

Reflexão – Ações afirmativas: o que pensava o judiciário antes do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186

*Cleber Lázaro Julião Costa¹
Ana Júlia Souza Mariano²*

Muito se tem discutido acerca das ações afirmativas, em específico, das cotas raciais nas universidades. Nessas discussões, as cotas perpassam por um viés, ora discriminatório, ora como uma benevolência do governo. O presente texto tem como objetivo fazer uma análise em nove decisões dos estados de Santa Catarina e Espírito Santo, no intuito de saber que fundamento norteia essas decisões. Para tanto, será feita primeiramente uma reflexão sobre a política de cotas nas universidades públicas brasileiras à luz dos princípios da igualdade e da não discriminação, mostrando o embasamento jurídico que perpassa por essa política. O texto aborda a implantação da política de cotas nas universidades brasileiras e alguns conceitos, como ações afirmativas, discriminação, igualdade e não discriminação. O intuito é mostrar que essas políticas nada mais são

¹ Professor da Universidade do Estado da Bahia (UNEB), Colegiado de Direito, Campus 15. Mestre em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ) e doutorando em Sociologia pelo IESP/UERJ. E-mail: cleber.juliao@gmail.com

² Bacharelada em Direito pela UNEB/Campus 15. Bolsista PIBIC/PICEN/UNEB. E-mail: ju_mariano88@hotmail.com

que um direito previsto no ordenamento jurídico e não uma questão de benevolência do governo.

Segundo estudos realizados pelo Grupo de Estudos Multidisciplinares do Instituto de Estudos Sociais e Políticos (GEMAA/IESP) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), as ações afirmativas podem ser definidas como “[...] políticas focais que alocam recursos em benefício de pessoas pertencentes a grupos discriminados e vitimados pela exclusão socioeconômica no presente ou no passado” (GEMAA, 2011). Significa dizer que são medidas que visam o combate às discriminações étnicas, raciais, religiosas, de gênero ou de casta, de forma que aumente a participação dos grupos minoritários nas áreas da política, educação, saúde, emprego, bens materiais, redes de proteção social e/ou no reconhecimento cultural. Logo, a política de cotas raciais nas universidades é uma ação afirmativa, pois visa a combater a discriminação e promover a inclusão social de grupos historicamente marginalizados. Nesse sentido Joaquim Barbosa tem um entendimento substancial ao afirmar que as políticas afirmativas são

aquele 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 corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva de igualdade de acesso a bens fundamentais educação e o emprego (GOMES, 2001, p. 40).

Essas políticas são meios de garantir a redução das desigualdades mediante a disponibilização de recursos necessários para o exercício da cidadania.

No Brasil, a implantação de políticas de ações afirmativas é recente.³A política de cotas raciais para o acesso ao ensino superior,

³ É bem verdade que políticas de cunho afirmativo podem ser vistas, por exemplo, na obrigatoriedade de vagas nos partidos para candidatas mulheres, determinada pela Lei 9.504/97 e na adoção de cotas para portadores de deficiência física em ocupações profissionais no setor privado (Lei 8.213/91) e público (Lei 8.212/90). Como se vê, medidas originadas em um ambiente democrático. Por outro lado, elas nada têm a ver com a Lei 5.464/68 que criou cotas para filhos dos produtores rurais, caracterizada pelo privilégio a uma elite agrícola, cujos filhos eram os únicos com tempo de estudo suficiente para serem beneficiários das cotas estabelecidas na referida norma.

especificamente, teve início quando foi promulgada a lei estadual que criava cotas na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e na Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF) e pela aprovação de resolução do Conselho Universitário da Universidade do Estado da Bahia, em que se estabelecia a reserva de 40% das vagas para alunos negros e egressos de escolas públicas, em 2002. Hoje são vinte universidades federais e dezenove estaduais que adotam a política de cotas no Brasil⁴. Os três argumentos básicos para justificar essas políticas são: reparação, justiça distributiva e diversidade. Tais argumentos estão relacionados com a identificação dos grupos beneficiários, os quais são reconhecidos, por critérios raciais, negro (preto e pardo⁵) ou afrodescendente⁶ e indígena, e socioeconômicos, como ocorre com a renda familiar. Esse argumento funda-se no reconhecimento da desigualdade, fruto da discriminação, e na urgência em promover medidas que possam mitigar as mazelas de atos do passado, mas que perduram no presente, e que encontram, no remédio da ação estatal, uma das alternativas para a sua suplantação.

No que diz respeito ao respaldo constitucional das políticas de cotas, a Carta Magna de 1988 prevê, no artigo 3º, os objetivos fundamentais da república Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...] erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” Dessa forma, a promoção dessas ações afirmativas está prevista como um dos objetivos fundamentais da república federativa. É válido ressaltar que a constituição prevê uma igualdade formal, entretanto o combate à discriminação por meio da promoção da igualdade refere-se a uma igualdade material. Isso significa dizer que não basta anunciar que todos sejam iguais perante a lei e, na prática, haver diferenças socioeconômicas que se traduzam em desigualdades

⁴ Dados de 2013.

⁵ A classificação preto e pardo para definir a população negra tem sido usada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para confecção de censos e indicadores socioeconômicos.

⁶ O termo afrodescendente tem origem na literatura norte-americana, classificando indivíduos cuja origem é africana. De certo modo, é fundado na tese da única gota, que significa o pertencimento ao grupo negro quando não é puramente branco. Nesse sentido, pessoas mestiças sofririam discriminações, independentemente das suas características físicas, criando relações de solidariedade e aproximação entre todos os não brancos, cuja afinidade estava no laço genealógico da ancestralidade africana (NOGUEIRA, 1985).

impossíveis de serem suplantadas sem a intervenção do ente estatal e a adesão da sociedade. Dessa constatação de desigualdade surge a expressão discriminação positiva realizada pelo Estado. Tal ação tem como propósito criar condições para que grupos historicamente discriminados possam ter melhores condições de vida e acesso a serviços e benefícios outrora acessíveis apenas a um pequeno grupo da população.

O princípio da não discriminação complementa-se com o princípio da igualdade, previsto no art. 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.” Os estados assumem obrigações e deveres de respeitar esses direitos humanos, devendo assim criar mecanismos que adotem medidas positivas para facilitar o cumprimento dos direitos humanos básicos, inclusive no que se refere à educação.

No Brasil, a Lei 12.711/12 foi sancionada em agosto de 2012 e garante a reserva de 50% das matrículas por curso e por turno nas instituições de nível médio e superior a alunos oriundos integralmente do ensino médio público, em cursos regulares de jovens e adultos. Esse critério considera a distribuição racial dos candidatos por região, de acordo com o censo do IBGE. Os demais 50% das vagas permanecem para ampla concorrência. Assim, a adoção das cotas, nas universidades, para estudantes negros (prevista na Lei 12.711/12), oriundos de escolas públicas, é uma forma de garantir o direito à educação, por meio de uma política de cunho compensatório que objetiva aliviar e remediar as condições resultantes de um passado de discriminações.

No quadro a seguir, será feita uma análise de nove processos distribuídos entre os estados de Santa Catarina e Espírito Santo da seguinte forma: o respectivo estado, número do processo, resultado (quem ganhou ou perdeu no processo) e os argumentos utilizados para fundamentar as decisões.

Quadro único

	UF	Número do processo	Resultado	Argumento
1	Espírito Santo	2009.50.01.001965-0	Vitória da universidade	Const.
2	Santa Catarina	2009.04.00.003536-4	Vitória do aluno	Intern./Const./ Leis Infraconst.
3	Santa Catarina	2009.04.00.004606-4	Vitória do aluno	Const.
4	Santa Catarina	2009.04.00.007141-1	Vitória do aluno	Intern./ Const.
5	Santa Catarina	2009.72.00.001897-0	Vitória da universidade	Const.
6	Espírito Santo	0002172-71.2008.4.02.5001	Vitória da universidade	Const.
7	Espírito Santo	0006256-18.2008.4.02.5001	Vitória da universidade	Const.
8	Espírito Santo	200950010017378	Vitória da universidade	Const.
9	Espírito Santo	200950010049215	Vitória da universidade	Const.
	TOTAL		09	

Fonte: Sistema Juris/LAESER.

Como se vê, as vitórias estão na relação 6/3 em benefício da política de cotas.

Apenas duas decisões recorreram ao argumento em documentos internacionais e em leis infraconstitucionais. Entretanto, todas as decisões respaldaram-se nos princípios constitucionais da igualdade, do combate à discriminação, assim como também na questão da autonomia das universidades e da promoção de ações afirmativas, prevista na CF/88. Assim, é possível concluir:

1 – Houve um quase consenso da possibilidade de implementação das cotas;

2 – As divergências acerca da implementação fundaram-se na garantia ao acesso do aluno supostamente prejudicado e não na nulidade da política pública;

3 – As demandas vencidas pelos candidatos que se sentiram prejudicados foram as únicas em que houve o uso de fundamentos internacionais e constitucionais.

4- Nas decisões em que a política de cotas venceu foi encontrado apenas fundamento constitucional.

Assim, conclui-se que havia uma tendência à aceitação da política de cotas, refletida em um menor empenho argumentativo em ilustrar a sua constitucionalidade e o significante de justiça por outros meios, tais como literatura e documentos internacionais de direitos humanos. Daí a pobreza de argumentos diversos. Já pelo lado dos opositores, esses argumentos foram usados na esperança de convencimento do juízo de suas pretensões.

Ressalte-se que são demandas anteriores ao julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 186, ajuizada pelo Partido Democratas, que trata da inconstitucionalidade das cotas adotadas pela Universidade de Brasília e que pacificou o entendimento favorável às medidas dessa natureza nas universidades. Isso significa que parecia haver uma tendência para reconhecer a constitucionalidade das cotas na esfera do judiciário.

Pode-se concluir que a política de cotas não é um prêmio aos grupos minoritários, tampouco uma questão de injustiça para com aqueles que não são beneficiários, mas sim um direito previsto na CF/88. Combater o racismo mediante políticas como essas, é uma questão de justiça. O fundamento filosófico que norteia a sua adoção tem orbitado entre a redistribuição e o reconhecimento. Ao primeiro, associa-se a ideia de empenhar ações que permitam, à luz do princípio da igualdade, o acesso de mais pessoas a recursos e benefícios, de modo que essa universalidade seja, de fato, verdadeira; ao segundo, a compreensão de que existem débitos históricos (fruto de ações discriminatórias e/ou cristalização de uma invisibilidade) que precisam ser reparados. Entre outras características, essa dimensão significa uma preocupação com o outro, bem como a possibilidade de contribuição de todos os grupos que compunham a sociedade (FRASER, 2010).

No Brasil, existe no discurso legal uma ambivalência desses dois sentidos, ao ajustarem-se raça e renda na distribuição de políticas públicas. Tal impressão não se conseguiu perceber nas decisões judiciais em

primeira análise, pois a prevalência argumentativa limitou-se a princípios constitucionais. Talvez isso demonstre que o juiz brasileiro continue preso em demasia à lei e pouco antenado ao que a ciência vem produzindo no que se referem a estudos sociológicos, políticos, antropológicos, psicológicos entre outros subsídios para a construção das leis.

Conclusão

As ações afirmativas compreendem um meio possível de combate às desigualdades sociais em um espaço democrático e pautado por diferenças de várias naturezas. Não são, pois, privilégios, mas sim instrumento de fortalecimento da cidadania.

A fundamentação dos julgados, em sua maioria, centrou-se em dispositivos normativos e ocorreu de forma acertada, visto ter-se pautado na Constituição. Todavia, a ausência de argumentos metajurídicos mostra o quão normativista é o julgador brasileiro, que ainda não consegue se atentar ao complexo processo democrático de elaboração de normas dessa natureza em que há um diálogo dos desfavorecidos com o poder estabelecido.

Referências

FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GRUPO DE ESTUDOS MULTIDISCIPLINARES DA AÇÃO AFIRMATIVA (GEMAA). *Ações Afirmativas*. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://gema.iesp.uerj.br/dados/o-que-sao-acoes-afirmativas.html>>. Acesso em: 1º jan. 2014.

GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação Afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NOGUEIRA, Oracy. *Tanto preto quanto branco: estudos de relações raciais*. São Paulo: T. A. Queiroz Editor, 1985.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>>. Acesso em: 1º jan. 2014.

SILVA, Valdélino Santos. Políticas de ação afirmativa na UNEB: memórias de um acontecimento histórico. *Mujimbo. Revista de Estudos Étnicos e Africanos*, Salvador: CEAO/UFBA, v. 1, n. 1, 2010. Disponível em: <http://www.redeacaoafirmativa.ceao.ufba.br/uploads/ufba_artigo_2010_VSSilva.pdf>. Acesso em: 23 out. 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; FERES JÚNIOR, João. Ação afirmativa: normatividade e constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

*Recebido em março de 2014.
Aprovado em setembro de 2014.*