

Rebeca Almeida Lins

DIFERENCIAR PARA IGUALAR:

uma análise jurisprudencial do princípio da isonomia nos casos de ações afirmativas e prestações alternativas julgados pelo STF.

Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP, sob a orientação da Professora Luciana de Oliveira Ramos.

SÃO PAULO 2012

Resumo: Essa monografia analisará as decisões do STF referente às prestações alternativas e às ações afirmativas, a fim de responder ao seguinte problema de pesquisa: Como o STF avalia a concessão de medidas especiais (que estabelecem alguma diferenciação) a determinados grupos sociais? Os grupos estudados serão os negros, os alunos provenientes de escolas públicas e as minorias religiosas. Para responder o problema de pesquisa o trabalho foi dividido em três partes: na primeira etapa foi feita uma análise da interpretação do STF sobre o princípio da igualdade; na segunda etapa foi analisado o fator de discrímen e na terceira etapa foi estudada a forma como o STF julgou os meios utilizados pelas medidas e o uso do argumento da proporcionalidade. Como resultado, obtive algumas constatações: (i) O STF considera constitucional estabelecer diferenciações sem ferir o princípio da igualdade; (ii) é constitucional desigualar em função da raça, condição socioeconômica e religião (iii) os meios concretos de aplicação da medida tiveram mais importância na decisão nos casos de prestação alternativa do que nas ações afirmativas, e o uso do argumento da proporcionalidade se mostrou arbitrário.

Acórdãos citados: ADPF 186; ADI 3330; RE 597285-2; STA 389 – AgR.

Palavras-chave: ações afirmativas; prestações alternativas; isonomia; fator de discrímen; Supremo Tribunal Federal; cotas.

Agradecimentos

Aos meus pais – Paulo e Rita Lins – pelo apoio incondicional às minhas escolhas acadêmicas e por tornarem possível a realização de mais essa conquista. Aos meus irmãos pelo incentivo e cuidado.

A minha orientadora – Luciana de Oliveira Ramos – por toda atenção e cuidado em cada leitura desse trabalho, e pelas inúmeras dicas e ensinamentos, sem os quais a realização dessa monografia não seria possível. Ao Professor Rubens Glezer, pela sua contribuição a esse trabalho, através das críticas e elogios proferidos na banca.

Ao meu namorado – Daniel Mathias – pelo carinho e pelas maravilhosas conversas que sempre me fazem ter novas ideais e descobrir coisas novas para pesquisar e se indignar.

A turma da Escola de Formação de 2012, pelos maravilhosos debates ao longo do ano, e por tornarem a EF um ambiente divertido e aconchegante. Com vocês as dificuldades foram supridas, e em cada aula pude aprender muito com todos!

A minha amiga EF – Marcela Gaspar – pelas dicas preciosas sobre a monografia e pelos conselhos sobre essa fase da vida. Aos coordenadores da EF, pelas dicas dadas no projeto de pesquisa e por propiciarem um ambiente de debate e crescimento acadêmico na EF. A profa. Ana Lúcia Pastore, pelos valiosos ensinamentos e por fazer meus olhos brilharem pela pesquisa científica.

Aos meus amigos de Santos, pelas orações e pelos encontros aos sábados, que me deram ânimo para continuar a caminhada. Às minhas amigas do Mackenzie, pelos momentos de diversão e pela ajuda com as provas e trabalhos da faculdade.

Agradeço a Deus, criador de toda ciência e arte, por tudo!

Sumário

Índice de Siglas6
1. Introdução
2. Metodologia
3. O princípio constitucional da igualdade nas ações afirmativas e prestações alternativas15
3.1. Ações afirmativas: exceção ou concretização do princípio da igualdade?
3.1.1. ADPF 186; o caso da UnB
3.1.2. ADI 3330: caso PROUNI25
3.1.3. RE 597285: caso da UFRGS25
3.2. O princípio da igualdade nas prestações alternativas25
3.3. O Princípio da igualdade aplicado na educação: meritocracia e desigualdade?
3.4. Conclusões parciais do capítulo30
4. Diferenciar para igualar, mas quem deve ser objeto da diferenciação?32
4.1. A questão da raça nas cotas raciais da UnB (ADPF 186): conceitos e justificativas do seu uso
4.2. Correlação lógica existente entre o fator de discrímen e a disparidade adotada nos programas de cotas
4.3. As cotas raciais/sociais da UFRGS (RE 597285)41
4.4. O fator de discrímen no caso do PROUNI - ADI 333043
4.5. O fator de discrímen em prestações alternativas - STA 389 AgR/MG45
4.6. Conclusões parciais sobre os fatores de discrímen analisados46
5. É constitucional desigualar alguns grupos, mas como fazê-lo?49
5.1. A questão da auto e da heteroidentificação no caso da UnB (ADPF 186)
5.2. PROUNI (ADI 3330)52
5.3. A difícil concretização das medidas de prestações alternativas no caso do ENEM (STA 389 AgR/MG)53
5.4. Conclusões parciais55
6. O uso do argumento da Proporcionalidade nas ações afirmativas e prestações alternativas57

7. Considerações finais	61
8. ANEXOS:	63
Anexo I: Tabela comparativa dos argumentos dos ministros quanto princípio da igualdade	
Anexo II: Tabela comparativa dos argumentos dos ministros quanto fator de discrímen (na ADPF 186), tendo como base comparativa o voto Min. Relator Lewandowski	do
Anexo III: Tabela comparativa dos argumentos utilizados em relação fator de discriminação	
9. Referencial Bibliográfico	66

Índice de Siglas

ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

RE: Recurso Extraordinário

STA: Suspensão de Tutela Antecipada

CF: Constituição Federal de 1988

CONFENEN: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino

DEM: Partido dos Democratas

FENAFISCO: Federação Nacional dos Auditores-Fiscais da Previdência Social

IBGE: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

PGR: Procuradoria Geral da República

PROUNI: Programa Universidade para Todos

UnB: Universidade de Brasília

UFRGS: Universidade Federal do Rio Grande do Sul

STF: Supremo Tribunal Federal

ENEM: Exame Nacional do Ensino Médio

MEC: Ministério da Educação

Sisu: Sistema de Seleção Unificada

1. Introdução

Aplicando as medidas demandadas pelo Estatuto da Igualdade Racial (lei 12.288/2010) foi sancionada pela presidente do Brasil, no dia 29 de agosto de 2012, a lei que instituiu o sistema de cotas raciais e sociais para as universidades federais de todo o país¹. Antes dela, a medida já era aplicada por algumas universidades, tanto estaduais quanto federais, e teve sua constitucionalidade questionada por alguns atores da sociedade civil – devido às divergências em relação à interpretação e aplicação do princípio da igualdade. Esse conflito chegou até o Supremo Tribunal Federal (STF), o qual decidiu pela constitucionalidade das medidas, em julgamento realizado em abril de 2012.

Existe um grande debate acadêmico envolvendo o tema², evidenciado com uma simples pesquisa, com as palavras "ações afirmativas", no "Google acadêmico" que resultou em mais de 28.000 ocorrências. Em meio a tantas formas de abordagem possíveis, essa monografia propõe uma análise jurisprudencial das decisões proferidas pelo STF envolvendo ações afirmativas no âmbito da educação, e inova comparando-as com acórdãos que tratam das prestações alternativas. Essa última medida também envolve o conflito do princípio da igualdade e tem ocupado, de forma relevante, a pauta do STF, visto que é objeto de diversos casos no Tribunal, como a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 3714/SP³; e o recurso

_

Conforme notícia publicada no site oficial do governo: http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2012/08/29/lei-de-cotas-e-sancionada. O governo brasileiro planeja ampliar o leque de ações afirmativas raciais, que abrangem desde a criação de cotas no serviço público, até o incentivo cultural para produtores negros, Conforme disposto em notícia: http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1168874-dilma-vai-criar-cota-para-negro-no-servico-publico.shtml.

No âmbito da Escola de Formação foi elaborada uma monografia que trata sobre o tema – "Igualdade e Ações Afirmativas sociais e raciais no STF: O que se discute no STF?" da autora Marina Jacob, a qual analisou a trajetória das ações envolvendo ações afirmativas e as respectivas peças processuais. No campo jurídico temos como referência, por exemplo, a obra do ministro Joaquim Barbosa – "Ação Afirmativa e o princípio constitucional da igualdade" e a do autor Paulo Lucena de Menezes – "Reserva de Vagas para a População Negra e o Acesso ao Ensino Superior".

³ Essa ação impugna a lei nº 12.142/2005, a qual estabelece que as provas de concursos públicos e vestibulares, no estado de São Paulo, devem ocorrer no período de domingo à sexta-feira, em virtude das religiões que possuem o sábado como "dia de guarda". Em virtude da relevância do tema, a participação de três amicus curiae foi deferida pelo relator. (ADI 3714, Rel. Min. Cezar Peluso, pg. 3 da petição inicial).

extraordinário (RE) nº 611874/DF4 - reconhecido neste RE a repercussão geral.

A ideia inicial para essa monografia era analisar como o STF atua perante vários grupos sociais vulneráveis (negros, mulheres, índios, homossexuais, etc.) - concedendo medidas que estabeleçam diferenciações, medidas protetivas ou garantindo-lhes direitos. Entretanto, devido ao curto tempo de execução da pesquisa, decidi restringir os grupos sociais analisados, os quais serão: os negros; os estudantes do ensino médio provenientes de escolas públicas e as minorias religiosas nas situações em que foram destinatárias de medidas especiais relacionadas ao direito à educação. As medidas as quais me refiro são as seguintes: (i) *ações afirmativas*: compreendem as cotas para negros em universidades públicas e as cotas e bolsas de estudos para alunos provenientes de escolas públicas e (ii) *prestações alternativas*: as quais compreendem as concessões de datas alternativas para a realização de provas de vestibular para determinados grupos religiosos devido ao seu "dia de quarda" ⁵.

A análise jurisprudencial proposta nesse trabalho pretende responder a um problema de pesquisa central: Como o STF avalia a concessão de medidas especiais - que estabelecem alguma diferenciação - aos grupos sociais citados acima?

Para responder esse problema de pesquisa, a monografia foi estrutura em três partes: (i) na primeira parte, foi feita uma análise da interpretação do STF sobre o princípio da igualdade, tornando possível responder a seguinte questão: É constitucional estabelecer algum tipo de diferenciação entre grupos sociais para acesso ao ensino superior? ; (ii) na segunda parte do trabalho foi analisado o fator de discrímen, com o objetivo entender quais grupos poderiam ser objeto de diferenciação e (iii) na

⁴ Esse recurso também trata de condições especiais para realização de provas. Como não estão disponíveis as peças eletrônicas no site do STF, não obtive maiores detalhes sobre o caso.

⁵ São dias da semana reservados para algumas atividades religiosas, nos quais os adeptos dessas religiões não podem realizar outras atividades, como estudar, trabalhar, fazer provas, etc, senão aquelas designadas pela sua religião. Um exemplo famoso é o "Shabat" dos Judeus, que compreende o período entre o pôr do sol da sexta-feira até o pôr do sol do sábado. Para mais informações ver http://pt.wikipedia.org/wiki/Shabat.

terceira e última parte, foi estudada a forma como o STF analisou os meios empregados pelas medidas, e o uso da proporcionalidade pelos ministros, buscando compreender qual o meio considerado constitucional para estabelecer essas diferenciações.

O objetivo dessa monografia é fazer um estudo comparativo dos argumentos (e posterior descrição destes) utilizados pelos ministros para deferir ou não a medida especial pleiteada pelos grupos sociais. E com base nesses resultados, realizar um exame crítico dos argumentos expostos pelos ministros. Para tanto, serão utilizados casos julgados pelo STF que envolvam a análise da constitucionalidade de políticas de ações afirmativas e de prestações alternativas.

2. Metodologia

Para que o problema de pesquisa - estudar como o STF avalia a concessão de medidas especiais a determinados grupos da sociedade - seja respondido, é necessária uma análise comparativa entre três grupos sociais distintos (negros; estudantes provenientes de escolas públicas e minorias religiosas) que foram destinatários de medidas especiais (*ações afirmativas* e *prestações alternativas*). Dessa forma, haverá subsídios suficientes para comparar os argumentos utilizados pelo STF para conceder ou não os privilégios destinados a esses grupos.

As escolhas desses grupos e das respectivas medidas se justificam a partir de algumas premissas adotadas nessa pesquisa, quais sejam:

- I Tanto as ações afirmativas quanto as prestações alternativas, estudadas nessa pesquisa, configuram uma forma de conceder medidas que diferenciem determinado grupo em prol de uma maior igualdade;
- II Ambas as medidas tem como fundamento básico a proteção e inserção de grupos vulneráveis, nesses casos os negros, estudantes de escola pública e grupos religiosos minoritários;
 - III Ambas as medidas estão relacionadas ao direito à educação;
- IV O STF julga ambas as medidas com base em argumentos similares, como a isonomia e a proporcionalidade/razoabilidade.

Adotando essas premissas constatei, portanto, que tanto a reserva de vagas nas universidades para determinado grupo quanto a concessão de medidas especiais para minorias religiosas possuem semelhanças suficientes para que possam ser comparadas tendo como parâmetro o princípio da isonomia. Entretanto, existem diferenças entre essas medidas que não podem ser deixadas de lado, pois apesar de possuírem como objetivo básico a efetivação da igualdade, elas são formuladas de forma distintas e procuram atender demandas práticas diversas.

Destarte, as ações afirmativas, estudadas nesse trabalho, tratam de políticas públicas voltadas para a inserção de grupos excluídos do acesso à

universidade e possuem estreita relação com a questão da desigualdade racial e social. Já as prestações alternativas estão previstas na própria Constituição Federal (Artigo 5º, inciso VIII) e dizem respeito ao fenômeno religioso, evolvendo a questão da laicidade. Essas diferenças não serão ignoradas nessa pesquisa. Pelo contrário, a comparação entre essas diferentes medidas será feita justamente para investigar o fato do STF utilizar argumentos semelhantes para julgá-las. Estes são o princípio da isonomia e a proporcionalidade, os quais coincidem exatamente com a proposta de análise dessa monografia. Com esse caminho será possível, ao final desse trabalho, apontar um cenário que explique os caminhos utilizados pelo Tribunal para julgar a concessão de medidas especiais para diferentes minorias.

Para a análise das "prestações alternativas" selecionei os casos referentes a pedidos de realização de provas e concursos públicos, em dias distintos do oficial, devido ao "dia de guarda" de determinadas religiões. Para localizar essas ações utilizei o mecanismo de pesquisa de jurisprudência do endereço eletrônico do STF⁶ (http://www.stf.jus.br) com as seguintes palavras chave:

"crença adj religiosa": Encontrei 10 acórdãos e 1 documento referente à repercussão geral, desse resultado descartei 6 acórdãos, pois tratavam de pedidos de Habeas Corpus decorrente de crime militar, 1 acórdão foi descartado (RE 24624/DF), pois se tratava de pedido de anulação de casamento devido à crença religiosa. Restaram, portanto, 3 acórdãos referentes a atendimento especial por motivo de crença religiosa: MS 29992 AgR/DF; STA 389 AgR/MG e ADI 2806/RS. Desses casos exclui-se o acórdão do caso MS 29992 AgR/DF, pois trata-se de mero descumprimento do edital do concurso não havendo, no acórdão, análise do caráter isonômico da prestação alternativa. Restaram, por fim, dois acórdãos: STA 389 AgR/MG e ADI 2806/RS. A ADI 2806/RS não

⁶ Pesquisa realizada no dia 22 de junho de 2012.

foi utilizada nessa monografia, pois apesar de ser um caso de prestação alternativa a ação foi resolvida por uma análise formal, não trazendo contribuições para o princípio da isonomia. Restou, assim, apenas a <u>STA 389 AgR/MG.</u>

- "atividade adj religiosa": Encontrei apenas um acórdão que versava sobre imunidade tributária dos templos religiosos. Ele foi descartado porque não se adéqua aos objetivos deste trabalho.
- "prestação adj alternativa": O resultado da busca foi o acórdão STA 389 AgR/MG, que já foi selecionado por meio de outra ferramenta de busca ("crença adj religiosa").
- "religião": Encontrei 10 acórdãos, mas descartei os seguintes: 2 acórdãos sobre a união homoafetiva; 2 Habeas Corpus; 1 Recurso em Habeas Corpus e 3 Recursos Extraordinários que não tratavam de prestação alternativa. Restaram 2 acórdãos: STA 389 AgR/MG e ADI 2806/RS, que já foram encontrados por meio da pesquisa da palavra-chave "crença adj religiosa". Mas somente a STA 389 AgR/MG foi examinada nesta monografia.
- "liberdade adj de adj religião": Foi encontrado apenas 1 acórdão que já foi localizado pelas buscas anteriores: STA 389 AgR/MG.

Diante dessa busca, o caso selecionado para a análise das "prestações alternativas" é a STA 389 AgR/MG, caso no qual alguns estudantes judeus pleiteiam a realização da prova do ENEM em um dia diferente dos demais candidatos, em virtude de opção religiosa.

Para a análise das ações afirmativas que envolvem cotas em universidades, por sua vez, não foi possível utilizar o mecanismo de busca de jurisprudência disponível no site do STF, pois as ações referentes a esses casos não possuem o inteiro teor do acórdão publicado no site (somente quando são publicados é que ficam disponíveis para pesquisa de jurisprudência).

Pesquisei esses casos por meio do campo de busca das notícias do *site* do *STF* (imprensa>notícias) e com a palavra-chave "cotas". Encontrei notícias⁷ sobre o julgamento da ADPF 186 (ação sobre a constitucionalidade das cotas raciais da UnB), da ADI 3330 (ação sobre a constitucionalidade do PROUNI) e do Recurso Extraordinário 597285/RS (recurso interposto por um candidato do vestibular da UFRGS que alega não ter sido aprovado devido ao sistema de cotas). Além desses casos, encontrei outras duas ações de controle de constitucionalidade envolvendo a questão das cotas: a ADI 3197/RJ – que foi julgada prejudicada por perda superveniente de seu objeto pelo relator Ministro Celso de Mello⁸; e a ADI 2858 - que foi decidida monocraticamente por despacho⁹.

Foram selecionados, portanto, os seguintes casos: <u>ADPF 186 (cotas raciais na UnB)</u>; <u>ADI 3330 (caso PROUNI) e RE 597285/RS (cotas na UFRGS)</u>. Como o inteiro teor desses acórdãos não está disponível buscouse, também na área de notícias do *site* do STF, a íntegra dos votos dos ministros Ricardo Lewandowski (relator do caso) e Marco Aurélio¹⁰ referente à ADPF 186. Os votos dos demais ministros foram obtidos através dos vídeos do julgamento, disponível no canal do STF no youtube. Em relação à ADI 3330 só está publicado na íntegra o voto do ministro relator (Ayres Britto), os demais votos também foram obtidos através dos vídeos do julgamento. No Recurso Extraordinário 597285/RS não há nenhum voto escrito disponível, todos os votos serão analisados, portanto, por meio dos vídeos do julgamento.

É preciso fazer uma ressalva em relação à utilização dos votos "orais" através dos vídeos do julgamento. Os ministros não leram seus respectivos

notícias encontradas Tais podem ser nos links: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206553&caixaBusca=N; http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=152293&caixaBusca=N; http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206042&caixaBusca=N. Conforme decisão monocrática disponível http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESC LA%2E+E+3197%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas. Conforme decisão monocrática disponível no seguinte endereço:

http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESC LA%2E+E+2858%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas

Disponíveis nos links:

http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=205888 http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206039&caixaBusca=N

votos na íntegra, fizeram apenas considerações e ressaltaram os aspectos que consideraram mais relevantes. Por essa razão, não será possível realizar um exame muito aprofundado dos argumentos extraídos dos vídeos, pois, muitas vezes, estes são somente citados e quando são explicados, a sua análise é mais imprecisa devido à característica da própria oralidade.

Foram analisados, portanto, de forma mais exaustiva e aprofundada os votos escritos disponíveis em detrimento dos votos orais, nos quais me fundamentei exclusivamente naquilo que foi dito em plenário pelos ministros, independente disso ser ou não comprovado em seus respectivos votos escritos. Faço essa ressalva para efeitos de precisão metodológica, pois quando foram elaboradas as tabelas e análises comparativas entre os argumentos dos ministros, aquilo que não foi mencionado oralmente em julgamento foi considerado como um argumento ausente no voto do respectivo ministro.

3. O princípio constitucional da igualdade nas ações afirmativas e prestações alternativas

O princípio da igualdade, consagrado no caput do Artigo 5º da Constituição Federal¹¹ possui um conteúdo indeterminado, como constatou Carlos Ari Sundfeld em artigo intitulado "Princípio é Preguiça" (2011 p. 6), no qual ele traça alguns problemas que podem surgir em virtude dessa característica:

"[...] Em que casos é importante igualar pessoas? Que fatores podem justificar diferenciações? Que graus de diferenciação são aceitáveis? O texto [constitucional] não responde a nada disso."

Justamente por essa indefinição, o debate em torno do princípio da igualdade foi imprescindível para os ministros julgarem os casos estudados, os quais suscitaram algumas respostas às dúvidas apontadas pela citação acima. Aqueles ministros que não se aprofundaram na questão citaram, ao menos, a diferença entre igualdade material e formal ou recorreram ao famoso jargão jurídico – no qual a igualdade material consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

O tema é amplamente abordado pela doutrina jurídica, entretanto, esse trabalho se propõe a analisar como esse princípio foi utilizado pelos ministros nos casos estudados, afastando-me do debate doutrinário e aproximando-me de uma análise empírica, voltada para a aplicação do princípio a casos concretos. Frequentemente, o princípio da isonomia também aparece como argumento em diversas ações julgadas pelo STF, o que torna relevante esse tipo de análise jurisprudencial.

É nesse contexto que proponho a análise da abordagem teórica do princípio da igualdade, feita pelos ministros, nos casos envolvendo ações afirmativas (ADPF 186; ADI 3330 e RE 597185) e prestações alternativas (STA 389/ AgR/MG).

15

¹¹ Que possui a seguinte redação: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes".

Para situar o leitor, faz-se necessário realizar um breve resumo dos casos analisados nessa monografia.

A ADPF 186 foi ajuizada pelo partido político democratas, com pedido de liminar, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade dos atos administrativos e normativos da UnB que instituíram o sistema de reserva de vagas com base no critério étnico-racial para o processo de seleção de ingressantes. Em 31 de julho de 2009, o então Ministro Presidente Gilmar Mendes, indeferiu o pedido de liminar do autor, alegando que o sistema de cotas estava vigente desde 2004, não havendo urgência para justificar a liminar. A ação foi julgada improcedente.

A Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN ajuizou ação de inconstitucionalidade (ADI 3330) contra a medida provisória 213/2004 (convertida para a lei 11.096/2005) que instituiu o programa universidade para todos – PROUNI. Alegam inconstitucionalidade formal em relação à questão do tributo e ofensa ao princípio da isonomia (Art. 5º, 206 e 208, V da CF/88), da autonomia universitária (Art. 207) e da livre iniciativa. A ação foi julgada improcedente.

O recurso extraordinário nº 597.285-2 foi interposto contra decisão que julgou constitucional o sistema de cotas na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. O recorrente não foi classificado no vestibular, embora tenha atingido pontuação superior aos candidatos que ingressaram pelo sistema de cotas destinado a estudantes egressos do ensino público e a estudantes negros egressos do ensino público. O recorrente alega ofensa aos Art. 5º, caput, 22, XXIV, 206, I e 208, V da CF. O Tribunal negou provimento ao recurso.

O agravo regimental (STA 389 AgR/MG) foi interposto pelo "centro de educação religiosa judaica" contra a decisão proferida pelo ministro Gilmar Mendes no agravo de instrumento n°2009.03.00.034848-0. Esta suspendeu decisão do desembargador do Tribunal Federal que teria concedido o pedido do agravante, permitindo que os 21 alunos que professam a fé judaica pudessem realizar o ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio) em outro dia

compatível com a sua religião. O Tribunal negou provimento ao recurso de agravo.

O objetivo desse capítulo é identificar com qual intensidade o princípio da isonomia aparece nos votos; qual interpretação e conteúdo jurídico lhe foram atribuídos e qual a importância que os ministros deram, em seus votos, a uma base teórica que explique qual o conceito de igualdade adotado pela CF.

3.1. Ações afirmativas: exceção ou concretização do princípio da igualdade?

Nesse item analisarei como os ministros abordaram o princípio da igualdade nas seguintes ações: ADPF 186, que se refere às cotas raciais na UnB; ADI 3330, a qual trata do PROUNI e no RE 597185, a qual se refere às cotas sociais e raciais na UFRGS.

3.1.1. ADPF 186; o caso da UnB

O ministro relator Ricardo Lewandowski inicia seu voto, na ADPF 186, ressaltando a importância de se revisitar o princípio da igualdade para enfrentar a questão da constitucionalidade das cotas. O ponto inicial para ele é determinar, portanto, se as políticas de ações afirmativas seriam incompatíveis com o princípio constitucional da igualdade, para depois adentrar nos aspectos específicos da política de cotas da UnB.

Esse padrão de análise é seguido pelos outros ministros, já que todos se preocupam em citar ou examinar o princípio da igualdade, o que permite concluir que eles consideraram necessário fazer essa análise em relação às ações afirmativas. Se, por exemplo, não houvesse dúvida da constitucionalidade em relação à desigualação inerente a uma política de ação afirmativa¹², seria possível "pular" essa etapa e passar direito para a análise das nuances da política¹³.

17

¹² Considero que a desigualação é inerente às políticas de ações afirmativas pelo seu próprio conceito e objetivos. Para efeitos metodológicos cito a definição dada pelo próprio ministro Lewandowski na ADPF 186: "(...) um programa público ou privado que considera aquelas

O ministro relator Ricardo Lewandowski inicia a sua análise diferenciando a igualdade formal da material, aspecto que é citado pela grande maioria dos ministros¹⁴. Esse argumento objetiva preencher o conteúdo do princípio da igualdade com uma roupagem mais fática, ao contrário de uma simples retórica. É esse sentido que os ministros parecem atribuir à concepção de igualdade adotada pela Constituição de 1988, como argumenta o ministro Lewandowski (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, pg. 4 do voto):

"[...] não se ateve ele [o constituinte de 1988], simplesmente, a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, levando em consideração – é claro - a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais, além de atentar, de modo especial, para a desequiparação ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais".

O ministro Marco Aurélio (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, pg. 4 do voto) também segue essa mesma linha argumentativa, analisando a concepção de igualdade adotada pelas constituições anteriores¹⁵ e conclui que:

"Esse foi o quadro notado pelos constituintes de 1988, a evidenciar, como já afirmado, igualização simplesmente

características as quais vêm sendo usadas para negar [aos excluídos] tratamento igual". (ADPF 186, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Pg. 8 do voto).

13 É interessante notar que o próprio autor da ADPF 186 assume a constitucionalidade das

¹³ E interessante notar que o próprio autor da ADPF 186 assume a constitucionalidade das ações afirmativas, alegando a inconstitucionalidade do uso da raça como fator de discriminação. Apesar disso, o STF considerou necessária uma análise das ações afirmativas perante o princípio da igualdade.

¹⁴ Ver anexo I

¹⁵ José Afonso da Silva (2010, p.214-215) também conclui que as constituições anteriores "inscreveram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentindo de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos". No entendimento do autor, não foi essa a concepção adotada pela CF/88 a qual "[...] procura aproximar os dois tipos de isonomia, na medida em que não se limitara ao simples enunciado da igualdade perante a lei [...]".

formal, igualdade que fugia aos parâmetros necessários à correção de rumos."

O ministro Lewandowski explica que o respeito a este princípio permite que o Estado utilize tanto políticas universalistas – por meio das quais seriam realizadas mudanças estruturais que atingiriam um número indeterminado de pessoas – quanto políticas de ações afirmativas – por meio das quais seriam atribuídas vantagens temporárias a determinados grupos sociais, permitindo que situações de desigualdades históricas fossem corrigidas¹⁶. Segundo o ministro, ambas as ações estatais teriam fundamento no princípio da igualdade, que tem na superação de sua interpretação meramente formal a própria essência do conceito de democracia¹⁷. O uso das ações afirmativas seria, portanto, uma expressão do próprio conceito "democrático" de igualdade.

O ministro Lewandowski menciona o princípio da justiça distributiva, classificando-a como um meio constitucionalmente válido para o alcance da igualdade material, conforme explicitado no seguinte trecho de seu voto (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, pg. 7 do voto):

"É bem de ver, contudo, que esse desiderato, qual seja, a transformação do direito à isonomia em igualdade de possibilidades, sobretudo no tocante a uma participação equitativa nos bens sociais, apenas é alcançado, segundo John Rawls, por meio da aplicação da denominada "justiça distributiva".

A aplicação desse princípio permitiria, na visão do ministro, uma realocação dos bens e oportunidades existentes na sociedade, considerando-se a posição dos grupos sociais entre si, objetivando a inclusão de grupos excluídos e marginalizados.

O ministro Lewandowski analisa que a CF/88 não se mostrou alheia a essa conceito, pois teria instituído diversos mecanismos para a proteção do

_

¹⁶ Conforme disposto na Pg. 5 do seu voto.

¹⁷ Nas palavras do ministro, que afirma: "A adoção de tais políticas, que levam à superação de uma perspectiva meramente formal do princípio da isonomia, integra o próprio cerne do conceito de democracia [...]". (ADPF 186, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pg. 6 do voto).

princípio da igualdade material¹⁸. Em seguida, reintera a proteção atribuída aos direitos e garantias fundamentais com a previsão de diversos institutos jurídicos para esse fim – ultrapassando, portanto, o plano retórico da declaração desses direitos. O ministro, entretanto, não especifica quais são esses mecanismos, aos quais se refere, e a relação deles com a adoção, pela CF/88, da ideia de justiça distributiva.

É importante ressaltar que o ministro Lewandowski não utilizou o texto constitucional para explicar qual foi a concepção de igualdade adotada pelo constituinte de 1988, caracterizando uma argumentação mais teórica.

Ao conceituar as ações afirmativas como "um programa público ou privado que considera aquelas características as quais vêm sendo usadas para negar [aos excluídos] tratamento igual"¹⁹, o ministro compreende que esse tipo de política é uma medida concreta de implementação da justiça distributiva e da igualdade real²⁰.

No entendimento do ministro Lewandowski, portanto, podemos constatar que as ações afirmativas são a própria expressão do princípio da igualdade material e não uma exceção a sua aplicação. Dessa forma, é intrínseco ao próprio princípio Constitucional da isonomia a adoção de políticas de ações afirmativas. O ministro Lewandowski reintera essa compreensão ao citar a jurisprudência da Corte²¹, que em diversas ocasiões declarou a constitucionalidade dessas medidas. Também em sede doutrinária o ministro (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, pg. 43 do voto), citando Cármen Lúcia, ressalta esse argumento afirmando que:

1

¹⁸ Conforme afirmou em seu voto: "O modelo constitucional brasileiro não se mostrou alheio ao princípio da justiça distributiva ou compensatória, porquanto, como lembrou a PGR em seu parecer, incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade". (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, Pg. 7 do voto).

¹⁹ O ministro utiliza a definição de Myrl Duncan. (DUNCAN, Myrl L. The future of affirmative action: A Jurisprudential/legal critique. Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review, Cambridge: Cambridge Press, 1982. p. 503).

²⁰ Para fins metodológicos, igualdade material e igualdade real serão considerados sinônimos nesse trabalho.

²¹ Os precedentes citados pelo ministro são os seguintes: "[...] O Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, admitiu a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. Entre os vários precedentes, menciono a MC-ADI 1.276-SP, Rel. Min. Octávio Gallotti, a ADI 1.276/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, o RMS 26.071, Rel. Min. Ayres Britto e a ADI 1.946/DF, Rel. Min. Sydnei Sanches e a MC-ADI 1.946/DF, Rel. Min. Sydnei Sanches".

"[...] Somente a ação afirmativa, vale dizer, a atuação transformadora, igualadora pelo e segundo o Direito, possibilita a verdade do princípio da igualdade que a Constituição Federal assegura como direito fundamental de todos [...]".

Um diferencial importante no voto do ministro Lewandowski é que ele separa um item para confirmar a constitucionalidade da reserva de vagas ou o estabelecimento de cotas. A razão dessa análise decorre do fato de que o modelo de "cotas raciais" adotado por algumas universidades brasileiras correspondem a apenas um tipo de ação afirmativa possível de ser adotado²².

Por essa razão o relator considerou necessário não apenas declarar a constitucionalidade das ações afirmativas – com o uso do critério étnicoracial (o qual também terá sua constitucionalidade analisada) para a seleção de alunos – como também da reserva de vagas ou estabelecimento de cotas. O ministro Lewandowski encontra amparo para esse tipo de política no próprio texto constitucional – cita o caso da reserva de vagas para deficientes físicos em concursos públicos (Art. 37, VIII). Com respaldo na jurisprudência da Corte²³, forma o entendimento de que esse tipo de política não se restringe apenas aos casos mencionados pelo texto constitucional, podendo então ser aplicada a outros grupos.

Após examinar o teor do voto do ministro Lewandowski acerca do princípio da igualdade, passa-se à análise do voto do ministro Marco Aurélio sobre o mesmo tema. O ministro, ao analisar a questão da igualdade formal e material, faz uma análise histórica da utilização desse princípio pelas Constituições anteriores. Em sua análise, o ordenamento jurídico nacional

Para ressaltar a importância da análise da constitucionalidade da reserva de vagas o ministro Lewandowski cita o precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos - Bakke v. Regents of the University of California, Gratz v. Bollinger e Grutter v. Bollinger – no qual entendeu-se constitucional utilizar o critério étnico-racial para a seleção de alunos, desde que não houvesse a reserva de vagas. (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, Pg. 32 do voto).
O precedente utilizado pelo ministro Lewandowski é o RMS 26.071(Rel. Min. Ayres Britto), segundo o qual: "Nesse voto, referendado pela Primeira Turma deste Supremo Tribunal Federal, o Min. Britto afastou a ideia de que o Texto Constitucional somente autorizaria as políticas de ação afirmativa nele textualmente mencionadas, tais como a reserva de vagas para deficientes físicos ou para as mulheres." (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, Pg. 40 do voto).

ignorava uma realidade fática da discriminação racial, fato este que gerava situações controversas, pois ao mesmo que as todas as Constituições brasileiras estabeleciam o princípio da igualdade, a sociedade continuava marcada por desigualdades diversas.

Paralelamente a essa análise histórica do princípio da igualdade pelas diversas Constituições brasileiras, o ministro Marco Aurélio analisa também a evolução normativa que o tema sofreu. Lista avanços legislativos como a Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948, a primeira lei penal de discriminação de 1951 e a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil, em 26 de março de 1968. Esta última trata especificamente das ações afirmativas, ao afirmar que:

"Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas como o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou 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 fundamentais, contanto que, tais medidas não conduzam, em consequência, á manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sidos alcançados os seus objetivos."

Para o ministro Marco Aurélio, o constituinte de 1988, diante desse padrão de igualdade formal seguido pelas Constituições anteriores, propôs uma mudança de rumos que é evidenciada, principalmente, pelo Art. 3º da CF/88. Essa mudança é percebida, de acordo com ele, pelos verbos dispostos nesse Artigo ("construir"; "garantir"; "erradicar" e "promover"), os quais demandam atitudes positivas do Estado, com o objetivo de oferecer as mesmas oportunidades a todos os cidadãos²⁴.

Pg. 5 do voto).

²⁴ É o entendimento que se pode extrair do seguinte trecho do voto do ministro: "[...] 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". (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski

Ele conclui com base nos Artigos 1º e 3º, que a Constituição estaria autorizando a utilização de políticas de ações afirmativas para concretizar o princípio da igualdade. Essa postura decorre da percepção de que apenas proibir a discriminação não iguala os grupos sociais excluídos, tornando necessária uma postura ativa do Estado afim de que os objetivos estipulados pela CF, quais sejam, a transformação social²⁵ sejam cumpridos. A posição do ministro Marco Aurélio fica clara no seguinte trecho de seu voto (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, pg. 4 do voto), no qual ele considera a desigualação inerente às políticas de ações afirmativas, se posicionando pela sua constitucionalidade:

"O 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."

Importante ressaltar que na visão do ministro Marco Aurélio, a adoção de políticas de ação afirmativa pelo Estado evidenciam o conteúdo democrático do princípio da igualdade. Tal interpretação decorre do entendimento de que essas políticas estariam devolvendo a muitos brasileiros excluídos a sua condição de cidadão, pois assim seria possível concretizar a igualdade de oportunidades para efetiva participação do cidadão²⁶.

Podemos perceber que diferentemente do ministro Ricardo Lewandowki, a argumentação do ministro Marco Aurélio teve uma maior consulta aos diplomas legislativos e à própria CF, buscando nela o fundamento para a igualdade material. Apesar da diferença de métodos

²⁵ Conforme estabelece o Ministro Marco Aurélio: "Que fim almejam esses dois artigos [1º e 2º] 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?" (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, pg. 5 do voto).
²⁶ O ministro mostra esse entendimento citando em seu voto a ministra Carmén Lúcia: "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

argumentativos os ministros chegaram a mesma conclusão em relação à adoção do conceito de igualdade material pela CF.

Ambos concordam com a adoção do princípio da igualdade material pela Constituição Federal de 1988, e consideram as ações afirmativas uma medida concreta para a efetivação desse direito. Os outros ministros também seguiram a mesma linha de argumentação²⁷, exceto os ministros Ayres Britto e Cármen Lúcia, que apesar de não terem citado expressamente o conceito de igualdade material chegaram a conclusões semelhantes.

O ministro Ayres Britto afirmou que a Constituição não se contentou em proibir o preconceito: "Não basta proteger, é preciso promover as vítimas de perseguições e humilhações ignominiosas" (ADPF 186, Rel. Min. Ricardo Lewandowski)²⁸. Sobre as ações afirmativas, completa que: "São políticas afirmativas do direito de todos os seres humanos a um tratamento igualitário e respeitoso. Assim é que se constrói uma nação" (ADPF 186, Rel. Min. Ricardo Lewandowski)²⁹. Nesse sentido o ministro Ayres Britto parece se aproximar mais do conceito de igualdade material, pois afirma que se devem igualar as vítimas de perseguições. Entretanto, pela precisão metodológica irei considerar que o ministro não se referiu ao argumento da igualdade material.

A ministra Cármen Lúcia, no mesmo sentido afirma que "As ações afirmativas não são a melhor opção, mas são uma etapa. O melhor seria que todos fossem iguais e livres" (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski)³⁰. Nesse argumento da ministra não é possível concluir que ela se referia a igualdade material, mas considera que essas medidas são dispensáveis numa sociedade efetivamente igualitária. Desse modo, percebe-se que ambos os ministros explicaram, com outras palavras, a necessidade de integração e igualação de certos grupos sociais, no mesmo sentido que os

⁷

²⁷ Ver anexo I.

²⁸ Trecho do voto retirado do site do STF, disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206041.

³⁰ Trecho do voto da ministra Cármen Lúcia, extraído do site do STF, fonte disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206008.

ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, mesmo sem se referir expressamente ao princípio da igualdade material.

3.1.2. ADI 3330: caso PROUNI

Passando-se para a análise do caso PROUNI (ADI 3330), verifica-se que a argumentação dos ministros nesse caso em relação ao princípio da igualdade foi similar. O ministro relator Ayres Britto afirmou que o princípio da igualdade só pode ser realizado se houver combate aos casos fáticos de desigualdade³¹. E essa concretização ocorre através da compensação desses grupos sociais excluídos, com uma situação de superioridade jurídica, afim de que se possa alcançar a igualdade real.

O ministro Ayres Britto utiliza diversos dispositivos Constitucionais que aplicam esse "método" de igualdade, como o caso da proteção jurídica do empregado frente ao empregador (Art. 7º); maior tempo de licença maternidade para as mulheres (Art. 7º, XVIII) e menor tempo de contribuição da mulher para a aposentadoria (alínea a do inciso III do § 1º do art. 40, combinado com os incisos I e II do § 7º do art. 201), entre outros. Entretanto, o ministro não classifica esses exemplos da Constituição como medidas de ações afirmativas, apenas como relação de superioridade jurídica de alguns grupos em relação a outros com o objetivo de concretizar o princípio da igualdade.

3.1.3. RE 597285: caso da UFRGS

Por fim, ao se analisar o caso das cotas da UFRGS (o RE 597285), detectou-se a inexistência de argumentos novos sobre o princípio da isonomia. A Corte apenas retomou as justificativas da ADPF 186.

3.2. O princípio da igualdade nas prestações alternativas

_

³¹ Coforme afirma o ministro: "[...] não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade [...]". (ADI 3330, Rel. Min. Ayres Britto, pg. 29 do voto).

Diferentemente dos casos das ações afirmativas, não houve uma preocupação do Tribunal de analisar, de forma teórica e abstrata, o princípio da igualdade para indeferir o pedido feito pelo Autor, apesar do princípio ter sido uma das razões de decidir do caso, conforme elucida a ementa:

"Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada. 2. Pedido de restabelecimento dos efeitos da decisão do Tribunal *a quo* que possibilitaria a participação de estudantes judeus no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) em data alternativa ao Shabat 3. Alegação de inobservância ao direito fundamental de liberdade religiosa e ao direito à educação. 4. Medida acautelatória que configura grave lesão à ordem jurídico-administrativa. 5. Em mero juízo de delibação, podese afirmar que a designação de data alternativa para a realização dos exames não se revela em sintonia com o principio da isonomia, convolando-se em privilégio para um determinado grupo religioso 6. Decisão da Presidência, proferida em sede de contracautela, sob a ótica dos riscos que a tutela antecipada é capaz de acarretar à ordem pública 7. Pendência de julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 391 e nº 3.714, nas quais este Corte poderá analisar o tema com maior profundidade. 8. Agravo Regimental conhecido e não provido." (grifos meus)

O ministro relator Gilmar Mendes (STA 389 - AgR/MGP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pg. 11 do acórdão) opina pela legitimidade das ações positivas do Estado que visam afastar sobrecargas sobre determinados grupos religiosos minoritários, como as medidas de prestação alternativa.

Considera constitucional, portanto, que se estabeleçam diferenciações na norma, contanto que sejam observados alguns limites impostos pelo ministro (STA 389 - AgR/MGP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pg. 12 do acórdão): a ação precisa favorecer o livre fluxo de ideais religiosas e só pode ser aplicada se não houver comprovadamente outro meio menos gravoso.

Como no caso concreto foi oferecida, pelo MEC, uma alternativa³² para as religiões que possuem como "dia de guarda" o sábado, o ministro considerou que oferecer outra medida para os Judeus seria anti-isonômico³³, pois havia uma medida menos gravosa oferecida. O ministro afirma que não é insensível aos argumentos apresentados pelo autor - relacionados à impossibilidade dos judeus se adequarem à medida oferecida pelo MEC - mas ao deferir o pedido pleiteado estaria desrespeitando o dever de neutralidade do Estado perante o fenômeno religioso.

Importante ressaltar que a análise do princípio da igualdade, feita pelo ministro relator, teve como base sua concepção de laicidade, usando como medida de comparação (para formar seu juízo sobre a isonomia) as outras confissões religiosas. Poderia ter-se analisado o princípio sob outro viés, como o da igualdade formal versus material, levando-se em consideração a proteção aos grupos vulneráveis, dado pela CF/88.

O ministro relator não citou também, em seu voto, o texto constitucional que trata especificamente sobre as prestações alternativas (Art. 5º, inciso VIII), como fez o ministro Ayres Britto, que julgou com base nesse Artigo. Assim, o princípio da isonomia não foi usado por ele para a resolução do caso.

3.3. O Princípio da igualdade aplicado na educação: meritocracia e desigualdade?

Até o momento, a argumentação dos ministros ficou concentrada em uma análise mais abstrata do princípio da igualdade, a fim de que se confirme a constitucionalidade das ações afirmativas em seu sentindo amplo, envolvendo qualquer tipo de grupo social. A Constituição trata, em seu Capítulo III, Seção I, da Educação, dispondo de alguns Artigos que adotam a igualdade como um princípio do ensino. É o caso dos seguintes dispositivos:

27

³²A alternativa proposta consistia num "confinamento", no qual os estudantes ficariam isolados numa sala até o por do sol do sábado para que então pudessem iniciar a prova. Essa medida não era possível para a religião judaica, já que eles não podem realizar nenhuma atividade no sábado.

³³ O ministro Lewandowski decidiu pelas mesmas razões.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

[...]

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

Dessa forma, alguns ministros consideraram importante justificar que as medidas de ações afirmativas, aplicadas no processo de ingresso de estudantes para o ensino superior, não violam os artigos constitucionais acima citados. Não foi possível fugir do debate mais concreto, pois como a própria Constituição aplicou o princípio da igualdade no âmbito educacional surge, inevitavelmente, a questão da meritocracia do vestibular.

O ministro relator Ricardo Lewandowski, na ADPF 186, analisa com bastante detalhamento não só a questão da utilização das ações afirmativas como critério para ingresso no ensino superior, mas também a constitucionalidade da reserva de vagas nos vestibulares para os negros. O ministro Marco Aurélio também faz uma menção, de forma mais superficial, a essa questão. A ministra Rosa Weber também aborda a problemática, afirmando que as cotas não ferem o mérito³⁴, pois mesmo com elas é necessário atingir uma pontuação mínima para ser classificado.

O ministro Lewandowski defende a utilização das ações afirmativas como critério para ingresso no ensino superior com base em três argumentos principais: (i) a falsa pretensão de que os vestibulares são isonômicos e imparciais; (ii) o papel da universidade na conquista dos objetivos Constitucionais e (iii) a necessidade de uma distribuição equitativa dos recursos públicos.

_

³⁴ A ministra afirma isso a partir dos 42min. e 20s. do vídeo do julgamento.

A argumentação do ministro Lewandowski (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, Pg. 15 do voto) decorre dessas três premissas que se encadeiam. Para o ministro, o disposto no Art. 208, inciso V, que dispõe que o acesso aos níveis mais altos de ensino será conforme a capacidade de cada um deve ser interpretado em consonância com o arcabouço principiológico da Constituição, se compatibilizando com a igualdade material. Nesse sentindo, a aplicação de critérios unicamente objetivos de seleção, numa sociedade marcada profundamente por desigualdades de inúmeras naturezas, não só é incompatível com a igualdade material como agrava as desigualdades.

O ministro Marco Aurélio chega à mesma conclusão, pois considera que o a expressão "conforme a capacidade de cada um" deve ser interpretada considerando-se uma igualdade de pontos de partida. Para ilustrar seu argumento, afirma que (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, p. 8 do voto) "a meritocracia sem "igualdade de pontos de partida" é apenas uma forma velada de aristocracia".

A insuficiência dos critérios objetivos para a concretização da igualdade material é comprovada, pelo ministro Lewandowski, demonstrando a necessidade de integração dos critérios de seleção com os objetivos sociais almejados pela CF/88. Ele parte do pressuposto que qualquer tipo de seleção irá se basear em alguma discriminação, entretanto para que os critérios de seleção sejam legítimos é necessário seu ajuste com os objetivos estabelecidos pela CF como, por exemplo, a redução das desigualdades sociais e regionais³⁵.

A universidade que seleciona seus futuros alunos sem levar em consideração a realidade de desigualdade brasileira não irá cumprir com seus objetivos Constitucionais – que vão muito além da mera transmissão

³⁵ Como afirma em seu voto: "[...] toda a seleção, em qualquer que seja a atividade humana, baseia-se em algum tipo de discriminação. A legitimidade dos critérios empregados, todavia, guarda estreita correspondência com os objetivos sociais que se busca atingir com eles". Ressalta que deve se "[...] calibrar os critérios de seleção à universidade para que se possa dar concreção aos objetivos maiores colimados na Constituição". (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, Pq. 15-17 do voto).

de conhecimento. É o que defende o ministro Lewandowski (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, pg. 17 do voto), ao citar Oscar Viena Vilheira:

"[...] Esta Universidade predominantemente branca, em segundo lugar, falha na sua missão de constituir um ambiente passível de favorecer a cidadania, a dignidade humana, a construção de uma sociedade livre, justa (...)."

As instituições podem, portanto, utilizar-se de critérios diversos (étnicos, raciais, sociais) que visem uma distribuição mais equitativa dos recursos públicos e um corpo discente mais plural, concretizando os objetivos Constitucionais de justiça social. Tanto o ministro Lewandowski quanto o ministro Marco Aurélio utilizam os exemplos de ações afirmativas dispostas na própria Constituição para comprovar a sua constitucionalidade. São exemplos: A reserva de vagas em concurso público para deficientes físicos (Art. 37, VIII); a proteção do mercado de trabalho da mulher (Art. 7º, XX); o tratamento diferencial das empresas de pequeno porte (Art. 170), entre outros.

No caso das prestações alternativas não foi analisada pela Corte a igualdade aplicada ao direito à educação dos Judeus, mesmo com o impacto imediato que a decisão causaria a esse grupo, pois os estudantes estariam impedidos de participar do processo seletivo de 75 universidades públicas³⁶ que utilizam o ENEM como processo seletivo. Esse argumento poderia ter sido perfeitamente utilizado no caso, porque o Artigo 208, inciso V estaria sendo desrespeitado, já que o Estado não estaria garantindo aos Judeus o acesso aos níveis mais elevados de estudo.

3.4. Conclusões parciais do capítulo

Ao longo desse capítulo pode-se perceber que os ministros deram bastante ênfase ao princípio da igualdade nos casos referentes às ações afirmativas, mesmo que apenas citando-o de forma resumida. Alguns dedicaram grande parte de seu voto à explicação desse princípio, como o ministro Marco Aurélio na ADPF 186 e o Ministro Ayres Britto na ADI 3330.

³⁶ Conforme notícia disponível em: http://guiadoestudante.abril.com.br/vestibular-enem/conheca-74-faculdades-publicas-usarao-enem-2011-meio-sisu-vestibular-2012-636453.shtml.

Não houve controvérsias em relação à adoção, pela Constituição, do conceito de igualdade material, posição adotada pela grande maioria dos ministros. A etapa seguinte foi justificar a necessidade de aplicação das ações afirmativas no âmbito do acesso à universidade e sua compatibilidade com o mérito dos vestibulares – que configura uma análise mais concreta. Houve consenso, também, de se estabelecer o limite temporal nessas políticas, sob pena de se tornarem anti-isonômicas. Avalio que a tendência da Corte foi atribuir um caráter mais "social" para o princípio da igualdade, com fundamento no Artigo 3º da CF, legitimando assim as ações afirmativas.

Nas prestações alternativas, por sua vez, consideraram-se plausíveis as ações positivas do Estado, que visavam afastar sobrecargas sobre determinadas minorias religiosas, contanto que elas estimulassem o "livre fluxo de ideias religiosas" e não houvesse outro meio menos gravoso. Permitiu-se, portanto, que a norma estabelecesse diferenciações, mas sob determinadas condições. Concluo que o princípio da isonomia, nesse caso, foi utilizado apenas sob o viés da laicidade estatal, deixando de lado uma interpretação constitucional que fosse mais favorável aos direitos de grupos vulneráveis³⁷. Para isso seria necessário, entretanto, que o STF classificasse os judeus como um grupo social vulnerável e que necessitasse, portanto, de medidas especiais.

No próximo capítulo será analisado o fator de discrímen de cada uma dessas medidas com mais detalhamento, o que agregará novos fatores a essa conclusão parcial. Com o estudo desse aspecto, será estudado como o grupo social envolvido no caso influenciou na decisão do STF e como este foi classificado pela Corte.

³⁷ Um possível motivo para a falta dessa interpretação mais ampla seja pelas próprias características do tipo de ação, que não possui os mesmos objetivos de conceder efeitos amplos como a ADPF e a ADI.

4. Diferenciar para igualar, mas quem deve ser objeto da diferenciação?

Na audiência pública convocada para discussão das cotas raciais, o MEC apresentou um dado estatístico que mostra a relevância da análise do fator de discrímen pelo STF. Em 51 instituições participantes do Sistema de Seleção Unificada – SiSU, (26 institutos federais, 23 universidades federais, 1 universidade estadual e a Escola Nacional de Ciências Estatísticas do IBGE), verificou-se 64 diferentes opções de ação afirmativa. Os critérios mais adotados pelas instituições foram o étnico/racial; renda (egressos de escola pública); portadores de necessidades especiais e minorias sociais (quilombolas; assentados de reforma agrária, etc)³⁸.

Essa análise é fundamental para a construção de um precedente na Corte, pois o fator de discriminação é uma peça chave para que se definam em quais situações futuras os casos estudados podem ser aplicados. No caso das ações afirmativas, já será possível fazer esse estudo, pois a APDF 186 foi julgada antes da ADI 3330 e do RE 597285³⁹, sendo utilizada como precedente.

O objetivo desse capítulo é estudar como a Corte se comportou perante esses grupos sociais, destinatários das medidas de ações afirmativas e prestações alternativas. Além de mapear os argumentos utilizados pela Corte para classificar essas medidas como não discriminatórias, será estudado qual foi status concedido a esses grupos e se isso causou alguma interferência na decisão de cada ministro.

³⁸ Informação retirada do slide número 15 e 16 apresentado pelo MEC na audiência pública. Disponível

http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=processoaudienciapublicaacaoafirmativa.

 $^{^{39}}$ A APDF 186 foi julgada em 26.04.2012, a ADI 3330 em 03.05.2012 e o RE 597285 em 09.05.2012.

4.1. A questão da raça nas cotas raciais da UnB (ADPF 186): conceitos e justificativas do seu uso

A grande polêmica em torno das políticas de cotas nas universidades públicas é a utilização do critério racial como escolha dos candidatos cotistas⁴⁰, pois a diferenciação pela cor da pele consiste, para alguns, numa prática racista que poderia originar um estado "racial", no qual brancos e negros sofreriam uma possível segregação no espaço público. É justamente essa questão que o autor da ação (DEM) pretende discutir, pois ao afirmar a constitucionalidade das ações afirmativas como modo de integração das minorais⁴¹ mostra que seu objetivo é provar, unicamente, a inconstitucionalidade do critério racial como fator de discrímen⁴².

Por que as cotas raciais são constitucionais e, portanto, não configuram uma prática racista? A resposta para essa pergunta é imprescindível para a resolução do caso e minha proposta, nesse capítulo, é analisar como os ministros a responderam. Gostaria de ressaltar que a construção dos argumentos dos ministros não é "estanque". Eles irão responder a essa pergunta central ao longo dos seus votos, usando parâmetros diversos (proporcionalidade, isonomia, etc.), os quais se entrelaçam, formando um conjunto de justificativas muitas vezes inseparáveis. Todos esses parâmetros serão analisados nesse trabalho, mas o que se pretende nesse capítulo é fazer um esforço no sentido de separar os argumentos diretamente ligados à análise da raça e da etnia dentro da ação afirmativa.

Ao tratar a questão da raça, o primeiro problema a ser superado foi a alegação do autor (DEM) da inexistência científica deste conceito, não sendo plausível, portanto, utilizá-lo como critério para seleção de estudantes. Entretanto, o STF admitiu a utilização do critério "raça", desde que

⁴⁰ Parte da literatura sobre o tema também considera esse ponto um dos grandes dilemas constitucionais. É o que afirma Joaquim B. Barbosa Gomes (2001, p. 77), no seguinte trecho "[...] agir <<positivamente>> ou <<a firmativamente significa, quase sempre, lançar mão de critérios e classificações consideradas <<suspeitas>> por uma parcela considerável da doutrina e da jurisprudência de Direito Constitucional. Com efeito, para se combater o racismo e o sexismo é indispensável conceber medidas que levem em conta os fatores raça e sexo".

⁴¹ (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, Pg. 3 do Relatório).

⁴² (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, Pg. 4 do Relatório).

entendido como uma construção histórico-cultural da sociedade - posição adotada pela Corte no caso "Ellwanger"43. O ministro relator, Ricardo Lewandowski (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, pg. 20) esclarece essa problemática ao afirmar que:

> "Cumpre afastar, para os fins dessa discussão, o conceito biológico de raça para enfrentar a discriminação social baseada nesse critério, porquanto se trata de um conceito histórico-cultural, artificialmente construído, para justificar a discriminação [...]."

Ficou, portanto, consolidado o entendimento do STF de que o conceito de "raça" deve ser interpretado como uma construção históricosocial, afastando-se o uso do conceito biológico - utilizado para fundamentar práticas racistas⁴⁴. O formulador da política pública utilizou o critério de "raça", interpretada como uma construção histórico-social, para justamente amenizar os efeitos nocivos que essa noção da existência de duas raças humanas trouxe para a sociedade.

A utilização desse fator de discrímen foi justificada, pelos ministros, com base na própria Constituição Federal de 1988, que o utiliza para proibir o preconceito racial⁴⁵. O ministro Lewandowski afirma que da mesma forma que esse critério é utilizado para proibir a discriminação negativa, o mesmo pode ser utilizado para promover a inclusão de grupos historicamente excluídos, sendo válida a sua utilização enquanto política de discriminação positiva⁴⁶. Conclui que da mesma forma que a raça é usada como meio de humilhação, exclusão e submissão, criando uma profunda consciência

⁴³ Trata-se do HC 82424, no qual a Corte entendeu por crime de racismo um livro

antissemita. ⁴⁴ É o que defende Celso Lafer (2007, p.17) em parecer técnico para o caso Ellwanger: "A prática do racismo baseia-se, assim, no pressuposto da existência de raças humanas e no conseguente estabelecimento de sua hierarquização. Por esse motivo, o argumento teórico privilegiado das teorias racistas e de suas consequências sociais reside, como realça Clara Queiroz, no que entendiam ser a incontestabilidade das ciências biológicas (Clara Queiroz, verbete Raça, na edição portuguesa da Enciclopédia Einaudi, cit. p. 349)".

⁴⁵ Artigos 3º, inciso IV e 5º, inciso XLII.

⁴⁶ Ora, tal como os constituintes de 1988 qualificaram de inafiançável o crime de racismo, com o escopo de impedir a discriminação negativa de determinados grupos de pessoas, partindo do conceito de raça, não como fato biológico, mas enquanto categoria históricosocial, assim também é possível empregar essa mesma lógica para autorizar a utilização, pelo Estado, da discriminação positiva com vistas a estimular a inclusão social de grupos tradicionalmente excluídos." (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, pg.20 do voto).

étnico-racial nas relações humanas esta também poderá ser utilizada, por meio de ações afirmativas, para incluir e recuperar a dignidade de grupos vulneráveis (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, Pg. 20 do voto).

No mesmo sentido, o ministro Ayres Britto chega a afirmar que a Constituição foi além da vedação do preconceito, estabelecendo um comando de inclusão dos grupos que foram vítimas de perseguições e humilhações ignominiosas. Com base nos objetivos da República dispostos no Art. 3º, inciso III, o ministro afirma também, que a própria CF separou as cotas raciais das sociais com base no seu preâmbulo, o qual segundo Ayres Britto destaca a busca do bem-estar como uma referência à distribuição material das riquezas, enquanto que a caracterização da sociedade como fraterna, pluralista e sem preconceitos indica uma integração plural para além da questão social⁴⁷.

Depois de autorizado, pelo STF, o uso da raça para discriminar positivamente, foi necessário justificar se o motivo dessa discriminação é constitucional. Isso pressupõe um ônus argumentativo muito maior – como, por exemplo, analisar a coerência da diferenciação estabelecida para o ingresso no ensino superior com o contexto sócio-racial do país; a suficiência ou não da raça para suprir as citadas desigualdades, entre outros pontos que serão estudados a seguir.

4.2. Correlação lógica existente entre o fator de discrímen e a disparidade adotada nos programas de cotas

Ao analisar a constitucionalidade do fator de discrímen costuma-se verificar se há uma justificativa razoável para um tratamento diferenciado estabelecido pela norma. O ministro relator da ADPF 186 dedica grande parte de seu voto à análise desse aspecto, até mesmo opina sobre a política pública vigente, afirmando a necessidade de inclusão de critérios étnicosraciais, além dos sociais e econômicos, nas ações afirmativas⁴⁸. Para chegar

⁴⁷ Informações do voto do ministro Ayres Britto disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206041.

⁴⁸ Esse modo de pensar revela a insuficiência da utilização exclusiva do critério social ou de baixa renda para promover a integração social de grupos excluídos mediante ações afirmativas, demonstrando a necessidade de incorporar-se nelas considerações de ordem étnica e racial.

a tal conclusão o ministro Lewandowski discorre sobre a utilização da medida como forma de compensar a discriminação racial sofrida pelos negros e a sua função como política de reconhecimento e valorização de grupos tradicionalmente excluídos.

Para desconstruir o "mito da democracia racial" o ministro Lewandowski apresenta inúmeros dados do IBGE comprovando a exclusão que o negro sofre, principalmente em relação aos níveis educacionais. Considera que o preconceito racial no Brasil, mesmo praticado de forma inconsciente, é algo arraigado em nossa cultura tornando a sua prática tão violenta quanto a sociedade birracial norte-americana, por exemplo⁴⁹. Nesse cenário sociocultural aplicar uma igualdade meramente formal seria essas desigualdades, não obedecendo aos comandos aumentar constitucionais do Art. 3º, inciso III que exige uma atitude ativa do Estado para efetiva inclusão. Desse modo, citando Marco Aurélio (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, pg. 22 do voto), esclarece:

"Pode-se afirmar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proíbe a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos 'construir', 'garantir', 'erradicar' e 'promover' implicam, em si, mudança de ótica, ao denotar 'ação'. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar – e encontrar, na Carta como página virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa. E é necessário que essa seja a posição adotada pelos nossos legisladores. (...). É preciso buscar-se a ação afirmativa. A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso; é necessário fomentar-se o acesso à educação (...). Deve-se reafirmar: toda e qualquer lei que tenha por objetivo a concretude da Constituição Federal não pode ser acusada de inconstitucionalidade."

_

⁴⁹ Citando Florestan Fernandes, sobre o "ter o preconceito de não ter o preconceito" (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, pg. 23 do voto).

Para além da medida compensatória, as cotas raciais trazem, segundo o ministro Lewandowski, um novo conceito de justiça social⁵⁰, o qual ultrapassa a necessidade de distribuição equitativa das riquezas produzidas para reconhecer e valorizar identidades e valores que foram oprimidos e desvalorizados pela cultura dominante. Seguindo esse raciocínio, o ministro conclui que a utilização única dos critérios sócioeconômicos nas cotas para ingresso em universidades públicas seria insuficiente, pois não traria a vantagem de propiciar um ambiente universitário mais plural.

Outro aspecto relevante trazido pelo ministro relator foi a finalidade da ação afirmativa de colocar fim à consciência de raça, a qual causa a origem desse tipo de medida⁵¹. Segundo esse raciocínio, com a ascensão de negros no mercado de trabalho e ambientes públicos haveria uma alteração subjetiva nos integrantes desse segmento, os quais não se sentiriam inferiores devido a suas características fenotípicas.

Tais objetivos das cotas citados pelo ministro Lewandowski - acabar com a consciência subjetiva de pertencer a uma determinada raça (negando assim, que se construiria um Estado racial como alega o autor da ADPF) e valorizar as etnias antes subjulgadas - podem parecer antagônicos. Como seria possível acabar com a consciência racial da cultura afrodescendente e, ao mesmo tempo, valorizar essa cultura?

A interpretação que faço dessa possível contradição é no sentido de compreender a frase "acabar com a consciência de raça", como referência a um sentimento de inferioridade de pertencer à determinada raça ou etnia, o qual seria transformado para a valorização desta conforme afrodescendentes ocupassem cargos de destaque na sociedade⁵². O próprio

aceleração de uma mudança na atitude subjetiva dos integrantes desses grupos,

⁵⁰ "Com efeito, para além das políticas meramente redistributivas surgem, agora, as políticas de reconhecimento e valorização de grupos étnicos e culturais." (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, pg. 27 do voto).

⁵¹ "Outro aspecto da questão consiste em que os programas de ação afirmativa tomam como ponto de partida a consciência de raça existente nas sociedades com o escopo final de eliminá-la. Em outras palavras, a finalidade última desses programas é colocar um fim àquilo que foi seu termo inicial, ou seja, o sentimento subjetivo de pertencer a determinada raça ou de sofrer discriminação por integrá-la" (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, pg.21 do voto). ⁵² Como afirma nesse trecho: "Tais programas trazem, pois, como um bônus adicional a

ministro afirma que as sociedades contemporâneas que passaram pela experiência da escravidão e preconceito, possuem uma visão depreciativa de raça dos grupos subjulgados⁵³. A intenção dele era confirmar os mecanismos de cotas como valorizadores de identidades que foram estigmatizadas⁵⁴. É o sentindo que o ministro Lewandowski (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, pg. 21) parece seguir ao afirmar que:

"[...] A finalidade última desses programas é colocar um fim àquilo que foi seu termo inicial, ou seja, o sentimento subjetivo de pertencer a determinada raça ou de sofrer discriminação por integrá-la. [...] "

O voto do ministro Lewandowski se destaca na análise desse aspecto, a qual foi reproduzida, mais genericamente, pelos outros ministros. Os fatores que mais convenceram os ministros foram a perceptível desigualdade social, econômica e educacional dos negros, decorrente de uma sociedade histórica e atualmente discriminadora⁵⁵, e a necessidade de tornar a universidade brasileira um ambiente mais plural⁵⁶.

O ministro Gilmar Mendes foi o único que se distanciou dessa análise linear comandada pelo voto do relator. Sua postura foi mais incisiva, pois não se contentou em analisar exclusivamente a constitucionalidade da política de cotas, mas proferiu sua opinião sobre os critérios utilizados e alertou sobre possíveis perversões no modelo adotado pela UnB. Na visão do ministro, utilizar somente o critério racial pode gerar possíveis distorções que impossibilitam o cumprimento dos objetivos da medida, sendo ideal que também houvesse critérios socioeconômicos. Seria o caso, por exemplo, de pessoas negras que tiveram acesso a uma educação de qualidade que

aumentando a autoestima que prepara o terreno para a sua progressiva e plena integração social." (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, Pg. 27 do voto).

⁵³ Afirma que: "Para as sociedades contemporâneas que passaram pela experiência da escravidão, repressão e preconceito, ensejadora de uma percepção depreciativa de raça com relação aos grupos tradicionalmente subjugados [...]". (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, Pg. 21 do voto).

⁵⁴ Citando Zygmunt Bauman, afirma que: "[...] aqueles que tiveram negado o acesso à escolha da identidade [...] se vêem oprimidos por identidades aplicadas e impostas por outros – identidades de que eles próprios se ressentem, mas não tem permissão de abandonar nem das quais conseguem se livrar. Identidades que estereotipam, humilham, desumanizam, estigmatizam" (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, Pg. 28 do voto).

⁵⁵ Argumento citado por todos os ministros na ADPF 186.

⁵⁶ Tal argumento foi citado apenas pelos ministros Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa.

poderiam concorrer em igualdade de condições com os não cotistas, mas acabam sendo privilegiadas pelo ingresso mais facilitado através da reserva de vagas. Além disso, critica o modelo de seleção criado pela UnB, o chamado "tribunal racial", mostrando possíveis falhas ocorridas no processo seletivo⁵⁷.

Apesar de declarar a constitucionalidade das ações afirmativas, afirma que se fosse observado unicamente o critério racial daria procedência à ação, declarando-se a inconstitucionalidade da política de cotas da UnB, mas por se tratar de um modelo experimental, pioneiro e em execução há mais de seis anos decide pela improcedência da ADPF. Ressalta que é necessário corrigir esse vício, sob pena da medida se tornar inconstitucional⁵⁸.

É importante observar que o parâmetro utilizado pelo ministro Gilmar Mendes para considerar a inconstitucionalidade do fator de díscrimen não é o possível enquadramento no crime de racismo, mas a eficácia da política pública. Pois, segundo o ministro, com as possíveis perversões que este fator isolado pode produzir, os objetivos propostos de redução da desigualdade social e inclusão dos pobres na universidade não seriam cumpridos, tornando a medida ineficaz e inconstitucional.

Essa argumentação pode gerar dúvidas quanto a sua validade, pois uma política pública ineficaz (de acordo com as suas finalidades) é necessariamente inconstitucional? É função de um ministro do STF criticar o modo como é operada determinada política pública ou sua análise deve se restringir à declaração ou não de constitucionalidade? Essas perguntas apontam para uma nova agenda de pesquisa, que se proponha a analisar a complexa questão da judicialização das políticas públicas e o papel do STF nesse fenômeno. Sobre o papel político do Judiciário, Matthew M. Taylor

⁻

⁵⁷ Foram casos de ampla divulgação na mídia, como o caso dos gêmeos univitelinos, no qual um deles foi considerado negro e o outro não. Um deles, portanto, teve o seu pedido de inscrição no sistema de cotas negado pelos critérios usados pela UNB. Notícia disponível em: http://q1.qlobo.com/Noticias/Vestibular/0, MUL43786-5604,00.html>.

Afirma também a necessidade de um parâmetro legal para as políticas de ações afirmativas. Trechos do voto do ministro Gilmar Mendes, disponíveis em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206031.

(2007, p. 248) afirma, em artigo intitulado "O judiciário e as políticas públicas no Brasil" que:

"[...] se reconhece que os juízes frequentemente operam com base em critérios outros que os unicamente legais quando julgam processos importantes. Mesmo quando eles se mantêm constrangidos por critérios totalmente legais, pela própria natureza da revisão judicial, eles acabam tomando decisões que influenciam ou até criam políticas públicas [...]".

Apesar do interesse nos estudos dessa agenda de pesquisa, este não é o objeto dessa monografia.

Voltando-se à análise dos fatores de discrímen, nota-se que os ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski possuem opiniões divergentes em relação ao fator de discrímen utilizado pela UnB. O relator argumentou pela necessidade de se construir um ambiente universitário mais plural e de reconhecimento de etnias vítimas de exclusão, sendo, portanto, insuficiente utilizar-se somente da condição socioeconômica como critério para ingresso na universidade⁵⁹. Apesar de terem chegado a conclusões totalmente antagônicas não houve diálogo entre os dois ministros, nem contra-argumentação por parte do Gilmar Mendes em relação aos fundamentos trazidos pelo Lewandowski (pluralidade e reconhecimento-valorização étnica-racial) para justificar a inclusão do critério racial⁶⁰.

O ministro Gilmar Mendes, ao que tudo indica, fundamentou seu voto exclusivamente na relação entre a raça e a condição social não atentando para o caráter específico da política pública objeto da ação, o qual é essencialmente racial, não tendo como objetivo expresso a inclusão de pessoas de baixa renda (por isso a seleção é feita por fenótipo). O possível

⁵⁹ Afirma que: "Esse modo de pensar revela a insuficiência da utilização exclusiva do critério social ou de baixa renda para promover a integração social de grupos excluídos mediante ações afirmativas, demonstrando a necessidade de incorporar-se nelas considerações de ordem étnica e racial." (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, Pg.28 do voto). Dessa forma, também opina sobre a política pública, cabendo o questionamento se isto é válido para argumentação do voto.

⁶⁰ Com essa constatação, o estudo da ADPF 186 poderia ser utilizado para um eventual trabalho que tenha como objeto de estudo o modelo deliberativo do STF.

pressuposto do qual a universidade partiu é de que o negro sofre preconceito e discriminação apenas pelo seu fenótipo, sendo a possível condição social um agravante desse preconceito. Nesse caso, ocorre aquilo que o Ministro Ayres Britto chamou de "desigualdades dentro das desigualdades" ⁶¹. Apesar de pertinente a análise do Ministro Gilmar Mendes em relação às possíveis distorções da política, no caso da seleção de negros não-pobres, ela não é adequada às cotas propostas pela UnB que teria exclusivamente a finalidade de integração étnico-racial.

O ministro relator se mostra mais claro em relação às especificidades da política de cotas, destinando itens de seu voto à análise exclusiva do uso do critério étnico-racial. Apesar de trazer dados estatísticos que comprovem uma forte relação entre a raça e a condição social, estes servem para demonstrar as consequências de uma discriminação racial que é atual⁶², explicitando em seguida as vantagens de um ambiente plural e a necessidade de valorização dessas etnias vítimas de preconceito.

É consistente a afirmação da relação entre negros e pobreza⁶³, entretanto esse argumento é pertinente quando usado para embasar a existência da discriminação racial sofrida pelos afrodescendentes e não como base para justificar a coerência lógica do fator raça como discrímen, pois sempre haverá uma exceção a essa relação (raça-pobreza) e a política não foi estruturada com fundamento nessa relação. Ou seja, o formulador partiu do pressuposto de uma discriminação racial, devendo ser este o aspecto a ser "comprovado" pelo STF, já que se propôs a verificar a correção lógica entre o fator de discrímen e a disparidade adotada.

4.3. As cotas raciais/sociais da UFRGS (RE 597285)

No caso da UFRGS as cotas conjugam dois fatores de discrímen: o histórico escolar (o aluno deve ser oriundo de escola pública) e o critério racial, sendo 30% das vagas reservadas para egressos da escola pública e

Afirmação do ministro Ayres Britto disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206041>.

⁶² Respondendo a alegação do autor da ADPF (DEM) de que a discriminação sofrida é em virtude da questão social.

⁶³ Tendo como base, por exemplo, os dados do IBGE que mostram as disparidades entre negros e brancos em diversas áreas. O ministro Lewandowski utilizou esse método em seu voto. (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, Pq. 23-26).

desse montante 50% para os auto declarados negros. Também foi mencionando no julgamento, que tais critérios se encontram em conformidade com aquilo que foi discutido na APDF 186, usando esse caso como um grande precedente. O ministro relator Ricardo Lewandowski⁶⁴ retomou o que foi decido nesse caso paradigma:

- I A constitucionalidade das políticas de ações afirmativas;
- II A constitucionalidade da utilização dessas políticas para ingresso no ensino superior, especialmente das universidades públicas;
- III A constitucionalidade do uso do critério étnico-racial por essas políticas;
- IV A constitucionalidade da auto identificação como método de seleção;
- V A constitucionalidade da modalidade de reserva de vagas ou do estabelecimento de cotas.

Dessa forma, o ministro relator não fez grandes considerações sobre a política adotada especificamente pela UFRGS, aplicando apenas o precedente da APDF 186.

Nesse ponto, contudo, houve uma divergência na Corte com o voto contrário do ministro Marco Aurélio. Apesar de ter votado pela constitucionalidade das cotas raciais da UnB, ele não aplica o precedente, pois nele teria sido declarado constitucional apenas o critério racial e não a discriminação decorrente da escola de origem. Para o ministro Marco Aurélio⁶⁵ esse fator de discrímen é inconstitucional, pois estaria se censurando o próprio Estado ao presumir-se que o aluno da escola pública (que deve ser presumida como de boa qualidade) não poderia alcançar em igualdade de condições o acesso à universidade pública.

É importante ressaltar que essa dissidência do ministro Marco Aurélio revela a importância que o fator de discrímen tem para a análise da constitucionalidade das ações afirmativas. Uma jurisprudência clara e

⁶⁵ Informações retiradas do julgamento, em plenário, do RE 597.285 no dia 09 de maio de 2012. Fala do ministro Marco Aurélio a partir de 1h e 04 min.

⁶⁴ Informações retiradas do julgamento, em plenário, do RE 597.285 no dia 09 de maio de 2012. Fala do ministro Lewandowski a partir dos 29min e 47s.

objetiva que estabeleça critérios coerentes para avaliar essas políticas é imprescindível, pois disso depende uma aplicação correta dos precedentes. Esse critério pode ser, inclusive, o da necessidade da análise casuística de cada medida, dessa forma, nos casos futuros o STF poderia ir direto à análise do fator de discrímen e das nuances de cada política, sem passar pelo exame prévio de constitucionalidade das ações afirmativas (aplicando nessa etapa os precedentes da ADPF 186). Entretanto, essa parece não ter sido a posição do STF, pois na ADI 3330 e no RE 597285 foi aplicado o precedente da ADPF 186 por grande parte dos ministros.

O Ministro Gilmar Mendes⁶⁶, da mesma forma que no caso da ADPF 186, tece críticas a esse modelo de cota, afirmando que também podem haver perversões, nos casos de alunos oriundos de escolas públicas de boa qualidade. Nesse ponto o seu voto se aproxima mais do voto dissidente, entretanto o ministro Gilmar Mendes vota pela improcedência do recurso ao levar em consideração o estágio final da aplicação da política da UFRGS e alerta para a necessidade de reformar tanto o modelo da UnB quanto o da UFRGS.

4.4. O fator de discrimen no caso do PROUNI - ADI 3330

O PROUNI não consiste em uma política de reserva de vagas como no caso das cotas, pois se trata de um financiamento público que concede bolsas ao público alvo em universidades particulares. O programa possui fatores conjugados de discrímen, pois considera a renda familiar, a origem de escola pública ou particular - na condição de bolsista integral - e a raça (reserva uma porcentagem das bolsas para negros ou índios a ser determinada pela faculdade).

O ministro relator Ayres Britto traz considerações relevantes em seu voto quanto ao fator de discrímen. Na sua interpretação, o uso do Direito legislado para a concessão de vantagens a alguém, como método de compensar desvantagens anteriores e persistentes, se confunde com a

43

Informações retiradas do julgamento, em plenário, do RE 597.285 no dia 09 de maio de 2012. Fala do ministro Gilmar Mendes a partir dos 46min. e 10s.

própria finalidade e razão de ser da lei⁶⁷. A lei pode e deve, portanto, estabelecer diferenciações, mas nunca discriminações, conforme explica o ministro (ADI 3330, Rel. Min. Ayres Britto, pg. 34 do voto):

"[...] O que ela (a lei) não pode é incidir no "preconceito" ou fazer "discriminações", que nesse preciso sentido é que se deve interpretar o comando constitucional de que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". O vocábulo "distinção" a significar discriminação (que é proibida), e não enquanto simples diferenciação (que é inerente às determinações legais)".

Atestada a constitucionalidade de a lei estabelecer tratamentos diversos entre os indivíduos com vistas a restaurar o equilíbrio social, o ministro relator se propõe a responder quais são os fatores de discrímen permitidos pela constituição e se existe tal limitação. A solução encontrada pelo ministro é pela via negativa, ou seja, a Constituição estabelece apenas aqueles fatores que o legislador não pode utilizar para fins de diferenciação na norma, os quais foram tratados no artigo 3º, inciso III da Constituição Federal.

Não poderiam ser utilizados, para fins de desigualação na norma, aqueles fatores acidentais do ser humano (cor da pele, sexo, origem geográfica) de forma isolada e prejudicial, pois assim estaria configurado o preconceito e a discriminação. Entretanto, aqueles fatores que decorrem de situações histórico-culturais (e não apenas pelo acaso) podem ser objeto de regulação na lei, afim de que sejam materializados os comandos constitucionais⁶⁸. São, portanto, constitucionais os critérios de discrímen que seguem a mesma direção axiológica da Constituição, a qual na visão do

Desigualações." (ADI 3330, Rel. Min. Ayres Britto, Pg.33 do voto).

mesmo de se estranhar, porque o típico da lei é fazer distinções. Diferenciações.

^{67 &}quot;Essa possibilidade de o Direito legislado usar a concessão de vantagens a alguém como uma técnica de compensação de anteriores e persistentes desvantagens factuais não é

⁶⁸ "[...] mas a fatores histórico-culturais, aí não vemos outra saída que não seja a aplicação daquele cânone da Teoria Constitucional que reconhece a toda Constituição rígida o atributo da unidade material. Da congruente substancialidade dos seus comandos." (ADI 3330, Rel. Min. Ayres Britto, Pg. 36 do voto).

ministro é tutelar aquelas minorias que são desfavorecidas historicamente e sofreram perseguições de diversas espécies⁶⁹.

Saindo do plano teórico e filosófico o ministro encaixa suas considerações na norma analisada no caso (ADI 3330, Rel. Min. Ayres Britto, pg. 37 do voto):

"Nessa vertente de idéias, anoto que a desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de uma descrímen que acompanha a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade."

4.5. O fator de discrímen em prestações alternativas - STA 389 AgR/MG

O fator de discriminação na medida de prestação alternativa analisada é a religião judaica, o que envolve, portanto, a complicada e sempre polêmica relação entre Estado e religião e quais são os limites de atuação deste perante o fenômeno religioso.

O entendimento pacífico entre os ministros que votaram no caso (Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Ayres Britto e Marco Aurélio) é de perfeita concordância com atitudes positivas do Estado diante do fenômeno religioso, de forma a não privar indivíduos de certos direitos devido a sua opção de fé. Conforme elucida o ministro relator Gilmar Mendes (STA 389 AgR/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, pg. 9-10 do acórdão):

"Ponderei, entretanto, que o dever de neutralidade por parte do Estado não se confunde com a ideia de indiferença estatal, devendo o Estado, em alguns casos, adotar comportamento positivos, com a finalidade de afastar barreiras ou sobrecargas que possam impedir ou dificultar determinadas opções em matéria de fé."

-

^{69&}quot;[...] toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como, *verbi gratia*, o segmento dos negros e dos índios." (ADI 3330, Rel. Min. Ayres Britto, Pg. 36 do voto).

O mesmo entendimento é expresso pelo ministro Ayres Britto, que afirma ser dever do Estado, quando possível, facilitar o livre exercício do culto ou convicção religiosa, obedecendo ao disposto no Artigo 5º, inciso VIII:

Art 5º: [...]

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

A religião como critério de diferenciação na norma não gerou um ônus argumentativo tão grande quanto à raça ou etnia, pois a previsão de uma prestação alternativa na lei, devido a convicções religiosas, decorre diretamente da Constituição. Somente o alcance e o poder de concretização dessas medidas é que gerou divergências entre os ministros.

Segundo o ministro Gilmar Mendes a prestação alternativa deve ser estabelecida de forma a prestigiar todas as confissões religiosas, não oferecendo privilégios apenas para uma determinada religião, o que seria incompatível com o princípio da neutralidade estatal⁷⁰. A opinião divergente é a do ministro Marco Aurélio que considera o dever do Estado de prover uma prestação alternativa (disposto no Artigo 5º, inciso VIII) um valor absoluto⁷¹.

4.6. Conclusões parciais sobre os fatores de discrímen analisados

Ao final dessa análise é possível observar quais foram os principais argumentos utilizados pelo ministro relator da ADPF 186, o qual dedicou grande parte de seu voto a uma análise mais profunda do aspecto racial e por isso irei utilizar os argumentos dele como parâmetro para comparação com os outros ministros (ver anexo II e III). A discriminação racial e

⁷⁰ Afirma que: "Deve-se também ter o cuidado de que a medida adotada estimule a igualdade de oportunidades entre as confissões religiosas e não, ao contrário, seja fonte de privilégios ou favorecimentos." (STA 389, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pg. 12 do acórdão).

⁷¹ Afirma que: "No tocante ao tema de fundo do agravo, provejo-o para restabelecer a decisão do Regional Federal, no que determinou que se observasse a cláusula final do inciso VIII do artigo 5º, a revelar que se deve, sempre, prever prestação alternativa". (STA 389, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pg. 25 do acórdão).

consequente exclusão social dos afrodescendentes foi o argumento utilizado pela grande maioria dos ministros, os quais relacionam esse fato com o comando constitucional para o Estado de redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos sem qualquer tipo de discriminação.

A análise de uma política de cotas exclusivamente racial exigiu do STF um olhar mais detalhado sobre a questão racial, que não envolve apenas a desigualdade social e educacional. O voto do ministro Lewandowski tratou essa questão de forma exaustiva, abordando os benefícios e a necessidade do pluralismo étnico-racial na universidade e a necessidade de valorização desses grupos sub-representados com a alteração do sentimento subjetivo de inferioridade, consequência da exclusão.

No caso PROUNI, por sua vez, a análise do ministro relator Ayres Britto é mais dogmática, analisando abstratamente que a função típica da norma é estabelecer diferenciações e que estas são perfeitamente constitucionais quando o discrímen decorre de contextos de desigualdades sócio-culturais. A justificativa se assemelha, portanto, ao caso das cotas raciais, pois ambas possuem como alicerce o reconhecimento de uma desigualdade/discriminação que precisa ser corrigida em respeito ao comando constitucional do Art. 3º, inciso III e IV.

No estudo do fator de discrímen da ADPF 186 foi possível constatar que houve um estudo exaustivo, principalmente pelo ministro relator, da questão da desigualdade racial no Brasil e o porquê é necessário e constitucional o seu combate.

O mesmo não ocorreu com o PROUNI e o RE 597285, os quais foram julgados pela aplicação do precedente da ADPF 186 com o acréscimo de alguns adendos. Obviamente que não seria necessário repetir todos os argumentos que se referem à isonomia e à constitucionalidade das políticas de ações afirmativas e à reserva de vagas. Entretanto, o principal objetivo da política da UFRGS e do PROUNI é integrar alunos oriundos da escola pública e dentre esses alguma percentagem de cotas raciais, tornando

imprescindível um estudo mais detalhado do fator de discrímen "escola pública".

Nas prestações alternativas foi reconhecido, também, o comando constitucional que justifica a utilização da religião como fator de discrímen e legitima uma possível atitude positiva do Estado diante desse fenômeno. Entretanto, o ministro relator Gilmar Mendes estabeleceu uma condicionante ao direito de prestação alternativa que é a necessidade da medida de favorecer todas as confissões religiosas. Esse limite estabelecido a um direito previsto no Art. 5º da Constituição Federal é passível de crítica, pois não seria função do ministro estabelecer tais limites através de técnicas interpretativas.

O Estado laico não pressupõe, apenas por interpretação, que qualquer tipo de prestação alternativa deva levar em conta todas as religiões, pois no caso concreto apenas os judeus e os adventistas do sétimo dia pleitearam um dia alternativo de prova. Além disso, no caso concreto há uma impossibilidade fática de aplicação dessa limitação, pois como seria possível favorecer todas as confissões religiosas ao mesmo tempo? Esse pressuposto que o ministro Gilmar Mendes considera necessário para se respeitar a laicidade parece inviabilizar o exercício da prestação alternativa prevista na Constituição.

O ministro Marco Aurélio foi divergente nesse caso, afirmando que o Estado deve sempre prestar uma opção alternativa e que era possível no caso concreto estabelecer tal opção. Os demais ministros seguiram o relator, mas usaram como base argumentos fáticos trazidos por ele, os quais serão analisados nesse trabalho.

5. É constitucional desigualar alguns grupos, mas como fazê-lo?

Parte da jurisprudência⁷² considera que o controle de constitucionalidade das normas que estabelecem tratamento diferenciado é casuístico, pois é necessário analisar as finalidades da medida e se os meios instituídos são proporcionais e razoáveis para alcançar tal objetivo. Dessa forma, somente com a análise concreta da medida é que se pode identificar tais elementos e refletir sobre eles.

Nesse capítulo o objetivo é identificar se houve, nos votos dos ministros, a preocupação de analisar as nuances específicas de cada política pública (no caso das ações afirmativas) e se isso foi determinante para declarar sua constitucionalidade. Esse exame irá acrescentar elementos ao estudo do capítulo anterior, pois com eles é possível diferenciar as políticas analisadas, o que é relevante para a construção dos precedentes do STF.

Entretanto, como não é o escopo dessa monografia se alongar nos aspectos mais concretos das políticas públicas⁷³, fazendo um estudo extenso das suas características, potencialidades, limites e efetividade, nesse capítulo a ênfase será a forma como os ministros analisam concretamente os meios utilizados para operar a política pública e qual a importância dada a esse aspecto nos votos.

É preciso fazer um adendo em relação ao caso das prestações alternativas, pois apesar de tal medida não se caracterizar como uma política pública, o meio encontrado para garantir esse direito aos judeus teve relevância para a decisão do caso. É pertinente, portanto, analisar esse caso dentro daquilo que foi proposto para esse capítulo.

⁷² Conforme afirmou o ministro Lewandowski em seu voto: "Como bem observa Paulo Lucena de Menezes, o controle de constitucionalidade do tratamento diferenciado que se impõe às pessoas, nos termos da conhecida fórmula de Ruy Barbosa, é sempre casuístico, embora não se esgote no exame do fator de diferenciação utilizado pela regra discriminadora [...]". (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, pg. 46 do voto).

^{[...]&}quot;. (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, pg. 46 do voto).

⁷³ Tal proposta já foi realizada por Marina Jacob (2009) em monografia intitulada "Igualdade e Ações Afirmativas Sociais e Raciais no Ensino Superior: O que se discute no STF".

5.1. A questão da auto e da heteroidentificação no caso da UnB (ADPF 186)

A UnB é pioneira⁷⁴ nas políticas de ações afirmativas étnico-raciais no Brasil, instituindo em 2004 a reserva de 20% do total de vagas em cada curso oferecido para os autodeclarados negros e pardos. Segundo o site da própria instituição tal medida tem como objetivo o enfrentamento de um quadro de desigualdades raciais, reconhecido pelo Estado brasileiro e observado na UnB.

O ministro Lewandowski considera necessário analisar se os mecanismos utilizados para identificação do critério étnico-racial são constitucionais⁷⁵. No caso das cotas raciais, as universidades costumam utilizar a autoidentificação (o candidato se declara negro no momento da inscrição) conjugada ou não com a heteroidentificação (identificação por terceiros). A UnB adotou o modelo de seleção misto, no qual o candidato se autodeclarava negro ou pardo e optava pelo sistema de cotas no momento da inscrição sendo, posteriormente convocado para uma entrevista pessoal composta por uma comissão que homologaria ou não a inscrição do candidato. O ministro Lewandowski (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, pg. 38-39 do voto), citando Daniela Ikawa, adere às condicionantes que ela apresentou a esse modelo, quais sejam:

"[...] (a) a classificação pelo comitê deve ser feita posteriormente à autoidentificação do candidato como negro (preto ou pardo), para se coibir a predominância de uma classificação por terceiros; (b) o julgamento deve ser realizado por fenótipo e não por ascendência; (c) o grupo de candidatos a concorrer por vagas separadas deve ser composto por todos os que se tiverem classificado por uma banca também (por foto ou entrevista) como pardos ou pretos, nas combinações: pardo-pardo, pardo-preto ou preto-preto; (d) o comitê deve ser composto tomando-se em

Conforme informação disponível no site da UnB: http://www.unb.br/noticias/unbagencia/unbagencia.php?id=6513. A ação afirmativa fez parte do Plano de Metas para Integração Social, Étnica e Racial da UnB e foi aprovada pelo Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (Cepe). http://www.unb.br/estude_na_unb/sistema_de_cotas#objetivos>.

⁷⁵Conforme disposto na pg. 38 do seu voto.

consideração a diversidade de raça, de classe econômica, de orientação sexual e de gênero e deve ter mandatos curtos".

Apesar de elencar essas condições, o ministro não traz informações detalhadas da comissão da UnB como, por exemplo, o modo de realização da entrevista e de classificação do fenótipo dos candidatos; quem são os integrantes da comissão mista e como são instituídos, etc. Entretanto, ele não afirma em seu voto que tais critérios são absolutos, mas que devem ser respeitados o máximo possível e desde que observada a dignidade da pessoa humana, tanto a auto quanto a heteroidentificação são constitucionais⁷⁶.

Dessa forma, a análise do ministro sobre os meios utilizados pela UnB no processo de seleção dos cotistas teve um caráter mais abstrato, não verificando o funcionamento da comissão responsável pela entrevista com as condicionantes citadas por ele. Recaiu, portanto, no chavão jurídico da "dignidade da pessoa humana", sem explicar, entretanto, o porquê de tais métodos se adequarem a esse princípio.

O Ministro Marco Aurélio também realizou uma interpretação mais abstrata das comissões e entendeu que as críticas realizadas a esse modelo decorriam de possíveis falhas e/ou fraudes, não de modelo ineficaz ou inconstitucional⁷⁷. Defende a razoabilidade desse critério, conforme elucida (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, pg. 9 do voto):

"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."

⁷⁷ Afirma que: "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". (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, Pg. 9 do voto).

⁷⁶ Afirma que: "Tanto a autoidentificação, quanto a heteroidentificação, ou ambos os sistemas de seleção combinados, desde que observem, o tanto quanto possível, os critérios acima explicitados e jamais deixem de respeitar a dignidade pessoal dos candidatos, são, a meu ver, plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional". (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, Pg 39 do voto).

O Ministro Gilmar Mendes faz uma crítica ao modelo que considera um "tribunal racial", apresentando aqueles casos que foram amplamente divulgados na mídia, como o caso dos irmãos gêmeos, no qual um foi considerado negro e o outro não. Esses desvios aconteceram quando o método utilizado era a análise de fotos dos candidatos⁷⁸, mas atualmente a homologação do cotista é feita através de entrevistas⁷⁹. Os ministros deixaram de fazer essa importante consideração, pois a partir dela poderia ser avaliada uma possível evolução da política, além disso, não é válido apontar falhas decorrentes de um modelo já substituído pela universidade. As únicas informações da UnB em relação à comissão que foram consideras no relatório são as seguintes (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, Pg. 8 do relatório):

"Ao contrário do afirmado pelo requerente, a comissão não é secreta, havendo, inclusive, entrevista pessoal com os candidatos. O que acontece é a inexistência de comunicação prévia informando qual será a comissão, a fim de evitar que sofra pressões e constrangimentos indevidos [...]".

Com essas informações dadas pelo autor é possível perceber que houve mudanças no método de seleção dos cotistas não sendo válidos, portanto, os argumentos que tem como base as falhas ocorridas com outro modelo de seleção.

5.2. PROUNI (ADI 3330)

Grande parte dos ministros não trouxeram novas considerações sobre o caso do PROUNI, aplicando o precedente da APDF 186. Somente os ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio (voto dissidente) e o ministro relator Ayres Britto apresentaram seus votos.

-

⁷⁸ Essas fotos são anexadas na ficha de inscrição e passam pela avaliação de uma banca, que vai decidir quem é e quem não é negro. Caso o vestibulando não seja aceito para concorrer no sistema de cotas do vestibular, ele automaticamente é transferido para a concorrência universal do processo seletivo. Informação disponível em: http://g1.globo.com/Noticias/Vestibular/0, MUL43786-5604,00.html>.

⁷⁹ Depois da entrevista, o pedido de inscrição no sistema de cotas será analisado por uma banca composta por docentes, representantes de órgão de direitos humanos e de promoção da igualdade racial e militantes do movimento negro de Brasília. O grupo decidirá pela homologação ou não do cadastro do candidato cotista. Quem já tiver a inscrição de cotista homologada em vestibulares anteriores não precisa comparecer novamente à entrevista.

O ministro Joaquim Barbosa⁸⁰ faz uma análise dos requisitos que a lei exige para que seja concedida a bolsa do PROUNI, os quais são: ser brasileiro; não ser possuidor de diploma do ensino superior; possuir o limite da renda familiar exigida pela lei; ter cursado o ensino médio em escola da rede pública ou privada na condição de bolsista integral e ser aprovado no processo seletivo adotado pela instituição de ensino. Ele considera, portanto, que tais critérios objetivos não ferem o princípio da isonomia, pois visam combater uma situação fática de desigualdade que é caracterizada pelo difícil acesso à universidade pela população pobre e o excesso de vagas na rede privada de ensino superior.

O Ministro relator Ayres Britto dedica grande parte de seu voto a uma análise mais abstrata e dogmática do princípio da isonomia e dos fatores de discriminação como foi analisado ao longo desse trabalho. Entretanto, não deixa de fazer menção aos aspectos únicos da política em questão, afirmando pelos mesmos motivos do ministro Joaquim Barbosa – compensação de anterior e factual desigualdade – que estes são constitucionais.

O voto dissidente do ministro Marco Aurélio se baseia em vícios formais da Medida Provisória que instituiu o PROUNI, não trazendo grandes contribuições em relação à análise da política pública em si. O ministro afirma apenas que não considera essa medida proporcional, pois a cada nove alunos pagantes se terá um aluno bolsita⁸¹. Além disso, afirma que é obrigação do Estado investir em mais vagas no ensino público, ao invés de compelir a iniciativa privada a fazer aquilo que é de sua responsabilidade.

5.3. A difícil concretização das medidas de prestações alternativas no caso do ENEM (STA 389 AgR/MG)

O MEC já tinha estabelecido no edital do exame uma alternativa para os estudantes de religiões (como os adventistas, por exemplo) que possuem o sábado como "dia de guarda", na qual eles ficariam confinados numa sala até o pôr do sol do sábado, para em seguida realizarem a prova.

⁸⁰ Informações retiradas do julgamento da ADI 3330, realizado em 03 de maio de 2012. Fala do Min. Joaquim Barbosa a partir dos 12min. e 08s.

⁸¹ Informações retiradas do julgamento da ADI 3330, realizado em 03 de maio de 2012. Fala do Min. Marco Aurélio a partir da 1h e 34min.

Entretanto, tal medida não atendia ao "Shabat" judaico, no qual é proibida a realização de atividades de qualquer natureza, não sendo um dia de descanso como no caso dos adventistas.

Por isso, os vinte e dois alunos da comunidade judaica pleiteiam a sua participação no ENEM em dia compatível com a sua fé. Para a concessão desse pedido, seria necessária a aplicação de uma prova distinta daquela aplicada para a grande maioria dos estudantes brasileiros, o que gera um conflito de ordem prática: como elaborar duas provas com o mesmo nível de dificuldade?

É essa dificuldade que acaba prevalecendo nos votos dos ministros para julgar improcedente o recurso. O ministro relator Gilmar Mendes afirma que não é insensível em relação à desvantagem que esses alunos sofrerão ao ficarem confinados durante 7 horas para em seguida realizar uma prova de 4 horas. Entretanto, para ele, o papel do Estado de oferecer uma prestação alternativa já foi cumprido, sendo inviável aplicar provas distintas em um exame da magnitude do ENEM.

Alega que não se trata de uma impossibilidade financeira ou administrativa, mas da incompatibilidade da medida com o princípio da isonomia, pois a confiabilidade do exame poderia ser coloca em cheque, já que existiriam duas provas diferentes para uma mesma seleção. Além disso, haveria um tratamento não isonômico entre as confissões religiosas que se submetessem à alternativa oferecida pelo MEC e os judeus, o que não se compatibiliza, na visão do ministro, com o caráter neutro do Estado perante o fenômeno religioso.

No mesmo sentido foram os votos dos ministros Lewandowski e Ayres Britto. O voto dissidente é do ministro Marco Aurélio, que não considerou a alternativa proposta pelo MEC como proporcional e razoável, pois poderia ter se encontrado uma solução mais viável já que o órgão se deparou com essa questão inúmeras vezes. Para o ministro uma solução mais adequada seria a realização do exame em qualquer dia útil que não fosse incompatível com o exercício dessas religiões, sugerindo a exclusão da sexta em virtude do islamismo.

O ministro Marco Aurélio não chegou à conclusão de que poderiam haver provas diferentes conforme a religião do aluno, mas afirma que a prestação alternativa deve ser sempre oferecida pelo Estado. Nesse caso concreto ele considera que é possível adotar-se uma postura mais compatível com o direito à liberdade religiosa, assegurado pela Constituição.

5.4. Conclusões parciais

A preocupação da Corte com meios concretos de aplicação das ações afirmativas nas universidades se resumiu, basicamente, ao modelo de seleção de cotistas adotado pela UnB. Uma possível explicação para a ênfase dada a esse aspecto é a repercussão que o dito "tribunal racial" teve nos meios de comunicação.

Apesar de focar apenas nesse aspecto da política pública, a análise do Tribunal foi insatisfatória, sem demonstrar um conhecimento aprofundado do método adotado pela UnB. Apesar do esforço do ministro relator de elencar algumas condicionantes a esse modelo de seleção, ele acabou recorrendo ao princípio da dignidade da pessoa humana, que pela sua natureza indeterminada e abstrata, não esclarece muitas dúvidas em relação à análise concreta das ações afirmativas.

Na ADI 3330 e no RE 597285 não houve novas considerações relevantes em relação às nuances dessas políticas públicas. Pelo contrário, o Tribunal acabou aplicando o precedente da ADPF 186, repetindo muitos argumentos trazidos nessa ação (principalmente a questão igualdade formal).

Ao estudar minuciosamente essas políticas públicas, a pesquisadora Marina Jacob (2009, p. 47) percebeu a tendência (com a convocação da audiência pública) de uma possível concentração do debate das ações afirmativas na APDF 186, concluindo que:

"[...] há um risco de se fixar em um caso considerando-o parâmetro para todos os demais e assim minimizar as nuances de cada projeto de ação afirmativa atacado. Na UNB apenas discute-se cotas raciais. Esse é apenas um modo de

ação afirmativa, [...]. Não se pode utilizar o mesmo argumento para rechaçar nem para concordar com esses tipos diferentes de políticas públicas [...]."

Foi confirmada, com a análise dos casos, essa previsão apontada pela pesquisadora citada. O principal precedente da ADPF 186 deve ser utilizado, nos casos futuros, para confirmar a constitucionalidade das ações afirmativas, entretanto, é imprescindível a análise do fator de discrímen e das nuances de cada medida⁸², para a aplicação de um precedente mais coerente.

No caso das prestações alternativas ocorreu o fenômeno oposto, pois o meio concreto para aplicação dessa medida foi a razão de decidir do relator e da maioria dos ministros. A Corte decidiu que era impossível estabelecer duas provas com o mesmo grau de dificuldade, num exame da magnitude do ENEM, sem gerar um problema de isonomia. Uma possível justificativa para a relevância dada a análise concreta da medida é porque o modo de execução da medida está intimamente ligado com princípio da isonomia.

-

⁸² Pode-se questionar, também, que as nuances de cada política e a escolha do fator de discrímen são escolhas que pertencem ao legislador ou ao administrador, não cabendo ao STF julgá-las. Essa, entretanto, não foi a postura do Tribunal na ADPF 186 e nos outros casos estudados, por isso cheguei à conclusão de que seria mais coerente analisar de forma mais profunda as nuances de cada política.

6. O uso do argumento da Proporcionalidade nas ações afirmativas e prestações alternativas.

O objetivo deste capítulo é mapear, nos votos, a utilização do argumento da proporcionalidade pelos ministros, a fim de descobrir qual a importância dele na construção argumentativa dos votos e qual o "significado" que os ministros atribuíram a ele. Esse estudo é relevante, pois existe um debate sobre a aplicação, na jurisprudência⁸³, da Regra da Proporcionalidade do teórico alemão Robert Alexy. Entretanto, os ministros não recorreram, nos casos estudados, à aplicação desse arcabouço teórico, explorando a "proporcionalidade" de forma diversa – a qual será explicada a seguir.

O ministro relator da APDF 186, Ricardo Lewandowski, dedica um item de seu voto à análise do que ele denomina de "Proporcionalidade entre os meios e os fins", estabelecendo esse critério como uma etapa necessária para aferir a constitucionalidade de normas que estabelecem um tratamento diferenciado. O ministro, citando Paulo Lucena de Menezes⁸⁴, afirma que essa análise consiste num juízo que mede, com os critérios da proporcionalidade/razoabilidade, a adequação da finalidade da norma com os meios escolhidos para atingi-la. Importante ressaltar que o ministro (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, pg. 46 do voto), na mesma citação, considera que:

"Esse exame, à evidência, não admite um grau elevado de abstração, pois ele só é factível quando definidos vários elementos que podem – e costumam – variar de caso para caso".

⁸³ No âmbito de produção científica da Escola de Formação, encontrei duas monografias que abordam o tema: "A colisão de direitos fundamentais e a regra da proporcionalidade na Jurisdição Constitucional: A atividade econômica e o direito ao meio ambiente", de Danilo Ferreira dos Santos (2009) e "Proporcionalidade e razoabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Os casos de conflitos entre princípios da Ordem Econômica", de Manuela Oliveira Camargo (2005).

⁸⁴ Conforme trecho citado: "(...) a análise da correspondência existente entre este e as disparidades adotadas (...), que deve ser considerada tanto no que se refere ao quesito pertinência (ou finalidade) da norma, como também no que tange à sua razoabilidade ou proporcionalidade. Esse exame, à evidência, não admite um grau elevado de abstração, pois ele só é factível quando definidos vários elementos que podem – e costumam – variar de caso para caso". (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, pg. 46 do voto).

Após estabelecer esse fundamento teórico que justifica a sua análise, o ministro Lewandowksi afirma que o estabelecimento da reserva de 20% das vagas, do vestibular da UnB, para negros e de um pequeno número delas para índios de todo o país, configura uma medida razoável e proporcional para atingir a finalidade da política: a redução das desigualdades sociais e a promoção da diversidade cultura na comunidade acadêmica e científica⁸⁵. Importante ressaltar que nessa parte do seu voto, o ministro estabelece um limite temporal às políticas de ações afirmativas, que devem ser mantidas somente até o alcance de seus objetivos.

No voto do ministro Marco Aurélio, na ADPF 186, ele cita a palavra "proporcionalidade" apenas uma vez, afirmando que esse critério deve ser observado e que o sistema de cotas deve ser extinto assim que cumprir o seu objetivo de correção das desigualdades⁸⁶.

No caso do PROUNI (ADI 3330), não houve menção no voto do ministro relator, Ayres Britto, aos termos proporcionalidade ou razoabilidade⁸⁷. Também no caso das cotas da UFRGS (RE 597.285-2) não houve menção a esse argumento pela maior parte dos ministros, exceto pelo ministro Marco Aurélio que afirmou que o sistema adotado pela UFRGS não respeitou o princípio da proporcionalidade, devido ao alto número de vagas reservadas para os cotistas.

Nas prestações alternativas (STA 389 AgR/MG), também não foi utilizado o argumento da proporcionalidade pela maioria dos ministros. Apenas o ministro Marcou Aurélio⁸⁸ citou o argumento para afirmar que a

²

⁸⁵ Após essa análise o ministro conclui que: "[...] a política de ação afirmativa adotada pela UnB não se mostra desproporcional ou irrazoável, afigurando-se, também sob esse ângulo, compatível com os valores e princípios da Constituição[...]". (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, pg. 47 do voto).

⁸⁶ Conforme afirma o ministro: "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." (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, pg. 8 do voto).

⁸⁷ Apenas o ministro Marco Aurélio utilizou esse argumento, afirmando apenas que: "Não vê preenchido o requisito da proporcionalidade, pois para cada 9 alunos pagante se terá 1 PROUNISTA." (Informação retirada do julgamento da ADI 3330, em 03 de maio de 2012, fala do Min. Marco Aurélio a partir de 1h e 35min).

⁸⁸ Conforme afirmou o ministro: "Atuou no campo da razoabilidade, da proporcionalidade? A meu ver, não. Não atuou. Manteve o ato e o exame poderia ocorrer em qualquer dia da semana:segunda, terça, quarta, quinta - excluída a sexta -, tendo em conta o islamismo. Assim o fez, mantendo a data designada e cogitando de confinamento, de recolhimento do

solução encontrada pelo INEP, para os estudantes que não poderiam realizar a prova no sábado em virtude de convicção religiosa, não teria atuado no campo da razoabilidade/proporcionalidade. O ministro Marco Aurélio sugere que a solução mais adequada para essa questão seria realizar o exame em dias úteis da semana (exceto a sexta-feira, devido ao islamismo).

Conforme foi descrito ao longo desse capítulo, pode-se perceber que no caso da ADPF 186 foi dada maior ênfase à análise da proporcionalidade, especialmente pelo ministro Ricardo Lewandowski⁸⁹. Nas demais ações estudadas (ADI 3330; RE 597.285-2 e STA 389 AgR/MG) apenas o ministro Marco Aurélio utilizou esse argumento, sempre no sentindo de discordar das medidas objeto das referidas Ações (em todas essas Ações o Ministro Marco Aurélio foi voto vencido).

Na ADPF 186 o ministro Lewandowski utiliza a proporcionalidade como uma espécie de régua, a fim de medir a adequação dos meios adotados pela política com a desigualdade fática que se pretende corrigir. Foi nessa direção que ele analisou se o número de vagas reservado pela UnB se mostrou suficiente ou se extrapolou os limites razoáveis, e se a duração da política foi adequada. Seguiu essa mesma direção o ministro Marco Aurélio, que utilizou a proporcionalidade para desaprovar o número de vagas reservadas nas cotas da UFRGS e o número de bolsitas no PROUNI.

O juízo que faço do uso da proporcionalidade, nas ações estudadas, é negativo, pois tal argumento se mostrou como uma "carta branca" nas mãos dos ministros para aprovar ou reprovar o modo de aplicação de uma política pública, sem explicações aprofundadas sobre o significado da

-

candidato a contrapor-se, justamente, ao objetivo visado com a tomada de providencias." (STA 389 AgR/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pg. 23 do acórdão).

⁸⁹ Nesse capítulo foram analisados apenas os votos escritos disponíveis (na ADPF 186), dos ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, pois não seria possível extrair dos votos "orais" o significado que os ministros atribuíram ao argumento da proporcionalidade. Quando o argumento aparecia, era apenas citado pelo ministro, sem posterior explicação, como no caso da ministra Cármen Lúcia que apenas afirmou: "[...] o sistema de cotas da UnB é perfeitamente compatível com a Constituição, pois a <u>proporcionalidade</u> e a função social da universidade estão observadas [...]". Por essa razão, utilizar os votos orais não seria relevante para a análise proposta para esse capítulo.

proporcionalidade no caso concreto. Não foram citados critérios nem regras que possam sugerir o que é ou não proporcional ou desproporcional em termos de ações afirmativas e prestações alternativas. Nesse sentindo, o juízo que o ministro faz sobre o número de vagas reservadas ou o tempo de duração da política se mostra arbitrário. É válido questionar, também, se seria possível, os ministros, analisarem tão detalhadamente o contexto social no qual a medida foi aplicada, para que tenham capacidade de formar um juízo técnico sobre a situação de desigualdade naquele contexto.

Além dessa questão de capacidade técnica para julgar a situação, pode-se questionar, também, se seria função dos ministros do STF estabelecer a quantidade de vagas e o tempo de duração da política, e se esse juízo é essencial para aferir a constitucionalidade da medida. Verificaportanto, necessidade de aprimoramento a do da "proporcionalidade", quando utilizada para julgar a adequação de determinada medida, com o fim almejado.

7. Considerações finais

A partir do problema proposto nessa pesquisa – como o STF avalia a concessão de medidas especiais para determinados grupos sociais – buscou-se estabelecer uma estrutura de análise que explicitasse todos os argumentos expostos pelos ministros e avaliasse a importância e coerência deles para a solução do conflito constitucional envolvido nos casos estudados. Simultaneamente a essa análise, foi feita a comparação entre os casos de ações afirmativas e prestações alternativas. Essa estrutura compreendeu três grandes blocos que guiaram o trabalho e responderam a três questões subsidiárias ao problema de pesquisa.

Na primeira parte, que consistiu numa análise da interpretação do STF sobre o princípio da igualdade, foi possível responder a seguinte questão: É constitucional estabelecer algum tipo de diferenciação entre grupos sociais para acesso ao ensino superior? A Corte respondeu que sim, com fundamentos diferentes de acordo com a medida analisada, conforme foi concluído no item 3.4 deste trabalho. Na análise comparativa realizada, constatou-se que no caso das ações afirmativas houve um maior esforço hermenêutico sobre o princípio da igualdade adotado pelo CF para, posteriormente, aplicá-lo ao caso concreto. Nas prestações alternativas, esse princípio foi aplicado diretamente ao caso concreto, pois sua interpretação foi relacionada exclusivamente ao fenômeno religioso.

Na segunda parte do trabalho foi analisado o fator de discrímen, com o objetivo entender quais grupos poderiam ser objeto de diferenciação. O STF avaliou como constitucional a utilização dos critérios raça, religião e condição socioeconômica como fator de discriminação da norma. As justificativas mais frequentes foram: (i) a necessidade de correção de uma desigualdade factual decorrente desses fatores; (ii) o uso deles pela própria CF e (iii) o benefício do pluralismo étnico-racial - que essas medidas trariam para o ambiente universitário. Na minha avaliação, considero que o STF se mostrou mais sensível aos grupos raciais e sociais, não levando em consideração, por exemplo, o argumento do pluralismo étnico-racial que os judeus poderiam trazer para o ambiente universitário.

Nessa parte, foi feita uma análise da aplicação dos precedentes da ADPF 186, referente aos votos dissidentes do ministro Marco Aurélio na ADI 3330 e no RE 597285. A partir desse exame, constatou-se a importância de uma definição mais clara do fator de discrímen, pois alguns ministros trataram a desigualdade racial e social como um único fenômeno, sem atentar para os objetivos da política instituída pelas universidades.

Na terceira e última parte, foi estudada a forma como o STF analisou meios empregados pelas medidas estudadas uso os proporcionalidade pelos ministros, buscando compreender qual o meio considerado constitucional para estabelecer essas diferenciações e se o STF impôs algum tipo de limite ao modo de aplicação dessas medidas. Constatou-se que houve uma maior preocupação do Tribunal de mencionar os meios utilizados pela UnB para seleção dos seus alunos cotistas, entretanto, não houve uma exposição detalhada desses meios nem uma posterior análise destes nos casos do PROUNI e das cotas na UFRGS. Em relação às prestações alternativas, a maior preocupação dos ministros foi a grande dificuldade prática de aplicação da medida, fato determinante para a solução do caso. O uso da proporcionalidade se mostrou arbitrário, pois não foram explicados, nos votos, quais os critérios que seriam utilizados para se considerar proporcional ou não determinada medida.

No decorrer dessas etapas, as análises feitas suscitaram diversas agendas de pesquisa que podem ser desenvolvidas a partir desses casos. São exemplos disso, a relação entre igualdade e desenvolvimento⁹⁰, e a judicialização das políticas públicas. Essa é uma das maiores contribuições que esse trabalho pode deixar para o tema, pois as conclusões alcançadas não encerraram o assunto, ao contrário, despertaram outros questionamentos que podem originar novas pesquisas.

_

⁹⁰ Pois, como afirma Amartya Sen: "O desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderamente sua condição de agente". Cf.- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 10.

8. ANEXOS:

Anexo I: Tabela comparativa dos argumentos dos ministros quanto ao princípio da igualdade

Legenda: X (argumento presente no voto do ministro).

Ministros:	Igualdade material/formal	Igualdade e democracia	Justiça Distributiva	Justiça Compensatória	Igualdade e Liberdade
Lewandowski	X	Χ	Χ		
Marco Aurélio	X	Χ			
Luiz Fux	X				
Rosa Weber	Χ				Χ
Carmén Lúcia				Х	
Joaquim Barbosa	X				
Cezar Peluso	Χ			Х	
Gilmar Mendes				Х	
Celso de Mello	Χ			Х	
Ayres Britto	Х			Х	

Anexo II: Tabela comparativa dos argumentos dos ministros quanto ao fator de discrímen (na ADPF 186), tendo como base comparativa o voto do Min. Relator Lewandowski

Legenda: X (argumento presente no voto do ministro).

Argumentos – voto do relator:	Marco Aurélio	Luiz Fux	Rosa Weber	Cárme n Lúcia	Joaqui m Barbos a	Cezar Peluso	Gilmar Mendes	Celso de Mello	Ayres Britto
Existência do conceito de raça. A utilização do próprio fator									
de discrímen na CF. Discriminação	X		X		X	X	X		X
Racial e conseqüente exclusão social.	Obs: Não se alonga no tema.								
Comando constitucional de inclusão racial/social – Art. 3º, inciso III.	X		X Obs: Não fala que o comand o vem do Art. 3, III.	X	X Obs: Não cita do Art.	X Obs: Não cita do Art.			X
Pluralismo étnico-racial		X Obs: Na universi dade	,		X				
Valorização de etnias e raças antes subjugadas (alteração subjetiva do sentimento de inferioridade)									

Anexo III: Tabela comparativa dos argumentos utilizados em relação ao fator de discriminação.

Argumentos usados:	Raça (cotas da UNB)	Condição econômica/educacional (PROUNI)	Religião (Prestação Alternativa)
Presença do fator de discrímen na CF:	Sim, no caso dos crimes de racismo. (Art. 4º, VII e Art. 5º XLII)	Não.	Sim. Art 5º, VIII)
Comando constitucional que justifique a utilização do fator de discrímen e uma atitude positiva do Estado:	Sim, Art. 3º, III.	Sim, Art. 3º, inciso III.	Sim. Art. 5°, VI e VIII.
Pluralismo étnico- racial	Sim	Sim	Não
Estabelecem limites, condições para a utilização desse fator?	Sim	Sim, o fator utilizado deve ser decorrente de situações histórico- culturais e nunca de fatores acidentais.	deve favorecer todas as

9. Referencial Bibliográfico

Livros/Artigos/Dissertações

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade: O Direito como instrumento de Transformação Social. A experiência dos EUA.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HASENBALG, Carlos Alfredo. *Discriminação e Desigualdades raciais no Brasil.* 2. Ed. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2005.

JACOB, Marina. "Igualdade e ações afirmativas sociais e raciais no ensino superior: o que se discute no STF?". Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2009. Disponível em < http://www.sbdp.org.br/monografias_ver.php?idConteudo=137>.

LAFER, Celso. "O caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo". Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004. Disponível em: http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/948. Acesso em: 19 nov. 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. "Curso de Direito Constitucional Positivo". 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. "*Princípio é preguiça?".* In: Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri. (Org.). Direito e Interpretação racionalidades e instituições. Direito e Interpretação racionalidades e instituições. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v., p. 287-305.

TAYLOR, Matthew M. "O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil". Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 50, nº2, 2007, pp. 229 a 257. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/dados/v50n2/a01v50n2.pdf. Acesso em: 18 nov. 2012.

Vídeos/Acórdãos

PLENO, Supremo declara constitucionalidade do ProUni (j. 03 de maio de 2012). Vídeos disponíveis em: http://www.youtube.com/watch?v=xbpx8xdvI9E e http://www.youtube.com/watch?v=ZSM1SMouYd4&feature=relmfu. Acesso em: 19 nov. 2012.

PLENO, STF julga constitucional política de cotas na UnB (j. 26 de abril de 2012). Vídeos disponíveis em:

http://www.youtube.com/watch?v=ZbOcW5oF2fQ>http://www.youtube.com/watch?v=5rP1zG5m6UU&feature=relmfu e http://www.youtube.com/watch?v=HVNM9Fu5qms&feature=relmfu. Acesso em: 19 nov. 2012.

PLENO, STF confirma validade de sistema de cotas em universidade pública (j. 09 de maio de 2012). Vídeos disponíveis em: http://www.youtube.com/watch?v=s-50Kak5zhY> e http://www.youtube.com/watch?v=6cHp2YlcSzM&feature=relmfu>. Acesso em: 19 nov. 2012.

STF: ADPF 186/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26/04/2012.

STF: ADI 3330/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 03/05/2012

STF: RE 597-285-2/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 09/05/2012

STF: STA 389 - AgR/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03/12/2009