

TEXTO SEM REVISÃO FINAL

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 Distrito Federal

Relator :**Min. Ricardo Lewandowski**
Reqte.(s) :Democratas - Dem
Adv.(a/s) :Roberta Fragoso Menezes Kaufmann
Intdo.(a/s) :Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da
Universidade de Brasília - Cepe
Intdo.(a/s) :Reitor da Universidade de Brasília
Intdo.(a/s) :Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da
Universidade de Brasília - Cespe/unb
Am. Curiae. :Educafro - Educação e Cidadania de Afro-
descendentes e Carentes
Adv.(a/s) :João Manoel de Lima Junior e Outro(a/s)
Am. Curiae. :Fundação Cultural Palmares
Proc.(a/s)(es) :Procurador-geral Federal
Am. Curiae. :Movimento Negro Unificado - Mnu
Adv.(a/s) :Gustavo Trancho de Azevedo
Am. Curiae. :Movimento Pardo-mestiço Brasileiro - Mpmb
Adv.(a/s) :Juliana Ferreira Corrêa
Am. Curiae. :Fundação Nacional do Índio - Funai
Proc.(a/s)(es) :Procurador-geral Federal
Am. Curiae. :Instituto de Advocacia Racial e Ambiental - Iara
e Outro(a/s)
Adv.(a/s) :Shirley Rodrigues Ramos e Outro(a/s)
Am. Curiae. :Defensoria Pública da União
Adv.(a/s) :Defensor Público-geral Federal
Am. Curiae. :Movimento Contra o Desvirtuamento do
Espírito da Política de Ações Afirmativas nas
Universidades Federais
Adv.(a/s) :Wanda Marisa Gomes Siqueira e Outro(a/s)
Am. Curiae. :Instituto de Direito Público e Defesa
Comunitária Popular - Idep
Am. Curiae. :Associação Nacional dos Advogados
Afrodescendentes - Anaad
Adv.(a/s) :Márcio Thomaz Bastos e Outro(a/s)
Am. Curiae. :Conselho Federal da Ordem dos Advogados do
Brasil - Cfoab
Adv.(a/s) :Oswaldo Pinheiro Ribeiro Júnior e Outro(a/s)
Am. Curiae. :Associação Direitos Humanos Em Rede -
Conectas Direitos Humanos

Adv.(a/s) :Daniela Ikawa

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – As Constituições sempre versaram, com maior ou menor largueza, sobre o tema da isonomia. Na Carta de 1824, apenas se remetia o legislador ordinário à equidade. Na época, convivíamos com a escravatura, e o escravo não era sequer considerado gente. Veio a República e, na Constituição de 1891, previu-se, de forma categórica, que todos seriam iguais perante a lei. Mais do que isso: eliminaram-se privilégios decorrentes do nascimento; desconhecera-se foros de nobreza, extinguíram-se as ordens honoríficas e todas as prerrogativas e regalias a elas inerentes, bem como títulos nobiliárquicos e de conselho. Permanecemos, todavia, com uma igualdade simplesmente formal.

Na Constituição de 1934, Constituição popular, dispôs-se também que todos seriam iguais perante a lei e que não haveria privilégios nem distinções por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas. Essa Carta teve uma tênue virtude, revelando-nos o outro lado da questão. É que a proibição relativa à discriminação mostrou-se ainda simplesmente simbólica. O discurso oficial, à luz da Carta de 1934, foi único e ingênuo, afirmando-se que, no território brasileiro, inexistia a discriminação.

Na Constituição outorgada de 1937, simplificou-se, talvez por não se admitir a discriminação, o trato da matéria e proclamou-se, simplesmente, que todos seriam iguais perante a lei. Nota-se, até este momento, um hiato entre o direito – proclamado com envergadura maior, porquanto fixado na Constituição Federal – e a realidade dos fatos.

Na progressista Constituição de 1946, reafirmou-se o princípio da igualdade, rechaçando-se a propaganda de preconceitos de raça ou classe.

Introduziu-se, assim, no cenário jurídico, por uma via indireta, a lei do silêncio, inviabilizando-se, de uma forma mais clara, mais incisiva, mais perceptível, a repressão do preconceito. Na vigência dessa Carta, veio à balha a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em dezembro de 1948. Proclamou-se em bom som, em bom vernáculo, que “todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, opinião pública ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição”. Admitiu-se, aqui e no âmbito internacional, a verdadeira situação havida no Brasil, em relação ao problema. Percebeu-se a necessidade de se homenagear o princípio da realidade, o dia a dia da vida em sociedade. No Brasil, a primeira lei penal sobre a discriminação surgiu em 1951, graças ao trabalho desenvolvido por dois grandes homens públicos: Afonso Arinos e Gilberto Freire. Só então se reconheceu a existência, no País, da discriminação.

Na Constituição Federal de 1967, não se inovou, permaneceu-se na vala da igualização simplesmente formal, dispondo-se que todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas.

A Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil, em 26 de março de 1968, dispôs: "Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais" – e adentrou-se o campo das ações afirmativas, da efetividade maior da não discriminação – “tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades” – no sentido amplo – “fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência” – e, hoje, ainda estamos muito longe disso –, “à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.”

Na Constituição de 1969 – a Emenda nº 1, de 1969, verdadeira Constituição –, repetiu-se o texto da Carta imediatamente anterior, proclamando-se, de forma pedagógica – e o trecho encerra a principiologia –, que não seria tolerada a discriminação.

Esse foi o quadro notado pelos constituintes de 1988, a evidenciar, como já afirmado, igualização simplesmente formal, igualdade que fugia aos parâmetros necessários à correção de rumos. Na atual Constituição – dita, por Ulysses Guimarães, cidadã, mas que até hoje assim não se mostra não por deficiência do respectivo conteúdo, mas pela ausência de vontade política de implementá-la –, adotou-se, pela primeira vez, um preâmbulo – o que é sintomático –, sinalizando uma nova direção, uma mudança de postura, no que revela que “nós,” – todos nós e não apenas os constituintes, já que eles agiram em nosso nome – “representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”. Então, a Lei Maior é aberta com o artigo que lhe revela o alcance: constam como fundamentos da República brasileira a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e não nos esqueçamos jamais de que os homens não são feitos para as leis, as leis é que são feitas para os homens.

Do artigo 3º nos vem luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que a única maneira de corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, tratado de modo desigual. Nesse preceito, são considerados como objetivos fundamentais de nossa República: primeiro, construir – prestem atenção a esse verbo – uma sociedade livre, justa e solidária; segundo, garantir o desenvolvimento nacional – novamente temos aqui o verbo a conduzir não a atitude simplesmente estática, mas a posição ativa; erradicar a

pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e, por último, no que interessa, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Pode-se dizer, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos “construir”, “garantir”, “erradicar” e “promover” implicam mudança de óptica, ao denotar “ação”. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar – e a Carta da República oferece base para fazê-lo – as mesmas oportunidades. Há de ter-se como página virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa. Que fim almejam esses dois artigos da Carta Federal, senão a transformação social, com o objetivo de erradicar a pobreza, uma das maneiras de discriminação, visando, acima de tudo, ao bem de todos, e não apenas daqueles nascidos em berços de ouro?

No âmbito das relações internacionais, a Constituição de 1988 estabelece que devem prevalecer as normas concernentes aos direitos humanos. Mais do que isso, no artigo 4º, inciso VII, repudia-se o terrorismo, colocando-se no mesmo patamar o racismo, que é uma forma de terrorismo. Dispõe-se ainda sobre a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Encontramos princípios, mais do que princípios, autorizações para uma ação positiva. E sabemos que os princípios têm tríplice função: a informativa, junto ao legislador ordinário, a normativa, para a sociedade como um todo, e a interpretativa, considerados os operadores do Direito.

No campo dos direitos e garantias fundamentais, deu-se ênfase maior à igualização ao prever-se, na cabeça do artigo 5º da Constituição Federal, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assegurando-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Seguem-se setenta e oito incisos, cabendo destacar o XLI, segundo o qual “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”; o inciso XLII, a prever que “a prática

do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Nem a passagem do tempo, nem o valor “segurança jurídica”, estabilidade nas relações jurídicas, suplantam a ênfase dada pelo nosso legislador constituinte de 1988 a esse crime odioso, que é o crime racial. Mais ainda: de acordo com o § 1º do artigo 5º, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Sabemos que os trabalhos da Assembleia Constituinte – e isso é proclamado por aqueles que os acompanharam – foram desenvolvidos sem maioria constante, e esse aspecto afigurou-se salutar. Daí a existência de certos dispositivos na Carta de 1988 a projetarem no tempo o exercício de direito constitucionalmente assegurado, preceitos esses que ressalvam a necessidade de regulação dos temas a serem tratados pelos legisladores ordinários. Entretanto, em relação aos direitos e às garantias individuais, a Carta de 1988 tornou-se, desde que promulgada, autoaplicável, incumbindo aos responsáveis pela supremacia do Diploma Máximo do País buscar meios para torná-lo efetivo. Consoante o § 2º desse mesmo artigo 5º, os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, e, aqui, passou-se a contar com os denominados direitos e garantias implícitos ou insertos nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A Lei nº 7.716, de 1989, de autoria do Deputado Carlos Alberto Caó, veio capitular determinados procedimentos, à margem da Carta Federal, como crime. É o caso de perguntarmos: o que falta, então, para afastarmos do cenário as discriminações, as exclusões hoje notadas? Urge uma mudança cultural, uma conscientização maior por parte dos brasileiros; falta a percepção de que não se pode falar em Constituição Federal sem levar em conta, acima de tudo, a igualdade. Precisamos saldar essa dívida, ter presente o dever cívico de buscar o tratamento igualitário.

É preciso chegar às ações afirmativas. A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso; é necessário fomentar-se o acesso à educação; urge implementar programa voltado aos menos

favorecidos, a abranger horário integral, de modo a tirar meninos e meninas da rua, dando-lhes condições que os levem a ombrear com as demais crianças. O Estado tem enorme responsabilidade nessa área e pode muito bem liberar verbas para os imprescindíveis financiamentos nesse setor.

As normas proibitivas não são suficientes para afastar do cenário a discriminação. Deve-se contar – e fica aqui o apelo ao Congresso Nacional – com normas integrativas. No momento, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto PLS 912 de 2002, iniciado no Senado, pro provocação do Senador José Sarney, Projeto PLS nº 650 de 1999, que visa instituir quotas de ação afirmativa para a população negra no acesso aos cargos e empregos públicos, à educação superior e aos contratos do fundo de financiamento ao estudante do ensino superior, quota essa que, diante do total dessas minorias – e apenas são minorias no tocante às oportunidades –, mostra-se singela: 20%.

Vem-nos de um grande pensador do Direito, Celso Antônio Bandeira de Mello, o seguinte trecho:

De revés, sempre que a correlação lógica entre o fator de *discrímen* e o correspondente tratamento encartar-se na mesma linha de valores reconhecidos pela Constituição, a disparidade professada pela norma exibir-se-á como esplendorosamente ajustada ao preceito isonômico (...). O que se visa com o preceito isonômico é impedir favoritismos ou perseguições. É obstar agravos injustificados, vale dizer que incidam apenas sobre uma classe de pessoas em despeito de inexistir uma racionalidade apta a fundamentar uma diferenciação entre elas que seja compatível com os valores sociais aceitos no Texto Constitucional.

Entendimento divergente resulta na colocação em plano secundário dos ditames maiores da Carta da República, que contém algo que, longe de ser um óbice, mostra-se como estímulo ao legislador comum. A Carta

agasalha amostragem de ação afirmativa, por exemplo, no artigo 7º, inciso XX, ao cogitar da proteção de mercado quanto à mulher e ao direcionar à introdução de incentivos; no artigo 37, inciso III, ao versar sobre a reserva de vaga – e, portanto, a existência de quotas –, nos concursos públicos, para os deficientes; no artigo 170, ao dispor sobre as empresas de pequeno porte, prevendo que devem ter tratamento preferencial; no artigo 227, ao fazê-lo também em relação à criança e ao adolescente. Quanto ao artigo 208, inciso V, há de ser interpretado de modo harmônico com os demais preceitos constitucionais. A cláusula “segundo a capacidade de cada um” somente pode fazer referência à igualdade plena, considerada a vida pregressa e as oportunidades que a sociedade ofereceu às pessoas. A meritocracia sem “igualdade de pontos de partida” é apenas uma forma velada de aristocracia.

Vejam a experiência brasileira no campo da legislação ordinária. A Lei nº 8.112/90 – porque, de certa maneira, isso foi previsto na Constituição Federal – fixa a reserva de até 20% das vagas, nos concursos públicos, para os deficientes físicos. A lei eleitoral, de nº 9.504/97, dispõe sobre a participação da mulher, não como simples eleitora, o que foi conquistado na década de 30, mas como candidata. Estabelece, no tocante aos candidatos, o mínimo de 30% e o máximo de 70% de cada sexo. A proteção aqui concorre também em benefício dos homens. Talvez tenha o legislador receado uma interpretação apressada, levando em conta suposto conflito com a Constituição Federal, ao prever, como ocorreu anteriormente, uma quota específica para as mulheres. Por outro lado, a Lei nº 8.666/93 viabiliza a contratação, sem licitação – meio que impede o apadrinhamento –, de associações, sem fins lucrativos, de portadores de deficiência física, presente o preço de mercado. No sistema de quotas, deve-se considerar a proporcionalidade, a razoabilidade, e, para isso, dispomos de estatísticas. Tal sistema há de ser utilizado na correção de desigualdades e afastado tão logo eliminadas essas diferenças.

Revela-se, então, que a prática das ações afirmativas pelas universidades públicas brasileiras é uma possibilidade latente nos princípios e regras constitucionais aplicáveis à matéria. A implementação por deliberação administrativa decorre, portanto, do princípio da

supremacia da Carta Federal e também da previsão, presente no artigo 207, cabeça, dela constante, da autonomia universitária. Cabe lembrar que o Supremo, em visão evolutiva, já reconheceu a possibilidade de incidência direta do Diploma Maior nas relações calcadas pelo direito administrativo. Sobreleva notar, ainda, que a definição dos critérios de admissão no vestibular é disciplinado pelo edital, de acordo com os artigos 44, inciso II e parágrafo único, e 53, cabeça, da Lei nº 9.394/97.

Mostra-se importante ter em mente também que a adoção de políticas de ação afirmativa em favor dos negros e outras minorias no Brasil, iniciada no Estado do Rio de Janeiro, não gerou o denominado “Estado racializado”, como sustenta a arguente. Ao menos até agora, essa não foi uma consequência advinda da mencionada política. Observem: são mais de dez anos da prática sem registro de “qualquer episódio sério de tensão ou conflito racial no Brasil que possa ser associado a tais medidas”, conforme observou a Procuradoria Geral da República em parecer. É natural que, na fase embrionária do sistema, hajam surgido choque de ideias, divergências de interpretação jurisprudencial e, até mesmo, casos de má aplicação das quotas.

Tem relevância a alegação de que o sistema de verificação de quotas conduz à prática de arbitrariedades pelas comissões de avaliação, mas não consubstancia argumento definitivo contra a adoção da política de quotas. A toda evidência, na aplicação do sistema, as distorções poderão ocorrer, mas há de se presumir que as autoridades públicas irão se pautar por critérios razoavelmente objetivos. Afinal, se somos capazes de produzir estatísticas consistentes sobre a situação do negro na sociedade, e, mais ainda, se é inequívoca e consensual a discriminação existente em relação a tais indivíduos, parece possível indicar aqueles que devem ser favorecidos pela política inclusiva. Para tanto, contamos com a contribuição dos cientistas sociais. Descabe supor o extraordinário, a fraude, a má-fé, buscando-se deslegitimar a política. Outros conceitos utilizados pela Constituição também permitem certa abertura – como os hipossuficientes, os portadores de necessidades especiais, as microempresas – e isso não impede a implementação de benefícios em

favor desses grupos, ainda que, vez por outra, sejam verificadas fraudes e equívocos.

Toda e qualquer interpretação de preceito normativo revela um ato de vontade. E aí vale repetir: os homens não são feitos para as leis, mas as leis, para os homens. Qual deve ser a postura do Estado-Juiz diante de um conflito de interesses? Única: não potencializar a dogmática para, posteriormente, à mercê dessa dogmática, enquadrar o caso concreto. Em face de um conflito de interesses, o juiz há de idealizar a solução mais justa, considerada a formação humanística que tenha e, após, buscar o indispensável apoio no direito posto. Ao fazê-lo, cumprirá, sempre, ter presente o mandamento constitucional de regência da matéria.

Só existe a supremacia da Carta quando, à luz desse diploma, vingar a igualdade. A ação afirmativa evidencia o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica, e, neste caso, cabe citar uma pensadora do Direito, a nossa Cármen Lúcia Antunes Rocha:

A ação afirmativa é um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é na letra da lei fundamental assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais. Cidadania não combina com desigualdade. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação. E, no entanto, no Brasil que se diz querer republicano e democrático, o cidadão ainda é uma elite, pela multiplicidade de preconceitos que subsistem, mesmo sob o manto fácil do silêncio branco com os negros, da palavra gentil com as mulheres, da esmola superior com os pobres, da frase lida para os analfabetos... Nesse cenário sócio-político e econômico, não seria verdadeiramente democrática a leitura superficial e preconceituosa da Constituição, nem seria verdadeiramente cidadão o leitor que não lhe rebuscasse a alma, apregoando o discurso fácil dos igualados superiormente em nossa história feita pelas mãos calejadas dos discriminados.

É preciso ter sempre presentes essas palavras. A correção das desigualdades mostra-se possível. Por isso, façamos o que está ao nosso alcance, o que está previsto na Constituição Federal, porque, na vida, não há espaço para arrependimento, para acomodação, para o misoneísmo, que é a aversão, sem se querer perceber a origem, a tudo que é novo.

O que pode o Judiciário fazer nesse campo? Pode contribuir, e muito, tal como a Suprema Corte dos Estados Unidos da América após a Segunda Guerra Mundial. Até então, havia apenas a atuação do legislador. Percebeu aquela Suprema Corte que precisava, realmente, sinalizar para a população, de modo a que prevalecessem, na vida gregária, os valores básicos da Constituição norte-americana. Com essa postura, presentes ações afirmativas, um negro chegou à Presidência da República – Barack Obama.

Ante esse contexto, cumprimentando o relator pelo voto condutor do julgamento – Ministro Ricardo Lewandowski, entendo harmônica com a Carta Federal, com os direitos fundamentais nela previstos, a adoção temporária e proporcional às necessidades, do sistema de quotas para ingresso em universidades públicas, considerados brancos e negros. Em síntese acompanho o relator no voto proferido, julgando improcedente o pedido formulado na inicial.