservadas aos alunos advindos de escolas públicas, garante-se um percentual mínimo, por curso e turno, a autodeclarados negros, pardos e indígenas, correspondente à proporção desses grupos no Estado.

Diante desse contexto, é importante ressaltar que certamente caberá ao órgão de cúpula do Judiciário brasileiro - o Supremo Tribunal Federal (STF) - a última palavra no deslinde dessa questão, de cunho eminentemente constitucional, por envolver preceitos normativos de elevada hierarquia, tais como a igualdade, a justiça social, o direito à educação e a dignidade da pessoa humana.

2. O debate jurídico sobre cotas raciais no Brasil: argumentos apresentados.

A questão das cotas raciais nas universidades é atualmente objeto de questionamento judicial na mais alta corte do país, eis que tramita perante o STF a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186/2009, que questiona a constitucionalidade de atos do poder público que culminaram na instituição de cotas raciais na Universidade de Brasília (UnB).

A questão também já foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade

³ “*Ações afirmativas designam uma série de iniciativas públicas e privadas que procuram promover a igualdade de oportunidades por meio da incrementação da participação de minorias em alguns setores considerados fundamentais para a realização da cidadania e para a construção de uma sociedade igualitária. Esses programas estão direcionados principalmente para a garantia de acesso de grupos minoritários a oportunidades educacionais e profissionais.*” MOREIRA, ADILSON JOSÉ. *Ações Afirmativas e Interesses Estatais: Políticas Raciais como Instrumento de Transformação Social*. Student’s final report, Public Policy Immersion Program (David Rockefeller Center for Latin America), Harvard University. Disponível em http://www.observatoriodaeducacao.org.br/images/pdfs/politicas_raciais_adilsonmoreira.pdf, p. 15.

(ADI) nº 2.858, que, no entanto, foi extinta sem julgamento de mérito pelo STF. Isso porque as leis antes reputadas inconstitucionais pela entidade autora da ADPF (Confenen) foram modificadas. No episódio, “*o Estado do Rio de Janeiro realizou mea-culpa em 2003 e modificou o sistema dantes implementado*”⁴, buscando conciliar os interesses conflitantes e atender às reivindicações advindas dos mais diversos setores.

No contexto brasileiro, serão examinados os argumentos favoráveis e contrários às cotas utilizados nessas duas ações de alta relevância propostas perante o STF. Notamos que nos referimos a argumentos utilizados no "debate jurídico", e não estritamente a "argumentos jurídicos", pois é inegável a interação e complementaridade destes com argumentos advindos de outras searas (filosófica, política, educacional, estatístico-factual etc.). A circunstância de serem trazidos argumentos de diversas ordens no bojo de um debate jurídico, longe de constituir um demérito, traduz a necessária abertura do subsistema jurídico a outros subsistemas sociais⁵. Essa permeabilidade mútua exige que o órgão responsável pelo exercício da jurisdição constitucional - sem descurar dos parâmetros e critérios eminentemente jurídicos que devem pautar suas decisões - leve em conta, na formação de sua convicção, contribuições as diversas que a sociedade tem a oferecer.⁶

2.1. ADI nº 2.858.

Na disputa jurídica travada no Brasil, é importante recordar, em retrospectiva, que a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (“Confenen”) ajuizou, em 2003, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 2.858) contra três leis fluminenses, das quais uma nos interessa mais diretamente, a Lei n. 3.708/2001, pois dispunha sobre a reserva de cotas para alunos autodeclarados negros

4 KAUFMANN, ROBERTA FRAGOSO MENEZES. AÇÕES AFIRMATIVAS À BRASILEIRA: NECESSIDADE OU MITO? UMA ANÁLISE HISTÓRICO-JURÍDICO-COMPARATIVA DO NEGRO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E NO BRASIL. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 274.

⁵ Sobre os conceitos de abertura cognitiva e acoplamento estrutural, v. CARVALHO NETO, PYTHAGORAS LOPES DE. A DIFERENCIAÇÃO DO DIREITO E A TEORIA IMPERATIVISTA DA NORMA JURÍDICA. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

⁶ A respeito, v. a já clássica obra de HÄBERLE, PETER. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO: CONTRIBUIÇÃO PARA A INTERPRETAÇÃO PLURALISTA E ‘PROCEDIMENTAL’ DA CONSTITUIÇÃO. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe, 2002.

e pardos no vestibular⁷:

Art. 1º. Fica estabelecida a cota mínima de até 40% (quarenta por cento) para as populações negra e parda no preenchimento das vagas relativas aos cursos de graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e da Universidade Estadual do Norte Fluminense – UENF.

A ação aduz que as mencionadas leis trariam consequências negativas⁸, pois não negros ou pardos de escolas particulares somente poderiam concorrer a 30% ou menos⁹ das vagas e nada evitaria a criação de “*novas cotas para outros grupos populacionais (mulheres, indígenas, amarelos, hispânicos); abaixando ainda mais aquela porcentagem*”¹⁰. Além disso, elas ofenderiam diversos princípios e normas constitucionais, como: a) *isonomia* (art. 5º), por fazerem uma distinção arbitrária dos vestibulandos em função de um atributo pessoal (origem escolar) ou caractere extrínseco (autodeclaração da cor da pele); b) *meritocracia* (arts. 206, I e 208, V), única forma de alcançar a justiça¹¹, por permitir que um aluno com nota sensivelmente maior seria preterido por algum cotista com nota mais baixa, criando privilégio entre os concorrentes, especialmente no ensino superior, ao qual se ascende, no Brasil, via concurso público de provas¹²; c) *proporcionalidade*, segundo o qual as discriminações só seriam admissíveis se “*toleráveis, razoáveis, necessárias, ponderáveis (...) aos fins a serem atingidos*”, e desde que não haja meios menos gravosos ou prejudiciais para se atingir os mesmos fins, como ações afirmativas sem cotas (cursinhos públicos para os grupos minoritários; aumento dos cursos noturnos e de adoção de bolsas); e d) *regularidade formal*, diante da usurpação, pelo Estado do Rio de Janeiro, de competência privativa da União (art. 22, XXIV) para legislar sobre um tema de interesse nacional.

⁷ As outras duas leis dispunham sobre a reserva de 50% das vagas para alunos egressos do ensino fundamental e médio integralmente cursados em escolas públicas (Lei nº 3.524/2000) e de 10% para alunos portadores de deficiência, a serem tomadas dentre aquelas (Lei nº 4.061/3003).

⁸ Nesta parte ocorrem exemplos de *argumentum ad consequentiam*, ou seja, que recomendam um curso de ação em razão das consequências nefastas que a tomada de ação oposta ou diversa acarretaria.

⁹ Como os percentuais legais são mínimos, nada impediria que essa sobra se reduzisse.

¹⁰ Apela-se às consequências práticas pretensamente negativas da adoção de cotas, numa manobra argumentativa denominada *slippery slope*, na qual se afirma que certa ação A deve ser evitada, porque seria a primeira etapa de uma cadeia inexorável de fatos B, C e D, sendo o último deles “*mau ou objetável*.” Pode ser um movimento falacioso, uma vez que D pode não ser indesejável ou a cadeia causal não ser inevitável. COPI, IRVING & BURGESS-JACKSON, KEITH. INFORMAL LOGIC. 3rd ed. New Jersey: Prentice Hall, 1996.

¹¹ Note-se o emprego de termos comuns não só ao direito, mas à filosofia e à filosofia política.

¹² Eis aqui uma grande diferença entre os sistemas de admissão brasileiro e norte-americano: enquanto este permite uma avaliação mais geral do candidato, buscando habilidades e aptidões diversas, as provas brasileiras são marcadamente objetivas, voltadas a aferir só os conhecimentos e capacidades intelectuais.

A entidade afirma que a experiência comparada com EUA é interessante, porque: a) o fator racial não foi totalmente abolido nas admissões, mas submete-se a um controle judicial estrito, e o estabelecimento de cotas é uma forma de discriminação considerada inconstitucional pela Suprema Corte (caso *Bakke*); b) no Brasil, porém, a idéia de ação afirmativa foi erroneamente reduzida ao sistema de cota, quando na verdade “*ação afirmativa é toda política voltada para a correção de desigualdades sociais geradas ao longo do processo histórico de cada sociedade.*”¹³ A adoção pura das cotas seria uma abordagem simplista de enfrentar a questão da discriminação, “*ainda que passando por cima dos processos históricos e deixando de lado as raízes sociais, culturais e religiosas de cada povo*”¹⁴, numa típica demonstração de servilismo cultural aos EUA, já que o Brasil nunca conheceu o escravismo ou o racismo oficiais, sendo, ao contrário, um país marcado pelo sincretismo e pela intensa miscigenação; e c) há uma “dívida social e moral” em relação às minorias discriminadas, mas o Estado não pode, ele mesmo, determinar o tamanho dessa dívida e o tempo de reparação.

Por outro lado, a Conectas Direitos Humanos manifestou-se como *amicus curiae* na ADI nº 2.858, a favor das cotas raciais, com base nas seguintes razões: a) há uma situação factual de desigualdade de cor no sistema educacional, que se reflete “*na perpetuação da discriminação racial nas esferas de poder e também na obtenção de renda, uma vez que o ensino é o principal meio de ascensão social no país*”, bem como na sub-remuneração e sub-representação de tais grupos, provada, p. ex., pelos dados que demonstram a predominância do branco na universidade e no parlamento; b) a inexistência de “*negros em postos de destaque, na vida pública e privada, tem um forte impacto na redução de auto-estima de crianças e jovens negros*” e a reversão desse quadro permitirá a melhoria das condições das futuras gerações negras; c) os vestibulares violam o princípio da igualdade, não sendo mecanismos meritocráticos, mas “*instrumentos de discriminação involuntária*”, já que a aprovação dependeria de uma formação educacional “*sofisticada e dispendiosa, acessível apenas à elite brasileira*”; d) os objetivos constitucionais do ensino universitário (arts. 205 e 207) são mais amplos que o mero *ensino*, daí ser ilegítimo discriminar, como faz o vestibular,

¹³ CAVALHO, JOSÉ MURILO DE. Ação Afirmativa sim; cota não. In: *O Globo*, 13/03/2003.

¹⁴ Ressalte-se que a Confenen faz referência a outros campos de argumentos (político, histórico, social, cultural e religioso) para justificar uma conclusão no campo jurídico.

somente com base no acúmulo de conhecimentos. Tal acúmulo seria, em seu entendimento, irrelevante nos projetos de *extensão*, que requerem atuação junto à comunidade, e na área de *pesquisa*, que demanda “*originalidade, inovação e criatividade*”; e) as leis do Rio de Janeiro apenas constroem uma cesta de critérios, adicionando, ao desempenho acadêmico, considerações sobre raça, deficiência física e origem escolar; f) a escravidão deixou um legado de discriminação racial que se reflete na pirâmide social, o que exige uma “*intervenção governamental na forma de ações afirmativas*”, usadas nas universidades americanas com sucesso, mensurável pelos benefícios gerados aos negros (que “*se formaram com média de notas superior*” e seguiram estudos de pós-graduação, uma prova de que “*aproveitam a oportunidade*”), às universidades (criação de um ambiente de diversidade racial) e à sociedade (diminuição das tensões raciais); g) as ações afirmativas visam a integrar “*comunidades historicamente excluídas e discriminadas*”, promovem os princípios da justiça e igualdade em sua concepção substancial, da dignidade da pessoa humana e da cidadania, fundamentos do estado democrático de direito (art. 1º, II e III), e perseguem os objetivos fundamentais da República (art. 3º, I, III, IV); h) o Estado brasileiro tem promovido iniciativas de ação afirmativa, como a adoção de tais programas no Ministério da Justiça e no STF, a instituição do Programa Nacional de Direitos Humanos de 2003 e a ratificação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (“CERD”); i) a Suprema Corte dos EUA decidiu pela constitucionalidade das ações afirmativas, inclusive do uso do critério racial nas admissões universitárias, como se vê nos casos Bakke (1978) e Michigan (Grutter v. Bollinger & Gratz v. Bollinger, 2003).

O parecer da Advocacia Geral da União sustentou “*a inexistência de quaisquer vícios de inconstitucionalidade formal ou material.*” Já o parecer da Procuradoria-Geral da República, atuando como *custos legis*, deu razão à Confenen, mas apenas pela configuração de inconstitucionalidades formais. Além disso, entendeu que a Lei Federal n. 10.588/2002, que criou o Programa Diversidade na Universidade, não estabeleceu a obrigatoriedade do sistema de cotas, cuja adoção fica a cargo de cada ente. Ao final, as leis do Rio de Janeiro foram revogadas e substituídas por outra mais branda, fato que levou o STF a extinguir a ADI n. 2.858 sem julgamento do mérito. Por

isso, analisaremos mais a fundo os argumentos desse embate jurídico no contexto da ADPF nº 186, mais recente, que retoma e aprofunda boa parte das ideias invocadas nesta ADI.

2.2. ADPF nº 186.

Mais recentemente, em 20.07.2009, foi proposta a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, ajuizada pelo partido político Democratas – DEM contra a instituição de cotas raciais na Universidade de Brasília (UnB).

De acordo com o programa de cotas da UnB, 20% das vagas do vestibular daquela instituição, em todos os cursos e turnos, serão reservadas para negros, de cor preta ou parda, por um período de dez anos. Além disso, há outros benefícios, como bolsa de manutenção, e privilégios adicionais, como preferência na concessão de moradia, em ambos os casos para negros em situação de carência. Existem, por fim, programas de apoio psicopedagógico, de acompanhamento do resultado da política de cotas e uma ouvidoria dedicada à promoção da inclusão. O objetivo do programa de cotas, segundo o Plano de Metas para a Integração Social, Étnica e Racial da Universidade de Brasília, é o de *“atender à necessidade de gerar, na Universidade de Brasília, uma composição social, étnica e racial capaz de refletir minimamente a situação do Distrito Federal e a diversidade da sociedade brasileira como um todo.”* A inscrição no processo seletivo com reserva de vagas é feita com base na declaração do candidato, mas necessita ser homologada por um comitê (banca entrevistadora), que o DEM intitula de Tribunal Racial.

O partido político arguente defende a inconstitucionalidade das cotas raciais da UnB com base em diversos argumentos, construídos com o intuito de provar que referidas cotas, reservadas com base em critérios étnico-raciais, estão em contradição com diversos princípios constitucionais de caráter fundamental, norteadores do Estado Democrático de Direito¹⁵. Afirma que somente a ADPF poderá dar cabo da

¹⁵ O DEM alega ofensa aos princípios constitucionais insculpidos nos artigos (ou seus incisos) 1º (princípio republicano e dignidade da pessoa humana), 3º (vedação ao preconceito de cor e à discriminação), 4º (repúdio ao racismo), 5º (igualdade, legalidade, direito à informação dos órgãos públicos, combate ao racismo, devido processo legal e princípio da proporcionalidade), 37 (princípios aplicáveis à administração pública decorrentes do princípio

“*verdadeira balbúrdia jurídica que permeia a compreensão desse tema, a partir do paradigma trazido neste caso da UnB. É ou não constitucional a racialização do País? É ou não constitucional a criação de Tribunais Raciais nas universidades, como órgão capaz de determinar quem é negro no Brasil?*” (fls. 23 da ADPF). Note que as perguntas retóricas feitas pelo DEM encerram dois exemplos potencialmente falaciosos¹⁶ de *pergunta complexa*, pois o partido político pressupõe que as cotas impliquem racialização e que a banca entrevistadora constitua um tribunal racial, posições que não são compartilhadas pelos defensores das cotas. Logo, as questões não comportam mera resposta (positiva ou negativa) às indagações postas, mas sim uma análise profunda das afirmações pressupostas ou subentendidas: antes de se responder se a racialização ou o tribunal racial são constitucionais, é preciso perquirir *se* a instituição das cotas traz, como consequência, a racialização do país e *se* o comitê entrevistador realmente pode ser considerado um tribunal racial. Neste debate, é necessário adentrar o âmago das questões, para não se cair na tentação de discutir meros rótulos ou superficialidades.

Preliminarmente à sua argumentação, o DEM faz questão de deixar claro que (i) não ataca o gênero ações afirmativas, mas tão-somente sua modalidade cotas raciais; (ii) aceita que o Brasil adota o modelo de Estado Social, em oposição ao Estado Liberal e (iii) não questiona a existência de racismo, preconceito e discriminação no Brasil e assente que o combate a tais práticas é necessário. O que contesta, apenas, é a propriedade da utilização de cotas raciais para atingir o objetivo de “*construção de uma sociedade mais justa, igual e solidária*” (fls. 26 da ADPF). Em seu entendimento, a implementação de um estado racializado, que institucionaliza o racismo, não é “*a medida mais adequada, conveniente, exigível e ponderada, no Brasil*” (idem), para a consecução daquela finalidade.

A adoção da política de cotas raciais na UnB teria sido motivada por um

republicano, como legalidade, impessoalidade, razoabilidade, publicidade e moralidade), 205 (direito universal à educação), 206 (igualdade nas condições de acesso ao ensino), 207 (autonomia universitária) e 208 (meritocracia e acesso ao ensino em função da capacidade individual).

¹⁶ Para uma exposição e discussão das diversas falácias presentes no debate sobre cotas, v. COTAS RACIAIS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS: ESTRATÉGIAS ARGUMENTATIVAS, LÓGICA INFORMAL E TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO (no prelo), de nossa autoria. Um guia objetivo sobre tais manobras discursivas encontra-se em DOWNES, STEPHEN. *Guia das falácias lógicas*. Trad. e adaptação de Julio Sameiro. Disponível em www.criticanarede.com/falacias.htm

“*deslumbramento precipitado*” (fls. 26 da ADPF) em relação às políticas de ação afirmativa estadunidenses, que desconsiderou totalmente “*as diferenças estruturais relativas à história das relações raciais entre tais países*” (idem). Cada medida de ação afirmativa deve ter sua constitucionalidade analisada à luz do contexto econômico, social e cultural que circunda sua implementação. Assim, a validade de medidas de ação afirmativa para inclusão de esquimós no Canadá ou dos *dalits* (intocáveis) na Índia não pode levar à conclusão de que “*qualquer medida afirmativa, para qualquer minoria, é válida ao redor do mundo.*” (fls. 27 da ADPF). O DEM, neste ponto, parece clamar pela utilização somente de analogias fortes, calcadas no estudo das experiências comparadas.

Afirma, ademais, que se aceitarmos que o Estado Social deve integrar todas as minorias por meio de ações afirmativas, “*deveríamos então conviver (...) com medidas necessárias de inclusão para ciganos, homossexuais, nordestinos, nortistas, travestis, transexuais, imigrantes, Testemunhas de Jeová, praticantes de candomblé, Hare Krishnas, obesos, baixos, carecas, dentre outras inúmeras minorias reconhecidas no Brasil.*” (fls. 28 da ADPF). Tal afirmação pode parecer sugerir um declive escorregadio ou *slippery slope*, mas não o faz diretamente, eis que não propõe que a adoção de cotas para negros *fatalmente* levará ao atendimento de outras minorias por meio de políticas similares. Trata-se de uma argumentação hipotética, voltada à conclusão de que, embora toda minoria mereça proteção constitucional, nem todas as “*inclusões forçadas*” por meio de ações afirmativas devem ser consideradas válidas.

Indaga o partido se a raça deve ser usada, isoladamente, como critério de diferenciação para exercício de direitos dos cidadão – noutras palavras, seria o acesso aos direitos fundamentais no Brasil negado aos negros “*exclusivamente por conta da raça?*” (fls. 28 da ADPF). A pergunta retórica comete a chamada falácia do espantalho ou *straw man*, ao reproduzir de forma mais débil o argumento dos adversários, que nem sempre atribuem *exclusividade* ao critério da raça como origem da marginalização do negro. Há argumentos pró-cotas que reconhecem a complexidade – e não a exclusividade – da origem da situação, mas apontam a *preponderância* do critério racial nesse plexo causal, o que justificaria o uso do elemento raça como fator de desigualação. O DEM, mais adiante, aponta que a cor da pele não é a “*razão exclusiva para a baixa representatividade dos negros nas esferas sociais mais elevadas*”,

entendendo que “o preconceito e a discriminação em face da cor funcionam como apenas uma das variáveis, dentro de um complexo de razões, nas quais se destaca, infelizmente, a precária situação econômica vivenciada pelos negros brasileiros (fls. 37 da ADPF). Nesse sentido, parece não haver real discordância entre os grupos, pois seria ingênuo e falacioso (cometendo-se a *falácia da causa complexa*) atribuir a marginalização do negro na sociedade apenas à sua cor.

Assevera textualmente o partido que “no Brasil, ninguém é excluído pelo simples fato de ser negro, diferentemente do que aconteceu em outros países, como nos Estados Unidos e na África do Sul.” (fls. 28 da ADPF). A afirmação, feita para defender a tese de que a dificuldade de ascensão social no Brasil teria cunho meramente econômico, e não racial, é peremptória e padece de um exagero que pode ser classificado como generalização precipitada: ainda que possa ser verdade que a maioria dos negros não é oprimido apenas por sua cor no Brasil, afirmar que absolutamente ninguém é discriminado por sua cor é muito implausível, o que enfraquece o próprio argumento do DEM.

Recorre-se a um argumento de autoridade, por meio da juntada de pareceres da lavra daqueles que o partido arguente considera os “mais importantes estudiosos brasileiros sobre raça, na perspectiva histórica, sociológica e antropológica”, como Yvonne Maggie, Demétrio Magnoli, Bolívar Lamounier e José Roberto Pinto de Góes. Embora os citados estudiosos sejam inegáveis autoridades nos respectivos campos, a conclusão de suas teses e opiniões não é incontroversa, encontrando frontal oposição de pesquisadores de semelhante envergadura intelectual e projeção acadêmica que defendem as cotas.

Invoca-se a noção de que as cotas não resolvem o problema, já que não há ampliação do número de vagas na universidade (o que nos parece compreensível à vista de limitações orçamentárias e mesmo de instalações físicas das universidades públicas. O mero aumento de vagas, desacompanhado de investimentos correspondentes, certamente geraria um declínio na qualidade de ensino, consequência perniciososa que os grupos contrários às cotas atribuem à adoção dessas políticas inclusivas). Além de não resolver, as cotas agravariam o problema, já que criariam uma

consciência estatal de raça, despertariam a discriminação reversa em desfavor dos brancos pobres e gerariam o perigo da cisão racial do país.

O DEM insurge-se contra a utilização do “Tribunal Racial”, título que pejorativamente atribui ao comitê entrevistador. Acusa tal prática de ser racista e remeter a práticas nazistas, pois pretenderia aferir, objetivamente, a raça dos candidatos. Haveria obscuridade tanto na composição do comitê quando nos seus processos decisórios, que seriam secretos. A ausência de transparência é apontada como causa de arbitrariedade e subjetividade. Pior, não seria sequer possível apontar objetivamente quem é negro e quem é branco no Brasil, tendo em vista a inexistência de raças (só há uma – a humana) e a extrema miscigenação do povo brasileiro.

Aqui, as concepções acerca do que define o negro – se critérios genéticos (ancestralidade) ou seu fenótipo (aparência) – se misturam. O Brasil, país extremamente miscigenado, tem uma população de forte carga genética africana. Mesmo pessoas de aparência branca teriam sangue negro, e vice-versa. Por isso, o critério da aparência seria pouco confiável e geraria uma dificuldade de dizer quem é branco e quem é negro no Brasil. Porém, a pesquisa genética também não serviria para “comprovar” a negritude dos candidatos, já que, por exemplo, *“o sambista Neguinho da Beija-Flor possui 67,1% de ascendência europeia. A mesma coisa pode ser afirmada em relação à ginasta Daiane dos Santos e à atriz da Rede Globo Ildi Silva, nas quais a ascendência europeia é maior do que a africana.”* Assim, brancos na aparência podem ter ancestralidade africana, e negros na aparência podem ter predominância genética europeia. Seria impossível, desse modo, determinar-se de modo científico e objetivo quem é negro no Brasil. A argumentação desenvolvida busca rebater, de forma mais veemente, a aplicação de critérios objetivos ou científicos, inclusive citando trecho do Professor Sérgio Pena que assevera enfaticamente não ser possível usar critérios genéticos para avaliar a afrodescendência. No entanto, parece contradizer-se ao afirmar que o recurso a critérios objetivos, capazes de determinar quem é 100% branco, seria a única forma (*falácia da mão única*) de implementar cotas raciais sem margem de dúvidas. O custo político e econômico de tal medida extrema é contestado pelo DEM.

De modo mais geral, o foco na inexistência de raças do ponto de vista

científico e na impossibilidade de se diferenciar negros de brancos acaba por desviar o ponto em discussão, pois os defensores de cotas, no Brasil, apontam maciçamente para a questão da aparência (fenotípica). Pode-se identificar uma potencial manobra diversionista (*red herring*), porque o argumento contrário ao do DEM é no sentido de que o racismo à brasileira, diversamente daquele presente nos EUA com a *one drop rule*, é pautado por critérios exteriores: se o indivíduo tem cara, cabelo, nariz, feições e cor de pele de negro, será considerado como negro para fins de preconceito. Portanto, deve ser possível identificá-los (objetivo-mor do comitê entrevistador) para fins de inclusão, pouco importando se a carga genética daqueles vistos como negros é europeia ou não. Aos olhos da sociedade e deles mesmos, são negros, e isso é razão suficiente para serem beneficiários das cotas raciais.

Lança-se mão de uma série de questionamentos típicos do grupo contrário as cotas, tais como: o branco de aparência mas negro nos genes, quicá até descendente de escravos, teria direito às cotas? (o grupo favorável às cotas, por coerência, deve responder negativamente). O negro não descendente de escravos deve ter acesso às cotas? (pela mesma razão, a resposta dos pró-cota deve ser positiva). Indaga-se ainda se um negro estrangeiro que chega ao Brasil também deveria ser beneficiado.

Em seguida, o DEM discorre sobre o que enxerga como fundamento maior dos argumentos pró-cota: a justiça compensatória, que visaria à reparação dos danos ocorridos no passado e promoveria o resgate da dívida histórica com os negros. Não seria possível cobrar dos brancos de hoje, quer descendam de escravos ou não, a dívida pela escravidão, pois são pessoas inocentes (não perpetraram a injustiça, não influenciaram os atos de escravidão e deles podem discordar veementemente). Além disso, os beneficiários da política – negros atuais – não foram as vítimas diretas da escravidão, e podem até descender de negros que possuíam escravos. Em suma, sustenta-se que quem paga a conta não causou o dano, e quem recebe o benefício não sofreu o prejuízo. No entanto, trata-se de clara falácia do espantalho (*straw man*), pois intencionalmente deixa de fora os demais argumentos da vertente favorável às cotas, como a justiça distributiva ou redistributiva, o efeito-demonstração positivo das cotas, a promoção da diversidade, a eliminação de estigmas negativos, dentre outros.

Nessa linha, recorre a um argumento *ad consequentiam*, dizendo que a apuração de culpas históricas poderia levar “a um jogo de responsabilização ad infinitum” (fls. 35 da ADPF), que envolveria cobrar a dívida histórica de Portugal com o Brasil em razão da exploração colonial, por exemplo. O longo tempo decorrido entre o ato e sua reparação tornariam tal acerto de contas impertinente.

Condena, por fim, a instituição da banca racial, que utilizaria critérios arbitrários e ilegítimos. A insegurança gerada pela impossibilidade de se determinar, com segurança, quem serão os beneficiários da política pública de cotas raciais é grave, na medida em que pode tornar sua eficácia “*nula e meramente simbólica*.” (fls. 36 da ADPF).

As razões articuladas em tópicos específicos apresentadas pelo DEM em desfavor das cotas raciais na UnB são, em síntese:

(1) *A inexistência de raças do ponto de vista biológico e a motivação econômica da opção pela escravidão negra no Brasil.* Geneticamente, raças não existem e os homens são todos iguais, ou igualmente diferentes. Tendo em conta a genética humana, diferenças entre brancos e negros são irrisórias, montando a 0,035% do genoma. Raça, assim, é um conceito social, e não científico. Nesse ponto, há concordância com os defensores das cotas, pois para eles a inexistência científica de raças e a conceituação sócio-político-cultural da ideia de raça é um dado plenamente aceito. Afinal, o fato de raça ser um construto humano, e não natural-científico, não a torna mais ou menos importante. A partir do momento em que determinada distinção social tenha sido usada como critério (exclusivo ou primordial) para discriminar ou marginalizar, defendem os partidários das cotas, deve ela ser combatida com políticas inclusivas. Essas políticas podem valer-se, legitimamente, do mesmo critério usado para excluir, combatendo fogo com fogo.

Remete o DEM ao Caso Ellwanger¹⁷ para ilustrar que só existe a espécie humana, e para defender que o racismo (crença na superioridade de determinada raça sobre outras) é a verdadeira força motriz das tentativas de classificação racial. Tais

¹⁷ Habeas Corpus nº 82.424-2/RS, Rel. Min. Moreira Alves.

tentativas seriam especialmente perigosas quando promovidas pelo próprio Estado, o que geraria antagonismos e segregação.

Explorando outro tema, aduz que a opção pela escravidão negra no Brasil decorreu de fatores econômicos (como o monopólio da metrópole sobre o tráfico negreiro, altamente lucrativo), e não em razão de crença na inferioridade da raça negra. A proibição da escravização de índios decorreria da mesma lógica. Porém, a origem remota da opção pela escravização do negro não tem relação com os argumentos dos defensores das cotas, que focalizam – ao menos nas versões mais sofisticadas do seu raciocínio – nos efeitos presentes da escravidão.

(2) *A inadequação da mera importação de modelos estrangeiros de divisão racial, tais como ocorrido nos EUA e em Ruanda.* O caso de Ruanda é citado para ilustrar os perigos da classificação racial imposta pelo Estado (racialização oficial ou “racismo institucionalizado”, cf. fls. 43 da ADPF) que, ainda que com boas intenções, pode gerar resultados desastrosos. Entretanto, a força da analogia pode ser questionada, pois não se trata da separação radical da sociedade em dois grupos, mas apenas da identificação positiva e voluntária daqueles que se autodeclarem negros (sujeitos à homologação por um comitê, no caso da UnB). Há uma grande parcela da população que pode não se sentir particularmente afetada ou prejudicada pela questão das cotas raciais universitárias – e.g. profissionais que já estão no mercado de trabalho, vestibulandos brancos favoráveis às cotas, pessoas que não têm interesse de fazer um curso superior etc. Obviamente, esse fator isoladamente não justifica a medida, mas pode servir para temperar eventuais receios quanto a explosões de ódio racial no Brasil. Além disso, partidários das cotas apontam a quase inexistência de casos de conflito racial gerado no âmbito das universidades que adotaram ditas políticas para afastar esse argumento *ad consequentiam*.

Já a experiência norte-americana é invocada para demonstrar a diferença na evolução histórica das relações raciais naquele país, que teria se desenvolvido de modo oposto ao brasileiro, e portanto teria reclamado a instituição de políticas específicas para o contexto daquele país. Enquanto aqui a miscigenação entre raças teria ocorrido naturalmente, lá a separação entre brancos e negros era fortemente incentivada

pela sociedade e pelo próprio Estado. Diferenças decorrentes do tipo de colonização, da cultura dos colonizadores e do processo abolicionista também seriam marcadas, contribuindo para uma maior clivagem entre brancos e negros nos EUA. No Brasil, não houve “*restrições para que negros ocupassem determinados cargos ou empregos, ou que frequentassem determinados lugares*” (fls. 44 da ADPF). Ao contrário dos EUA, onde a separação era a tônica e fez florescer o ódio racial e o segregacionismo, o Brasil nunca presenciou uma competição acirrada entre brancos e negros, tendo havido mesmo participação das classes trabalhadoras brancas na luta pela abolição. Abolição que de resto apenas formalizou uma situação que na prática já se mostrava consolidada (90% dos negros já eram livres antes da abolição). No entanto, o fato de o próprio Estado ter instituído uma política de segregação racial nos EUA, proibindo negros e brancos de frequentarem os mesmos espaços de convívio social e até de contraírem matrimônios inter-raciais, teria trazido consequências severas para a população negra. Nos EUA, mesmo após a abolição, todos os negros – independentemente de sua condição econômica – eram alijados do exercício da cidadania e considerados cidadãos de segunda classe, até meados dos anos 60. Nesse cenário, “*o surgimento das ações afirmativas para negros nos Estados Unidos decorreu de uma situação histórica e específica, originada pela discriminação oficial até então praticada naquele país*” (fls. 50 da ADPF). Tais políticas, voltadas inicialmente ao mero combate da discriminação e à proibição da discriminação, mostraram-se insuficientes. Daí ter sido necessário intensificar e mudar o caráter dessas práticas: como o Estado mesmo havia perpetrado a discriminação, não bastaria ser neutro (com políticas *color-blind*): era necessário atuar de maneira positiva para obter a integração do negro à sociedade. Já no Brasil, pelo fato de o Estado sempre ter sido neutro, não haveria por que implementar políticas positivas de inclusão, que tomassem a cor “*como um fator a ser considerado.*” (fls. 51 da ADPF).

Porém, para os defensores das cotas, a origem do racismo e da marginalização do negro – quer de cunho oficial ou “explícita”, quer de caráter não-oficial ou “velada” – não tem a menor relevância. Independentemente da origem, a situação hodierna de desigualdade que se instaurou em função da herança deixada pela escravidão e da perpetuação do preconceito ao longo dos séculos é a mesma. Diferenças longínquas acerca da origem primeira da discriminação contra os negros são

irrelevantes, porque ambas as histórias desembocaram em situações semelhantes e igualmente dramáticas. Da mesma forma, não importa para eles se nos EUA as ações afirmativas foram originalmente imaginadas para corrigir uma profunda ruptura social e acirrada tensão racial – desde que contribuam para a concretização da igualdade no Brasil, a motivação por trás de sua “invenção” é irrelevante.

O DEM acresce ainda que, nos EUA, “*as cotas raciais jamais foram consideradas constitucionais na esfera da educação*”, invocando, nesta seara, os casos *Bakke* (1978), *Grutter vs. Bollinger* e *Gratz v. Bollinger* (2003) e *Parents vs. Seattle School District* (2007) (fls. 53 da ADPF). Contende com os grupos favoráveis às cotas, acusando-os de procederem a uma “*leitura precipitada e superficial do modelo norte-americano, conjugada com os índices sociais desfavoráveis para os negros no Brasil*” (fls. 54 da ADPF), o que seria bastante, segundo seus integrantes, para implementar as cotas no Brasil. Pode-se detectar, novamente, a presença da falácia do espantalho (*straw man*), pois os argumentos dos grupos adversários, como se percebe ao longo deste livro, não se limitam a essas duas e fracas considerações.

Vê-se, nesse ponto, que a interpenetração entre critérios socioeconômicos e raciais é relevante e sempre presente no debate, ora enfocando-se o aspecto econômico como determinante da exclusão social do negro (como faz o DEM), ora apontando a raça como fator de subordinação social e econômica do negro na sociedade (como fazem os defensores das cotas).

(3) *O uso distorcido de dados estatísticos referentes a indicadores socioeconômicos concernentes a raça.* O DEM inicia seu argumento fazendo uma distinção pertinente: alerta para o fato de que não se pode confundir manifestações isoladas de racismo (que são atos individuais) com a afirmação de que o Brasil (grupo) é um país racista. De fato, cair nessa armadilha seria cometer a *falácia da composição* (atribuir caracteres individuais a um grupo).

Em seguida, o partido acusa a existência do que entende serem distorções na apresentação de dados estatísticos relacionados a índices econômicos e sociais da população negra. Existe, para o partido arguente, uma “*análise superficial dos dados estatísticos relacionados aos negros*” (fls. 26 da ADPF). A composição do grupo negros

por pretos e pardos é, segundo seu raciocínio, “esquecida” no que tange à relevância dos pardos, quando se diz que apenas 3% dos pretos estão no curso superior. Haveria, por parte de quem manipula o índice, a *falácia da omissão de dados*, que mostram que os pardos compõem 18% da população universitária no país. De acordo com o DEM, “*a sub-representatividade dos negros brasileiros está diretamente relacionada às profissões nas quais se faz necessário um maior investimento financeiro*” (fls. 55 da ADPF), tais como medicina e odontologia, não havendo em geral tal sub-representação nos cursos mais teóricos. Em seu entendimento, a pobreza no Brasil “*tem todas as cores*”, sendo que, dentre os mais pobres, 60% se declaram pardos, 30% brancos e 9% pretos. A conclusão do partido é a de que “*são diferenças de renda, com tudo que vem associado a elas, e não de cor, que limitam o acesso ao ensino superior.*” (fls. 56 da ADPF).

Para reforçar essa conclusão, afirma que as estatísticas geralmente tomam em consideração o total de brancos e o total de negros, independentemente da renda. Isso geraria, segundo o DEM, um grupo muito diverso entre si, o que distorceria o fato de que o abismo, no Brasil, se dá entre ricos e pobres, e não entre brancos e negros. Fazendo-se a comparação entre negros e brancos dentro da mesma categoria de renda e condições sociais (que seriam “*grupos comparáveis*”, segundo o DEM), o resultado é que “*brancos, negros e pardos pobres têm as mesmas dificuldades, o mesmo perfil (...). A semelhança entre os três grupos é constante e as diferenças são estatisticamente desprezíveis. (...) Em suma: para os pobres, a vida é verdadeiramente difícil, independentemente de serem brancos, pretos ou pardos.*” (fls. 57-58 da ADPF).

Em termos de acesso à educação, necessidade de começar a trabalhar cedo, conquista de emprego com carteira assinada e demais indicadores, os pobres de qualquer cor apresentam as mesmas dificuldades. Nesse sentido, o DEM retoma argumentos universalistas, segundo os quais a péssima qualidade das escolas é a verdadeira causa do problema, e que, não sendo a cor uma barreira para ascensão social, cotas exclusivamente raciais não fazem sentido.

Mais ainda, os maiores beneficiários dos programas de cotas não seriam os negros mais necessitados, mas aqueles negros que já tinham certo conforto material.

(4) *As peculiaridades do sistema de classificação racial adotado no*

Brasil e a democracia racial decorrente do processo miscigenatório pátrio. O arguente procura distinguir o sistema birracial norte-americano, que segrega objetivamente entre brancos e negros por meio do critério genético ou de ascendência (*one drop rule*) e desconhece categorias mestiças/intermediárias, como os pardos ou mulatos, do sistema brasileiro, que é baseado na aparência (fenótipo) e possui diversas categorias intermediárias. No Brasil, onde censos já revelaram que a população se atribui uma ampla gama de cores (chegando a 135 em determinado censo), nunca foi adotado o critério de ancestralidade, mas um *mix* de diversos fatores, incluindo “*aparência física e status social*” (fls. 61 da ADPF). A miscelânea racial, aliada à não-identificação ou não-consciência precisa de sua cor, mostras de um Brasil não-racializado, dificultaria ainda mais a tarefa de se identificar quem é negro no Brasil.

A discussão remete ao conceito de *graded membership* (pertinência a um dado grupo conforme variados graus) e à dificuldade de se traçar uma clara linha divisória. Tal separação seria mais difícil de se fazer no caso brasileiro, que adota um critério mais subjetivo que o norte-americano, o qual abraça “*uma legislação rígida, racista e dualística [que] indica quem está dentro ou fora, quem tem direitos e quem não tem, quem é branco e quem é preto!*” (Roberto DaMatta, *apud* DEM - fls. 60 da ADPF). Por isso, a adoção de cotas raciais no Brasil é especialmente dificultosa, dado o desafio de conseguir identificar com clareza os beneficiários do sistema de cotas.

Além disso, o DEM defende o papel simbólico da democracia racial. Embora reconheça que se trata de um mito, atribui-lhe importância, na medida em que a sociedade passa a desejar vê-lo concretizado. O mito serve “*para fixar a expectativa de conduta a ser seguida pelo homem médio que compõe a sociedade.*” (fls. 64 da ADPF). Assim, além de ter impedido a existência, no Brasil, de quaisquer limitações de direitos baseadas na raça, quaisquer atitudes racistas e preconceituosas são vistas no país com “*antipatia e desprezo, [incentivando], no imaginário social, a intolerância à discriminação.*” (*idem*). Atos isolados de discriminação são tolhidos não só pela repressão social, mas por instrumentos legais específicos de combate ao racismo. Porém, o raciocínio do partido não se estende, nessa altura, a práticas veladas e sutis de discriminação (embora seja discutido mais adiante).

Por outro lado, o DEM afirma que o preconceito de cor é um dos mais rejeitados socialmente, invocando pesquisa empírica de Jessé Souza segundo a qual, entre os pobres, o maior preconceito ocorre em relação a mulheres, nordestinos, pobres (precisamente: contra eles mesmos) e homossexuais. Tais preconceitos diminuem à medida que a renda aumenta. Outro estudo mostra que a porcentagem de indivíduos que se considera racista é maior entre os negros: 12% deles são racistas contra os brancos, enquanto o índice geral de racismo da população é de 10%. Ainda outra pesquisa revela que 96% dos brasileiros afirmam não ter preconceito. Entretanto, apesar de deixar clara a *“vergonha em se assumir preconceituoso”* (ADPF, fls. 66), não implica que o preconceito não ocorre, na prática. O preconceito pode ser visto ou atribuído a terceiros, como revelam outras pesquisas apontadas pelos movimentos pró-cotas.

A democracia racial contribuiria, entretanto, para uma harmonização das relações raciais e para a execração da discriminação, na medida em que repudia o preconceito de cor e promove a identidade do brasileiro como um só povo. De acordo com esse raciocínio, pode-se afirmar que não haveria entre nós brancos e negros, apenas *brasileiros*. A implementação de cotas pautadas exclusivamente no critério racial poderia afetar esse equilíbrio.

Buscando combater o argumento de que nos EUA a questão racial seria enfrentada abertamente, enquanto no Brasil haveria um preconceito velado disfarçado de democracia racial, o DEM afirma que tal raciocínio é “sofístico”. Isso porque a origem africana, segundo o DEM, pode ser esquecida ou disfarçada no Brasil, quer por razões econômicas (*“negro rico vira branco e pobre branco vira negro”*, fls. 68 da ADPF) ou fenotípicas (por meio do que intitula a *“válvula de escape do mulato”*, idem). Os grupos pró-cotas têm raciocínio oposto, asseverando que a discriminação atinge a todos os negros, independentemente de sua classe social.

Outro raciocínio do partido é o de que, se a discriminação fosse apenas racial, no momento das contratações no mercado de trabalho, os negros teriam maior representatividade em concursos públicos sem fase oral. No entanto, isso não ocorre. O DEM atribui esse fato à *“infeliz correlação entre a cor do indivíduo, pobreza e qualidade do estudo.”* (fls. 69 da ADPF). Mas o partido deixa de reconhecer que a

causa dessa correlação pode ter sim origem na discriminação racial. Ou seja, a análise superficial de que negros não são aprovados em concursos objetivos e impessoais porque há uma correlação entre negritude e pobreza não explica qual é a *origem* dessa correlação – que pode ser racial.

(5) *Ofensa pelo programa de ação afirmativa da UnB ao princípio da proporcionalidade.* O princípio da proporcionalidade presta-se a resolver conflitos de princípios constitucionais. Seus três subprincípios, para o DEM, teriam sido contrariados:

(a) a *adequação*, porque cotas que empreguem critério racial não são o meio mais apropriado para concretizar o objetivo pretendido, que é a “*construção de uma sociedade mais justa, tolerante e igualitária.*” (fls. 69 da ADPF). O caráter secreto do Tribunal Racial seria outro agravante, por submeter candidatos à discricionariedade e arbitrariedade de um processo secreto e sujeito a inúmeros constrangimentos e falhas, como demonstram casos concretos, como o dos gêmeos univitelinos Alex e Alan, que foram classificados um como branco e outro como negro. O processo de homologação também é subjetivo e não tem critérios claros, já que se pauta a princípio pela aparência física, mas recorre frequentemente a outros elementos (ex. envolvimento com o movimento negro, histórico de relações afetivas com pessoas negras, sofrimento de discriminação prévia, declaração da cor da pele em documentos oficiais etc.), sendo alguns até de cunho genético, como a origem de pais ou avós.

(b) a *necessidade*, pois o programa de cotas não é exigível ou estritamente necessário para a consecução do fim. A ação afirmativa, assim, “*não deve extravasar os limites da consecução dos objetivos determinados, procurando sempre o meio menos gravoso para poder atingir a missão proposta.*” (fls. 75 da ADPF). Em vez de utilizar cotas raciais, a UnB deveria ter escolhido um meio menos gravoso ou mais suave para atingir a finalidade da política pública. O DEM defende que cotas raciais são excessivas, já que a reserva de cotas *para pobres*, por exemplo, atenderia a finalidade almejada (até porque 70% dos pobres são negros), servindo para incluir marginalizados de todas as cores, sem agredir direitos fundamentais.

(c) a *proporcionalidade em sentido estrito*, que procura aferir se os

resultados da política são proporcionais ao tamanho ou severidade da intervenção estatal, também teria sido violado. Nesse juízo de ponderação, sopesam-se valores, buscando-se determinar qual deve prevalecer. Para o DEM, contrapõem-se, à necessidade de integrar o negro na sociedade, as diversas violações constitucionais apontadas (a igualdade, mérito, autonomia universitária etc.). Além de não atingir a eficácia almejada, cotas raciais não combateriam a raiz do problema, trazendo, ao revés, novos conflitos e “*consequências desastrosas*” (fls. 76 da ADPF), num tipo argumento *ad consequentiam*.

O Ministério Público Federal, representado pela Procuradoria Geral da República (PGR), manifestou-se na ADPF no sentido do não reconhecimento do pleito do DEM, por considerar a adoção das cotas raciais pela UnB constitucional. A PGR vale-se, em resumo, dos seguintes argumentos:

(1) *o princípio da igualdade não é apenas compatível com, mas reclama a promoção das políticas de ação afirmativa*. No constitucionalismo social à brasileira, a igualdade é um objetivo que deve ser ativamente perseguido pelo Estado, que precisa combater energicamente as profundas desigualdades e mazelas sociais que caracterizam a sociedade brasileira.

A própria Constituição assegura tratamento diferenciado “*em favor de segmentos sociais em situação de maior vulnerabilidade*” (fls. 715 da ADPF), tais como nos casos da proteção ao mercado de trabalho da mulher e da reserva de vagas em cargos e empregos públicos para portadores de deficiência. Na ausência maiores explicações quanto às peculiaridades de cada um desses grupos, a analogia com eles poderia ser considerada fraca. Pessoas contrárias às cotas podem argumentar que existem inúmeras razões para conceder proteção a tais grupos (diferenças biológicas ou decorrentes de deficiências físicas), ausentes no caso dos negros. A relevância das diferenças entre brancos e negros pode não ser suficiente para justificar o tratamento diferenciado.

A PGR entende que a desigualdade que a Constituição visa a combater não é somente econômica, mas de cunho cultural. Por isso, ela determina a valorização das contribuições indígenas e afro-brasileiras à cultura nacional. Além disso, o fato de a carta magna vedar *preconceitos* de raça, cor e outros “*não pode ser visto como empecilho para a instituição de medidas que favoreçam os grupos e segmentos que são costumeiramente discriminados, ainda que tais medidas adotem como fator de desigualação qualquer desses critérios*.” (fls. 716 da ADPF).

Haveria dois fundamentos para o combate à discriminação: a *antidiferenciação*, que “*reprova tratamentos diferenciados (prejudiciais ou benéficos) em favor de quem quer que seja, [preocupando-se] com a neutralidade*” (idem) e a *antisubordinação*, que “*reprova tratamentos que criem ou perpetuem situações de subordinação. Ela admite tratamentos diferenciados, desde que [para] superar situações de subordinação, assim como considera discriminatórios tratamentos neutros que reforcem a subordinação*.” (idem). Coerentemente com sua posição e alinhada com os princípios que defende, a PGR sustenta que o constitucionalismo brasileiro adota a perspectiva da antisubordinação. Assim, tratamentos neutros ou práticas universalistas em face de grupos notadamente distintos seriam discriminatórios, e reclamariam o estabelecimento de políticas

preferenciais para os grupos desfavorecidos, ou seja, aqueles sujeitos a maior vulnerabilidade social.

(2) *A desigualdade racial existente no país demonstra que não há democracia racial.* A PGR reconhece não ter havido segregação oficial no Brasil desde a abolição – ponto de concordância com os argumentos anti-cotas. Porém, a consequência daí tirada é diversa: apesar da inexistência da racialização estatal, “até alguns anos atrás nunca tinha sido realizado no país nenhum esforço de inclusão dos afrodescendentes.” (fls. 717 da ADPF). Tal situação teria deixado uma herança maldita (“cicatrizes profundas”) na sociedade, relegando o negro a uma persistente condição de inferioridade social, econômica e cultural, sem representatividade em funções e cargos importantes, em profissões respeitadas etc. Por outro lado, há uma super-representação dos negros entre presidiários, vítimas de homicídios e violência policial e demais indicadores negativos.

O racismo permanece vivo no Brasil, muitas vezes velado e cordial, mas com efeito não menos pernicioso que o racismo desvelado. O preconceito brasileiro, que não desconheceu projetos abertamente racistas, como aqueles que pregavam o “embranquecimento” da população como solução para os problemas nacionais, sedimentou-se como um racismo sem cara, disfarçado de práticas universalistas. O mito da democracia racial, que nega a existência de um fosso de oportunidades entre negros e brancos, foi encampado pela retórica oficial e conduziu tanto o Estado quanto a sociedade brasileiros à inação.

(3) *A inexistência de raças, do ponto de vista genético, biológico ou científico, em nada influi na política de cotas raciais.* Raça é uma construção histórico-social, e, como tal, pode ser utilizada como critério de políticas de combate à desigualdade. O argumento da PGR tenta demonstrar que o DEM, nesse ponto, cometeu um *non sequitur*, já que toda argumentação em torno da inexistência genética de raças não serve para justificar a inviabilidade da adoção das cotas raciais. A consequência é que, mesmo sendo as raças biologicamente inexistentes, há atribuição de significado social, crenças e convicções sobre determinados indivíduos de um grupo particular (visto como uma raça). Essa construção cultural serve para discriminar – logo, também deve servir de base para incluir.

(4) *Há diversos fundamentos justificatórios para a política de cotas raciais.* A PGR sustenta que, diferentemente do que apregoa o DEM, a justiça compensatória não é o único, nem o mais importante, argumento a favor das cotas. Dentre os fundamentos relevantes, estão a “justiça distributiva, a promoção do pluralismo nas instituições de ensino e a superação de estereótipos negativos sobre o afrodescendente, com o consequente fortalecimento de sua autoestima e combate ao preconceito.” (fls. 723 da ADPF). O foco da política de cotas é a dramática situação do negro no presente e a construção de um futuro mais equitativo, e não qualquer argumento compensatório sobre práticas ocorridas em um passado remoto. São os efeitos persistentes da escravidão – não eliminados pela abolição – que devem ser combatidos, pois condenam sucessivas gerações de negros a um papel subalterno na sociedade. O pluralismo serviria para quebrar o racismo informal e integrar o negro à sociedade, fomentando o convívio com a diferença e derrubando estereótipos negativos.

(5) *A experiência comparada e o direito internacional amparam as ações afirmativas.* Diversos instrumentos de direito internacional, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, e resultados de entendimentos como a Conferência de Durban, amparam a promoção de medidas especiais que sejam necessárias ao progresso de certos grupos raciais ou étnicos. Referidos instrumentos permitem que medidas positivas e especiais possam ser utilizadas para avançar diversas espécies de direitos dos grupos em desvantagem, com o fito de que possam fruir os benefícios do desenvolvimento e ter acesso aos bens sociais. No entanto, há que se notar

que esses instrumentos mencionam, de forma inespecífica, o gênero *ações afirmativas*, não fazendo referência expressa à política de cotas raciais. Desse modo, um contra-argumento à invocação que a PGR faz de tais instrumentos é que eles defendem apenas o gênero “ação afirmativa”, e não sua modalidade “cotas raciais”.

A PGR também menciona políticas de ação afirmativa de diversos outros países que não os EUA (Índia, Canadá, Austrália, China, Nigéria, Malásia, Sri Lanka, dentre outros), a fim de justificar a busca de igualdade material. No entanto, os exemplos invocados não tratam diretamente da imposição de cotas raciais na educação superior (que tem inegáveis peculiaridades), e podem ser vistos como analogias fracas, como faz ver o caso canadense invocado, que trata da concessão de exclusividade do direito à exploração do jogo para tribos indígenas. Por outro lado, a PGR tenta mostrar que há uma desanalogia entre o caso brasileiro e o norte-americano, já que nosso constitucionalismo é social e o dos EUA é liberal. Por isso, a guinada conservadora na jurisprudência constitucional daquele país não nos deveria servir de exemplo.

(6) *As ações afirmativas não ofendem a meritocracia.* A PGR aduz que as cotas raciais não abandonam o princípio meritocrático. Ele só será atingido se houver condições de igualdade de oportunidades, o que não ocorre após seguidas décadas de discriminação, opressão e desvantagens acumuladas. O raciocínio é que o passado de discriminação racial condenou toda uma classe “à pobreza e ao acesso a educação de má qualidade” (fls. 728 da ADPF), o que findou por viciar procedimentos tidos por meritocráticos, como o vestibular. Note-se que o argumento dos grupos favoráveis às cotas não desconsidera a desvantagem econômica como empecilho à ascensão social, mas atribui uma desvantagem particularmente severa aos negros, por conta da discriminação e da persistência de sua marginalização. Para os grupos contrários às cotas raciais, a mera condição econômica – independentemente de suas causas – é o bastante para justificar políticas inclusivas. Daí a melhor solução, em seu entender, estar nas cotas sociais, ou em outros tipos de ação afirmativa que não envolvam reserva de vagas.

A PGR cita um argumento de autoridade, invocando Lyndon Johnson, em sua conhecida frase segundo a qual não se pode tomar alguém que por anos ficou acorrentado, simplesmente libertá-lo dos grilhões e dizer que está livre para competir. Além disso, a meritocracia não seria o único princípio em jogo, podendo ceder passo diante da necessidade de promover a igualdade material.

(7) *Cotas raciais não promoverão tensão racial e são compatíveis com a harmonia social.* O temor do DEM é infundado, pois já há mais de uma década existem ações afirmativas de viés racial no Brasil, e nunca houve um episódio sério de confronto oriundo dessas políticas, que, ao contrário, promovem a integração e harmonia de diversas raças.

(8) *O suposto “tribunal racial” usado na seleção dos beneficiários é razoável.* Ao contrário do que afirma o partido arguente, o comitê entrevistador não remete a práticas nazistas. Seria uma evolução em relação ao critério anterior (análise de fotografias). No entanto, esse argumento da PGR não prospera, já que o fato de ser melhor – ou menos pior – que o anterior não significa que seja bom (*falácia da falsa consolação*).

Para a PGR, o uso de critérios genéticos é inviável, dado o caráter cultural da raça. O tribunal racial seria compatível com a ideia de autodeclaração, o que nos parece uma posição contraditória. Apesar de a PGR defender veementemente o direito à autodeclaração (que reconhece a percepção que cada indivíduo faz de sua identidade, atende a dignidade da pessoa humana e está prevista na Convenção 169 da OIT), não explica satisfatoriamente como conciliar esse critério com a existência de uma entrevista para *aférir* ou *homologar* a raça do candidato. A existência de tal comitê implica, por definição, na heterodeterminação da raça, já que a autodeclaração do candidato precisa ser

verificada e pode ser revertida pelo comitê, numa situação constrangedora que pode agredir a própria percepção de o candidato faz de si mesmo. A PGR afirma, sem fundamentar (*afirmação sem base*), que “*a entrevista possui esse viés, de captar a percepção que cada candidato tem sobre a própria identidade étnico-racial.*” (fls. 730). No entanto, é a percepção da banca, e não a do próprio candidato, que prevalecerá. É bastante problemática, neste ponto, a argumentação da PGR.

(9) *As cotas raciais guardam respeito ao princípio da proporcionalidade e seus subprincípios.* Elas atenderiam aos princípios da (a) adequação porque “*se o objetivo é promover a inclusão dos negros no ensino superior, a medida encetada é idônea, porque se propõe exatamente a tal fim.*” (fls. 731 da ADPF). Essa afirmação constitui uma *petição de princípio*, porque toma por suposto o que deveria provar. Não basta dizer que a medida é adequada porque se propõe a atingir determinado fim: a adequação deve ser dos meios em relação ao fim, e a PGR não demonstra porque o instrumento das cotas raciais seria apropriado para promover a inclusão; (b) necessidade, pois não haveria outras medidas capazes de promover, com a mesma intensidade, a finalidade visada. As políticas universalistas (*color blind*) pregadas pelo pensamento anti-cotas não seriam suficientes para reduzir as desigualdades hoje existentes entre grupos raciais; e (c) proporcionalidade em sentido estrito, já que o acesso ao ensino é o mais importante canal de ascensão a funções socialmente relevantes. A medida proposta – reserva de um modesto percentual de 20% das vagas, inferior à proporção dessa população no DF – deixa a esmagadora maioria das vagas para a competição universal. Desse modo, o grau de intervenção em bens jurídicos não é excessivo em relação à importância da finalidade da medida.

A Advocacia-Geral da União (AGU), no mesmo sentido da PGR, pronunciou-se a favor da constitucionalidade das cotas raciais. Seus argumentos, em essência, são:

(1) *ações afirmativas servem para reduzir desigualdades fáticas.* A posição de inferioridade dos grupos sociais “*faticamente excluídos*” (fls. 740 da ADPF) da universidade pública não só justifica como exige a adoção de medidas afirmativas, em consonância com o princípio da isonomia. Trata-se de uma necessidade assegurar, em um Estado Democrático de Direito pautado por uma sociedade pluralista, que indivíduos com os mais variados projetos de vida “*concorram em igualdade de condições para sua realização.*” (fls. 741 da ADPF). Para se realizar a igualdade, é necessário, por vezes, submeter sujeitos desiguais a tratamentos jurídicos distintos, como no caso das ações afirmativas.

(2) *precedentes do STF justificariam o uso do princípio da igualdade como mecanismo de inclusão.* São citados precedentes do STF relativos à participação de grupos minoritários no ambiente democrático, sendo pré-condições dessa participação a possibilidade de exercício de direitos fundamentais, dentre os quais se destaca a isonomia, voltada à superação das discriminações raciais. Há que se notar, contudo, que os precedentes não lidaram especificamente com o caso das cotas raciais. Tratam de minorias parlamentares, de reservas de vagas em concursos públicos para deficientes, dentre outros. Até que ponto haveria analogia desses casos com o presente é um tema potencialmente questionável. A singularidade do objeto torna a ADPF nº 186 o provável *leading case* na matéria.

Na visão da AGU, porém, a jurisprudência do STF aponta para a participação de todos, o que justifica adotar “*medidas de superioridade jurídica*”

tendentes a reparar ou compensar a situação de inferioridade fática” (fls. 744 da ADPF) do grupo marginalizado. O tratamento jurídico diferenciado precisa ser justificado por valores constitucionalmente prestigiados, ou seja, a ação afirmativa não pode ser baseada em critérios arbitrários ou caprichosos. Dada a constatação de que o grupo dos negros (favorecido pelo regime de cotas) está faticamente excluídos do ensino superior, como comprovam as estatísticas do IBGE, estaria plenamente justificada a adoção das cotas raciais favorecendo aquele grupo-alvo. Isso ocorre independentemente da inexistência biológica de raças, já que a raça existe como produto cultural-social e deve ser considerado no momento da aplicação do direito.

A exclusão dos negros não se confunde com aquela dos pobres. Ela decorre de fatores peculiares que se afligem exclusivamente a classe negra. Por isso, não haveria que se comparar a situação dos brancos pobres com a dos negros pobres. Os negros pobres teriam acesso a recursos educacionais, anos de estudo, oportunidades e rendimentos inferiores, mesmo quando comparados aos brancos pobres, donde não se poder equipará-los. Obviamente, essa conclusão vai de encontro à interpretação que o DEM faz dos dados estatísticos, na qual busca anular essas alegadas diferenças entre os grupos raciais.

Para a AGU, a implementação de cotas raciais não criaria favoritismos nem ofenderia a meritocracia – ao revés, seria um *“pressuposto para a efetiva aferição da capacidade dos candidatos, por evitar que a disputa pelas vagas nas universidades envolva sujeitos faticamente desiguais. [...] a utilização do critério do mérito pressupõe que os concorrentes tenham tido as mesmas oportunidades ao longo de suas vidas. Caso contrário, a disputa é realizada em bases desiguais, o que desvirtua o uso do referido critério.”* (fls. 752 da ADPF). Desse modo, o critério do mérito, na visão da AGU, associa-se claramente a uma concepção material, e não formal, de igualdade.

Em adição ao argumento acima, a lógica da promoção da diversidade no corpo discente das universidades também é apontada como uma razão para a defesa das cotas, já que a meritocracia pura (formal, baseada exclusivamente na capacidade) não é um princípio absoluto.

A AGU, enfim, aduz que as cotas raciais atendem ao princípio da

proporcionalidade. Elas seriam adequadas, pois o sistema de cotas raciais preenche a função primordial da política de cotas, qual seja, *“alterar a composição do corpo discente da UnB, adequando-a à diversidade de indivíduos presentes na realidade social brasileira.”* (fls. 759 da ADPF). Também a utilização do comitê racial seria adequada, na medida em que evita a prática de fraudes e meramente serviria para *“apreender a avaliação que o candidato faz sobre si próprio”* (o que, como considerado acima em relação à PGR, não parece ser compatível com um sistema alegadamente de autodeclaração). As cotas seriam necessárias, e o percentual de 20% baixo, já que a população negra representa 49,5% do povo brasileiro. Outros meios mais brandos (e universalistas, tais como a simples melhoria do ensino fundamental e médio ou redução das desigualdades sociais) não seriam suficientes para promover a integração dos negros, donde necessárias as medidas de inclusão discutidas na ADPF. As cotas atenderiam, assim, a regra de ponderação consistente na proporcionalidade, pois deve ser dada prevalência à implementação de políticas inclusivas como meio de realização da isonomia.

Por fim, as entidades arguidas na ADPF (UnB, CESPE e Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão – CEPE), por meio da Procuradoria Federal junto à UnB, também se manifestaram a favor da política de cotas e em defesa dos atos que a implementaram na UnB. Seus argumentos seguem na linha dos partidários das cotas. Afirmam que o programa de ação afirmativa é necessário tendo em vista a exclusão e marginalização dos negros, que são estigmatizados, socialmente segregados e alijados da construção de soluções para o Brasil. O próprio Estado brasileiro teria reconhecido essa situação, ao alinhar-se às propostas da Conferência de Durban. As estatísticas oficiais também comprovariam essa precária situação, revelando indicadores sociais vergonhosamente desfavoráveis aos negros (que teriam, por exemplo, dois anos a menos de escolaridade, em média, comparados aos brancos).

A UnB defende que a média dos alunos oriundos de ações afirmativas em geral é *“a mesma ou superior à dos demais alunos, mesmo quando iniciada em patamar inferior”* (fls. 2.210 da ADPF). O número de professores negros seria alarmante, pois menos de 1% dos docentes da UnB era negro, em 2003. No caso desta universidade, havia um déficit de 15,68% de negros no corpo discente, daí ter-se elaborado o

programa de cotas raciais. Eles resolveriam outro problema, consistente na concentração geográfica da origem dos estudantes nas áreas ricas da capital federal, majoritariamente brancas: a maioria dos estudantes da UnB, que são brancos, também habita as regiões de alta renda do DF (Brasília, Lago Sul, Lago Norte).

A utilização da raça como critério, assim, é legítima, pois os negros têm sido sistematicamente excluídos do ensino universitário. A opção pelo sistema especial não desvirtua o mérito do candidato, que deve alcançar notas mínimas em determinadas matérias e na nota global das provas para ser aprovado. Seu pedido de inscrição pelo sistema de cotas, de fato, “*será analisado por uma banca que decidirá pela homologação ou não do cadastro do candidato cotista.*” (fls. 2.125 da ADPF).

A UnB entende que a política de cotas resgata o valor da dignidade humana e a promoção da igualdade, em lugar da mera vedação da igualdade. Abraça, assim, uma concepção ativa e positiva de justiça e igualdade, não apenas negativa.¹⁸ Apenas vedar a discriminação e o preconceito não é o mesmo que garantir a igualdade jurídica, afirma a UnB com base na lição da Ministra Cármen Lúcia, do STF (*argumento de autoridade*).

A desigualdade, quer na lei, quer na sua aplicação, precisa ser combatida de forma frontal. O indivíduo tem o poder de exigir do Estado o tratamento igualitário a todos os cidadãos que estejam na mesma situação. Daí decorre que indivíduos ou grupos em situações distintas devem ser necessariamente tratados de forma diversa, como forma de se fomentar a igualdade material. A condição socioeconômica subalterna do negro “*decorre da discriminação que sofrem por causa da sua pele. (...) A população negra tem direito de ser vista nas especificidades e peculiaridades de sua condição, pois ela é prejudicada substancialmente em suas condições materiais apenas em razão de sua cor de pele*” (fls. 2.132 e 2.137 da ADPF). Esse argumento contrapõe-se ao do

¹⁸ Note-se que essa concepção de justiça como obrigação estatal de caráter positivo não é nova: “*O tratado das Nações Unidas veio transcender a ideia de que os Estados possuem apenas deveres de caráter negativo (não apoiar, ou proibir, práticas de caráter discriminatório), para dar à luz a ideia de que os Estados também devem tomar medidas de caráter positivo, dentre elas, as ações afirmativas. Gomes afirma [que] ‘A ideia de neutralidade tem-se revelado um formidável fracasso ... passaram-se os anos (e séculos) e a situação desses grupos marginalizados pouco ou quase nada mudou.’*” GUERRINI, ESTELA WAKSBERG. AÇÕES AFIRMATIVAS PARA NEGROS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS: O CASO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO (2001-2008). Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 15.

DEM, segundo a qual as diferenças sociais seriam reflexos apenas de fatores econômicos, e não de elementos étnico-raciais.

Logo, a mera igualdade formal entre negros e brancos, sem considerar essa desvantagem dos negros, seria equivalente a perpetuar a desigualdade que o Estado tem dever de combater. É necessário, assim, assegurar a igualdade dos pontos de partida dos atores nas relações jurídicas. Desse modo, a política de cotas raciais estaria, na verdade, a combater uma situação inconstitucional, e fomentaria os valores da igualdade, liberdade e fraternidade.

A UnB afirma que a “*usar a mestiçagem como única solução para o racismo*” (como teria proposto o DEM – que, na verdade, não fez asserção nesse sentido. Logo, está-se diante de um *straw man*) atacaria o direito à individualidade e à diferença. E, segundo defende a UnB, citando Boaventura S. Santos, “*temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.*” (fls. 2.137 da ADPF). Seria um erro, assim, fechar os olhos para os problemas específicos dos negros, que tem um legado de injustiça social histórica, e tentar diluí-los “*em categorias fluidas como a dos ‘pobres’*” (fls. 2.140 da ADPF). Somente ações afirmativas pautadas por critérios raciais poderiam superar essa situação. Sem elas, e apenas com o uso de ações neutras e universalistas, a diferença entre brancos e negros persistiria, “*não havendo diminuição dessa disparidade.*” (fls. 2.143).

Implementar a igualdade requer não apenas a vedação à discriminação preconceituosa por meio de políticas repressivas e punitivas, mas a promoção de discriminações positivas (ações afirmativas). Elas são capazes de promover transformações sociais, culturais e pedagógicas que podem “*eliminar os ‘efeitos persistentes’ da discriminação do passado, que se revelam da denominada discriminação estrutural.*” (fls. 2.142 da ADPF). Essa discriminação estrutural, deixa transparecer a UnB, é aquela contemporânea – isso serve como contra-argumento à ideia de que políticas pró-cotas são essencialmente compensatórias em seu fundamento.

O preconceito, no Brasil, dá-se em razão da aparência (fenótipo), e não

da origem (genótipo). O caráter velado e implícito do racismo brasileiro, a par de provar a inexistência da tese da democracia racial, torna-o ainda pior, pois obscurece “*a capacidade de visualização da opressão racial.*” (fls. 2.147 da ADPF). O fato de o brasileiro não se assumir preconceituoso não significa a ausência de preconceito efetivo. A discriminação combatida pelas cotas da UnB é a de cor e aparência, não a genética. A ausência de discriminação ou segregação promovida pelo Estado não torna o quadro menos problemático – apesar da ausência de ódio racial, o preconceito e a discriminação em razão da cor persistem, e se refletem em indicadores sociais e econômicos (ex. a probabilidade de um adolescente negro ser assassinado é 2,6 maior que a de um adolescente branco). A implementação das cotas, por outro lado, não instiga o ódio racial, já que o programa existe há mais de cinco anos na UnB sem episódios de confronto étnico.

A UnB combate a afirmação do DEM de que ninguém no Brasil é excluído pelo fato de ser negro. Sustenta que medidas aparentemente neutras (de caráter geral e abstrato) causam um impacto desproporcional e nefasto sobre a população negra. Esse desproporcional prejuízo aos negros tomaria duas formas: a “*discriminação de facto [consiste] em ofensa ao princípio da igualdade perante a lei, que ocorre quando uma norma jurídica válida é aplicada sistematicamente de forma anti-isonômica e prejudicial a determinado grupo. Já a discriminação indireta, que está correlacionada com a teoria do impacto desproporcional, releva-se a partir de medidas públicas ou privadas, aparentemente neutras do ponto de vista racial, que, uma vez aplicadas, acabam resultando [em] prejuízos às minorias estigmatizadas, de forma intencional ou não.*” (fls. 2.149 da ADPF). No entender a UnB, há violação à igualdade material toda vez que se verifiquem efeitos deletérios incidentes de forma desproporcional sobre certa categoria de pessoas. Assim, a manutenção da universalidade e igualdade formal no acesso à universidade pública (*i.e.*, uma política “facialmente neutra”) geraria patente ofensa à igualdade material.

A UnB entende, desse modo, que a exclusão social do negro está intimamente relacionada à questão racial. Não bastaria adotar cotas somente com base no critério social (cotas para pobres), porque o preconceito do brasileiro se dá contra o negro, e não contra o pobre, como demonstra pesquisa realizada em 2007 – essa

asserção é combatida por pesquisas invocadas por grupos anti-cotas, segundo a qual não há preconceito relevante no Brasil. Ademais, a UnB cita casos em que a reserva de vagas ou a concessão de pontos extras para alunos oriundos de escola pública (outro critério de condição social, racialmente neutro, adotado na UFSC e na USP, por exemplo) não promoveu nenhum aumento relevante na porcentagem de negros na composição do corpo discente. No caso da Unicamp, tal percentual teria de fato diminuído. Assim, a UnB encara a modalidade de cotas como uma solução superior, pois entende – em raciocínio diametralmente oposto ao do DEM – que o racismo se estende a todos os negros, não só os da escola pública (pobres, portanto).

A universidade sustenta ainda a inexistência de manipulação de indicadores sociais, e cita estatísticas para demonstrar a sub-representação do negro da vida universitária e sua super-representação entre os pobres e indigentes. Há dois Brasis: o branco tem o 74º IDH do mundo, enquanto o negro está em 108º lugar.

Por essas razões, o sistema de cotas atenderia o princípio da proporcionalidade, sendo adequado a seus fins – seu percentual de 20% é inferior ao que poderia ser, dada a porcentagem de negros no Brasil, maior que 45%. A participação efetiva dos negros na universidade, antes das cotas, era de 2% (em 2004). Passou a ser de 12,5% em 2006. Portanto, as cotas mostram-se necessárias e aptas a promover para a democratização do ensino superior, na medida em que fomentam a construção de alternativas de inclusão, maior diversidade e legitimidade à comunidade acadêmica. A implantação das cotas na UnB, aliás, teria respeitado plenamente a autonomia universitária, e seguido todos os trâmites exigidos.

Não haveria ofensa, pelo sistema de cotas raciais, à meritocracia, pois a política traz um ganho global à sociedade e tais efeitos positivos justificariam sua implementação. Quanto aos efeitos dessa política, não há nenhuma queda na qualidade do ensino, pois o desempenho dos cotistas é similar (média 3,6 dos cotistas contra 3,7 dos não-cotistas) ao dos ingressantes pelo sistema universal. Eventuais deficiências no início do curso, desse modo, são compensadas ao longo dos estudos.

Quanto ao caráter secreto do comitê, a UnB alega que em outras áreas é necessária a comprovação da condição especial para a fruição do benefício (ex. perícia

médica para determinar deficiência física). Sustenta que a comissão não é secreta, e que sua composição apenas não é divulgada com antecedência para evitar pressões. Haveria, no mais, um critério claro na seleção: o fenótipo, observando-se se a pessoa é negra (preta ou parda) ou não. E a decisão administrativa estaria sempre sujeita à revisão judicial em caso de falhas, o que não a permite caracterizar como totalitária.

Note-se, para finalizar, que a ADPF nº 186 é particularmente importante porque em seu bojo realizou-se uma audiência pública entre os dias 3 e 5 de março de 2010, da qual participaram especialistas e acadêmicos (médicos geneticistas, juristas, antropólogos, sociólogos, historiadores, africanistas), representantes do governo (MEC, SEPPIR, CEDH, FUNAI, IPEA), do judiciário e do legislativo, membros da sociedade civil organizada, instituições educacionais, dentre outros.

Interessante foi a divisão temática dos debates da audiência pública, organizados pelo relator do processo, Min. Ricardo Lewandowski (2010) da seguinte forma:

“3 de março

(i) Instituições estatais responsáveis pela regulação e organização das políticas nacionais de educação e de combate à discriminação étnica e racial (Ministério da Educação, Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, Secretaria Nacional de Direitos Humanos, Fundação Nacional do Índio e Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal), bem como pela instituição responsável por mensurar os resultados dessas políticas públicas (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA).

(ii) Partes relacionadas aos processos selecionados para a audiência pública.

4 de março

Início do contraditório entre os defensores da tese de constitucionalidade e os defensores da tese de inconstitucionalidade das políticas de reserva de vaga como ação afirmativa de acesso ao ensino superior (5 defensores para cada uma das teses). Nessa data, os defensores da tese de inconstitucionalidade das políticas de reserva de vagas iniciarão o contraditório e serão seguidos pelos defensores da tese contrária.

5 de março

Manhã – Na manhã do dia 5 de março, dar-se-á continuidade ao contraditório entre os defensores das teses de constitucionalidade e de inconstitucionalidade das políticas de reserva de vagas. Nessa data, serão os defensores da tese de constitucionalidade que iniciarão o contraditório, que será encerrado pelos defensores da tese da inconstitucionalidade.

Tarde – O período da tarde do dia 5 de março será destinado à apresentação das experiências das universidades públicas na aplicação das políticas de reserva de vagas como ação afirmativa para acesso ao ensino superior. Após essas entidades, a Associação dos Juizes Federais exporá como tem julgado os conflitos decorrentes da aplicação dessas

medidas. Essas exposições têm como escopo permitir que esta Corte Constitucional avalie se e em que medida as políticas de reserva de vagas no ensino superior afrontam a Constituição Federal de 1988.”

Não seria o caso, por absoluta falta de espaço, de descrever e analisar em minúcias cada argumento apresentado pelos vários integrantes de cada grupo. A íntegra dos debates, que se estenderam por três dias e cujas transcrições somam 453 páginas, está disponível para consulta no site do STF¹⁹.

No entanto, após detalhada análise dos argumentos expendidos na audiência pública, arriscaríamos dizer que, em termos de estruturação básica dos argumentos, as cartas estão dadas, isto é, não tem havido grandes inovações. As estratégias argumentativas de cada grupo parecem repetir-se ao longo do tempo, com melhorias incrementais que trazem novos dados ou considerações pontuais ao debate, mas sem argumentos revolucionários, totalmente novos, em relação ao que vinha sendo desenvolvido no Brasil nas últimas duas décadas. Assim, a discussão tem se encaminhado, gradualmente, para um estágio de maturidade, especialmente a partir de novas pesquisas e textos desenvolvidos no último lustro, que presenciou a intensificação do debate em razão da progressiva adoção de cotas e outros programas inclusivos por universidades públicas em todo o Brasil.

3. Conclusão: síntese crítica dos argumentos e padrões recorrentes.

A avaliação cuidadosa dos argumentos apresentados tanto na ADI nº 2.858 quanto na ADPF nº 186 e seus debates, levados a efeito em audiência pública, permite extrair notas interessantes sobre o panorama do debate jurídico sobre cotas travado no Brasil. Concluimos o trabalho com um sumário dos principais argumentos que povoam esse debate, convidando os leitores interessandos nesse importante tema a proceder ao mesmo tipo de leitura metadiscursiva, distanciando-se das paixões da discussão a fim de apreendê-la com mais objetividade e senso crítico:

(i) ambos os lados concordam que a escravidão foi uma das causas (seja a

19

www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa/anexo/Notas_Taquigraficas_Audiencia_Publica.pdf

principal ou não) do problema atual da discriminação racial e diferenças socioeconômicas entre brancos e negros, mas divergem quanto às soluções para a questão. As cotas são vistas como um imperativo para a promoção da igualdade racial, por um grupo, enquanto o outro defende haver soluções alternativas, em termos de ações afirmativas, que podem combater com igual eficácia, embora de forma menos intrusiva, aquele legado negativo;

(ii) o papel desempenhado pela segregação oficial também é fonte de divergência, pois enquanto uma corrente de opinião alega que tanto a discriminação explícita (EUA) quanto a velada (Brasil) tiveram o mesmo efeito, a adversária diz que a inexistência de racismo oficial no Brasil é um reflexo do caráter miscigenado e da “democracia racial” deste país, que não teria imposto as mesmas consequências nefastas aos negros norte-americanos. Os defensores das cotas veem a democracia racial como um mito que mascara o racismo e perpetua a desigualdade, enquanto os que as condenam enxergam uma função positiva na existência desse mito (tornar atos preconceituosos socialmente condenáveis e fornecer um guia de ação para a população);

(iii) nas referências ao direito comparado, as partes invocam a experiência americana de forma completamente oposta (alguns afirmam que o caso Bakke proibiu as cotas, em razão de sua inconstitucionalidade; outros, que não houve essa declaração, tendo a Suprema Corte permitido o uso da raça como um critério de seleção). Experiências de outros países são invocadas ora para condenar o uso das distinções de caráter racial (quando se invoca a trágica experiência de Ruanda), ora para justificar a utilização de ações afirmativas (como na Índia e no Canadá), embora raramente sejam mostrados casos de implementação de cotas raciais;

(iv) também oposta é a utilização emparelhada de argumentos consequentialistas e principiológicos. Enquanto os defensores das cotas louvam seus efeitos positivos e sua compatibilidade com princípios jurídicos, seus opositores preveem consequências negativas e alegam que a adoção das cotas fere, *per se*, princípios caros ao sistema jurídico brasileiro e à Constituição;

(v) o conteúdo semântico de cada princípio ou valor envolvido também é objeto de divergência entre as partes, como mostra a concepção que os grupos contrários e

favoráveis às cotas fazem de termos como “mérito” (conhecimentos acumulados na educação formal prévia e propensão a ter sucesso no ensino *versus* capacidade de participar de atividades de pesquisa e extensão); “objetivos do sistema educacional” (geração e transmissão de conhecimentos *versus* formação integral do indivíduo, com a preparação para o mercado de trabalho e o exercício da cidadania) e “igualdade/equidade no processo de seleção” (igualdade formal, que considera o preparo para a realização das provas no momento do vestibular *versus* igualdade substantiva, que leva em conta a (des)igualdade dos pontos de partida e a diferença no patrimônio educacional-cultural entre brancos e não-brancos²⁰);

(vi) as concepções de justiça invocadas, assim, são diferentes. Enquanto uma noção de justiça *aritmética* ou *retributiva* dá suporte aos argumentos contra as cotas, seus defensores partem de duas outras interpretações: a) justiça *compensatória*, que requer a existência de um “*dano preciso e definitivo (...), facilmente situável no tempo*” e passível de mensuração, para que se possa então transferir “*ao prejudicado certos ganhos indevidamente obtidos por quem se beneficiou da iniquidade histórica.*”²¹ Tal interpretação é acusada de ter falhas jurídicas, pois a reparação de danos usa rígidas categorias (ilicitude, dano e remédio compensatório) ligadas por vínculos causais. As ações afirmativas não se justificariam por esse critério, sob o qual “*apenas o próprio indivíduo que sofre o dano em primeira mão tem legitimidade para exigir a compensação correspondente. E só pode fazê-lo quem tenha efetivamente praticado o ato que provocou tal dano*”; e b) justiça *distributiva*, que consiste na “*redistribuição equânime dos ônus, direitos, vantagens e outros importantes ‘bens’ e ‘benefícios’ entre os membros da sociedade.*” Não seria justo que certos grupos estivessem destinados a ocupar posições inferiores na hierarquia social, apenas em função da cor de sua pele ou etnia, o que dá a eles o direito de reivindicar o acesso a determinadas posições, que

²⁰ JOAQUIM FALCÃO afirma que “*a justificação do estabelecimento da diferença (...) deve ter um conteúdo, baseado na razoabilidade, ou seja, num fundamento razoável para a diferenciação; na racionalidade, no sentido de que a motivação deve ser objetiva, racional e suficiente; e na proporcionalidade, isto é, que a diferenciação seja um reajuste de situações desiguais. Aliado a isto, (...) para que atenda ao princípio da igualdade material, a diferenciação deve (a) decorrer de um comando-dever constitucional, (...); (b) ser específica, estabelecendo [os] ‘beneficiados’ com a diferenciação; e (c) ser eficiente, ou seja, é necessária a existência de um nexo causal entre a prioridade legal concedida e a igualdade socioeconômica pretendida.*” Apud BARBOSA GOMES, JOAQUIM BENEDITO. *O Debate Constitucional sobre as ações afirmativas*. www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0049.pdf (2003), p. 15.

²¹ BARBOSA GOMES, JOAQUIM BENEDITO. *AÇÃO AFIRMATIVA & PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE: O DIREITO COMO INSTRUMENTO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL - A EXPERIÊNCIA DOS EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 32-66.

teriam alcançado naturalmente em condições de ausência de discriminação e efetiva justiça.²² A justiça distributiva volta-se ao presente e ao futuro, partindo do princípio da igualdade no nascimento, e objetiva a anulação de obstáculos discriminatórios intransponíveis; e

(vii) a inexistência de raças, do ponto de vista genético, biológico ou científico é ponto pacífico para as duas correntes. Entretanto, enquanto os anti-cotas afirmam que a inexistência biológica de raças é um empecilho à adoção das cotas raciais, apontando também a não-confiabilidade do recurso à aparência (já que a cor da pele não necessariamente traduz ascendência africana, podendo ser *misleading*), os partidários das cotas afirmam ser a raça um constructo sócio-cultural, que gera discriminação com base na aparência na prática e deve sim ser utilizado como critério em políticas inclusivas.

²² CARLOS ALBERTO MEDEIROS afirma que Rawls e Dworkin defendem um conceito distributivo de justiça (NA LEI E NA RAÇA – LEGISLAÇÃO E RELAÇÕES RACIAIS, BRASIL-ESTADOS UNIDOS. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p. 137). Já SABRINA MOEHLECKE chama a atenção para a diferença entre a igualdade (critério descritivo e relacional, objetivamente aferível) e a justiça (critério normativo, mais exposto a disputas). De fato, que “o reconhecimento da existência de desigualdades entre grupos raciais (...) é objeto de razoável consenso” (Ação Afirmativa: História e Debates no Brasil. In: *Cadernos de Pesquisa*, Fundação Carlos Chagas, n. 117, nov 2002, p. 760-763).