



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



THAIANA BITTI DE OLIVEIRA ALMEIDA

AÇÕES AFIRMATIVAS: a constitucionalidade da política de cotas para negros em universidades brasileiras.

BELÉM
2013

THAIANA BITTI DE OLIVEIRA ALMEIDA

AÇÕES AFIRMATIVAS: a constitucionalidade da política de cotas para negros em universidades brasileiras.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal do Pará, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos Humanos e Inclusão Social.

Orientador: Prof. Dr. Raimundo Wilson Gama Raiol.

BELÉM
2013

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Biblioteca do Instituto de Ciências Jurídicas da UFPA

Almeida, Thaiana Bitti de Oliveira

Ações afirmativas: a constitucionalidade da política de cotas para negros nas universidades brasileiras / Thaiana Bitti de Oliveira Almeida; orientador, Raimundo Wilson Gama Raiol. Belém, 2013.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belém, 2013.

1. Direitos humanos.- 2. Programas de ação afirmativa.- 3. Direitos fundamentais.- 4. Igualdade.- I. Raiol, Raimundo Wilson Gama .- II. Universidade Federal do Pará. Instituto de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDD: 341.27

THAIANA BITTI DE OLIVEIRA ALMEIDA

AÇÕES AFIRMATIVAS: a constitucionalidade da política de cotas para negros em universidades brasileiras.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal do Pará, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito.

Apresentado em: 01/11/2013

Composição da Banca Examinadora

_____ - Orientador

Prof. Dr. Raimundo Wilson Gama Raiol
Titulação: Doutor
Instituição: Universidade Federal do Pará

Prof. Dr. Antônio Gomes Moreira Maués
Titulação: Doutor
Instituição: Universidade Federal do Pará

Prof^a. Dra. Marlene Rodrigues Freitas
Titulação: Doutora
Instituição: Universidade Federal do Pará

BELÉM
2013

“As lutas anti-racistas não terminam com as correspondentes vitórias constitucionais e jurídicas. A vigilância anti-racista constitui uma necessidade contínua. As estratégias anti-racistas precisam ser novamente conceitualizadas para dar substância à forma de uma democracia não-racial, assim como para assegurar que novas formas de racismo não venham a se enraizar em encarnações mais sofisticadas e complexas, portadoras, contudo, de idêntico efeito de exclusão e subordinação.”

Ratnamala Singh

“Temos o direito a ser iguais sempre que a diferença nos inferioriza; temos o direito de ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracteriza.”

Boaventura de Sousa Santos

À minha mãe Luciana, sempre.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por permitir a minha chegada até aqui, guiada por sua proteção.

A minha mãe Luciana Bitti de Oliveira, meu exemplo de força espiritual e perseverança, por ser minha maior incentivadora, mesmo nos momentos mais críticos, não deixando que eu esmoreça e me fazendo acreditar que sou capaz, mostrando-me que com fé, amor, vontade e união familiar é possível vencer tudo. Tê-la comigo cheia de saúde, compartilhando mais uma conquista, é sinônimo de felicidade completa.

A minha irmã Thaís Bitti de Oliveira Almeida, minha amiga, companheira, esteio, minha realidade na hora em que preciso, a palavra que me ergue, aquela que cobra com amor, inesgotável fonte de equilíbrio, com quem conto para as tarefas impossíveis, os agradecimentos de uma vida inteira ainda seriam insuficientes.

Ao meu irmão João Durval de Oliveira Almeida, anjo que me acompanha, por nossa cumplicidade e por representar a alegria que me encorajou a vencer os desafios durante o curso.

A José Claudio Monteiro de Brito Filho, minha referência acadêmica, quem me inspirou a dar os primeiros passos na pesquisa em Direito e a cursar o mestrado, por ter me recebido com toda confiança no PPGD. As obras do professor Zé Claudio, os generosos debates em sala de aula, seu apoio, bem como todas as palavras ditas, certamente permeiam cada linha desse trabalho e despertaram, muito além de conhecimento, profundas reflexões pessoais e mudanças em minha vida, mesmo nos meus tropeços de aprendiz.

Ao meu orientador professor Raimundo Wilson Gama Raiol, mestre com rara humildade, que nos transmite sabedoria a cada oportunidade de convivência, pela pronta, serena e produtiva acolhida, por cada questionamento formulado e ajuste sugerido com vistas a engrandecer o meu trabalho, revisando o texto até o último instante com especial atenção e, acima de tudo, pelo cuidadoso estímulo para que eu pudesse alcançar a vitória de concluir a dissertação.

Ao professor Antonio Gomes Moreira Maués, exemplo de dedicação à academia, pela honra de ter sido sua aluna durante o curso, pela oportunidade de

me fazer ver o Direito por um ângulo novo e desafiador, pelas contribuições para a versão final deste trabalho e, sobretudo, pelo incentivo em cada passo e solidariedade nos momentos limites, minha eterna admiração.

Ao professor Lóris Rocha Pereira Junior, por ter sido um incrível tutor de estágio docência, abrindo sua sala de aula para que eu pudesse aprender um pouco acerca da arte de ensinar com quem é um verdadeiro mestre.

Ao Dr. Eric Aguiar Peixoto e a Dra. Ellen Christiane Bemerguy Peixoto, por serem lições diárias de aplicação dos direitos humanos ao julgarem com sensibilidade e por terem me dado incondicional apoio no ambiente de trabalho para que eu tivesse a tranquilidade necessária ao cumprimento das tarefas do curso, compreendendo meus afastamentos para a realização desse sonho.

A todos os meus amigos negros, muitos deles intelectuais frutos das cotas, por fazerem-me compreender a razão de ser desse trabalho e sentir, por meio de seus relatos pessoais e conhecimentos, a real importância de um Brasil para além do racismo.

A minha turma e demais colegas com quem cursei disciplinas, grupo cuja força é indescritível diante da harmonia plena e admiração mútua. Sinto-me abençoada por ter compartilhado com cada um deles esses anos. Levo-os no coração, meus amigos: José Edvaldo Pereira Sales, André Luis Bitar de Lima Garcia, Karine de Aquino Camara Levy, Clívia Renata Loureiro Croelhas, José Anijar Fragoso Rei, Adalberto Fernandes Sá Júnior, Dafne Fernandez de Bastos, Diego Fonseca Mascarenhas, Moises de Oliveira Wanghon, Domingos do Nascimento Nonato, Flavio Luiz Rabelo Mansos Neto, Jonismar Alves Barbosa, Luciana Monteiro Mülstroh, Ana Carolina Pantoja Alves, Maria de Nazaré Medeiros Rocha, Paulo Juaci de Almeida Brito, Hélio Monzilar Filho, Maria das Graças Tapajós Mota, Eliana Maria de Souza Franco Teixeira, Sandoval Alves da Silva, Gilce Tereza Gondim Távora de Albuquerque, Breno Baía Magalhães, Maria Stela Campos da Silva, Aleph Hassan Costa Amin, Ricardo Araújo Dib Taxi, Andreza do Socorro Pantoja de O. Smith, Valena Jacob Chaves Mesquita e Gabriela de Cássia Moreira Abreu Ferreira.

A Luiz Octavio Rabelo Neto, pelo incentivo diário durante o período de aulas e por ser um exemplo de disciplina necessária para atingir objetivos.

À professora Marlene Rodrigues Freitas, por ter gentilmente aceito compor a banca examinadora, contribuindo de maneira atenciosa com o debate.

Ao amigo Helder Bentes, por ser fonte de força espiritual, pelas lições sobre como me tornar uma professora e pela cuidadosa revisão final do trabalho.

À Secretaria do PPGD pelo suporte.

À CAPES/CNPq pelo apoio.

RESUMO

O objeto do trabalho é a demonstração da possibilidade de se implementar cotas para negros em universidades brasileiras visando o alcance da igualdade material por intermédio das ações afirmativas, como forma de minimizar as consequências dos preconceitos que foram historicamente cultivados e ainda se fazem presentes em nossa sociedade sob a forma de discriminação. Para concretização do objetivo ora proposto, procedeu-se a análise dos princípios da igualdade e da não-discriminação, vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana segundo a formulação de Ingo Sarlet. Após, são estudadas as teorias da justiça de John Rawls e Ronald Dworkin, denominadas justiça como equidade e igualdade de recursos, respectivamente, bem como a sua relação com os programas afirmativos. Prosseguindo, fez-se um estudo das ações afirmativas e da política de cotas voltada às universidades no Brasil, traçando-se as características da população acadêmica do país e ressaltando-se a importância de garantir igualmente o acesso ao bem da educação superior. São analisados, ainda, os critérios de justiça, compatibilidade e eficácia identificados por Brito Filho, que justificam a implementação de cotas e estão presentes em obras do filósofo Ronald Dworkin, aplicando-se cada um deles à realidade brasileira. Por fim, demonstrou-se a constitucionalidade das políticas de cotas no Brasil sob a ótica pluralista a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Ações afirmativas. Princípio da Igualdade. Princípio da dignidade da pessoa humana. Cotas em universidades.

ABSTRACT

The object of this work is to demonstrate the possibility of implement quota for black people in brazilian universities aiming to reach material equality throughout affirmative actions, as a way of minimalizing the consequences of historically cultivated prejudices that are still alive in our society under forms of discrimination. To accomplish this goal, we have proceeded to the analysis of the principle of equality and non-discrimination, linked to the principle of human dignity according to Ingo Sarlet's formulations. Afterwards, the theories of justice by John Rawls and Ronald Dworkin, named justice as equity and equity of resources, are studied as well as their relations with affirmative programs. Proceeding the research, we have studied the affirmative actions and the quota policies toward brazilian universities, tracing the characteristics of Brazil's academic population and highlighting the importance of equally ensuring the access to higher education. We analyze the criterion of justice, compatibility and efficacy identified by Brito Filho, the same ones that justify the implementation of quota and that are present in Ronald Dworkin's work, applying each of them to brazilian reality. Finally, we have demonstrated the quota policies' constitutionality in Brazil under the pluralist view about this subject that comes from Federal Supreme Court.

KEYWORDS: Affirmative action. Principle of Equality. Principle of human dignity. Quotas in Brazilian Universities.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO _____	11
2 IGUALDADE E TEORIAS DA JUSTIÇA _____	14
2.1 IGUALDADE FORMAL E IGUALDADE MATERIAL _____	14
2.2 O PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO E A PROMOÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA _____	16
2.3 JUSTIÇA COMO EQUIDADE _____	22
2.4 IGUALDADE DE RECURSOS _____	35
3 AÇÕES AFIRMATIVAS E COTAS _____	41
3.1 A POLÍTICA DE COTAS EM UNIVERSIDADES NO BRASIL _____	51
3.2 OS DEBATES POLÍTICO E JURÍDICO EM TORNO DAS COTAS EM UNIVERSIDADES _____	58
4 RONALD DWORKIN E OS CRITÉRIOS DE ACESSO POR MEIO DE COTAS EM UNIVERSIDADES _____	65
5 CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS PARA NEGROS NO ENSINO SUPERIOR BRASILEIRO: A ANÁLISE DA QUESTÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL _____	75
5.1 ARGUMENTOS DA PETIÇÃO INICIAL _____	78
5.2 A DECISÃO NO PEDIDO DE LIMINAR _____	80
5.3 RAZÕES DE DECIDIR – ANÁLISE DOS PRINCIPAIS VOTOS PROFERIDOS NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 186 _____	85
6 CONCLUSÃO _____	106
REFERÊNCIAS _____	108

1 INTRODUÇÃO

A implementação das políticas de cotas para negros em universidades do Brasil faz com que nos deparemos com uma das mais aviltantes negações de direitos a que podem ser sujeitados os homens: a discriminação baseada em critério de raça. Trata-se de uma tentativa estatal de estabelecer a igualdade material no ensino superior, considerando as disparidades no acesso à universidade quando comparados os perfis étnico-raciais dos estudantes que chegam até lá.

As cotas para negros, desde que estejam devidamente condicionadas a critérios bem fundamentados, são constitucionais e decorrem exatamente do compromisso de justiça assumido pelo Estado Democrático de Direito, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal. No presente trabalho a compreensão do tema é feita com espeque no estudo dos princípios da isonomia, da não-discriminação, da dignidade da pessoa humana e, sobretudo, com base em uma interpretação pluralista da Constituição Federal, em cotejo com a legislação vigente e em sintonia com as teorias da justiça de John Rawls e Ronald Dworkin.

As cotas em universidades foram questionadas perante a mais alta Corte de Justiça do país, onde se viu declarada a sua constitucionalidade em um julgamento no qual o Supremo Tribunal Federal, fazendo uma interpretação conforme a Constituição, legitimou tais ações afirmativas, o que significa uma modificação substancial no caminho de nossa sociedade por meio de um modelo prático de aplicação dos direitos humanos fundamentais com vistas a eliminar preconceitos historicamente construídos e que atingem a população negra.

As ações afirmativas voltadas à população negra em matéria de ensino são realidade em nosso país e geram controvérsias, o que demonstra a atualidade da questão. Ademais, são recentes o Estatuto da Igualdade Racial, o qual prevê a promoção de ações para viabilizar e ampliar o acesso da população negra ao ensino gratuito como uma de suas diretrizes, bem como a Lei nº 12.711/2012, regulamentada pelo Decreto nº 7.824/2012, que trata da implementação do sistema

de cotas em universidades federais no país, vindo a ser promulgada após a decisão do STF.

A partir da reformulação do princípio da igualdade, atualmente concebido sob uma postura ativa do Estado, que não mais se reserva ao papel de expectador das mazelas existentes e, considerando ainda, que para garantir a real efetividade da isonomia é necessário criar diferenciações capazes de dirimir justamente as desigualdades que são construídas ao longo do tempo, vemos surgir as ações afirmativas como meio para se alcançar a igualdade material.

Com relação às cotas para o ingresso de negros em universidades, tem-se que a relevância de compreender seus fundamentos e propósitos está ligada, inicialmente, ao significado social de sua implementação, notadamente em razão de suas consequências se espriarem por toda comunidade, não se restringindo ao ambiente acadêmico, permitindo a inclusão de negros no ensino superior, e sua participação de forma igualitária na vida social. Ademais, ações afirmativas dessa natureza têm sido contestadas com base em argumentos pouco sólidos, os quais são enfrentados no decorrer do texto, a fim de se evitar o aumento dos preconceitos já existentes contra os negros, especialmente diante do mito da igualdade racial, enraizado na cultura brasileira.

Compreender as cotas para negros em universidades é estar em alinhamento com uma nova consciência nacional que vem aos poucos sendo formada. Nesse sentido, demonstra-se que as políticas de cotas estabelecidas – agora por lei – para as universidades públicas federais do país estão de acordo com os princípios constitucionais que se busca dar efetividade, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

A discussão ora posta envolve direitos fundamentais e, como todas as questões desse tipo, ultrapassa a controvérsia jurídica, pois envolve também valores e emoções presentes em nossa sociedade e que influenciam a interpretação constitucional.

Tem-se como objetivo geral demonstrar a constitucionalidade das políticas de cotas para o ingresso de negros nas universidades brasileiras e, como objetivos específicos, demonstrar a evolução do princípio da igualdade; estudar as teorias da

justiça que dão suporte às ações afirmativas; definir os critérios que legitimam as cotas para negros, relacionando-os com a realidade brasileira e, por fim, analisar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema proposto.

As hipóteses verificadas ao longo do trabalho foram: a) as políticas de cotas para o ingresso de negros em universidades não ferem o princípio da igualdade; b) as cotas para negros devem ser utilizadas em situações de exclusão e de discriminação; c) os percentuais de reservas de vagas atualmente utilizados pelas universidades são proporcionais a atender a população negra; d) o uso de cotas não exclui o mérito nas seleções à universidade.

A metodologia para aproximação técnica junto aos problemas da pesquisa foi dogmática. No que diz respeito à dogmática normativa, fez-se o estudo do princípio da igualdade e de teorias da justiça de Rawls e Dworkin, relacionando-os diretamente com as políticas de cotas como um meio de se alcançar os objetivos do Estado Democrático; já no que tange à dogmática analítica, foram trabalhados os diplomas legais que regem a matéria, bem como os votos proferidos no julgamento pelo STF da ADPF 186, além da busca por subsídios em direito comparado e bases bibliográficas diversas.

Na primeira parte, delineou-se a evolução do princípio da igualdade, bem como estudou-se as teorias da justiça em que se baseiam o trabalho proposto a partir de obras de John Rawls e Ronald Dworkin. A segunda parte dedica-se à conceituação das ações afirmativas de forma ampla e à análise do contexto brasileiro que justifica a admissão das cotas raciais em universidades. A terceira parte tem como objeto o estudo da teoria de Ronald Dworkin acerca do uso de cotas raciais no ensino superior, especialmente os critérios de justiça, compatibilidade e eficácia sistematizados por José Claudio Monteiro de Brito Filho e que fundamentam a adoção de políticas afirmativas para negros. Na derradeira parte, consta uma análise dos principais votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal proferidos durante o julgamento da ADPF 186, a exposição dos fundamentos por eles utilizados e as teorias expostas que levaram a conclusão pela constitucionalidade da política de cotas para negros em universidades brasileiras.

2 IGUALDADE E TEORIAS DA JUSTIÇA

A assimilação do uso de cotas para negros em universidades brasileiras como uma forma de inclusão social da população afrodescendente de nosso país perpassa, inicialmente, pelo questionamento de serem ou não justas tais medidas.

Faz-se necessária, portanto, a compreensão dos conceitos de igualdade, dignidade humana, preconceito, discriminação, bem como da teoria da justiça apta a alicerçar a escolha do Estado brasileiro pela implementação de ações afirmativas baseadas em critérios étnicos, conforme demonstrado adiante.

2.1 IGUALDADE FORMAL E IGUALDADE MATERIAL

Uma das mais relevantes conquistas humanas a partir dos movimentos liberais do século XVIII foi o delineamento do princípio da igualdade. A concepção de que o homem, em sua essência, possui uma espécie de *status quo* segundo o qual todos nós somos originalmente indistintos, consubstanciou-se na igualdade jurídica prevista nas Constituições então surgidas como símbolo do Estado Moderno.

À época, era vedada qualquer diferenciação entre os indivíduos que levasse em conta suas características singulares, pois tais particularidades eram vistas como privilégios intoleráveis. Sendo a lei igual para todos, restava aplicá-la de maneira neutra aos conflitos.

Joaquim B. Barbosa Gomes assinala que a igualdade era abstrata por natureza e levada a extremos por força da neutralidade do Estado liberal burguês, vindo o princípio da isonomia a ser identificado por muito tempo como a garantia para o exercício da plena liberdade humana, isto porque para os pensadores e teóricos da escola liberal, bastaria a simples inclusão da igualdade no rol dos direitos fundamentais para se ter esta como efetivamente assegurada no sistema constitucional (GOMES, 2001a).

O constitucionalismo até então estabelecido, no dizer de Carmen Lúcia Antunes Rocha, acanhava-se em sua concepção meramente formal do princípio

denominado de isonomia, despojado de instrumentos de promoção da igualdade jurídica (ROCHA *apud* GOMES, 2001a, p. 3).

A igualdade formal, ou de previsão, não olhava seus destinatários e aparentou satisfazer os anseios jurídicos e filosóficos dos pensadores e ativistas sociais, entretanto, ao longo do tempo, não se mostrou suficiente, pois a lei cega não levava em conta os desvios característicos da vida em sociedade, a exemplo da discriminação.

Em contrapartida, temos a igualdade material, ou de execução, surgida como um fim em si mesma, em prol de uma intenção de justiça, dadas as incontáveis diferenças existentes entre os indivíduos, que não podem ser desconsideradas. Aqui, temos uma postura mais ativa do Estado, que deve adotar as medidas necessárias ao desenvolvimento e proteção de determinados grupos e seus indivíduos notadamente frágeis e desfavorecidos socialmente.

No contexto de políticas públicas mais sensíveis à realidade, emergem a igualdade de oportunidades e a igualdade de resultados. Vera Lúcia Raposo (RAPOSO, 2006, p. 166) leciona que a igualdade de oportunidades representa a igualdade do ponto de partida, atuando mediante aperfeiçoamentos no sistema educativo, reformulações da distribuição de papéis na sociedade, repartição de rendimentos. São medidas que visam promover condições homogêneas de acesso aos bens para todos os membros da sociedade. Já a igualdade de resultados impõe a igualdade à chegada, importando em uma correção pelo Estado de qualquer distorção que sobrevenha a concessão inicial a todos das mesmas oportunidades, de modo a assegurar a efetiva distribuição de bens.

Nesse sentido, o princípio da igualdade se apresenta de maneira complexa e suas dimensões podem se dar da seguinte maneira: a) tratamento igual de situações iguais e tratamento diferente de situações diferentes, na medida da diferença (desde que as diferenças não tenham sido previamente criadas pelo legislador), de forma a instituir uma igualdade efetiva; b) tratamento semelhante de situações semelhantes, na medida da semelhança; c) admissibilidade de medidas de discriminação positiva, sempre que tal se revele necessário para compensar desigualdades fáticas que de antemão pesam sobre determinadas pessoas (MIRANDA, 1998, p. 37).

2.2 O PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO E A PROMOÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

A discriminação racial, um dos desvios sociais que maculam o exercício pleno das liberdades humanas, foi conceituada no bojo na Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (NAÇÕES UNIDAS, 1965), como

qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundadas na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por fim ou efeito anular ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública

Para uma melhor compreensão do que vem a ser discriminação, especificamente no contexto racial, necessária se faz uma análise do vocábulo preconceito sob uma perspectiva social e psicológica, como proposta por Brito Filho (BRITO FILHO, 2002. p. 37). O professor nos esclarece que o preconceito deve ser estudado a partir do que se convencionou chamar de “percepção de pessoa”.

É a partir do olhar que uns têm sobre os outros que se cria a concepção negativa, aprendida, dirigida a um grupo determinado, como fruto do condicionamento ao qual somos submetidos em nosso meio social, seja em razão da educação, da convivência social ou familiar e até mesmo pela inserção em dado grupo.

O referido autor prossegue e, ainda sobre o preconceito, afirma que “muito embora sua conceituação seja necessária, não pode ser considerado propriamente como categoria jurídica de análise, pois ele, em si, apesar de encerrar atitude negativa, não produz efeitos para o Direito” (BRITO FILHO, 2002, p. 41).

Isso ocorre porque o preconceito acha-se circunscrito à consciência individual, é algo íntimo, insuscetível de consequências jurídicas. O preconceito é, pois, infinito e intermináveis são suas facetas criadas pela mente humana.

A discriminação, por sua vez, é a exteriorização do preconceito, é o nefasto olhar em sua forma ativa, que produz a negação de um direito básico dos seres humanos, o de serem tratados como iguais, em que pese cada um possuir diferenças.

Discriminar, na lição de Brito Filho, “é atentar contra o princípio da igualdade, muito embora não só contra ele, como também contra a dignidade do ser humano” (BRITO FILHO, 2002, p. 42) e, por conseguinte, fere um dos fundamentos da República Federativa do Brasil instituído pela Constituição Federal de 1988 (artigo 1º, inciso III).

Fábio Konder Comparato aponta a dignidade da pessoa humana como núcleo essencial do qual emanam todos os direitos humanos, ou todos os direitos fundamentais reconhecidos na Carta Magna (COMPARATO, 1989). O referido autor leciona que as diferenças biológicas ou culturais não implicam na superioridade de alguns em relação aos outros; já as desigualdades são criações arbitrárias, que estabelecem uma relação de inferioridade entre pessoas ou grupos (COMPARATO *apud*, BRITO FILHO, 2002, p.39).

Assim, enquanto as desigualdades devem ser rigorosamente prescritas, em razão do princípio da isonomia, as diferenças devem ser respeitadas ou protegidas, conforme signifiquem uma deficiência natural ou uma riqueza cultural.

O pensamento kantiano influenciou substancialmente a doutrina no que se relaciona ao princípio da dignidade da pessoa humana. Na atualidade, a noção de dignidade, de maneira geral, reafirma lições do referido filósofo, na medida em que é conferida a todos os seres humanos como qualidade a eles inerente.

Sustenta Ingo W. Sarlet (SARLET, 2012, p. 37) que a constatação de que uma ordem constitucional consagra a ideia da dignidade da pessoa humana tem por pressuposto que o homem, em virtude tão somente de sua condição humana e independentemente de outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado.

Uma das peculiaridades desse princípio é o fato de que os aspectos que o cercam sofrem mutações contínuas, se adequando conforme a realidade em que é analisado, trazendo certa dificuldade para sua conceituação, razão pela qual ele acaba estando em permanente processo de construção e desenvolvimento.

Por dignidade da pessoa humana, tomamos como norteador o conceito de Ingo W. Sarlet (SARLET, 2012, p. 54):

A dignidade é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Segundo o conceito acima, a dignidade é algo inerente ao ser humano e, embora não possa ser atribuída a ninguém por meio de uma norma, o Direito detém papel fundamental na medida em que deve prever instrumentos jurídicos, traduzidos em direitos subjetivos, destinados a garantir o livre desenvolvimento do ser humano.

Portanto, a dignidade humana tem relação umbilical com os denominados direitos fundamentais, pois um proporciona ao outro a sua concretização recíproca, capaz de produzir efeitos na esfera jurídica, propiciando liberdade para que o ser humano conduza sua vida de maneira responsável, realizando suas aspirações e desenvolvendo de maneira completa suas capacidades. Seria o que Rawls denomina de realizar o seu plano de vida, conforme se verá em linhas adiante. Referido conceito, por fim, abarca a noção de dignidade também enquanto relação saudável entre o ser humano e o meio ambiente em que vive.

O reconhecimento da dignidade pelo Direito, em que pese esta exista antes mesmo do Direito dispor a seu respeito (haja vista a desnecessidade de previsão legal para a existência da dignidade), tem suma importância, ao menos enquanto a mentalidade humana não reconhecê-la e defendê-la por si só, na medida em que

fixa os parâmetros e clarifica o que se entende por esse princípio, de modo que as violações possam ser identificadas. O que se pretende dizer é que a positivação da dignidade por qualquer ordenamento jurídico não a cria, apenas a defende e promove.

Além disso, a consagração desse princípio como fundamento da República Federativa do Brasil faz com que o Estado seja responsável por cada ato - seu ou daqueles que dele dependem - que infrinja a dignidade. Consoante Ingo W. Sarlet (SARLET, 2012, p. 127):

Se da dignidade – na condição de princípio fundamental – decorrem direitos subjetivos à sua proteção, respeito e promoção (pelo Estado e particulares), seja pelo reconhecimento de direitos fundamentais específicos, seja de modo autônomo, igualmente haverá de se ter presente a circunstância de que a dignidade implica também em *ultima ratio* por força de sua dimensão intersubjetiva, a existência de um dever geral de respeito por parte de todos (e de cada um isoladamente) os integrantes da comunidade de pessoas para com os demais e, para além disso e, de certa forma, até mesmo um dever das pessoas para consigo mesmas.

Dessa forma, considerando que a dignidade humana deve ser respeitada por todos, a estrutura do Estado precisa voltar-se à sua proteção, mas não somente por meio de suas instituições formalmente criadas, como também por uma postura ativa, valendo-se de seu poder soberano para proteger aqueles que necessitam do apoio estatal para serem incluídos socialmente.

A discriminação não representa o mesmo que uma violação ao princípio da isonomia, haja vista ser este último bem mais amplo. O princípio da igualdade combate discriminações arbitrárias, enquanto que o princípio da não-discriminação funda-se primordialmente no respeito à dignidade da pessoa humana, sendo assim uma guarida apenas às pessoas físicas, motivo pelo qual uma violação à igualdade toma proporções bem mais relevantes socialmente, posto que significa a negativa de conceder o mínimo ao ser humano.

O postulado da não-discriminação valoriza algo que a igualdade formal recusa: a diferença. Nesse sentido (RAPOSO, 2006, p. 168):

Hoje em dia, o direito à diferença é tão ou mais essencial que o direito à igualdade. Ora, enquanto o princípio da igualdade acentua aquilo que aproxima os seres humanos e os assemelha entre si, o princípio da não-discriminação vem precisamente sublinhar o que distingue os membros da espécie humana uns dos outros, afirmando que, não obstante essas diferenças, todos são titulares da mesma dignidade. Por conseguinte, merecem o mesmo respeito, não podendo ser prejudicados por causa dessas diferenças (quando muito, poderão ser protegidos por causa delas, à luz da discriminação positiva).

Portanto, o princípio da não-discriminação afasta a negação das diferenças, reconhecendo-as como algo intrínseco ao ser humano, por suas condições culturais e de identidade, evitando a homogeneização que absolutiza apenas uma diferença e nega todas as demais, reforçando hierarquias. O intuito é de afastar o que Boaventura Sousa Santos denomina de universalismo antidiferencialista (SANTOS, 2010, p. 284), pois exatamente por sermos diferentes, todos merecemos o mesmo respeito, devendo essas próprias distinções serem valorizadas por meio da discriminação positiva.

O princípio da igualdade possui vertentes como a proibição do arbítrio, proibição da discriminação e obrigação da diferenciação. Com relação a esse último, mister que se esclareça que igualdade e diferença não cerram sentidos opostos. O inverso da igualdade é a desigualdade, a subordinação, o tratamento desigual fundado em justificativas que aviltam os princípios fundamentais garantidos constitucionalmente. Uma sociedade democrática e justa é caracterizada não pela igualdade isolada, mas primordialmente pela igualdade aliada à diferença.

O intuito maior do princípio da não-discriminação, qual seja a proibição de discriminações, não se estende às diferenciações fundamentadas em motivos razoáveis, legítimos e, portanto, justos, visto que em sintonia com a ordem constitucional. De outra sorte, o repúdio social deve voltar-se às diferenciações arbitrárias, que escondem argumentos ilícitos, correspondentes a discriminação.

Assim sendo, no momento de estabelecer o hiato que distancia a discriminação da diferenciação, há que se ter em mente o respeito à razoabilidade e à proporcionalidade, para que não se transponha os direitos fundamentais.

Conforme nos ensina Vera Lúcia Raposo, eis o intrincado percurso escalado pela igualdade (RAPOSO, 2006, p. 171):

Destruiu a desigualdade legalmente instituída, que atribuía privilégios fundados na ordem social ou na riqueza, implementando um tratamento igual (ainda que apenas formalmente) para todos os cidadãos e abdicando da consideração de quaisquer características suas que no passado os pudessem ter desfavorecido; mais tarde, defrontada com as gritantes desigualdades que subsistiam, instituiu uma igualdade mais efetiva dita material, que não teme reconhecer as diferenças entre os cidadãos e com base nelas conferir-lhes tratamentos diferenciados; por fim, atendeu a essas diferenças não só para diferenciar, mas, mais do que isso, para beneficiar, de modo a superar os *handicaps* que historicamente lhes impuseram estatutos sócio-jurídicos desiguais, inferiores, discriminadores e, em última instância, perturbadores da sua dignidade enquanto seres humanos.

Dentro da evolução do princípio da igualdade acima descrita, as ações afirmativas inserem-se no terceiro período, no qual dispensa-se tratamento diferenciado àqueles que foram historicamente discriminados, com o fim de ultrapassar tais distinções negativas.

Dado o primeiro passo, que foi a previsão nas Constituições do direito à igualdade, a obrigação do Estado passa a ser a garantia e a concretização do que está escrito na lei, relativizando proporcionalmente os princípios fundamentais para que eles tornem-se efetivos. Na busca pela justiça, diferenciar as pessoas é legítimo e um de seus desafios é desconstruir os preconceitos inculcados socialmente.

Perceba-se, portanto, que a igualdade enquanto direito fundamental não é absoluta e isso se dá principalmente pelo fato de que devemos levar em conta as diferenças sociais para alcançarmos o seu real propósito. No momento em que o Estado trata seus cidadãos como se todos fossem, concretamente, iguais perante a lei, fecha os olhos para uma considerável parcela de pessoas que tem seus direitos básicos negados há séculos e, justamente por isso, não se desenvolvem plenamente como seres dignos de respeito que são.

2.3 JUSTIÇA COMO EQUIDADE

Compreender as teorias da justiça é relevante na medida em que passamos a conhecer quais valores foram eleitos por nosso Estado como fundamento para a construção de uma sociedade justa que, por sua vez, modernamente, está vinculada à liberdade de cada um poder escolher a própria concepção do que seja uma vida boa (SANDEL, 2011. p. 17). Em última análise, as teorias da justiça buscam entender as regras para o jogo e se essas são as melhores para atingir os fins pretendidos. Assim, no contexto do presente trabalho, temos a partir de tais teorias elementos para analisar de forma mais profunda e crítica a adoção de ações afirmativas na modalidade cotas no Brasil.

O debate acerca da possibilidade do uso de cotas para negros em universidades pressupõe a compreensão do modelo de igualdade material, entretanto, vai além, pois é um debate sobre justiça, entendida por John Rawls como a estrutura fundamental da sociedade (RAWLS, 2008).

Isso porque definir o que é justo ou injusto para uma sociedade é a base para garantir a realização dos planos dos indivíduos, que não podem, em certa medida, serem frustrados, mas devem ser coerentes entre si, pois para Rawls as implicações das escolhas devem ser mais abrangentes, vez que uma concepção da justiça é preferível a outra quando suas consequências mais amplas são mais desejáveis.

O referido autor desenvolveu a sua teoria da justiça com o objetivo de se contrapor ao utilitarismo clássico e ao intuicionismo, pois entende que o indivíduo possui uma inviolabilidade que se fundamenta na justiça e que não pode ser negada, nem mesmo sob a justificativa do bem-estar da sociedade.

A teoria rawlsiana foi um divisor de águas para afirmar a noção de justiça distributiva que, nas palavras de Fleischacker (FLEISCHACKER, 2006. p. 159), vinha sendo rejeitada ou mitigada pelos movimentos políticos e filosóficos reacionários, que se opunham à assistência do Estado aos pobres e entendiam que a justiça não tinha um componente distributivo.

Os positivistas tinham por objetivo a eliminação de todo tipo de linguagem moral da ciência social para que os problemas fossem avaliados exclusivamente de forma científica. Marx, da mesma maneira, intentava abolir a linguagem da moralidade e da justiça, mas não por razões científicas. Já os utilitaristas, ainda segundo Fleischacker, se satisfaziam com a linguagem moral, no entanto, reduziram a um único princípio toda a moralidade, para o qual o bem da sociedade representa o bem dos indivíduos, o que exclui boa parte da virtude da justiça.

A Teoria da Justiça, publicada em 1971, foi responsável pelo declínio das ideias, sobretudo utilitaristas, que até então predominavam na filosofia política e pela inclusão de sistemas morais distintos no campo de discussão. Assim, para Rawls, a moral é útil apenas quando possa resultar em posições concretas para solucionar controvérsias e não como algo emanado de uma divindade.

A teoria contratualista de Rawls exalta a distinção entre as pessoas, resistindo ao utilitarismo quanto a sua tendência de reduzir todos os objetivos humanos ao prazer. Para Rawls a justiça deve distribuir os “bens primários” em vez de se preocupar em identificar o bem humano supremo.

Rawls considera a justiça a virtude mais relevante das instituições sociais, devendo qualquer lei ou instituição, mesmo que eficientes, serem alteradas ou extintas caso sejam injustas, sendo a primazia da justiça uma convicção segundo a qual para que uma sociedade seja considerada justa, as liberdades de cidadania são irrevogáveis e os direitos garantidos pela justiça são inegociáveis do ponto de vista político e dos interesses sociais, não sendo justificável a perda da liberdade de alguns em nome do bem de outros.

No desenvolvimento de sua teoria da justiça, Rawls afirma que os princípios da justiça a influenciam no contexto de uma sociedade organizada em uma cooperação que visa o benefício de todos. Rawls define como princípios da justiça social um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade pela distribuição adequada dos benefícios e encargos da cooperação social.

Assim, a injustiça somente é tolerável para evitar outra ainda maior, prevalecendo uma concepção de justiça sobre outra quando a escolhida provoca consequências mais desejáveis de forma mais ampla. Para o autor, uma sociedade é considerada bem ordenada se atende a uma concepção pública da justiça, a carta

fundamental da sociedade, onde todos aceitam os princípios de justiça e esses são respeitados também pelas instituições, que não devem fazer distinções arbitrárias entre pessoas ao atribuir direitos e deveres fundamentais, cabendo às leis definir um equilíbrio entre as reivindicações das vantagens da vida social que são conflitantes.

Nesse contexto, a justiça social tem por objeto principal a estrutura básica da sociedade e as instituições mais importantes são a constituição política e os arranjos sociais e econômicos relevantes, a exemplo da proteção jurídica da liberdade de pensamento e da liberdade de consciência, os mercados competitivos, a propriedade privada dos meios de produção e a família monogâmica.

Às desigualdades que compõem a estrutura básica da sociedade, devem ser aplicados os princípios da justiça social que por sua vez regem as instituições. O estudo do autor limita-se a uma sociedade fechada e bem ordenada, onde todos ajam de forma justa e contribuam para a sustentação das instituições justas. Portanto, a natureza e os objetivos de uma sociedade perfeitamente justa são componentes centrais da teoria da justiça de Rawls, que possui essência contratualista, de modo que os princípios de justiça são abstratamente considerados objeto de um acordo original firmado em situação de igualdade a partir da escolha feita por pessoas morais, livres e racionais.

Trata-se da denominada justiça como equidade, esclarecida a partir de uma situação hipotética na qual os princípios que irão fundamentar a concepção de justiça e, por conseguinte, a Constituição e as leis, são escolhidos sob o “véu de ignorância”, pois desconhecidos são o *status* social ou a sorte dos responsáveis pela escolha, estando todos em uma posição original equitativa¹.

A partir da tentativa de neutralizar as contingências sociais, Rawls chega aos princípios de justiça: o primeiro pressupõe igualdade na atribuição de direitos e deveres fundamentais, enquanto para o segundo as desigualdades sociais e econômicas são justas se representarem vantagens a todos e, de forma especial, aos menos favorecidos socialmente.

¹ A posição original deve ser entendida como o *status quo* inicial onde há garantia de que os acordos nele realizados sejam equitativos. Os princípios escolhidos em tal circunstância não devem se adaptar a casos pessoais, mas sim a maior aceitação das partes, que são iguais na medida em que concebidas como pessoas morais, conscientes da concepção do próprio bem e detentoras de senso de justiça. A posição inicial resume as condições nas quais são feitas as escolhas pelas partes e as consequências destas opções e, ainda, é uma ideia intuitiva que leva a melhor interpretação das relações morais. Os princípios de justiça, assim, são aceitos por todos os que se encontrem nessa posição de igualdade, onde ninguém está em vantagem ou desvantagem por fatores sociais ou naturais.

A concepção de justiça em Rawls somente pode ser alcançada por meio de concordâncias mútuas resultantes de ponderação e ajustes das partes, alcançadas por meio do equilíbrio reflexivo, estado no qual as preferências dos sujeitos podem ser reformuladas na situação inicial, adaptando-se a juízos ponderados com o fim de se chegar aos princípios de justiça.

Ressalta Rawls que filosoficamente tem-se distinguido as exigências de liberdade e direito do desejo de aumentar o bem-estar agregado, devendo sempre as primeiras se sobrepor ao segundo, pois cada ser humano possui uma inviolabilidade fundada na justiça (direito natural), que não pode ser mitigada pelo bem-estar dos outros. Conclui, desta maneira, que em uma sociedade justa, as liberdades fundamentais são inquestionáveis e os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas nem ao cálculo dos interesses sociais.

Para a justiça como equidade, a garantia de prioridade da justiça é uma consequência necessária dos princípios escolhidos na posição original, o que se conflita com os preceitos utilitaristas, pois para estes agir conforme a justiça seria uma conveniência social objeto de normas secundárias e não um compromisso precípuo, objeto do próprio acordo social, sendo que para Rawls o utilitarismo não é individualista, pois funde todos os desejos e os aplica a partir da escolha de um indivíduo.

Sustenta a teoria rawlsiana que, ao contrário do utilitarismo, que é teleológico, a justiça como equidade é deontológica, pois não considera o bem e o justo separadamente, não sendo o justo a simples maximização do bem. Na justiça como equidade, embora o bem continue sendo a satisfação do desejo racional, tal qual no utilitarismo, afasta-se deste porque para a formulação ora exposta a escolha racional das pessoas na posição original levará aos princípios de justiça. O bem, assim, é maximizado apenas por via de consequência e não como fundamento para as decisões.

Para Rawls, no utilitarismo o bem-estar é medido tão somente pelos graus de satisfação ou insatisfação dos indivíduos, independentemente da qualidade ou origem dos desejos, o que poderia legitimar até mesmo escolhas discriminatórias que somente seriam negadas por serem destrutivas à sociedade ou por haver outros meios de se alcançar o bem-estar e não por violarem princípios de justiça, sendo esses limitadores às concepções de bem individual, desejos e aspirações humanas.

Já a justiça como equidade tem como principal característica a prioridade do bem sobre o justo, o que leva os interesses violadores da justiça a serem desconsiderados.

Por outro lado, Rawls afirma que na doutrina intuicionista há um conjunto irreduzível de princípios fundamentais que devem ser objeto dos pensamentos e comparações para que, a partir de um juízo ponderado, se chegue ao equilíbrio mais justo.

Rawls reconhece que qualquer concepção de justiça deve confiar até certo ponto na intuição, não havendo possibilidade de eliminação da pluralidade de princípios, entretanto, o recurso indiscriminado a juízos ponderados leva a concepções de justiça diferentes.

O autor considera a atribuição de pesos essencial, devendo-se investigar o que motivou os sujeitos à escolha dos princípios na posição original para que se avalie o peso que cada um terá, chegando-se ao equilíbrio.

A proposta de Rawls é substituir um juízo ético por um juízo de prudência racional, com a finalidade prática de alcançar um julgamento confiável que leve a uma concepção comum de justiça. Para isso, a ordenação serial pode reduzir a dependência dos juízos intuitivos e indicar uma estrutura ampla das concepções de justiça, sugerindo caminhos para que se chegue ao melhor ajuste.

Quando Rawls trata da natureza da teoria moral a partir da conceituação de juízo ponderado em equilíbrio reflexivo e seus motivos², declara a necessidade de formular princípios que, conjugados às convicções e conhecimentos das circunstâncias, levem a pessoa a emitir juízos motivados de maneira consciente e inteligente, isso porque as capacidades morais para serem analisadas corretamente devem se fundar em princípios e teorias além das normas e padrões cotidianos, a exemplo da ideia de posição original.

Considerando que as concepções de justiça somente podem ser conhecidas pela tradição da filosofia moral, a justiça como equidade aproxima-se do ideal

² Por juízos ponderados, entendem-se aqueles nos quais as capacidades morais do homem se manifestam sem distorções e são emitidos em condições favoráveis ao exercício do senso de justiça (capacidade mental que envolve raciocínio), não se admitindo desculpas simplórias para o erro. São, assim, aqueles que levam ao juízo pertinente. Já o equilíbrio reflexivo é conceituado como um estado ao qual a pessoa chega após ponderar as diversas concepções propostas, podendo reconsiderar seus próprios juízos ou manter suas convicções iniciais para que se adapte a uma das concepções de justiça.

filosófico sem, entretanto, alcançá-lo, vez que qualquer definição não passa de recurso utilizado para delinear a teoria, que sempre contém algum erro.

Em um apanhado geral, Rawls afirma no início de sua obra que a teoria da justiça deve ser vista como uma estrutura orientadora criada para concentrar as sensibilidades morais do homem e expor questões bem delimitadas a capacidades intuitivas. O papel dos princípios de justiça é identificar o que é moralmente importante, enquanto o das normas de prioridade é indicar a precedência quando há conflito; já a posição original define a ideia fundamental que origina as escolhas sociais. Trata-se, portanto, de uma teoria bem definida sob certas circunstâncias expostas pelo autor.

Os princípios da justiça social têm por objeto principal a estrutura básica da sociedade e a organização das instituições sociais de maneira cooperativa, distinguindo-se daqueles aplicáveis aos indivíduos e seus atos.

Segundo Rawls, a instituição é um sistema público de normas que define cargos e funções com seus direitos e deveres, poderes e imunidades, organizado de maneira coerente, a exemplo de jogos e ritos, julgamentos e parlamentos, mercados e sistemas de propriedades, onde todos os envolvidos conhecem as normas como se fossem resultantes de um acordo. Afirma, ainda, que as instituições são injustas se combinadas de modo equivocado em um sistema, embora possam isoladamente ser justas.

A justiça formal compreende a administração imparcial e coerente das leis e das instituições, de conformidade com seus princípios fundamentais, tratando-se da adesão ao princípio ou, ainda, da obediência ao sistema, o que não significa que as instituições sejam justas. O que determina a justiça são os princípios de sua estrutura básica, ou seja, no que se fundamenta. À vista do exposto, não se trata de simplesmente cumprir a lei, mas saber o que a justifica.

Passamos, então, à formulação prévia dos princípios de justiça: o primeiro princípio enuncia “cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas” e o segundo princípio prevê que “as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos”.

Violações ao primeiro princípio não podem ser justificadas ou compensadas por vantagens sociais e econômicas, somente sendo possível limitar as liberdades nele garantidas quando entrarem em conflito com outras liberdades fundamentais, tendo em vista que nenhuma delas é absoluta. As liberdades a certos tipos de propriedade e a contratual não são consideradas fundamentais e, portanto, não são protegidas pela prioridade do primeiro princípio. O segundo princípio deve ser sempre compatibilizado com o primeiro.

A concepção de justiça somente está vinculada ao fato de que a situação de todos melhora, devendo todos se beneficiar inclusive das desigualdades admissíveis na estrutura básica.

A igualdade democrática é alcançada combinando-se os princípios da igualdade equitativa de oportunidades e de diferença. Conceitua-se tal sistema como aquele onde as expectativas mais elevadas dos que encontram-se em melhor situação somente serão justas se elevarem as expectativas dos membros mais desfavorecidos da sociedade, a exemplo do trabalhador não-qualificado representativo. Para o princípio de diferença, se não for feita uma distribuição que melhore a situação de ambas as pessoas, prevalecerá a distribuição igualitária.

Mede-se a injustiça das instituições a partir da avaliação das expectativas mais elevadas, não podendo estas violar os outros princípios de justiça como a igualdade equitativa (ganho máximo dos mais favorecidos é limitado). Ressalta o autor que a concepção democrática não é compatível com a eficiência. Só é possível conjugar justiça e eficiência se ambas forem maximizadas na mesma proporção, jamais podendo a eficiência se sobrepor.

Para a teoria da justiça de Rawls, as comparações interpessoais de bem-estar devem representar valores que todos aceitam, reconhecem e pelos quais concordam em se empenhar (justiça social). O princípio de diferença pretende estabelecer fundamentos objetivos a tais comparações identificando o indivíduo representativo menos favorecido e simplificando a base das comparações às expectativas de bens primários sociais (direitos, liberdades e oportunidades, renda e riqueza).

Nesse ponto, Rawls adota a teoria aristotélica do bem, segundo a qual o bem pessoal é definido pelo plano de vida a longo prazo do indivíduo, sendo racional a partir do momento que não se pode preferir nenhum outro plano levando-se todos os fatores em consideração. Para a justiça como equidade presume-se que todos os

valores pessoais sejam compatíveis com a justiça, sendo assegurada liberdade de escolha às pessoas para realização de seus planos de vida, desde que não transgridam as exigências de justiça.

O autor se propõe a identificar as posições básicas mais capazes de oferecer um ponto de vista adequado do sistema social, denominadas posições sociais relevantes, dividindo os indivíduos representativos em duas categorias: cidadão representativo e indivíduos com expectativas diversas em relação aos bens primários distribuídos de maneira desigual.

A estrutura básica deve ser avaliada pela ótica da cidadania igual, onde direitos e liberdades são exigidos pelos princípios de liberdade igual e de igualdade equitativa de oportunidades. Havendo discussões sobre política social (ordem, segurança pública, saúde, seguridade social), há a possibilidade de aplicar-se o princípio do interesse comum (instituições promovem objetivos em comum que beneficiarão todos da mesma maneira).

Os indivíduos menos favorecidos são aqueles mais afetados de maneira negativa pelas contingências naturais, sociais e fortuitas. As posições sociais relevantes devem reger a aplicação dos princípios de justiça à estrutura básica da sociedade e a identificação dos indivíduos representativos é importante na medida em que não há como garantir a proteção de cada interesse de maneira individual.

Rawls afirma que os princípios devem expressar uma concepção igualitária de justiça e distingue os princípios de diferença e de reparação, sendo este último um princípio *prima facie* que deve ser considerado em conjunto com outros. O princípio de diferença promove modificações nos objetivos da estrutura básica e apregoa que aqueles que foram favorecidos naturalmente não devem beneficiar-se apenas por serem mais talentosos, mas devem usar seus talentos de maneira a ajudar os menos favorecidos.

A justiça como equidade objetiva deduzir todos os deveres e obrigações de justiça das condições razoáveis e a posição original intenta reproduzir tais condições que, embora compartilhadas, são fracas, eis que cobertas somente por um véu de ignorância que, se retirado, revelará laços fortes de sentimentos naturais que não são admitidos em uma concepção de justiça. Conclui-se que a justiça é a virtude de práticas onde existem interesses conflitantes e as pessoas se sentem detentoras do direito de pressionarem-se umas às outras por seus direitos.

Em resumo, a concepção do justo é um conjunto de princípios que são gerais na forma e universais em sua aplicação, devendo seu sistema ser publicamente reconhecido como última instância de apelação para a ordenação das reivindicações de pessoas morais.

Todos os princípios concebidos na posição original devem ser justos e para que as contingências sejam amenizadas, as partes estão por trás de um véu de ignorância, pois desconhecem as consequências das alternativas expostas na vida dos indivíduos e devem optar pelos princípios com fundamento em ponderações gerais. As partes apenas conhecem fatos genéricos que afetem a escolha dos princípios de justiça.

Para Rawls a ideia do véu de ignorância está implícita na ética de Kant e, após argumentar contra as prováveis críticas a este estado de desconhecimento, ele o justifica: em caso de se permitir o conhecimento de particularidades, o resultado das escolhas sofrerá influência de contingências arbitrárias. Assim, a posição original somente pode gerar acordos justos se as partes estiverem equitativamente situadas e tratadas igualmente como pessoas morais e, uma vez excluídos os conhecimentos, a exigência de unanimidade na escolha pode vir a ser atendida.

As escolhas feitas sob o véu de ignorância não são meros palpites, mas sim escolhas de racionalidade mutuamente desinteressada, ou seja, as pessoas na posição original buscam reconhecer princípios que promovam seus objetivos da melhor forma, garantindo para si bens primários sociais. Ademais, não tentam beneficiar ou prejudicar umas as outras, nem são motivadas por afeto ou rancor, tampouco tentam levar vantagem, não sendo invejosas ou fúteis.

Chega-se aos princípios por meio das escolhas dos indivíduos situados na posição original, sendo que a justiça como equidade incorpora os ideais de justiça aos seus próprios princípios, garantindo respeito ao maior número de casos possível, sendo suas concepções públicas e, por conseguinte, seus princípios também. A teoria ética proposta é geral e o autor defende que os princípios fundamentais devem incorporar convicções de justiça diretamente, o que não pressupõe um entendimento completo das contingências do mundo.

Rawls afirma que os princípios são uma concepção mínima adequada de justiça para situações de incerteza. Tal fato fundamenta-se, em primeiro lugar, porque as partes têm uma capacidade para a justiça, vez que lhes pode ser assegurada garantia em seu empreendimento, considerando que a escolha que

influenciará sua vida se dá em presunção de boa-fé e aptidão para honrar os compromissos assumidos no “contrato”.

Em segundo lugar, os princípios contêm uma cláusula de publicidade e restrições a acordos. Trata-se de uma maneira de tornar estável a concepção de justiça, pois o reconhecimento público de sua concretização pelas instituições fomenta o senso de justiça da população e, ainda, o auto-respeito.

Fleischacker enumera algumas evoluções e críticas de teóricos pós-rawlsianos, dentre eles Dworkin e Amartya Sen. Para o primeiro, o ideal em termos do que deveria ser distribuído seriam recursos. Sen concorda com Rawls que há que reconhecer-se a heterogeneidade dos fins humanos, mas para ele o enfoque deve voltar-se não aos bens primários, vez que diante de bens de qualquer natureza persistirá a questão da destinação dos mesmos.

Teoria claramente oposta à de Rawls veio de Robert Nozick (NOZICK, 2009), para quem os bens materiais aos quais as pessoas têm direito são aqueles adquiridos como propriedade privada e o plano redistributivo seria frustrado por doações e trocas livres. Entretanto, para Fleischacker, Nozick não apresenta argumentos sólidos a sustentar sua própria concepção de justiça.

Roberto Gargarella (GARGARELLA, 2008, p.223-248), em obra que expõe pensamentos opostos a Rawls, dedica capítulo ao estudo do livro “Liberalismo Político”, onde Rawls reformula parte de sua teoria em resposta às críticas. Para Gargarella, a última obra de Rawls representa o ponto mais alto da “nova” Teoria da Justiça, posto que nela admite-se que a teoria não é uma concepção de fato neutra diante das diferentes concepções de bens existentes, o que a torna incapaz de garantir as bases de sua própria estabilidade, isso porque não esclareceria suficientemente seu alcance e seus limites.

A Teoria da Justiça, em sua parte que se destina a defender uma concepção justa (razoável) e capaz de concordar com as convicções pessoais de justiça manteve-se inalterada. A parte substantivamente alterada é a relativa à concepção de estabilidade pretendida por Rawls em sua teoria original, que seria racional, estando os cidadãos motivados a defendê-la porque se alinharia às suas próprias concepções sobre o que é bom alcançar.

Gargarella afirma que no Liberalismo Político, Rawls considera a formulação inicial ambiciosa e pouco realista, adquirindo a posição original o mero papel de um esquema representativo capaz de expressar o modo como são gerados os princípios de justiça. Afirma Rawls que uma concepção de justiça adequada não pode prescindir da análise de fatos gerais como a variedade de doutrinas abrangentes; o uso opressivo da força estatal para garantir o respaldo a uma dessas doutrinas; a necessidade de um regime democrático contar com o livre e voluntário apoio de seus cidadãos para ser duradouro; além da convicção de que a cultura política de uma sociedade democrática razoavelmente estável contém, ao menos implicitamente, ideias intuitivas fundamentais das quais decorrem uma concepção política da justiça.

Trata, ainda, da ideia de um “pluralismo razoável”, que seria não um fato histórico passível de perder seu significado, mas sim um traço permanente da política da democracia, derivado dos limites naturais do conhecimento humano. A diversidade moral de uma sociedade justa seria, assim, um forte traço distintivo do Liberalismo Político.

Rawls demonstra que inobstante o pluralismo razoável de concepções do bem, é possível construir uma concepção útil de justiça compartilhada, a partir da superação de desacordos entre a multiplicidade e doutrinas existentes e a identificação das bases um acordo amplo, que abrangeria princípios essenciais e profundos, que incluiria concepções da pessoa e da sociedade. Trata-se de uma visão política da justiça que não desconsidera os traços morais, mas restringe o objeto de elaboração da concepção.

O “consenso sobreposto” é então definido em Liberalismo Político como um acordo entre pessoas razoáveis que somente aceitam doutrinas abrangentes da mesma maneira razoáveis, isto é, surge como a única forma de permitir que os indivíduos possam aderir à concepção pública da justiça no contexto pluralista reconhecido.

Uma maneira mais nítida de perceber como se chega ao consenso sobreposto seria analisando o âmbito constitucional, quando atingido por conflitos. Quando há limitação dos direitos, liberdades e procedimentos as partes tendem a modificar a legislação ou a editar leis que possibilitem a expansão de suas

pretensões e, para conseguir tal objetivo, os grupos envolvidos na deliberação precisam convencer os que pensam diferente e se obrigam a desenvolver uma concepção política mais profunda e ampla, chegando-se ao “consenso sobreposto” que, por sua vez, é a expressão da “razão pública compartilhada”.

Ainda segundo Gargarella, Dworkin, em sua crítica a Rawls, enfatiza que a Teoria da Justiça parece querer distinguir o pessoal do político, numa tentativa de anestesiar as convicções mais profundas e potentes sobre a fé religiosa, a virtude moral e como viver, que seriam parte fundamental de nosso cotidiano e não são esquecidas durante as decisões políticas. A confiança de Rawls nas virtudes da cidadania e em um raciocínio prático tornaria, assim, sua concepção inadequadamente idealista.

Gargarella conclui que se por um lado Liberalismo Político introduziu mudanças importantes na Teoria da Justiça, ao optar por uma concepção “política” da justiça, introduzir a ideia do “consenso sobreposto” e renovar a preocupação com a estabilidade da concepção política, por outro lado, as mudanças que intentaram tornar a teoria plausível para qualquer pessoa razoável causou mais descontentamentos à crítica.

Entendemos que desde a teoria primária de Rawls houve uma certa tendência em se priorizar a igualdade política das pessoas. Isso porque o conceito de justiça como equidade, segundo o qual o acordo original tem por objeto princípios de justiça, sendo estes aceitos por pessoas livres e racionais, interessadas em promover suas expectativas, em uma situação inicial de igualdade, a nosso ver colide com uma das características essenciais descritas pelo autor de que “ninguém conhece seu lugar na sociedade, sua classe ou seu *status* social”, não sendo as partes egoístas, mas sim pessoas “desinteressadas”, no sentido de não preocuparem-se com as escolhas alheias.

Assim, observamos que se todos estariam em uma situação igualitária, no sentido de terem o mínimo para uma vida digna (justa) e não de que todos teriam acesso aos mesmos bens, a única igualdade persistente seria justamente a igualdade política. Isso coaduna-se com o entendimento posto em Liberalismo Político, onde Rawls atribui valor significativo a tal característica.

Teorias posteriores a de Rawls, como as de Dworkin e Sen, por exemplo, valem-se em diversos pontos da fonte rawlsiana, eis que a justiça como equidade traz um norte para as instituições na medida em que as compromete com a primazia da justiça, o que influenciou sobremaneira as teorias igualitárias modernas.

Rawls, embora de maneira imperfeita – pois desconsiderou as características de desigualdade particulares dos indivíduos para a escolha preliminar – delimitou seu espaço de discussão de maneira clara: a posição original, na qual as pessoas, sob o véu de ignorância e em condições de igualdade, escolhem os princípios de justiça que irão reger a sociedade como um todo. Nesse primeiro momento, os princípios são escolhidos sob a neutralidade das contingências sociais.

2.4 IGUALDADE DE RECURSOS

Ronald Dworkin construiu sua concepção de justiça ideal a ser adotada pelos governos em contraposição à igualdade de bem-estar. Trata-se da igualdade de recursos, que se assenta em duas premissas: a escolha e a responsabilidade. A primeira premissa sustenta que a distribuição das riquezas sociais deve ser consequência das escolhas das pessoas, sendo que uma distribuição idêntica das riquezas não seria necessariamente justa. A segunda premissa dispõe que as desigualdades materiais passíveis de justificativa seriam somente aquelas que pudessem ser atribuídas às escolhas de cada pessoa, não se admitindo justificativa àquelas que decorram de circunstâncias alheias ao controle das pessoas.

A teoria da igualdade de recursos de Dworkin, portanto, parte do pressuposto de que as pessoas são responsáveis pelas escolhas que fazem em suas vidas, entretanto, atributos naturais como a inteligência e o talento são moralmente arbitrários, razão pela qual não devem influenciar a distribuição dos recursos na sociedade.

Para Dworkin a igualdade se traduz nos recursos disponíveis às pessoas para realizarem suas escolhas e não no bem-estar que poderia ser alcançado com tais recursos, o que impõe aos governos o dever de prover uma igualdade material

para todos e o compromisso político de tratar a vida de cada pessoa com a mesma importância.

As cotas para negros em universidades são um exemplo prático da necessidade de intervenção estatal para garantir a igualdade se levarmos em conta as premissas da igualdade de recursos, senão vejamos.

Quanto à primeira premissa, o estudante negro deve ter a chance real de escolher se deseja ou não cursar o ensino superior, mas para isso precisa ter à sua disposição os elementos para concorrer de forma igualitária com os demais candidatos. Adentrando na segunda premissa, as desigualdades nas condições de acesso à universidade não decorrem da escolha livre dos candidatos negros, pois têm raízes na discriminação a que são submetidos, além da diferença de preparação quando comparamos candidatos negros oriundos de escolas públicas e candidatos brancos que estudaram em escolas particulares e cursinhos preparatórios pré vestibular, portanto, não se trata de uma desigualdade passível de justificativa.

Para argumentar sua teoria, valendo-se de mecanismos contratualistas, Dworkin, na parte teórica da obra *A Virtude Soberana* (DWORKIN, 2005), cria situação hipotética consistente em uma ilha deserta cujos habitantes desejam realizar uma divisão justa dos recursos, com a qual busca delimitar as bases de uma sociedade igualitária que teria êxito nos moldes liberais.

O autor propõe soluções inicialmente abstratas, pensadas para um grupo de pessoas específico (náufragos) e em uma situação isolada (ilha), o que demonstra que as contingências sociais poderiam ser controladas satisfatoriamente ou, ainda, desconsideradas, garantindo-se em certa medida o resultado esperado.

Os sujeitos pensados por Dworkin têm conhecimento amplo e prévio de suas condições enquanto indivíduos, tanto em comparação a outros indivíduos quanto ao próprio Estado, o que lhes permite escolhas mais conscientes no leilão inicial, de forma a influenciar suas próprias vidas e as dos demais indivíduos, a partir de uma visão menos egoísta do que a da igualdade de bem-estar.

Ainda na parte introdutória do livro, Dworkin traz uma explicação a partir da qual nos leva à compreensão do por quê o processo de escolha dos recursos do qual participam os náufragos não se inicia de forma aleatória, tampouco o são as

consequências das suas opções. Tal fato se dá por conta da aplicação à teoria apresentada de dois princípios do individualismo ético, quais sejam, o princípio da igual importância e o princípio da responsabilidade especial.

Trata-se de um conjunto de princípios que voltam-se tanto ao governo (princípio da igual importância) – que deve ter a postura objetiva de garantia de vida bem-sucedida aos cidadãos, a partir de leis e políticas capazes de atingir tal meta – quanto ao próprio indivíduo (princípio da responsabilidade especial), que assume a responsabilidade de sua vida, desde que suas escolhas advenham de convicções, preferências ou de sua personalidade e não de decisões impostas por outras pessoas a partir do que terceiros consideram ideal.

Demonstrada a relevância de se compreender o princípio da igualdade, este deve ser norteador da atuação estatal, pois as pessoas somente podem ser responsabilizadas por seus destinos se fizerem tais opções de forma livre. Daí se confirma que a liberdade de fato está fora do ato do leilão inicial e situa-se em uma fase preparatória do mesmo, pois é condição essencial a seu sucesso, tanto quanto a igualdade.

Nesse sentido, o princípio igualitário abstrato de Dworkin é um diferencial em sua obra e vai influenciar toda a concepção de justiça por ele construída, impondo responsabilidades ao Estado a tal ponto que qualquer governo somente pode se legitimar se respeitar referido princípio, caso contrário, o governo não passaria de tirania. A igualdade para Dworkin adquire praticamente um papel absoluto, não no sentido de negar as diferenças, vez que estas naturalmente surgem a partir do momento em que se encerra o leilão inicial – tanto pelo comércio e pelos talentos, como por deficiências prévias ao leilão – mas de torná-las menos injustas, pois as pessoas têm acesso a um mínimo de recursos garantido. Tais recursos devem ser entendidos não apenas como bens materiais, mas também direitos e liberdades como o voto, expressão, decisão em matérias de intimidade, conforme enunciado pelo autor como um rol mínimo a ser defendido pelo Estado contra atos dos particulares inclusive.

Como o próprio autor admite, a grande dificuldade de sua teoria se encontra na aplicabilidade prática da mesma em sociedades que já possuem divisões de recursos tão desiguais e onde o mínimo de respeito e consideração aos cidadãos

não existe, razão pela qual Dworkin compõe sua teoria do aprimoramento segundo a qual, antes de mais nada, acredita-se que as pessoas queiram o melhor para sua comunidade e a partir de então aplicam princípios como o do sacrifício, da correção, da autenticidade e da independência.

Se pensarmos no Brasil, certamente uma pequena parcela da população poderia se considerar incluída nas condições pré-leilão, ou seja, poucos são aqueles que possuem um nível de conhecimento e liberdade de escolha adequados a ponto de serem responsáveis pela condução de seus destinos e pelos resultados de suas vidas.

Pensamos que o ensino superior pode ser considerado um dos recursos dos quais Dworkin trata em seu leilão, considerando que a educação em nível mais elevado pode ser necessária à pessoa para alcançar os projetos aos quais dedica sua vida e tratar pessoas como iguais para o referido autor representa que cada um tenha a permissão de usar parcela igual de recursos disponíveis a todos para realizar tais projetos. Por sua vez, as ações afirmativas são uma forma de reajuste, tal qual ocorre no pós leilão de Dworkin.

Não fosse considerado um recurso, a educação superior não seria passível de redistribuição por meio de políticas de governo a exemplo das cotas, tendo em vista que a realidade aponta para uma desigualação no acesso aos bens, diferente do que ocorre no leilão, daí a necessidade de intervenção estatal. Nesse sentido (DWORKIN, 2005, p. 308):

No mundo real, porém, as pessoas não começam suas vidas em termos iguais; alguns partem com acentuadas vantagens de riqueza de família ou educação formal e informal. Outros sofrem porque sua raça é desprezada.

Assim, a educação é considerada em Dworkin um recurso ou oportunidade, objeto de programas direcionados para garantir a melhoria da vida daqueles aos quais são dirigidos, embora representem um custo a toda a sociedade (DWORKIN, 2005. p. 312):

Crianças que não tiveram alimentação adequada nem chances efetivas de uma educação superior sofrerão prejuízo permanente, mesmo que a economia siga o caminho mais otimista de recuperação.

Portanto, mesmo que programas considerados menos dispendiosos aos demais cidadãos possam ser implementados a longo prazo, os programas direcionados como as cotas buscam não ignorar os que estão agora nos porões da economia, não podendo aguardar a sua recuperação pelo fluxo tradicional da distribuição de bens que mostra-se injusta.

A realidade de nosso país ainda se volta à sobrecarga do Estado no sentido de garantir condições mínimas (que aqui, muito diferentes das imaginadas por Dworkin, significam muitas vezes apenas alcançar a linha de pobreza) aos seus cidadãos por meio de programas assistencialistas e por meio da previdência social (que também incluem os deficientes físicos). O modelo de Dworkin não está preocupado com questões tão elementares assim, ele se preocupa em evitar limitações a direitos fundamentais relacionados à liberdade de expressão, intimidade, dentre outros, pois para ele o básico necessário à própria existência física do ser humano já está garantido, o que não retira a grande importância das formulações do autor, pois existem várias realidades convivendo dentro de um mesmo país.

Partindo da ideia do autor de que liberdade e igualdade são lados de uma mesma face quando se aplica a igualdade de recursos, em termos mais práticos, a definição de Dworkin das questões sensíveis e questões insensíveis à escolha influenciam diretamente a atuação de todas as esferas estatais e define limites aos Poderes. Questões sensíveis à escolha são aquelas passíveis de deliberação política, enquanto as questões insensíveis são aquelas que não podem ser limitadas pela vontade política e, caso violadas, autorizam a atuação do Judiciário.

Nesse contexto o Judiciário surge não como um usurpador das competências deliberativa e política dos demais Poderes, mas como um aprimoramento da democracia, o que não quer dizer que o Tribunal possa decidir a respeito de tudo: deve limitar-se às questões de princípio insensíveis à escolha, ou seja, quando os demais poderes atingirem tais questões, agirá o Judiciário.

Nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal no Brasil tem atuado por vezes em searas até então restritas à política e até mesmo suas decisões sobre questões insensíveis têm tido seus efeitos modulados por questões políticas. A título de exemplo menciona-se a própria decisão acerca da política de cotas para negros em universidades cuja matéria, após ser objeto de julgamento pelo Supremo, foi regulada pela Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012.

A ideia de comunidade, que completa a tríade de Dworkin quanto ao seu ideal político (igualdade, liberdade e comunidade), invoca mais uma vez o pensamento do indivíduo para com os outros, pois as decisões devem ser pensadas de maneira a tornar bem sucedida a comunidade como um todo e não somente o indivíduo.

A teoria da justiça de Dworkin é muito avançada ao atribuir direitos e responsabilidades de maneira equilibrada a todos os indivíduos e ao Estado com o intuito de tornar a vida das pessoas importantes e com um propósito definido. Sua nítida preocupação com a igualdade o faz adentrar de maneira profunda em questões que podem influenciar positiva e negativamente as escolhas dos indivíduos, questões essas por vezes íntimas, como o preconceito, e que não devem ser desconsideradas pelo Estado para que este concretize seus objetivos e princípios, a fim de servir e respeitar seus cidadãos como estes merecem, sendo as cotas em universidades uma das maneiras de se pôr em prática tal concepção de justiça.

O preconceito, a partir do momento em que influencia as escolhas dos indivíduos, passa a ser externado e, portanto, deixa de ser juridicamente neutro, passando a sua forma ativa, qual seja a discriminação. Daí que as motivações, embora íntimas, justificam a atuação do Estado para o restabelecimento da igualdade a partir de posturas como a criação da lei de cotas para negros em universidades que, inevitavelmente, tem o preconceito como um pressuposto.

3 AÇÕES AFIRMATIVAS E COTAS

As ações afirmativas têm sua origem na Índia, país onde tais políticas começaram a ser implantadas ainda sob o domínio colonial inglês e depois foram ratificadas pela constituição de 1947, com o país já independente (FERES JUNIOR).

Seu histórico coincide com o fracasso da neutralidade estatal, notadamente nos países com passado de escravidão (dentre os quais o Brasil se destaca, dado o espaço considerável de tempo em que a “coisificação” de seres humanos por aqui perdurou), houve a necessidade de não mais apenas ter-se previsto nas Constituições as proibições da discriminação ou, na normativa infra-constitucional, a criminalização do racismo, pois estes dispositivos legais não são capazes de por si só reverter um quadro social que finca âncoras na tradição cultural de cada país, no imaginário coletivo, em suma, na percepção generalizada de que a uns devem ser reservados papéis de franca dominação e a outros, papéis indicativos do *status* de inferioridade (GOMES, 2001a, p. 37).

Respeitadas as particularidades de cada nação, podemos apontar como ponto de interseção entre todos os países no momento da aplicação da política positiva em comento o reconhecimento de que o Estado deve deixar sua inércia e passar de mero expectador das mazelas sociais para assumir uma postura ativa, principalmente em relação àqueles até então tidos como insignificantes. A essa nova proposta de políticas estatais dá-se o nome de ações afirmativas, por meio das quais os governos levam em conta as diferenças humanas como sexo, raça e cor, além de quaisquer outras vulnerabilidades representadas pelas vulnerabilidades que acometem as pessoas, para elaborar estratégias mais justas e inclusivas a seus cidadãos.

Assim leciona Carmen Lúcia Antunes Rocha (ROCHA, *apud* GOMES, 2001a, p. 42), em estudo de vanguarda sobre ações afirmativas no Brasil:

A definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são

marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante da sociedade. Por esta desigualdade positiva promove-se a igualdade jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica, no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias.

Portanto, o primeiro passo foi reconhecer tais desigualdades e a partir da conscientização dos aplicadores do Direito no modo de lidar com os direitos fundamentais, a ação afirmativa surgiu como a face construtiva e construtora do novo conteúdo a ser buscado no princípio da igualdade jurídica. A respeito desta maneira de interpretar e aplicar as leis acrescenta a autora:

Segundo essa nova interpretação, a desigualdade que se pretende e se necessita impedir para se realizar a igualdade no Direito não pode ser extraída, ou cogitada, apenas no momento em que se tomam as pessoas postas em dada situação submetida ao Direito, senão que se deve atentar para a igualdade jurídica a partir de toda a dinâmica histórica da sociedade, para que se focalize e se retrate não apenas um instante da vida social, aprisionada estaticamente e desvinculada da realidade histórica de determinado grupo social. Há que se ampliar o foco da vida política em sua dinâmica, cobrindo espaço histórico que se reflita ainda no presente, provocando agora desigualdades nascentes de preconceitos passados, e não de todo extintos. A discriminação de ontem pode ainda tingir a pele que se vê de cor diversa da que predomina entre os que detêm direitos e poderes hoje.

A exemplo do que cita a autora, tem-se a desigualdade no acesso à universidade quando comparamos negros e brancos que, sem dúvidas, decorre de todo o processo histórico de discriminação a que foram submetidos pretos e pardos, entretanto, as medidas no presente se justificam em razão das consequências de atitudes do passado ainda gerarem efeitos atuais. Portanto, a compreensão de toda

a dinâmica histórica, como mencionado do excerto acima, é fundamental para que se entenda a atualidade e a melhor forma para combater a desigualdade.

Joaquim Barbosa ao definir as ações afirmativas, tomando por referência os Estados Unidos, fez uma divisão destas em três fases. A primeira seria a fase do encorajamento que o Estado dava aos que detinham poder nas esferas pública e privada para que levassem em conta os fatores de raça, cor, sexo e origem nacional das pessoas para tomar decisões no acesso ao ensino e ao mercado e trabalho, com vistas a que fosse refletida a representação de cada grupo da sociedade nas empresas e universidades.

A segunda fase seria a do estabelecimento de políticas ousadas de realização da igualdade de oportunidade por meio da implementação de cotas rígidas e pela vinculação entre ação afirmativa e o alcance de metas estatísticas representativas da presença de negros e mulheres em setores do mercado de trabalho ou em instituições de ensino. Passa o autor, então, à terceira fase, que representa a atualidade (GOMES, 2001a, p. 40):

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como educação e emprego.

As ações afirmativas diferenciam-se das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, vez que não oferecem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, mas por possuírem natureza multifacetária as ações afirmativas visam evitar que a discriminação se verifique por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou mediante de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo (GOMES, 2001a, p. 40), indo, portanto, além, para garantir igualdade de forma ampla.

A história brasileira recente revela-nos uma verdadeira limitação das políticas sociais no que se refere à capacidade de reduzir desigualdades, ou de reverter as conseqüências de exclusões passadas. A igualdade não se produz naturalmente e as desigualdades que foram historicamente construídas (e consolidadas ao longo de séculos) têm que ser ativamente desconstruídas, por meio de deliberação consciente da sociedade e de instrumentos políticos adequados e eficazes.

Há, desta feita, que se adotar políticas focalizadas de promoção da igualdade, oferecendo, mediante discriminação positiva, compensações para os grupos negativamente discriminados e excluídos no passado, visando restabelecer (ou estabelecer) condições de competição verdadeiramente igualitárias, a exemplo do programa implementado pela África do Sul denominado “Black Economic Empowerment (BEE)” que visa corrigir as desigualdades sociais remanescentes do “Apartheid” garantindo acesso diferenciado a direitos por parte de grupos anteriormente desfavorecidos (negros, mestiços, índios e chineses que chegaram antes de 1994), o que inclui medidas como preferências em vagas de emprego, desenvolvimento de competências pessoais, acesso à propriedade, participação na gestão e no desenvolvimento socioeconômico e aquisição preferencial de bens (ÁFRICA DO SUL, 2013).

O principal obstáculo à adoção de políticas afirmativas voltadas a negros em nosso país tem sido uma persistente negação da questão racial, aliada a uma tolerância social à desigualdade em geral. Nessa linha (MARTINS, 2004, p. 56):

A miscigenação, o relacionamento “cordial” entre as raças, os níveis relativamente baixos de violência interracial e de manifestações abertas de racismo, e a ausência de segregação legal ou explícita (que são traços verdadeiros e positivos da sociedade brasileira), faz com que a maioria dos brasileiros brancos tenda a subestimar, ou mesmo a descartar inteiramente, o papel do componente racial na geração e na manutenção dos altíssimos níveis de desigualdade que se observam no país. Apesar de conviver cotidianamente com disparidades flagrantes e permanentemente reiteradas, grande parte dos brasileiros ainda se apegam tenazmente ao mito, profundamente arraigado, de que seu país é uma “democracia racial”, com

oportunidades iguais para todos, independentemente de sua raça ou cor da pele.

Assim, os brasileiros recusam-se a admitir a existência de qualquer forma de preconceito ou discriminação racial e têm se revelado incapazes de reconhecer o “problema racial”, negando-se a reconhecer que a sociedade deva reparar de alguma maneira a população negra que vem sendo privada do acesso a bens fundamentais como a educação. O racismo do Brasil é muito sutil, até íntimo; partilha-se quase tudo com os negros – exceto o prestígio e a mobilidade social.

Em uma pesquisa feita com alunos de diversos cursos da UNESP³, cujo objetivo foi investigar quais valores estão mais presentes na avaliação que universitários fazem a respeito de supostos usuários de cotas, os pesquisadores identificaram alguns pontos convergentes nas respostas dos alunos e o primeiro deles refere-se ao reconhecimento da discriminação aos pobres e a negação da discriminação ou racismo contra os negros no país. Baseando-se nisso:

Considerando a Teoria das Representações Sociais, criada por Moscovici, podemos dizer que, no Brasil, antigas representações sociais sobre os negros, arraigadas no imaginário da população em geral, entram em choque com novas representações construídas e defendidas por militantes e simpatizantes pela luta em defesa dos direitos dos negros, assim como estudiosos do assunto, os quais têm adquirido reconhecimento e espaço na agenda política do governo brasileiro. Uma representação antiga acerca das relações entre negros e brancos, no Brasil, é a que se refere ao “mito da democracia racial”, por meio do qual se nega haver em nosso país preconceitos e discriminação de raça ao mesmo tempo em que se defende “a mestiçagem como padrão fortificador da raça”. Segundo esse ideário, vivemos em um país em que há a igualdade étnico-racial e que as desigualdades que ocorrem se explicam, exclusivamente, por fatores econômicos. Há igualmente uma suposta “identidade nacional” que vê o Brasil como um país de mestiços, onde há convivência pacífica e mistura de diferentes raças e etnias. (...) O “mito da democracia racial” constitui um forte elemento na representação e negação do preconceito racial, aspecto que impede uma discussão séria, franca e profunda sobre as relações raciais

³MENIN, et alii, 2008, p. 255-272.

brasileiras e, mais do que isso, inibe a implementação de políticas públicas específicas para negros.

Assim, reforçando o mito da democracia racial, o traço característico da população brasileira seria o fato de ser mestiça, razão pela qual, supostamente, todos conviveriam de forma harmônica, não havendo que se falar em desigualdade étnico-racial, mas tão somente econômica. Tal conclusão errônea dificulta o reconhecimento da existência de diferenciações baseadas na cor da pele e a implementação de políticas públicas em razão de tais discriminações.

A professora Zélia Amador de Deus (DEUS, 2008) leciona que a construção do mito da democracia racial brasileira tem origem na negação da história das sociedades africanas e indígenas, que sempre foram deixadas de lado por conta do racismo colonial que acompanhou o processo de colonização dos europeus no mundo. Isso porque tais sociedades apresentavam configurações distintas das que estavam acostumados os europeus, razão pela qual eram consideradas sem civilização e sem história.

Entretanto, as ações de rebeldia dos africanos e seus descendentes no período abolicionista são negadas por discursos da elite conciliadora em favor dos escravizados. Essa foi a mesma elite que criou discursos de conciliação no intuito de esvaziar e diluir intensas ações dos escravizados em seu processo de libertação e, conseqüentemente, enfraquecer seu papel dinâmico de sujeitos construtores de história.

Ainda segundo a eminente professora, foi assim que o processo de abolição entrou para a história oficial da nação brasileira como resultado da *benevolência* das elites *letradas*. Seguem-se à abolição estratégias das elites contra as organizações dos negros, que são então perseguidos em suas ações descritas como *desorganizadas*, *artificiais* e *deslocadas*. Firmou-se, assim, o pacto com a face contemporânea do racismo brasileiro: o mito da democracia racial.

A resistência negra persistiu ao longo da história brasileira e mundial, o que fortaleceu e legitimou o discurso do movimento negro diante do poder estabelecido, estimulando o surgimento de ações antirracistas, dentre elas, a criação de cotas para negros em universidades.

Assim, a desconstrução do discurso dominante e tradicional da Academia acerca da luta racial passa pela necessária presença do negro no espaço acadêmico de forma que se possa, em última análise, eliminar o racismo e a discriminação racial.

As ações afirmativas são um universo e muitas são as modalidades pelas quais podem ser trazidas ao dia a dia da sociedade, seja por meio do sistema de cotas, do estabelecimento de preferências, do sistema de bônus ou dos incentivos fiscais. No âmbito das ações afirmativas de acesso às universidades, temos as cotas (raciais e sociais), a bonificação⁴ e a instalação de cursinhos pré-vestibulares para atender aos alunos de baixa renda.

Portanto, cota e ação afirmativa não são termos sinônimos, porquanto as cotas são apenas uma das formas de ações afirmativas, sem dúvidas a face mais controversa das políticas positivas. Por meio das cotas, é feita uma reserva de percentual ou de número exato de vagas ou lugares àqueles que pertencem a grupos desfavorecidos quando em disputas por empregos ou ensino, por exemplo.

O debate acerca da implementação de cotas étnicas para negros e indígenas em universidades brasileiras, embora estivesse há mais tempo na pauta dos movimentos da sociedade civil, foi inicialmente mencionado no Programa Nacional de Direitos Humanos no qual consta a previsão para que o governo “desenvolva uma ação afirmativa para facilitar o acesso dos negros à universidade, aos cursos profissionais e aos institutos de tecnologia” e busque “articular políticas afirmativas para a promoção social e econômica da população negra” (BRASIL, 1997, p. 27-29).

Entretanto, a iniciativa somente ganhou projeção política em âmbito nacional a partir das reuniões preparatórias para a III Conferência Mundial das Nações Unidas de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, realizada no período de 31 de agosto a 08 de setembro de 2001 em

⁴O sistema de bonificações adotado por algumas Universidades, a exemplo da Universidade Federal de Minas Gerais, contempla determinado grupo de alunos, com acréscimo de percentual de pontuação ao desempenho do próprio estudante no exame vestibular, desde que preenchidos alguns critérios definidos pela Instituição de Ensino Superior, como ser estudante de escola pública, que vem de camada social menos favorecida e exigência de desempenho mínimo para prosseguir com os estudos na Universidade. Na UFMG aumenta-se em 10% a nota original do candidato no exame vestibular, desde que o mesmo tenha estudado durante pelo menos sete anos em escola pública.

Durban, na África do Sul, com destaque para a Conferência Nacional Sobre Racismo e Intolerância, realizada no Rio de Janeiro em 08 de julho do mesmo ano, que deu origem à chamada Carta do Rio (Plano Nacional de Combate ao Racismo e à Intolerância).

A Carta do Rio foi o primeiro documento oficial brasileiro no qual surgiu a questão das cotas e tornou-se base para o relatório brasileiro apresentado na Conferência de Durban contendo um quadro de tendências, prioridades e desafios de nível nacional, além de propostas concretas a serem desenvolvidas no processo de enfrentamento ao racismo, à discriminação racial, à xenofobia e à intolerância correlata.

No eixo temático *raça e etnia* da Carta do Rio, destacam-se como propostas no âmbito educacional, além do estabelecimento de cotas para a população negra nas universidades: a) que sejam desenvolvidos programas educativos de combate ao racismo e à discriminação racial de forma contínua, no sistema educacional e meios de comunicação de massa; b) que sejam implementadas políticas de ação afirmativa na área da educação como instrumento fundamental de promoção da igualdade; c) que sejam implantados no currículo escolar da rede pública municipal e particular, assim como nas universidades estaduais e nacionais, a história da África e as verdadeiras contribuições do povo afro-descendente na construção da formação política, religiosa e social do Brasil⁵; d) que sejam repassados recursos dos orçamentos da União, Estados e Municípios, que deverão ser aplicados equitativamente, considerando a proporção da população negra, especialmente nas áreas de educação, saúde, trabalho e habitação; e) investimento de 7% do PIB na educação. Outras propostas, voltadas a diversas áreas foram sinalizadas e, em termos de cotas, sugeriu-se, ainda, que sejam criadas cotas para afrodescendentes nos cargos comissionados no 1º, 2º, 3º escalões do serviço público nos diversos níveis de governo, especialmente Executivo Federal.

A Declaração e Programa de Ação de Durban, elaborada com base em significativas contribuições da delegação brasileira, foi um divisor de águas em

⁵ Essa proposta foi atendida pelas Leis n. 10.639, de 09 de janeiro de 2003 e n. 11.645, de 10 de março de 2008, que alteraram a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional para incluir no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira e indígena".

termos de comprometimento do governo brasileiro em buscar caminhos para superar a discriminação racial pela promoção da igualdade por meio de políticas públicas concretas para melhorar a condição de vida dos afrodescendentes, sendo as cotas em universidades uma dessas iniciativas que foram adotadas em nosso país após a realização da Conferência Mundial.

A cota é vista como uma modalidade radical de discriminação positiva, mas é justamente a que concretiza com maior acuidade a igualdade de resultados, pois os atribui aos sujeitos por elas tutelados, vindo as demais modalidades de discriminação positiva apenas a aumentar as possibilidades de se chegar a esses resultados, sem, entretanto, os garantir.

Posicionamo-nos, então, favoráveis à adoção do sistema de cotas como uma política de inclusão social daqueles que são desfavorecidos socialmente (não como a única), desde que observados os critérios de justiça, compatibilidade e eficácia, adiante explicados, pois para dizermos com Dworkin, os critérios raciais não são errados em princípio, entretanto podem ser expostos a abusos como qualquer outro critério que venha a ser mal utilizado (DWORKIN, 2002, p. 353).

Sustentam filosoficamente as ações afirmativas diversos postulados, dentre os quais destacamos dois: a justiça compensatória e a justiça distributiva. Enquanto esta seria um olhar voltado ao presente, aquela seria uma visão do passado.

Tem-se por justiça compensatória a promoção pela sociedade de uma reparação ou compensação por injustiças cometidas no passado a grupos marginalizados na atualidade. Com natureza restauradora, a justiça compensatória nos remete à ideia da existência de um dano e acaba por ser enfraquecida porque quando se trata de reparação de danos, em regra somente quem sofre o dano tem legitimidade para postular a respectiva compensação e tal reparação deve ser feita exclusivamente por quem praticou o ato ilícito que ocasionou o dano.

Já sob a ótica da justiça distributiva, a ação afirmativa seria uma maneira de redistribuição de bens, benefícios, vantagens e oportunidades de que são indevidamente privados certos grupos em razão da discriminação que surte efeito ainda no presente, o que justificaria moral e juridicamente a mitigação das iniquidades, sendo esta, a nosso entender, a mais adequada teoria.

Conclui-se, então, que para afastarmos de nosso cotidiano as discriminações hoje notadas, deve-se promover uma mudança cultural e uma conscientização maior em nós, brasileiros, sob pena de não exercermos o dever cívico da busca pela igualdade, dado o fracasso da neutralidade estatal, que vem sendo superado pelo Brasil em sua legislação recente.

A Lei nº 12.288/2010, denominada de Estatuto da Igualdade Racial, define institutos necessários à implementação de ações afirmativas, tais como: a) discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada; b) desigualdade racial: toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica; c) desigualdade de gênero e raça: assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais d) população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁶, ou que adotam autodefinição análoga; e) políticas públicas: as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais; f) ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades.

A referida lei prevê em seu artigo 15 que o poder público adotará programas de ação afirmativa voltados à educação, sendo, portanto, comando imperativo, cujo cumprimento já se iniciou por meio da lei que dispõe sobre o acesso às universidades federais, mais adiante comentada.

⁶ Para definir a cor das pessoas o IBGE adota o método da autodeclaração, consagrado internacionalmente e ratificado na Declaração de Durban - Relatório da Conferência Mundial Contra Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e intolerância Correlata (Capítulo 2, Artigo 92, alínea "a"). O mesmo método foi definido pela Lei nº 12.711/2012 para identificar os candidatos às vagas destinadas a cotas para negros e índios em universidades.

Portanto, devemos olhar para as cotas com o olhar responsável de um cidadão e vê-las como medida excepcional, que só se reveste de justiça se sopesadas diante de quadros como o que temos em nosso país de clara exclusão social e racial.

3.1 A POLÍTICA DE COTAS EM UNIVERSIDADES NO BRASIL

As características socioeconômicas de uma população, em grande parte, podem ser medidas por seu nível de educação. O ensino influencia sobremaneira o acesso dos indivíduos a oportunidades de emprego e renda, bem como decide suas condições de bem estar e sua inserção econômica, social e política. É impossível imaginarmos uma sociedade igualitária e justa com imensas disparidades educacionais, sendo estas últimas componentes de sociedades desiguais.

A educação, portanto, tem um papel estratégico para se avaliar as condições sociais de um dado país e é um poderoso agente de inclusão e promoção da igualdade, podendo, em sentido contrário, gerar, manter ou ampliar a desigualdade. Especificamente com relação ao Brasil, os indicativos são de que o equivocado manejo dos recursos estatais faz com que a realidade seja a desigualdade, notadamente no que se refere à disparidade entre raças no acesso ao ensino. Trataremos, no presente trabalho, da situação particular do acesso de negros ao ensino superior brasileiro.

Segundo o Censo Demográfico 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2010), a população residente no país totaliza 190.755.799 milhões de pessoas que, segundo a cor ou raça, são, conforme Tabela 1:

Tabela 1 – População residente no Brasil segundo a variante cor ou raça conforme o Censo 2010 do IBGE.

Cor ou raça	Nº
Branca	90.621.281 milhões
Preta	14.351.162 milhões
Amarela	2.105.353 milhões
Parda	82.820.452 milhões
Indígena	821.501 mil
Sem declaração	36.051 mil
Total	190.755.799 milhões

De acordo com os resultados da amostra censitária sobre educação divulgados em dezembro de 2012, da população residente no Brasil, as pessoas que frequentavam o curso superior de graduação totalizavam 6.197.318 milhões, sendo distribuídas segundo a variante cor ou raça conforme descrito na Tabela 2:

Tabela 2 – População residente no Brasil que frequentava curso superior de graduação segundo a variante cor ou raça conforme o Censo 2010 do IBGE.

Cor ou raça	Nº
Branca	3.906.166 milhões
Preta	330.130 mil
Amarela	92.116 mil
Parda	1.857.577 milhão
Indígena	11.295 mil
Total	6.197.318 milhões

O Censo 2010 aponta, ainda, que a população residente no país que possuía curso superior completo totalizava 13.463.757 milhões de pessoas, sendo distribuídas conforme Tabela 3:

Tabela 3 – População residente no Brasil que possuía curso superior completo segundo a variante cor ou raça conforme o Censo 2010 do IBGE.

Cor ou raça	Nº
Branca	9.871.362 milhões
Preta	507.583 mil
Amarela	265.372 mil
Parda	2.802.456 milhões
Indígena	indígena – 16.918 mil
Sem declaração	66
Total	13.463.757 milhões

Da análise dos dados acima, verifica-se que somente um seletíssimo grupo de pessoas alcança o ensino superior no Brasil e, mais escasso ainda é o grupo dos que concluem o curso universitário. Quando analisamos o grupo de universitários e graduados segundo a variante cor ou raça, verifica-se que o total de negros (pretos e pardos) que frequentam e que concluíram o ensino superior diferencia-se de maneira impressionante quando comparados ao total de brancos, muito embora a população negra no Brasil (97.171.614 milhões de pessoas), somando-se pretos e pardos, seja quantitativamente bem superior à população branca (90.621.281 milhões de pessoas).

Roberto Borges Martins (MARTINS, 2004, p. 26), analisando as consequências de disparidades como as mencionadas acima, dispôs:

É particularmente preocupante a extensão e a persistência da exclusão da população afrodescendente do nível superior de educação, pois ela significa o seu virtual alijamento das ocupações de maior prestígio e remuneração, das posições de comando e deliberação, das camadas dirigentes tanto no setor público quanto no setor privado, e das atividades culturais e científicas que demandam educação formal. Com graves reflexos não só para suas condições materiais de vida, mas também para sua auto-estima e bem estar psicológico.

O autor ressalta a importância da educação superior para que os negros acessem ocupações com níveis mais elevados e postos de poder e negar-lhes o ensino universitário implica em consequências para além das questões materiais, influenciando sua saúde psicológica e auto-estima.

A comparação dos perfis de acesso de negros e brancos à universidade demonstra que o sistema educacional não tem sido capaz de superar ou sequer de amenizar significativamente as imensas iniquidades geradas pelo período de exclusão escravista, seguidos por mais de um século de negligência e de discriminação.

Assim, não pode o Estado permanecer inerte diante de tamanhas diferenças de cunho negativo, considerando o dever de garantir meios para que seus cidadãos tenham melhores condições de vida. Nesse sentido (SILVA NETO, 2008, p. 29-42):

Não obstante seja a Constituição o texto que disciplinará as relações de poder, o que mais importa, em suma, é colocar a serviço do ser humano tudo o que é realizado pelo Estado. Não fosse assim, se imaginássemos uma organização estatal fleumática, soberba e indiferente às demandas dos indivíduos, teríamos de aceitar passivamente a tese de que o Estado é um fim em si mesmo e não um meio de atingir as finalidades que, em último grau, contemplam a melhoria das condições de vida das pessoas.

Portanto, não faz sentido que os benefícios estatais estejam disponíveis a apenas uma parcela da população, enquanto imenso percentual dela permanece com suas demandas por serem atendidas, suportando o peso da discriminação sem

que políticas públicas específicas lhes sejam destinadas a fim de assegurar melhorias.

Garantir que os negros ascendam à universidade significa redistribuir vagas historicamente ocupadas por brasileiros com melhores condições financeiras e, em sua maioria, brancos, bem como garantir formação de qualidade aos negros a fim de que possam participar igualmente da elite dirigente de nosso país.

Não nos esqueçamos do papel social das universidades, que se utilizam de recursos públicos e devem gerar benefícios equânimes à toda a sociedade. Isso é um princípio do chamado Estado de Bem-Estar Social, uma construção derivada da democracia em que os proventos do labor coletivo devem estar disponíveis a todos.

Com relação à utilização democrática dos recursos públicos na educação, Joaquim Barbosa (GOMES, 2001b) se manifestou:

Ora, o País que ignora essas noções básicas e reserva a uma pequena minoria os instrumentos de aprimoramento humano aptos a abrir as portas à prosperidade e ao bem-estar individual e coletivo e, além disso (e também em consequência disso), adota, ainda que informalmente, uma política de emprego impregnada de visível e insuportável hierarquização social, pratica nada mais nada menos do que uma nova forma de tirania. Sim, é disso que se trata. Uma “tirania legal”, eis que formalmente ancorada em normas emanadas dos órgãos legislativos e executada por órgãos que supostamente encarnam a soberania popular.

Sobre o Brasil e a exclusão do conhecimento, disse o autor:

No caso brasileiro, não é preciso muito esforço para se convencer disso. Vejamos. No estado atual das coisas, a exclusão social de que os negros são as principais vítimas no Brasil deriva de alguns fatores, dentre os quais figura o esquema perverso de distribuição de recursos públicos em matéria de educação. A educação é a mais importante dentre as diversas prestações que o indivíduo recebe ou tem legítima expectativa de receber do Estado. Trata-se, como se

sabe, de um bem escasso. O Estado alega não poder fornecê-lo a todos na forma tida como ideal, isto é, em caráter universal e gratuito. No entanto, esse mesmo Estado que se diz impossibilitado de fornecer a todos esse bem indispensável, institucionaliza mecanismos sutis através dos quais proporciona às classes privilegiadas aquilo que alega não poder oferecer a generalidade dos cidadãos. (...) Essa forma de “exclusão orquestrada e disciplinada pela lei” produz o extraordinário efeito de contrapor, de um lado, a escola pública, republicana, aberta a todos, que deveria oferecer ensino de boa qualidade a pobres e ricos, a uma escola privada, elitista, discriminatória e... largamente financiada com recursos que deveriam beneficiar a todos. Este é o primeiro aspecto da exclusão.

E complementou seu raciocínio tratando do ensino superior em nosso país:

O segundo aspecto ocorre na seleção ao ensino superior. Aí todos já sabem: os papéis se invertem. O ensino superior de qualidade no Brasil está quase inteiramente nas mãos do Estado. E o que faz o Estado nesse domínio? Institui um mecanismo de seleção que vai justamente propiciar a exclusividade do acesso, sobretudo aos cursos de maior prestígio e aptos a assegurar um bom futuro profissional, àqueles que se beneficiaram do processo de exclusão acima mencionado, isto é, os financeiramente bem aquinhoados. O vestibular, este mecanismo intrinsecamente inútil sob a ótica do aprendizado, não tem outro objetivo que não o de “excluir”. Mais precisamente, o de excluir os socialmente fragilizados, de sorte a permitir que os recursos públicos destinados à educação (...) sejam gastos não em prol de todos, mas para benefício de poucos. Em suma, trata-se de uma subversão total de um dos princípios informadores do Estado moderno, sintetizado de forma lapidar em feliz expressão cunhada pela Corte Suprema dos EUA: “the power of Congress to authorize expenditure of public moneys for public purposes”.

Conforme Joaquim Barbosa, o fato de os recursos públicos serem destinados preponderantemente para as classes mais afluentes é a chave para se entender por que existem tão poucos negros nas universidades públicas brasileiras, o que se mostra mais evidente quando analisados os cursos de maior prestígio e demanda. Destaca o jurista que este é o aspecto perverso do sistema educacional brasileiro, sendo os negros suas principais vítimas. Ainda segundo seus

ensinamentos, este é, sem dúvida, um problema constitucional de primeira grandeza, pois nos remete à noção primitiva de democracia, a saber: em que, por quem e em benefício de quem são despendidos os recursos financeiros da Nação.

Assim, o direito à educação faz-se um direito de todos porque a educação já não é um processo de especialização de alguns para certas funções na sociedade, mas o pressuposto para que todos possam contribuir com a sociedade nacional.

Nas universidades públicas, as duas principais modalidades de ações afirmativas são as cotas e o sistema de bonificações, o que possibilitou efetivamente um ingresso maior da população negra no ensino superior. Paralelamente a essas iniciativas, o governo brasileiro implementou, em 2004, o Programa Universidade para Todos (ProUni), nas universidades privadas, que fornece bolsas de estudo no ensino superior e cujo impacto sobre o acesso a jovens negros à universidade tem-se revelado muito expressivo.

Na Universidade Federal da Bahia (UFBA), por exemplo, o percentual dos candidatos que se declararam pretos e pardos aprovados no vestibular para os cursos considerados mais concorridos ascendeu de 54,8% para 66,3%, se comparados os dados dos processos seletivos dos anos de 2004 e 2012, enquanto no mesmo período o número de alunos que se declararam brancos declinou de 42,2% para 30,4% o que, muito embora represente uma redução da participação de alunos brancos na mencionada Universidade, ainda assim persiste uma sobrerrepresentação dos mesmos, se considerarmos a composição da população residente do Estado da Bahia (SANTOS, 2013, p.44) que, de acordo com os Resultados Preliminares do Censo 2010 do IBGE, é composta por 2.397.249 milhões de pretos, 8.293.057 milhões de pardos e 3.110.605 milhões de brancos.

O debate das cotas em universidades públicas tem que ser feito com um olhar além do individualismo puro. Não é uma questão simples, pois estamos lidando com interesses conflitantes. De um lado temos os estudantes negros e de baixa renda, até então em sua grande maioria fadados a permanecer na pobreza, sem acesso à educação básica de qualidade, o que, portanto, lhes retira praticamente toda e qualquer chance de entrar em uma universidade. De outro lado, temos estudantes com melhores condições sociais, com oportunidade de uma formação adequada aos padrões de ensino, que se dedicam aos estudos e,

portanto, entendem que têm direito a uma vaga na universidade; afinal, por que os negros também não estudam tanto quanto eles para chegarem lá?

Certamente ambos têm direito a ingressar em uma universidade e o ideal é que todos pudessem acessar aos níveis mais elevados de ensino, entretanto, dada a evidente impossibilidade de se destinar vagas a todos, considerando as limitações orçamentárias destinadas ao ensino público superior, tem-se que priorizar uns em relação aos outros pensando, em primeiro lugar, na importância da educação; em segundo lugar, nas chances que terão os negros de baixa renda de ascenderem profissionalmente sem acesso à educação pública de qualidade em comparação com pessoas que, por exemplo, poderiam no lugar de acessar as universidades públicas, arcar com uma universidade particular, por terem condições financeiras para tal.

Sabemos que as dificuldades financeiras em nosso país se estendem a todos, brancos ou negros, entretanto, diante do fato de que a maioria daqueles que se encontram fora do sistema de ensino superior são negros e, considerando ainda que os fatores históricos e culturais foram decisivos para tal, pensamos que ações afirmativas que pretendam reverter tal realidade são legítimas e plenamente pautadas na igualdade.

Reservar cotas para negros é, portanto, uma política que envolve justiça social e racial e é uma estratégia plausível para colaborar com a reconstrução desse nosso país ainda tão descomprometido com aqueles que mais necessitam. Não é um favor estatal, mas sim sua obrigação de construir a igualdade, sendo este o fundamento político de uma nação justa.

3.2 OS DEBATES POLÍTICO E JURÍDICO EM TORNO DAS COTAS EM UNIVERSIDADES

As cotas em universidade geram dois tipos de debates: o debate político e o debate jurídico. O primeiro diz respeito à vontade do Estado em implementar tais políticas de ações afirmativas, o que se solidificou pela recente Lei nº 12.711/2012,

regulamentada pelo Decreto nº 7.824/2012. Já o segundo é circundado pela justiça de tais medidas, notadamente à luz da Constituição e também já teve seu debate lançado ao Supremo Tribunal Federal, a respeito do qual ainda faremos considerações.

Com relação à legislação mencionada, tem-se que esta veio para, de forma definitiva, primeiramente reconhecer as desigualdades existentes em termos de acesso à educação por parte da população negra e, ainda, a fim de consolidar a intenção do Estado em diminuir tais discrepâncias, por intermédio de políticas que a partir de agora são obrigatórias às universidades públicas federais e não mais adstritas ao campo discricionário de cada instituição de ensino superior, o que antes vinha acontecendo.

A recente lei não resolverá, por si só, o problema da discriminação a que são submetidos os negros no Brasil, mas representa um grande avanço em termos de garantia do exercício do direito à educação e espera-se que gere consequências diretas no perfil daqueles que chegam a postos privilegiados no mercado de trabalho.

As cotas passam a ser uma realidade que não se pode mais negar e os esforços a partir de agora devem ser no sentido de gerar os melhores resultados possíveis, sobretudo com assistência aos alunos cotistas para que sua permanência na universidade seja garantida de maneira digna, com a ampliação da concessão de bolsa permanência⁷ e acompanhamento político-pedagógico.

A Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, prevê em seu artigo 1º que as instituições federais de educação superior reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50%

⁷ O Ministério da Educação possui o denominado Programa de Bolsa Permanência – PBP para concessão de auxílio financeiro a estudantes matriculados em instituições federais de ensino superior em situação de vulnerabilidade socioeconômica e para estudantes indígenas e quilombolas, cujo valor atualmente é de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), sendo garantido um valor diferenciado para os estudantes indígenas e quilombolas, igual a pelo menos o dobro da bolsa paga aos demais estudantes, em razão de suas especificidades com relação à organização social de suas comunidades, condição geográfica, costumes, línguas, crenças e tradições, amparadas pela Constituição Federal. A Bolsa Permanência concedida pelo Ministério da Educação pode ser acumulável com outras modalidades de bolsas acadêmicas, a exemplo da bolsa do Programa de Educação Tutorial – PET, do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica. Vide www.permanencia.mec.gov.br.

(cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas e 50% (cinquenta por cento) destas vagas inicialmente reservadas serão destinadas aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita (artigo 2º).

O artigo 3º do diploma legal em comento prevê que em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o artigo 1º da Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e, somente no caso de não preenchimento das vagas segundo os critérios raciais, aquelas remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Assim, em um universo de 100 vagas, por exemplo, 50 serão para livre concorrência e 50 serão destinadas a estudantes oriundos de escola pública. Das vagas reservadas, 25 serão para estudantes com renda *per capita* de até um salário mínimo e meio e as outras 25 para os demais estudantes que cursaram o ensino médio integralmente no ensino público. Ocorre que o critério étnico-racial é que orientará de que forma serão preenchidas essas 50 vagas destinadas às cotas, pois aqueles que se autodeclarem pretos, pardos e indígenas terão preferência para ocupação das referidas vagas em proporção no mínimo igual à população de pretos, pardos e indígenas da unidade da federação na qual esteja a instituição de ensino superior e no caso de não haver candidatos pretos, pardos e indígenas suficientes ao preenchimento de todas as vagas, as remanescentes serão ocupadas por estudantes oriundos de escolas públicas, dispensando-se nesse caso a combinação de critérios (escola pública+étnico-racial ou escola pública+renda+étnico-racial), passando-se ao critério geral (escola pública e escola pública+renda).

Nesse sentido, podemos concluir que embora o critério étnico-racial somente tenha sido mencionado no artigo 3º da referida lei, a intenção do legislador foi de que o mesmo preponderasse sobre todos os demais. Em outras palavras, o legislador estabeleceu que 50% das vagas são destinadas a estudantes pretos,

pardos e indígenas, desde que oriundos de escolas públicas e, dentre essas vagas, metade são para pretos, pardos e indígenas com renda familiar de até um salário mínimo e meio e, por fim, caso não haja o preenchimento de todas as vagas reservadas para cotas por meio do critério étnico-racial, as vagas remanescentes podem ser ocupadas por estudantes de qualquer origem étnico-racial, desde que oriundos de escola pública.

As instituições federais de ensino superior deverão implementar, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) da reserva de vagas prevista na Lei em comento, a cada ano, e terão o prazo máximo de 4 (quatro) anos para o cumprimento integral do disposto na mesma, ou seja, até 30 de agosto de 2016 (artigo 8º do Decreto nº 7.824/2012), entretanto, a legislação não fixou o prazo em que vigorará a política de reserva de vagas, estabelecendo apenas que o Poder Executivo promoverá, no prazo de 10 (dez) anos, a contar da publicação da Lei, a revisão do programa especial para o acesso de estudantes pretos, pardos e indígenas, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, às instituições de educação superior, o que se mostra razoável diante da necessidade de se verificar os resultados da medida antes de se decidir por mantê-la ou revogá-la, pois enquanto persistirem os motivos autorizadores da medida afirmativa, esta deve permanecer em vigor.

O Decreto nº 7.824 de 11 de outubro de 2012, que regulamentou a Lei nº 12.711/2012 prevê, dentre outras questões, que as instituições federais de educação superior reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo cinquenta por cento de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, inclusive em cursos de educação profissional técnica, observadas as condições descritas em seus incisos, quais sejam: I - no mínimo cinquenta por cento das vagas de que tratam o caput do artigo 2º do Decreto serão reservadas a estudantes com renda familiar bruta igual ou inferior a um inteiro e cinco décimos salário-mínimo per capita; e II - proporção de vagas no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação do local de oferta de vagas da instituição, segundo o último Censo Demográfico divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, que será reservada, por curso e turno, aos autodeclarados

pretos, pardos e indígenas. A regulamentação manteve-se nos limites legais, não extrapolando, a nosso ver, a matéria objeto de lei.

Ressalte-se que a lei em análise não pode ser considerada invasiva da autonomia das universidades prevista no artigo 207 da Constituição Federal, vez que atende, em primeiro lugar, ao preceito igualitário previsto constitucionalmente, bem como aos princípios em que se baseiam o ensino no Brasil (artigo 206, CF), nada impedindo que as instituições federais de educação, por meio de políticas específicas de ações afirmativas, instituam reservas de vagas suplementares ou de outra modalidade, a exemplo de cotas para quilombolas e assentados, tendo sido a autonomia universitária reforçada pelo artigo 5º, §3º do Decreto nº 7.824/2012.

Note-se que grande parte da discussão envolvendo o acesso ao ensino superior se dá pelo fato de serem poucas as vagas existentes nos estabelecimentos de ensino superior públicos em nosso país e, sem dúvidas, caso fossem criadas mais vagas, na mesma quantidade das já existentes, de uma só vez ou parceladamente, o impacto da implementação do sistema de cotas seria diminuído sensivelmente, tornando as cotas menos polêmicas.

A criação de novas vagas, no entanto, deve se dar sem prejuízo da aplicação dos percentuais destinados às cotas, diante da obrigatoriedade de cumprimento da legislação por parte das instituições de ensino e, sobretudo, porque não importam quantas sejam as vagas, essas sempre serão insuficientes para atender a toda a população, o que pressupõe um sistema de seleção para ingresso na universidade, recaindo-se na necessidade de meios para garantir a igualdade material no acesso, a exemplo das cotas.

O ministro da educação, Aluizio Mercadante, divulgou recente balanço da política de cotas (MEC, 2013), no período de 2012 a 2013, ressaltando que a meta era de destinação às cotas de 12,5% das vagas no ensino superior, considerando as universidades federais e os institutos federais, objetivo largamente superado no primeiro ano de implementação da lei de cotas, tendo sido ofertadas, no âmbito das universidades federais, 46.137 vagas para as cotas, totalizando 32,5% do total de 141.953 vagas, sendo assim distribuídas conforme Tabela 4:

Tabela 4 – Percentual de vagas para destinadas para cotas em universidades e institutos federais no período de 2012 a 2013 segundo dados do MEC.

Público	Percentual
Alunos de escola pública com renda menor do que 1,5 salário mínimo que se autodeclararam pretos, pardos ou indígenas	8,9%
Alunos de escola pública com renda menor do que 1,5 salário mínimo	7,4%
Alunos de escola pública com renda maior do que 1,5 salário mínimo que se autodeclararam pretos, pardos ou indígenas	8,9%
Alunos de escola pública com renda maior do que 1,5 salário mínimo	7,4%
Total	32,5%

De conformidade com os dados divulgados pelo MEC, todas as universidades e institutos federais atenderam a meta de 2013 prevista em lei, sendo que 34% das universidades federais já atenderam a meta de reserva de vagas mínima de 50% prevista para ser atingida em 2016.

A Universidade Federal do Pará foi a maior ofertante em número de vagas para cotas no país, totalizando 4.284 vagas para cotistas de um universo de 8.569 vagas, ou seja, 50% de suas vagas foram destinadas ao programa de ação afirmativa. O Estado do Pará destacou-se, ainda, entre as dez maiores universidades federais ofertantes segundo o percentual de vagas com o quarto lugar para a Universidade Federal Rural da Amazônia (UFRA) ofertando 51,5% das vagas para cotas, ou seja, das 460 vagas totais, 237 foram destinadas ao programa, enquanto a Universidade Federal do Oeste do Pará (UFOPA) ficou em décimo lugar ofertando 50,1% de suas 1.150 vagas totais para as cotas, totalizando 576 vagas ao programa de ação afirmativa.

Ainda em termos de percentual de vagas ofertadas, o primeiro lugar ficou com a Universidade Federal da Fronteira Sul (UFFS), que destinou 84,1% de suas vagas ao programa de ação afirmativa, tendo sido oferecidas 1.736 vagas para cotas de um universo de 2.065 vagas totais.

Outro dado importante diz respeito ao comparativo de notas de corte entre inscritos como cotistas e inscritos como ampla concorrência nos cursos de medicina, pedagogia e licenciaturas de todo país, o que refuta o argumento de que com as cotas o nível da produção acadêmica e intelectual nas Instituições de Ensino Superior cairia a partir do ingresso dos alunos por meio de cotas.

Os dados do Sistema de Seleção Unificada (SISU-1º semestre/2013) apresentados pelo MEC apontam diferenças relativamente pequenas entre as notas de corte dos cotistas e dos não cotistas, senão vejamos. No curso de medicina, a nota de corte das cotas foi 762, enquanto a nota de corte da ampla concorrência foi 788, gerando uma diferença de 3,3% entre elas. Por sua vez, no curso de pedagogia a nota de corte dos cotistas foi 592 e dos não cotistas 598, alcançando uma diferença de 1,1% entre as notas de corte. Já nas licenciaturas, a nota de corte de cotistas foi 606 e a de não cotistas 628, com uma diferença de 3,4% entre as duas notas.

Ademais, os dados do Sistema de Seleção Unificada (SISU-2º semestre/2013) apontam que no curso de medicina, a nota de corte das cotas foi 758, enquanto a nota de corte da ampla concorrência foi 784, gerando uma diferença de 3,3% entre as mesmas. No curso de pedagogia a nota de corte dos cotistas foi 599 e dos não cotistas 620, alcançando uma diferença de 3,4% entre as notas de corte. Por fim, nas licenciaturas, a nota de corte de cotistas foi 611 e a de não cotistas 640, com uma diferença de 4,5% entre as duas notas.

O acompanhamento estatístico é de extrema importância para a verificação da efetividade na implementação das cotas no país, entretanto, os números ao mesmo tempo satisfazem diante do avanço da democratização do espaço escolar e preocupam por conta da necessidade de se aproximar desses alunos que ingressam por meio de cotas, considerando que os mesmos necessitam de incentivos financeiros e pedagógicos a fim de evitar a evasão escolar e, em última análise, para que o objetivo de conclusão dos cursos superiores seja atingido de forma plena.

4 RONALD DWORKIN E OS CRITÉRIOS DE ACESSO POR MEIO DE COTAS EM UNIVERSIDADES

O filósofo americano Ronald Dworkin para muitos é o teórico liberal de maior expressão da atualidade e de sua obra extraem-se critérios para validar a utilização de ações afirmativas que, apesar de não estarem organizados de maneira explícita, amoldam-se perfeitamente à implementação de qualquer política afirmativa.

Para compreendermos o contexto no qual Dworkin pensou seus critérios, mister que se saiba de antemão que o autor, em sua concepção liberal, aponta como dever dos governos tratar seus cidadãos com igual consideração e respeito. Paulo de Tarso D. Klautau Filho (KLAUTAU FILHO, 2004, p. 86), em estudo sobre o mesmo teórico, diz que os direitos são “trunfos políticos” – um tipo de meta política – que não podem ser sobrepujados por objetivos ordinários da administração política, mas apenas por objetivos coletivos de urgência especial. De acordo com Dworkin (DWORKIN *apud* KLAUTAU FILHO, p. 87):

Qualquer um que professe levar direitos a sério... deve aceitar, no mínimo, uma ou duas ideias importantes. A primeira é a vaga, mas poderosa, ideia de dignidade humana... associada a Kant... (a qual) supõe que existem maneiras de tratar um homem que são inconsistentes com o reconhecimento dele como pleno membro na comunidade humana, e sustenta que tal espécie de tratamento é profundamente injusto. A segunda é a ideia mais familiar de igualdade política. Essa ideia supõe que os membros mais fracos de uma comunidade política têm direito à mesma consideração e respeito por seu governo, tal qual assegurada por seus membros mais poderosos a si próprios.

Portanto, sob o viés da dignidade humana, o homem deve ser integrado de forma plena à comunidade em que vive, respeitando-se seu plano de vida. Nesse sentido, devem ser oportunizadas chances reais de desenvolvimento desse plano. Com relação à igualdade política, esta significa a possibilidade daqueles que são considerados minorias influenciarem nos rumos do Estado, pois são respeitados tanto quanto aqueles tidos como poderosos.

Pode parecer contrário à igualdade o fato de um governo determinar a reserva de vagas em universidades em prol de pessoas pretas e pardas, embora tradicionalmente o total das vagas fosse destinado aos candidatos em geral, sem beneficiar (aparentemente) quem quer que seja em razão da cor, mas esse é um exemplo de igual consideração. Isso porque a antiga neutralidade racial no sistema de ingresso à universidade na verdade fez com que historicamente o espaço acadêmico fosse privilégio de brancos, em total dissonância com a realidade populacional brasileira.

Dworkin traz a igualdade como um elemento central de qualquer política de Estado e entendemos que seu posicionamento alinha-se ao Estado Democrático de Direito (DWORKIN *apud* KLAUTAU FILHO, p. 88):

Nenhum governo é legítimo se não mostra igual respeito (*equal concern*) quanto ao destino de todos os cidadãos, dos quais exige domínio e lealdade. *Equal concern* é a virtude soberana da comunidade política – sem a qual o governo é apenas tirania – e quando a riqueza de uma nação é desigualmente distribuída, como ocorre até hoje, mesmo nas nações mais prósperas, há que suspeitar do seu (da comunidade política) igual respeito (por seus cidadãos).

Dworkin questiona até que ponto é realmente justo um indivíduo, sob alegação de violação à igualdade, ter o direito de que a raça não seja usada como um critério para admissão na universidade, mesmo que uma classificação racial possa contribuir positivamente para a promoção do bem-estar geral ou para a diminuição da desigualdade social e econômica. Todas as classificações raciais, até mesmo aquelas que tornam mais justo o conjunto da sociedade, implicam em uma agressão ao princípio constitucionalmente garantido da igualdade? Pensamos que não, senão vejamos.

O direito individual à igualdade pode conflitar com uma política social desejável, mesmo que esta tenha por objetivo tornar a sociedade mais igual em termos gerais. Assim, necessária se faz a distinção entre os dois tipos distintos de

direitos à igualdade que as pessoas têm. A um, tem-se o direito a igual tratamento (*equal treatment*), que consiste no direito a uma igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo ao cidadão em uma democracia. A dois, tem-se o direito de ser tratado como igual (*treatment as equal*), que significa ser tratado com o mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa.

Dessa forma, a depender das circunstâncias, o tratamento como igual significará igual tratamento, mas não em todos os casos, haja vista que fundamental nos parece ser tratado com dignidade, o que é o ideário do filósofo, do qual derivam os critérios para a introdução de ações afirmativas, a exemplo das cotas em universidades.

Brito Filho sistematizou o pensamento de Dworkin acerca das ações afirmativas em sua mais recente obra, na qual explicita quais são os critérios de validade desses programas (BRITO FILHO, 2012), quais sejam: 1) justiça, 2) compatibilidade e 3) eficácia. Vejamos, de maneira pormenorizada, cada um deles.

Para Brito Filho, o primeiro critério de validade é o da justiça inerente às ações afirmativas e pode ser visto, em Dworkin, sob dois aspectos: a) o de ser uma ação de acordo com os princípios escolhidos para ordenar as ações das instituições sociais e b) o de ser uma ação que encontre guarida no ordenamento jurídico que rege o Estado que a institui, ou que a reconhece.

O primeiro ângulo diz respeito à necessidade de se distribuir de forma igualitária os recursos fundamentais existentes, levando em conta as distorções existentes, aqui incluídas as situações de exclusão, que podem ser corrigidas, por exemplo, pelas ações afirmativas.

Prossegue Brito Filho sustentando que as ações afirmativas precisam, também ser compatíveis com o ordenamento jurídico o que, como já demonstrado, o é no Brasil, tanto constitucionalmente como infraconstitucionalmente, por meio da legislação já estudada que dispõe sobre o acesso às universidades federais.

Assim, o critério da justiça está vinculado à identificação de uma real situação merecedora de tratamento diferenciado por parte do Estado. Conforme dito em linhas anteriores, a exclusão dos negros da comunidade universitária no Brasil é

fato e resulta de uma lógica desigual de aplicação dos recursos educacionais, uma lógica discriminatória que não pode continuar a ser acobertada pela sociedade.

Contudo, se ser justo (e igual) é distribuir entre todos os proventos do Estado, como então podemos aferir a desigualdade real na sociedade, a justificar as ações afirmativas? Segundo Klautau Filho (KAUTAU FILHO, 2004, p. 104), Dworkin defende um modelo no qual a igualdade pode ser medida em termos de recursos e oportunidades oferecidos pelo Estado a seus cidadãos e não por meio do bem-estar individual. Igualdade e liberdade, para Dworkin, são conceitos indissociáveis e, para que o homem seja livre e apto a desenvolver seus anseios e capacidades, deve levar em conta o direito de outras pessoas e não apenas fazer o que deseja.

Sob essa ótica, os negros não são tratados como iguais, pois que não atende ao critério da justiça a discriminação a que são submetidos no Brasil ao serem privados do acesso em condições igualitárias ao ensino superior, tendo em vista a omissão de políticas públicas concretas para diminuir suas dificuldades nos ensinos fundamental e médio, que obviamente resultarão em uma desigualdade na competição por uma vaga na universidade.

Não discordamos que devam existir políticas públicas a longo prazo de reformulação do ensino básico nacional (que também são ações afirmativas), entretanto, renegar uma geração que pode ascender, a curto prazo, a padrões de vida melhores com o acesso à universidade não parece justo. Assim, enquanto os efeitos das reformas no ensino não são gerados (haja vista que naturalmente exigem tempo para tal), é preciso que se inclua de imediato os jovens que anseiam por um ensino universitário capaz de lhes proporcionar melhores colocações no mercado de trabalho e, portanto, uma vida mais digna, pela qual não podem esperar mais 30 ou 40 anos.

Brito Filho assevera que o grande problema das ações afirmativas não está em seu fundamento, que é o bem comum, mas sim na forma de implementação, que deve seguir os demais critérios por ele sistematizados e adverte (BRITO FILHO, 2012. p. 73):

Registre-se que a necessidade de observar critérios que possam garantir um resultado favorável aos programas de ação afirmativa não decorre somente da necessidade de bem utilizar recursos valiosos e escassos, o que já é muito importante, mas, também, para evitar que essas iniciativas, que são justas, sejam abandonadas, exatamente porque não obedecem a critérios e, por isso, não funcionam.

O segundo critério sistematizado por Brito Filho, qual seja o da compatibilidade, deve ser visto sob os enfoques de se identificar se a ação afirmativa é o melhor instrumento para a correção, bem como de se escolher a medida a adotar.

Isso porque para que uma diferenciação não seja arbitrária, passando de discriminação positiva a negativa, há que se considerar sua real necessidade de aplicação e a identificação precisa da exclusão que visa combater, bem como que o mesmo ganho a ser alcançado com a implementação de uma ação afirmativa não poderia ser gerado mediante uma distribuição mais diluída das consequências, sob pena de se criar uma maneira de excluir os que não se enquadram nas categorias beneficiadas e não de incluir os que se ajustam a elas, além do que as medidas possíveis de serem adotadas não se restringem somente às cotas, muito embora estas tenham um resultado mais rápido quando se pensa em acesso ao ensino superior.

Não estamos aqui diante de uma situação de transitoriedade do padrão social de prejuízo e discriminação que os programas de cotas atacam, pois que a exclusão social e racial do negro perdura há séculos.

O Brasil não conseguiu garantir acesso à universidade em iguais condições a todos os membros da sociedade por meios racial e economicamente neutros, motivo pelo qual nos incumbe olhar para as ações afirmativas, no intuito de compreendê-las, com um olhar solidário e com espírito aberto.

Por fim, o critério da eficácia descrito por Brito Filho nos revela que se deve também comprovar que a medida adotada, durante determinado período de tempo preestabelecido, é capaz de corrigir a exclusão, causando o menor impacto negativo possível, o que pressupõe um planejamento específico.

Os percentuais mediante os quais se busca a efetividade da política de cotas nas universidades dão como resultado a inclusão de quem estava fora do sistema (pretos, pardos e indígenas, oriundos da escola pública e de famílias de baixa renda), na proporção de 50% e a diminuição das vagas destinadas à ampla concorrência e, justamente por representar uma forma de restrição ao direito dos candidatos que não mais concorrerão ao total de vagas, tal programa precisa de um monitoramento para que seus resultados sejam avaliados até o ponto em que não seja mais necessário, pois a política de cotas é temporária.

Embora se possa cogitar que no universo daqueles que não mais concorrerão às vagas destinadas à ampla concorrência em sua totalidade, possam estar incluídos brancos, pretos e pardos, oriundos ou não de escola públicas ou de famílias de baixa, média ou alta renda, certamente o público para o qual as cotas se destinam permaneceria subrepresentado no total dos que ingressariam pelo exame vestibular, sendo consideradas verdadeiras exceções, pois o perfil dos alunos que ocupavam os bancos das universidades brasileiras antes da política de cotas aponta para a prevalência de brancos, oriundos de escolas particulares, conforme já delineado em linhas anteriores.

Portanto, não acredita-se que, caso não houvesse a política de cotas, esses 50% de vagas destinadas a alunos de escolas públicas, de baixa renda, pretos pardos e indígenas estariam sendo ocupadas justamente por esse perfil, do contrário nada justificaria a implementação da política de cotas no presente momento.

A levar em conta o corte de notas apresentado pelo Ministério da Educação no balanço do primeiro ano da política de cotas, muito embora a diferença das notas alcançadas por cotistas e não cotistas não seja representativa ao ponto de comprometer a qualidade do ensino superior pelo ingresso de alunos por meio das cotas, tal diferença ainda existe e, certamente, caso não houvesse a reserva de vagas, a maioria desses alunos pretos e pardos seria excluída do processo seletivo por um percentual ínfimo de diferença tomando por base a nota de corte da ampla concorrência, agindo os fatores socioeconômicos e raciais estabelecidos em lei como redutores da insensibilidade existente no sistema de seleção do vestibular.

O sistema de cotas instituído pela lei federal não acolhe os candidatos pretos e pardos oriundos da rede particular de ensino, na qual, sabidamente, há alunos não somente de alta e média renda, mas também de baixa renda, estes últimos custeando a duras penas o ensino privado ou sendo contemplados com bolsas de estudos total ou parcial o que, a nosso ver, representa uma falha que merece avaliação para tornar a legislação materialmente mais justa, considerando que não são contemplados pela lei de cotas, tampouco pelo ProUni, o que dificulta sua inclusão no meio acadêmico, sendo-lhes uma alternativa apenas o FIES (Programa de Financiamento Estudantil) que, entretanto, representa um custo com o qual muitos não podem arcar, pois o aluno precisa pagar o valor das mensalidades após a conclusão do curso superior.

A respeito dos programas de redistribuição como as cotas, Dworkin conclui (DWORKIN, 2005. p. 309):

Não existe, portanto, um programa completamente justo de redistribuição. Devemos nos contentar com escolher os programas que mais nos aproximem do complexo e inatingível ideal de igualdade, e estar constantemente prontos a reexaminar a escolha quando novas provas ou novos programas forem propostos.

Assim, embora esteja longe da perfeição, o sistema de cotas, da forma como previsto na lei, ainda se mostra adequado, podendo ser reajustado e aprimorado para tangenciar de forma mais precisa a igualdade almejada.

Justificar a adoção de políticas afirmativas, que são diferenciadoras, não é simples. Avaliar a concepção de que a comunidade melhorou como um todo com a adoção de tais medidas, mesmo que alguns de seus membros sejam de certa maneira preteridos em relação a outros, nos remete a visualizar a questão sob dois aspectos: o sentido utilitarista e o sentido ideal.

Segundo o sentido utilitarista, deve-se avaliar o aumento do nível médio ou coletivo do bem-estar comunitário, mesmo que o bem-estar de alguns indivíduos tenha diminuído. Já levando-se em conta o sentido ideal, a comunidade melhora como um todo porque se está mais próximo de uma sociedade ideal, mais igualitária, portanto mais justa, quer o bem-estar médio tenha aumentado ou não.

Nesse sentido, Dworkin se posiciona (DWORKIN, 2002, p. 350):

Qualquer critério adotado colocará alguns candidatos em desvantagem diante dos outros, mas uma política de admissão pode, não obstante isso, justificar-se, caso pareça razoável esperar que o ganho geral da comunidade ultrapassa a perda global e caso não exista uma outra política que, não contendo uma desvantagem comparável, produza, ainda que aproximadamente, o mesmo ganho.

Poder-se-ia pensar, ainda, em outra modalidade de ação afirmativa para a população negra no espaço universitário, qual seja a criação de mais vagas nos cursos de graduação somente para candidatos pretos e pardos, sem prejuízo das vagas já existentes e que são destinadas à ampla concorrência, entretanto, tal proposta esbarra na necessidade de vontade política para priorizar a educação no momento da elaboração do orçamento público, passando pelo viés da reserva do possível, que tem sido por vezes um escudo político para justificar a não efetivação de direitos que não podem aguardar, a exemplo da educação superior para a população negra.

Assim, as cotas são uma forma de efetivar direitos de maneira imediata, sem alterar o orçamento público destinado à manutenção das vagas atualmente existentes nos cursos superiores, considerando que para uma duplicação de vagas há a necessidade de alto investimento por parte do Estado. Isso não quer dizer, no entanto, que não deva ser incentivada a ampliação do número de vagas nas universidades até mesmo como forma de diminuir o impacto no número de vagas para ampla concorrência que inegavelmente as cotas geram, mas enquanto isso não se torna uma realidade, o reduzido número de vagas nas universidades públicas não pode ser motivo para a não implementação das cotas, dada sua relevância como medida de verdadeira justiça.

Conceituar o bem-estar médio é mais um desafio. Dentre os diversos argumentos utilitaristas, destaca-se aquele que considera que uma política se justifica quando satisfaz mais preferências em termos gerais, isto porque tem o condão aparentemente igualitário, imparcial. As preferências podem ser individuais,

mas estas geralmente estão comprometidas por aspectos externos e negativos como o racismo, o altruísmo e o moralismo (DWORKIN, 2002, p.364).

Nem sempre é possível, porém, reconstituir um argumento utilitarista de modo a levar em conta apenas as preferências pessoais. Às vezes, as preferências pessoais e as preferências externas encontram-se tão inextricavelmente ligadas, e tão mutuamente dependentes, que nenhum teste prático para medir as preferências será capaz de distinguir os elementos pessoais dos externos de um determinado indivíduo. Isso é especialmente verdadeiro quando as preferências são afetadas pelo preconceito (...) Em qualquer comunidade na qual o preconceito contra uma determinada minoria é forte, as preferências pessoais sobre as quais um argumento utilitarista deve fixar sua atenção estarão saturadas desse preconceito; daí se segue que, em tal comunidade, nenhum argumento utilitarista que pretenda justificar uma desvantagem dessa minoria pode ser considerado equânime.

Assim, devemos avaliar até que ponto as preferências pessoais e as avaliações feitas pelos estudantes da UNESP⁸, por exemplo, a respeito de alunos negros que entraram na universidade por meio do sistema de cotas, não estão impregnadas pelo que Dworkin denomina “preferências externas”, que são justamente as preferências evadas por sentimentos racistas, sexistas etc. (que, no caso citado, remonta ao “mito da democracia racial brasileira”), preferências estas que violam o direito das pessoas de efetivamente serem tratadas como iguais.

Com relação à eficácia das políticas de cotas, não se tem a certeza de que um programa de admissão preferencial à universidade vá promover ao certo todas as políticas que se almeja, no entanto, não se pode também afirmar que é improvável que isso venha a acontecer (DWORKIN, 2002, p. 368):

Os critérios raciais não são necessariamente os padrões corretos para decidir quais candidatos serão aceitos pelas faculdades de direito, mas o mesmo vale para os critérios intelectuais ou para quaisquer outros conjuntos de critérios. A equidade – e a constitucionalidade – de qualquer programa de admissões deve ser testada da mesma maneira. O programa estará justificado

⁸ Referimo-nos à pesquisa mencionada anteriormente, em que os estudantes, em sua maioria, não achavam justas as cotas para negros.

unicamente se servir a uma política adequada, que respeite o direito de todos os membros.

Não existe um parâmetro irrefutável de que as consequências de sua implementação serão as que se espera, entretanto, mesmo diante de tal realidade, não se justifica uma postura contrária, até porque não há inconstitucionalidade que pese contra as cotas, desde que estas sejam proporcionalmente introduzidas nos processos seletivos⁹. “Do contrário, o direito só teria certezas ao preço de imperfeições e injustiças” (DWORKIN, 2000, p. 446).

⁹ Interessante trabalho divulgado pelo IPEA avalia alguns modelos de políticas de cotas em universidades brasileiras, inclusive mencionando resultados positivos de inclusão de negros na população universitária, apesar de ainda ser muito cedo para avaliar de uma maneira geral as consequências das cotas nas universidades. Vide *Boletim de Políticas Sociais - Acompanhamento e Análise*, n. 15. Brasília: IPEA, 2008, p. 217 e ss.

5 CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS PARA NEGROS NO ENSINO SUPERIOR BRASILEIRO: A ANÁLISE DA QUESTÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal pelo partido político Democratas – DEM em julho de 2009, com a pretensão de impugnar o sistema de reserva de vagas para negros da Universidade de Brasília (UNB) e teve como relator o ministro Ricardo Lewandowski.

Na petição inicial o Democratas alegou que não pretendia-se questionar a necessidade da adoção de tais medidas para concretização de direitos para minorias sociais, muito menos o reconhecimento de preconceito e discriminação no Brasil, mas sim discutir se a adoção de um Estado Racializado é conveniente no Brasil. Portanto, na visão do arguente, a racialização do Brasil era algo subjacente à política de cotas.

A UNB foi a primeira universidade brasileira a adotar o sistema de cotas raciais no vestibular sem qualquer ligação com políticas governamentais ou lei. Com base em sua autonomia universitária, após longo período de discussões internas e pressões por parte do movimento negro nas instâncias administrativas da faculdade¹⁰, foi reservado um total de 20% das vagas de cada curso em cada período para negros. Não há limitação econômica no sistema então proposto pela UNB a cota visa trazer mais diversidade e inclusão racial.

Algo exclusivo do sistema de cotas da UNB é o método de classificação racial. Os candidatos ao optarem pelo sistema de cotas deverão comparecer para uma entrevista perante uma Banca Entrevistadora que verificará a autenticidade da autodeclaração como negro, conforme o edital. O único requisito que o edital impõe para que se possa concorrer no sistema de vagas é ser negro.

A medida cautelar julgada pelo então presidente do STF, Min. Gilmar Mendes, em razão da ação ter sido proposta no período de recesso, denegou a liminar sob a fundamentação de inexistência de *periculum in mora*, tendo em vista que a política de cotas da UNB já era realizada há anos.

¹⁰Para melhor compreensão de todo o processo de decisão sobre a adoção do sistema de cotas na UNB, vide SANTOS, 2007.

Cumprе ressaltar que esta não foi a primeira oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal foi provocado para se manifestar sobre a constitucionalidade de sistemas de reservas de vagas para negros em universidades.

O debate sobre cotas para negros em universidades no Brasil chegou inicialmente ao STF por intermédio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2858 e 3197, propostas em 2003 e 2004, respectivamente, pela CONFENEN – Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, nas quais se questionava a constitucionalidade do sistema de reserva de vagas para as duas universidades estaduais do Rio de Janeiro (UERJ e UENF). Ambas as ações perderam seus objetos, em virtude de alterações legislativas que revogaram as leis impugnadas perante o Supremo, o que impossibilitou manifestação de mérito a respeito das causas.

Foram julgados em abril e maio do ano de 2012, respectivamente, a ADPF 186 e o Recurso Extraordinário 597.285/RS, ambos de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, sendo que este último tinha por objeto a política de reserva de cotas raciais instituída pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), com repercussão geral reconhecida pelo Plenário da corte¹¹, considerando que o tema tem implicações sociais e jurídicas que ultrapassam o interesse subjetivo das partes envolvidas na demanda, tendo em vista que ao decidir o feito o Supremo poderia – como de fato o fez – autorizar as cotas, gerando impacto sobre as políticas públicas que visam diminuir as desigualdades por meio do ingresso de estudantes mediante ações afirmativas. Atualmente, encontra-se pendente a publicação dos acórdãos respectivos.

As políticas de ações afirmativas discutidas perante o STF e hoje em dia objeto de Lei Federal são de relevância para os cidadãos e interferem diretamente na vida de milhares de pessoas que buscam acesso ao ensino universitário, razão pela qual o relator Ricardo Lewandowski entendeu pela necessidade de convocação de audiência pública, ocorrida no mês de março de 2010, onde buscou-se ouvir representantes de diversos segmentos da sociedade e do Estado; defensores das

¹¹“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ENSINO SUPERIOR. SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS (“COTAS”). AÇÕES AFIRMATIVAS. RELEVÂNCIA JURÍDICA E SOCIAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.” (RE 597285 RJ, Relator(a): Min. MIN. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 17/09/2009, DJe-191 DIVULG 08-10-2009 PUBLIC 09-10-2009 EMENT VOL-02377-07 PP-01479 LEXSTF v. 31, n. 370, 2009, p. 294-299).

teses de constitucionalidade e inconstitucionalidade das políticas de reserva de vaga como ação afirmativa de acesso ao ensino superior.

Como disposições constitucionais pertinentes à ADPF 186 destacamos as seguintes: artigo 1º, *caput* (princípio republicano) e III (dignidade da pessoa humana); artigo 3º inciso IV (veda o preconceito de cor e a discriminação); artigo 4º inciso VIII (repúdio ao racismo); artigo 5º inciso I (igualdade), inciso II (legalidade), inciso XXXIII (direito à informação dos órgãos públicos), inciso XLII (combate ao racismo) e inciso LIV (devido processo legal- princípio da proporcionalidade); artigo 37, *caput* (princípio da legalidade, da impessoalidade, da razoabilidade, da publicidade e moralidade, corolários do princípio republicano); artigo 205 (direito universal à educação); artigo 206, inciso I (igualdade nas condições de acesso ao ensino); artigo 207, *caput* (autonomia universitária); artigo 208, inciso V (princípio meritocrático – acesso ao ensino segundo a capacidade de cada um).

Quanto às disposições infraconstitucionais e outras pertinentes discutidas no bojo da Arguição, temos: Ata da Reunião Extraordinária do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE, realizada no dia 06 de junho de 2003); Resolução nº 038, de 18 de junho de 2003 do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE); Plano de Metas para a Integração Social, Étnica e Racial da Universidade de Brasília - UNB, especificamente os pontos I ("Objetivo"), II ("Ações para alcançar o objetivo"), II ("Permanência"), "1", "2" e "3, a, b, c"; e III ("Caminhos para a implementação"), itens 1, 2 e 3; As impugnações aqui referidas tomam por base o texto literal do Plano de Metas, apesar da evidente confusão na distribuição entre itens, alíneas e subitens; Item 2, subitens 2.2, 2.2.1, 2.3, item 3, subitem 3.9.8 e item 7 e subitens, do Edital nº 2, de 20 de abril de 2009, do 2º Vestibular de 2009, do CESPE - Centro de Seleção e de Promoção de Eventos - órgão que integra a Fundação Universidade de Brasília e organiza a realização do concurso vestibular para acesso à UNB; Convenção 169 da OIT (artigo 1º, inciso 2), promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.

5.1 ARGUMENTOS DA PETIÇÃO INICIAL

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 foi proposta pelo partido político Democratas (DEM), contra os atos administrativos da Universidade de Brasília acima descritos que instituíram o programa de cotas raciais para ingresso de estudantes na referida Universidade.

O partido defendeu que os atos estatais oriundos da Universidade de Brasília atingiram preceitos fundamentais diversos, na medida em que estipularam a criação da reserva de vagas de 20% para negros no acesso às vagas universais e instituíram verdadeiro 'Tribunal Racial', composto por pessoas não identificadas e por meio do qual os direitos dos indivíduos ficariam, sorrateiramente, à mercê da discricionariedade dos componentes da banca que avalia quais alunos poderão concorrer a uma vaga reservada aos cotistas.

O autor esclareceu que a arguição não visava questionar a constitucionalidade de ações afirmativas como políticas necessárias para a inclusão de minorias, ou mesmo a adoção do modelo de Estado Social pelo Brasil e a existência de racismo, preconceito e discriminação na sociedade brasileira, destinando-se a impugnar, especificamente, a adoção de políticas afirmativas “racialistas”, como a adotada pela UNB, o que não se amoldaria às especificidades brasileiras.

Questionou-se a validade, legitimidade, razoabilidade e constitucionalidade da utilização do critério racial, isoladamente, no Brasil para diferenciação entre o exercício de direitos dos cidadãos, pois para o partido político, o acesso aos direitos fundamentais no Brasil não é negado aos negros, mas aos pobres e que o problema econômico está vinculado à questão racial.

Sustentou que o sistema de cotas da UNB pode agravar o preconceito racial, por estabelecer a consciência estatal da raça e promover ofensa arbitrária ao princípio da igualdade, gerando discriminação reversa em relação aos brancos pobres, além de favorecer a classe média negra.

Ainda segundo a inicial, o item 7 e os subitens do Edital nº 02/2009 do CESPE/UNB violam o princípio da igualdade e da dignidade humana, por ressuscitar

a crença de que é possível identificar a que raça pertence uma pessoa. Em prosseguimento, o arguente indaga a respeito da constitucionalidade dos critérios utilizados pela comissão designada pelo CESPE para definir a “raça” do candidato, afirmando que saber quem é ou não negro vai muito além do fenótipo, pois a aparência de uma pessoa diz muito pouco sobre a sua ancestralidade. Assim, a “teoria compensatória”, que visa à reparação do dano causado pela escravidão, não poderia ser aplicada num país miscigenado como o Brasil.

O autor refere que nos últimos 30 anos estabeleceu-se um consenso entre os geneticistas segundo o qual os seres humanos são todos iguais e que as características fenotípicas representam apenas 0,035% do genoma humano, alertando acerca do perigo da importação de modelos de ações afirmativas como o de Ruanda e o dos Estados Unidos da América.

Assevera que os dados estatísticos referentes aos indicadores sociais são manipulados e que a pobreza no Brasil tem “todas as cores” e, com relação ao sistema de classificação racial da UNB, o partido enfatiza que todos os censos brasileiros sempre utilizaram o critério da autoclassificação. Para o arguente, no Brasil, a existência de valores nacionais, comuns a todas as raças, parece quebrar o estigma da classificação racial maniqueísta.

Em conclusão, referiu que as cotas raciais instituídas pela UNB violam o princípio constitucional da proporcionalidade, por ofensa ao subprincípio da adequação e à proporcionalidade estrita (regra da ponderação) no que diz respeito à utilização da raça como critério diferenciador de direitos entre indivíduos, pois o “Tribunal Racial” da UNB não utilizaria critérios objetivos para definir o que seria uma pessoa preta ou parda. Acrescentou que é a pobreza que impede o acesso ao ensino superior. Por derradeiro, sugeriu que um modelo que levasse em conta a renda em vez da cor da pele seria menos lesivo aos direitos fundamentais e também atingiria a finalidade pretendida de integrar os negros, que corresponderiam a 70% da população pobre.

Para fundamentar o pedido de concessão de medida liminar, afirmou que o *periculum in mora* caracteriza-se pelo fato do resultado do 2º Vestibular 2009 da Universidade de Brasília, o qual foi realizado de acordo com o sistema de acesso por meio de cotas raciais, ter sido publicado no dia 17 de julho de 2009 e a iminência

do registro dos estudantes aprovados, cotistas e não cotistas, que estava previsto para os dias 23 e 24 de julho de 2009.

Eis o pedido final da arguição de descumprimento de preceito fundamental:

“(…)seja a ação julgada procedente para o fim de que esta Egrégia Corte Constitucional declare a inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes*, efeitos *ex tunc* e vinculantes dos seguintes atos administrativos e normativos: (i) Ata da Reunião Extraordinária do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE), realizada no dia 6 de junho de 2003; (ii) Resolução nº 38, de 18 de junho de 2003, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE); (iii) Plano de Metas para a Integração Social, Étnica e Racial da Universidade de Brasília - UnB, especificamente os pontos I (“Objetivo”), II (“Ações para alcançar o objetivo”), I (“Acesso”), alínea 'a'; II (“Ações para alcançar o objetivo”), II (“Permanência”), 'I', '2' e '3, a, b, c'; e III (“Caminhos para a implementação”), itens 1, 2 e 3. As impugnações aqui referidas tomam por base o texto literal do Plano de Metas, apesar da evidente confusão na distribuição entre itens, alíneas e subitens; e (iv) Item 2, subitens 2.2., 2.2.1, 2.3, item 3, subitem 3.9.8 e item 7 e subitens, do Edital nº 2, de 20 de abril de 2009, do 2º Vestibular de 2009 - CESPE/UnB, por ofensa descarada e manifesta ao artigo 1º, caput (princípio republicano) e inciso III (dignidade da pessoa humana); ao artigo 3º, inciso IV (veda o preconceito de cor e a discriminação); o artigo 4º, inciso III (repúdio ao racismo); o artigo 5º, incisos I (igualdade), II (legalidade), XXXIII (direito à informação dos órgãos públicos), XLII (vedação ao racismo) e LIV (devido processo legal e princípio da proporcionalidade), o artigo 37, *caput* (princípios da legalidade, da impessoalidade, da razoabilidade, da publicidade, da moralidade, corolários do princípio republicano), além dos artigos 205 (direito universal de educação), 206, caput e inciso I (igualdade nas condições de acesso ao ensino), 207 (autonomia universitária) e 208, inciso V (princípio do acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística segundo a capacidade de cada um), todos da Constituição Federal.” (fl. 79 dos autos do processo).

5.2 A DECISÃO NO PEDIDO DE LIMINAR

O ministro Gilmar Mendes afirma em sua decisão que o tema dos programas de ação afirmativa como medidas de inclusão social de minorias e determinados segmentos sociais causa polêmica, tornando-se objeto de discussão, pelo fato de tocar nas mais profundas concepções individuais e coletivas a respeito dos valores fundamentais da liberdade e da igualdade.

O ministro toma como um dado construído a simbiose existente entre os valores da liberdade e da igualdade e o Estado Democrático de Direito e aponta a fraternidade como a chave por meio da qual podem ser abertas várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade, pois fazemos parte de sociedades multiculturais e complexas e tentamos ainda compreender a real dimensão das manifestações racistas, segregacionistas e nacionalistas, que representam graves ameaças à liberdade e à igualdade.

Para Gilmar Mendes, pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos os seus aspectos. Já a tolerância em tema de igualdade, tem o papel de impor a igual consideração do outro em suas peculiaridades e idiossincrasias.

Afirma ainda que em uma sociedade pluralista, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças e no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade é expressa pelo reconhecimento da proteção das minorias na Constituição.

Propõe a reflexão sobre até que ponto, em sociedades pluralistas, a manutenção do *status quo* não significa a perpetuação das desigualdades históricas entre grupos étnicos e sociais que as ações afirmativas buscam combater como forma de se alcançar a justiça social.

Condiciona a realização da efetiva igualdade material à necessidade de se respeitar os demais valores constitucionais, mencionando o paradoxo da igualdade de Alexy, o qual dispõe que toda igualdade de direito tem por consequência uma desigualdade de fato, e toda desigualdade de fato tem como pressuposto uma desigualdade de direito. Portanto, o mandamento constitucional de reconhecimento e proteção igual das diferenças impõe um tratamento desigual por parte da lei, o que suscita problemas dos mais complexos para o exame da constitucionalidade das ações afirmativas em sociedades plurais.

Na decisão afirma que a temática das ações afirmativas adquire contornos específicos conforme as particularidades históricas e culturais de cada sociedade. A despeito do conceito de “raça”, menciona o ex-presidente da Corte que os estudos

do genoma humano comprovam a existência de uma única espécie dividida em bilhões de indivíduos únicos e cita o histórico julgamento do Habeas Corpus nº 82.424-2/RS pelo Supremo (Caso Ellwanger), onde frisou-se a inexistência de subdivisões raciais entre indivíduos.

Portanto, a noção de “raça” que categoriza os seres humanos, é resultante de um processo político-social que, ao longo da história, originou o racismo, a discriminação e o preconceito segregacionista. Enfatiza que distintamente do que ocorre em outros países, onde o preconceito advém de questão étnica, no Brasil o problema resulta da conjugação de muitos fatores, com destaque para o status cultural, social e econômico do indivíduo.

Ressalta que tal fato não significa a ausência de problemas “raciais” no Brasil, vez que o preconceito está em toda parte, entretanto, um traço particular da discussão em nosso país é o fato de que o Estado não institucionalizou diferenciações entre seus cidadãos com base na raça, ao contrário do que ocorreu nos Estados Unidos.

Outra peculiaridade é que o preconceito racial no Brasil jamais se transformou em ódio racial coletivo ou, ainda, ensejou o surgimento de organizações contrárias aos negros, não havendo segregação racial legitimada pelo próprio Estado.

Gilmar Mendes aponta como bases para a análise do tema das ações afirmativas no Brasil os estudos históricos, sociológicos e antropológicos sobre as relações raciais e identifica um primeiro período no qual o processo de miscigenação que formou nossa sociedade foi tido como uma forma de democracia racial, o que foi posteriormente questionado, concluindo-se que a discriminação de raça no Brasil é camuflada pelo mito da democracia racial.

Alguns estudos citados pelo julgador referem que, enquanto nos Estados Unidos desenvolveu-se o preconceito com base na origem do indivíduo (ancestralidade), no Brasil existia o preconceito com base na cor da pele da pessoa (fenótipo) e que além das sequelas da escravidão, o preconceito e a discriminação fundam-se em alguns benefícios simbólicos concedidos aos brancos a partir da desqualificação dos negros.

Prossegue historiando as fases de discussão das ações afirmativas por parte do governo brasileiro, com destaque para o Estatuto da Igualdade Racial, que à época da decisão ainda não havia sido sancionado¹² e indaga acerca da possibilidade do Brasil estar abandonando a ideia de país miscigenado para adotar a concepção de país bicolor, ressaltando a singularidade em nosso processo de miscigenação.

A respeito das cotas para ingresso na UNB, o ministro lança diversos questionamentos quanto ao critério utilizado para deferir ou não ao candidato o direito a concorrer dentro da reserva de cotas raciais: *“Afinal, qual é o fenótipo dos “negros” (“pretos” e “pardos”) brasileiros? Quem está técnica e legitimamente capacitado a definir o fenótipo de um cidadão brasileiro?”*, justificando a importância das indagações diante de alguns incidentes causados pela banca responsável pela seleção dos candidatos por serem considerados negros.

Nesse ponto, Gilmar Mendes sinaliza o entendimento de que a adoção do critério de análise do fenótipo para a confirmação da veracidade da informação prestada pelo vestibulando no momento da inscrição pode ser problemática, asseverando que a maioria das universidades brasileiras que adotaram o sistema de cotas 'raciais' seguiram o critério da autodeclaração associado ao critério de renda.

O ministro destaca a necessidade de limitação temporal dos programas de ações afirmativas, que devem passar por avaliações empíricas rigorosas e constantes, tendo sido previsto pelo “Plano de Metas para a integração social, étnica

¹² O Estatuto da Igualdade Racial foi sancionado na forma da Lei nº 12.288/2010, que em seu artigo 1º conceitua os termos “discriminação racial ou étnico-racial” (inciso I) como *toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada*; “desigualdade racial” (inciso II), como *toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica*; “população negra” (inciso IV) como *o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga*; “políticas públicas” (inciso V) como *as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais* e “ações afirmativas” (inciso VI) como *os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades*.

e racial da Universidade de Brasília” a disponibilidade da reserva de vagas pelo período de 10 anos¹³.

Aponta que tais medidas afirmativas devem ter caráter emergencial ante a premência e urgência de solução dos problemas de discriminação racial e não excluem a adoção de medidas de longo prazo, a exemplo da melhoria das condições do ensino fundamental no Brasil e estímulo a cursos técnicos, pois a Universidade não é o único caminho possível para o sucesso profissional e intelectual, devendo a discussão ser ampliada.

Para o ministro, o nosso ensino superior é excludente, em razão do número restrito de vagas ofertadas por quase todos os cursos. Ele propõe o aumento do número de vagas, além da rediscussão do modelo de concurso universal, pois somente aqueles que estudaram em escolas particulares conseguem chegar às Universidades de qualidade. Nessa linha de raciocínio, Mendes acredita que a exclusão no acesso às Universidades públicas é determinada pela condição financeira, pois parece não haver distinção entre “brancos” e “negros”, mas entre ricos e pobres.

Exalta a necessidade de nos perguntarmos quais serão as consequências das políticas de cotas raciais para a diminuição do preconceito, o que deve ser objeto de avaliação.

Outro questionamento feito por Gilmar Mendes relaciona-se aos critérios utilizados em estudos estatísticos que apontam para um padrão de vida dos negros muito inferior ao dos brancos.

Alerta que a solução dos problemas relacionados às ações afirmativas no Brasil não está na importação de modelos de outras sociedades, mas sim na interpretação do texto constitucional considerando-se as especificidades históricas e culturais da nossa sociedade.

¹³A Universidade Federal do Pará, por meio da Resolução nº 3.361/2005 do antigo CONSEP, atual CONSEPE, antes da lei de cotas, já havia estabelecido normas para o ingresso de candidatos por meio de cotas, reservando um total de 50% das vagas oferecidas pelo Processo Seletivo Seriado (PSS) a estudantes que cursaram todo o ensino médio em escola pública. Desses 50%, no mínimo 40% seriam reservadas para alunos que se autodeclassem negros e que optassem por concorrer no sistema de cotas específico para negros.

Esclarece que as cotas (espécie) são apenas uma das formas ações afirmativas (gênero) a partir de políticas positivas de inclusão social. Ressalta, ainda, a importância da análise sobre a noção de reserva da administração e a de reserva de lei, trazendo à discussão a questão da legitimidade democrática¹⁴ para a regulação normativa de assuntos que sensibilizem a comunidade, considerando que se trata de assunto relacionado a direitos fundamentais, pois reservar 20% (vinte por cento) das vagas para determinado segmento da sociedade, importa na privação das vagas a outra parcela da sociedade.

O ministro enaltece todas as ações que visem a estabelecer e a aprimorar a igualdade e atenta para a necessidade de reflexão quanto às possíveis consequências da adoção de políticas públicas que levem em consideração apenas o critério racial. Em suas palavras, *“não podemos deixar que o combate ao preconceito e à discriminação em razão da cor da pele, fundamental para a construção de uma verdadeira democracia, reforce as crenças perversas do racismo e divida nossa sociedade em dois polos antagônicos: ‘brancos’ e ‘não brancos’ ou ‘negros’ e ‘não negros’”*.

Por fim, antes de indeferir a liminar por entender ausente o *periculum in mora*, Gilmar Mendes lançou uma síntese das questões a serem enfrentadas pelo Supremo quando da decisão da arguição que traduz-se na necessidade de se verificar se o modelo de cotas proposto atende aos fins pretendidos, qual seja a eliminação do preconceito.

5.3 RAZÕES DE DECIDIR – ANÁLISE DOS PRINCIPAIS VOTOS PROFERIDOS NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 186

Preliminarmente, foi destacado pelo relator do caso, ministro Ricardo Lewandowski, o cabimento da ADPF para o fim de solver definitivamente a controvérsia acerca da constitucionalidade das ações afirmativas, pois se trata do único meio hábil de sanar a lesividade, oferecendo provimento judicial com eficácia

¹⁴ Nesse ponto, volta-se a mencionar o Estatuto da Igualdade Racial, que representa justamente a legitimação a partir da deliberação no Parlamento e a imposição ao Estado da adoção de políticas afirmativas voltadas à população negra, bem como a recente Lei nº 12.711/2012 que previu expressamente a reserva de vagas para negros em Universidades Federais.

ampla, irrestrita e imediata. Ademais, destacou que a ADPF 186 não possui conexão com a ADI 3.197/RJ, pois se tratam de ações de índole abstrata, não tratando de fatos concretos, razão pela qual nelas não se deve, em regra, cogitar de conexão, dependência ou prevenção relativamente a outros processos ou julgadores. Passou-se, então, ao mérito.

Aponta em seu voto que a causa de pedir a ser examinada pela Corte é saber se os programas de ação afirmativa que estabelecem um sistema de reserva de vagas, com base em critério étnico-racial, para acesso ao ensino superior, estão ou não em consonância com a Constituição Federal, ressaltando a necessidade de análise desses programas de forma ampla pela Corte, com base nos princípios e valores sobre os quais repousa a Carta Magna, o que pressupõe inicialmente revisitar o princípio da Igualdade previsto na Lei Maior em seus aspectos formal e material.

Lewandowski menciona que nossa Constituição buscou emprestar máxima concreção ao importante postulado da igualdade, não se atendo a proclamá-lo somente no plano formal, daí que para possibilitar que a igualdade material seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão de políticas tanto de cunho universalista – que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural –, como de ações afirmativas – que atingem grupos sociais determinados, atribuindo-lhes certas vantagens, por um tempo limitado, com o fito de permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

Isso porque as políticas universalistas materiais e as políticas afirmativas têm o mesmo fundamento, qual seja o princípio constitucional da igualdade material e levam em consideração o resultado, entretanto, distinguem-se na medida em que as políticas universalistas materiais não levam em conta a posição relativa dos grupos sociais entre si, ao contrário do que ocorre com as ações afirmativas¹⁵.

Citando a teoria da justiça de John Rawls, resalta que o objetivo de transformar o direito à isonomia em igualdade de possibilidade, no que diz respeito à participação equitativa nos bens sociais, somente pode ser alcançado por meio da justiça distributiva, pois ela é a única que permite superar as desigualdades que

¹⁵ As ações afirmativas são, portanto, necessárias porque não há recursos ou vontade política suficientes à modificação estrutural que requerem a consideração do contexto, havendo indivíduos que sofrem os efeitos da insuficiência de políticas educacionais, o que justifica as discriminações positivas para garantia de acesso à Universidade, uma vez que nas políticas universalistas todos suportam as consequências indistintamente, sem que sejam consideradas suas particularidades em relação aos demais indivíduos.

ocorrem na realidade fática, mediante intervenção estatal visando corrigi-las, realocando os bens e oportunidades da sociedade em benefício da coletividade.

Acerca do modelo constitucional brasileiro, assevera o relator que este não se mostrou alheio ao princípio da justiça distributiva ou compensatória, pois adotou mecanismos destinados a corrigir distorções resultantes da aplicação formal do princípio da igualdade.

Quanto ao debate posto, afirma que as ações afirmativas são uma técnica de distribuição de justiça e não se focam somente a categoria dos brancos, negros e pardos, mas objetivam promover a inclusão de grupos excluídos ou marginalizados que historicamente foram compelidos a viver na periferia da sociedade.

O voto do relator prossegue definindo o conceito de ação afirmativa, bem como a origem de tais políticas, além de revisitar os precedentes da Corte acerca do tema (MC-ADI 1.276/SP; ADI 1.276/SP; RMS 26.071; ADI 1.946/DF e MC-ADI 1.946/DF).

Ao interpretar os dispositivos constitucionais que tratam do acesso ao ensino superior, o ministro relator menciona o artigo 206, incisos I, III e IV, que dispõe acerca dos princípios que norteiam o acesso ao ensino, quais sejam *igualdade de condições para acesso e permanência na escola, pluralismo de ideias e gestão democrática do ensino público* e o artigo 208, inciso V, no qual encontra-se previsto que o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística será efetivado *segundo a capacidade de cada um* e ressalta que o constituinte, ao mesmo tempo em que elege a igualdade de acesso, o pluralismo de ideias e a gestão democrática como princípios norteadores do ensino, também torna a meritocracia um parâmetro para a promoção aos níveis mais elevados.

Em conclusão, o relator evidencia que a melhor interpretação a ser dada aos mencionados artigos é que o constituinte buscou temperar o rigor da aferição do mérito dos candidatos que pretendem acesso à universidade com o princípio da igualdade material que está presente na totalidade da Constituição.

Dessa forma, deve-se levar em conta a diversidade dos atores e interesses envolvidos, devendo o debate sobre os critérios de admissão ser travado sob vários ângulos, pois são distintos os objetivos das políticas antidiscriminatórias.

Adverte que na ADPF 186 o que se questiona, em última análise, é a metodologia de reserva de vagas destinada a superar a desigualdade étnico-racial ou social daqueles que pretendem ingressar na universidade pública e, mais

especificamente, os fundamentos sobre os quais ela se assenta, daí que não se pode examinar a questão à luz de sua compatibilidade apenas com um ou outro preceito constitucional isolado ou a partir da vantagem de certos critérios sobre outros, mas sim com base nos princípios sobre os quais se funda o próprio Estado brasileiro.

Frisa que os critérios denominados objetivos de seleção quando aplicados em sociedades desiguais como a nossa somente contribuem para consolidar e acirrar distorções, impossibilitando a mobilidade social, mantendo os espaços de poder político e social distantes dos grupos marginalizados.

Ao citar Ronald Dworkin, o relator relembra que qualquer seleção baseia-se em algum tipo de discriminação, entretanto, a legitimidade dos critérios empregados deve se relacionar aos objetivos sociais que se busca atingir com eles.

Assim, o critério de acesso às universidades públicas deve levar em conta precipuamente os objetivos gerais do Estado Democrático de Direito previstos no preâmbulo da Constituição Federal consistentes em assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

De modo particular, deve levar em conta, ainda, os princípios constitucionais que orientam o ensino público previstos no artigo 205 da Magna Carta o qual prevê que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho e artigo 207 do Texto Maior que dispõe que as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Salienta que os mencionados dispositivos são definidores do real objetivo das instituições de ensino, que não se limitam a transmitir e produzir conhecimento em benefício dos poucos que partem de pontos de largada social ou economicamente privilegiados, posto que uma universidade deve integrar todos os grupos sociais para produzir conhecimento que atenda aos excluídos e não reforce hierarquias e desigualdades em nossa sociedade, como tem acontecido ao longo da história.

Propõe o relator, então, que os critérios de seleção à universidade sejam “calibrados” objetivando dar concreção aos objetivos constitucionais de tal modo que as aptidões dos candidatos devem ser aferidas de maneira a conjugar seu conhecimento técnico e sua criatividade intelectual ou artística com a capacidade potencial que ostentam para intervir nos problemas sociais.

Ele denomina de “seleção diferenciada” a metodologia acima e considera que a mesma pode levar perfeitamente em conta critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e, em última instância, a sociedade como um todo, sejam beneficiadas com o pluralismo de ideias, um dos fundamentos do Estado brasileiro (artigo 1º, V, CF). Trata-se de utilizar critérios de seleção que consideram uma distribuição mais equitativa dos recursos públicos que, no caso específico, dizem respeito às universidades estatais.

Aduz a necessidade de se enfrentar a questão consistente em saber se a inexistência, cientificamente comprovada, do conceito biológico de raça impede a utilização do critério étnico-racial para os fins de qualquer espécie de seleção de pessoas.

Relembra o julgamento do HC 82.424, o Caso Ellwanger, no qual o Supremo debateu o significado jurídico do termo “racismo” e concluiu que não existe raça na acepção biológica, mas persiste o racismo enquanto fenômeno social, restando afastado da discussão, portanto, o conceito biológico de raça para se considerar a discriminação social baseada nesse critério, que em verdade é um conceito histórico-cultural, construído de maneira artificial para justificar a discriminação ou a dominação de indivíduos sobre determinados grupos sociais tidos como inferiores.

Tal conceituação histórico-cultural foi a mesma utilizada pelo constituinte para dispor acerca da inafiançabilidade do crime de racismo, coibindo a discriminação negativa de determinados grupos de pessoas, lógica que também deve ser utilizada pelo Estado para autorizar a discriminação positiva que visam a inclusão social de grupos excluídos tradicionalmente.

Os programas de ação afirmativa partem da existência da denominada consciência de raça e visam justamente eliminá-la, a fim de que não haja mais o sentimento subjetivo de pertencimento a uma determinada raça ou de se sentir discriminado por integrá-la.

Lewandowski trata, ainda, da pouca representatividade de negros e pardos em cargos ou funções de relevo em nossa sociedade, o que seria resultado da

discriminação histórica e culturalmente arraigada, que pode ser compensada por meio das ações afirmativas.

Outra vantagem das ações afirmativas ressaltada pelo relator é a criação de lideranças entre os grupos discriminados que passam a ter melhores condições de defender seus direitos, servindo, ainda, de paradigma de integração e ascensão social, aumentando a autoestima dos integrantes dos grupos discriminados, empoderando-os.

Trata-se do que ele denomina de relevante papel simbólico das ações afirmativas, um componente psicológico que multiplica a inclusão social, exemplificando que uma criança negra ao ver um negro ocupar uma posição social privilegiada amplia as possibilidades de seus planos de vida.

Portanto, as ações afirmativas nas universidades são importantes porque esses espaços não se destinam apenas à formação profissional, mas também à criação de líderes e dirigentes sociais.

No dizer do ministro, o próprio conceito de justiça social tem sofrido transformações, passando de políticas meramente redistributivas das riquezas fruto do esforço coletivo a políticas de reconhecimento e incorporação de valores de grupos étnicos e culturais diversificados – e muitas vezes considerados inferiores – à sociedade como um todo.

Nesse ponto do voto, o relator conclui que pelo fundamento supra não são suficientes a utilização exclusiva do critério social para os fins da integração social de grupos excluídos por meio das ações afirmativas, mas há que se considerar etnia e raça também para se alcançar melhores resultados.

Destaca-se o papel desempenhado pela universidade de formação das elites no nosso país, bem como os benefícios oportunizados a todo o meio acadêmico com as ações afirmativas, uma vez que os estudantes poderão conviver com o diferente, com o outro.

O relator considera a universidade como o espaço ideal para a desmistificação dos preconceitos sociais com relação ao outro, o que gera uma consciência coletiva plural e culturalmente heterogênea e ressalta que a diversidade étnico-racial e a integração entre as pessoas foi o que motivou as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América em casos como *Bakke v. Regents of the University of California* (1978), *Gratz v. Bollinger* (2003) e *Grutter v. Bollinger* (2003).

Após ressaltar a importância de se verificar a constitucionalidade dos instrumentos utilizados para a efetivação das ações afirmativas, o relator considera em seu voto plenamente aceitáveis tanto o critério de autoidentificação quanto o de heteroidentificação, desde que respeitem a dignidade pessoal dos candidatos.

O jurista afirma que a política de reserva de vagas, além de ser expressamente prevista na Constituição Federal (artigo 37, VIII) já foi objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (RMS 26.071) no caso das vagas destinadas a deficientes físicos em cargos e empregos públicos, tendo a Corte concluído que a reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988, não configurando meras concessões do Estado, mas sim deveres que se extraem dos princípios constitucionais.

Relembra, ainda, que a distinção primordial entre as políticas de ação afirmativa em nosso país e as praticadas nos Estados Unidos da América é que lá a Suprema Corte entendeu que o uso de critérios étnico-raciais seria constitucional desde que não configurasse reserva de vagas ou o estabelecimento de cotas e que fossem empregados em conjunto com outros fatores de aferição do mérito, enquanto aqui no Brasil, a reserva de vagas é prevista na própria Constituição, não se limitando aos casos expressamente previstos, razão pela qual podem ser perfeitamente aplicáveis as cotas para negros em universidades.

Nesse ponto, acrescentamos que alegar que o modelo de cotas para negros em universidades brasileiras é imitativo do sistema de ações afirmativas adotado nos Estados Unidos é desconsiderar o papel das lideranças negras que há muito vêm lutando pela integração e mobilidade sociais do negro em nosso país; é negar o papel dos intelectuais e ativistas que como vozes do povo negro desse país buscaram ao longo da história evitar que a tradição do pensamento negro fosse apagada, reafirmando a cultura afro, a identidade racial afrobrasileira e, embora em sua maioria excluídos dos círculos da educação superior, lutaram pela manutenção da diversidade cultural de nosso país, deixando de se render a tentativa de embranquecimento imposta. Nesse sentido (GUIMARÃES, 2012, p. 91):

Vista em perspectiva histórica, a agenda política dos negros brasileiros nasce da luta contra as barreiras legais à promoção e à

mobilidade social de pessoas de cor, desmanchadas ainda no período colonial, para chegar, nos anos 1980, à reivindicação de igualdade de direitos sociais, ou seja, de acesso do povo brasileiro, negro, aos direitos da cidadania.

Portanto, a luta negra em primeiro lugar foi formal e, a partir do amparo legislativo, buscou-se incessantemente dar efetividade aos direitos, sendo a política afirmativa de cotas um dos resultados dessa trajetória, não uma mera importação.

Lewandowski ressalta a necessidade de modulação do entendimento firmado em seu voto pela constitucionalidade das cotas para negros em universidades, considerando que tais ações afirmativas somente se justificam enquanto perdurarem as distorções históricas nos planos econômico, social e político em relação aos negros e a representação destes e demais excluídos nas esferas pública e privada de poder não atenda ao princípio da isonomia.

Portanto, nesse ponto do voto, estabeleceu-se o critério para se definir até quando devem prevalecer as políticas afirmativas em questão, qual seja, enquanto não houver igualdade material entre negros e brancos e aqueles não estiverem isonomicamente representados.

Assim, considerou-se que a Universidade de Brasília, especificamente no caso sob julgamento, cumpriu o critério da temporariedade, uma vez que estabeleceu o prazo de 10 (dez) anos para o programa de cotas, após o qual seria reavaliado.

Para o relator, não basta que as políticas de reserva de vagas sejam constitucionais por serem nobres em suas intenções, havendo a necessidade de que sejam limitadas no tempo e, ainda, respeitem a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins colimados e, sobretudo, sejam pautadas na razoabilidade.

Assim é que Lewandowski considerou compatível com os princípios e valores da Constituição a reserva de 20% das vagas da UnB para estudantes negros, pelo prazo de 10 (dez) anos.

Na parte dispositiva, assim restou consignado:

Isso posto, considerando, em especial, que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas, (ii) revelam proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e preveem a revisão periódica de seus resultados e (iv) empregam

métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana, **julgo improcedente** esta ADPF.

Gilmar Mendes ao votar em plenário prosseguiu na linha de raciocínio já iniciada quando apreciou o pedido de liminar na ADPF. Acrescentou ao seu entendimento que a existência na UNB de uma comissão de avaliação com poderes para desqualificar e revogar a manifestação de vontade do candidato que se autodeclara negro acaba por anular a declaração de vontade do candidato, sendo incongruente e ineficaz nesse sentido.

Acrescenta Mendes que em sendo as ações afirmativas medidas com prazo temporário de vigência, o programa deve ser submetido a avaliações empíricas rigorosas e constantes, a exemplo de avaliações periódicas sobre o desempenho dos seus alunos cotistas com foco nas notas e em dificuldades pelos mesmos enfrentadas.

O referido jurista adentra na discussão acerca da manutenção dos alunos cotistas nas universidades, que necessitam de monitoramento específico a fim de evitar o abandono das aulas por parte desses alunos em face de dificuldades que podem ser superadas com medidas de incentivo financeiro e acompanhamento pedagógico. Concluímos que esse seja atualmente o maior desafio das universidades, uma vez que os programas de ação afirmativa já são reconhecidos por lei. Não basta garantir o acesso, tem que se proporcionar condições de permanência.

Por fim, merece destaque a questão do número de vagas reduzido nas universidades que, na visão de Gilmar Mendes, por si só, já é um fator de exclusão. Durante o voto proferido pelo ministro Cezar Peluso, Gilmar Mendes fez uma intervenção e ressaltou que um dos motivos pelos quais as ações afirmativas causam maior impacto é pela restrição de vagas, uma vez que se houvessem vagas em número suficiente a tensão posta seria extremamente minimizada ou praticamente não existiria. Uma das soluções apontada é a expansão das vagas no sistema público de ensino a partir de uma dotação de mais recursos que passa pelo modelo tributário e orçamentário do país e, ainda, pela necessidade de se pensar em um sistema misto, amplo, de financiamento das universidades públicas.

Ao concluir seu voto, Gilmar Mendes acompanhou o relator quanto à parte dispositiva, ressalvadas as questões postas em sua fundamentação, sobretudo no que diz respeito à necessidade de avaliação do programa da UNB que possui defeitos, notadamente por ter sido pioneiro.

O ministro Marco Aurélio, ao acompanhar o relator, fez referência ao artigo 208, inciso V da Constituição Federal que deve ser interpretado de forma harmônica com os demais princípios constitucionais, portanto, a cláusula “segundo a capacidade de cada um” somente faz sentido se há igualdade plena, pois a meritocracia sem a “igualdade de pontos de partida” é, em seu dizer, apenas uma forma velada de aristocracia.

Asseverou Marco Aurélio que o sistema de cotas deve considerar a proporcionalidade, a razoabilidade e, para isso, as estatísticas devem ser acompanhadas a fim de que, havendo a correção das desigualdades, o programa de cotas seja afastado, jamais cabendo se supor o extraordinário, qual seja, a fraude e a má-fé como formas de deslegitimar a política.

Tal ponto é fundamental, pois o experimento das ações afirmativas deve ter condições de se sustentar de maneira o mais eficaz possível, uma vez que implica restrições a outros cidadãos e deve ser encarado com toda seriedade pelas universidades, com o já citado acompanhamento dos cotistas, bem como das estatísticas fornecidas pelo censo que são o critério a partir do qual a Lei nº 12.711/2012 se baseia para definir o percentual de vagas a ser destinado para as cotas em cada região do país.

Os votos proferidos durante o julgamento da ADPF são uníssonos ao considerarem as ações afirmativas legítimas por serem destinadas à promoção da igualdade material.

Ademais, a fundamentação teórica do voto do relator espelha as teorias de justiça de Rawls e Dworkin defendidas nos capítulos anteriores ao considerar que somente se pode garantir participação equitativa aos bens sociais por meio da justiça distributiva.

O direito à educação previsto constitucionalmente no artigo 205 e ressaltado pelo relator em seu voto tem como um dos objetivos o denominado “pleno

desenvolvimento da pessoa”, expressão prevista no artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de forma análoga como “pleno desenvolvimento da personalidade humana” que, em última análise, contempla tanto o direito à educação como a educação para os direitos humanos que proporciona o desenvolvimento das habilidades pessoais de cada um e a garantia de uma vida digna, livre de preconceitos e que priorize a igualdade.

Sobre a importância do acesso à educação (CLAUDE, 2005, p.37):

A educação é valiosa por ser a mais eficiente ferramenta para crescimento pessoal. E assume o *status* de direito humano, pois é parte integrante da dignidade humana e contribui para ampliá-la com conhecimento, saber e discernimento. Além disso, pelo tipo de instrumento que constitui, trata-se de um direito de múltiplas faces: social, econômica e cultural. Direito social porque, no contexto da comunidade, promove o pleno desenvolvimento da personalidade humana. Direito econômico, pois favorece a auto-suficiência econômica por meio do emprego ou do trabalho autônomo. E direito cultural, já que a comunidade internacional orientou a educação no sentido de construir uma cultura universal de direitos humanos. Em suma, a educação é o pré-requisito fundamental para o indivíduo atuar plenamente como ser humano na sociedade moderna.

Portanto, as cotas em universidades são uma das formas de se garantir a inclusão social das pessoas negras de forma ampla, dada a importância da educação, que gera efeitos sociais na medida em que os negros passam a desenvolver suas habilidades de modo a se integrarem efetivamente à sociedade. Ademais, no plano econômico, o acesso ao ensino superior por meio das cotas significa que os negros poderão obter melhores condições de trabalho, não devendo ser esquecido o aspecto da educação como uma das formas de se promover a cultura dos direitos humanos ao redor do mundo, não podendo o Brasil manter-se distante dessa realidade, devendo, ao contrário, promovê-la.

Dessa feita, ao incentivar o pleno desenvolvimento da personalidade humana, a educação também promove os direitos humanos de forma ampla, o que reforça a importância de acesso aos níveis mais elevados de educação por parte de todos, a fim de garantir os direitos pessoais, como a privacidade; direitos políticos – como a participação, bem como a busca e a divulgação de informações; direitos civis, como

a igualdade e a ausência de discriminação; direitos econômicos, como um padrão de vida digno; e o direito a participar da vida cultural da comunidade.

O argumento da diversidade sem dúvidas permeou todos os votos proferidos durante o julgamento e se justifica na medida em que se destina ao bem comum, pois estudantes com diversidade racial aprendem mais entre si e, ainda, consideram que as minorias devam assumir posições de liderança na vida pública e profissional, atendendo ao propósito para o qual se criaram as universidades.

Pelo exposto, as cotas em universidades proporcionam o acesso à educação superior e estimulam a diversidade no meio acadêmico. Isso porque falar de igualdade racial em uma sala de aula hegemonicamente branca é perpetuar a negação de direitos aos negros que também devem ocupar referido espaço de formação a fim de garantir seu desenvolvimento pessoal de forma plena.

A interpretação justa da Constituição no caso concreto ora posto decorre de uma análise pluralista da Constituição. Se pensarmos no conceito de igualdade material, chegaremos à conclusão de que não há mais lugar, nas sociedades modernas, para a homogeneidade, pois com o rompimento dos modelos antigos e medievais, em que o homem era orientado primeiro pela *polis* no caso grego e depois pela Igreja Católica, atualmente o centro se foca no indivíduo e cada um estipula para si o que é a vida boa e como atingi-la. Assim (CITTADINO, 1999, p. 77 e 78):

Sabemos que a identidade não é a marca da sociedade democrática contemporânea. Ao invés da homogeneidade e da similitude, a diferença e o desacordo são os seus traços fundamentais. Diferentemente da modernidade, é possível apreender as sociedades tradicionais, enquanto coletividades “naturais”, como um todo homogêneo, pois ainda que seja possível analisá-las a partir de um ponto de vista específico – religião, política, economia – todas estas noções se entrelaçam de tal forma que constituem uma realidade única, orgânica e integrada. O consenso aqui se confunde com a dimensão “natural” do agrupamento social. A sociedade democrática contemporânea não pode ser apreendida desta forma. A multiplicidade de valores culturais, visões religiosas de mundo, compromissos morais, concepções sobre a vida digna, enfim, isso que designamos por pluralismo, a configura de tal maneira que não

nos resta outra alternativa senão buscar o consenso em meio da heterogeneidade, do conflito e da diferença.

Compreendemos o termo “identidade” constante nesse trecho como equivalente a homogeneidade, negação da diferença. Por sua vez, o desenvolvimento étnico e não somente o econômico deve ser estimulado, como uma maneira de fortalecer a identidade negra.

Marcelo Campos Galuppo esclarece que a hipótese de um contrato social constitui a própria essência da organização da sociedade moderna e, embora pressuponha indivíduos livres e iguais (pois somente indivíduos concebidos como livres e iguais entre si podem realizar contratos válidos, sem nenhum vício de consentimento), não elimina a diversidade e o pluralismo, mas apenas permite a convivência e, em alguns casos, a colaboração entre vários projetos acerca da vida boa (GALUPPO, 2001, p. 51 e 52). Em seu dizer:

Uma sociedade pluralista só pode subsistir, enquanto sociedade *pluralista*, se for, também, uma sociedade tolerante. Pois somente em uma sociedade tolerante é possível que tais projetos se atualizem na maior medida possível. O pluralismo não é, de fato, uma mera coexistência de concepções divergentes, mas uma *convivência* desses projetos, realizados e atualizados da melhor forma exequível. Se um projeto não puder ser realizado de forma alguma, por limitações impostas pelo grupo que assume o poder central, então os projetos minoritários estão fadados a desaparecerem, e com eles o próprio pluralismo. Esta concepção, aliás, estrutura a Constituição Brasileira, que afirma o pluralismo em seu preâmbulo e em seu artigo 1º.

Portanto, a tolerância não pressupõe a simples aceitação da diferença, mas sobretudo que ao diferente seja oportunizado todo suporte para realização de seus planos, como forma de garantir o pluralismo.

No contexto do Estado Democrático de Direito, frustram-se as tentativas de conceber-se a Constituição como um sistema absolutamente coerente, pois ela não

é fruto apenas do consenso, mas também do dissenso. Nesse sentido (GALUPPO, 2001, p. 60):

Na verdade, o pluralismo constitutivo do Estado Democrático de Direito indica que os princípios jurídicos, inclusive aqueles expressamente contidos na Constituição, não precisam ser concebidos rigorosamente como harmônicos e coerentes no contexto de sua aplicação. Muitas vezes, eles indicam diferentes projetos de vida, presentes em uma mesma sociedade, e o intérprete que pretenda realizar o tipo de justiça inerente ao Estado Democrático de Direito deve levar a sério esta divergência principiológica.

No mesmo sentido diz Esser, para quem “não existe um ‘princípio supremo’, já que todas as funções do direito podem expressar-se em princípios que, a cada vez, atuam antinomicamente” (ESSER, 1961, p. 64). Assim, cumprir ou aplicar o direito não é utilizar todas as normas jurídicas contemporaneamente, mas sim fazer valer aquelas que são adequadas ao contorno fático de uma situação.

Dessa feita, mesmo que ausente previsão expressa na Constituição que determine a admissão de estudantes negros por meio de cotas em universidades, estas são legítimas, pois derivam propriamente dos princípios da dignidade da pessoa humana, apanágio do princípio da igualdade.

Baseia-se a total possibilidade da inserção de cotas para negros pela interpretação pluralista e material do princípio da igualdade, bem como das normas que impedem a discriminação ilegítima. Observe-se que o caso em apreço é hipótese de discriminação (positiva) e trata-se de diferenciação, portanto, legítima, elaborada por subsistir fatos relevantes da vida a consentir a prática.

Nesse sentido (FERES JUNIOR):

Ora, a legitimidade das políticas de ação afirmativa no Brasil se assenta em três fatos sociológicos muito claros: (1) o perfil sócio-econômico daqueles que se identificam como pretos e pardos é similar e, por seu turno, (2) significativamente inferior ao dos brancos,

e (3) juntas essas frações totalizam quase 50% da população brasileira. Ou seja, ao contrário do que a imagem do contínuo de cores (e, portanto de graus de hierarquia social) sugere, há uma forte linha divisória entre brancos e não brancos em nosso país. Contudo, é incorreto supor que a metade não branca dos brasileiros esteja encerrada sob um modo de vida, uma cultura, ou um grupo pequeno delas. Seria factível se imaginar políticas de promoção específicas para pequenos grupos (quilombolas, caiçaras, etc), mas aqui estamos tratando não de um conjunto de políticas “micro”, mas de uma política nacional aberta para uma enorme fatia da população brasileira, em sua maioria habitantes de centros urbanos que já acumularam obrigatoriamente 11 anos de educação formal.

Portanto, muitos são os desafios para a implementação de ideal da política de cotas, dada a proporção da população que se busca atingir, no entanto, essas dificuldades devem ser mais um fator para impulsionar tais políticas e não justificativa para que deixem de ser efetivadas.

O ministro Marco Aurélio, em palestra proferida no ano de 2001, quando então presidente do Supremo Tribunal Federal, ao tratar dos aspectos constitucionais das ações afirmativas, assim se reportou ao artigo 1º da Constituição Federal de 1988 (MELLO, 2002):

A Lei Maior é aberta com o artigo que lhe revela o alcance: constam como fundamentos da República Brasileira a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e não nos esqueçamos jamais de que os homens não são feitos para as leis; as leis é que são feitas para os homens.

Prosseguindo em sua elucidativa fala, ainda sobre o conteúdo de nossa Carta Política, disse o ministro no Seminário:

Do artigo 3º vem-nos luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que o único modo de se 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, que é tratado de forma desigual. Nesse preceito são

considerados como objetivos fundamentais de nossa República: primeiro, construir - prestem atenção a esse verbo - uma sociedade livre, justa e solidária; segundo, garantir o desenvolvimento nacional - novamente temos aqui o verbo a conduzir, não a uma atitude simplesmente estática, mas a uma posição ativa; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e, por último, no que nos interessa, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. **Posso asseverar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos "construir", "garantir", "erradicar" e "promover" implicam, em si, mudança de óptica, ao denotar "ação". Não basta não discriminar. É preciso viabilizar - e encontramos, na Carta da República, base para fazê-lo - as mesmas oportunidades.**

Vê-se, portanto, que a Constituição da República tem como objetivos uma série de ações, que implicam justamente a elaboração de políticas públicas pelo Estado para a consecução dos fins de nossa nação, claramente traçados pelo constituinte. No rol das políticas inclusivas, encontram-se as ações afirmativas, que são as mais eficazes medidas para o alcance dos mencionados objetivos.

Nem cogite-se que a adoção de tais políticas afirmativas exclui o mérito dos candidatos para ingressarem na universidade, pois se o mérito é uma derivação da democracia e característica da liberdade humana, é válido questionar que liberdade têm as pessoas que tiveram privados os seus direitos básicos como seres humanos ao longo da história? Será que suas “escolhas” são realmente livres ou flagrantemente viciadas pelas condições discriminatórias que lhes são impostas?

Os negros foram e são renegados não somente por sua condição social, mas, sobretudo, por pertencerem a uma raça que foi submetida ao mais longo processo de escravidão mundial e que, ao contrário do que muitos afirmam, não foram alforriados em um clima de festa e comemoração, pois a partir de então não obtiveram políticas estatais inclusivas, restando-lhes a margem de todo processo de “liberdade”.

A ideia de mérito enquanto aferição por simples processo de submissão a um exame vestibular desconsiderando fatores socioeconômicos e étnicos é

oitocentista e parte do pressuposto da igualdade formal dos indivíduos perante a lei. Postos nesses termos, o direito ao acesso a um emprego digno, à educação, aos serviços sociais e oportunidades de consumo passam a figurar como uma questão de mérito individual, portanto, dependente do esforço pessoal, da disciplina e dedicação de cada um. Nessa perspectiva do mérito e da igualdade formal, mantém-se o tratamento igual para aqueles que são desiguais, o que, sem dúvida, amplia as desigualdades.

As políticas de ação afirmativa e a reivindicação de uma igualdade verdadeira para grupos historicamente discriminados, como é o caso dos negros no Brasil, vêm se contrapor a esse ideário. O que se reconheceu na decisão do Supremo Tribunal Federal, portanto, foi uma igualdade material ou substantiva, que leve em conta as discriminações sofridas por esses indivíduos ao longo da história, que os colocam em desvantagem econômica, bem como impõem sérios limites ao acesso à educação e ao emprego, na atualidade.

Assim, a igualdade material, decorrente dessas políticas, tem como preocupação geral garantir, por meio de medidas distributivas, que os grupos discriminados tenham acesso a esses bens, visto que eles, ainda, sofrem no presente as consequências da discriminação e do preconceito raciais.

Viu-se declarado pela corte suprema que o acesso à universidade não se trata mais de uma questão apenas de mérito ou aplicação formal do princípio da igualdade perante a lei, mas de reparar injustiças históricas que, de outro modo, não poderiam ser sanadas ou amenizadas. As estatísticas têm demonstrado, a cada censo, que a população negra é a que menos tem tido acesso à educação, sobretudo à superior, e na qual se concentram os maiores índices de pobreza e miséria, quando comparada com a população branca.

Ronald Dworkin (DWORKIN, 2005, p. 569-572) se refere ao mérito como critério para acesso à universidade:

A educação superior de elite é um recurso valioso e escasso, e, embora só esteja disponível para pouquíssimos alunos, é paga por toda a comunidade, mesmo no caso das universidades “particulares”,

que são parcialmente financiadas por verbas públicas e cujos doadores “particulares” se beneficiam das deduções tributárias. As universidades e as faculdades têm, portanto, responsabilidades públicas: devem escolher metas que beneficiem uma comunidade muito mais ampla do que seus próprios corpos docente e discente.

[...]

Nossas escolas sempre almejam ajudar a melhorar a vida da comunidade, não só protegendo e aprimorando sua cultura e sua ciência, ou aperfeiçoando a medicina, o comércio e a agricultura, mas ajudando a tornar essa vida coletiva mais justa e harmoniosa – essas estão, afinal, entre as principais aspirações de nossas escolas de direito e das escolas de administração pública e política, e devem estar entre as metas de todo o resto do meio acadêmico. (...) esperamos que as instituições de ensino contribuam para nossa saúde física e econômica, e devemos esperar que também faça o possível por nossa saúde moral e social.

[...]

Assim, a ação afirmativa, ao tentar realizar qualquer uma das duas metas, ou ambas, da diversidade estudantil e da justiça social, não compromete em hipótese alguma o princípio de que só se devam conceder vagas com base nas qualificações legítimas e apropriadas. Nenhum aluno tem direito a uma vaga na universidade devido a realizações passadas ou virtudes, talentos ou outras qualidades inatas: só se devem julgar os alunos pela probabilidade de contribuição que cada um deles, em combinação com outros selecionados pelos mesmos critérios, fará para as diversas metas que a instituição escolheu legitimamente. Não estou dizendo (...) que a cor negra seja em si uma virtude ou aspecto de mérito. É, não obstante, uma qualificação no sentido que venho descrevendo.

Desta feita, não se trata de excluir o mérito auferido pelos exames vestibulares, mas sim combiná-lo com outros critérios que farão com que os objetivos das universidades (principalmente o de distribuir equitativamente oportunidades na sociedade) sejam alcançados. Note-se que ninguém é aceito ou excluído da academia somente em razão da raça, mas esta passa a ser um fator importante durante dado momento a fim de que se dissolvam justamente os motivos que a tornaram relevantes.

Com relação ao percentual das vagas destinadas a negros, tanto no caso analisado pelo STF como na atual legislação federal que trata das cotas em âmbito

nacional, nossa preocupação perpassa não por uma suposta “sobrerepresentação” de negros neste percentual, mas sim pela falta de uma adequada estrutura nas próprias universidades para receberem os alunos cotistas que, por sua condição social, necessitarão de programas de bolsa para que não lhes seja garantido apenas o ingresso aos bancos universitários, mas sobretudo sua permanência em condições dignas.

Dworkin diz que se existe algo de errado com as classificações raciais, deve ser algo que está errado com as classificações raciais enquanto tais e não apenas com aquelas que funcionam contra aqueles grupos que atualmente estão nas graças dos liberais (DWORKIN, 2000, p. 440). O argumento de que a política de cotas vai de encontro aos direitos individuais constitucionalmente garantidos àqueles que não preenchem os requisitos estabelecidos para adentrarem no ensino superior como cotistas, o que a tornaria repugnante, não desautoriza a implementação das cotas, isso porque se tais testes são repugnantes, só pode ser por motivos que tornam ainda mais repugnantes as realidades sociais subjacentes que os programas atacam. Assim (DWORKIN, 2005, p. 577):

A discriminação racial expressa desprezo, e é profundamente injusto e prejudicial ser condenado pelas características naturais; a discriminação racial é, sobretudo, destruidora da vida de suas vítimas – não lhes rouba uma ou outra oportunidade que esteja acessível a outrem, mas os prejudica em quase todas as perspectivas e esperanças que possam imaginar. Em uma sociedade racista, as pessoas são de fato rejeitadas pelo que são e é, portanto, natural que as classificações raciais sejam encaradas como capazes de infligir um tipo de danos especial. Seria, contudo, cruel desaprovar o uso de tais classificações para combater o racismo, que é a verdadeira e constante causa de tais danos. O caráter psicológico especial da raça não é um fato fixo ao qual as políticas devam sempre respeitar. É um produto e sinal do racismo, e não se deve permitir que proteja o racismo que o gerou.

As cotas para negros em condição social precária são a maneira de se garantir, a curto e médio prazos, a inclusão de jovens desfavorecidos nas universidades. Trata-se do meio mais eficiente de aumentar o percentual de alunos

negros de baixa renda nos bancos acadêmicos e, por sua vez, fazer com que a comunidade universitária tenha a real face do povo brasileiro.

Ao revés do que se mostra a intenção dos programas de cotas, há quem sustente que tais políticas geram um mal estar na população e servem para reforçar a consciência racial. Mesmo que tal incompreensão se faça presente, ela nada mais é do que um custo a ser arcado pela população brasileira para que seja garantido acesso ao bem da educação àqueles que se encontram marginalizados economicamente e, por consequência, culturalmente.

Nem argumente-se, ainda, que não obstante a plausibilidade da eficácia das cotas, persiste o fato de elas violarem o direito fundamental à igualdade daqueles que são privados de concorrerem ao total das vagas nos cursos em que pretendem ingressar na universidade. Parece-nos que a justiça racial (e, portanto, social) agora é uma necessidade especial e não há que se impedir que sejam usadas as medidas mais eficazes para assegurar a justiça.

As classificações raciais contidas nas políticas de cotas das universidades não são suspeitas, pois não colocam em desvantagem uma minoria, mas sim servem a objetivos sociais úteis e importantes, sendo intimamente ligadas à consecução de tais objetivos. Nesse sentido (DWORKIN, 2000. p. 446):

Não há nenhuma combinação de capacidades, méritos e traços que constituam o “mérito” no sentido abstrato; se mãos ágeis contam como “mérito” no caso de um possível cirurgião, é somente porque mãos ágeis irão capacitá-lo a atender melhor o público. Se uma pele negra, infelizmente, capacita outro médico a fazer melhor um outro trabalho médico, a pele negra, em prova do que digo, também é um mérito. Para alguns, esse argumento pode parecer perigoso, mas apenas porque confundem sua conclusão – que a pele negra pode ser uma característica socialmente útil em dadas circunstâncias – com a idéia muito diferente e desprezível de que uma raça pode ter inerentemente mais valor que outra.

Portanto, nenhum dos argumentos expendidos na peça inaugural da ADPF foram suficientes para desconstruir as justificativas em que se pautam as ações afirmativas na modalidade de cotas para acesso da população negra à universidade,

que decorrem de um dever do Estado previsto na própria Carta Magna de implementar a igualdade.

A ação afirmativa evidencia o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica, sendo um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é na letra da lei fundamental assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais (MELLO, 2002).

Segundo Mello, cidadania não combina com desigualdade, República não combina com preconceito e democracia não combina com discriminação (MELLO, 2002). A decisão do Supremo demonstrou que não seria verdadeiramente democrática a leitura superficial e preconceituosa da Constituição, nem seria verdadeiramente cidadão o leitor que não lhe rebuscasse a alma, apregoando o discurso fácil dos igualados superiormente em nossa história feita pelas mãos calejadas dos discriminados, demonstrando que apesar de ainda existirem inúmeras injustiças a serem corrigidas, estamos caminhando para tentar minimizá-las no presente.

Por fim, a decisão do Supremo Tribunal Federal não se limita a ser um precedente acerca da matéria relacionada às cotas em universidades, mas delinea o entendimento da Corte quanto ao próprio princípio da igualdade, podendo ser aplicado no que diz respeito à distribuição de outros direitos relevantes, não só a educação, tais como saúde e habitação.

Ademais, a decisão analisada, longe de exaurir o debate acerca das cotas, possui em sua fundamentação a concepção clara da justiça distributiva que deverá informar outros debates sobre essa política afirmativa que – como já se disse – é temporária e muito provavelmente ainda será objeto de novas discussões constitucionais, considerando a recente legislação acerca da matéria.

6 CONCLUSÃO

Constatou-se que, no decorrer dos tempos, o princípio da igualdade sofreu substanciais modificações. No Estado liberal burguês, a lei era estática e restava tão somente sua aplicação a todos os casos de maneira igual. Sob tal concepção inicial, bastava a previsão da igualdade no bojo das Constituições para tê-la como efetiva.

Observa-se que a igualdade formal não foi suficiente para garantir direitos em face das discriminações existentes na sociedade. Necessitou-se, então, repensar a igualdade, vindo esta a exigir uma postura ativa do Estado para se sensibilizar com as diferenças no momento de estabelecer os limites da isonomia.

Verificou-se que a discriminação racial – reconhecidamente presente no Brasil – é um desvio que compromete o livre exercício dos direitos daqueles que são vítimas do preconceito e macula a dignidade humana.

Assim, para que se garanta a própria dignidade, surgem as ações afirmativas voltadas à população negra, que constituem o momento em que o Estado deixa de apenas observar as mazelas sociais para assumir uma postura positiva em relação aos grupos marginalizados, por meio de políticas de inclusão.

Patente restou que a adoção de ações afirmativas no Brasil, concernentes em incluir os negros, encontra óbice na negativa do brasileiro em reconhecer uma desigualdade que se esconde sob o “mito da democracia racial”.

Enquanto uma das modalidades de ações afirmativas, tem-se a política de cotas, que é um meio hábil a garantir as oportunidades aos que se encontram excluídos. Fundam-se, primordialmente, na justiça distributiva, que tem como expoentes John Rawls e Ronald Dworkin, os quais prevêm em suas teorias formas de distribuição de bens sociais.

Analisando-se a importância do ensino superior para a garantia de melhores colocações no mercado de trabalho que exige educação formal, bem como tendo por pano de fundo a realidade de uma substancial minoria de negros sentados nos bancos universitários brasileiros em razão de discriminação racial e social, iniciou-se a justificativa para a adoção das políticas de cotas.

Vimos que o Brasil tem o dever para com seus cidadãos de lhes fornecer acesso ao estudo em iguais condições e, no caso dos negros, as cotas são pertinentes para tal como forma de redistribuição do escasso recurso do ensino

superior. Ressaltou-se, entretanto, que tais políticas não prescindem de controle estatal e este é feito por meio da limitação da aplicação das cotas baseada em critérios bem delineados e identificados por Brito Filho na obra de Ronald Dworkin, bem como pela avaliação de sua necessidade após certo período.

O julgamento do Supremo Tribunal Federal, cujo acórdão ainda se encontra pendente de publicação, foi decisivo nos rumos das políticas afirmativas voltadas às minorias e, mais especificamente, das cotas em universidades, oportunizando o acesso igualitário à universidade aos negros de baixa renda, o que representa um avanço na luta contra o racismo velado em nosso país, postura reforçada pela recente lei de cotas que legitimou, sob o crivo democrático do legislativo, tais ações afirmativas.

As consequências da posição do Supremo Tribunal Federal, do Estatuto da Igualdade Racial e da lei de cotas não estão adstritas àqueles que prestarão exame vestibular, mas se espraiam por toda a sociedade, pois tratam-se de demonstrações de uma postura ativa e concreta do Estado brasileiro, aguardada por séculos e destinada a reduzir os efeitos do racismo que desumaniza suas vítimas e mina a capacidade dos negros de resistir à tentativa de apagar seus valores históricos, dando nova esperança de uma distribuição mais justa dos recursos sociais a todos, independentemente da cor da pele.

REFERÊNCIAS

ÁFRICA DO SUL. Black Economic Empowerment. Disponível em: <http://www.thedti.gov.za/economic_empowerment/bee.jsp>. Acesso em: 2 dez. 2013.

ARISTOTE. *Éthique a nicomaque*. Paris: J. Vrin, 1994.

AYDOS, Marco. Preconceito, discriminação e ressurreição social do negro no Brasil. *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília: ESMPU, ano 4, n. 15, p. 57-100, abr./jun. 2005.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação afirmativa e os princípios do direito: a questão das quotas raciais para o ingresso no ensino superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BRANDÃO, Carlos da Fonseca. *As cotas da universidade pública brasileira : será esse o caminho?* Campinas: Autores Associados, 2005.

BRASIL. Presidência da República. *Programa Nacional de Direitos Humanos*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BRASIL. *Boletim de Políticas Sociais: Acompanhamento e Análise*. Brasília: IPEA, n. 15, mar. 2008.

BRASIL. Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010.

BRASIL. IBGE. *Censo Demográfico 2010*. Brasília, 2010.

BRASIL. Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2012.

BRASIL. Decreto nº 7.824 de 11 de outubro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, julgada em 26.04.2012.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Discriminação no Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. *Trabalho Decente*. São Paulo: LTr, 2004.

_____. *Ações Afirmativas: fundamentos e critérios para sua utilização*. In: Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Belém: TJE/PA, n. 98, vol. 50, 2006. p. 7-16.

_____. *Ações afirmativas*. São Paulo: LTr, 2012.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

CLAUDE, Richard Pierre. *Direito à educação e educação para os direitos humanos*. In: Revista Internacional de Direitos Humanos: SUR v.2, n.2, 2005 p.36-63.

COMPARATO, Fábio Konder. *Os problemas fundamentais da sociedade brasileira e os direitos humanos*. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. São Paulo: Brasiliense, n. 51, 1989.

DEUS, Zélia Amador de. *Os herdeiros de Ananse: movimento negro, ações afirmativas, cotas para negros na universidade*. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais. Universidade Federal do Pará. Belém, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESSER, Josef. *Princípio e norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.

FERES JUNIOR, João. *Comparando justificações das políticas de ação afirmativa: EUA e Brasil*. Disponível em: <http://www.achegas.net/numero/30/joao_feres_30.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2012.

FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GAL, José Carlos. *Linhas mestras da Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica constitucional e pluralismo*. In: SAMPAIO, Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001a.

_____. *O debate constitucional sobre as ações afirmativas*. Revista de Direitos Difusos, São Paulo, v. 9, 2001b, p. 1133-1164.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Preconceito racial: modos, temas e tempos*. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2012.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira : necessidade ou mito?: uma análise histórico-jurídico-comparativa dos negros nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KLAUTAU FILHO, Paulo de Tarso Dias. *Igualdade e liberdade: Ronald Dworkin e a concepção contemporânea de Direitos Humanos*. Belém: CESUPA, 2004.

MANCUSO, Hugo R. *Metodología de la investigación en ciencias sociales: lineamientos teóricos y prácticas de semioepistemología*. Buenos Aires: Paidós, 2006.

MARTINS, Roberto Borges. *Desigualdades raciais e políticas de inclusão racial: um sumário da experiência brasileira recente*. Santiago do Chile: Organização das Nações Unidas, 2004.

MEC. 2013. *Política de cotas supera metas em seu primeiro aniversário*. Disponível em

<http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=19032:politica-de-cotas-supera-metas-em-seu-primeiro-aniversario-&catid=372:agenda>

Acesso em: 29 ago. 2013

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Ótica Constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. In: SEMINÁRIO DISCRIMINAÇÃO E SISTEMA LEGAL BRASILEIRO, 2001, Brasília. *Discriminação e Sistema Legal Brasileiro*. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2001.

MENIN, Maria Suzana de Stefano et al. Representações de estudantes universitários sobre alunos cotistas: confronto de valores. *Educação e Pesquisa*, São Paulo, v. 34, n. 2, p. 255-272, maio/ago. 2008. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022008000200004&lng=&nrm=iso>. Acesso em: 3 set. 2012.

MIRANDA, Jorge. *Democracia com mais cidadania: a questão da igualdade na participação política*. Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998.

NAÇÕES UNIDAS. 1965. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*.

NAÇÕES UNIDAS. 2001. III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata. *Declaração e Plano de Ação de Durban*.

NAÇÕES UNIDAS. 2009. Conferência de Revisão de Durban. *Documento Final da Conferência de Revisão de Durban*.

NOZICK, Robert. *Autarquia, estado e utopia*. Lisboa: Edições 70, 2009.

NUNES, Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAPOSO, Vera Lúcia. Os limites da igualdade: um enigma a desvendar. In: PENIDO, Laís de Oliveira (Coord.). *A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RUIZ, Marta V. de. *Manual de la constitución nacional: sistemas políticos y constitucionales contemporáneos*. Buenos Aires: Heliasta, 1997.

SANDEL, Michael J.. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANTOS, Sales Augusto dos. *Movimentos negros, educação e ações afirmativas..* Tese (Doutorado em Sociologia). Universidade de Brasília. Brasília, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3. ed. – São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Jocélio dos (Org.). O impacto das cotas na Universidade Federal da Bahia (2004-2012). *In: O impacto das cotas nas universidades brasileiras (2004-2012)*. Salvador: CEAO, 2013. p.44.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9.ed. rev. atual. 2.tir. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília : Brasília Jurídica, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Discriminação Racial nas Relações de Trabalho*. In: Revista do Ministério Público do Trabalho em Santa Catarina. Florianópolis: PRT/12ª Região, nº 1, p. 29-42, jul., 2008.