

ADI 2858-8

PIQUET CARNEIRO ADVOGADOS

J. G. PIQUET CARNEIRO
GUILHERME MAGALDI NETTO
LUIZ CUSTÓDIO DE L. BARBOSA
MABEL LIMA TOURINHO
ARTHUR LIMA GUEDES

SCS Q. 1, BLOCO K, EDIFÍCIO DENASA, 12º ANDAR
70398-900 BRASÍLIA, D.F.
TEL.: (61) 223-2402
FAX: (61) 224-0906
E-MAIL: PIQUET@PIQUET.ADV.BR

CARLOS SAID O. BANDEIRA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO
EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ADI - 2858

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Coordenadoria de Registros
e Informações Processuais

19/03/2003 12:40 39283



CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS
ESTABELECI-MENTOS DE ENSINO – CONFENEN, entidade sindical
de 3º grau, inscrita no CNPJ sob o nº 33.611.856/0001-52, com sede nesta
Capital (doc. nº 1), por seus advogados *infra* assinados (doc. nº 2), vem,
com fundamento nos artigos 102, inciso I, alínea “a” e 103, inciso IX, da
Constituição Federal, c/c os artigos 1º, 2º, inciso IX e artigo 5º, caput e §
3º, todos da Lei nº 9.868, de 10.11.99, propor

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE,

com pedido de concessão de medida cautelar, tendo por objeto o artigo
2º, inciso I, alíneas “a” e “b” da Lei nº 3.524, de 28.12.00; o artigo 1º,
caput e parágrafo único da Lei nº 3.708, de 09.11.01 e o artigo 1º, *caput*
e parágrafo único da Lei nº 4.061, de 02.01.03, todas elas do Estado do
Rio de Janeiro (legislação anexa, doc. nº 3). Aduz, para tanto, as razões de
fato e de direito a seguir alinhadas.

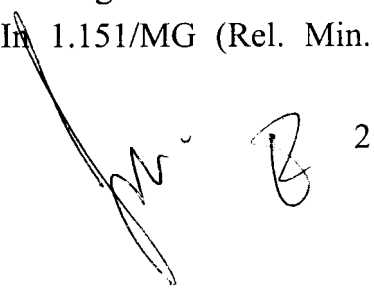
I

DA LEGITIMIDADE ATIVA

1. A Autora, como faz prova a documentação anexa (doc. nº 4), possui, desde 22 de março de 1990, a qualidade jurídica de **confederação sindical com base territorial nacional**, assim devidamente reconhecida por ato do Ministério do Trabalho. As confederações sindicais dessa natureza são autorizadas a ajuizar, perante o egrégio Supremo Tribunal Federal, a **ação direta de inconstitucionalidade** de que trata o **artigo 102, inciso I**, da Lei Fundamental. Daí, no caso concreto, a inquestionável *legitimatio ad causam* da Autora que, aliás, já foi reconhecida por essa Corte Suprema, em diversas oportunidades, como parte legítima para propor a **ação direta de inconstitucionalidade** (ver, *inter alia*, ADIn 1397/DF, 2036/DF e 2.667/DF, esta última inclusive com **medida cautelar** deferida).

2. Por outro lado, há absoluta e adequada **pertinência temática** entre a matéria tratada na legislação estadual impugnada e os interesses e finalidades institucionais da confederação Autora. Como se sabe, a partir da decisão tomada na ADIn 305, de que foi relator o eminente Min. PAULO BROSSARD (RTJ 153/428), consolidou-se no Supremo Tribunal a construção pretoriana do requisito, para a propositura de ADIn, que se convencionou chamar “*pertinência temática*”, sem o qual as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional não se legitimam para o processo de controle abstrato da constitucionalidade das leis.

3. Não há porém **rigidez** no conceito de **pertinência temática**, antes ao contrário **flexibilidade** em sua exegese. A ela não se aplicam, como já assentou o Tribunal na ADIn 1.151/MG (Rel. Min.



Handwritten signature and initials, possibly 'P. B.', followed by the number '2'.

SEPÚLVEDA PERTENCE, RTJ 158/790), “os parâmetros estritos da legitimação ad causam no processo comum, inter partes, que pressupõe a titularidade, em tese, do direito subjetivo alegado pelo autor”. Por isso, a definição do que seja **pertinência temática** vem sendo tratada *cum granus salis* pela jurisprudência do STF, sendo certo que a Corte admite, como asseverou o eminente Min. MOREIRA ALVES na citada ADIn 305, até mesmo a “*pertinência indireta*”, a indicar que o que interessa, no particular, não é o rigor do conceito mas apenas e tão-só um mínimo de **correlação objetiva**, um liame mínimo e razoável entre o tema objeto da lei acoimada de inconstitucional e a área específica de atuação da autora da ação.

4. No caso concreto, o cumprimento do requisito da **pertinência temática** é manifesto. O assunto tratado na legislação estadual impugnada refere-se, *lato sensu*, à **educação e ao ensino**; *stricto sensu*, refere-se ao **acesso** dos cidadãos aos **estabelecimentos públicos de ensino**. Temas portanto diretamente vinculados à área de atuação da Autora, que foi constituída justamente para estudar, defender e coordenar os interesses gerais, culturais, econômicos e profissionais dos estabelecimentos de ensino nacionais, seus associados, bem como auxiliar o Poder Público, como órgão técnico e representativo desse setor, no estudo e solução do problemas do ensino e da educação nacionais.

II

DA INEXISTÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA

5. Por dever de lealdade e boa-fé processuais, a Autora – ainda em **preliminar** – informa a esta egrégia Corte que **duas**, dentre as **três** leis estaduais impugnadas, ou seja, as leis do Estado do Rio de Janeiro de nºs



3.525, de 28.12.00 e 3.708, de 09.11.01, estão sendo também concomitantemente impugnadas perante o colendo Tribunal de Justiça daquele Estado, em face de alegada contrariedade à Constituição Estadual. Referimo-nos às **Representações por Inconstitucionalidade n°s 21/03 e 20/03**, respectivamente, tendo sido concedida **cautelar initio litis** na primeira delas, nos seguintes termos, *verbis*:

“1-) *Trata-se de Representação por Inconstitucionalidade da Lei Estadual 3524/2000 que dispõe sobre “reserva de vagas” nas Universidades Públicas Estaduais do Estado do Rio de Janeiro para alunos que tenham cursado integralmente os ensinamentos fundamental e médio em instituições da rede pública dos Municípios e/ou do Estado.*

2-) **CONCEDO** a Medida Cautelar requerida com a Representação *sub examinem*, a fim de **SUSPENDER A EFICÁCIA** da lei em questão – Lei 3.524/2000, *ex nunc*, por entender presentes os requisitos da medida cautelar do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, **maxime** nesta época de início do ano letivo, isto até o julgamento do mérito da presente Representação (Art. 105, b do Regimento Interno desta Egrégia Corte). Na verdade, tal diploma legal se coloca em frontal oposição aos artigos 9º § 1º; 306 e 307, I da Constituição Estadual e artigo 5º caput e 208, V da Constituição Federal.

3-) Estabelece o artigo 9º e seu § 1º da Constituição Estadual, *verbis*:

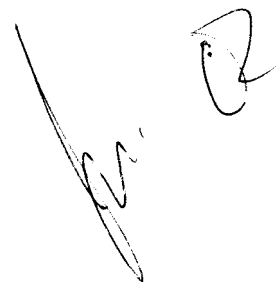


“Art. 9º - O Estado do Rio de Janeiro garantirá, através da lei e dos demais atos dos seus órgãos e agentes, a imediata e plena efetividade dos direitos e garantias individuais e coletivos, mencionados na Constituição da República, bem como de quaisquer outros decorrentes do regime e dos princípios que ela adota e daqueles constantes dos tratados internacionais firmados pela República Federativa do Brasil.

§ 1º - Ninguém será discriminado, prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, idade, etnia, raça, cor, sexo, estado civil, trabalho rural ou urbano, religião, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental, por ter cumprido pena nem por qualquer particularidade ou condição.”

4-) Logo, viola a Lei impugnada o princípio da igualdade de todos perante a Lei, que não admite que alguém seja discriminado, prejudicado ou privilegiado por qualquer particularidade ou condição.

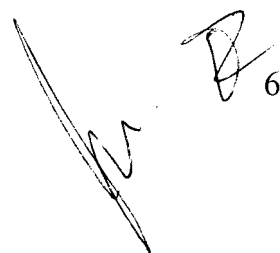
5-) Notifiquem-se a Exma. Senhora Governadora do Estado do Rio de Janeiro e a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, a fim de que prestem, no prazo legal, as informações de estilo, comunicando-lhes o teor desta liminar. Oficie-se também os Senhores Reitores das Universidades Públicas Estaduais do Estado do Rio de Janeiro, a fim de que tomem ciência, tão só, do teor desta decisão.



6-) *Oficie-se e publique-se.*” (Doc. nº 5)

6. Não há, contudo, **litispendência** capaz de opor obstáculo ao ajuizamento desta ADIn. A tramitação, perante Tribunal de Justiça estadual, de ação pleiteando a declaração de inconstitucionalidade de lei estadual em face da Constituição do Estado, **não inibe** a abertura, perante o Supremo Tribunal Federal, do controle concentrado de constitucionalidade da mesma lei estadual, contestada em face da Constituição Federal. Essa é a orientação jurisprudencial desta Corte Suprema, assentada após o julgamento das **Reclamações nº 383/RJ e 425/RJ** (Relatores, respectivamente, os Mins. MOREIRA ALVES e NÉRI DA SILVEIRA). A propósito, confira-se a ementa esclarecedora na ADIn 1423 MC/SP, também relatada pelo eminente Ministro MOREIRA ALVES *in verbis*:

“EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. Lei nº 9.332, de 27 de dezembro de 1995, do Estado de São Paulo. – Rejeição das preliminares de litispendência e continência, porquanto, quando tramitam paralelamente duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma no Tribunal de Justiça local e outra no Supremo Tribunal Federal, contra a mesma lei estadual impugnada em face de princípios constitucionais estaduais que são reprodução de princípios da Constituição Federal, suspende-se o curso da ação direta proposta perante o Tribunal estadual até o julgamento final da ação direta proposta perante o Supremo Tribunal Federal, conforme sustentou o relator da presente ação direta de inconstitucionalidade em voto que proferiu, em pedido de vista, na Reclamação 425; - Ocorrência, no caso,



de relevância da fundamentação jurídica do pedido, bem como de conveniência da concessão da cautelar. Suspenso o curso da ação direta de inconstitucionalidade nº 31.819 proposta perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, defere-se o pedido de liminar para suspender, ex nunc e até decisão final, a eficácia da Lei n 9.332, de 27 de dezembro de 1995, do Estado de São Paulo.” (DJU de 22.11.96)

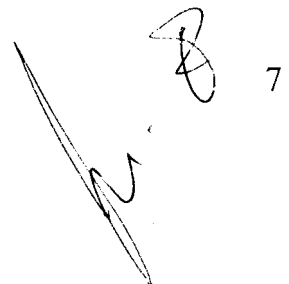
III

DO MÉRITO

(i) As Leis impugnadas e suas conseqüências

7. A Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro aprovou e os Governadores ANTHONY GAROTINHO e ROSINHA GAROTINHO sancionaram três leis que, de *per si* ou em conjunto, criaram naquele Estado da Federação – e pela primeira vez na educação nacional – o hoje conhecido como “*sistema de reserva de vagas*”, ou “*sistema de cotas*”, destinado a regular o **acesso**, via **concurso vestibular**, dos estudantes de ensino médio aos cursos oferecidos pelas universidades públicas do Estado do Rio de Janeiro.

8. Esse mecanismo estadual de **acesso ao ensino superior** funciona, *grosso modo*, da seguinte maneira: do total das vagas em todos os cursos das universidades públicas fluminenses ficam obrigatoriamente reservadas, **no mínimo, 50%** (cinquenta por cento) delas para alunos candidatos ao vestibular que cursaram o **ensino fundamental e médio** em **escolas públicas** municipais ou estaduais; **40%** (quarenta por cento) das



vagas, no **mínimo**, para candidatos ao vestibular que se declaram, no ato da inscrição do concurso, **negros** ou **pardos**; e, por fim, **10%** (dez por cento) das vagas ficam destinados aos vestibulandos **portadores de deficiência**.

9. As leis impugnadas beneficiam portanto **três categorias** de candidatos ao **acesso** às universidades públicas daquele Estado. Em primeiro lugar, os alunos da **rede pública** estadual, privilegiados pelo discrimen previsto no **artigo 2º, caput e inciso I, alíneas “a” e “b”** da Lei estadual nº 3.524/00, nos seguintes termos, *verbis*:

“Art. 1º


Art. 2º As vagas oferecidas para acesso a todos os cursos de graduação das universidades públicas estaduais serão preenchidas observadas os seguintes critérios:

I – 50% (cinquenta por cento), no mínimo, por curso e turno, por estudantes que preencham cumulativamente os seguintes requisitos:

a) tenham cursado integralmente os ensino fundamental e médio em instituições da rede pública dos Municípios e/ou do Estado;

b) tenham sido selecionados em conformidade com o estabelecido no art. 1º desta lei.”

10. Em segundo lugar, para os vestibulandos que se auto-declaram **negros** ou **pardos**, a outra lei estadual impugnada nesta ADIn, a Lei nº 3.708/01, em seu **artigo 1º, caput I e § único**, concede-lhes também a regalia do “*sistema mínimo de cotas*” mediante o seguintes discrimen,

 8

verbis:

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

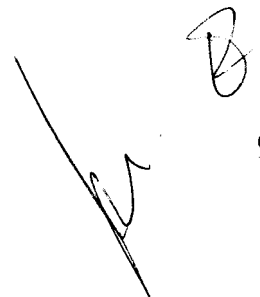
§ único – Nesta cota mínima incluídos também os negros e pardos beneficiados pela Lei nº 3524/2000.”

11. Com relação, por último, aos **portadores de deficiência**, diz a **Lei estadual nº 4.061/03**, igualmente impugnada nesta ADIn, que serão eles beneficiados também com “*reserva de vagas*”, da seguinte forma, *verbis:*

“Art. 1º - As Universidade Públicas Estaduais deverão reservar 10% (dez por cento) das vagas oferecidas em todos os seus cursos para alunos portadores de deficiência.

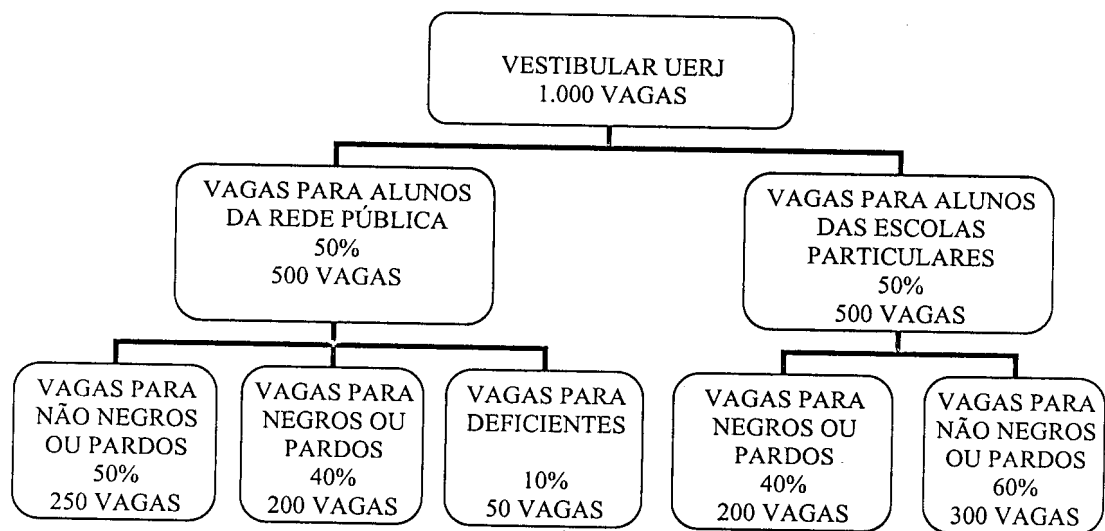
Parágrafo único – As vagas oferecidas nesta Lei serão tomadas dentre aquelas ofertadas aos alunos egressos da rede pública de ensino do Estado ou do municípios, conforme dispõe a Lei nº 3.524/2000.

Art. 2º - O número de vagas previsto no “caput” do art. 1º desta Lei deverá constar obrigatoriamente do Edital que disciplina o processo de seleção para cada Curso e Unidade, arredondando-se para cima quando

Handwritten signature and initials in black ink, located at the bottom right of the page.

a quantidade de vagas for fracionada.

12. Como se vê – e é fácil constatar –, aplicadas essas três leis aos vestibulares de acesso aos cursos universitários nas universidades públicas fluminenses, resultaria, para um universo hipotético de 1.000 vagas, por exemplo, a repartição percentual das vagas entre os concorrentes descrita no quadro abaixo.



13. Portanto, para os candidatos ao vestibular de acesso ao ensino superior público do Estado do Rio de Janeiro que não se autodeclaram **negros** ou **pardos**, e que, de outro lado, não tenham estudado em **escola pública municipal** ou **estadual** nos graus médio e fundamental, só há possibilidade de concorrer a **30% das vagas**, ou melhor, no quadro hipotético visto acima, só sobriam para eles **300** da **1.000** vagas

oferecidas.

14. Acresce que o percentual de vagas desses candidatos aos vestibulares fluminenses (não **negros** ou **pardos** e oriundos de **escolas particulares**) pode ser ainda menor, dependendo das regras de cada Edital adotado pelas universidades. É que as **Leis nº 3.524/00 e 3.708/01** falam em “*cota mínima*” de vagas, o que significa dizer que nada impede uma universidade pública do Estado do Rio de Janeiro de reservar, por exemplo, mais de 50% das vagas para estudantes oriundos do **ensino público**; ou mais de 40% das vagas para aqueles que se autodeclaram **negros** ou **pardos**.

15. Tampouco é de se descartar a hipótese, nada abstrata, de que novas cotas para outros grupos populacionais (mulheres, indígenas, amarelos, hispânicos, etc), eventualmente fixadas por novas leis no Estado do Rio de Janeiro, se adicionem às cotas já existentes e terminem por alterar ainda mais o quadro de repartição de vagas visto acima. Ou seja, na impede, que no futuro, aos candidatos **brancos** (ou amarelos) não portadores de **deficiência física** e oriundos da **rede particular** de ensino fiquem destinadas apenas 20%, 10% ou menos das vagas nos vestibulares.

16. Por último, cumpre ressaltar que o “*sistema de reserva de vagas*” ou de “*cotas*” instituído pela legislação impugnada, aplicado pela primeira vez ao vestibular da UERJ do início deste ano, criou perplexidades e situações concretas absolutamente injustas. Por exemplo, a do vestibulando oriundo de **escola particular** – e aqui não importa a cor dele, se branco, preto ou pardo – que obteve nota sensivelmente maior do que a obtida por candidato vindo da **escola pública** municipal ou estadual. No entanto, o primeiro perde para o segundo a vaga que, por **mérito**, lhe seria destinada.



17. Além de injustas, desarrazoadas e discriminatórias, as regras estaduais impugnadas feriram normas da Constituição Federal e maltrataram princípios fundamentais da nossa Lei Maior, como adiante se pretende demonstrar.

(ii) **Ofensa ao artigo 5º, caput, da C.F. (princípio da isonomia)**

18. Dispõe, com efeito, o **artigo 5º, caput**, da Lei Fundamental que *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”*. A norma constitucional veicula o secular **princípio da isonomia**, também conhecido como **princípio da equidade**, introduzido na ordem jurídica brasileira com *status* de **direito fundamental** dos cidadãos. Sua proeminência no nosso sistema constitucional é manifesta, pois, como lembra MAREN TABORDA, ele penetra, informa e dá conteúdo aos demais direitos e garantias constitucionais (in “O Princípio da Igualdade em Perspectiva Histórica: conteúdo, alcance e direções”, RDA, Rio de Janeiro, 211: 241-269, jan/mar. 1998).

19. O **princípio isonômico** suscita, todos sabem, infundáveis, acalorados e apaixonantes debates em diversos planos do conhecimento humano; e não é no *locus* processual da **ação direta de inconstitucionalidade** que as divergências sobre esse tema serão dirimidas.

20. Nesse contexto, interessa mais precisar a **natureza jurídica** da **isonomia** ou da **equidade**. A propósito, o Supremo Tribunal Federal tem contribuído para a exegese desse princípio fundamental, o qual já foi alvo de precedentes da Corte. Entre outros julgados que enfrentaram

o tema, cabe invocar, pelo seu sentido objetivo e didático, a decisão do Tribunal proferida no **RE nº 161.243-6**, do Distrito Federal, relatado pelo Ministro **CARLOS VELLOSO**, um dos nossos mais eminentes constitucionalistas (DJU de 19.12.97).

21. Tratava-se, nesse precedente, de saber se havia maltrato ao *caput* do **artigo 5º** da C.F. pelo fato de uma empresa francesa, no Brasil, dar tratamento diferenciado a trabalhadores de **nacionalidade francesa**, privilegiando-os em relação aos **trabalhadores brasileiros**. O Ministro **VELLOSO** assim delimitou o tema em debate:

*“A questão é, pois, puramente jurídica: seria possível, tendo em vista o **princípio isonômico**, que a um empregado da empresa francesa, em território nacional, não fosse aplicado o Estatuto Pessoal da Empresa, só pelo motivo de o empregado não ser francês?”*

22. A Corte entendeu que o discrimen imposto pela empresa, isto é, a **nacionalidade do trabalhador**, ofendia o **princípio da igualdade** inscrito no *caput* do artigo 5º da C.F. Para chegar a essa conclusão, o Tribunal enfrentou o tema da **natureza jurídica do princípio da isonomia**, dizendo, na voz do Ministro **CARLOS VELLOSO**, que *“a discriminação que se baseia em **atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo**, como o **sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc**, é inconstitucional”*. Lembrou ainda que a essa conclusão também chegara o STF no julgamento do AI nº 110.846 (AgRg), do Paraná, de relatoria do não menos ilustre Ministro **CÉLIO BORJA**, assim ementado, *verbis*:

“Princípio da isonomia. Não é vulnerado. quando a mesma parte, em causas idênticas e processos distintos



julgados pelo mesmo Tribunal, recebe decisões diversas. A discriminação proibida é a que se funda em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do sujeito enunciados na Constituição, art. 153, § 1ºi” (DJU de 05.09.86).

23. No caso concreto, tal qual nos precedentes acima indicados, o **artigo 2º, inciso I**, alíneas “a” e “b”, da **Lei nº 3.524/00** do Estado do Rio de Janeiro, criou **distinção arbitrária** em favor de concorrentes ao vestibular que provenham do **ensino público** médio e fundamental do Estado ou de seus municípios. A norma impugnada elegeu um discrimen fundado em **atributo pessoal** (a origem escolar), o que é vedado pela Lei Fundamental.

24. Do mesmo modo, o **artigo 1º, caput** e § único da **Lei nº 3.708/01** do Estado do Rio de Janeiro, também discriminou candidatos ao acesso à Universidade com base em **característica extrínseca** dos concorrentes – a cor da pele. Os que se autodeclaram **negros** ou **pardos** levam vantagem sobre os que assim não se declaram, já que podem ingressar no **ensino superior estadual** com notas mais baixas do que estes últimos, em virtude de lhes terem sido destinadas vagas específicas. Aqui também a inconstitucionalidade da norma impugnada é de clareza mediana em virtude da proibição da discriminação baseada no critério da cor dos cidadãos.

25. Inconstitucional também, pelos mesmos argumentos, é a norma do **artigo 1º, caput**, e **parágrafo único** da Lei estadual fluminense nº **4.061/03**. A qualidade do sujeito (deficiente físico) como fator de discriminação, em determinadas circunstâncias, pode até ser legítima e



necessária; mas não o é no caso do acesso à universidade mediante concurso vestibular, onde não se medem **aptidões físicas** mas apenas **conhecimentos intelectuais**.

26. Em suma: só a Constituição Federal pode estabelecer, em seu texto, **exceções “relativizando”** a aplicação do **princípio da isonomia**. É o caso do **artigo 37, inciso VIII**, da Carta de 88, que criou um **discrímen** em favor das **pessoas portadoras de deficiência**, autorizando a criação de cotas para elas no acesso aos cargos e empregos públicos.

27. Vale dizer, portanto, que se o Constituinte de 1988 quisesse estender esse mesmo **discrímen** ao ingresso do aluno deficiente na universidade, ele o teria feito no próprio texto da Constituição, na parte relativa à Educação (Título VIII, Capítulo III, Seção I). Se quisesse criar distinção com base na **cor** do candidato ao vestibular, teria da mesma maneira assim disposto, excepcionando, no caso, o **princípio da isonomia**. E se pretendesse também privilegiar alunos da **rede pública** de ensino em detrimento daqueles oriundos do **ensino particular**, o legislador constituinte teria incluído na Carta Magna norma com esse alcance.

28. Assim porém não agiram os autores da Lei Fundamental. Se excepcionaram o **princípio da isonomia** para o acesso aos cargos públicos das **pessoas portadoras de deficiência**, o mesmo contudo não fizeram para o ingresso na escola, para o acesso enfim ao ensino, ao qual se aplica a **equidade** em toda sua extensão e autoridade.

29. O legislador estadual entretanto ignorou a **ausência constitucional de exceção ao princípio**, razão pela qual as normas estaduais impugnadas acabaram por violá-lo, sendo pois, por esse fundamento, nulas e írritas.



(iii) **Transgressão do princípio democrático e republicano do mérito (Art. 206, inciso I, e 208, V, da C.F.)**

30. Desde Aristóteles, na *Ética a Nicômano*, passando pelos filósofos cristãos da Idade Média, os racionalistas das grandes revoluções liberais até o moderno constitucionalismo, a idéia de Democracia e a de República sempre estiveram ligadas ao conceito do **justo**. Mas qual seria o melhor critério para o **justo**? O critério do **mérito**, da medição pessoal, responde Aristóteles, afirmando que os **democratas** e **republicanos** identificam esse mérito com a condição do *homem livre*; os partidários da **oligarquia** com a *riqueza* ou a *nobreza de nascimento*; e os **aristocratas** com a *excelência*.

31. O **princípio do mérito** portanto é, desde a mais remota Antiguidade, a pedra angular da idéia de República. Só pelo **mérito** é possível alcançar o **justo**, dogma caro para republicanos e democratas.

32. Nossa Constituição de 88 acolheu a idéia de República e, com ela, incorporou, como princípio sensível da Lei Fundamental, todos os princípios que derivam do pensamento republicano, dos quais o **mérito** talvez seja o maior deles.

33. Está com efeito inscrito nos **artigos 206, inciso I, e 208, V, da C.F.**, a idéia republicana de que a lei de **acesso à escola**, em todas os seus níveis, só será **justa** se, e somente se, não estabelecer privilégios entre os candidatos ao ingresso. Vale dizer: o **mérito** é a única medida capaz de garantir a igualdade de acesso ao ensino, sobretudo o **ensino superior** onde o ingresso se faz por concurso público de provas.



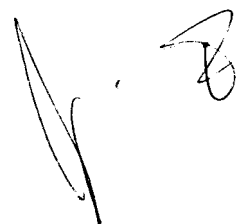
34. No caso que agora a Autora submete ao crivo do Supremo Tribunal Federal, o legislador estadual ignorou o **princípio republicano do mérito**, violando assim expressamente o disposto nos **artigos 206, inciso I, e 208 inciso V**, da C.F.

35. De fato, a legislação impugnada nesta ADIn transformou o **sistema de mérito**, que é absoluto e soberano nas Repúblicas democráticas, em **princípio relativo**, isto é, princípio que pode ou não ser aplicado ao sabor das circunstâncias. Vale dizer que no Estado do Rio de Janeiro nem sempre o candidato de melhor nota – de maior **mérito**, portanto – ascende à universidade. Exemplo disso são os inúmeros casos reportados pela imprensa nacional escrita, conforme faz prova a documentação anexa (doc. 6), os quais demonstram a que ponto chegou, naquele Estado, a **relativização do princípio do mérito**, praticamente banido dos vestibulares fluminenses, em total afronta à regra dos citados **artigos 206, I, 208, V**, da Carta Magna.

36. Entre tantos casos dessa irreparável injustiça, a mídia se reporta ao caso do candidato Diego Marcondes Desigue que obteve 49,25 pontos, menos portanto do índice mínimo de 50 pontos, e, não obstante, entrou na universidade beneficiado que foi porque se autodeclarou **pardo**.

37. Outro estudante que fez 85,50 pontos não ingressou na UERJ porque era **branco** e oriundo de **escola particular**. Se se autodeclarasse **preto** ou **pardo**, ascenderia ao ensino universitário estadual, mesmo com essa nota, em virtude da reserva de 40% das vagas para essa categoria de candidatos.

38. Por último, a imprensa também anotou (doc. anexo) que o melhor resultado, por exemplo, para o curso de engenharia mecânica, tirado entre os candidatos não beneficiados pelas “*cotas*”, foi de 95,75



pontos, ao passo que para o mesmo caso o “*sistema de reserva de vagas*” registrou nota máxima muitíssimo inferior, de 44,25 pontos.

39. É pois para restabelecer a **idéia republicana de mérito** no sistema de acesso às universidades públicas do Estado do Rio de Janeiro que a Autora pede ao Supremo Tribunal Federal seja declarada a inconstitucionalidade das normas objeto desta ADIn.

(iv) Desrespeito ao princípio constitucional da proporcionalidade

40. Como anota CANOTILHO, em seu monumental Direito Constitucional¹, as **leis interventivas** que limitam ou restringem o gozo dos direitos fundamentais do cidadão – e é o caso da legislação ora impugnada em relação aos **princípios da isonomia** e do **mérito** –, devem atender, para se legitimarem, ao chamado **princípio da proporcionalidade** ou da **proibição de excesso**, como designado pela doutrina constitucional alemã, ou ainda **princípio da razoabilidade**, expressão do constitucionalismo americano. O Supremo Tribunal Federal, conforme lembrado por SUZANA DE TOLEDO BARROS, deu aplicação a esse princípio pela primeira vez, em sede de ADIn, em 1993. A decisão é da lavra do Ministro SEPULVEDA PERTENCE, nos seguintes termos, *verbis*:

“Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para a substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: argüição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e §§, 25, §2º, e 238, além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos:

¹ Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

plausibilidade jurídica da argüição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida.” (in “O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis de Direitos Fundamentais”, Brasília, 2000, Ed. Brasília Jurídica, p. 73)

41. Mas há outros precedentes da Corte Suprema acolhendo a aplicação do princípio que hoje já se considera definitivamente incorporado à nossa Lei Maior, como parâmetro para aferição da constitucionalidade das leis. GILMAR MENDES, hoje Ministro dessa egrégia Corte, cita várias ações diretas de inconstitucionalidade nesse mesmo sentido em obra de autoria coletiva intitulada “Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais”².

42. Dúvida pois não há sobre a **dimensão normativa** do princípio, isto é, sua **referência constitucional**. Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente na SS 1.320 (DJU de 14.4.99):

“A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, ajusta-se ao princípio do devido processo legal, analisado na perspectiva de sua projeção material (substantive due process of law).

Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata

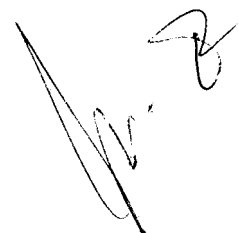
² Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 251 e seguintes

instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.”
(ADIN 1.407-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Conclui-se, portanto, que, se a norma revelar-se tisonada pelo vício da irrazoabilidade, restará configurado, em tal anômala situação, o excesso de poder em que incidiu o Estado, o que compromete a própria função constitucional inerente à atividade de positividade do Direito, pois o ordenamento jurídico não pode conviver com atos estatais revestidos de conteúdo arbitrário.”

43. A aplicação do **princípio da proporcionalidade** às leis, como aquelas do caso *sub judice*, que criam **discriminações**, resulta então em saber-se quais são os discrímens **toleráveis, razoáveis, necessários, ponderáveis**, enfim, **proporcionais** aos fins a serem atingidos. Também se diz que, pelo princípio em questão, pode-se avaliar se a restrição de direito fundamental (o **tratamento discriminatório**) é ou não o meio menos gravoso posto à disposição do legislador para atingir a finalidade desejada. Se há outro meio que sacrifique menos os direitos fundamentais, o **princípios da proporcionalidade** é invocável como medida de inconstitucionalidade da lei restritiva do direito fundamental.

44. Por outro lado, dúvida também não há de que o Supremo Tribunal Federal pode ser chamado a proferir **juízo de valor** sobre a adequação das leis restritivas de direitos fundamentais ao **princípio da proporcionalidade**. É isso, aliás, o que pleiteia a confederação Autora: obter da mais alta Corte do país **juízo de valor** sobre a **desproporcionalidade** da legislação do Estado do Rio de Janeiro que criou o “*sistema de reserva de vagas*” ou de “*cotas*” em suas universidades.



45. Realmente, a **desproporcionalidade** dessa legislação é inegável. Basta conferir os números resultantes da acumulação das cotas já previstas: do total das vagas para a UERJ, por exemplo, 70% (setenta por cento) delas – bem mais da metade! –, são preenchidas pelo “*sistema de cotas*”. Assim, o legislador estadual extrapolou os *limites da razoabilidade* no trato dessa questão. A inconstitucionalidade, sob esse fundamento, é flagrante.

46. Além do mais, as normas estaduais impugnadas impuseram aos direitos fundamentais dos vestibulandos discriminados gravame altíssimo que, todavia, poderia ser evitado se o legislador estadual optasse por outros meios, bem menos gravosos, para atingir as finalidades desejadas. Se o que se pretende é instituir, no nível estadual, **políticas compensatórias** de acesso ao **ensino superior**, melhor seria, como sugere JOSÉ MURILO DE CARVALHO³, um mestre no assunto, adotar medidas menos gravosas:

“Ações afirmativas menos problemáticas e mais eficientes são possíveis e viáveis. A mais óbvia já é aplicada por algumas ONGs: preparar estudantes de grupos minoritários para competir em pé de igualdade no vestibular. Os governos poderiam apoiar pesadamente esses esforços no sentido de multiplicar o número de candidatos bem preparados. As próprias universidades, sobretudo públicas, poderiam utilizar seus colégios de aplicação para a mesma finalidade e inventar modalidades novas de atuação. Poderiam também multiplicar as turmas noturnas e criar sistemas de bolsas, completas ou pelo menos de alimentação. Tais políticas poderiam ter efeito amplo e imediato, sem esperar pela sempre reclamada melhoria do ensino público fundamental e de segundo

³ “Ação afirmativa, sim; cota não”, O Globo, 13.3.2003.

grau. E não teriam nenhuma das desvantagens das cotas.” (doc. nº 7)

(v) Usurpação de competência legislativa privativa da União (artigo 22, XXIV, da C.F.)

47. Além das inconstitucionalidades **materiais** antes apontadas, as normas estaduais impugnadas sofrem também de **vício formal** de inconstitucionalidade insanável. O legislador estadual, nesse particular, ao instituir o “*sistema de cotas*” para o acesso ao ensino universitário, acabou, na verdade, extrapolando os limites de sua competência, passando a legislar sobre tema (políticas compensatórias para o ingresso no ensino superior) nitidamente vinculado às **diretrizes e bases da educação nacional**.

48. Ora, matérias relativas às **diretrizes e bases da educação nacional** só podem ser tratadas pela legislação federal, conforme determina o **artigo 22, inciso XXIV**, da C.F., desse modo, *verbis*:

“Art. 22. Compete privativamente à União Federal legislar sobre:

(...)

XXIV – diretrizes e bases da educação nacional (...)”

49. Com base nessa autorização constitucional, a União legislou sobre **diretrizes e bases da educação nacional** por intermédio da **Lei nº 9.394/96**, que lei traçou as regras gerais que deverão ser observadas na **educação nacional**. E nela não quis o legislador federal criar sistema algum de acesso às universidades mediante “*cotas*” ou “*reserva de vagas*”.

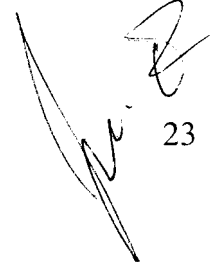


50. Recentemente, no entanto, o legislador federal, sempre invocando sua competência para regular as **diretrizes e bases da educação nacional**, editou a **Lei nº 10.558**, de **13.11.02**. Essa lei tratou justamente do “*acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, especialmente dos afrodescendentes e dos indígenas brasileiros*” (art. 1º da Lei). Não foi porém instituído nenhum “*sistema de cotas*”.

51. Desse modo, fica bem claro que o tema “*acesso às universidades de grupos socialmente desfavoráveis*” inclui-se na expressão “*diretrizes e bases de educação nacional*”, razão pela qual o Estado do Rio de Janeiro nele não poderia incursionar, sob pena de usurpar – como de fato aconteceu – competência legislativa da União.

52. O tema *sub judice*, na verdade, é sem dúvida alguma de **vocação nacional**, e não regional ou estadual. Fossem os Estados membros da Federação autorizados a legislar sobre essa matéria, o **caos legislativo** estaria estabelecido. Haveria Estados com “*cotas*” e Estados “*sem cotas*”; Estados com “*cotas*” de 50% (cinquenta por cento) e Estados com “*cotas*” de 10% (dez por cento); Estado com “*cotas*” apenas para **pretos**, outros com “*cotas*” tão-só para **pardos**, não sendo ainda de se descartar a hipótese de Estados com cotas até para **brancos**.

53. É pois para evitar essa **balburdia legislativa** sobre o tema do acesso à universidade, que a confederação Autora inaugura, perante esta Corte, o processo objetivo de controle de constitucionalidade, do qual resultará a definição exata da competência legislativa exclusiva da União Federal para tratar do tema em debate, fulminando-se assim, pelo **vício formal** de inconstitucionalidade, as leis do Estado do Rio de Janeiro



23

que sobre ela avançaram de forma ilegítima.

(vi) “Ação afirmativa” e regime de “Cotas”: a experiência americana

54. A expressão “ação afirmativa”, comumente usada no contexto do combate a diferentes formas de exclusão ou discriminação social, é de uso recente no Brasil. Trata-se de tradução literal da expressão “*affirmative action*” adotada pela primeira vez, em 1961, pelo presidente John F. Kennedy. Era o início da histórica campanha pelos direitos civis e a primeira providência de Kennedy foi um **decreto executivo**⁴ pelo qual mandou incluir nos contratos de fornecimento governamentais cláusula em que o fornecedor se comprometia a não discriminar seus empregados e candidatos a empregos, em razão de **raça, credo, cor ou origem**. Além disso, o fornecedor obrigou-se a adotar “ação afirmativa” para evitar qualquer forma de discriminação na relação de emprego ou nos critérios de seleção de candidatos a emprego.

55. Nos anos seguintes, o conceito de **ação afirmativa** ganharia maior densidade e abrangência. Em 1964, o Estatuto dos Direitos Civis⁵ determinou que ninguém poderia ser discriminado ou excluído da participação nos benefícios de qualquer programa ou atividade que recebesse assistência financeira federal, em razão de **raça, cor ou origem**⁶. No ano seguinte, o presidente Lyndon B. Johnson afirmou em discurso na Universidade de Howard que o que se buscava com a política de direitos civis não era apenas “*igualdade como um direito e uma teoria, mas igualdade com um fato e igualdade como resultado*”⁷.

⁴ *Executive Order 10925*

⁵ *Civil Rights Act of 1964*.

⁶ “*No person in the United States shall, on the ground of race, color or national origin, be excluded from participation in , be denied the benefits of, or be subjected to discrimination under any program or activity receiving federal financial assistance*”.

⁷ “*We seek not ... just equality as a right and a theory but equality as a fact and equality as a result*”. (citado por Stephen Cahn, *The History of Affirmative Action*, 1995)

56. Em 1971, no governo Richard M. Nixon, o Ministério do Trabalho determinou que todos os que contratassem com o governo deveriam desenvolver “*programa de ação afirmativa aceitável*”, o que implicava “*a análise das áreas em que o contratante fosse deficiente na utilização de grupos minoritários ou mulheres*”⁸.

57. Observe-se, portanto, que o que se chamou de **ação afirmativa** nos Estados Unidos não teve, na origem, o caráter *erga omnis* típico da intervenção estatal direta e impositiva do poder público. Na realidade, o governo federal norte-americano valeu-se do seu “poder de compra” para impor aos contratados políticas anti-discriminatórias.

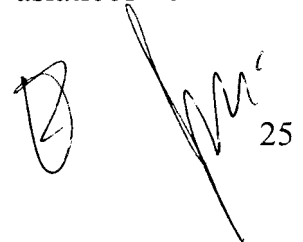
58. Essa forma oblíqua de tratamento da discriminação foi uma decorrência inevitável do modelo de federalismo “*fraco*” norte-americano, fundado, de um lado, no alto grau de autonomia dos estados-membros, e, de outro, na aversão da sociedade ao *big government* – o governo grande, intervencionista e centralizador.

59. Desde então, coube ao Judiciário em geral e à Suprema Corte em particular **expandir** ou **restringir**, em uma série de casos concretos, o conceito de **ação afirmativa**. Mas, ao contrário da percepção brasileira leiga a respeito da extraordinária experiência norte-americana, as **ações afirmativas** não se limitaram ao estabelecimento de **cotas compulsórias**. Na realidade, como se demonstrará a seguir, o **sistema de cotas** sempre esteve no centro da polêmica, na medida em que **elas próprias** podem constituir **forma de discriminação**.

60. Em 1978, a Suprema Corte americana, no polêmico *Caso Bakke*⁹, concluiu que o **sistema de cota** adotado pela Escola de Medicina da Universidade da Califórnia para a admissão de alunos oriundos de minorias étnicas (negros, *chicanos*, asiáticos e índios

⁸ Stephen Cahn, *The History of Affirmative Action*, 1995

⁹ *Regents of the University of California versus Bakke*



25

americanos), que também preenchessem o requisito de desvantagem econômica ou educacional, violava a Cláusula da Proteção Igualitária da Constituição (Décima Quarta Emenda). Ou seja, o critério adotado, na opinião majoritária da Corte, implicou **discriminação** de candidatos **brancos**.

61. Não obstante, a Corte também entendeu que em determinadas circunstâncias – no caso a diversidade de ensino – seria possível levar em conta o **fator racial**. Neste ponto, pelo voto em separado de três juízes¹⁰, definiu-se como **ação afirmativa** o objetivo de superar a sub-representação racial em determinada atividade, sempre porém **sob estrito controle judicial**. Sobressai, assim, a extrema cautela do Judiciário norte-americano em relação ao uso de **ações afirmativas** baseadas em **sistema de cotas**.

62. No Brasil, talvez em razão do baixo conhecimento a respeito do ambiente histórico em que se processou a evolução da política dos direitos civis no Estados Unidos, a **ação afirmativa** tem sido usada como sinônimo do **sistema de cotas** que foi, no fundo, o que fez o legislador fluminense no caso concreto. Ora, nada mais equivocado, como esclareceu o historiador JOSÉ MURILO DE CARVALHO, em artigo já lembrado anteriormente:

*“Grande confusão semântica entrava o debate sobre políticas voltadas para as minorias sociais. Trata-se do uso dos termos **cota** e **ação afirmativa** como se fossem sinônimos. ... Defende-se ação afirmativa na presunção de se estar defendendo cota.*

São coisas diferentes. Cota é apenas uma forma de ação afirmativa, entre inúmeras outras modalidades possíveis. Ação

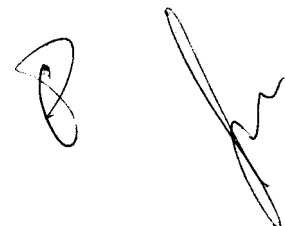
¹⁰ Brennan, White, Marshall e Blackmun.

afirmativa é gênero, cota é espécie. Ação afirmativa é toda política voltada para a correção de desigualdades sociais geradas ao longo do processo histórico de cada sociedade. Baseia-se na convicção de que a justiça social exige que a igualdade não seja apenas legal e formal e que, portanto, é legítimo, e mesmo mandatório, que o poder público tome medidas para reduzir a desigualdade.” (grifamos)

63. Essa límpida definição de **ação afirmativa** mostra que ela não tem uma **conotação jurídica**, mas um sentido essencialmente **político**. A **ação afirmativa** é uma estratégia de enfrentamento de desigualdades que certamente influenciará decisões governamentais, orientará o processo de elaboração legislativa e inspirará novas formas de interpretação das leis. São exemplos recentes de ações afirmativas, o Programa Fome Zero, o Programa Bolsa-Escola, os programas de assentamentos rurais e outros tantos que visam tornar efetivos direitos até agora tratados como abstrações constitucionais.

64. Mas a adesão atabalhoada e incondicional ao **sistema de cotas** não é fruto apenas da falta de informação. Decorre, também, de uma tentativa de **uniformizar** a questão da discriminação, de simplificá-la para fins de **combate**, ainda que passando por cima dos processos históricos e deixando de lado as raízes sociais, culturais e religiosas de cada povo.

65. Fique claro que não se trata, aqui nesta ADIn, de entrar na interminável e sempre “preconceituosa” discussão de se a discriminação social, racial, étnica ou religiosa no Brasil é menor ou maior do que nos Estados Unidos. Basta anotar, para fins de análise, que os processos históricos evoluem de maneira diversa e qualquer tentativa de **reducionismo** só poderá comprometer a qualidade da decisão política da questão. Nesse sentido, a **análise comparativa** ajuda a compreender as



27

diferenças.

66. A escravidão negra é, por certo, o dado comum aos dois países. Lá o racismo deita raízes na própria concepção da República. Leia-se o que diz o *Justice J. Brennan* na abertura do seu voto no *Caso Bakke*¹¹:

“Nossa Nação foi fundada no princípio de que ‘todos os homens são criados iguais’. No entanto, a franqueza exige que se reconheça que os autores da nossa Constituição, ao fundir as treze colônias numa Nação, claramente comprometeram esse princípio de igualdade com a sua antítese: escravidão.”

67. Em outras palavras, a República norte-americana, ao contrário da República brasileira, nasceu **oficialmente** escravagista. A abolição da escravatura, nos Estados Unidos, passa por uma guerra civil que custou 600.000 vidas – algo desconhecido na história brasileira. Finda a guerra, o ódio racial instalou-se no Sul em razão da miséria a que foi reduzida a população branca em consequência da terrível devastação provocada pela guerra. Em nenhum momento o Brasil conheceu a segregação racial nos transportes e nas escolas públicas; jamais enfrentamos a separação oficial, *separate but equal*, referendada pela Suprema Corte Americana; nunca tivemos que conviver com a intolerância religiosa – ao contrário, cedo praticamos o sincretismo; e nosso perfil racial foi marcado, desde os primórdios da colonização, por intensa miscigenação, o que não ocorreu no Estados Unidos.

68. É possível até que a **discriminação social** fundada na **pobreza** seja maior aqui do que lá, mas nada autoriza o **reducionismo histórico** com que o legislador do Estado do Rio de Janeiro tratou o assunto. Da mesma forma que seria também um absurdo comparar a

¹¹ “Our Nation was founded on the principle that ‘all men are created equal’. Yet candor requires acknowledgement that the Framers of our Constitution, to forge the 13 Colonies into one Nation, openly compromised this principle of equality with its antithesis: slavery.”

discriminação racial americana e brasileira com o moderno ódio religioso e étnico do Leste da Europa.

69. O educador EDGAR FLEXA RIBEIRO¹², ao criticar a tentativa de se erigir a **cota racial** como a **ação afirmativa** por excelência, refere-se ao “*servilismo cultural*” como “*uma das mais óbvias e típicas manifestações de dependência das sociedades periféricas que, no afã de se mostrarem mais próximas do centro a que estão submetidas, imitam canhestramente o que entendem ou pensam entender que está se passando por lá*”. E exemplifica:

“... Ninguém ignora a discriminação no Brasil. Mas a história do negro brasileiro, sua posição e trajetória são iguais à do negro norte-americano?”

São diferentes em vários e importantes aspectos, a começar do fato de que a partir da abolição da escravatura não se conheceu aqui o que nos Estados Unidos veio a ser um regime institucionalizado de segregação racial.

Nunca houve [no Brasil] um bonde para branco e outro bonde para negro. Houve escola em que o negro não era aceito ou à qual não tinha acesso por uma infinidade de razões, inclusive – mas não exclusivamente – raciais. Mas a rede pública de ensino, por exemplo, já desde o final do Império não discriminava brancos e negros. O nível de alfabetização não era medido diferentemente para negros e brancos, e ninguém foi barrado por ser negro para exercício de cargos ou funções públicas.”

70. Não obstante, o **exemplo norte-americano** no combate à segregação de minorias – não necessariamente apenas pelo **regime de cotas** – certamente ajuda a compreender a complexidade do problema. No

¹² “Imitação Barata”, Folha Dirigida, RJ, 15.10.2002.

Caso Bakke, já referido a Suprema Corte americana enfrentou a questão das **cotas raciais** nos seguintes termos:

*“Pode-se assumir que a reserva de um número específico de vagas em cada turma para indivíduos de grupos étnicos a que se dê preferência contribuiria para alcançar considerável diversidade étnica no corpo docente. Mas o argumento [da Universidade] de que é o único meio efetivo de servir ao interesse da diversidade é seriamente falho. No sentido mais fundamental, o argumento é equivocado sobre a natureza do interesse do estado que justificaria levar-se em conta as raízes raciais ou étnicas. Não se cogita de um simples interesse na diversidade, em razão da qual é garantido um percentual específico de alunos selecionados de grupos étnicos e o percentual restante destinado outros grupos. A diversidade que interessa ao estado abrange um conjunto muito mais amplo de qualificações e interesses, dentro os quais a origem racial ou étnica é apenas um elemento, ainda que importante. O programa de admissão [da Universidade] focado apenas na diversidade étnica, mais inibe do que promove a genuína diversidade.”*¹³

71. Outro aspecto realçado na decisão refere-se à **injustiça potencial** do sistema de cotas fundado em critérios raciais ou étnicos:

“Todas as classificações impostas pelo estado que redistribuem encargos e benefícios com

¹³ ¹³ “It may be assumed that the reservation of a specified number of seats in each class for individual from the preferred ethnic groups would contribute to the attainment of considerable ethnic diversity in the student body. But petitioner’s argument that this is the only effective means of serving the interest of diversity is seriously flawed. In a most fundamental sense, the argument misconceives the nature of the state interest that would justify consideration of race or ethnic background. It is not an interest in simple ethnic diversity, in which a specified percentage of the student body is in effect guaranteed to be members of selected ethnic groups, with the remaining percentage of undifferentiated aggregation of students. The diversity that furthers a compelling state interest encompasses a far broader array of qualifications and characteristics, of which racial or ethnic origin is but a single, though important, element. Petitioner’s special admissions program, focused solely on ethnic diversity, would hinder, rather than further, attainment of genuine diversity.”

base em raça provavelmente serão encaradas com profundo ressentimento pelas pessoas que suportam tais encargos. A negativa a pessoas inocentes da igualdade de direitos e oportunidades pode ser tida como um ultraje e portanto como odiosa. Essas pessoas provavelmente não encontrarão conforto na noção de que a privação que lhes é exigida é somente o preço que têm que pagar por integrarem uma maioria predominante, e que o encargo se fundamenta no objetivo benevolente de ajudar o próximo. Não se pode desconsiderar de maneira sumária a injustiça inerente a um sistema ... que aloca benefícios e privilégios em função de cor ou origem étnica.”¹⁴

72. Sem dúvida, a dívida social e moral em relação a minorias discriminadas – especialmente em uma sociedade que sofre de graves desequilíbrios econômicos e regionais – não pode ser abstraída. No entanto, algumas dificuldades se colocam quando o estado assume **ele próprio** o encargo de dosar o tamanho e o tempo da reparação. É o caso do **acesso à universidade**, como bem descreve o professor e constitucionalista LUIZ ROBERTO BARROSO¹⁵:

“Posta a questão racial, veja-se agora o problema da universidade. O ensino superior tem por função principal a produção e a transmissão de conhecimento, formando profissionais que possam atender, com qualidade, às demandas da sociedade em áreas diversas: tecnológica, humanidades, ciências

¹⁴ “All state-imposed classifications that rearrange burdens and benefits on the basis of race are likely to be viewed with deep resentment by the individual burdened. The denial to innocent persons of equal rights and opportunities may outrage those so deprived, and therefore may be perceived as invidious. These individuals are likely to find little comfort in the notion that the deprivation they are asked to endure is merely the price of membership in the dominant majority, and that its imposition is inspired by the supposedly benign purpose of aiding others. One should not lightly dismiss the inherent unfairness of ... a system of allocating benefits and privileges on the basis of skin color and ethnic origin.”

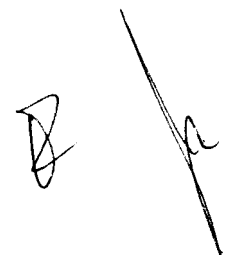
¹⁵ “Racismo e papel da Universidade” Jornal do Brasil, 28.2.2003.

médicas. Para desempenhar adequadamente a sua missão, a universidade procura recrutar os melhores talentos, aferidos, na medida do possível, por critérios objetivos e impessoais. O populismo nessa matéria leva à mediocridade e ao colapso da educação de nível superior.

*...
A questão é em si complexa, antes mesmo de se adicionar o complicador de quem, afinal, deve ser considerado negro ou pardo. Existem dois valores socialmente relevantes em contraposição: a) a necessidade de reparação histórica à comunidade negra; e b) a necessidade de preservar ensino de qualidade e sistema do mérito na universidade. Quando esse tipo de conflito ocorre, o moderno direito constitucional determina a utilização de uma técnica denominada de ponderação de valores: o intérprete deve fazer concessões recíprocas entre eles, preservando o núcleo mínimo de cada um, com base no princípio da razoabilidade.”*

(vii) A cota da escola pública: discrimen ilegítimo

73. Em matéria racial é até possível afirmar que existe uma responsabilidade social difusa pela reparação devida, uma vez que a ascensão social do negro permanece obviamente mais lenta que a do branco. O mesmo, porém, não se aplica à fixação de uma cota de 50% no vestibular do Estado do Rio de Janeiro aos egressos dos **estabelecimentos públicos de ensino do Estado e seus municípios**. Pela simples razão de





que a insuficiência do ensino público no Rio de Janeiro não é culpa da sociedade, mas, sim, do próprio Poder Público.

74. Com efeito, se nas últimas décadas houve deterioração do ensino público municipal e estadual de primeiro e segundo graus no Rio de Janeiro, não cabe a qualquer categoria social a responsabilidade direta por esse fato. Ao contrário, a sociedade como um todo – e os mais pobres em particular – pagam o preço da decadência que não provocou.

75. Como é óbvio, a educação dos filhos não é uma opção dos pais – a escolha da escola, talvez. Na ausência de escolas públicas suficientes e razoáveis, os pais farão o possível para prover a educação dos filhos em **escolas privadas**, sendo esta prioritária em relação a qualquer outro investimento familiar. Em outras palavras, manter o filho numa **escola particular** nada tem a ver com uma visão elitista do ensino.

76. Partindo-se da perspectiva da classe pobre, a educação é o instrumento por definição da ascensão social e econômica. Se a **escola pública** for disponível, ela será a primeira escolha. Se não for, a família fará um esforço para pagar a **escola privada** mais barata. Na classe média de baixa renda, o sonho da família é ver o filho “doutor”, o que no quadro de insuficiência do **ensino público** significa o esforço de pagar uma **escola privada** de melhor qualidade.

77. A injustiça e o absurdo do **sistema de cota** adotado pelo Estado do Rio de Janeiro fica evidente quando se acompanha o itinerário “clássico” percorrido por um aluno da classe média de baixa renda: a) ensino fundamental na escola pública; b) ensino médio na escola privada, se não houver escola pública disponível; c) ensino superior na universidade pública. Portanto, pela lei estadual, a família de classe média de baixa renda estará sendo penalizada porque fez **sacrifício adicional** para educar



33

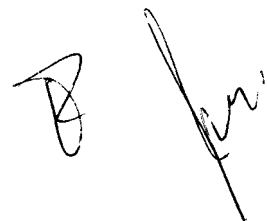
os filhos!

78. Ademais, o critério legal se revela totalmente inadequado aos fins a que se propõe. A Universidade do Estado do Rio de Janeiro, ao analisar o projeto de lei original, apontou falhas clamorosas de concepção, conforme consta do documento anexo (nº 8). Transcreva-se o que afirma a UERJ:

“No entanto, é falacioso considerar democratizadora a reserva de vagas para grupos – sejam eles de alunos de Escolas Públicas ou formados segundo quaisquer atributos – já que o princípio de que parte utiliza a mesma norma discriminatória que se propõe a combater.”

“Tememos que a distinção que se propõe a erradicar seja consolidada, mesmo que de forma sutil, no seio da própria Universidade, gerando distinções entre os dois grupos de alunos “calouros”, o que provocará, quase inevitavelmente, tratamentos diferenciados, rendimentos diversos, imaginários institucionais distintos – valores indesejáveis, que hoje se evitam na dinâmica do próprio caráter público da universidade.”

79. Além do mais, ao limitar o acesso aos estudantes oriundos apenas da rede pública **municipal** e do **Estado**, a lei exclui alunos de **outras** escolas públicas ou de instituições que atendam alunos **carentes**, entre eles o Colégio de Aplicação da UERJ, colégios federais situados no Rio de Janeiro (como o Pedro II, o Colégio de Aplicação da UFRJ, Escolas Técnicas, Colégios Militares), escolas públicas de outros Estados, instituições que concedem gratuidade, cursos comunitários (inclusive, por mais paradoxal que seja, os “**Pré-vestibulares para Negros e Carentes**”),



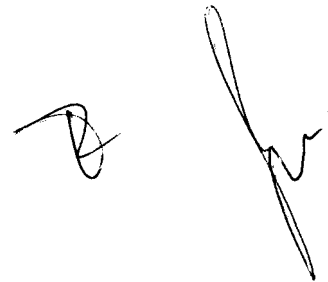
assim como colégios particulares periféricos, que atendem uma parcela da população de baixa renda que não consegue ser absorvida pela rede pública.

80. Finalmente, pesquisas sócio-culturais realizadas entre os candidatos ao vestibular da UERJ nos anos de 1998, 1999 e 2000 comprovam que praticamente a totalidade dos estudantes oriundos de escolas públicas foram classificados (33,01%, 33,80% e 32,78%) – dado que desmente qualquer vestígio de insuficiência dos candidatos dessa origem frente aos que vieram de escolas privadas. Aliás, como a nova “cota” exclui do vestibular os formados nos estabelecimentos públicos não estaduais ou municipais fluminenses, é possível que, na prática, o malsinado sistema resulte efetivamente na redução de qualidade dos concorrentes e tenha conseqüências deletérias para a UERJ.

(viii) “Negros” e “pardos” segundo o IBGE

81. As únicas fontes cientificamente seguras de pesquisa populacional são os recenseamentos decenais e a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) realizada anualmente, ambos pelo IBGE. No tema da “cor”, são oferecidas aos pesquisados as seguintes opções: “branco”, “preto”, “pardo” e “amarelo”, e mais a categoria “indígena”.

82. As tabulações dos Censos de 1991 e 2000 mostram, em termos percentuais, a seguinte distribuição por cor/raça:



	1991	2000
Branca	51,6%	53,4%
Preta	5,0%	6,1%
Parda	42,4%	38,9%
Amarela	0,4%	0,5%
Indígena	0,2%	4,1%
Ignorado	0,4%	0,7%

Fonte: IBGE, Censos Demográficos 1991 e 2000

83. O professor SIMON SCHWARTZMAN, que presidiu o IBGE, aponta, no estudo anexo¹⁶ (Doc. 9) a dificuldade técnica de, a partir desses dados, se tirar conclusões confiáveis sobre o grau de percepção a respeito de raça e origem étnica. Aponta também os problemas que adviriam da adoção de um critério de classificação semelhante ao norte-americano, em que a categoria “preto” (*black*) abrange os afro-descendentes de um modo geral, eliminando-se a categoria “pardos”, tendo em vista o grau de miscigenação no Brasil. Apesar da insatisfação com essas categorias, não se logrou até hoje conceber um critério de classificação mais eficaz.

84. Uma das hipóteses mencionadas por SCHWARTZMAN foi levantada em obra clássica de ORACY NOGUEIRA¹⁷, para quem, nos Estados Unidos, o que define um “negro” seria sua ascendência africana e escrava, sua **origem**, e não a coloração da pele; no Brasil, ao contrário, seria a **cor da pele**, mais do que sua origem, que definiria as pessoas socialmente, e serviria de base para preconceitos e discriminações.

85. Como tentativa de aperfeiçoar o quesito de raça ou cor, o IBGE inseriu um conjunto de quesitos no PNAD de 1998. O resultado mostra a rejeição das pessoas em se classificarem como pretas, pardas e

¹⁶ *Cor, raça e origem no Brasil*, 29.4.1999.

¹⁷ “Preconceito Racial de Marca e Preconceito Racial de Origem”, em *Tanto Preto Quanto Branco: Estudos de Relações Raciais*, São Paulo, T.A. Queiroz Editor, 1985.

principalmente indígenas, e revela uma preferência pela expressão “morena” que tem conotação positiva e *“reflete bem o caráter difuso das linhas de divisão étnicas e raciais no Brasil”*. A simples consulta ao Quadro 1 indica a variedade de autodefinição de cor fora dos padrões convencionais. No Quadro 2 e 3 do mesmo estudo vê-se que, na pergunta sobre “origem”, **64,5%** das pessoas se consideraram de origem “brasileira” – um dado que não demonstra apego a antecedentes raciais ou étnicos.

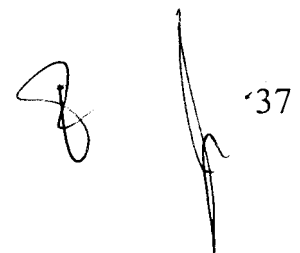
86. O que se pode facilmente concluir, diante dessas informações técnicas e estatísticas, é que o critério de cota racial adotado pela **Lei estadual nº 3.708/01**, carece de base científica capaz de justificar uma “ação afirmativa” dessa magnitude e que, por definição, **discrimina parcelas ponderáveis de outras minorias étnicas e sociais**.

IV

DO PROVIMENTO CAUTELAR E PROVISÓRIO

87. Ante todo o exposto, a Autora, com fundamento nos **artigos 10** e seguintes da **Lei nº 9.868/99** e **artigo 170, § 2º**, do RISTF, requer a concessão de **medida cautelar** no sentido de se **suspender, liminar e provisoriamente**, até o julgamento final desta ADIn, os efeitos do artigo 2º, inciso I, alíneas “a” e “b” da Lei nº 3.524/00, o artigo 1º, *caput* e § único da Lei nº 3.708/01 e o artigo 1º, *caput*, § único da Lei 4.061/03.

88. O *fumus boni iuris*, isto é, a **densidade preliminar** do direito invocado – sem o qual, como se sabe, não se concede **medida**



37

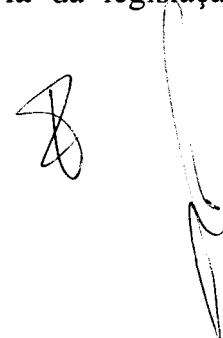
cautelar – foi demonstrado ao longo desta **petição inicial**. É inquestionável, com todas as vênias, que a Autora não submete à apreciação da Suprema Corte do país demanda desprovida de argumentos sólidos. Ao contrário, as arguições de inconstitucionalidade acima expostas contêm um mínimo de **plausibilidade**, o que é suficiente para o exercício do **juízo preliminar** de concessão de **medida cautelar**, onde, como se sabe, não se exige a certeza e a infalibilidade do direito invocado, senão que apenas sua **razoabilidade provisória**.

89. Por outro lado, quanto ao outro requisito para o deferimento de cautelares em ADIn, ou seja, o *periculum in mora*, revela-se ele, na hipótese, cristalino.

90. De fato, algumas centenas de alunos já ingressaram nas Universidades públicas fluminenses mediante o “*sistema de cotas*”. Outras continuarão a ser admitidas pelo mesmo sistema nos próximos vestibulares, já a partir deste ano de 2003. Enquanto isso, também um grande contingente de candidatos, os “*deserdados*” do “*sistema de cotas*”, está sendo impedido de ingressar nas Universidades.

91. Ora, se a presente ADIn, quando apreciada em definitivo o seu **mérito**, for julgada **procedente** – e certamente o será – centenas de alunos terão sido admitidos na Universidade de forma **ilegítima** e **inconstitucional**; e os que não foram admitidos, quando deveriam, terão perdido tempo precioso de suas vidas acadêmicas. O prejuízo para os candidatos injustiçados, a sociedade e as instituições de ensino do Estado do Rio de Janeiro seria irreparável.

92. Há portanto, no caso concreto, **excepcional urgência** que justifica a necessidade da **suspensão provisória** da legislação ora



impugnada. O problema suscitado nesta ADIn, que se transformou num **debate nacional**, pode tomar proporções mais graves ainda se o Supremo Tribunal Federal sobre ele não se pronunciar de pronto.

93. Desta forma, a Autora pede, em face da **urgência** que o caso requer, seja concedida a **cautela sem a audiência dos órgãos ou autoridades estaduais** das quais emanaram as leis impugnadas, conforme autoriza a norma do § 1º do **artigo 10 da Lei nº 9.868/99**.

V

DO PROVIMENTO DEFINITIVO

94. Forte, portanto, nas considerações acima expedidas, a confederação Autora requer, após a oitiva do Procurador-Geral da República e do Advogado Geral da União, seja reconhecida a inconstitucionalidade das normas estaduais nominadas ao longo desta **petição inicial**, em virtude terem violado, a um só tempo, o **princípio constitucional da proporcionalidade** e os **artigos 5º, caput, 22, inciso XXIV, 206, inciso I e 208, inciso V**, todos da Lei Fundamental.

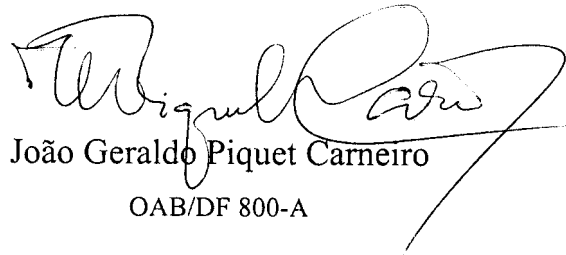
95. Requer também, pelo fenômeno da inconstitucionalidade **conseqüencial** ou por **arrastamento** (CANOTILHO, obra citada, p. 1.047), sejam igualmente declarados inconstitucionais os demais artigos das Leis do Estado do Rio de Janeiro de nºs **3.524/00, 3.708/01 e 4.061/03**.



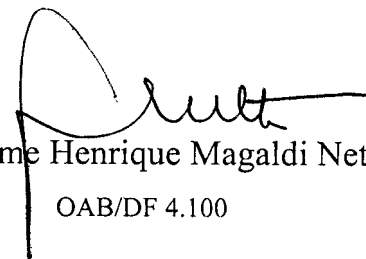
96. Dá-se à causa, para efeitos meramente fiscais, o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Termos em que
E. Deferimento

Brasília, 18 de março de 2003



João Geraldo Piquet Carneiro
OAB/DF 800-A



Guilherme Henrique Magaldi Netto
OAB/DF 4.100