

UNESP 
UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA
Faculdade de Ciências e
Letras Campus de
Araraquara – SP

ELENIR APARECIDA DOS SANTOS

**JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E A LEI DE COTAS PARA
O ENSINO SUPERIOR**



ARARAQUARA – SP

2019

ELENIR APARECIDA DOS SANTOS

JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E A LEI DE COTAS PARA O ENSINO SUPERIOR

Dissertação de Mestrado, apresentado ao Conselho, Programa de Pós Graduação em Ciências Sociais da Faculdade de Ciências e Letras – Unesp/Araraquara, como requisito para obtenção do título de Mestre em Ciências Sociais.

Linha de pesquisa: Estado, Sociedade e Políticas Públicas

Orientador: Marcelo Santos

Agência de fomento: Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq)

ARARAQUARA - SP
2019

SANTOS, Elenir Aparecida dos
Justiça distributiva e a lei de cotas para o ensino superior
/ Elenir Aparecida dos Santos — 2019,
185 f.

Dissertação de Mestrado em Ciências Sociais
Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho",
Faculdade de Ciências e Letras, Campus Araraquara, 2019
Orientador: Marcelo Santos

1. Justiça Distributiva; Justiça como equidade; Igualdade de Recursos; Política de cotas; Teoria de Justiça. I. Autor II. Título.

JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E A LEI DE COTAS PARA O ENSINO SUPERIOR

Dissertação de Mestrado, apresentada ao Conselho, Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Faculdade de Ciências e Letras – UNESP/Araraquara, como requisito para obtenção do título de Mestre em Ciências Sociais.

Linha de pesquisa: Estado Sociedade e Políticas Públicas

Orientador: Marcelo Santos

Agência de fomento: Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq)

Data da defesa: 25/03/2018

MEMBROS COMPONENTES DA BANCA EXAMINADORA:

Presidente e Orientador: Prof. Dr. Marcelo Santos

Universidade Estadual Paulista – UNESP -FCLAr

Membro Titular: Prof.^a Dr.^o Gabriel Henrique Burnatelli de Antonio

Instituto Federal de São Paulo-IFSP

Membro Titular: Prof. Dr. Milton Lahuerta

Universidade Estadual Paulista – UNESP -FCLAr

Local: Universidade Estadual Paulista Faculdade de Ciências e Letras UNESP – Campus de Araraquara

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus queridos pais *in memoriam*, pois sem o incentivo dos mesmos pelos estudos isto não seria possível.

Ao CNPq pelo apoio financeiro para a realização dessa pesquisa.

Gratidão ao meu orientador, Marcelo Santos, pelos ensinamentos e paciência, que tornaram esta caminhada possível e tranquila.

Ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” Faculdade de Ciências e Letras de Araraquara - Campus Araraquara, seus professores e funcionários.

Ao meu filho Matheus Santos Santana por ser o esteio para as determinações propostas.

À amiga Rosangela Novaes pela mente sábia e compreensiva nas leituras e correções do texto.

Às amigas que surgiram nesta nova fase de aprendizado como parceiras de aulas, estudo e companheirismo, especialmente Luciane, Danusa e Manoela.

Por fim, a todos que de alguma forma colaboraram com essa tarefa de aprender, reaprender, recomeçar, quer pelo estímulo e auxílio ou mesmo pelas dificuldades e desencorajamento gerados, visto que mar calmo nunca fez bom marinheiro. A estes também cabem agradecimentos.

*A justiça é o pão do povo.
Às vezes bastante, às vezes pouca.
Às vezes de gosto bom, às vezes de gosto ruim.
Quando o pão é pouco, há fome.
Quando o pão é ruim, há descontentamento.
Fora com a justiça ruim!
Cozida sem amor, amassada sem saber!*

*A justiça sem amor, cuja casca é cinzenta!
A justiça de ontem, que chega tarde demais!
Quando o pão é bom e bastante
O resto da refeição pode ser perdoado.
Não pode haver logo tudo em abundância.
Alimentado do pão da justiça.
Pode ser feito o trabalho
De que resulta a abundância.
Como é necessário o pão diário.
É necessária a justiça diária.
Sim, mesmo várias vezes ao dia.*

De manhã, à noite, no trabalho, no prazer.

*No trabalho que é prazer.
Nos tempos duros e nos felizes
O povo necessita de pão diário
Da justiça, bastante e saudável.
Sendo o pão da justiça tão importante
Quem, amigos, deve prepará-lo?*

Quem prepara o outro pão?

*Assim como o outro pão
Deve o pão da justiça
Ser preparado pelo povo.*

Bastante, saudável, diário.

(“O pão do povo”, Bertold Brecht)

RESUMO

A presente dissertação verificou a discussão que houve no Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, que resultou no reconhecimento da constitucionalidade das ações afirmativas para o ensino superior e foi normatizada por meio da Lei 12711/2012. Para tal, observou-se a fixação do sistema de cotas no ensino superior sob a ótica do repertório de teoria de justiça, em especial pela perspectiva de ser pertinente ou não a aplicação dos princípios norteadores da justiça distributiva, de acordo com a abordagem dos teóricos Rawls e Dworkin, tendo em vista que ambos apresentam em suas obras a possibilidade de enquadramento da educação como um dos recursos escassos ou primários, a ser distribuído. Pela aproximação de alguns preceitos existentes sobre liberdade ou igualdade abordados por outros teóricos, tais como o desenvolvimento das capacidades, preceituado por Sen, ou do reconhecimento, como apresentado por Honneth e Fraser, foi permitido que tais princípios também compusessem esse estudo, pois estão presentes no debate atual sobre justiça distributiva ou redistribuição de recursos. A linha de investigação orientou-se por meio da pesquisa bibliográfica a respeito de teoria de justiça distributiva, justiça como equidade, distribuição de recursos, política de cotas, reconhecimento. A abordagem sobre as políticas públicas denominadas de ações afirmativas, ainda que estas não se restrinjam ao estabelecimento de cotas no acesso à educação, se fez por meio da verificação da discussão ocorrida na ADPF 186, que possibilitou o debate nacional sobre a implementação de tais políticas, bem como de suas aplicações no sistema nacional como formas de acesso ao ensino superior nas instituições públicas, quer estaduais ou federais. Por meio da análise do material que compôs a ADPF 186, observou-se os aspectos teóricos e filosóficos que embasaram o posicionamento dos atores públicos e da sociedade que estiveram presentes no debate com vista a um melhor entendimento das razões que fundamentaram as ações afirmativas para o ensino superior no Brasil.

Palavras-chaves: justiça distributiva; justiça como equidade; distribuição de recursos; política de cotas; reconhecimento.

ABSTRACT

This dissertation verified the discussion that occurred in the Federal Supreme Court in the Action of Breach of Basic Precept 186, which resulted in the recognition of the constitutionality of affirmative actions for higher education and was regulated by Law 12711/2012. For this, it was observed the fixation of the quota system in higher education from the perspective of the repertoire of justice theory, especially from the perspective of whether or not it is relevant to apply the guiding principles of distributive justice, according to the theoretical approach Rawls and Dworkin, considering that both present in their works the possibility of framing education as one of the scarce or primary resources to be distributed. By the approximation of some existing precepts on liberty or equality addressed by other theorists, such as the development of abilities, as prescribed by Sen, or of recognition, as presented by Honneth and Fraser, it was allowed that such principles also composed this study, since they are present in the current debate on distributive justice or redistribution of resources. The research line was guided by bibliographical research on the theory of distributive justice, justice as equity, distribution of resources, quota policy, recognition. The approach to public policies known as affirmative action, even if these are not restricted to the establishment of quotas on access to education, was verified through the discussion in the ADPF 186, which made possible the national debate on the implementation of such policies, as well as its applications in the national system as forms of access to higher education in public institutions, whether state or federal. Through the analysis of the material that made up the ADPF 186, we observed the theoretical and philosophical aspects that supported the positioning of the public and society actors who were present in the debate with a view to a better understanding of the reasons behind affirmative action for the higher education in Brazil.

Keywords: distributive justice; justice as equity; distribution of resources; quota policy; recognition.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACRA- Associação dos Caboclos e Ribeirinhos da Amazônia
ADI- Ação direta de inconstitucionalidade
ADPF- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AFROBRAS - Sociedade Afro-brasileira de Desenvolvimento Sócio Cultural
AGU- Advocacia Geral da União
AJUFE- Associação dos Juizes Federais
ANAPE -Associação de Procuradores de Estado
ANDIFES -Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior
ANNAD -Associação Nacional dos Advogados Afrodescendentes
CCJ- Comissão de Constituição e Justiça
CEPE - Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília
CESPE/UnB - Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília
CF- Constituição Federal
CFOAB-Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
CNPQ Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico
CONAD -Comissão Nacional de Assuntos Antidiscriminatórios
CONEN- Coordenação Nacional de Entidades Negras
DEM - Partido Democratas
EDUCAFRO- Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes
EUA- Estados Unidos da América
FGV- SP- Fundação Getúlio Vargas de São Paulo
FUNAI - Fundação Nacional do Índio
IARA-Instituto de Advocacia Racial e Ambiental
IBGE- Instituto brasileiro de geografia e estatística
ICCAB- Instituto Casa da Cultura Afro-brasileira
IDDH- Instituto de Defensores dos Direitos Humanos
IDEP- Instituto de Direito Público e Defesa Comunitária Popular
IESB - Instituto de Ensino Superior de Brasília
INCT - Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia de Inclusão no Ensino Superior e na Pesquisa
IPEA- Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
IUPERJ- Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro
MEC- Ministério da educação e cultura
MNU- Movimento Negro Unificado
MPMB- Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro
ONU- Organização das Nações Unidas
PAAIS- Programa de Ação Afirmativa e Inclusão Social
PGR- Procuradoria Geral da República
PNAD -Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios
PUC SP- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC PR- Pontifícia Universidade Católica do Paraná RE- Recurso Extraordinário
SEDH- Secretaria dos Direitos Humanos
SEPPIR-Secretaria Especial de Políticas de Promoção de Igualdade Racial
STF-Supremo Tribunal Federal
TRF- Tribunal Regional Federal
UEA- Universidade do Estado do Amazonas

UFJF- Universidade Federal de Juiz de Fora
UFMG- Universidade Federal de Minas Gerais
UFRJ- Universidade Estadual do Rio de Janeiro
UFSC- Universidade Federal de Santa Catarina
UFSM- Universidade Federal de Santa Maria
UFRGS- Universidade Federal do Rio Grande do Sul
UNB- Universidade de Brasília
UNE- União Nacional dos Estudantes
UNESP- Universidade Estadual Paulista
UNICAMP - Universidade Estadual de Campinas
USP- Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA – DEBATE ENTRE OS AUTORES	23
1.1. Rawls e uma teoria de justiça como equidade	23
1.1.1 A posição original e o véu de ignorância.....	27
1.1.2. O princípio de diferença e a formulação da justiça distributiva	29
1.2. Ronald Dworkin e o princípio da igualdade de consideração e respeito	40
1.2.1 A igualdade de recursos e o princípio da responsabilidade	42
1.3. Ações afirmativas ou discriminação reversa na teoria de Dworkin	50
1.3.1 As ações afirmativas	51
1.3.2. As abordagens de Dworkin sobre discriminação reversa e a contraposição aos opositores.....	53
1.4. Autores que contribuem para o debate sobre justiça distributiva	63
2. A DISCUSSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS PARA O ENSINO SUPERIOR	70
2.1.A Judicialização das relações sociais e da política	71
2.2. O pedido e os argumentos do Partido Democratas que iniciaram a ação e as manifestações das partes réis e das instituições convidadas a participarem da ADPF 186	79
2.3. A audiência pública: das partes ouvidas e dos debates.....	82
2.3.1. Dos argumentos apresentados pelas partes em audiência pública.....	83
2.3.2. Dos apoiadores e dos opositores do sistema de cotas.....	87
2.3.3. Da fundamentação dos apoiadores do sistema de cotas.....	88
2.3.4- Da fundamentação dos opositores do sistema de cotas	92
2.4. Da exposição de experiências de aplicação de políticas de ação afirmativa	99
2.5. Da fundamentação dos votos dos ministros	102
2.5.1. O voto do ministro relator e suas fundamentações	102
2.5.2. Dos votos dos demais ministros e suas fundamentações.....	117
2.6. Do estabelecimento da Lei 12711/12 que fixou o sistema de cotas para as universidades e institutos federais.....	126
3. AS ARGUMENTAÇÕES TRAZIDAS NA ADPF 186 E A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA	128
3.1. Ações afirmativas ou a fixação de raça como critério discriminatório?	129

3.2. A discussão sobre o mito da democracia racial no Brasil.....	129
3.3. A discussão sobre a fixação de critério sociais para maior equidade nas ações afirmativas para o ensino superior.....	143
3.4. Alguns argumentos mobilizados na ADPF 186 e a justiça distributiva.....	149
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	162
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	170
APÊNDICE I.....	176
ANEXO I.....	177
Cronograma	177
4/3 Quinta-feira.....	178
5/3 Sexta-feira	179
Experiências de aplicação de políticas de ação afirmativa.....	180
3 de março.....	182
4 de março.....	182
ANEXO II.....	183

INTRODUÇÃO

*Que tal se delirarmos por um tempinho
Que tal fixarmos nossos olhos mais além da infâmia
Para imaginar outro mundo possível?*

(...)

*A educação não será privilégio daqueles que podem pagá-la
E a polícia não será a maldição daqueles que podem comprá-la.*

*A justiça e a liberdade, irmãs siamesas
Condenadas a viver separadas
Voltarão a juntar-se, bem agarradinhas,
Costas com costas.*

(...)

(“O direito ao delírio”, Eduardo Galeano)

A pretensão de um ideal de justiça sempre foi inerente ao Homem, sob o entendimento de que pensar justiça é admitir que os conceitos envolvidos na questão se revestem de várias vertentes, de acordo com o aprimoramento da sociedade e de seus indivíduos. Envolto nesse modelo, os conceitos de liberdade e igualdade sempre foram postos, quer lado a lado, quer em contraposição, mas inegavelmente como parceiros constantes quando o tema abordado é a justiça.

Liberdade e igualdade sempre foram assuntos amplamente discutidos em várias vertentes da filosofia, seja na política ou no direito, uma vez que são assuntos que perpassam por várias fontes teóricas, mas em especial pela importância de tais ideais políticos para o desenvolvimento de sociedades democráticas e justas. Alguns teóricos afirmam que ambas devem estar juntas para que se efetivem os direitos do Homem, outros pontuam que uma tem relevância sobre a outra, ou mesmo que uma deverá conter a outra para que se permita a efetividade de alguns direitos. Ou seja, os dois conceitos permitem diversos debates e entendimentos, de acordo com a abordagem estabelecida pelos teóricos ou mesmo em momentos de suas aplicações, demonstrando que o tema ou a busca pelo cumprimento deles tem vários aspectos, em especial nos dias atuais de sociedades plurais e complexas.

Tais conceitos também se tornam relevantes quando a proposta é o desenvolvimento de teorias de justiça que almejam a sua aplicação e ampliação, especialmente no caso da distribuição de recursos, em sua maioria, escassos na sociedade contemporânea. Os debates se estendem em várias linhas de abordagem,

surgindo no decorrer dos mesmos outras figuras importantes para tal conceituação como: igualdade de oportunidades, igualdade de reconhecimento, desenvolvimento como liberdade, e especialmente a temática da justiça distributiva, que foi conceituada, na contemporaneidade, por Rawls, e exposta em sua teoria de justiça como equidade.

Quando nos propomos a pensar teoria de justiça, igualdade e liberdade, recaímos na problemática da distribuição de bens ou recursos, em especial os primários, defendidos por Rawls, se tornando impossível não pensar se a educação caberia nestes recursos primários, posto que o Homem sem acesso a mesma, sequer se dá conta dos outros recursos e direitos que lhe estão sendo negados. Portanto, a educação e o acesso a ela se tornam pontos cabais para a verificação da aplicação da teoria de justiça como equidade, visto que sem a educação o indivíduo estará recluso em si mesmo, sem qualquer chance de aprimoramento de suas qualidades e conhecimentos, e mesmo do desenvolvimento de seus projetos de vida. Com base neste entendimento, a presente dissertação buscou compreender os princípios desenvolvidos pela justiça distributiva e se houve a aplicação destes na fixação do sistema de cotas para o nível superior no Brasil, por entender a importância da educação como fonte de qualquer busca por igualdade, liberdade, direitos e justiça.

Caberia o questionamento do porquê, nessa pesquisa, a abordagem da justiça distributiva se dar, inicialmente, sob a perspectiva trazida por Rawls, já que outros teóricos também a abordaram. Ocorre que a concepção mais ampla de justiça distributiva em nossa sociedade contemporânea foi apresentada por Rawls e tornou-se a fonte principal dos estudos sobre a temática em questão. Importante ressaltar que outros autores também retrataram tal tema, como o teórico igualitarista Dworkin que preceitua a teoria de igualdade de recursos. Este pesquisador também fez parte do referencial teórico apresentado nessa dissertação, para que houvesse a verificação e comparação de alguns pontos de cada teoria e mesmo seus diferenciais na construção da justiça distributiva; bem como do papel representado pelo Estado como responsável pela efetividade dos princípios apresentados, que possibilitem o acesso à educação de forma igualitária, formal e subjetivamente. Dworkin aborda com propriedade os temas referentes às ações afirmativas, particularmente sob a perspectiva de cotas para o ensino superior, com vista à justiça distributiva, sendo este fato o motivador pelo qual ele foi utilizado como um dos teóricos nesta dissertação. Cabe ressaltar que Rawls na sua conceituação de teoria de justiça não fez menção direta a cotas raciais ou de gênero como modelo de ações pertencentes à sua teoria, sendo que para autores como Vita (2008) isso se dá exatamente porque de acordo com a teoria rawlseana esta não

reconhece que em uma sociedade bem ordenada haja qualquer tipo de discriminação.

Estabelecido os motivos pelos quais Rawls e Dworkin foram abordados de forma mais pormenorizada, convém informar que outros teóricos como Sen, Honneth e Fraser, não menos importantes em suas teorias, também constaram com suas bases teóricas, ainda que sob uma exposição mais sucinta, por possibilitarem a abordagem de temas que foram sendo aproximados do debate de igualdade e liberdade e, conseqüentemente, da justiça distributiva. Estes autores tratam a temática da igualdade de oportunidades pelo desenvolvimento das capacidades (Sen) ou do reconhecimento-igualdade subjetiva (Honneth e Fraser). Portanto, estas explicações aferiram ganhos para a discussão presente.

Importante ressaltar que os teóricos utilizados não foram escolhidos aleatoriamente, somente por trabalharem temáticas que estão relacionadas à justiça distributiva, mas sim porque os mesmos (com exceção de Sen) foram mobilizados dentro da discussão ocorrida no Supremo Tribunal Federal no processo da Arguição de Descumprimento de Princípio Fundamental ADPF 186. Naquele momento, debateu-se a constitucionalidade da reserva de vagas para o ensino superior público, e tais autores constaram, quer na fundamentação do voto do relator ou dos ministros, quer pelos apontamentos trazidos pelos atores que participaram daquele debate, fossem como apoiadores ou opositores.

Para o entendimento das razões do debate sobre cotas raciais ter se iniciado nas casas legislativas, mas tido seu desfecho no judiciário, faz-se necessário uma abordagem, ainda que sucinta do papel que este poder passou a exercer nas relações sociais, em especial nas sociedades contemporâneas, em que mais indivíduos buscam as vias judiciais para resolverem e efetivarem seus direitos e demandas, motivo pelo qual a temática sobre a judicialização da justiça também compôs este estudo.

Salienta-se, nesse momento, a importância da teoria de justiça apresentada por Rawls, visto que, após a publicação da obra *Uma teoria de Justiça* (1971) e até o presente momento, o pesquisador possui uma grande relevância e é considerado como o mais importante filósofo político liberal do século XX, tornando-se referência obrigatória para qualquer teórico que se debruce sob a ideia de justiça. Rawls influenciou diversos autores e, ainda que muitos somente discordem das ideias apresentadas, estes afirmam que não poderiam ignorá-lo ao formularem suas próprias ideias ou teorias sem terem por base pontos apresentados na teoria de justiça do estudioso em questão.

Podemos apontar Nozick, teórico principal do libertarianismo e um dos

maiores opositores de Rawls, que em sua obra *Anarquia, estado e utopia* (1991) afirma:

Uma teoria da justiça é uma obra de filosofia política e moral poderosa, profunda, sutil, de grande fôlego, sistemática, à qual nada se pode comparar desde os escritos de John Stuart Mill, quando muito. É uma fonte de ideias luminosas, integradas conjuntamente num todo cativante. Os filósofos da política hoje têm ou de trabalhar no seio da teoria de Rawls ou de explicar por que razão não o fazem. (NOZICK, 1991, p. 202)

Sen (2001, p. 129) pontua que “de longe, a teoria da justiça mais influente - e acredito que a mais importante – apresentada neste século foi a da justiça como equidade”. Dworkin (2010) também afirma:

Alguns de vocês terão notado uma certa congruência entre as posições que afirmo ser defendidas pelos argumentos de Rawls na teoria do direito e aquelas que eu próprio tentei defender, e talvez pensem que isso não acontece por acaso. Portanto, farei aqui uma confissão, mas sem pedir desculpas. A obra dos ícones filosóficos é rica o bastante para permitir a apropriação por meio da interpretação. Cada um de nós tem o seu Immanuel Kant, e, a partir de agora, cada um de nós lutará pela benção de John Rawls. E, por um motivo muito bom, depois de todos os seus livros, todas as notas de rodapé e todas as maravilhosas discussões, estamos apenas começando a nos dar conta de quanto temos a aprender com este homem. (DWORKIN, 2010, p. 369)

Rawls em sua teoria vislumbrou a coexistência pacífica dos indivíduos em uma sociedade bem ordenada, estabelecendo para tal a importância do binômio liberdade-igualdade, nessa ordem lexical. Demonstrando, assim, que a liberdade prevaleceria sobre a igualdade (primeiro princípio), mas que ambas eram importantes para a efetivação da justiça como equidade. Apontando em seus princípios a necessidade de se realizar a distribuição de bens, com vistas a proteger os menos favorecidos em determinadas circunstâncias de desequilíbrio (princípio de diferença).

Entre os recursos a serem distribuídos, Rawls pontua que serão os primários, quais sejam, os necessários, para uma existência digna dos indivíduos que lhes possibilitem direitos e liberdades iguais (primeiro princípio), e condições de igualdade equitativa de oportunidades (segundo princípio). O autor assinala que o acesso educacional se trata da possibilidade de ofertar igualdade de oportunidades, para que não se permita que a sorte bruta (sorte natural) reflita indefinidamente na vida dos indivíduos. Como se observa na citação: “As oportunidades de adquirir cultura e qualificações não devem depender da classe social e, portanto, o sistema educacional, seja ele público ou privado, deve destinar-se a demolir as barreiras entre as classes.” (Rawls, 2008, p.88).

A presente dissertação abordou o estabelecimento do sistema de cotas para o ensino superior no Brasil, por meio da implantação de políticas públicas denominadas

de ações afirmativas e, para tal, a teoria de justiça de Rawls e de Dworkin foram relevantes. Com base nos princípios desenvolvidos e apresentados pelos autores verificou-se como se efetivaram os debates para o estabelecimento do sistema de cotas nas instituições superiores, sob a ótica de que o tema igualdade de oportunidades levou a diversas reflexões, alusões e críticas, tendo em vista que tal tema é recorrente nas discussões que abordam problemas sociais e políticas públicas.

Quando vista em sua superficialidade, a igualdade de oportunidades é, muitas vezes, entendida como igualdade formal de oportunidades (igualdade legal), recebendo várias opiniões favoráveis e apoiadoras. Porém, quando estendida à igualdade substantiva de oportunidades, a mesma gera polêmicas, conflitos e perde os que até então se declaravam adeptos da igualdade de oportunidades. Em especial quando a discussão reflete a importância da interferência do Estado como facilitador ou realizador dessa igualdade por meio da distribuição de recursos.

Compõe o entendimento atual, defendido por várias correntes filosóficas, políticas e jurídicas, que o Estado é obrigado a proporcionar a seus cidadãos um mínimo de bem-estar material. Estando tal posicionamento presente na maioria das constituições democráticas, pelo entendimento que cabe a este possibilitar uma vida digna e justa para seus cidadãos, surgindo neste fundamento o modelo de justiça distributiva. Segundo Brito Filho (2014), a justiça distributiva foi trazida pela primeira vez por Aristóteles no livro V da *Ética a Nicômaco*, sendo este, dedicado à justiça. Para Aristóteles a justiça era considerada como a forma mais elevada de excelência moral ou como o termo utilizado pelo autor “a excelência moral inteira”, e entendia a justiça distributiva como uma das espécies de justiça no sentido estrito. Dessa forma, Brito Filho (2014) a expõe:

(...) é que se manifesta na distribuição de funções elevadas de governo, ou de dinheiro, ou de outras coisas que devem ser divididas entre os cidadãos que compartilham dos benefícios outorgados pela constituição da cidade, pois em tais coisas uma pessoa pode ter uma participação desigual ou igual à outra pessoa. (ARISTÓTELES apud FILHO, 2014, p. 25)

Contudo, cabe a informação de que a justiça distributiva, cunhada por Aristóteles, segundo Brito Filho (2014), estava relacionada à ideia de mérito e não tinha o caráter de obrigatoriedade na distribuição de bens e oportunidades. Demonstrando que “todas as pessoas concordam em que o que é justo em termos de distribuição deve sê-lo de acordo com o mérito em certo sentido, embora nem todos indiquem a mesma espécie de mérito” (ARISTÓTELES apud BRITO FILHO, 2014, p. 25).

Essa abordagem é pertinente para que possamos reconhecer que o debate sobre distribuição é algo caro aos indivíduos e já é um assunto debatido há muitos séculos, sendo visível a importância de se pensar como garantir direitos e um bem-estar mínimo para a sociedade em geral. Em virtude do reconhecimento da cidadania, muitos direitos passaram a ser postulados pelos indivíduos, dentre eles uma melhor distribuição das rendas e da riqueza, o que recai no debate sobre a justiça distributiva aqui abordada. Para melhor entendimento, usaremos o conceito de cidadania apresentado por Marshall¹ (1967), que se preocupou não só em conceituar a cidadania, mas em especial verificar como a mesma impactava sobre a desigualdade social, afirmando que o crescimento da cidadania ocorria simultaneamente ao desenvolvimento do capitalismo, sendo este um sistema de desigualdade e não de igualdade. Marshall afirma que:

Não obstante, a verdade é que a cidadania, mesmo em suas formas iniciais, constitui um princípio de igualdade, e que durante aquele período, era uma instituição em desenvolvimento. Começando do ponto no qual todos os homens são livres, em teoria, capazes de gozar de direitos, a cidadania se desenvolveu pelo enriquecimento do conjunto de direitos de que eram capazes de gozar. Mas esses direitos não estavam em conflito com as desigualdades da sociedade capitalista; eram, ao contrário, necessários para a manutenção daquela determinada forma de desigualdade. A explicação reside no fato que o núcleo da cidadania, nesta fase, se compunha de direitos civis. E os direitos civis eram indispensáveis a uma economia de mercado competitivo. [...] Pois o contrato moderno é essencialmente um acordo entre homens que são livres e iguais em *status*, embora não necessariamente em poder. (MARSHALL, 1967, p. 79)

O teórico salienta que, em contrapartida aos direitos civis, os direitos políticos da cidadania representavam uma potencial ameaça ao sistema capitalista, pois a cidadania ao exigir um elo forte, como sentimento de participação em uma sociedade, compreende a existência de homens livres e protegidos por uma lei comum e que, inspirados de direitos, almejam adquiri-los e usufruí-los. Prossegue ainda afirmando que a cidadania impôs modificações no sistema de classes capitalista desde o século XX, e que os direitos sociais, em sua forma moderna, implicam uma invasão do contrato pelo *status*, na subordinação do preço de mercado à justiça social.

¹ Marshall conceituou a cidadania da seguinte forma: cidadania é um *status* concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade, e todos os que possuem o *status* são iguais em direitos e obrigações. O citado autor dividiu a cidadania em três partes ou elementos - civil, política e social. Compondo o civil temos os direitos necessários à liberdade individual, quais sejam, liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, direito à propriedade, de concluir contratos válidos e o direito à justiça. Como elemento político temos o direito de participar no exercício do poder político, como membro de um organismo que detenha autoridade política ou como leitor desses membros. E o elemento social se refere a tudo que vai desde o direito a um bem-estar mínimo econômico ao direito de participar, por completo, na herança social, levando a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões prevalentes na sociedade. Pontua Marshall que a constituição de cada elemento é tão patente que se pode atribuir vida a cada um deles em séculos diversos, assim teríamos os civis no século XVIII, os políticos no século XIX e os sociais no século XX, havendo, porém, um entrelaçamento entre os dois últimos.

Segundo Vita (2008) a noção de igualdade de *status* entre os membros de uma sociedade democrática é a caracterizada por Tocqueville em *A democracia na América*, posto que na citada obra o autor ao analisar o que estava se constituindo nos Estados Unidos enxergou não só um regime democrático, mas em especial, que para a constituição de uma ordem política e social a mesma não se daria se houvesse distinção de valor moral entre seus membros. Para o autor, tendo em vista que Tocqueville fez suas análises baseadas na sociedade estadunidense no início do século XIX, o mesmo reconhecia que a igualdade de *status* sendo resultante de uma sociedade democrática se imporia por si só, porém Tocqueville não tinha como certo se tal fato resultaria em um governo democrático, onde os cidadãos tivessem suas liberdades públicas e civis garantidas. Vita (2008) pontua que o questionamento hoje se daria de forma invertida posto que se ter um governo democrático não necessariamente seria o suficiente para se garantir uma sociedade de iguais e que tais percepções se encontram inseridas nas questões de justiça distributiva. Prossegue o autor afirmando que se os direitos preceituados por Marshall fossem garantidos a todos os cidadãos, se realizaria uma forma de igualdade de condições ou de *status*, sendo que a preocupação deveria estar centrada nesta forma de igualdade, mais do que com a eliminação da desigualdade econômica em si mesma, conforme a expõe:

As desigualdades econômicas geradas por uma economia capitalista de mercado torna-se menos objetáveis moralmente se, e somente se, essa forma de igualdade de *status* é realizada pelas instituições básicas da sociedade. Penso ser essa uma formulação possível para a ideia intuitiva que está por trás da noção de Rawls de “sociedade justa” ou “sociedade bem-ordenada”. Também nesse caso, o ideal de uma sociedade que trata seus membros como pessoas morais iguais, independentemente de diferenças de classe, talento ou capacidade produtiva, desempenha um papel central. (VITA, 2008, p.5)

Pelo exposto e conceituado por Marshall, caberia os seguintes questionamentos: como seria possível realizar os direitos descritos? Qual a forma de inclusão para que todos os indivíduos pudessem participar da sociedade e das decisões que a envolvessem? Seria a educação um modo de inclusão para a efetivação de direitos? Como se fazer a inclusão sem a distribuição equitativa de bens? São perguntas que permeiam a sociedade há muitos séculos e buscar tais respostas é uma das funções dos teóricos que se propuserem a abordá-las, dentre eles os que nesta dissertação foram trazidos. Esperamos que ao fim desse estudo, algumas questões como estas possam ser respondidas, senão em sua integralidade, ao menos de forma que possibilitem um melhor esclarecimento sobre a realização, na prática, dos princípios trazidos por meio das teorias de justiça apresentadas.

Sob tais aspectos, esta dissertação abordou o sistema de cotas pela perspectiva

dos princípios da justiça distributiva, tendo como material de pesquisa o debate que houve no país, no âmbito da educação superior, mediante a verificação das bases teóricas e filosóficas, e dos posicionamentos apresentados pelos atores públicos e pela sociedade, que fundamentaram a decisão da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186. Esta decisão, resultou no reconhecimento da constitucionalidade da fixação do sistema de cotas para o ensino superior, que *a posteriori* foi implementado por meio de ordenamento próprio no âmbito das instituições estaduais e/ou federais através da Lei 12711/2012.

Para a realização deste trabalho utilizou-se uma abordagem qualitativa, sendo que para a consecução dos objetivos desse projeto fez-se uma pesquisa bibliográfica sobre as obras dos autores de referencial teórico utilizado, assim como de teóricos que ofereceram material pertinente ao objeto da pesquisa. Com o intuito de avaliar a hipótese central do projeto de pesquisa, utilizamos as discussões trazidas na ADPF 186 no ato do julgamento da constitucionalidade do sistema de cotas para o ensino superior no Brasil, por meio da averiguação dos debates ocorridos, bem como dos atores que estiveram presentes nestes debates e de seus posicionamentos, e por fim, quais as implicações dos mesmos na constituição da normativa que estabeleceu o sistema de cotas (Lei 12711/2012).

Poderíamos pontuar que talvez já não se trate de discutir se as cotas² são válidas ou não, já que estão estabelecidas e sendo aplicadas por algumas instituições desde o ano de 2003, mas de se verificar como se deu o embasamento teórico para o seu estabelecimento no caso específico do Brasil. Posto que este, ao ser regulamentado pelo Supremo Tribunal Federal por meio da ADPF 186, passou a ser base de todos os sistemas de cotas estabelecidos, em especial os das universidades públicas.

Portanto, o debate ainda é necessário tendo em vista a abrangência das pontuações inseridas na discussão da fixação das cotas, bem como pelo fato das mesmas abordarem percepções muito amplas sobre a constituição e formação da sociedade brasileira. Motivo pelo qual muitos aspectos não poderiam ser solucionados mediante somente o estabelecimento de políticas públicas educacionais para o nível superior, ficando isso perceptível no decorrer deste estudo.

A gratuidade legal do ensino superior público e o pensamento atrelado a ela (que a própria isenção de pagamento já permitiria que todos pudessem acessar o sistema) sempre foram grandes motivadores para não se pensar em alterações nas

² A utilização do termo “cotas” deve ser entendido de forma mais abrangente, não se restringindo a nominar cotas sociais ou raciais, pois, também, refletem a aplicação de outras modalidades como o acréscimo de notas, vagas ou pontos.

formas de acesso às instâncias superiores de ensino no Brasil. Mas tal colocação não se mostrou próxima a realidade, por isso, eram necessárias as alterações sobre o tema e, que passaram a ser discutidas e poderiam resultar em políticas públicas mais inclusivas. Tal fato também se baseou na redemocratização do país a partir da Constituição de 1988 e na busca da diminuição dos déficits existentes nas políticas de educação pública de massa, secundária ou superior.

O debate existente entre os favoráveis e os contrários a implementação das cotas já era presente em nossa sociedade há algumas décadas. De um lado, estavam os que defendiam a necessidade de se verificar novos métodos de inclusão de uma população proveniente das escolas públicas e sem qualidades para competição com os vindos das escolas privadas. De outro, a defesa de que algumas etnias e raças deveriam ter modos de acesso diferenciado para poderem buscar uma adequação melhor no contexto social. Contudo, pontua-se, algo exposto no decorrer desse trabalho, que a grande discussão sempre foi mais acalorada quando se debatia o segundo enfoque acima citado, o estabelecimento de cotas raciais entre negros, pardos ou indígenas. Sendo assim, somente seria possível entender o estabelecimento dos sistemas de cotas, por meio de políticas públicas baseado em ações afirmativas após a verificação de como se instituíram estas políticas, sob quais fundamentos teóricos e filosóficos.

Os objetivos do presente estudo foram elencados da seguinte forma: (i) Objetivo Geral- Verificar a normatização no sistema brasileiro da lei de cotas para o ensino superior a luz do repertório de teoria de justiça, tendo por base seus princípios; (ii) Objetivo específico: 1) pesquisar como se estabeleceu o debate, quais os atores envolvidos e argumentos mobilizados para a normatização do sistema de cotas para o ensino superior no Brasil por meio da ADPF 186; 2) verificar como tais argumentos resultaram na Lei 12711/2012.

Visando a realização dos objetivos dispostos acima, a dissertação dividiu-se em três seções. Na primeira, constou a exposição da teoria de justiça formulada por Rawls, Dworkin e outros autores que pudessem acrescentar algo ao debate como ampliadores ou complementadores das ideias expostas.

A segunda seção, abordou a ADPF 186 como fonte motivadora da regulamentação nacional do sistema de cotas para o ensino superior no Brasil, por meio da análise dos documentos públicos existentes e disponíveis no site do Supremo Tribunal Federal (STF).

Já na terceira seção, discutiu-se alguns argumentos dispostos dentro da ADPF 186 e entendidos como relevantes para se estabelecer relações com as teorias

desenvolvidas pelos teóricos utilizados neste estudo.

A última parte da dissertação foi composta pelas considerações finais, em que retomou os conceitos discutidos e as ideias expostas. Também há as referências bibliográficas, em que constam todo o referencial teórico da dissertação, como as publicações que foram consultadas e especificadas nas citações. Todo esse material contribuiu para enriquecer os assuntos e para elucidar diversos pontos.

Afirma-se, desse modo, que o estudo proposto buscou um maior entendimento sobre a fixação das ações afirmativas de cotas para o ensino superior no Brasil, que refletem não somente o posicionamento de governos, mas também do Estado e impactam diretamente no desenvolvimento da sociedade, bem como pensá-las sob as bases dos princípios de justiça preceituados pelos teóricos já expostos. Outro aspecto importante da pesquisa, residiu no fato de que as ações afirmativas para o ensino superior, que resultaram na Lei 12711/2012, no ano de 2022 atingirão o tempo estabelecido na própria norma para sua temporalidade e revisão. Portanto, pertinente a verificação das bases teóricas que as compuseram e permitiram a sua fixação

1. A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA – DEBATE ENTRE OS AUTORES

*Fica proibido
o uso da palavra liberdade,
a qual será suprimida dos dicionários
e do pântano enganoso das bocas.
A partir deste instante
a liberdade será algo vivo e transparente
como um fogo ou um rio, ou como a semente do trigo
a sua morada será sempre
O coração do homem*

(“Artigo Final”, Thiago de Mello)

1.1. Rawls e uma teoria de justiça como equidade

Sempre foi uma busca inerente à filosofia política, a possibilidade da existência de uma sociedade em que se vislumbrasse um ideal de justiça, permitindo a coexistência de seres diversos e plurais de forma civilizada e pacífica, com a garantia de institutos tão caros, necessários e vitais como liberdade e igualdade. Segundo Bobbio (2004), Kant via uma possibilidade futura, em que os homens optassem pela coexistência pacífica³ e isso não seria “uma representação fantástica de mentes exaltadas”, mas sim uma das condições necessárias para se efetivar essa forma de convivência pacífica entre seres diferentes e com interesses diversos. Ou, de acordo com o pensamento kantiano, uma paz perpétua, progredindo a tal ponto que “a violação do direito ocorrida num ponto da terra é sentida em todos os outros” (BOBBIO, 2004, p. 96).

Tendo em vista a evolução da sociedade e dos anseios humanos, sempre se buscou uma teoria de justiça que pudesse ser construída e normatizada, visando atender as modificações existentes na sociedade, em especial a contemporânea. Esta sociedade atual que se revela complexa e plural, em que há conflitos de interesses e onde muitos seres heterogêneos pleiteiam o reconhecimento de interesses, valores e direitos diversos.

³ Kant defendia o ideal do homem como sujeito universal, em que a humanidade progrediria a tal ponto de coexistência pacífica que sob o império do reconhecimento de direitos inerentes ao homem se permitiria a instituição da paz perpétua. Tal instituto reconhece com a possibilidade do estabelecimento de direitos universais, inclusive pela fixação de leis entre as nações que permitissem essa integração e a efetivação dessa universalidade, esse instituto foi denominado como direito cosmopolita. Ressaltamos que nesta dissertação reconhecemos a importância da citação pelo entendimento que as teorias de justiça aqui expostas, pensam no indivíduo como sujeito universal, inclusive de direitos e garantias. Dentre elas, a liberdade e a igualdade que será debatida nas teorias de John Rawls e Ronald Dworkin, mas não terá a abordagem o cunho de reconhecimento do direito universal pontuado por Kant.

Conjugada a tal situação de se pensar arranjos e formas de aplicação de um ideal de justiça, que traga a possibilidade de convivência em uma sociedade complexa pela natureza e interesse de seus indivíduos, faz-se necessário, também, voltarmos os olhos para a discussão de meios que possibilitem a distribuição de recursos, sendo estes, em sua maioria, escassos.

O estudioso Rawls em sua obra *Uma Teoria da Justiça* (1971) lançou mão de algumas possibilidades para se pensar e realizar tais arranjos, alterando com isso os rumos fixados pelo utilitarismo, ocasionando através de suas exposições uma mudança no pensamento da filosofia e da teoria política liberal, motivando inspirações, debates e críticas de muitos expoentes do pensamento filosófico, político e jurídico.

Na obra citada, Rawls (1971) questiona a fixação estabelecida pela matriz utilitarista⁴ de fins últimos da sociedade, em que o bem independe do justo. Assim, sugere um modelo em que houvesse um melhor equilíbrio de justiça, enfatizando que o conceito de justo deva preceder o do bem: “é uma teoria deontológica, que não especifica o bem independente do justo, ou não interpreta o justo como aquilo que maximiza o bem” (RAWLS, 2008, p.36).

Para Rawls (2008) a justiça é a virtude primeira das instituições sociais, decorrendo que as leis e as instituições por mais eficientes e bem organizadas que sejam, deverão ser reformuladas ou abolidas se forem injustas. Ou seja, cada pessoa detém uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade poderá desconsiderar. Portanto, a justiça nega que a perda de liberdade de uns se justifique pelo bem maior de outros, que o sacrifício imposto a alguns se justifique pelas vantagens de muitos. Assim como no excerto,

Na sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas irrevogáveis; os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas nem ao cálculo de interesses sociais. A única coisa que nos permite aquiescer a uma teoria errônea é a falta de uma melhor; de maneira análoga, a injustiça só é tolerável quando é necessária pra evitar uma injustiça ainda maior. Por serem as virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça não aceitam compromisso. (RAWLS, 2008, p.04)

O conceito de justiça, segundo o autor, pode ser definido pelo papel de seus princípios na atribuição de direitos e deveres e na definição da divisão apropriada das

⁴ Na matriz utilitarista, consequencialista, o bem independe do justo, o resultado das ações é considerado moralmente correto se de suas consequências resultarem um maior bem-estar coletivo, independentemente dos que sejam prejudicados por tais ações. As instituições são organizadas de modo a obterem a soma mais alta de satisfações, não havendo questionamento de origem ou qualidade, mas apenas o modo como realizá-las influiria na totalidade de bem-estar. (Rawls, 2008). Já na proposição de Rawls, deontológica, o justo precede o bem, não sendo o último o fim último da sociedade.

vantagens sociais. Nessa linha de raciocínio, a concepção de justiça é uma interpretação desse papel, bem como explicita abaixo:

Meu objetivo é apresentar uma concepção de justiça que generalize e eleve a um nível mais alto de abstração a conhecida teoria do contrato social conforme encontrada em, digamos, Locke, Rousseau e Kant. Para isso, não devemos achar que o contrato original tem a finalidade de inaugurar determinada sociedade ou de estabelecer uma forma mais específica de governo. Pelo contrário, a ideia norteadora é que os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade constituem o objeto do acordo original. São eles os princípios que as pessoas livres e racionais, interessadas em promover seus próprios interesses, aceitariam em uma situação inicial de igualdade como definidores das condições fundamentais de sua associação. Esses princípios devem reger todos os acordos subsequentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem realizar e as formas de governo que se põem instituir. Chamarei de justiça como equidade essa maneira de encarar os princípios da justiça. (RAWLS, 2008, p. 13)

Estes conceitos refletem a inconformidade do autor com os fundamentos utilitaristas, “o utilitarismo não leva a sério a distinção entre as pessoas” (RAWLS, 2008, p.33), pelo reconhecimento que o móvel do Estado, no molde utilitarista, nunca foi especificamente a justiça, mas o bem geral para a maioria, resultando não necessariamente no prevailecimento do justo. Rawls propõe com sua teoria, um arranjo societário contratualista partindo da ideia de justiça, de forma que a mesma fosse a grande condutora de todas as decisões. Tal concepção tem por base a ideia de ser a sociedade um sistema de cooperação⁵, mas não esquecendo os conflitos envolvidos nas diversas demandas por interesses e vontades dos indivíduos na sociedade plural que sempre existirão. Encontrar meios justos para o desdobramento e resolução desses conflitos é uma das propostas ofertadas pela teoria apresentada pelo autor. Para tal

⁵ Rawls em sua obra **O Liberalismo Político** (1993) observa que aborda a conceituação de concepção de pessoa e de cooperação social de acordo com a argumentação que realizou em seu texto “Kantian Constructivism in Moral Theory”, in *Journal of Philosophy* (setembro de 1980), pp.519-30. Rawls afirma que é preciso o entendimento da conexão entre a noção de cooperação social e a concepção de pessoa, conceitos básicos para o reconhecimento da posição inicial, observando que na teoria de justiça como equidade o objetivo é formular uma concepção de justiça política e social que seja afim às convicções e tradições de um Estado democrático moderno. A concepção de pessoa é considerada parte de uma concepção de justiça política e social, que caracteriza como os cidadãos devem perceber a si mesmos e uns aos outros em suas relações políticas e sociais, da maneira especificada pela estrutura básica, não se confundindo essa concepção com um ideal de vida pessoal, nem com o ideal que se aplica aos membros de uma associação e, muito menos com o ideal moral, como o ideal estoico de homem sábio. Como cooperação social pontua que a mesma não é apenas aquela de uma atividade social coordenada, organizada de forma eficiente e guiada por normas publicamente reconhecidas para alcançar um determinado fim geral. Essa cooperação sempre existe para o benefício mútuo, e envolve dois elementos, quais sejam, uma noção compartilhada de termos equitativos de cooperação, que se pode esperar razoavelmente que cada participante aceite desde que todos os demais o façam. Estes termos articulam uma ideia de reciprocidade e mutualidade, onde todos que cooperam devem beneficiar-se ou compartilhar encargos comuns, segundo um padrão adequado de comparação, Rawls denomina de “o razoável” esse elemento de cooperação social. O segundo elemento corresponde ao “racional” e refere-se ao benefício racional de cada participante, àquilo que como indivíduos, os participantes estão tentando alcançar. Enquanto a noção de termos equitativos de cooperação é compartilhada, as concepções que os participantes têm de seu benefício racional em geral diferem, a unidade da cooperação social tem por fundamento as pessoas estarem de acordo com sua noção de termos equitativos. (pp .355- 356)

desdobramento teórico, Rawls pressupõe que os indivíduos sejam livres e razoáveis, portanto, capazes de pactuarem os cargos e encargos de se viver em sociedade, ou seja, conscientes dos direitos e deveres envolvidos nessa cooperação.

Segundo o entendimento de Rawls, a sociedade é um empreendimento cooperativo que visa o benefício mútuo, mas estando marcada por conflitos de interesse, cada indivíduo, ciente de sua cooperação, não é indiferente à distribuição dos bens que ajudou a produzir. Motivos pelos quais dispõe o autor pela necessidade da existência de um conjunto de princípios, em que se pudesse escolher entre os diversos modos de organização social. Tais princípios seriam os princípios de justiça e assentariam direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade, bem como estabeleceriam a distribuição de forma apropriada dos encargos e dos benefícios da cooperação social, buscando, com isso, uma concepção pública de justiça que fosse a base da associação humana na sociedade bem ordenada.

A efetivação desses postulados faz-se necessário para que a sociedade seja bem-ordenada (bem organizada), não somente no sentido de um planejamento que promova o bem-estar dos seus membros, mas em especial para que haja uma regulação da concepção pública de justiça. Sendo esta, aceita por todos os seus membros e em que as instituições atendam a tais princípios, pois

[...] para a justiça como equidade, a ideia fundamental de sociedade como um sistema equitativo de cooperação ao longo das gerações desenvolve-se em conjunção com duas outras ideias a ela associadas: a ideia de cidadãos concebidos como pessoas livres e iguais e a ideia de uma sociedade bem-ordenada, no sentido de uma sociedade que é de modo efetivo regulada por uma concepção política de justiça.[...] Dizer que uma sociedade é bem ordenada significa dizer três coisas: a primeira (e isso está implícito na ideia de uma concepção de justiça publicamente reconhecida) é que se trata de uma sociedade na qual cada um aceita, e sabe que todos os demais também aceitam, precisamente os mesmos princípios de justiça; a segunda (que está implícita na ideia de regulação efetiva) é que se reconhece publicamente, e nisso se acredita com boas razões, que a estrutura básica dessa sociedade- isto é, suas principais instituições políticas e sociais e a maneira como se articulam em um sistema único de cooperação- implementa aqueles princípios; e a terceira, que seus cidadãos têm um senso de justiça que normalmente é efetivo e, em virtude disso, em geral agem em conformidade com as instituições básicas da sociedade, que consideram justas. Em uma sociedade como essa, a concepção publicamente reconhecida de justiça estabelece um ponto de vista comum, a partir do qual é possível arbitrar as demandas que os cidadãos fazem à sociedade. (RAWLS, 2011, p. 42)

Tem-se, então, que uma concepção pública de justiça é o que constituiria a carta fundamental de uma associação humana bem-ordenada. Como um conjunto de princípios correlacionados, cuja finalidade seria objetivamente identificar as

considerações relevantes que determinam o equilíbrio apropriado entre as exigências conflitantes e os interesses dos indivíduos. Para Rawls, os homens podem e devem buscar a coexistência pacífica, sempre baseada na cooperação e no respeito, tanto individual quanto coletivo. Por isso, o molde utilitarista já não se fazia mais aceitável, pois em desconformidade com o ideal de justiça apresentado por ele. Visto que nenhuma ofensa a liberdade individual poderia ser permitida somente pelo fato de maior benefício ou melhor bem-estar da sociedade.

Em seu entendimento, as instituições são decorrentes dos princípios que norteiam as sociedades bem ordenadas – por bem ordenada entende-se as sociedades democraticamente constituídas e reguladas por concepções de justiça e políticas públicas, aceitas pelos indivíduos e reconhecidas pelas instituições. Ao desenvolverem termos de cooperação ancorados nestes princípios de justiça, os indivíduos manifestam um juízo ponderado, equilibrado e reflexivo, ou seja, razoável.

1.1.1 A posição original e o véu de ignorância

Para explicar sua teoria de justiça Rawls (2008) propõem a existência da posição original (como *status quo*) dos contratantes, na qual se estabelece o critério de equidade (gerando a expressão *justiça como equidade*), através da posição hipotética da existência de um véu de ignorância, o que permitiria a lisura nas escolhas e a possibilidade de igualdade de condições.

Por meio da utilização dessa hipótese⁶, o autor cria um ambiente imaginário (hipotético) que lhe servirá de base para indicar, perante aquela situação, quais seriam os princípios mais adequados para regerem as principais instituições sociais e políticas, apresentando a liberdade e a igualdade como os ideais políticos escolhidos e, extraíndo por fim princípios que seriam normatizados no futuro. Segundo Kymlicka (2006, p.202), o véu de ignorância “não é uma expressão de uma teoria de identidade pessoal. É um teste intuitivo de equidade.”

O expediente do véu de ignorância permitiria, então, que os contratantes desconhecendo tudo a seu próprio respeito e de suas condições, pudessem formular critérios de escolhas e distribuição que fossem justos para qualquer pessoa na mesma condição. O desconhecimento é o ponto de partida para escolhas baseadas em justiça e não no resultado final, portanto, o princípio do justo sobre o bem seria o balizador. Este critério de escolha, por meio do desconhecimento de posição, permitiria a

⁶ A hipótese sendo um recurso de matriz filosófica é utilizado para expor teses, sendo que ambos os autores, Rawls e Dworkin, que são relevantes para este estudo, fazem uso desse recurso para explicarem suas teorias.

formulação de princípios de justiça sem que houvesse para tal arbítrio, benefícios ou preferências. Assim, os indivíduos estariam “nus” de qualquer tipo de conhecimento de suas condições, iguados de forma justa para formularem os critérios que caberiam a todos de forma equânime.

Há, então, por meio desse expediente, a garantia de uma imparcialidade da concepção política de justiça, posto que nenhum indivíduo conhece a sua real situação. Se assim não fosse, uma vez que o sistema institucional estivesse em funcionamento, poderiam os indivíduos se depararem em posições que não desejavam ocupar, por serem menos vantajosas. Como estes desconhecem a posição de cada um, fazem a escolha por princípios que caberiam a todos como máxima de equilíbrio de equidade. Vemos aqui a aplicação da regra *maximin*⁷, ou escolha racional em caso de incerteza. Como afirma Rawls,

Na justiça como equidade, a situação original de igualdade corresponde ao estado de natureza da teoria tradicional do contrato social. Essa situação original não é, naturalmente, tida como situação histórica real, muito menos como situação primitiva da cultura. É entendida como situação puramente hipotética, assim caracterizada para levar a determinada concepção de justiça⁸. Entre as características essenciais dessa situação está o fato de que ninguém conhece seu lugar na sociedade, sua classe ou seu status social; e ninguém conhece sua sorte na distribuição dos recursos e das habilidades naturais, sua inteligência, força e coisas do gênero. [...] Os princípios de justiça são escolhidos por trás de um véu de ignorância. Isso garante que ninguém seja favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais. Já que todos estão em situação semelhante e ninguém pode propor princípios que favoreçam sua própria situação, os princípios de justiça são resultantes de um acordo ou pacto justo. Dada as circunstâncias da posição original, a simetria das relações de todos para com todos os demais, essa situação inicial é equitativa entre os indivíduos tidos como pessoas morais, isto é, como seres racionais com objetivos próprios e capacitados, presumirei, para ter um senso de justiça. A posição original é, pode-se dizer, o status quo apropriado e, assim, os consensos fundamentais alcançados nela são equitativos. (RAWLS, 2008, p. 14)

O estudioso afirma que a teoria proposta de viés contratualista é kantiana em

⁷ Álvaro de Vita (2007) explica na apresentação da edição brasileira da obra *Uma teoria da justiça* que Rawls utiliza a abreviação de *maximum minimorum* para designar a regra de decisão segundo a qual agentes racionais, sob a condição de incerteza, optam pela alternativa cujo pior resultado possível é melhor do que os piores resultados das demais alternativas sob consideração. A “regra *maximin* de escolha racional é usada por Rawls para justificar por que agentes racionais deliberando por trás do “véu de ignorância”, na “posição original”, escolheriam os dois princípios de justiça. Sendo que Vita esclarece dizendo que utiliza o termo para designar, não uma regra de decisão racional sob incerteza, e sim um princípio de justiça social, de acordo com o qual a estrutura institucional mais justa é aquela que (supondo-se que as exigências dos dois outros componentes da concepção de justiça em questão tenham sido satisfeitos) eleva ao nível máximo possível o quinhão distributivo daqueles que se encontram na posição social mínima. Na literatura sobre justiça distributiva pós **Uma teoria da Justiça**, o termo “*maximin*” é quase sempre empregado no sentido que Vita usa, isto é, para designar um princípio de justiça.

⁸ Rawls afirma em nota de rodapé na obra **Uma teoria da Justiça** que Kant expressa com clareza que o pacto original é hipotético.

suas bases, até pela aplicação do conceito da cooperação entre os indivíduos para sua efetivação, mas cabe observarmos que a justiça de Kant era pensada em relação aos indivíduos, já para Rawls a justiça está relacionada com as instituições. Ou seja, se as instituições forem justas já seria a solução para os indivíduos, pois haveria a normatização desses princípios, beneficiando os mesmos de forma igual. Se os princípios de justiça estiverem nas instituições, estas farão as retificações necessárias para evitar as desigualdades existentes. Dessa maneira, o objeto primário na formulação de princípios de justiça, seguindo essa linha, é a aplicação na estrutura básica da sociedade, em suas instituições políticas e sociais. O autor reforça que se concentra em grande medida no teor do princípio da liberdade igual e nos significados da prioridade dos direitos definidos por este princípio, observando que existe neste princípio uma interpretação kantiana da concepção de justiça, sendo esta baseada na autonomia.⁹

Sobre a autonomia e a responsabilidade de escolhas, cabe ressaltarmos que Rawls faz uma separação clara entre circunstâncias (sorte natural ou sorte bruta) e escolhas. No primeiro caso, a igualdade será acionada para que se permita a distribuição de recursos aos que sofreram danos decorrentes da mesma. Porém, quanto às escolhas, mantém o posicionamento de preservação de liberdade por meio da autonomia dos indivíduos. Para Rawls, os indivíduos devem ter suas liberdades, inclusive de escolha, preservadas, de modo a exercer sua autonomia individual nos moldes kantianos, podendo escolher os modos de vida que mais os atraem, sem sofrer por conta das mesmas intervenções arbitrárias do Estado.

1.1.2. O princípio de diferença e a formulação da justiça distributiva

A teoria apresentada por Rawls está formulada sobre dois princípios: liberdade e igualdade, ordenados de forma serial (ou ordem lexical). Ou seja, somente se fará operar o segundo após o estabelecimento do primeiro, bem como o primeiro é prioritário ao segundo. Os princípios assim se apresentam¹⁰:

⁹ Segundo Rawls, Kant afirmava que uma pessoa agia de modo autônomo quando os princípios de sua ação eram escolhidos por ela como a expressão mais adequada possível de sua natureza de ser racional igual e livre. Rawls pontuou também que os princípios de justiça eram análogos aos imperativos categóricos de Kant, entendido como princípios de conduta que se aplicavam às pessoas em virtude de sua natureza de ser racional e livre. Podendo então a posição original ser entendida como uma interpretação procedimental da concepção kantiana de autonomia e do imperativo categórico nos quadros de uma teoria empírica. (RAWLS, 2008, p. 313-314, 318)

¹⁰ Rawls na obra **Uma Teoria da Justiça** formulou os conceitos de forma um pouco diversa do que o fez posteriormente na obra **O liberalismo Político** publicado em 1933, conforme expõe em nota de nº3, p.5 da obra **Liberalismo Político**, onde reforça que as mudanças apontadas nos princípios se referem a

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais¹¹ que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefícios de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos. (RAWLS, 2008, p. 74)

Após a publicação da obra *O Liberalismo Político* (1993) os princípios passaram a ser dispostos da seguinte forma:

Primeiro: cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades fundamentais¹¹ que seja compatível com um sistema similar de liberdade para todos.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. A primeira é que devem estar vinculadas a cargos e posições abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; a segunda é que devem redundar no maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade. (RAWLS, 2011, p. 345)

O primeiro princípio revela que não cabe liberdade absoluta¹² e que violações das iguais liberdades fundamentais não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens sociais e econômicas. “Essas liberdades têm um âmbito principal de aplicação, dentro do qual só é possível limitá-las ou comprometê-las quando entram em conflito com outras liberdades fundamentais”. (RAWLS, 2008, p. 74). Sobre as liberdades Rawls discorre:

[...] se pudermos encontrar uma lista de liberdades que, ao ser incorporada aos dois princípios de justiça, leve as partes na posição original a pôr-se de acordo acerca desses princípios, e não de outros princípios que a elas se apresentam, então o que podemos denominar “o objetivo inicial” da justiça como equidade

retificações que o mesmo julgou necessária serem feitas após as objeções sofridas pelas mesmas através de H.L.A.Hart e dispostas na resenha crítica desse autor intitulada **Teoria** publicada em *University of Chicago Law Review* 40 (1973, p. 535-555)

¹¹ Rawls observa que as liberdades fundamentais iguais a que se refere no primeiro princípio são específicas de acordo com a lista assim disposta: liberdade de pensamento e a liberdade de consciência; as liberdades políticas e a liberdade de associação, assim como as liberdades especificadas pela liberdade e integridade da pessoa e por fim os direitos e as liberdades abrangidos pela noção de Estado de direito. (Rawls, 2011, p. 346)

¹² Segundo Rawls é inevitável que as liberdades conflitassem uma com outras, sendo que em tais ocorrências as normas institucionais que as definem deveriam ser ajustadas de modo que elas se encaixassem em um sistema coerente. Segundo ele, na prática, a prioridade da liberdade implica que uma liberdade fundamental só poderia ser limitada ou negada se isto fosse feito em benefício de uma ou mais de outras liberdades fundamentais, e nunca, por considerações de bem público ou de valores perfeccionista. Esta restrição se aplicaria mesmo quando aqueles que se beneficiariam da maior eficiência ou compartilhariam do total maior de benefícios fossem as mesmas pessoas cujas liberdade fossem limitadas ou negadas. Como as liberdades fundamentais podem ser limitadas quando conflitem entre si, nenhuma dessas liberdades seria absoluta. Reforça, porém, que independente da maneira como sejam ajustadas essas liberdades a fim de constituírem um sistema coerente, este deve ser garantido para todos os cidadãos de forma igual. (RAWLS, 2011, p. 350)

terá sido alcançado. Esse objetivo é mostrar que os dois princípios de justiça propiciam melhor interpretação das exigências da liberdade e da igualdade em uma sociedade democrática do que os princípios primeiros associados às doutrinas tradicionais do utilitarismo, do perfeccionismo ou do intuicionismo. São esses princípios, junto com os dois princípios de justiça, que constituem as opções disponíveis para as partes na posição original quando se define esse objetivo inicial. (RAWLS, 2011, p. 346-347)

O autor ressalta que cada um dos princípios regula instituições de um âmbito específico, não apenas em relação a direitos, liberdades e oportunidades básicas, mas também às demandas de igualdade, sendo que a segunda parte do segundo princípio enfatizaria o valor dessas garantias institucionais, bem como conjuntamente ambos regularizam as instituições básicas que realizariam estes valores.

Para Gargarella (2008), o primeiro princípio é um derivado natural da posição original, onde os indivíduos desconhecendo suas condições e os dados vinculados as mesmas, são levados a se preocuparem com o direito à liberdade em sentido amplo. Ou seja, os indivíduos desconhecendo suas posições originais estarão preocupados que, independente das concepções de bem que acabem adotando, as instituições básicas da sociedade não os discriminem ou prejudiquem. Esse princípio vincula-se à ideia de liberdade.

O segundo princípio de Rawls revela que a distribuição de renda e riqueza, e de cargos e responsabilidade, deve ser compatível tanto com as liberdades fundamentais, quanto com a igualdade de oportunidades. Ressalta o reconhecimento de que não há igualdade absoluta, posto que os projetos de cada indivíduo são diversos, mas acaba por fixar o que se estabeleceu como o princípio de diferença. Por meio deste, a igualdade equitativa tende a operar no sentido de maior benefício possível aos membros menos favorecidos da sociedade, surgindo sob este aspecto a base da justiça distributiva proposta pelo autor. Rawls aceita, por fim, as desigualdades econômicas e sociais, mas desde que tragam o maior benefício possível ao menos favorecidos, e desde que haja igualdade de oportunidades. O segundo princípio, então, é composto do princípio da igualdade e de diferença, entendida a prioridade do primeiro (igualdade) sobre o segundo (diferença).

O princípio de diferença apresentado por Rawls, segundo Gargarella (2008) significa a superação de uma ideia de justiça distributiva habitual das sociedades modernas, que prescrevia que tudo o que os indivíduos obtivessem era justo se os benefícios e as posições em questão também estivessem acessíveis aos demais. Para o autor, a mudança feita por Rawls está exatamente em reconhecer que ninguém merece usufruir seus maiores talentos ou capacidades, pois o sistema de justiça não considera

a mera igualdade de oportunidades. Pelo contrário, afirma que as maiores vantagens decorrentes da sorte bruta só são justificáveis se elas foram parte de um esquema que venha a melhorar as expectativas dos membros menos favorecidos da sociedade. Então, “as violações de uma ideia estrita de igualdade só são aceitáveis no caso de servirem para incrementar as parcelas de recursos em mãos dos menos favorecidos, e nunca de as diminuir” (GARGARELLA, 2008, p. 26).

Embora este princípio não seja igual ao da reparação¹³, realiza uma parte dos intentos daquele, o que ocasiona a necessidade de verificação de quando há a operação da justiça distributiva ou quando o há dos meios reparativos. Pontua Rawls (2008, p.75), em relação ao segundo princípio que “a injustiça se constitui, então, simplesmente de desigualdades que não são vantajosas para todos”. Por isso, a necessidade de aplicação do princípio da diferença como forma de equidade na distribuição de recursos.

O princípio de diferença é, então, uma concepção fortemente igualitária no sentido de que, se não houver uma distribuição que melhore a situação de ambas as pessoas (limitando-nos ao caso de duas pessoas, para simplificar), deve-se preferir a distribuição igualitária. (RAWLS, 2008, p. 91)

O princípio de diferença é o que comanda a distribuição dos recursos da sociedade, estando vinculado à ideia de igualdade. Nesse caso remontando a ideia de desconhecimento da posição original e das situações decorrentes dessa, tais como posição social e talentos, os indivíduos teriam por princípio a igualdade de condições e também a distribuição de recursos em casos dos menos favorecidos.

No entendimento de Rawls, os cidadãos de uma sociedade democrática, onde as necessidades básicas já tenham sido satisfeitas, não teriam razões para aceitarem a necessidade de escolha entre igualdade socioeconômica e direitos e liberdades fundamentais, por isso, o posicionamento do autor pela ordem serial dos dois princípios apresentados. Sob esta ordenação léxica dos princípios de justiça propostos acima, Vita (2008) salienta que, em relação aos arranjos institucionais, políticos e socioeconômicos, que oferecem um grau semelhante de proteção aos direitos civis, políticos e às garantias do império da lei, a opção deve ser por aqueles que garantam

¹³ Segundo Rawls o princípio de reparação conceitua que as desigualdades imerecidas exigem reparação, e sendo as desigualdades de berço ou talentos naturais, imerecidas, que as mesmas devam ser compensadas de alguma forma. Assim postulando que para tratar todos com igualdade genuína deveria ser dar igualdade de oportunidade, dando-se atenção maior aos possuidores de menos dotes inatos e aos provenientes de posições sociais menos favoráveis. A ideia é reparar o viés das contingências, por exemplo, com o fato de despender mais recursos com a educação dos menos inteligentes, e não dos mais, pelo menos durante certo período de vida, em especial neste caso, nos primeiros anos de vida. (RAWLS, 2008)

da melhor forma uma igualdade equitativa de oportunidades, e dentre os últimos, “a preferência deve ser dada àquele no qual o quinhão de recursos sociais escassos for maior para aqueles que se encontram no quintil inferior da curva de distribuição de renda e riqueza” (VITA, 2008, p. 25)

O primeiro princípio, que trata dos direitos e liberdades básicos iguais, pode facilmente ser precedido de um princípio lexicalmente anterior, que prescreva a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, ao menos à medida que a satisfação dessas necessidades básicas seja necessária para que os cidadãos entendam e tenham condições de exercer de forma fecunda esses direitos e liberdades. É evidente que um princípio desse tipo tem de estar pressuposto na aplicação do primeiro princípio (RAWLS apud VITA, 2008, p. 25)

O arranjo social para Rawls não pode operar e depender da sorte bruta ou sorte natural, em que os indivíduos assumam em suas vidas o ônus decorrente de suas desigualdades em suas condições iniciais (distribuição dos dotes ou talentos naturais), ou que venham a serem punidos por tais fatores. Nesse sentido, o estabelecimento da proposição do véu de ignorância, como forma de ajuste de condições iniciais, ressalta que a questão sorte não pode ser o critério para o estabelecimento das desigualdades mantidas pelo Estado.

A distribuição existente de renda e riqueza é o resultado cumulativo das distribuições anteriores (talentos e capacidades naturais) conforme forem cultivados ou não, e seu uso é favorecido ou preterido, por circunstâncias sociais ou contingências eventuais tais como a boa sorte e o acaso, sendo que a injustiça é permitir que as parcelas distributivas recebam as influências indevidas desses fatores arbitrários.

Toda teoria de justiça para Rawls sempre diz qual bem deve ser distribuído, motivo pelo qual também o faz em sua teoria. Os bens que serão distribuídos são os sociais primários, podendo ser entendidos como bens relevantes, indispensáveis e passíveis de distribuição diretamente pelas instituições. Dentre eles, renda, riqueza e oportunidade, no entendimento de que alguns bens, ditos secundários, também são relevantes e dependem da distribuição dos bens supracitados para poderem se efetivar. Os bens sociais primários, portanto, constituem a métrica de justiça, que estabelece a possibilidade de haver a distribuição desigual se for para socorrer os menos favorecidos (princípio de diferença).

Segundo Vita (2008) a teoria proposta por Rawls, no que tange a distribuição de recursos, vai ao encontro exatamente de distinguir o que são as desigualdades decorrentes de escolhas individuais e as geradas por circunstâncias que não

possibilitam à certas pessoas nenhuma alternativa que não a de se adequarem a seus efeitos. O autor afirma,

Uma sociedade que possibilita que pessoas sejam iguais ao menos do ponto de vista moral é aquela cujas instituições básicas se organizam de maneira a impedir que o quinhão distributivo de cada um - o acesso que cada pessoa tem a uma parcela de bens, recursos e oportunidades sociais - seja determinado por fatores que, como no exemplo das circunstâncias de destituição, estão fora do alcance de escolhas individuais genuínas. Em uma sociedade de iguais, a distribuição de vantagens sociais não pode se fazer de acordo com fatores “moralmente arbitrários”, isto é, de acordo com fatores que se impõem às pessoas como circunstâncias que não lhes deixam outra opção que não a de se adaptar o melhor que podem à própria sorte. (VITA, 2008, p.37)

Por tal entendimento, para gerar equidade, os princípios de justiça devem obedecer à razoabilidade de igualar todos na condição inicial, pelo véu de ignorância, possibilitando que todos tenham as mesmas oportunidades e que estas não sejam restritas a sorte bruta ou natural em decorrência de melhores condições de nascimento, classe social, etnia, etc. Temos então que os direitos morais (justiça) não podem depender de sorte bruta ou natural, ou seja, garantir aos mais talentosos, capazes ou bem-nascidos, privilégios que somente estas condições poderiam ofertar.

Vita (2008) pontua que dentre as formas de desigualdade geradas por circunstâncias alheias as escolhas pessoais podemos colocar as desigualdades de gênero e as raciais (fator discriminação), as de origem familiar ou posição social (fator classe), os talentos naturais (fator talento) e de esforço (fator empenho). Portanto, os fatores de desigualdade vão desde os mais externos, as escolhas pessoais, como fatores de discriminação, até os mais pessoais que são determinados por fatores de empenho. O autor ressalta que na interpretação da teoria rawlseana sobre justiça social os fatores de discriminação, quais sejam raça e gênero, sequer existiriam posto que em uma sociedade justa essas dificuldades já teriam sido superadas. Ressalta ainda,

Os dois princípios de justiça dispostos em ordem lexical pertencem àquilo que Rawls denomina “teoria ideal” da justiça e se aplicam à estrutura básica de uma “sociedade bem ordenada”. Nesse caso limite (trata-se de um ideia reguladora), o princípio de diferença não se aplicaria a desigualdades raciais ou de gênero, não porque elas não importem, mas porque eles teriam deixado de existir [...] As únicas desigualdades que seriam moralmente aceitáveis em uma sociedade bem-ordenada, às quais o princípio de diferença se aplicaria, seriam as de renda e riqueza (“aceitáveis”, desde que as exigências distributivas desse princípio fossem cumpridas). (VITA, 2008, p.39)

Prossegue Vita afirmando que Rawls não sustentaria que o princípio de

diferença viesse a ser aplicado de forma contínua ou permanente para lidar com as desigualdades da discriminação (gênero e raça) porque não haveria nunca uma aceitação dessas desigualdades, moralmente inaceitáveis. Portanto, as políticas concebidas para combater as desigualdades de raça e gênero fariam parte de uma teoria não-ideal da justiça, pelo entendimento que estas estariam fadadas a desaparecer com a constituição de uma sociedade bem ordenada. Motivo pelo qual suas fixações também deveriam ser provisórias, ou regidas por uma temporalidade, pois ao contrário das desigualdades de renda e riqueza que sempre se manteriam e seriam aceitáveis em uma sociedade justa, desde que preservadas certas condições, e que para tais pudesse se regular de forma permanente pelo princípio da diferença.

Vita (2008) afirma que ainda que Rawls não tenha se posicionado diretamente sobre as ações afirmativas como forma de contenção de formas discriminatórias, que tal aplicação poderia se realizar baseada não na aplicação do princípio de diferença, mas sim pensando na teoria não ideal da justiça, quando fatores como por exemplo o racial pesa de maneira significativa na distribuição de bens primários sociais. E ainda, que

A justificação normativa da ação afirmativa recairia nas considerações (nas formas de “arbitrariedade moral” que deveriam ser abolidas ou mitigadas tanto quanto possível) que justificam a passagem de um sistema de liberdade natural para um sistema de “igualdade equitativa de oportunidades. (VITA, 2008, p.40)

Para Rawls a justiça é a força motriz para que a pluralidade se efetive, não somente por que se valoram os bens distribuídos, mas sim porque ao distribuí-los, com justiça, haja a possibilidade de desenvolvimento e reconhecimento, das instituições e da sociedade, pela efetivação do autorrespeito e autoestima dos indivíduos.

Pela proposição de Rawls para uma sociedade bem ordenada e uma convivência pacífica e justa, haveria o reconhecimento do pluralismo, o que poderia ocasionar conflitos em muitos casos. Porém, o equilíbrio estaria em não caber a sobreposição de doutrinas ou interesses como forma de domínio ou privilégio. Todavia, haveria a pertinência de consenso sobreposto em casos de aprovações de uma ideia de justiça, qual seja, pela cooperação existente entre indivíduos razoáveis poderia haver a sobreposição de consensos se resultassem em maior justiça. Vita (2008) assim dispõe na apresentação da edição brasileira da obra *Uma teoria da Justiça*:

[...] o real ponto de partida da argumentação normativa da teoria de Rawls é uma noção de igualdade humana fundamental ou de valor intrínseco igual dos seres humanos. Uma sociedade justa ou, o que vem a ser a mesma coisa, uma sociedade democrática, é aquela cujas instituições sociais, econômicas e políticas tratam seus membros como pessoas moralmente

iguais. Isso significa que a vida de cada pessoa conta igualmente, tem o mesmo valor intrínseco, e os arranjos institucionais básicos da sociedade devem oferecer o suporte necessário- no que se refere a direitos, liberdades, oportunidades e recursos sociais escassos- para que cada um seja capaz de fazer algo de valioso de sua própria vida segundo suas próprias luzes e viver de acordo com suas próprias convicções de valor moral. Na medida em que isso ocorre, a “estrutura básica da sociedade” (que é aquilo a que princípios de justiça devem se aplicar) oferece o suporte institucional apropriado para que cada pessoa possa desenvolver um sentido de respeito por si própria, que, mais do que recursos materiais, é o bem mais importante quando se trata de assegurar a igualdade de *status*¹⁴. (VITA, 2008, p.XX)

Prossegue Vita, afirmando:

Muito esquematicamente, podemos dizer o seguinte: Rawls se empenhou em articular a melhor justificação possível para uma concepção de justiça que foi formulada por meio de dois princípios, mas que, de fato, é constituída por três componentes: um princípio de liberdades e direitos fundamentais que devem ser assegurados igualmente a todos e que abrange os direitos liberais clássicos (tais como as liberdades de consciência, de pensamento, de associação e de expressão), os direitos e liberdades necessários à existência de uma estrutura democrática de autoridade política e as garantias e prerrogativas que estão associadas a uma noção de “império da lei” e de “devido processo legal”; um princípio de igualdade equitativa de oportunidades, segundo o qual as oportunidades para alcançar as posições ocupacionais e de autoridade mais valorizadas na sociedade devem ser iguais para aqueles que têm talentos similares e a mesma disposição de cultivá-los e de exercê-los; e o “princípio da diferença”, ou critério *maximin* de justiça social, segundo o qual as desigualdades socioeconômicas só são moralmente legítimas se tiverem por objetivo maximizar o quinhão de recursos sociais escassos do quintil ou do terço mais desfavorecido da sociedade. Este último componente, que está entre as proposições normativas mais controversas da teoria de Rawls, já implica admitir que uma igualdade econômica estrita, como quer que isso seja interpretado, não é aquilo que a igualdade de *status* requer. Um perfil de distribuição relativamente desigual de renda e riqueza pode se justificar, por razões morais, caso se possa demonstrar que tal perfil propicia quinhões distributivos (de renda e riqueza) maiores, em termos absolutos, para todos e, sobretudo, para os que se encontram na posição social mínima da sociedade, do que seria o caso sob uma distribuição estritamente igualitária. (VITA, 2008, p. 20-23)

Pelas pontuações apresentadas por Rawls através da sua formulação de uma teoria de justiça, intitulada “justiça como equidade”, o mesmo intencionou formular uma alternativa razoável ao utilitarismo, visto este não oferecer uma teoria satisfatória aos direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos como pessoas livres e iguais, sendo este o requisito da mais alta importância para as instituições democráticas. Rawls (2008) descreve a sua teoria de justiça como equidade, no prefácio da obra, da seguinte maneira:

¹⁴ Para Vita a estrutura básica da sociedade distribui bens primários sociais tais como direitos e liberdades, oportunidades e recursos escassos tais como renda e riqueza, mas a forma como essa estrutura o faz pode ou não criar as bases sociais do respeito por si próprio, que é no entendimento de Vita, é o bem primário mais importante para Rawls.

O objetivo primeiro da justiça como equidade era oferecer uma teoria convincente dos direitos e das liberdades fundamentais e de sua prioridade. O segundo objetivo era integrar essa teoria à interpretação da igualdade democrática, que levava ao princípio da igualdade de oportunidades e do princípio da diferença. (RAWLS, 2008, p. 36)

Os dois princípios expostos em sua teoria, quais sejam, as liberdades fundamentais e a igualdade de oportunidades, da qual se origina o princípio da diferença, e este em especial, outorga a mesma, ou à *justiça como equidade*, o caráter liberal ou social democrático. Segundo o autor, deve-se avaliar a estrutura básica da posição de cidadania igual, sendo esta posição definida pelos direitos e pelas liberdades exigidos pelo princípio de liberdade igual e pelo princípio de igualdade equitativa de oportunidade. Portanto, quando satisfeitos os dois princípios, todos os indivíduos serão iguais e todos ocuparão a posição reconhecida como cidadania.

Segundo Rawls (2008) a escolha de um sistema social é o principal problema da justiça distributiva, sendo que a ideia da justiça como equidade é usar a noção de justiça procedimental para poder lidar com as contingências decorrentes de situações específicas. Para tanto, o sistema social deve ser estruturado de forma que a distribuição resultante seja justa, independente do que venha a acontecer.

Pontua também que as liberdades, as oportunidades, a renda e a riqueza, bem como o autorrespeito¹⁵ são bens primários, classificando o último como o mais importante. “O fato de que a justiça como equidade dá mais apoio ao autorrespeito do que os outros princípios é um forte motivo para que as partes a adotem.” (RAWLS, 2008, p. 544), completando que “Uma pessoa se torna mais confiante do próprio valor quando suas capacidades se realizam totalmente e são organizadas de formas que tenham complexidade e refinamento adequados.” (RAWLS, 2008, p. 545)

Para Rawls, os dois princípios, mediante a interpretação liberal, procuram atenuar a influência do acaso (sorte bruta) sobre as parcelas distributivas, mediante a imposição de outras condições estruturais ao sistema social, tais como se evitar o acúmulo excessivo de propriedades e riquezas e de se manterem oportunidades iguais de educação para todos, afirmando que as oportunidades de qualificação e cultura,

¹⁵ Rawls define o autorrespeito ou autoestima como composto por dois aspectos, em primeiro a ideia de conter o sentido que a pessoa tem do seu próprio valor, sua convicção firme de que vale a pena realizar sua concepção de seu bem, seu projeto de vida. Em segundo implicaria uma confiança na própria capacidade, contanto que isso esteja ao alcance da pessoa, de realizar suas próprias intenções. Reforça a ideia que quando os indivíduos pensam que seus planos pouco ou nenhum valor têm, são assolados pela insegurança ou pela ideia de fracasso, havendo uma desmotivação nos esforços, motivos pelos quais aponta o autorrespeito como um bem primário. (RAWLS, 2008, p. 544)

realizadas por meio do sistema educacional destinam-se a derrubar as barreiras entre as classes.

Assevera que, mesmo mediante esforços pessoais (meritocracia), algumas ocorrências e escolhas dependem de circunstâncias sociais e familiares afortunadas. Dessa forma, na prática, é impossível garantir oportunidades iguais de realização e cultura para aqueles que mesmo tendo aptidões semelhantes estão sujeitos a loteria natural (sorte bruta), sem poder concorrer com os mais privilegiados social e financeiramente.

O princípio de diferença alocaria recursos para a educação, digamos, para elevar as expectativas de longo prazo dos menos favorecidos. Se tal fim for alcançado dando-se mais atenção aos mais talentosos, é permissível; caso contrário, não. E, ao tomar essa decisão, não se deve aferir o valor da educação apenas no tocante à eficiência econômica e ao bem-estar social. Tão ou mais importante é o papel da educação de capacitar uma pessoa a desfrutar da cultura e de sua sociedade e participar de suas atividades, e desse modo de proporcionar a cada indivíduo um sentido seguro de seu próprio valor. (RAWLS, 2008, p. 121)

Segundo Vita (2008) em *Uma teoria de Justiça*, Rawls propõe que os cidadãos de uma sociedade democrática devem não somente ter um âmbito de discricção (liberdade negativa), mas também a possibilidade de recursos “no que diz respeito a oportunidades educacionais e ocupacionais e a um quinhão equitativo da renda e da riqueza da sociedade, que os capacitem a viver suas vidas de acordo com as concepções de bem”. (VITA, 2008, p. 27)

Na obra *O Liberalismo Político*, Rawls (2011) ressalta que a concepção liberal combina e ordena os valores liberdade e igualdade, reconhecidos como fundamentais para a mesma, com base em três características. Na primeira e na segunda haveria a especificação dos direitos e das liberdades fundamentais e suas prioridades, a terceira seria “a garantia de um quinhão de meios polivalentes” que fossem eficientes para capacitar todos os cidadãos a fazerem um uso efetivo e inteligente de suas liberdades. Reforça que essa terceira categoria teria que satisfazer o critério de reciprocidade, razão pela qual, a recomendação de uma estrutura básica que não permitisse que as desigualdades fossem excessivas. Para o autor, uma doutrina abrangentemente razoável que oferecesse sustentação a uma concepção política razoável, poderia ser introduzida na discussão política com o propósito de acelerar a mudança para um regime constitucional justo. Pontua que na maioria dos casos não se dispõe de uma estabilidade, a qual está sempre ausente de um regime constitucional puramente formal, e prossegue indicando as instituições que são necessárias para a estabilidade,

tais como o financiamento público de campanhas eleitorais, a publicidade nas informações de políticas públicas, a sociedade entendida como o empregador de última instância e a garantia a todos de assistência básica à saúde e,

(b) Certa igualdade equitativa de oportunidades, em especial com respeito a educação e treinamento profissional. Sem essas oportunidades, não é possível que as pessoas de todos os segmentos da sociedade participem dos debates da razão pública ou contribuam para as políticas econômicas e sociais.

(c) Uma distribuição decente de renda e riqueza que satisfaça a terceira condição do liberalismo: todos os cidadãos devem contar com os meios polivalentes necessários para capacitá-los a tirar proveito de forma inteligente e efetiva de suas liberdades fundamentais. (RAWLS, 2011, p. 65)

O teórico em suas obras expõe que uma sociedade democrática razoavelmente justa e bem ordenada seria possível, e porque a justiça como equidade ocuparia lugar especial entre as concepções políticas de seu mundo social e político. Ainda que sob a crítica de muitos sobre estes aspectos, em especial pela impossibilidade da constituição de uma sociedade efetivamente democrática e justa, dizendo ainda que este reconhecimento de impossibilidade, poderia ser uma demonstração de amadurecimento ou mesmo de inevitável perda de inocência, mas questiona o que isso de fato poderia significar para a visão do mundo político e mesmo do mundo como um todo. Tais questionamentos não compõem somente o pensamento filosófico, visto que constituem matéria ordinária da política, já que a implicação é sobre o mundo e os indivíduos. Sendo a formulação da possibilidade da existência de uma sociedade democrática e justa, um fato que afeta os pensamentos e atitudes dos indivíduos antes mesmo de serem colocados diante da política efetiva, limitando ou inspirando o modo de envolvimento que ela se dará. Reforça que se os debates e pensamentos partirem desde o início (como atitude pré-crítica) para a impossibilidade de uma sociedade democrática e justa, o tom e a qualidade das atitudes irão estar refletidas nesta percepção, e impossível de fato se fará pensar um mundo melhor. Afirma também, que essa falsa percepção de que a maioria das pessoas são imorais, resultaria na impossibilidade de uma sociedade democrática e justa pois o poder nunca estaria subordinado aos objetivos dessa sociedade, então só caberia indagar assim como Kant se valeria viver na Terra.

Rawls reitera o fato de que a sociedade proposta seria possível, mesmo sendo composta por seres que tenham uma natureza moral não perfeita, mas que os capacitasse a compreenderem e agirem com base em uma concepção política razoável do direito e da justiça, lhes possibilitando serem motivados por tal concepção para dar

apoio a construção de uma sociedade regida por seus ideais e princípios.

1.2. Ronald Dworkin e o princípio da igualdade de consideração e respeito

Conforme exposto anteriormente, Dworkin como adepto do liberalismo igualitário, debruçou-se, entre outros assuntos, sob o debate a respeito da distribuição de recursos, tendo por base apontamentos, à primeira vista, contrários à teoria da justiça como equidade desenvolvida por Rawls e, conseqüentemente, com abordagens diferentes, sobre o binômio liberdade-igualdade e sobre a justiça distributiva. Para muitos teóricos que abordam o tema, teria Dworkin não apresentado uma teoria de justiça, mas feito algumas alterações métricas na teoria de justiça concebida por Rawls, o que sugere que Dworkin seria um “operador” e não um “opositor” da teoria de justiça como equidade, como indica Gargarella (2014):

Os vínculos entre as concepções defendidas por Rawls e Dworkin em torno da justiça são claramente mais fortes que suas diferenças. Dworkin preocupa-se em aperfeiçoar uma visão como a proposta por Rawls, mas compartilhando com ele muitos de seus pressupostos básicos. (GARGARELLA, 2014, p.65)

Dworkin (2011, p. 09) inicia a introdução de sua obra *A Virtude Soberana – a teoria e a prática da igualdade*, com a frase “A igualdade é espécie ameaçada de extinção entre os ideais políticos”, e prossegue dizendo “Podemos dar as costas à igualdade?”, por tais colocações é possível verificar que o autor ao cotejar o binômio liberdade-igualdade, entende ser a igualdade mais relevante para a defesa de ideais políticos e sociais, tanto que a denomina como a virtude soberana. Em sua teoria, formula termos de igualdade na construção humana e deixa claro que os ideais políticos igualdade e liberdade não se contradizem, na melhor hipótese se complementam, mas, como exposto em sua fala inaugural da obra, garante à igualdade um peso maior ou uma soberania.

Neste aspecto, já se reconhece uma diferença ou alteração de princípios entre a teoria de Rawls e a de Dworkin, visto que na teoria rawlseana predomina a liberdade, consistindo a mesma, inclusive, como base de seu primeiro princípio, estando a outra conceituada somente no segundo princípio, sendo que Rawls (2008) pontua que há uma ordem lexical entre os dois princípios propostos. Logo, neste aspecto, ambos reconhecem a importância dos dois ideais, entretanto entendem de forma diversa, em suas teorias, qual deles teria a primazia.

Dworkin entende como princípio moral a igualdade de consideração e respeito

por todos os indivíduos, sendo este o retorno que o Estado deve dar às pessoas, qual seja, tratar a todos com igual respeito e consideração, sem restrição de liberdade quando esta partir de uma suposição que a concepção de vida de alguns deva prevalecer sobre a de outros, garantindo, portanto, a autonomia nas escolhas. Assim, a argumentação central do estudioso segue:

(...) o conceito não de liberdade, mas de igualdade. Presumo que todos aceitamos os seguintes postulados de moral política. O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e de frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo deve não somente tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e respeito. Não deve distribuir bens ou oportunidades de maneira desigual, com base no pressuposto de que alguns cidadãos têm direito a mais, por serem merecedores de maior consideração. O governo não deve restringir a liberdade, partindo do pressuposto de que a concepção de um cidadão sobre a forma de vida mais adequada para um grupo é mais nobre ou superior do que a de outro cidadão. (DWORKIN, 2011, p. 419)

Preceitua o teórico que “se aceitarmos a igualdade de recursos como a melhor concepção de igualdade distributiva, a liberdade¹⁶ se torna um aspecto da igualdade, em vez de um ideal político independente possivelmente em conflito com ela, como se costuma pensar.” (DWORKIN, 2016, p. 158). Prossegue dizendo que nenhuma teoria que respeitasse os pressupostos fundamentais poderia subordinar a igualdade à liberdade, pontuando que em caso de disputa genuína entre ambas a liberdade deve perder. A liberdade, como prioridade, está protegida, não à custa da igualdade, mas em nome desta, ainda que em muitas discussões as duas sejam colocadas como antagonistas, em termos de direitos a serem preservados em caso de risco ou disputa, o autor afirma que as duas expressam mutuamente aspectos de um único ideal humanista.

Dworkin reconhece que na teoria de Rawls os dois ideais se reconciliam quando a liberdade entra na definição da igualdade, haja vista que na comunidade política formulada por Rawls, na sociedade bem ordenada, as pessoas são tratadas com igual consideração quando se respeitam os princípios de justiça. Estes seriam escolhidos por todos na posição original, sendo estas as condições da posição original, modeladas de forma que se saiba que as pessoas têm um fundamental interesse na liberdade.

O autor declara acreditar que na atualidade os indivíduos estão unidos na aceitação do princípio igualitário abstrato, onde o governo deve agir de forma a

¹⁶ Dworkin dispõe que chama de liberdade o que às vezes se convencionou chamar de liberdade negativa ou liberdade de restrições legais, e não liberdade ou poder de maneira mais geral.

melhorar a vida daqueles que governa, demonstrando igual consideração pela vida de todos. Sobre a concepção desse direito abstrato declara:

[...] todo cidadão governado pela concepção liberal de igualdade tem um direito a igual consideração e respeito. Existem, no entanto, dois direitos distintos que podem estar compreendidos neste direito abstrato. O primeiro deles é o direito a igual tratamento (equal treatment), isto é, à mesma distribuição de bens e oportunidades que qualquer outra pessoa possua ou receba. [...] O segundo é o direito a ser tratado como igual (treatment as an equal). Este é o direito, não a uma distribuição igual de algum bem ou oportunidade, mas o direito a igual consideração e respeito na decisão política sobre como tais bens e oportunidades serão distribuídos. (DWORKIN, 2011, p. 420)

Defende Dworkin (2016) que a aceitação do princípio da igualdade de consideração é o reconhecimento da igualdade como ideal político, sendo que em casos de conflito entre liberdade e igualdade, a proteção da liberdade significaria agir de modo a não demonstrar igual consideração a todos os cidadãos. Casos estes, em que a liberdade deve perder, pois inaceitável a diminuição da igualdade em favor da liberdade, o que resultaria em tratar desigualmente os indivíduos, independente do motivo, para se preservar a liberdade de uns em detrimento da igualdade de outros. Afirma o teórico que a consideração igualitária:

[...] é a virtude soberana da comunidade política- sem ela o governo não passa de tirania – e, quando as riquezas da nação são distribuídas de maneira muito desigual, como o são as riquezas de nações muito prósperas, então sua igual consideração é suspeita, pois a distribuição das riquezas é produto de ordem jurídica [...] Devemos desejar uma teoria plausível de todos os valores políticos fundamentais – da democracia, da liberdade e da sociedade civil, eu bem como da igualdade – que mostre que cada um deles é oriundo e expressa em todos os outros uma teoria que perceba a igualdade, por exemplo, não apenas compatível com a liberdade, mas como um valor que o indivíduo que prezasse a liberdade também prezaria. (DWORKIN, 2016, p. 09)

Ao reconhecer como componentes de um mesmo ideal político a igualdade e a liberdade, Dworkin deseja adequar tais ideais as sociedades contemporâneas, pois ao mesmo tempo que garante aos indivíduos o exercício de liberdades fundamentais, também opera a teoria no sentido de garantir acesso a recursos materiais. Possibilitando, então, a concretização e efetivação de ambos os ideais, qual seja igualdade e liberdade dependem um do outro para se realizarem, sendo a distribuição de recursos uma fonte importante para a igualdade e efetividade da liberdade.

1.2.1 A igualdade de recursos e o princípio da responsabilidade

Dworkin defende que a igualdade ideal não consiste em tornar as pessoas iguais em bem-estar, mas sim iguais nos recursos que disponham, propõe então a igualdade de recursos como meio de efetivação desta, “a igualdade ideal consiste em circunstâncias nas quais as pessoa não são iguais em bem-estar, mas nos recursos de que dispõem.” (DWORKIN, 2016, p. 157) Para explicar a igualdade de recursos Dworkin se utiliza de uma hipótese e a partir de um leilão hipotético, realizado por naufragos que tivessem chegado a uma ilha deserta, os bens são leiloados e adquiridos livremente pelos naufragos, até que todos estivessem satisfeitos com suas aquisições. O autor assim define a igualdade de recursos: “que as trata como iguais quando distribui ou transfere de modo que nenhuma transferência adicional possa deixar mais iguais suas parcelas do total de recursos” (DWORKIN, 2016, p.4-5), no entendimento de que a teoria ao defender a distribuição de recursos, pensa nos mesmos como bens e oportunidades fundamentais.

Para Gargarella¹⁷ (2008) no leilão somente estão à disposição os recursos impessoais, já que os recursos pessoais não podem ser postos à disposição do público. Contudo, a teoria de Dworkin parte de um ponto diferente da teoria de Rawls, visto que propõe que no momento da distribuição dos recursos, as escolhas das pessoas sejam feitas com base em todas as informações disponíveis. Portanto, haveria consenso e as escolhas seriam racionais, mas sem a presença do véu de ignorância proposto por Rawls, as escolhas seriam conscientes o que possibilitaria melhor adequação da igualdade.

Para Dworkin, a teoria formulada por Rawls é grandiosa e respeitável, afirmando que há diferenças e semelhanças entre as teorias “Essa teoria é suficientemente rica para proporcionar uma base de comparação” (DWORKIN, 2016,

¹⁷ Segundo Gargarella, Dworkin, em busca de aperfeiçoar a teoria rawlseana, apresenta uma solução para o impasse sobre insensibilidade de dons e ambições, através da preposição de um modelo ideal (regulador) que consiste em duas partes. A primeira seria o leilão hipotético, sendo que se utiliza assim como Rawls de uma matriz filosófica (hipótese) para desenvolver a preposição, onde todos os participantes têm o mesmo poder aquisitivo no início, qual seja a sociedade poria à disposição de todos os indivíduos os seus recursos impessoais (equipamentos, máquinas, terras, etc.), ressalvando que os recursos pessoais (habilidades físicas e mentais) não estariam dispostos, pois não são passíveis de distribuição. Ao final estariam todos satisfeitos com suas aquisições de recursos impessoais e já satisfeitos e testados através do teste da cobiça. Passando a uma segunda fase de divisão de parcelas adicionais e iguais de meios para aquisição de bens, com a finalidade de prosseguirem os planos de vida escolhidos e /ou de contratar seguros para enfrentarem desvantagens decorrentes, em especial, das diferentes capacidades com as quais as pessoas nasceram (recursos pessoais). Teríamos, então, que Dworkin, assim como Rawls, procura mostrar quais as características que se deve ter de uma concepção igualitária plausível, onde as pessoas devem ter a possibilidade de iniciar suas vidas na posse de iguais recursos materiais, e devem se garantir de eventuais desvantagens. No presente caso para Dworkin teríamos a distribuição por meio de igualdade de recursos e Rawls de bens primários. Bem como para Dworkin teríamos o seguro hipotético para suprir desajustes que ocorresse e para Rawls teríamos a aplicação do princípio da diferença para supri-los.

p. 147), porém informa que para a realização da teoria rawlseana algumas modificações seriam devidas, o que acarretaria um aperfeiçoamento da teoria original de equidade, declarando que a tarefa da justiça é igualar as circunstâncias dos indivíduos, permitindo um acesso igual a bens e satisfações, teríamos então a aplicação não da justiça como equidade, mas sim da igualdade de recursos. Porém, ressalta que as escolhas pessoais, portanto, não as decorrentes da sorte natural ou bruta, mas sim as resultantes das preferências particulares dos indivíduos, para a realização de seus projetos de vida, deveriam ser de incumbência dos indivíduos, estabelecendo o princípio da responsabilidade. Dworkin (2016) apresenta esse princípio assim:

A igualdade de recursos, por outro lado, oferece uma definição da igualdade distributiva imediata e obviamente sensível ao caráter especial e à importância da liberdade. Ela faz com que a distribuição igualitária não dependa exclusivamente dos resultados que possam ser avaliados de maneira direta, como preferência-satisfação, mas em um processo de decisões coordenadas no qual pessoas que assumem responsabilidades por suas aspirações e projetos, e que aceitam, como parte dessa responsabilidade, que pertencem a uma comunidade de igual consideração, possam identificar o verdadeiro preço de seus planos para outras pessoas e, assim, elaborar e reelaborar esses planos de modo que utilizem somente sua justa parcela dos recursos em princípio disponíveis para todos. Se uma sociedade real vai aproximar-se da igualdade de recursos depende, então da adequação do processo de discussão e escolha que oferece para essa finalidade. É necessário um grau substancial de liberdade para que tal processo seja adequado, pois o verdadeiro preço para outrem de uma pessoa ter algum recurso ou oportunidade só pode ser descoberto quando as aspirações e as convicções das pessoas são autênticas e suas opções e decisões bem- adaptadas a essas aspirações e convicções. Nada disso é provável sem ampla liberdade. Portanto, a liberdade é necessária à igualdade, segundo essa concepção de igualdade, não na duvidosa e frágil hipótese de que as pessoas realmente dão mais valor às liberdades importantes do que aos outros recursos, mas porque a liberdade, quer as pessoas lhe dêem ou não mais valor do que a todo o resto, é essencial a qualquer processo na qual a igualdade seja definida e garantida. Isso não transforma a liberdade em instrumento da igualdade distributiva mais do que esta em instrumento da liberdade: as duas ideias, pelo contrário, fundem-se em uma tese mais completa sobre quando a lei que governa a distribuição e o uso dos recursos trata a todos com igual consideração. (DWORKIN, 2016, p. 160)

O princípio da responsabilidade apresentado representa uma diferença na teoria de Dworkin, visto que nos aspectos dispostos na teoria de Rawls o mesmo não debate sobre a responsabilidade na escolha dos indivíduos, sendo este um ponto divergente entre elas. Mas assim como Rawls, Dworkin entende que a sorte natural ou sorte bruta não deve coordenar a vida das pessoas, apontando a necessidade de verificação da ocorrência de tais fatores como geradores de diferenças e desigualdade, na busca de se distinguir o que é personalidade ou circunstância como base de fixação para a responsabilidade individual.

Vita (2011) reforça a distinção sobre a justiça distributiva apresentada pela obra de Dworkin, em especial pela inclusão da responsabilidade individual, em face da justiça como equidade apresentada por Rawls. Torna-se necessário olhar com muita cautela para a responsabilidade individual trazida para o debate de distribuição ou igualdade de recursos, evitando-se que se torne a mesma, base de justificativa para a desigualdades crescentes em nossa sociedade. Assim, Vita (2011) aborda esse princípio dizendo:

O princípio da responsabilidade individual encontra-se por trás da justificação dos níveis crescentes de desigualdades de renda e riqueza que se verificam em muitos países do mundo, de forma mais acentuada nos países desenvolvidos anglo-saxônicos, mas também em países do sul da Europa, na Índia e na China. [...] No caso de uma economia capitalista desenvolvida como a dos Estados Unidos, as mudanças tecnológicas requerem e recompensam de forma crescentemente diferenciada a força de trabalho de alta qualificação educacional e profissional; no entanto, as oportunidades educacionais permanecem muito desiguais. [...] Já foi dito que a ideologia do mérito e do esforço individuais presta-se a justificar as desigualdades que beneficiam especialmente os ricos e os super-ricos. (VITA, 2011, p. 591)

Para o autor, a preocupação está em não se efetivar injustiças baseadas na responsabilidade proposta por Dworkin, diferenciando se o que vem a ser sorte opcional, resultante do gosto particular do cidadão ou de suas escolhas, sobre a qual não cabe qualquer compensação da sociedade, do que vêm a ser má sorte bruta, situações alheias à vontade do indivíduo, às quais se aplica a métrica do seguro hipotético. Sendo que esta diferenciação poderia gerar impasse, ao resultar no entendimento que os indivíduos sujeitos a compensações pela má sorte bruta, estariam estigmatizados por não possuírem recursos internos que lhes permitissem viver, ou seja, seriam inferiores e por isso precisariam de ajuda estatal. Vita afirma que:

As razões oferecidas para compensar as desvantagens devidas à má sorte bruta estigmatizam os beneficiários. Em uma sociedade na qual o igualitarismo de fortuna fosse adotado como concepção pública de igualdade distributiva, seria publicamente reconhecido que as pessoas que merecem compensação pelas desvantagens que sofrem, têm direito a isso não em virtude de seu status moral e social igual, e sim em virtude de sua dotação inferior de recursos internos- seja porque são portadoras de deficiência e de necessidades especiais, seja porque seus talentos e capacidade produtiva têm pouco valor de mercado. Aqueles que pleiteariam compensação em nome da justiça o fariam com base em uma dotação de recursos internos considerada inferior à de outros na sociedade. (VITA, 2011, p. 596)

Prossegue o autor afirmando que o erro da aplicação da responsabilidade está justamente em se colocá-la no nível da formulação de um princípio fundamental de justiça distributiva. Portanto, o princípio de igualdade de recursos formulado por

Dworkin, estaria por fim implicando que o Estado deveria fundamentar a compensação de desvantagens sociais em juízos moralizantes sobre ambições, preferências e escolhas, e sobre dotações e capacidades naturais que não fossem reconhecidas pela sociedade como lucrativas, qual sejam dotações de indivíduos inferiores, aumentando com isso o estigma já existente. Para Vita (2011) se a igualdade distributiva for realizada pelas instituições de acordo com a formulação apresentada por Rawls, como ideal de sociedade democrática, se após tal efetivação ocorreram desigualdades ocasionadas pelas preferências individuais, estas estariam dentro do âmbito das responsabilidades em uma visão igualitária, porém, o critério da responsabilidade não poderia estar na justificação do ideal democrático nem na justificação interna das instituições para realizar tal ideal. Este fato evitaria a aplicação de juízos moralizantes que reduziram algumas situações a estigmas sociais.

Pontua Dworkin (2016) que o princípio da diferença de Rawls, bem como a sua concepção de igualdade de recursos, só funciona de maneira contingente na direção da igualdade de bem-estar, em qualquer concepção de bem-estar. Portanto, se fosse feita uma diferenciação entre as teorias da igualdade de bem-estar e a de recursos, seria o princípio da diferença uma interpretação da igualdade de recursos. O autor afirma que o princípio de diferença formulado por Rawls não teria sido aprimorado em diversos aspectos, sendo que existiria um grau de arbitrariedade na escolha de qualquer descrição do grupo¹⁸ em pior situação. Que resultaria em uma estrutura insensível a posição de pessoas vulneráveis (com deficiências naturais, mentais ou físicas), pois sendo estes definidos economicamente na teoria rawlseana, não seriam em si um grupo em pior situação, posto que suas particularidades não seriam entendidas isoladamente.

Gargarella (2008) afirma que, no entanto, ainda que haja aproximações ou sutis diferenças entre as teorias de Rawls e Dworkin, existem duas distinções brutais, já que a teoria de Rawls é insensível aos dons, bem como não suficientemente sensível às ambições dos indivíduos. Sobre a primeira distinção o autor afirma que:

O fato de a teoria de Rawls ser insensível demais aos dons de cada um pode ser explicado do seguinte modo: os dois princípios de justiça de Rawls permitem que alguns sujeitos sejam desfavorecidos por circunstâncias que não controlam, dado que sua teoria de justiça “define a posição dos que estão pior em termos da posse de bens primários de tipo social-por

¹⁸ Dworkin informa que para se verificar o grupo, tendo em vista o princípio da diferença, não se pode utilizar apontamentos subjetivos, pois seria realizada por uma média de aferimento das fortunas, ou de um membro representativo daquele grupo. No entendimento de Dworkin essa estrutura parece insuficientemente sensível a posição das pessoas com deficiências ou vulneráveis (naturais, físicas ou mentais), que não constituem em si um grupo em pior situação, pois o grupo é definido economicamente, e elas não poderiam contar com um representante ou membro médio de tal grupo.

exemplo, direitos , oportunidades riqueza etc.” - , e não em termos de bens primários de tipo natural- por exemplo, talentos, capacidades mentais e físicas etc.[...] É verdade que, no esquema de Rawls, a aplicação do princípio da diferença evita que os incapacitados recebam menos bens sociais por causa da simples circunstância de suas incapacidades: as desigualdades sociais são compensadas, e as desigualdades naturais não influem na distribuição. Mesmo assim, ainda continuam sem evitar os efeitos do mero infortúnio na vida das pessoas. (GARGARELLA, 2014, p. 67)

Já sobre a segunda distinção:

A ideia de que a teoria de Rawls não é suficientemente sensível à ambição pode ser resumida do seguinte modo: de acordo com a “teoria da justiça”, as desigualdades sociais podem ser aceitáveis só se atuam em benefício dos que estão piores. (GARGARELLA, 2014, p. 68).

Para Dworkin, ainda que Rawls afirme que o princípio da diferença não contém o princípio da reparação, este se inclina nessa direção quando trata da situação dos deficientes. Diferente do que ocorreria na igualdade de consideração preceituada por Dworkin, em que os indivíduos seriam tratados por suas particularidades e não como grupos economicamente desprivilegiados. Segundo o autor, “o princípio da diferença não tem sensibilidade suficiente para variações na distribuição acima da classe econômica em pior situação” (DWORKIN, 2016, p. 149). A igualdade de recursos seria mais justa, já que não isolaria nenhum grupo, cujo status estivesse nessa situação, reforçando a individualização dos sujeitos como iguais em consideração e respeito. Sem fixar que a participação das pessoas em qualquer classe econômica e social ou grupos já seria mais equânime para efeitos de distribuição.

O autor sugere que se tornando possível o acesso aos recursos há o reconhecimento e respeito dos indivíduos, como efetivação da igualdade, ou igualdade de consideração, devendo ser esta a função primária do Estado. O Estado estabelecendo a consideração pelos indivíduos, no cuidado igual por estes, deveria também considerar e respeitar a responsabilidade e o direito de cada indivíduo de desenvolver seus projetos de vida. Sendo o fator que vai justificar os critérios de distribuição de recursos no sentido de Estado mais neutro. Dworkin estabelece, então, que a igualdade de recursos é o que permite aos indivíduos se realizarem no mercado.

Dworkin que não há uma completa igualdade dos seres tendo em vistas o contexto de cada um, mas sugere a possibilidade de se igualar as circunstâncias para que cada indivíduo possa realizar seus projetos de vida. Como não é possível se determinar as ocorrências da sorte bruta ou natural, sugere que se lance mão de um seguro hipotético, sob as mesmas circunstâncias do véu de ignorância. “O seguro,

contanto que disponível, é um elo entre a sorte bruta e a por opção, pois a decisão de comprar ou rejeitar o seguro contra catástrofes é uma aposta calculada” (DWORKIN, 2016, p. 91). De acordo com o autor ainda,

Mesmo quando nossa teoria emprega a ideia de uma curva média de utilidade, como o faz na criação do mercado hipotético de seguros, ela o faz como questão de juízos de probabilidades com relação aos gostos e às aspirações de determinadas pessoas, para dar-lhes aquilo a que têm direito individual, e não como parte de qualquer premissa de grupos. Rawls, por outro lado, presume que o princípio da diferença vincula a justiça a uma classe, não como uma questão prática para acomodar (como segunda opção) alguma versão mais profunda de igualdade que seja, em princípio, mais individualizada, mas porque a escolha na situação original, que define o que é a justiça na base, estaria organizada, por motivos práticos, em termos de classe desde o início. (DWORKIN, 2016, p. 150)

Dworkin afirma que não é possível dizer de início se o princípio da diferença ou a igualdade de recursos apontam para uma igualdade absoluta maior no que Rawls chama de bens primários, pois isso dependeria de análise das circunstâncias envolvidas. Mas de acordo com o princípio da diferença formulado por Rawls, que entende o grupo dos mais pobres como uma unidade, em muitos aspectos, este não aprovaria a aplicação de impostos se os mesmos fossem para custear certos benefícios aos desprivilegiados e, se de alguma forma reduzissem bens primários para os membros representativos da classe mais pobre, contudo como a igualdade de recursos avalia pessoa a pessoa isso não seria evitado. “O princípio da diferença que encara o grupo dos mais pobres com uma unidade, condenaria o imposto, mas a igualdade de recurso o recomendaria mesmo assim.” (DWORKIN, 2016, p. 151) Sobre o princípio da diferença ainda afirma:

O fato de que a igualdade de recursos difere, em diversos aspectos, alguns deles fundamentais, do próprio princípio da diferença de Rawls não é decisivo contra essa possibilidade, pois talvez possamos demonstrar que as pessoas que habitam a posição original de Rawls escolheriam, por trás do véu de ignorância, não seu princípio da diferença, mas a igualdade de recursos ou alguns princípios constitucionais intermediários de modo que, quando se erguesse o véu, descobrir-se-ia que a igualdade de recursos satisfaz a esses princípios melhor do que o princípio da diferença. (DWORKIN, 2016, p. 155)

Assim como Rawls, Dworkin informa da importância em relação à tolerância que deve haver entre os indivíduos, evitando-se assim que uma concepção ética esteja acima da outra. Mantendo o primado do justo sobre o bem, mas preservando a neutralidade do Estado. Defende o autor que o Estado igualitário deve ser neutro em matéria de ética, o que possibilitaria uma maior liberdade aos indivíduos e uma melhor

convivência frente as pluralidades. Dworkin esclarece que,

Contudo, não parece insensato dizer que, à medida que o governo tem o direito ou o dever de igualar as pessoas, ele tem o direito ou o dever de torná-las iguais em sua situação ou em suas circunstâncias pessoais, inclusive em poder político, e não no grau de aceitação pela comunidade de suas convicções políticas divergentes, nem no grau de realização de suas visões divergentes de um mundo ideal. Pelo contrário, essa meta mais limitada da igualdade parece ser a meta apropriada de um Estado liberal, embora ainda seja preciso descobrir o que significa tornar as pessoas iguais em suas circunstâncias pessoais. (DWORKIN, 2016, p. 26)

Dworkin tem seu entendimento sobre o estabelecimento de uma sociedade justa baseado em igualdade de recursos, entendendo que os recursos pessoais (talentos e capacidades) não podem ser distribuídos, mas que os impessoais (bens) são passíveis de distribuição e transferência. Mas quais as regras e critérios pra distribuir tais bens? Para o autor, há a necessidade de se pensar o mercado como a ferramenta fundamental e gerador de recursos. Como se operar no mercado depende da liberdade de atuação dos indivíduos, o mercado também é uma fonte de desigualdade, pois pode aumentá-la ou diminuí-la. Sendo o mercado, também, a base de produção de bens a serem distribuídos, havendo a necessidade de verificar a possibilidade de se interferir no mercado.

Quando entendemos a importância, na igualdade de recursos, da exigência de que qualquer teoria da distribuição deva ser sensível às aspirações, e entendemos os efeitos gerais de qualquer programa de distribuição ou redistribuição na vida que quase todas as pessoas da comunidade querem e têm permissão para levar, devemos encarar com desconfiança qualquer afirmação categórica de que a igualdade de recursos precisa apenas ser definida de maneira a ignorar esses fatos. A igualdade de recursos é um ideal complexo. É provavelmente (assim como afirmam os diversos argumentos que discutimos aqui), um ideal indeterminado que aceita, dentro de certa variação, uma série de distribuições. [...] A presente sugestão, de que as genuínas teorias da igualdade devem se preocupar somente com a quantidade de bens disponíveis ou ativos líquidos no poder das pessoas em determinado momento, é um dogma pré-analítico que não protege de fato as fronteiras de igualdade da confusão com outros conceitos, mas, pelo contrário, distorce a tentativa de exprimir a igualdade como um ideal político independente e poderoso. (DWORKIN, 2016, p. 141-142)

O estudioso Vita ressalta que em se tratando de liberalismo contemporâneo, em cujo centro do debate estão as concepções de justiça social e política, nominado de liberalismo igualitário, a fonte maior é a teoria apresentada por Rawls. Aos liberais igualitários não basta que os cidadãos possam viver suas vidas de acordo com suas concepções e valores morais, ou que seja garantida uma liberdade negativa, mas que em especial os arranjos institucionais socioeconômicos e políticos da sociedade permitam a cada cidadão a efetividade em poder exercer esses direitos e liberdades.

Para se atingir tal objetivo, deverá haver um reconhecimento da igualdade entre os indivíduos, garantindo exatamente esse *status*, sendo que esta somente se faz presente quando há a oferta de oportunidades iguais a todos os cidadãos.

O ponto de partida da teoria política do liberalismo igualitário não é uma concepção de liberdade, e muito menos de liberdade negativa, e sim uma noção de igualdade. Uma sociedade justa é uma ordem social e política cujas instituições principais garantem a todos os cidadãos certa condição que podemos denominar igualdade humana fundamental ou igualdade moral. O adjetivo moral, aqui, tem o sentido de explicitar que se trata de uma igualdade de *status*, e não exatamente de uma igualdade socioeconômica estrita do tipo que (podemos especular) os socialistas clássicos tinham em mente. [...] a igualdade de condições é assegurada quando os arranjos institucionais básicos de uma sociedade-sua estrutura básica- devotam a seus cidadãos, independentemente de quanto dinheiro ou riqueza cada um possua ou de seus talentos e capacidade produtiva, um tratamento igual que só é possível àqueles que são portadores de direitos iguais. Em uma sociedade justa, a distribuição das vantagens e dos ônus da cooperação social se faz levando-se em conta e de modo a garantir esse *status* social e moral igual. (VITA, 2011, p. 574-575)

Vita (2011) traz ao debate as discussões existentes entre as correntes públicas e acadêmicas sobre a natureza da justiça distributiva nas sociedades democráticas liberais da atualidade, sendo estas permeadas pelos debates de ser a justiça distributiva uma forma de diminuir as desigualdades geradas, o que deve se dar por meio de arranjos institucionais que permitam acesso e oportunidade a todos; e os que defendem que não cabe à sociedade a responsabilidade para mitigar as diferenças que decorram de possibilidades meritocráticas. Afirma que a última corrente é uma das responsáveis pela justificação das desigualdades sociais na sociedade atual, baseada na informação que as desigualdades são geradas pelas capacidades e talentos não cabendo à sociedade qualquer responsabilidade por tal fato. Ainda que o mesmo seja majorado pela falta de acesso de muitos cidadãos aos meios que poderiam ocasionar o desenvolvimento de suas capacidades e talentos, tal como educação e saúde de qualidade.

1.3. Ações afirmativas ou discriminação reversa na teoria de Dworkin

Como explanado anteriormente, Dworkin é um dos teóricos que se dedicou, entre outros assuntos, a apresentar a discriminação reversa ou ações afirmativas como um dos métodos de igualdade para o acesso à educação superior. Cabe a observação que as explanações do teórico serviram de base, quer fossem utilizadas por apoiadores ou por opositores, quando no centro das discussões estiveram as ações afirmativas educacionais no Brasil no processo da ADPF 186. Já que alguns atores que estavam

presentes no debate utilizaram-se do autor, quer para o reconhecimento da constitucionalidade das ações afirmativas pelo sistema de reserva de cotas, quer pela inconstitucionalidade do mesmo.

1.3.1 As ações afirmativas

Considerando-se o tema proposto para discussão, qual seja, o sistema de cotas para o ensino superior às luzes dos princípios de justiça distributiva apresentados por Rawls e Dworkin, entendemos devido, para uma melhor abordagem e desenvolvimento do objeto, *a priori*, conceituar o que se estabelece por ação afirmativa¹⁹, sendo preceituado por Brito Filho como:

Ação afirmativa é uma forma ou modelo de combate à discriminação que, por meio de normas que estabelecem critérios diferenciados de acesso a determinados bens, opõe-se à exclusão causada às pessoas pelo seu pertencimento a grupos vulneráveis, proporcionando uma igualdade real entre elas. (BRITO FILHO, 2014, p. 11)

O ministro Joaquim Barbosa Gomes, que a época da ADPF 186 também compunha o Supremo Tribunal Federal e participou da votação, definiu as ações afirmativas da seguinte maneira²⁰:

Ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vista 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 a educação e o emprego. (GOMES, 2001, p. 22)

Se nos ativermos ao acima descrito podemos perceber que as ações afirmativas surgem no âmbito público com o intuito de se permitir aos vulneráveis a possibilidade de acessos a recursos, em especial pela condição de o serem, por alguma situação, assim conceituados e ofendidos em seus direitos fundamentais. Portanto, os programas de ações afirmativas tencionam impedir ou atenuar que algo que é natural (sorte bruta) se torne motivo de desigualdades e impeça acesso a recursos fundamentais, o que geraria exclusão social.

¹⁹ As ações afirmativas também se tornaram conhecidas por meio de outras denominações, dentre elas discriminação compensatória ou como discriminação reversa, sendo que ambos os temas são encontrados na obra de Dworkin, ou mesmo discriminação às avessa como trazida em obras de outros autores. Observamos que o termo ações afirmativas reproduz o termo utilizado nos EUA (affirmative action), enquanto discriminação compensatória é mais utilizado na Europa. Optamos nesta dissertação pela utilização do termo ações afirmativas ou ação afirmativa, quanto a denominação de tais políticas.

²⁰ A definição apresentada se encontra na obra Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA (2001) do citado autor, sendo que o objeto de estudo do mesmo na obra citada eram as ações afirmativas na América do Norte.

As ações afirmativas tratam-se de um modelo próprio de políticas públicas²¹ voltadas ao combate da discriminação, e se caracterizam pela edição de normas legais que possibilitam ou criam condições diferenciadas de acesso a determinados bens. A criação de tais normas se dá exatamente como forma de oposição ao tipo de exclusão a que estão sujeitos os indivíduos de um grupo discriminado, na tentativa, também, de os preservar dos efeitos da discriminação existente. Permitindo-se então, por meio da criação dessas normas de acesso mais igualdade entre os indivíduos que são alvos de tais políticas públicas²².

Segundo Fonseca e Silvério (2015), as ações afirmativas apresentam um caráter emergencial e transitório, sendo que sua continuidade dependerá sempre de avaliações constantes e da mudança comprovada do quadro que lhes deu origem. Prescrevem que as mesmas devem ser instituídas em setores em que a discriminação a ser superada é evidente, onde o quadro de desigualdade e exclusão é constatado, podendo ser estabelecidas na educação, na saúde, no mercado de trabalho e nos cargos públicos. Trata-se de uma modificação de caráter político, cultural e pedagógico, sendo que ao implementá-las, o campo da educação, os formadores de políticas públicas e o Estado “saem do lugar de suposta neutralidade na aplicação das políticas sociais e passam a considerar a importância de fatores como sexo, raça e cor nos critérios de seleção existentes na sociedade.” (FONSECA e SILVÉRIO, 2015, p. 06). Os autores explicitam de maneira mais detalhada sobre a implementação das ações-afirmativas em nossa sociedade:

As ações afirmativas, quanto um conjunto de ações e orientações do governo para proteger minorias socioeconômica e grupos que tenham sido discriminados no passado, objetivam assegurar a igualdade de oportunidade. Em termos práticos, as organizações devem agir positiva, afirmativa e agressivamente para remover todas as barreiras, mesmo que informais ou sutis. Como as leis anti-discriminação, as quais oferecem possibilidade de recursos, por exemplo, para trabalhadores que sofreram discriminação, as políticas de ação afirmativa têm por objetivo tornar a

²¹ Segundo o citado ministro Joaquim Barbosa Gomes, as ações afirmativas podem resultar de políticas públicas concebidas pelo poder executivo, pelo poder judiciário ou pela iniciativa privada, no caso do poder público teríamos como exemplo as ações afirmativas para a própria administração pública na admissão de pessoas deficientes ou negros em concursos públicos, que também se estendeu em alguns aspectos para a iniciativa privada; quanto ao judiciário teríamos os programas que são concebidos ou implementados por ordem judicial, onde em caso de discriminação, se reconhecida a prática, da possibilidade de se determinar o órgão judicial, que se apliquem medidas de ações afirmativas, como o caso de contratação de mulheres, negros ou deficientes. Em caso da iniciativa privada, temos algumas normas estabelecidas em especial nas vias trabalhista sobre algumas manutenções ou readaptações de trabalho para deficientes ou trabalhadores reabilitados, sendo que em alguns casos o empregador pode adotar medidas de caráter temporário na tentativa de produzir igualdade nas condições de trabalho, são em sua grande maioria, incentivos e não imposições legais.

²² Cabe conceituar políticas públicas nesse trabalho, no âmbito da tomada de decisão do Estado e para que se concretizem, uma vez definidas, se faz necessário a identificação dos procedimentos para sua implementação na forma de ações públicas.

realidade o princípio de igual oportunidade. Diferentemente das leis de anti-discriminação, as políticas de ação afirmativa têm por objetivo prevenir a ocorrência de discriminação. (FONSECA e SILVÉRIO, 2015, p. 7)

Alguns teóricos abordam a educação como um dos recursos a ser distribuído, em especial quando pensamos em educação superior pública, que como tal se reflete em recurso escasso, dentre eles Dworkin. Segundo Vita (2011) a possibilidade de igualdade de oportunidades requer que arranjos institucionais básicos e políticas públicas, garantam o mínimo social adequado, através da abolição da pobreza, da garantia de oportunidades educacionais iguais (do fundamental ao superior), bem como do acesso igual à assistência médica de qualidade. Ocorre que para o autor:

Mesmo que a pobreza fosse abolida e que esse princípio forte de igualdade de oportunidades fosse realizado em um grau muito maior do que é hoje nas sociedades liberais - no caso do Brasil, esse déficit é dramático: o que há é um sistema de *apartheid* educacional de fato, que vai da educação infantil de alta qualidade aos cursos mais competitivos das universidades de elite. (VITA, 2011, p. 579).

Portanto, para que haja igualdade de *status* entre os indivíduos é necessário que se estabeleça um princípio de igualdade de oportunidades, ou seja, não basta haver um princípio de carreiras abertas ao talento, mas que em um momento anterior todos tenham tido as mesmas oportunidades de adquirir qualificações necessárias para competir em pé de igualdade pelo acesso, quer seja à universidades de elite, empregos de qualidade ou posições ocupacionais mais valorizadas. Por tais motivos, a educação se reveste de suma importância como garantia de igualdade de oportunidades e, desta forma, as políticas públicas de ações afirmativas de cunho educacional surgem para cumprirem um papel de facilitador ou possibilitador de maior acesso a oportunidades.

1.3.2. As abordagens de Dworkin sobre discriminação reversa e a contraposição aos opositores

Dworkin abordou diretamente as ações afirmativas por meio do estabelecimento de cotas e o fez especialmente em virtude de casos ocorridos nos EUA²³, e que o motivou a se manifestar sobre esta questão em decorrência das muitas

²³ Necessário esclarecer que sob o olhar dessa pesquisadora, os apontamentos, afirmações ou ponderações de Dworkin, ainda que em resposta à discussões iniciadas no seu país de origem, qual seja, os EUA, e se perfaçam em muitos aspectos sobre a fixação de cotas raciais, se revestem de suma importância para o entendimento sobre as ações e afirmativas educacionais. Motivo pelo qual a contribuição do teórico se dá exatamente pelas proposições feitas, que não refletem somente a situação de sua pátria, mas a de muitos países que também, por motivos próximos ou mesmo diversos em alguns aspectos, optaram, através de políticas públicas pela instituição das ações afirmativas educacionais. Assim as abordagens do teórico devem ser lidas mais amplamente e não somente

ações que chegaram aos tribunais americanos. Em suas obras, aborda diretamente a temática sob o título de ações afirmativas ou de discriminação inversa, pontuando que os programas existentes em algumas universidades ou escolas profissionalizantes no citado país objetivavam aumentar a matrícula de alunos negros e de outras minorias, pela admissão que o critério racial contasse afirmativamente como parte da razão para admiti-los.

Dworkin em seus estudos²⁴ rebateu os apontamentos trazidos pelos opositores das ações afirmativas para o ensino superior. Sendo que alguns desses pontos foram também abordados na ADPF 186 e, por tal motivo, merecem uma apresentação dos que foram tidos como mais relevantes para o entendimento da discussão que houve no Supremo Tribunal.

a) **A autonomia das universidades:** um dos primeiros pontos abordados por Dworkin é a autonomia das universidades para criarem seus próprios sistemas de acesso e métodos de inclusão. Sendo que as universidades americanas, dentro do debate sobre cotas raciais, sempre pontuaram que se não fossem livres para criarem critérios raciais explícitos em seus programas de admissão, seriam também incapazes de cumprir o que consideravam ser suas responsabilidades para com a nação. Bem como não se deveria permitir que um tribunal substituísse o julgamento dos educadores profissionais, por julgamentos especulativos, sobre prováveis consequências ou não de políticas educacionais, que foram pensadas por tais profissionais antes de suas implementações, e dentro da autonomia das instituições educacionais. Ou seja, incertezas sobre os resultados das políticas afirmativas não deveriam levar as mesmas a serem consideradas ilegais ou injustas.

b) **Sociedade racializada e dividida:** aponta o autor pela existência de muitas afirmações sobre terem, os programas de ações afirmativas, o objetivo de alcançarem uma sociedade racialmente consciente, dividida em grupo raciais e étnicos, onde cada grupo detivesse por direito, uma parcela proporcional de recursos e oportunidades. Mas para ele tal abordagem era incorreta, pois os grupos raciais e étnicos não eram livres para escolherem por si mesmos seus papéis sociais, visto que esta escolha se daria, nestes casos específicos, por conta de um atributo que lhes era imposto independente de suas escolhas individuais, qual seja, a cor. E esta influenciaria mais

pensadas como aplicáveis somente em seus país de origem.

²⁴ Tais apontamentos foram extraídos e sintetizados dos capítulos 11 e 12 da obra **A virtude Soberana – a teoria e a prática da igualdade** (2016) e do capítulo 9 da obra **Levando os direitos a sério** (2011).

do que qualquer atributo que detivessem, interferindo no modo como este indivíduo ou grupos seriam vistos ou tratados pelos demais, e quais dimensões de vida também lhes seriam abertas, ou não, por conta desta “especificidade” de cor. Informou que o número reduzido de algumas minorias²⁵ em alguns setores, era a consciência contínua dessa separação, sendo que o uso de critérios explícitos nos programas de ações afirmativas se perfaziam exatamente para que determinados grupos ou indivíduos tivessem maior acesso, e aumentassem conseqüentemente, seus números nestes nichos privilegiados. Visando exatamente a redução desse tipo de “critério de exclusão” que se fazia de determinados grupos, e, que iriam, naturalmente, pela aplicação das ações afirmativas, tomarem frente em meios que até então não os reconhecia, e passando ao reconhecimento, a exclusão deixaria de se fazer e, não haveria mais razões de “certos critérios” serem aplicados.²⁶

c) **Reconhecimento e desenvolvimento da autoestima:** pontua o autor que os programas de ações afirmativas se baseavam em dois critérios, o primeiro dizia respeito a teoria social, onde o país permanecia impregnado de divisões raciais, exatamente porque alguns nichos, em especial os profissionais, eram prerrogativas somente de uma elite social ou profissional, e como através das oportunidades de acesso de forma mais ampla e geral isto deixaria de ser. Enquanto o outro critério diria respeito a um cálculo estratégico, em que com a possibilidade de acesso de todos os excluídos a algumas áreas, que até então lhes foram impedidas, quer por suas origens raciais ou sociais. Haveria, assim, uma redução no sentimento de frustração e injustiça para tais indivíduos, que passariam a reconhecer os que também tiveram acesso, em condições iguais as suas (raciais ou sociais). Ou melhor, tão desiguais quanto as suas, como modelos de possibilidade. Seria a oportunidade de desenvolvimento do reconhecimento e da geração de uma autoestima, que possibilitaria pensar o acesso como devido e justo a todos e não somente aos privilegiados, porque neste reconhecimento o excluído deixou de sê-lo e passou a ser modelo para os outros em

²⁵ Cabe a observação que em muitos casos Dworkin aborda a política de ações afirmativas somente pela perspectiva da condição do negro, no caso dos EUA em especial, pela própria constituição daquela nação e da forma como se estabeleceram muitas ações, inclusive com respaldos legais, de segregação da população negra, com impedimentos diversos, até mesmo pela impossibilidade de educação. Porém, na maioria de suas abordagens, e mesmo pela sua amplitude, a mesma deverá ser vista não somente pela perspectiva racial, mas também a de gênero.

²⁶ Entende-se que Dworkin quis pontuar que o critério, no caso das cotas americanas, racial somente se fazia necessário porque a sociedade ainda era racializada, em virtude da história da constituição da mesma, porém, quando os negros estiverem devidamente reconhecidos na sociedade, em todos os aspectos e espaços, quer social, educacional, profissional e político, qual seja, totalmente integrado à sociedade não mais haveria a necessidade de tais critérios de diferenciação, que já não existe entre os que são reconhecidos como iguais em direitos, independentemente de suas diversidades, inclusive as raciais.

igual condição.

Na eventualidade de ocorrer tal junção, qual seja, serem sanados os dois juízos que possibilitaram a criação das ações afirmativas, portanto, havendo a oportunidade de todos concorrerem em grau de igualdade, em todas as esferas da sociedade, os programas de admissão sem critérios de benefícios, com certeza seriam os únicos aplicados e seriam justos exatamente por tal fato. Sobre o reconhecimento, pontua Dworkin que os indivíduos que se beneficiaram do acesso por meio de cotas raciais, ao saírem de suas instituições, acabavam oferecendo mais serviços de liderança cívica e de compromisso social do que os que não tiveram esse critério de acesso. Demonstrando com tal fator, a importância de seus papéis como modificadores ou incentivadores de alterações na vida dos outros excluídos, como modelos de realização e possibilidade, bem como demonstram também que não abandonaram a comunidade ao atingirem o êxito pessoal.²⁷

d) **Revisão da consciência da sociedade:** para Dworkin a aplicação de medidas mais vigorosas se dariam exatamente por que as mais suaves haviam fracassado, sendo que o objetivo final seria diminuir e não aumentar os critérios de diferença, tais como raça, na vida social. Mas que a reforma na consciência da sociedade, explicitamente a racial, não fora possível por meios neutros, motivos pelos quais as ações afirmativas, em especial as de recorte racial seriam necessárias. Defende o autor:

Numa sociedade pluralista, a condição de membro de um grupo específico não pode ser usada como critério de inclusão ou exclusão de benefícios. Mas a condição de membro de um grupo, como questão antes de realidade social que de padrões formais de admissão, é hoje parte do que determina a inclusão ou a exclusão para nós. Se devemos escolher entre uma sociedade realmente liberal e uma sociedade não liberal, que evita escrupulosamente critérios raciais formais, não podemos recorrer aos ideais do pluralismo liberal para preferir a segunda. (DWORKIN, 2005, p. 441)

A tentativa de se obter algum êxito na inclusão de um grupo, em ações afirmativas que não obedecem a algum critério diferente de admissão para tal grupo, não seria válida, e nos dizeres de Dworkin seria hipócrita, pois, se a ação afirmativa já fora proposta, exatamente, para suprir a falta de um grupo que até então não fora beneficiado, se tal grupo não fosse utilizado como recorte para este critério de admissão, seria inútil a criação de tal ação, pois o acesso continuaria sendo exclusivo e não inclusivo de determinado grupo. Neste aspecto, assevera diretamente sobre o fato

²⁷ Dworkin traz observações sobre a probabilidade de que os beneficiados por programas de ação afirmativa, demonstrada por meio de estudos, de que médicos negros ou hispânicos trabalhem em bairros minoritários, bem como contarem com minorias e pobres entre seus pacientes.

das relações dos critérios raciais e dos critérios sociais, serem sempre trazidas como diferenciais mais justos, abordando a questão especificamente dos negros, de que o uso de tais critérios, não supririam a demanda de acesso dos mesmos, ainda que inicialmente parecesse que o faria. Já que se a ação, no caso racial, estava sendo pensada para suprir um grupo específico de excluídos, não significaria aumento dos mesmos se o critério não fosse racial, neste caso específico da demanda.²⁸

e) **Crítérios sociais para a fixação de cotas:** sobre a afirmação de que as cotas deveriam ser sociais ao invés de raciais, baseada na colocação de que a maioria pobre já era negra e que desta forma os mesmos estariam assistidos pelas políticas, sem a necessidade de se marcar o critério racial para tal inclusão, Dworkin apresentava que ainda que tais critérios fossem admitidos pela afirmação apontada, que a mesma não se configuraria com resultado igual, posto que de fato a maioria da população sendo branca se beneficiaria com o critério social, mas não necessariamente o negro pobre, “embora os candidatos negros sejam desproporcionalmente pobres, a maioria dos candidatos pobres ainda é branca”, sendo que “até os exames fundamentais na neutralidade racial que tivessem como meta a diversidade econômica resultariam em números cada vez menores de negros.”(DWORKIN, 2016, p.565). Observou ainda que, por mais que se afirmasse que somente os negros seriam os beneficiados das ações afirmativas, que na verdade haveria uma maior diversidade desejada nas universidades, seja de classes, atitudes políticas ou culturais. Segundo o autor, os piores estereótipos, desconfianças, temores e ódios ainda seriam baseados na cor e não na classe social e na cultura. Além disso, as ações afirmativas também tinham como objetivo que pela convivência e conhecimento mútuo se desenvolvesse uma admiração e um respeito recíprocos, e os estereótipos seriam anulados por tais fatores. Motivos pelos quais o critério de benefício para os negros deveria ser mantidos.

f) **Reivindicação de outras minorias:** um dos apontamentos trazidos pelos opositores do sistema de reserva de vagas e abordado por Dworkin, seria a possibilidade de se afirmar que havendo alguns grupos beneficiados pelas ações afirmativas, outros grupos ou minorias também poderiam reivindicar tal direito para garantir benefícios iguais ou semelhantes. Mas conforme explana o autor, as cotas foram

²⁸ Dworkin traz como exemplo uma escola de medicina que reservasse as vagas para candidatos em situação de desvantagem, como a pobreza, em teste racialmente neutro, se a escola fizesse a seleção por pessoas que tivessem as melhores notas, com certeza os negros ficariam em desvantagem pois as notas do mesmos seriam inferiores a dos brancos pobres, e explica tal desvantagem pela condição dos negros nos EUA, pelo processo de formação de tal comunidade no país, que ainda não detêm acesso a escolas de níveis melhores em sua totalidade.

concebidas não para atender a todos de forma igualitária, mas sim para suprir um problema de exclusão por discriminação. Para que fosse superada a exclusão, que na maioria dos casos ocorreria com grupos discriminados nacionalmente, o critério de diferencial se aplicasse a um grupo específico e não de forma aleatória à todas as minorias, só pôr o serem, bem como após a superação de tais problemas não haveria mais a necessidade dos critérios diferenciadores. No caso sugerido, as minorias polonesas ou italianas não eram passíveis de ações de integração social somente por serem minorias, visto que os negros são os beneficiários porque a exclusão é um problema nacional e não pelo fato de serem uma minoria afetada pela falta de não igualdade de direitos. Ou seja, a falta de impossibilidade de acesso não se dá por fatores raciais que o impeçam de concorrer em tais nichos (não igualdade de direitos), mas sim porque ainda que haja a possibilidade, a eficácia da mesma não ocorre porque os excluídos, por motivos nacionais, não conseguiram atingir os patamares educacionais que lhes permitiria concorrer em grau de igualdade com os outros. Admitiu que a tentativa de se evitar a consciência de raça mais a destacava, exatamente pelo benefício criado, mas que este era um custo com o qual o programa deviria arcar, até surtir o efeito desejado.

g) **Ação degradante para os beneficiados:** da mesma forma ponderou sobre outro ponto lançado como contrário ao sistema de cotas, que seria a afirmação que os próprios beneficiados, achariam a ação degradante por expor uma desvantagem havida pelo preconceito existente. O autor reforçou que ainda que houvesse esse posicionamento o mesmo não expressava a opinião de toda a população beneficiada, motivos pelos quais não se deveria abrir mão dos benefícios que poderiam advir com o tempo, somente porque, momentaneamente, opiniões divergentes alegassem que as políticas de afirmação não poderiam mudar muito a consciência social sobre determinados grupos. Ressaltou que muitos alunos que eram, ou foram, provenientes desses programas, em especial em escolas de elite, não se sentiram ofendidos ou depreciados por tal fato, sob a alegação de que não teriam acesso a tais instituições se não fossem as ações afirmativas. Dessa forma, julgaram justas as suas inclusões por este meio, bem como afirmaram que tal fato permitia a diversidade racial nessas instituições elitizada, mas que os critérios de acesso deixaram de ser um diferencial ou marcador, quando saíram das instituições, com a mesma formação concedida aos outros que entraram sem os critérios das ações afirmativas. O autor mantém a afirmação de que, ainda que houvessem opiniões sobre ambos os posicionamentos, não se deveria julgar as ações afirmativas como favoráveis para um grupo e injusta a

outros grupos, ou mesmo inconstitucionais.

h) **Redução da qualidade dos padrões educacionais:** Dworkin assinalava também sobre as afirmações de que tais programas, poderiam reduzir a qualidade dos padrões educacionais de ensino, pela permissão de que alunos não qualificados adentrassem nas instituições por critérios menos rígidos de avaliação. Para o autor tal afirmação não se revestia como real se analisados os índices dos outros alunos em comparação com os que foram admitidos pelo sistema de cotas. Posto que para tal, as análises das notas comparadas alocavam os grupos em proximidade de competência, reforçando que ambos foram admitidos por critérios de notas também, não somente porque eram negros ou brancos, sendo que o nível dos últimos se aproximava muito dos que estavam na mesma condição social, sob a comprovação que as notas mais altas sempre eram provenientes de alunos de escolas de elite educacional, que em sua maioria também o era a elite social, qual seja, não haveria a comprovação de que os níveis haviam se modificado com a inclusão de alunos por critérios raciais. “Assim, embora eliminar a ação afirmativa viesse a reduzir muito o número de negros que frequentam escolas seletas, não aumentaria muito as notas médias dos que frequentam.” (DWORKIN, 2016, p.553)

i) **Meios de custeio para a manutenção dos alunos evitando a evasão:** evidenciou também a evasão dos alunos, não porque eram negros, mas porque faltava amparo por meio de ajudas de custo para que os alunos continuassem seus estudos, visto que a maioria das evasões apontava para pessoas que por sua condição econômica precisavam trabalhar para se manterem na universidade. Sobre tal aspecto, registrou que a evasão era grande, por tal fator, independentemente da cor do aluno. E relatou que as escolas mais exigentes, também sendo as mais ricas, conseguiam dar mais suporte financeiro e incentivo a seus alunos, motivo pelos quais a evasão também era menor. Reforçou que tais escolas mantinham programas diferenciados para capacitar seus alunos, em especial os que viessem com alguma defasagem de estudo, e o fazia através de bolsas e de programas de capacitação, visto que para manterem seus índices de excelência e recursos²⁹ se dedicavam a equiparar os alunos e não permitiam a evasão por motivos econômicos ou defasagem educacional.

j) **Meritocracia:** sob as afirmações de que seriam, as ações afirmativas, violadoras do direito do indivíduo de ser julgado por suas qualificações individuais (mérito) ou que

²⁹ Cabe a nota de que as universidades americanas, por meio de programas diversos, podem receber verbas de instituições, pessoas físicas ou jurídicas para desenvolverem projetos de pesquisa, por isso a nota de manterem a excelência como forma de garantirem esses aportes financeiros.

atendiam a critérios excludentes, especialmente educacionais, respondeu o autor que as instituições educacionais tinham por dever escolher seu corpo discente, pensando exatamente no retorno que este traria para a mesma, bem como dos resultados que dariam para a sociedade.

Dworkin afirma que,

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 nos casos 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 docentes e discentes. Não é preciso que sejam metas econômicas, sociais ou políticas em sentido restrito: pelo contrário, esperamos que todas as nossas instituições educacionais, e em especial as mais bem financiadas e as mais prestigiadas, contribuam para a ciência, as artes e a filosofia, cujo progresso faz parte de nossa responsabilidade pública coletiva, e selecionem alunos e professores com essa meta em mente. (DWORKIN, 2016, p. 569)

k) Acesso pela individualidade e não pela raça: sobre o fato de terem os cidadãos o direito de serem julgados por sua individualidade e não por raça ou como membros de um grupo, rebatia o autor afirmando que ninguém era excluído ou aceito somente por conta de sua raça. Visto que outros critérios também eram utilizados, tais como a nota de aprovação necessária, e que isto fazia parte de qualquer sistema de concorrência (uso de testes de inteligência, aptidões, testes físicos). Contudo, quando a raça era o critério excludente isso deveria ser analisado mais profundamente e, se necessário usado como fator de diferencial de acesso. Pois a discriminação racial expressava desprezo e era profundamente injusto e prejudicial, ser condenado por características naturais. Sendo, portanto, a discriminação racial muito destruidora, posto que roubava não somente oportunidades e perspectivas, mas sim porque prejudicava inclusive a construção de projetos e esperança de vida. Em nome da discriminação, porém, não se poderia usar a não aplicação de critérios raciais, na busca exata de se conter o racismo sob tal alegação. Portanto, ainda que o critério racial não devesse ser um fator fixo para políticas públicas, também não poderia ser utilizado como protetor do racismo, exatamente sob a alegação que tais políticas aumentavam o racismo e não o diminuam. Por fim, proteger o racismo pelo racismo não seria o ponto mais justo ao se falar em permissão de acesso a indivíduos discriminados. Ser avaliado como indivíduo em caso de admissão e universidade e não ser julgado como membro de um grupo, também remonta ao fato de que em qualquer processo de admissão se vale de generalizações sobre grupos, justificadas apenas estatisticamente,

como exemplo demonstrava que notas de cortes são utilizadas para garantirem alguns acessos. E os que não as atingissem nem mesmo poderiam competir em determinados processos, sendo que as notas obtidas nos testes eram um critério de verificação, seja inteligência ou capacidade desejada. Mas esse julgamento, ainda que estatisticamente verdadeiro, não seria válido para todos os indivíduos, pois a avaliação como indivíduo também poderia ser desqualificada neste tipo de apresentação, visto que a aplicação de uma regra estatística estaria também a prejudicar aqueles que dentro da escala de valores não obtiveram a nota para a provação. Se a individualidade fosse o critério único de avaliação, então todos os que se sentissem prejudicados pela aplicação do critério de inteligência poderiam se utilizar do preceito constitucional do respeito a tal individualidade, o que não se faria muito justo, por isso, a necessidade de averiguação de quais critérios seriam aplicados e o motivos de tais aplicações.

l) **Ofensa a igualdade de proteção constitucional:** alerta o teórico não haver qualquer transgressão individual à cláusula de igual proteção, a não ser que o motivador seja resultante de uma vulnerabilidade do indivíduo motivada, especialmente, pelo preconceito, hostilidade, estereótipos e a conseqüente diminuição, por tais fatores, de sua cidadania. A constitucionalidade da cláusula não garante que todos os cidadãos terão benefícios iguais em todas as decisões políticas, visto que ela somente garante o tratamento igualitário, como igual consideração e respeito em deliberações e processos políticos que resultem de tais decisões. Ao se verificar quais foram os motivadores da criação das leis de ações afirmativas, sob o enfoque de quais seriam os grupos beneficiados e porque os mesmos foram estabelecidos nesta condição, qual seja, a razão pelo que se permitiu a proteção legal de um grupo específico, em suposto detrimento do restante. Reconhece-se, também, que a cláusula de igual proteção foi mantida, pois a exceção só se estabeleceu por meio das ações afirmativas, já que havia um grupo de indivíduos que não estava sendo tratado com igual consideração.

m) **Interesse geral da sociedade:** para Dworkin a desvantagem, ou diferencial de critério, utilizado por meio de ações afirmativas, somente poderia ser permitida para proteger um interesse muito maior, e comprovada por meio de uma utilidade nacional que permitisse tal motivação. Explanou que ainda fossem lamentáveis as expectativas frustradas de indivíduos por alguns programas postos em prática, quando os mesmos atendem à interesses mais gerais para a sociedade deveriam ser vistos sobre outra ótica. Não estava falando em dividir as culpas por questões históricas, onde os indivíduos deveriam arcar com o ônus das mesmas, mas sim que na distribuição de

recursos escassos, a justiça as vezes solicitava que algumas práticas fossem implementadas até mesmo para surtirem maior benefício aos grupos que eram discriminados ou excluídos somente por suas condições, em benefício de melhor adequação da sociedade. Motivos pelos quais também reforçou o autor que estas ações deveriam ter prazos para sua verificação (através de estudos que pudessem comprovar o resultado dos objetivos que lhes dera início). Bem como a limitação das mesmas até o alcance dos objetivos propostos, para que ao final dos mesmos fossem suspensas, ou se não cumpridas em sua integralidade, fossem mantidas. Cabe neste momento da explanação, mobilizar um apontamento sobre alguns argumentos contrários as ações afirmativas, trazido por Dworkin que reflete o pensamento do mesmo sob alguns aspectos discutidos e que falam por si,

Evidentemente, a ação afirmativa tem seu preço - tanto para os candidatos brancos decepcionados quanto para os negros bem-sucedidos que se ofendem com qualquer desconfiança de que precisam de uma preferência especial para ter êxito - e, sem dúvida, essa política vem provocando mais ressentimentos, em geral, mesmo que a escala desses ressentimentos continue incerta. Mas o preço moral e prático de proibi-la seria muito mais alto. A discriminação racial sistemática do passado gerou uma nação na qual os cargos de poder e prestígio sempre ficaram reservados para uma só raça. Não foi um ato irresponsável os críticos se oporem a ação afirmativa, argumentando que faria mais mal do que bem, quando as consequências da política ainda eram incertas. [...] não temos motivos para proibir a ação afirmativa, como uma arma contra nossa deplorável estratificação racial, exceto nossa indiferença ao problema, ou nossa ira petulante por ela não ter desaparecido sozinha. (DWORKIN, 2016, p. 579)

n) **Pluralidade nas universidades e distribuição de cargos de poder:** segundo Dworkin além dos benefícios da pluralidade, por meio do acesso de discentes e, conseqüentemente, docentes, nas universidades, ocorridos por meio pelas ações afirmativas, também se deveria deter a importância e talvez, para o autor, fosse essa maior até do que o aumento da diversidade, no fato que mais indivíduos dos grupos excluídos estariam adentrando em nichos até então não regulares para estes, como os cargos de governo, da política, da direção de empresas, ou profissões elitizadas, incentivando com isso que outros (em igual posição de desigualdade), pelo despertar da autoestima, os validassem como modelos. Sendo a distribuição de cargos e poderes, que as ações afirmativas possibilitavam, para Dworkin, se revestiam de maior importância. Reforçando que tais critérios não deviam ser tidos como reparação de danos de uma raça sobre a outra, mas sim como modo de se permitir acesso a quem estava fora dos meios sociais, por discriminação, visando a integração de todos, independentemente de raça.

A ação afirmativa é um empreendimento voltado para o futuro, e não retroativo, e os alunos minoritários a quem ela beneficia não foram, obrigatoriamente, vítimas, individuais, de nenhuma injustiça do passado. As grandes universidades esperam educar mais negros e outros alunos minoritários, não para compensá-los por injustiças passadas, mas para proporcionar um futuro que seja melhor para todos, ajudando-os a acabar com a maldição que o passado deixou sobre todos nós. (DWORKIN, 2016, p. 606)

Uma afirmação do autor reflete e sintetiza seu pensamento sobre a importância das ações afirmativas, quanto ao posicionamento de vários tribunais favoráveis a mesmas. Perfazendo-se no reconhecimento pelos tribunais, por meio de suas decisões, da necessidade de manutenção da autonomia das universidades para poderem instituí-las, como uma iniciativa educacional essencial. Em especial pela compreensão desses tribunais de que as políticas educacionais eram formas de se possibilitar o acesso e a união, tendo como objetivo nacional a igualdade de todos, independente de origem e raça, “e a promessa nítida de uma política educacional que possa nos ajudar a alcançar caso realmente o queiramos, uma união mais perfeita.” (DWORKIN, 2016, p. 607)

Dworkin defendeu que não era porque determinadas escolhas fossem de difícil realização que não deveriam ser postas em prática, posto que mesmo que fossem difíceis de administração, o resultado deveria ser buscado para que se pudesse possibilitar algum êxito ao final. No caso das ações por cotas raciais se as mesmas se tratavam da única esperança substancial para se introduzir mais indivíduos em determinados meios, quer os educacionais, profissionais ou mesmo políticos que os mesmos deveriam ser buscados, sob pena de se estar renunciando a uma chance de se combater certa injustiça presente para se obter proteção, contra abusos especulativos. Sendo que estes abusos não poderiam ser piores do que a injustiça a qual se estaria rendendo.

1.4. Autores que contribuem para o debate sobre justiça distributiva

Como pontuado por Nozick (2009, p.228), pela grandiosidade da obra de Rawls, “os filósofos da política hoje tem ou de trabalhar no seio da teoria de Rawls ou de explicar porque razão não o fazem”, motivo pelos quais alguns destes se puseram a rever a teoria da justiça como equidade, para poderem contrapô-la ou mesmo acrescentar suas ideias na intenção de aprimorá-la ou completá-la, dentre estes temos Sen.

De acordo com Gargarella (2014), para Sen, a proposta igualitária não deveria se concentrar em igualdade de bens primários, como na teoria de Rawls, nem em igualdade

de recursos, como na teoria de Dworkin, mas sim em uma igualdade que deveria ocorrer de preferência na capacidade de cada sujeito converter ou transformar esses recursos em liberdades. Segundo o autor, Sen entende que “enfoques como os de Rawls ou Dworkin estão afetados por um “fetichismo” sobre a ideia de bens à qual recorrem” (GARGARELLA, 2014, p. 74), levando-os a se preocuparem com determinados bens e excluindo o significados desses bens para indivíduos diferentes.

Gargarella (2014) assevera que para entender a teoria de Sen é necessário dissecar a ideia de capacidade que o mesmo defende, e afirma que as observações dele são muito importantes na busca de um maior aprimoramento nas teorias igualitárias. Sendo que assim apresenta as capacidades:

Quando Sen sugere que uma teoria igualitária deve concentrar sua atenção nas capacidades básicas das pessoas, quer dizer que essa teoria deve prestar atenção privilegiada aos diferentes “desempenhos” (functionings) dos indivíduos. A capacidade de uma pessoa, de acordo com a opinião, vem conjugar os distintos desempenhos que alguém pode atingir: ter certa capacidade é ser capaz de atingir uma serie de “desempenhos”. (GARGARELLA, 2014, p. 74)

Para Sen (2001) mais importante que se discutir “o porquê da igualdade” é se discutir “igualdade de que?”, pois as pessoas podem ter os mesmos pacotes de bens ou recursos como defendido por Rawls ou Dworkin, mas mesmo assim não terem as mesmas condições de utilizá-los, sendo que isto pode se dar por vários fatores tais como classe, sexo e outros.³⁰

Sen (2010), em sua obra *Desenvolvimento como Liberdade*, afirma que as liberdades dependem também de outros determinantes, como disposições sociais e econômicas, tais como saúde e educação, sendo que a liberdade é o que o desenvolvimento promove. Em contrapartida o mesmo também deve ser visto como uma expansão de liberdades.

O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômica e destituição social sistemática, negligência dos serviços público e intolerância ou interferência excessiva dos Estados repressivos. [...] Às vezes a ausência de liberdade substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter a nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado[...] Em outros casos, a privação de liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social, como por exemplo a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação[...] em outros casos a violação da liberdade resulta

³⁰ Em **Desigualdade Reexaminada**, Sen discorre sobre questões envolvendo grupos vulneráveis, mas não apresenta uma concepção de igualdade que permita a eliminação ou diminuição das consequências de exclusão, retornando a discussão sobre a desigualdade em razão da pobreza (BRITO FILHO, 2014, p. 55)

diretamente de negação de liberdades políticas e civis. (SEN, 2010, p. 17)

Segundo o autor, as liberdades não são somente os fins primordiais do desenvolvimento, mas também os meios principais para tal, sendo que ressalta que as oportunidades sociais na forma de serviços de educação e saúde facilitam a participação econômica. Isso permitiria que os indivíduos, mediante oportunidades adequadas, moldaram suas vidas, “Quanto mais inclusivo for o alcance da educação básica e dos serviços de saúde, maior será a probabilidade de que mesmo os potencialmente pobres tenham uma chance maior de superar a penúria” (SEN, 2010, p.123).

Para Sen (2010), o investimento em educação é de suma importância para o desenvolvimento humano, sendo inclusive um dos pilares para o avanço econômico das nações. Visto que ao transformar e possibilitar o desenvolvimento das capacidades individuais, torna-se possível a expansão das autonomias e da liberdade do indivíduo. Cabendo ao Estado o dever de fortalecer, promover e proteger políticas públicas que assegurem o direito à educação. A privação de qualquer um desses recursos: educação, saúde, nutrição, habitação, resulta em uma mitigação de liberdade e na impossibilidade do desenvolvimento pleno do indivíduo ou mesmo do Estado. Na educação encontra-se a maior fonte geradora de instrumentos que permitem a capacitação dos indivíduos e o desenvolvimento de suas integralidades como detentores de direitos. Não só pela possibilidade de se afastarem das zonas de pobreza material, mas também pela possibilidade de desenvolverem suas liberdades e reivindicarem direitos inerentes a sua condição como cidadão, como agentes promotores da própria realização individual e da nação.

Segundo Reymão e Cebolão (2017), Sen e Dréze na obra *Glória incerta: a Índia e suas contradições* (2015), pontuam que a privação da educação, ou a transferência da responsabilidade dessa para instituições privadas, não pode ser objeto de escolha do Estado, pois cabe a este o papel de mantenedor da função pública de ofertar educação, como uma das formas de garantir o pleno desenvolvimento dos indivíduos, encontrando-se na educação pública de qualidade uma forma de se garantir a liberdade dos mesmos, sendo o investimento estatal em políticas públicas educacionais uma necessidade para a efetivação das liberdades e da equidade social preceituadas por Sen.

Dworkin (2016) respondeu às críticas de Sen, afirmando que as pessoas querem recursos para aperfeiçoarem suas capacidades, para aumentarem seu poder de fazerem o que querem (funcionamento), sendo que para atingir os funcionamentos bastaria distribuir os recursos simetricamente e descobrir dispositivos (como o mercado hipotético de seguros) para amenizar as diferenças de recursos pessoais. “Se

entendermos a igualdade de capacidades dessa forma, ela não é uma alternativa à igualdade de recursos, mas apenas o mesmo ideal com outra terminologia” (DWORKIN, 2016, p. 426).

Brito Filho (2014) entende que a teoria de Sen é uma complementação da teoria de igualdades de recursos de Dworkin, ao permitir a inclusão de um elemento que faz com que a distribuição de recursos seja mais igualitária, pelo reconhecimento de que pessoas em situações peculiares³¹, ou mesmo pertencentes a grupos vulneráveis, precisam de condições adicionais com o mesmo pacote de recursos (bens distribuídos), para realizarem as ações necessárias com o fim de alcançarem seus projetos de vida, ou suas concepções de bem.

Honneth (1992), também contribui para este debate quando através de sua obra *Luta por reconhecimento – a gramática moral dos conflitos sociais*, traz para o plano da argumentação a questão da justiça sobre o cunho psicológico do indivíduo que busca distribuição de recursos, liberdade e igualdade. Para o autor, a questão da justiça no seu ponto central não é a distribuição econômica, mas sim a do reconhecimento, ou identidade do indivíduo. Pontua que a identidade de cada um é construída pela aceitação ou reconhecimento do outro (de si por si e do outro por si). Se um grupo ou um indivíduo não tem sua identidade, seu modo de ser, respeitado, isso, automaticamente, configura uma situação de injustiça, ou de não liberdade.

Segundo Honneth (2003) com os meios construtivos da psicologia social de Mead³² foi possível dar à teoria hegeliana da “luta por reconhecimento” uma inflexão materialista, tendo por ponto de partida para sua teoria da sociedade os escritos de Jena do jovem Hegel e o pragmatismo de Mead, afirmando que:

A reprodução da vida social se efetua sob o imperativo de um reconhecimento recíproco porque os sujeitos só podem chegar a uma autorrelação prática quando aprendem a se conceber, da perspectiva normativa de seus parceiros de interação, como seus destinatários sociais. No entanto, uma tese relevante para a explicação disso só resulta dessa premissa geral se nele é incluído um elemento dinâmico: aquele imperativo ancorado no processo da vida opera como uma coerção normativa obrigando os indivíduos à delimitação gradual do conteúdo do reconhecimento recíproco, visto que só por esse meio eles podem conferir expressão social às pretensões de sua subjetividade, que sempre se regeneram. Neste sentido, o processo da individualização, decorrendo no

³¹ O autor aponta como exemplo, mulheres grávidas, que precisam de condições especiais para realizar suas ações necessárias para cumprir seus planos de vida. Neste caso, aponta a licença-maternidade e a estabilidade provisória da gestante como exemplo dessas condições adicionais. (FILHO, 2014, p. 57)

³² Mead filósofo pragmatista americano que desenvolveu o pensamento denominado como interacionismo simbólico. Para este somente poderia existir um sentido de “eu” se houvesse um senso correspondente de um “nós”. A teoria de Mead é fundamental para Honneth pois está vinculada ao contexto da vulnerabilidade moral, ou seja, a possibilidade de se evitar os danos que o self possa sofrer na formação da identidade pessoal.

plano da história da espécie, está ligado ao pressuposto de uma ampliação simultânea das relações de reconhecimento mútuo. [...] são as lutas moralmente motivadas de grupos sociais, sua tentativa coletiva de estabelecer institucional e culturalmente formas ampliadas de reconhecimento recíproco, aquilo por meio do qual vem a se realizar a transformação normativamente gerida das sociedades. (HONNETH, 2003, p. 155-156)

Prossegue afirmando que nas sociedades modernas, com o aumento das pretensões individuais, as propriedades universais das pessoas também foram se ampliando, e que com a luta por reconhecimento novos pressupostos devem surgir para a formação racional da vontade. As relações pela estima social também estão sujeitas a uma luta permanente, pois diversos grupos procuram se elevar e ter reconhecidos seus direitos e diferenças.

Nas ciências do direito, tornou-se natural nesse meio tempo efetuar uma distinção dos direitos subjetivos em direitos liberais de liberdade, direitos políticos de participação e direitos sociais de bem-estar; a primeira categoria refere-se aos direitos negativos que protegem a pessoa de intervenções desautorizadas do Estado, com vista à sua liberdade, sua vida e sua propriedade; a segunda categoria, aos direitos positivos que lhe cabem com vista à participação em processos de formação pública da vontade; e a terceira categoria, finalmente, àqueles direitos igualmente positivos que a fazem ter parte, de modo equitativo, na distribuição de bens básicos. (HONNETH, 2003, p. 189)

A linguagem cotidiana, segundo Honneth (2003, p.213), expressa os padrões ou a negatória do reconhecimento, pois na autodescrição dos que se veem maltratados se revelam e “desempenham até hoje um papel dominante categorias morais, como as de *ofensa* ou de *rebaixamento*, e se referem a formas de desrespeito ou de reconhecimento recusado”. E ressalta que os conceitos negativos dessa espécie demonstram um comportamento que não só representam uma injustiça porque incomodam os sujeitos em sua liberdade ou lhes inflige danos, e que tais comportamentos lesionam as pessoas na compreensão positiva que elas têm de si mesmas. De acordo com o autor, toda conquista de direitos é fruto de uma luta contra um desprezo concreto, e só quando as pessoas que sofrem esse mesmo desprezo articulam suas experiências de discriminação é que são capazes de reivindicar respeito.

No entendimento de Fraser (2006), o reconhecimento, se converteu em uma palavra chave do nosso tempo, como forma de se conceituar os debates atuais acerca de identidade e da diferença, sendo utilizados em diversas reivindicações políticas e, tendo por pano de fundo inúmeros assuntos, desde demandas que abordem reivindicações territoriais indígenas, trabalho das mulheres e uniões homo afetivas. Segundo a autora a “luta por reconhecimento” na atualidade cobra novos atributos “a medida que um capitalismo, rapidamente globalizador, acelera os contatos

transculturais, fragmentando esquemas interpretativos, pluralizando os horizontes de valor e politizando identidades e diferenças”. (FRASER, 2006, p. 13)

Prossegue dizendo que no mundo atual, as reivindicações de justiça social estão divididas em dois tipos, estando de um lado as reivindicações distributivas, que pretendem uma distribuição mais justa de recursos e riquezas e, de outro, a política de reconhecimento³³, por um mundo que aceite as diferenças através da integração da maioria, em que a assimilação das normas culturais dominantes não seja mais o preço de um respeito igual. Propõe que ambas as reivindicações, quer a de distribuição, quer a de reconhecimento, que refletem o discurso de justiça social atual, na prática, não se encontram em lados tão distintos ou opostos, e que talvez o ideal fosse uma política programática que pudesse integrar as duas correntes, se valendo do melhor da política de redistribuição, bem como do melhor da política de reconhecimento, para uma vivência mais harmônica em tempos de tantas pluralidades, diferenças e poucos recursos.

[...] Minha tese geral é que a justiça exige redistribuição e reconhecimento. Separadamente, nenhum dos dois é suficiente. No entanto, assim que abraçamos essa tese, a questão de como combinar os dois aspectos assume uma importância máxima. Eu defendo que os aspectos emancipatórios dos dois problemas devem ser integrados em uma única estrutura global. Do ponto de vista da teoria, a tarefa é conceber uma concepção bidimensional de justiça que possa integrar tanto as reivindicações defensáveis de igualdade social quanto o reconhecimento da diferença. Na prática, a tarefa é conceber uma orientação política programática que possa integrar o melhor das políticas de redistribuição com as melhores políticas de reconhecimento. (FRASER e HONNETH, 2006, p.13-19, tradução nossa)

De acordo com Fraser (2006), o reconhecimento designa uma relação recíproca ideal entre os sujeitos, em que cada um vê ao outro como seu igual e também como separado de si. Sendo tal relação constituída da subjetividade, onde um se converte em sujeito individual só em virtude de reconhecer o outro sujeito e ser reconhecido por ele. O reconhecimento então se atém a uma auto-realização, onde ser reconhecido por outro sujeito é condição necessária para se alcançar uma subjetividade plena e sem distorção, de tal forma, que negar o reconhecimento a algum indivíduo é privá-lo de um pré-requisito básico da prosperidade humana. Preconiza a autora que se conceba o reconhecimento, ao contrário de Taylor e Honneth, como uma questão de justiça,

³³ Segundo Fraser se pode classificar Rawls e Dworkin como os defensores da primeira corrente de reivindicações, através de suas teorias de justiça distributiva, trabalham a ideia de liberdade e igualdade nas democracias sociais, e aloca Honneth e Taylor como os da segunda corrente. Alguns pesquisadores do tema entendem que a equiparação de Honneth e Taylor sobre a mesma corrente de defesa de reconhecimento, como defendida por Fraser, não se perfaz de todo devida, sendo que o próprio Honneth se manifesta neste sentido ao afirmar que algumas divergências entre seu pensamento e o de Fraser são exatamente por igualá-lo a outros, no caso, Taylor.

Deveríamos dizer, por outro lado, que é injusto que a alguns indivíduos e grupos seja negado o status de interlocutores plenos na interação social como consequência apenas de padrões institucionalizados de valor cultural em cuja elaboração eles não participaram em pé de igualdade e que depreciam suas diferentes características ou as características distintas a elas associadas. (FRASER, 2006, p.36 - tradução nossa)

Segundo Fraser (2006), se os padrões institucionalizados consideram os atores como iguais e capazes de participarem em paridade com os outros na vida social, podemos falar em reconhecimento recíproco e igualdade de status. Entretanto, por outro lado, quando os padrões de valor cultural consideram alguns atores como inferiores, excluídos, totalmente diferentes ou simplesmente invisíveis, qual seja, fora da categoria de interlocutores plenos na interação social. Estamos falando de reconhecimento errôneo ou subordinação de status, conseqüentemente teríamos uma violação da justiça, pelo impedimento de se participar em pé de igualdade da vida social.

As reivindicações de reconhecimento, que não são orientadas para reparar um dano físico, mas, antes, para a superação da subordinação, tentam converter a parte subordinada em copartícipe pleno da vida social, capaz de interagir com outros em situações de igualdade. Ou seja, pretendem desinstitucionalizar os padrões de valores culturais que impedem a paridade de participação e substituí-los por padrões que a favoreçam (FRASER, 2006, p. 37, tradução nossa)

Temos então que ao abordarem o tema do reconhecimento, Honneth e Fraser, agregam mais valores ao debate sobre igualdade e liberdade, ao permitirem que a estes dois ideais políticos se agregue mais um diferencial, o respeito recíproco, como necessidade de boa existência do indivíduo consigo mesmo, com o outro e perante a coletividade. Sob o entendimento que a igualdade e o reconhecimento existente em normativas legais (esfera jurídica) muitas vezes podem não significar o reconhecimento como grupo social, por isso a luta constante como forma de efetividade de reconhecimento. Sendo que o progresso social se dá exatamente por essa luta por reconhecimento, onde o desrespeito é a base do movimento político para o estabelecimento do reconhecimento ou para consolidar novos direitos. Segundo Honneth (2003) o reconhecimento não é só de um grupo, posto que isso seria uma visão limitada, mas sim abarcaria todas as demandas sociais, inclusive a redistribuição, já que mesmo esta também pressupõe o reconhecimento para ocorrer.

2. A DISCUSSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS PARA O ENSINO SUPERIOR

“Me entristece o quanto fomos deixando de escutar. Deixamos de escutar as vozes que são diferentes, os silêncios que são diversos. E deixamos de escutar não porque nos rodeasse o silêncio. Ficamos surdos pelo excesso de palavras, ficamos autistas pelo excesso de informação. A natureza converteu-se em retórica, num emblema, num anúncio de televisão. Falamos dela não a vivemos. A natureza, ela própria, tem que voltar a nascer. E quando voltar a nascer teremos que aceitar que a nossa natureza humana é não ter natureza nenhuma. Ou que, se calhar, fomos feitos para ter todas as naturezas.”

(Mia Couto em “Pensatemos”)

Para um melhor entendimento da discussão sobre o sistema de cotas do ensino superior, que resultou na Lei 12.711/2012, a qual instituiu a forma para o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio, incentivando também, pela regulamentação do Supremo Tribunal Federal, que as universidades públicas estaduais, dentro de suas autonomias, estabelecessem seus próprios sistemas de cotas, necessária se faz uma abordagem da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186 DF, posto ser por meio da mesma que o assunto de cotas³⁴ em instituições superiores foi abordado e discutido

³⁴ Anterior a discussão no Supremo já havia o projeto de Lei PL 73/1999 de autoria da deputada Nice Lobão (PFL/MA) proposto em 24/02/1999 que dispunha sobre o ingresso nas universidades federais e estaduais com pedido de reserva de vagas a serem preenchidas mediante seleção de alunos nos cursos de ensino médio (cota universitária), tal projeto foi remetido ao Senado em 25/11/2008, passando a tramitar como PL 180/2008 naquele órgão. Em consulta a ambos os órgãos, visto não haver documentos sobre os debates havidos nas duas casas, nem mesmo notas taquigráficas sobre tais debates, os respectivos órgãos informaram que as discussões constam somente em áudio, não havendo sido transcritas em notas taquigráficas. Por este motivo não houve a possibilidade de acesso aos debates havidos nas duas casas (Câmara e Senado) e mesmo a verificação se as partes que compuseram a ADPF186 estiveram presentes nos mesmos. O debate no Senado findou-se com a promulgação da Lei 12711/2012 após a discussão havida sobre a constitucionalidade do sistema de reserva de vagas estabelecida no Supremo através da ADPF 186. Cabe a nota que quando da discussão nas casas legislativas houve a apresentação por ambos os posicionamentos através de cartas públicas assinadas por várias personalidades quer da educação, cultura ou arte. As cartas encaminhadas pela oposição as cotas são “Todos tem direitos iguais na república” entregue em 26/05/2006 aos senadores e deputados e “Cento e treze cidadãos antirracistas contra as leis raciais”, sendo que a última carta foi entregue em 29/08/2008 ao Ministro Presidente do Supremo Gilmar Mendes, e expressava apoio a inconstitucionalidade das cotas raciais (relativa ao ProUni e ao vestibular as universidades estaduais do Rio de Janeiro). A delegação para a entrega da mesma era composta, dentre outros, pela professora emérita da FFLCH da Universidade de São Paulo, Eunice Durham; Helda Castro de Sá, coordenadora da Associação dos Caboclos e Ribeirinhos da Amazônia; Yvonne Maggie, professora titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), e Francisco Johny Rodrigues Silva, coordenador do Fórum Afro da Amazônia. Uma vez publicada, a carta recebeu a adesão de 4163 pessoas. A carta-manifesto em favor das cotas intitulada “Manifesto em favor das leis de cotas e do estatuto da igualdade social” foi encaminhada aos deputados e senadores em 06/06/2006.

pelos interessados, sociedade civil e órgãos públicos.

2.1.A Judicialização das relações sociais e da política

Ao analisarmos a discussão sobre as cotas, percebe-se que o primeiro questionamento está envolto na discussão sobre cotas socioeconômicas ou raciais, que se iniciaram *a priori* dentro das duas casas legislativas, como devido ao assunto. Contudo, foram desaguar no Judiciário e como bem contextualizado pelo Ministro relator em seu voto, tal assunto já se fazia presente no legislativo e no judiciário há mais de uma década, havendo decisões e posicionamentos diversos sobre estes assuntos em ambos os poderes. Vianna (1999) em sua obra *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil* possibilita um possível entendimento sobre este aspecto ao afirmar que o Judiciário distante anteriormente da agenda pública e dos atores sociais se mostrou uma instituição central à democracia brasileira, quer pela intervenção no âmbito social ou mesmo no que se referia à sua expressão política. Prossegue o autor afirmando que na atualidade a igualdade e as agendas dos direitos tornaram-se dominantes no plano político e na vida social sendo muitas vezes acionadas através das vias judiciais como modos de resolução dessas demandas, “É, portanto, a agenda da igualdade que, além de importar a difusão do direito na sociabilidade, redefine a relação entre os três Poderes, adjudicando ao Poder Judiciário funções de controle dos poderes políticos.” (VIANNA, 1999, p.21). Dado que a lei por natureza nasce no Poder Legislativo, mas que precisa do acabamento do Poder Judiciário, quando acionado pela sociedade civil ou pelas instituições, para a completar ou esclarecer o sentido das legislações que surgem, o Judiciário passa a cumprir uma função de “quase” legislador: “Assim, o Poder judiciário seria investido, pelo próprio caráter da lei no Estado Social, do papel de “legislador implícito”. (VIANNA, 1999, p. 21)

Do *welfare* ao *Welfare State*, o tema da igualdade ter-se-ia deslocado dos lugares de formação da opinião na sociedade civil e nos seus núcleos de representação no Parlamento para os do Estado ampliado do corporativismo moderno. Exercer, nesse contexto, controle sobre a agenda igualitária e sobre as suas repercussões sociais dependeria, então, de o Poder Judiciário exercer jurisdição sobre a forma de comunicação nelas dominante – que é a do direito-, erigindo-se em um “terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador.” Nesse sentido -, pode-se sustentar que é essa agenda que está na raiz do processo, indubitavelmente não linear, de transformação universal do Poder Judiciário

em agenda de controle da vontade do soberano, permitindo-lhe invocar o *justo contra a lei*. (CAPPELLETTI apud VIANNA, 1999, p. 21)

Segundo Vianna (1999) com a positivação dos direitos fundamentais, na esfera pública contemporânea, teria se perdido a nitidez existente da fronteira, entre a política e o direito. Posto que na maioria das constituições atuais com o estabelecimento de princípios que positivaram os direitos fundamentais, se redefiniu a relação entre os três poderes e o Poder Judiciário foi incluído no espaço da política. Com o surgimento o Judiciário “como uma alternativa para a resolução dos conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania.” (VIANNA, 1999, p.22) Vianna cita Dworkin ao afirmar que para este teórico os magistrados aparecem na sociedade contemporânea como empenhados em abrir caminhos, por meio de decisões exemplares, visando realizarem o justo.

As novas relações entre direito e política, muito particularmente por meio da criação jurisprudencial do direito, seriam tomadas como, além de inevitáveis – diagnóstico mais forte em Cappelletti do que em Dworkin-favoráveis ao enriquecimento das realizações da agenda igualitária, sem prejuízo da liberdade. Especialmente neste eixo, valoriza-se o juiz como personagem de uma *intelligentzia* especializada em declarar como direito princípios já admitidos socialmente- vale dizer, não arbitrário – e como intérprete do justo na prática social.”. (VIANNA, 1999, p. 24)

Prossegue afirmando que o reconhecimento do poder judiciário, nas democracias contemporâneas, como instituição estratégica, não se limitando o mesmo a mero declarante do direito e impondo-se aos demais poderes, “como uma agência indutora de um efetivo *checks and balances* e da garantia da autonomia individual e cidadã”. (VIANNA, 1999, p. 21). O autor se utiliza de Garapon para afirmar que a invasão da sociedade e da política pelo direito, criando um gigantismo do judiciário, coincide com a falta de estímulo para um agir orientado para os fins cívicos, permitindo que a lei e os juízes se tornassem a esperança de indivíduos socialmente perdidos e isolados. Neste pensar, tal situação seria o reflexo do esgarçamento dos vínculos sociais, próprio da sociedade contemporânea, e o judiciário cumpria o papel de devolver à sociedade um sentimento de justiça, “a judicialização da política e do social seria, então, um mero indicador de que a justiça se teria tornado um “último refúgio de um ideal democrático desencantado”. (GARAPON apud VIANNA, 1999, p. 25). O judiciário teria passado então a ser uma expectativa confiável na busca pela igualdade, assumindo o lugar da política na falta desta, no entendimento do indivíduo desacreditado da mesma. Teríamos

então que “a justiça se torna um lugar em que se exige a realização da democracia” (GARAPON apud VIANNA, 1999, p. 149)

Para Vianna “a crescente invasão do direito na organização da vida social se convencionou chamar de judicialização das relações sociais” (VIANNA, 1999, p. 149), “pela própria incapacidade do legislativo e do executivo de fornecerem respostas efetivas à exploração das demandas sociais por justiça” (VIANNA, 1999, p. 149).

A emergência do judiciário corresponderia, portanto, a um contexto em que o social, na ausência do Estado, das ideologias, da religião, e diante de estruturas familiares e associativas continuamente desorganizadas, se identifica com a bandeira do direito, com seus procedimentos e instituições, para pleitear as promessas democráticas ainda não realizada na modernidade. (VIANNA, 1999, p. 149)

Para o autor uma agenda igualitária e a busca dos indivíduos ou de grupos por direitos, regulamentação de comportamentos e de reconhecimento de identidades, é que teria dado origem ao processo de judicialização das relações sociais. Permitindo então que o direito surgisse como uma forma efetiva para a consolidação da cidadania e para a ideia de bem-comum. No Brasil o protagonismo do judiciário se tornou perceptível posto que passou a decidir questões que antes da CF 88 seriam discutidas e decididas nas casas legislativas por membros eleitos pela população. São exemplos de tal atuação as decisões judiciais sobre assuntos como a experiência com células tronco, as uniões homoafetiva, as demarcações de terras indígenas, a discriminação do aborto, as ações afirmativas de recortes raciais e sociais e mesmo decisões sobre mandatos legislativos. Teríamos então a evidenciação do caráter contramajoritário dos órgãos judiciais, onde os integrantes não são eleitos por voto popular, mas podem invalidar decisões de órgãos que exercem mandatos eletivos.

Segundo Vianna (2008) a judicialização política não é derivada de uma orientação dos juízes, mas resultante de uma sociedade capitalista, que põe o direito, com seus procedimentos e instituições no centro da vida pública, e, nesse preciso sentido, ela já é parte constitutiva das democracias contemporâneas.

Para Avritzer e Marona (2017) há um movimento que converge no aumento da participação cidadã no Brasil e no protagonismo do Poder judiciário, em especial no que tange aos direitos sociais, coletivos e difusos, se estabelecendo como um pretenso aprofundamento da democracia. Porém, para estes autores a autonomia das instâncias judiciais adquiriram uma espécie de “pretorianismo” sobre as instituições políticas e de fato implicam, segundo estes em um risco para a democracia. Para estes, o judiciário ao

mediar a cidadania estaria disputando a representação do interesse público, não sendo tal fato um fenômeno somente brasileiro, mas existente no âmbito mundial, e que traz à tona a questão do intervencionismo do judiciário, como forma de garantir de maneira mais efetiva os direitos dos cidadãos. Para esses autores, seguindo o entendimento de Vianna e Garapon, no caso brasileiro a questão se estabelece pela desconfiança em relação as tradicionais instituições representativas, em especial a legislativa, permitindo que o cidadão veja no judiciário uma forma de efetivação de sua representação e reconhecimento de direitos.

Há momentos, como de defesa das minorais contra a discriminação, a proteção da liberdade de manifestação e de opinião, a proteção do mínimo existencial, verdadeiras condições para o exercício da democracia, exigentes de controle forte do judiciário. (CLÉVE apud BARBOSA E JUNIOR, 2012, p. 5)

Para Avritzer e Marona (2017) no caso brasileiro se seguiu uma ampliação de direitos por meio de atuação do judiciário, revelada por meio das demandas indígenas, das ações afirmativas e mesmo da união homoafetiva. Os autores compreendem que a Constituição deve continuar a ser revista pelas vias judiciais, mas que a soberania dos poderes deve ser mantidas e bem estabelecidas, mantendo o judiciário a postura de se aproximar da sociedade civil, em especial pela realização de audiências públicas na busca da ampliação de direitos.

Segundo Sadek (2004) a extensão e a complexidade dos direitos sociais e o controle da carta constitucional ao encargo do judiciário garantiu o avanço da intervenção desse poder, permitindo a este produzir e impactar processos de decisão política. “Em decorrência, a Constituição transforma-se em um texto programático, operando-se um estreitamento da margem de manobra dos políticos e, conseqüentemente, ampliando-se o papel político do judiciário.” (SADEK, 2004, p.3). Temos então, segundo a autora, um novo judiciário ativo, co-autor de políticas públicas, com papel de protagonista, sendo que este papel até então era realizado e desfrutado pelos representantes eleitos do legislativo e do executivo. A autora pontua que, se uma das funções do Supremo é examinar as questões a luz dos preceitos constitucionais, e em uma constituição tão detalhada como a brasileira, isso praticamente abarca tudo. Para a estudiosa, a disputa política não está mais no palco do legislativo ou do executivo, mas sim dentro dos tribunais.

Barbosa e Junior (2012), utilizando-se de Dimoulis e Martins, afirmam que os

direitos fundamentais mantêm uma grande proximidade com a política, o que certamente evidencia o porquê do intervencionismo do judiciário nas políticas públicas. Utilizando-se de Rawls os autores pontuam que através da avaliação dos princípios de justiça, o Supremo Tribunal, ainda que de forma ativista, realiza a concretude dos direitos fundamentais e gera a igualdade entre os cidadãos. E usam da pontuação de Dworkin ao afirmar que quando da realização dos direitos fundamentais e da manutenção da integridade dos direitos o ativismo do judiciário não deve ser levado como algo prejudicial, pois é melhor a atuação do judiciário do que a passividade do mesmo, que gerou ineficácia. Segundo os autores, a intervenção do judiciário serve para contrabalançar os abusos e omissões dos outros poderes, cabendo a este poder também ser fiscalizado sobre a aplicação do direito.

Pontua Araujo (2004) que “a judicialização da política representa assim, uma cidadania jurídica, e a participação popular através do direito” (ARAUJO, 2004, p.12). Segundo a autora,

A imposição dos procedimentos democráticos por parte do sistema jurídico aos demais subsistemas sociais, incluindo o político, depende da democratização do próprio sistema político, que deve dispor de instituições responsivas às necessidades sociais. A capacidade do sistema jurídico de promover procedimentos democráticos em outros subsistemas sociais depende, portanto, de um sistema político que não precisa eliminar as assimetrias de poder, mas deve apresentar um conjunto de instituições que efetivamente respondam às demandas da sociedade de iguais. (ARAUJO, 2004, p. 14)

Porém, segundo Hirschl (2008) a temática da judicialização se afastou da jurisprudência dos direitos há um certo tempo e adentrou a política de forma mais efetiva, preceituando então, que a judicialização não se trata mais de um fenômeno jurídico decorrente do poder conferido nas constituições contemporânea ao judiciário, nem mesmo resultante somente de uma postura ativista de juízes, mas sim passou a ser um movimento político. Sob o manto de defesa da democracia os atores das elites econômicas, políticas e mesmo jurídica estariam se movendo em busca de realizarem seus próprios interesses gerando o que passou a se denominar de “judicialização da megapolítica.” Conforme expõe Hirschl:

Nos últimos anos, a judicialização da política expandiu-se para além das chamadas questões de direitos para abranger o que podemos chamar de "mega-política"-questões de absoluta e extrema significância política que freqüentemente define e divide comunidades políticas inteiras. Estas variam de resultados eleitorais e corroboração de mudança de regime, até questões fundamentais de identidade coletiva, e de processos de construção nacional

relacionados à própria natureza e definição do corpo político como tal. (HIRSCHL, 2008,p.2)

Pode-se observar pelo estudo sucinto trazido a este texto sobre a judicialização das relações sociais que a mesma ficou evidenciada na discussão sobre as ações afirmativas para o nível superior no Brasil, reforçando que o debate na Câmara, no Senado e mesmo no Supremo não se trata de caso isolado no contexto nacional, mas que a judicialização da política e de assuntos que envolvam questões de direitos fundamentais ou coletivos tem atingido essas esferas jurídicas em todas as nações democráticas pelo mundo, conforme bem pontuou Vianna e Avritzer.

A educação superior não escapou a judicialização no Brasil, cabendo observar que as discussões sobre a educação superior se viram ampliadas também a partir do Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais-REUNI, instituído pelo Decreto 6096 de 24/04/2007³⁵, que dentre outros assuntos discutia a ampliação do acesso e a permanência à educação superior, visando expansão física, acadêmica e pedagógica para as universidades federais, aumento de vagas nos cursos de graduação, ampliação de cursos noturnos, inovação pedagógica e combate à evasão. O programa permitiria o aumento dos recursos financeiros para as universidades que apresentassem seus planos dentro dos cronogramas e metas estabelecidos pelo decreto.

Porém, foi através da ADPF 186 que tivemos a possibilidade de examinar como ocorreu o debate na Corte máxima brasileira, tendo em vista que a discussão já havia perpassado por vários tribunais, de 1ª e 2ª instâncias, que resultaram em decisões que apontavam para rumos diversos, motivo pelo qual a decisão final coube ao Supremo Tribunal. Por meio do debate ocorrido por intermédio do posicionamento e da opinião de vários atores que compuseram a ação, nos foi permitido a verificação de quais foram as bases teóricas que formaram a fundamentação dos votos de cada ministro e que resultaram na decisão final do STF pela procedência e constitucionalidade da aplicação do sistema de cotas para o ensino superior; bem como o posicionamento de alguns

³⁵ O REUNI previa uma maior autonomia das IES para possibilitarem uma formação mais ampla e sólida na formação de recursos humanos, para o mundo do trabalho e também cidadãos com espírito crítico para os problemas mais complexos da vida pública; redesenho curricular com flexibilização e interdisciplinaridade; interface da educação superior com a educação básica; políticas de inclusão e assistência estudantil para jovens de condições socioeconômicas desfavoráveis; inclusão para a democratização do acesso e permanência. As universidades que tivessem seus planos de reestruturação apresentados e aprovados pelo MEC teriam exequibilidade financeira garantida a partir de 2008 sendo a previsão de investimento até 2012.

atores que também estavam presentes no processo e que ofereceram pontos divergentes da decisão final, mas nem por isso menos importantes.

Cabe nesse momento a informação de que, por tratar-se o citado processo de verificação de inconstitucionalidade de um material extenso com mais de sete mil páginas³⁶, os dados que constaram nesta seção da dissertação, se tratam de uma sintetização de algumas informações, teses e opiniões de alguns atores envolvidos que se mostraram importantes para a construção do objeto desta pesquisa, pois pela extensão do material, impossível a reprodução detalhada de todas as abordagens e posicionamentos³⁷. Motivos pelos quais somente serão apresentadas as interpelações que sejam relevantes para o desenvolvimento da pesquisa, bem como o voto do ministro relator que sintetiza a opinião dos outros ministros que votaram favoráveis à constitucionalidade da reserva de vagas. Observamos que todos os ministros acompanharam o voto do ministro relator, não havendo, portanto, votos contrários à decisão.

O processo da ADPF 186 se iniciou em 20/07/2009 tendo como autor o Partido Democratas - DEM e como réus o Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília - CEPE, o Reitor da Universidade de Brasília e o Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília – CESPE/UnB. No decorrer do processo designou-se uma audiência pública³⁸ e a decisão final datou de 26/04/2012. Os autores propunham a imediata desconsideração de determinados atos

³⁶ Os documentos utilizados da ADPF 186 DF foram obtidos através de consulta ao site do STF estando os mesmos disponíveis para consulta pública. O inteiro teor do Acórdão utilizado se trata de documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira-ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob_o_numero_1990073.

³⁷ Por se tratar da utilização e da sintetização de um processo judicial composto por muitas partes e, conseqüentemente por muitos documentos juntados pelas mesmas(o processo em sua integralidade se compõem de mais de 12 volumes, o que resulta em cerca de sete mil páginas), esta pesquisadora achou prudente trazer alguns dados da constituição do processo, tais como a exposição dos pedidos e argumentos da inicial, as informações de defesa dos réus, a manifestação dos órgãos públicos e das partes existentes nos autos, em especial dos *amicus curiae* ou dos especialistas que defenderam a opinião das instituições que representavam, bem como os votos dos ministros, buscando com isso facilitar a visualização e o entendimento de como se deu o processo, ainda que por tal fato talvez peque tal situação por tornar descritivo e extensa tal seção, visando porém, fugir dos ditames processuais e legais por não serem estes os interesses envolvidos nesta explanação e pesquisa.

³⁸ Em virtude da relevância da matéria debatida houve a designação de audiência pública que se realizou nas datas de 03, 04 e 05 de março de 2010, sendo que as partes que compunham a ADPF puderam indicar, dentro do prazo processual, os nomes de quem as estaria representando em tal ato, bem como os temas que seriam expostos. A audiência foi devidamente transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça, (conforme art. 154, parágrafo único do Regimento Interno do STF) e pelas emissoras que a requereram, bem como gravada e tais áudios, após as transcrições, foram juntados aos autos e compõem, portanto, uma parte do material da ADPF, como notas taquigráficas.

estatais da UnB³⁹, porém este pedido foi negado no início do processo por já haver transcorrido mais de 6 anos dos atos questionados quando do início do processo do DEM.

Participaram da discussão, na função de *Amicus Curiae*⁴⁰ (amigo da corte) em virtude da relevância da matéria, do interesse na causa e na proteção de direitos sociais ou de suas representatividades as seguintes instituições: EDUCAFRO - Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes, Fundação Cultural Palmares, Movimento Negro Unificado – MNU , Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro – MPMB, Fundação Nacional do Índio - FUNAI, Instituto de Advocacia Racial e Ambiental- IARA e Outro(a/s) compostos pela AFROBRAS – Sociedade Afro-brasileira de Desenvolvimento Sócio Cultural, ICCAB- Instituto Casa da Cultura Afro-brasileira, IDDH- Instituto de Defensores dos Direitos Humanos, Defensoria Pública da União, Movimento contra o desvirtuamento do espírito da política de ações afirmativas nas universidades federais, Instituto de Direito Público e Defesa Comunitária Popular- IDEP, Associação Nacional dos Advogados Afrodescendentes –ANNAD, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil –CFOAB, Associação Direitos Humanos em Rede - Conectas Direitos Humanos. Foram convidados a participar da audiência as seguintes instituições e pessoas: Procuradoria Geral da República- PGR, Advocacia Geral da União –AGU, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada –IPEA⁴¹, Ministro de Estado da Educação, Ministro Chefe da Secretaria Especial de Políticas de Promoção de Igualdade Racial –SEPPIR, Senado Federal, Câmara dos Deputados, Ministro Chefe da Secretaria dos Direitos Humanos – SEDH, Presidente da OAB do Brasil. Observamos

³⁹ Pedido de suspensão, por meio de liminar dos seguintes atos: (i) Ata da reunião extraordinária do conselho de ensino, pesquisa e extensão da UnB (CESPE), realizada no dia 06/06/2003;(ii) Resolução CEPE nº38/2003; (iii) Plano de Meta para a Integração Social, Étnica e Racial da UnB, especificamente os pontos I (“Objetivos”), II (“Ações para alcançar o objetivo”), 1 (“Acesso”), alínea “a”; 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; (iv) Item 2, subitens.2, 2.2.1, 2.3, item 3, subitem 3.9.8 e item 7 e subitens, do Edital nº 2/2009, do 2º Vestibular de 2009, do Centro de Seleção e de Promoção de Eventos (CESPE), órgão integrante da Fundação Universidade de Brasília, organizador da realização do concurso vestibular para acesso à UnB.

⁴⁰ Pela importância do debate foi permitido que muitas partes se apresentassem como *amicus curiae* para poderem colaborar na discussão apresentada conforme o art.6º, §§ 1º e 2º da Lei 9882/99 e as instituições acima citadas foram reconhecidas como partes nos autos. Alguns pedidos de atuação como *amicus curiae* foram negados entre eles os da Central Única dos Trabalhadores do Distrito Federal - CUT DF, Diretório Central dos Estudantes da Universidade de Brasília -DCE-UnB, Partido dos trabalhadores- PT e Centro de Estudos das relações do trabalho e desigualdades - CEERT, sendo os dois últimos por perda de prazo processual para atuarem naquela função e os dois primeiros por não haver sido reconhecido, pelo Relator, o interesse na causa.

⁴¹ O Instituto (IPEA) foi convidado a participar da audiência pública pela importância das pesquisas realizadas que poderiam trazer substanciadas informações sobre o sistema em questão.

que também foi chamado a participar do processo o autor e o réu do Recurso Extraordinário RE 597.285/RS⁴² por serem ações de temas semelhantes.

2.2. O pedido e os argumentos do Partido Democratas que iniciaram a ação e as manifestações das partes réis e das instituições convidadas a participarem da ADPF 186

O pedido apresentado pelo Partido Democratas – DEM, sobre a política de cotas (sistema de reservas de vagas com base em critério étnico-racial) visava desconstituir os atos⁴³ realizados pelo Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília- CEPE (Ata de reunião de aprovação das cotas e resolução Sobre o mesmo tema) bem como o Plano de Metas para a Integração Social Étnica e Racial da UnB. Alegavam que esses atos ofendiam vários princípios constitucionais, tais como: o princípio republicano, a dignidade da pessoa humana, a vedação ao preconceito de cor e a discriminação, o repúdio ao racismo, a igualdade, a legalidade, o direito a informações junto aos órgãos públicos, o combate ao racismo, o devido processo legal e o princípio da proporcionalidade, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da razoabilidade, da publicidade e da moralidade, o direito universal à educação, a igualdade nas

⁴² Recurso extraordinário - RE - de número 597.285 movido por Giovane Pasqualito Fialho contra a Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, com base em acórdão do TRF 4ª Região que entendeu ser constitucional o programa de ação afirmativa estabelecido pela UFRGS que instituiu o sistema de cotas com reserva de vagas como meio de ingresso em seus cursos de nível superior. RE julgado em 09/05/2012 como improcedente. Tendo em vista se tratarem de matérias correlatas foi permitido o pronunciamento do requerente do RE 597.285/RS bem como da requerida na ação a UFRGS dentro da ADPF 186. O autor da ação se manifestou na figura do seu procurador com a informação que o preenchimento de vagas pelo critério não universal, prejudicava quem não pertencia ao sistema de cotas, bem como a relativização do critério de mérito para o acesso ao ensino superior poderia trazer sérias consequências no âmbito internacional ao Brasil, sendo o país signatário do Protocolo de São Salvador, o mesmo garantiria que o acesso ao nível superior se daria por critério de mérito. Informou que o critério de acesso por cotas, na UFRGS para alunos de escolas públicas, beneficiava alunos de colégios estaduais e militares de excelência, compostos por alunos de classes privilegiada que não precisavam demonstrar em suas admissões, pelo sistema de cotas para escolas públicas, suas rendas. O que afastava nos dizeres do expositor, a intenção de trazer para as universidades as minorias que por suas rendas estavam fora do sistema educacional superior. Questionava a autonomia da universidade na sua criação e indicação de conselheiros para os órgãos que decidiam sobre cotas e sobre como se constituíam as mesmas. A UFRGS se manifestou informando que o sistema de cotas havia sido amplamente debatido antes de sua implementação em 2004, bem como através dele se havia possibilitado no decorrer do tempo a inclusão de “cidadãos diversos em diferentes campos do conhecimento” (fls.114 das Notas Taquigráficas da audiência pública). Prosseguia e instituição informando que as ações afirmativas, além da possibilidade de reverterem preconceitos raciais, constituíam também uma forma de promoção da cidadania por sinalizarem direitos constitucionais de uma coletividade que fora relegada às margens da dignidade humana.

⁴³ Os atos institucionais realizados pela UNB são considerados normas infralegais servindo para regulamentar especificar ou detalhar a Lei que o determinou, mas nunca criar, alterar ou extinguir direitos e obrigações, sob pena de ser ilegal, repressível e anulável pelo Judiciário.

condições de acesso ao ensino, a autonomia universitária e o princípio meritocrático.

Os assuntos abordados pelo Partido Democrata na ação da ADPF podem ser sintetizados conforme o acórdão⁴⁴ em: (1) que se a implementação de um “Estado racializado” ou do “racismo institucionalizado”, nos moldes praticados nos EUA, África do Sul ou Ruanda, não seria adequado ao Brasil; (2) que a adoção de políticas afirmativas racialistas não eram necessárias no país; (3) que o conceito de minoria apta a ensejar uma ação positiva estatal diferia em cada país e dependia de análises de valores históricos, culturais, econômicos, políticos e jurídico de cada povo; (4) que discutia a constitucionalidade da implementação no Brasil de ações afirmativas baseadas na raça; (5) que ninguém era excluído no Brasil pelo simples fato de ser negro; (6) que cotas para negros nas universidades geravam a consciência de raça, promoviam a ofensa arbitrária ao princípio da igualdade, criando discriminação reversa em relação aos brancos pobres, além de favorecer a classe média negra; (7) que se institucionalizara na UnB um tribunal racial para definir quem era negro e quem não era, questionando-se os critérios daquelas avaliações; (8) que os defensores dos programas afirmativos adotavam a “teoria da Justiça compensatória”, mas que não se mostrava factível a adoção da mesma pois não se poderia responsabilizar as gerações presentes pelos erros do passado, nem sendo possível a identificação de quem seriam os legítimos beneficiários dos programas de natureza compensatória; (9) que inexistia o conceito de raça, e que a desigualdade entre brancos e negros não tinha origem na cor, sendo que a escravidão dos negros somente ocorrera em razão dos lucros auferidos com o tráfico negreiro e não por outro motivo de cunha racial. Salientava que havia “perigo” em se importar modelos de outros países, posto que em Ruanda e nos EUA a adoção de teorias de classificação racial teria promovido uma verdadeira segregação entre distintos grupos sociais; (10) que havia uma “manipulação” dos dados estatísticos, asseverando que ora os pardos eram incluídos entre os negros, para afirmar que estes representam metade da população, ora eram excluídos para se dizer que apenas 3% dos negros estavam na universidade. Por fim, criticava o sistema “birracial” de classificação norte americano, no qual só haveria duas raças, brancos e negros, que isso seria inaplicável a realidade multirracial brasileira, visto a intensa miscigenação, o que por si inviabilizava os programas afirmativos baseados em tais critérios.

⁴⁴ Acórdão se trata de decisão final proferida sobre um processo por tribunal superior, que funciona como paradigma para solucionar casos análogos.

Ao pedido inicial do DEM foram juntados pareceres⁴⁵ de alguns professores que também estiveram presentes na audiência pública, dentre eles cabe ressaltar o texto “Da inexistência das raças e suas consequências para a sociedade brasileira” do professor Pena, “Razões para não inscrever a raça na lei” da professora Maggie, sendo que tal texto foi assinado em conjunto com Bolívar Lamounier, Demétrio Magnoli, José Roberto Pinto de Góes e, por fim, o parecer dos professores Marcos Chor Maio e Ricardo Ventura Santos intitulado “Políticas raciais, os “olhos da sociedade” e os usos da antropologia: o caso do vestibular da UnB”.

Seguindo o procedimento legal foram requisitadas informações ao Reitor da UnB, ao Diretor do Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília - CESPE/UnB e ao Presidente do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – CEPE, bem como a manifestação do Advogado Geral da União-AGU e do Procurador Geral da República- PGR.

A UnB na figura dos três réus apresentou as informações requisitadas sintetizadamente da seguinte forma: (1) que o combate à discriminação por si só não era medida suficiente para implementar a igualdade, sendo necessária a implementação da vertente promocional conjugada a vertente repressivo-punitiva, combinando então a proibição de discriminação com políticas que promovessem a igualdade; (2) que havia uma discriminação velada e camuflada no Brasil; (3) que contestavam a ideia segundo a qual, do ponto de vista científico, não existiria raça, sob o enfoque que a discriminação era resultante da cor e da aparência do indivíduo e não de sua identidade genética; (4) que o sistema de reservas de cotas raciais era importante para a democratização do ensino superior, sendo que o mesmo só deveria ser abandonado quando fossem eliminadas todas as restrições ao acesso de certas categorias sociais à universidade, esclareceram ainda que os negros compunham cerca de 45% da população brasileira e que somente 2% estavam dentro das universidades; (5) e que ao contrário do alegado pelo autor a comissão não era secreta, visto haver entrevista pessoal com os candidatos, mas que a mesma atendia ao critério de não comunicação prévia de quem comporia a comissão para se evitar pressões e/ou constrangimentos, utilizando-se assim da mesma forma existente em outros concursos tais como os de cargos públicos federais. A UNB esclareceu também que a adoção do sistema de cotas raciais naquela instituição, já

⁴⁵ Os textos se encontram nas seguintes páginas da inicial do DEM: nas fls 131-172 está o parecer do professor Dr. Pena, fls 173-202 o da professora Dra. Maggie e fls 206-214 parecer dos professores Dr. s Maio e Dr. Ventura Santos.

realizado desde 2003, era como uma “resposta a uma constatação de que o espaço acadêmico da universidade era altamente segregado racialmente” (fls. 88 das Notas Taquigráficas da audiência pública). Sugerindo ainda que as ações afirmativas deveriam estar vigentes não somente na graduação, mas também em mestrado e doutorado.

O Ministério Público Federal, na figura da Vice Procuradora Geral da República se manifestou resumidamente da seguinte forma: (1) que a Constituição Federal de 1988 estava inserida no modelo do constitucionalismo social, no qual não satisfazia, para o cumprimento da igualdade, que o Estado se abstinhasse de instituir privilégios ou discriminações arbitrárias, mas que ao contrário se deveria partir da premissa que a igualdade era um objetivo a ser perseguido por meio de ações ou políticas públicas, e que a igualdade demandava políticas concretas em favor de grupos desfavorecidos; (2) que a justiça compensatória não era o único nem o principal argumento em favor da ação afirmativa para negros no acesso ao ensino superior, pois ao lado dela havia a justiça distributiva, a promoção do pluralismo nas instituições de ensino e a superação de estereótipos sobre afrodescendentes, ocorrendo o fortalecimento da autoestima e o combate ao preconceito; (3) e que a concessão de liminar poderia gerar um grande prejuízo aos estudantes que já estavam se beneficiando de políticas afirmativas de corte racial existente na UnB ou em outras universidades.

A Advocacia Geral da União se manifestou informando que: (1) a discriminação racial na sociedade brasileira era um fato notório e que não poderia ser ignorado, e que o mesmo havia levado a UnB a instituir o sistema de reserva de vagas em favor de negros e índios; (2) que havia integral constitucionalidade no estabelecimento de distinções jurídicas por meio de critério étnicos-raciais que visavam facilitar o ingresso de estudantes de grupos socialmente discriminados; (3) e que o sistema de reserva de vagas não era medida excludente de outras com finalidades semelhantes, que podiam com ele conviver, posto que a existência de meios mais brandos de possível adoção não era argumento pertinente para desqualificar o sistema de cotas.

2.3. A audiência pública: das partes ouvidas e dos debates

Seguindo as determinações do Supremo Tribunal Federal foi realizada a audiência pública para a discussão da ADPF 186 sobre políticas públicas de ações afirmativas (ou discriminação reversa como consta no processo) de acordo com o

cronograma⁴⁶ formulado pelo citado órgão, de acordo com a seguinte divisão temática pelos três dias de debates: -Primeiro dia: i) Instituições estatais responsáveis pela regulação e organização das políticas nacionais de educação e de combate à discriminação étnica e racial (Ministério da Educação, Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, Secretaria Nacional de Direitos Humanos, Fundação Nacional do Índio e Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal), bem como pela instituição responsável por mensurar os resultados dessas políticas públicas (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA); (ii) e as partes relacionadas ao processo selecionados para a audiência pública; -Segundo dia: defensores da tese de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade das políticas de reserva de vaga como ação afirmativa de acesso ao ensino superior⁴⁷, -Terceiro dia: continuidade da discussão pelos defensores ou opositores das políticas de reserva de vagas; apresentação das experiências das universidades públicas na aplicação das políticas de reserva de vagas como ação afirmativa para acesso ao ensino superior e, por fim, a associação dos juízes federais expôs como estavam sendo julgados os conflitos decorrentes da aplicação dessas políticas.

2.3.1. Dos argumentos apresentados pelas partes em audiência pública

As instituições estatais responsáveis pela regulação e organização das políticas nacionais de educação e de combate à discriminação étnica e racial, bem como as instituições convidadas a participarem da audiência pública (Ministério Público federal, Advocacia Geral da União, FUNAI e IPEA) se manifestaram da seguinte forma.

A Procuradoria Geral da República (na figura da Vice Procuradora Débora Macedo Duprat de Britto Pereira) sustentou a defesa das ações afirmativas, sob a

⁴⁶ Observamos que o cronograma foi trazido a este trabalho como Anexo I, pelo entendimento da relevância do mesmo neste trabalho, com o intuito de se pontuar as partes que estiveram presentes na audiência pública, a ordem de realização da audiência e os textos trazidos pelas partes. Observamos que as pessoas que representavam cada instituição, com suas titulações e cargos, constam no relatório existente no acórdão (decisão final) do STF. Entende-se o apontamento das titulações para validar a apresentação das instituições e partes como pessoas aptas para comporem o debate exatamente pela especialidade (expertise) das pessoas que estavam representando cada instituição.

⁴⁷ Os textos ou discursos apresentados pelos expositores além da transcrição que futuramente se deu da própria audiência pública e que compõem os autos (notas taquigráficas da audiência pública) também foram entregues em vias impressas, compondo material anexado a ação.

alegação de que a política de cotas raciais, ao contrário do apresentado pelos oponentes da tese, não criava castas, mas sim permitiam a inclusão de grupos que tiveram seus direitos ignorados historicamente. Bem como se pautou na afirmação que o Direito nunca foi alheio às diferenças, mas que muito pelo contrário sempre as viu e as tratou com grande cuidado, sendo que o caráter plural e o espaço ontológico das diferenças estava desde 1988 reconhecido e protegido pela Constituição Federal. Afirmou, assim, que as cotas ao invés de desrespeitar o princípio da igualdade realizava a igualdade material.

O Advogado-Geral da União (Luís Inácio Lucena Adams) defendeu as cotas raciais, sob o argumento que elas revelavam a atuação estatal, pois eram elaboradas por órgãos com autonomia para realizá-las, qual seja, as universidades e, que os programas de inclusão estavam de acordo com as normas da proporcionalidade. Defendeu as medidas compensatórias que visavam amenizar a discriminação no Brasil, sendo estas realizadas por ações distributivas, com o intuito de integração de comunidades indígenas e negras. Pontuou também que o art.208, V, da CF⁴⁸, deveria ser entendido a partir do estímulo dos valores da igualdade, da fraternidade e do pluralismo, que na somatória, determinavam a desigualação dos candidatos de modo a compensar as injustiças históricas cometidas contra os negros, para se permitir a concretização do primado da igualdade material.

O Ministro do Estado da Secretaria Especial de Políticas de Promoção de Igualdade Racial (Edson Santos de Souza), salientou que a Constituição estabelecia instrumentos para a atuação do Estado na redução da discriminação racial e na promoção da igualdade do país, reforçando que o Brasil como participante da Conferência Mundial Contra o Racismo⁴⁹, havia se comprometido a criar políticas e instrumentos para combatê-lo e realizar a promoção de igualdade racial.

A Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH), na figura do Coordenador- Geral de Educação em Direitos Humanos (Erasto Fortes de

⁴⁸ Art.208.O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) V- acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.

⁴⁹ A III Conferência Mundial Contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e formas conexas de intolerância ocorreu em Durban em 2001 e o Brasil estava presente, sendo que o Decreto 4229/2002 sobre o Programa Nacional de Direitos Humanos II, prevê medidas compensatórias para afrodescendentes, indígenas, gays, lésbicas, travestis, transexuais e bissexuais na administração pública federal e incorporaram-se neste decreto algumas novidades trazidas pela Conferência de Durban entre elas: apoiar o reconhecimento da marginalização econômica, social e política que os afrodescendentes foram submetidos em virtude da escravidão, bem como estudar a reparação social a fim de financiar políticas de ações afirmativas e da promoção da igualdade.

Mendonça), pontuou pelo entendimento da necessidade e justiça de se praticarem as ações afirmativas pela instituição de cotas raciais para o ensino superior, tendo em vista que as políticas universais de acesso não haviam obtido êxito no sentido da inclusão de uma parcela da sociedade. Sob a afirmação que ser branco e pobre e ser negro e pobre eram conceitos bem diferentes, tendo em vista uma discriminação dupla para o último, quer pela situação econômica, quer pela racial. Nas palavras do mesmo “o racismo não pergunta às suas vítimas a quantidade de sua renda mensal” (fls.47 das Notas Taquigráficas da audiência pública). Reforçou ainda que o estabelecimento de tais ações deveria ser temporário, até atingirem o objetivo principal de propiciar o acesso e a igualdade dos excluídos.

O Ministério da Educação e a Secretaria de Educação Superior, na figura de um único representante (Maria Paula Dallari Bucci), se manifestaram pela ideia que as ações afirmativas visavam promover uma maior equidade no acesso à educação, reduzindo as diferenças de oportunidade e possibilitando que a composição multirracial da sociedade brasileira estivesse representada em todos os níveis e esferas de poder. Sustentou também que os cotistas tinham o mesmo desempenho, ou até superior, aos que adentravam a universidade pelo sistema universal.

O representante da FUNAI⁵⁰ (Carlos Frederico de Souza Mares) defendeu as cotas raciais como formas de promoverem a igualdade efetiva, e para tal se fazia necessário que houvesse leis ou políticas públicas que transformassem os desiguais em iguais, além disso, a declaração de inconstitucionalidade ou a extinção dos sistemas de cotas seria contrária ao desenvolvimento da ciência e do conhecimento do país. Para ele, pensar que a única solução para o racismo era o reconhecimento da mistura já seria uma prática racista, “se seguir este raciocínio, a conciliação e o respeito recíproco seriam impossíveis, se tudo que não signifique mistura leva ao racismo, pressupõe-se impossível tolerar e respeitar o outro, o diferente”. (fls. 1285 da ADPF), pela suposição de que não é possível que existamos como indivíduos diferentes, sob a atitude equivocada de “que o fim do preconceito exige que eu me torne o outro e que o outro se torne eu”, que embora este seja um discurso contra o racismo, ele inadvertidamente nega o direito à individualidade e à diferença ao

⁵⁰ Observamos que a FUNAI por ser uma fundação nacional é representada pela União, tal fato causa estranheza aos próprios índios que dizem em muitos casos não se sentirem representados exatamente por não ser um deles que os representa, mas a figura do próprio Estado. Essa questão é abordada pelo MPMB quando defende que não se deve separar somente em brancos, negros e índios na população brasileira, com a exclusão dos caboclos, mulatos, cafuzos.

exigir a massificação e a uniformização de identidade, como se o simples fato de a pessoa se identificar e se achar branco, índio ou preto já fosse por si só uma atitude racista.

Prosseguiu afirmando que ao postular que a solução do racismo seria a mistura das raças, já se pressupunha a existência de raças, ou não se haveria o que misturar, e se existiam raças haveria indivíduos que se identificam com tais, que algo contrário a isso era a condição de que para se eliminar o racismo se teria que eliminar as raças, o que resultaria em um objetivo oposto, pois o reconhecimento da diferença seria então uma forma de racismo. Defendeu a Fundação que as políticas afirmativas estavam na contramão desse argumento, pois significavam o contrário da opinião de que só a mistura de raças poderia extinguir o racismo, pois visavam afirmar exatamente as identidades raciais, “se é impossível separar os seres humanos em raças, como é possível afirmar identidades raciais?”, é a pergunta colocada pela mesma. Prosseguiu dizendo que geralmente se afirmava que “se identificar um indivíduo como membro de uma raça seria uma forma indireta de esmagar sua subjetividade, diluir sua individualidade, transformando-o em uma parte de uma coletividade abstrata e artificial” (fls.1286 da ADPF); a afirmação dessa identificação seria uma forma de polarizar a sociedade, dividi-la em grupos adversários, violando assim a igualdade essencial que os tornava humanos. Mas que entendiam a posição bem diversa de tais afirmações, pois todo indivíduo definia a sua subjetividade a partir de características coletivamente compartilhadas, e negar o direito de identificação com uma coletividade qualquer seria negar ao sujeito seu direito à individualidade. Pontuou que a tentativa de impor a mistura, seria afirmar que ninguém é índio, negro ou branco, já que seríamos todos humanos, neste caso teríamos uma forma autoritária de subtrair do indivíduo sua subjetividade, forçando-o a se reconhecer unicamente como uma coletividade ainda mais ampla e mais abstrata para ele. Que ao se acusar as políticas afirmativas de imporem a criação de uma nação bicolor, não se percebia que se estava a sustentar a ideia de uma nação monocrática, como se ninguém pudesse ser negro ou branco, mas fossem todos obrigados a serem morenos, mestiços ou coisa que o valesse, e o ideal de uma nação sem cores, produzia uma nação de uma cor exclusiva, “uma sociedade democrata não é aquela em que a maioria deve ser unânime, mas aquela em que todas as minorias podem manter sua identidade”(fls.1286 da ADPF), e a proposta de mistura ou miscigenação não incluía, mas sim eliminava as minorias, sendo que a

solução dada ao problema racial não fora a inclusão do negro ou do índio, e sim a adesão e a incorporação das minorias”(1286 da ADPF). Prosseguiu afirmando que a igualdade jurídica só existia em razão da diferença e só se realizava no respeito à diferença.

Portanto, as políticas que permitissem a certos grupos sociais se afirmarem como diferentes não violava o princípio da igualdade, ao contrário, permitindo a livre expressão de minorias discriminadas e excluídas, sistematicamente, das esferas de formação de opinião pública e da vontade política, se possibilitava na verdade uma forma de se garantir direito à diferença e, conseqüentemente, o direito a que mesmo sendo diferentes fossem tratados como iguais. As políticas afirmativas eram a forma de inclusão social de grupos excluídos da cena pública, que defendiam, em nome próprio, o direito de serem tratados com dignidade e de participarem com mais efetividade. Bem como permitiam tais políticas afirmativas, ao trazer para os espaços de formação da opinião pública e da produção do saber o ponto de vista de todas as partes envolvidas nas questões da emancipação social e econômica, “que só podemos estar minimamente seguros da isonomia praticada por nossa sociedade se todas as partes interessada tiverem canais de participação para que não estejam ausentes desse debate” (fls1287 da ADPF). Sendo assim, as ações afirmativas não eram somente políticas de remanejamento e alocação de recursos econômicos escassos, mas uma condição de produção de um direito legítimo das partes envolvidas, se tornando uma maneira de se materializar o princípio da igualdade.

O IPEA foi convidado a participar na ADPF por ser a instituição responsável por mensurar os resultados das políticas pública. O Diretor do IPEA (Mário Lisboa Theodoro) afirmou que a desigualdade racial no Brasil era patente, sendo que tais dados eram provenientes de estudos, e que a política de cotas no ensino superior era o mecanismo principal para a superação do problema. Foram apresentados dados estatísticos pelos quais se pretendeu demonstrar: a existência de um racismo institucionalizado, a persistência da exclusão dos negros do mercado de trabalho e do ensino em geral e, a desigualdade social de cunho racial.

2.3.2. Dos apoiadores e dos opositores do sistema de cotas

Tendo vista que o que esteve em análise nesta dissertação não foi a constitucionalidade das ações afirmativas de recorte racial/social, até porque a política de cotas já se estabeleceram no Brasil há mais de 15 anos, se considerarmos

a implementação da mesma na UnB, assim como o próprio estabelecimento do julgado da ADPF 186 já datar 6 anos, se reconhece, então, que tais políticas públicas já estavam postas mas mereciam ainda serem discutidas, sendo o intuito da dissertação a verificação dos debates e pontos trazidos pelas partes na citada ação.

Considerando que todos os ministros do Supremo reconheceram as ações afirmativas com reserva de cotas para o ensino superior como constitucional, bem como os pontos de defesa dessas ações se encontram amplamente expostos pelo ministro relator em seu voto, e pelas partes que a defenderam, inclusive a totalidade dos ministros da Corte, interessante se fez também que se voltassem os olhos para as teses apresentadas pelas partes contrárias ao estabelecimento, sob o enfoque que muitas delas refletiam muita proximidade com as afirmações que foram reconhecidas como constitucionais, como se pôde verificar na leitura da decisão final (acórdão) do STF. Razão pela qual, se trouxe a princípio as disposições⁵¹ das partes que apoiaram a constitucionalidade das políticas de reserva de vagas com recorte racial, de forma sintética e, posteriormente se explanou as teses que foram utilizadas para se negar a constitucionalidade das mesmas, qual sejam, os vencidos, visto terem estas alguns aspectos que validam um olhar diverso ao dos que apoiaram tais políticas e, por este fato, bem relevante, para a abordagem do assunto em questão, qual seja a justiça distributiva e os princípios de igualdade, liberdade e mesmo reconhecimento conforme abordados pelos teóricos mobilizados na primeira sessão dessa dissertação.

2.3.3. Da fundamentação dos apoiadores do sistema de cotas

A Fundação Cultural Palmares, através do professor Alencastro, defendeu as ações afirmativas de reserva de vagas, sob a alegação de que compunham, os afrodescendentes (autodeclarados negros e pardos), a maioria da população brasileira e que a redução da discriminação que pesava sobre os mesmos poderia consolidar a democracia no país, acrescentando que a comunidade científica e universitária se beneficiava com a presença de tais estudantes.

⁵¹ Observamos que as opiniões e teses são trazidas de forma resumida, quer sejam dos apoiadores ou dos opositores, e se referem aos apontamentos feitos pelo ministro relator na decisão final do processo, ou foram extraídas das defesas apresentadas ou das exposições realizadas na audiência pública através da análise das notas taquigráficas.

O representante do grupo Conectas Direito Humanos, o professor Vilhena se posicionou afirmando que os programas de ações afirmativas que incluíam critérios de raça, pobreza e origem escolar, eram compatíveis com o princípio da igualdade existente na constituição e também como meios eficazes para a concretização dessa igualdade. Pontuou que as ações afirmativas ajustavam condições que não haviam sido dadas a determinados setores, para que pudessem concorrer em condições de igualdade, posto que o acesso à educação universitária deveria ser a capacidade, mas que tal quesito não podia ser medido pelo vestibular, visto que este media o investimento (com a educação anterior) e não a capacidade efetiva.

O Centro de Estudos Africanos da USP, representado pelo professor Munanga, afirmou que os programas de cotas raciais eram políticas de integração de setores discriminados da sociedade, sendo que o sistema não serviria de migalhas aos negros ou indígenas, mas sim para que estes tivessem meios de acesso a todos os setores de responsabilidade e comando, onde ainda não conseguiam se fazer representar, sendo tais medidas formas de se atingir a democracia.

A Universidade Federal de Minas Gerais, na figura do professor Avritzer, ressaltou a necessidade de diversidade nos meios acadêmicos e, que o sistema de cotas racial se fazia como forma de ampliação dessa, mas não como o único fator para justificar tais ações, pois com tais políticas públicas se ultrapassavam os núcleos universitários e se contribuía para a diversificação também no mercado de trabalho. Pontuou que as ações afirmativas eram introduzidas, em todas as partes do mundo, com o intuito de aprimoramento da ideia de igualdade civil, por isso em muitas sociedades mais liberais, as mesmas eram tidas como princípio. Prosseguiu afirmando que as ações afirmativas estavam fundadas naquilo que Rawls denominou como princípio da diferença, qual seja a diferença na tradição liberal é justificável, se ela ocorrer na perspectiva de beneficiar aqueles que estão em condição desfavorável. Por fim, pontuou que a igualdade civil era um esforço que exigia a produção ativa pelo Estado da própria igualdade.

A Sociedade Afro-brasileira de Desenvolvimento Sociocultural (AFROBRAS), pela palavra do reitor da Universidade Zumbi dos Palmares José Vicente, pontuou que onde houvesse desigualdade existia a obrigação, o dever moral, ético e constitucional do Estado de agir, ainda que de forma excepcional e extraordinária, para que se estabelecesse a equidade de oportunidades. Sendo que o estabelecimento do sistema de cotas poderia colaborar com o desaparecimento da

desigualdade e da separação existente entre negros e brancos no país.

A EDUCAFRO, representada pelo professor Comparato, afirmou que a Constituição Federal de 1988 havia adotado o chamado Estado Social, sendo que isso legitimava a obrigação de atuar de forma a combater as desigualdades de qualquer natureza, estando essa obrigação estampada no Art.3º da Constituição⁵²; assim como o descumprimento desse regramento representaria a desconfiguração do perfil do Estado brasileiro esboçado pelos constituintes, cuja missão era a promoção da justiça social. Pontuou que cabia ao Supremo Tribunal Federal somente apontar pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade das políticas públicas em discussão e não sobre o oferecimento de qualquer juízo de serem as mesmas eficientes ou não. Informou que aquela instituição promovia a inclusão de populações carentes das periferias, brancos e negros, mas em sua maioria negros, através de cursos pré vestibulares comunitários em quatro estados da federação (Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais e Distrito Federal) e que tais projetos talvez devessem ser ampliados para terem mais efetividade e ajudarem no aumento dos negros nas universidades públicas.

Pela Fundação Cultural Palmares também se manifestou a professora Piovesan, que afirmou a constitucionalidade das cotas, que além de garantirem o direito de igualdade também garantiam o direito à diferença, sendo que o mesmo não poderia ser utilizado para destruir direitos, muito ao contrário, deveria servir para promover e afirmar direitos. Ressaltou que a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Preconceitos, ratificada pelo Brasil⁵³, previa a adoção de ações afirmativas como forma de combate à discriminação. Prosseguiu afirmando que a busca pela igualdade material, proposta na Constituição Federal, reconhecia

⁵² Art.3º- Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária; II-garantir o desenvolvimento nacional; III-erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁵³ Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial- Adotada pela Resolução n.º 2.106-A da Assembleia das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965. Aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 23, de 21.6.1967. Ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968. Entrou em vigor no Brasil em 4.1.1969. Promulgada pelo Decreto n.º 65.810, de 8.12.1969. Publicada no D.O. de 10.12.1969: Artigo1º, §4º. Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

expressamente a importância das comunidades afro-brasileiras e indígenas na formação cultural do Brasil, estando os sistemas de cotas raciais adotados nas universidades brasileiras em conformidade com a ordem jurídica externa e interna. Alegou a Fundação que a discriminação racial e a desigualdade a ela inerente, na sociedade brasileira, estavam associadas diretamente ao fenótipo do indivíduo que o identificava como negro, “cabendo então para efeito de políticas afirmativas se estabelecer os mesmos critérios sócio biológicos(fenótipos) que apresentavam os índices de desigualdade na aferição e gozo dos benefícios sociais” (fls. 1801 da ADPF).

Carreira, representando a Ação Educativa a Relatora Nacional para Direitos Humanos, assentou que não se poderia aguardar mais tempo para que os indicadores educacionais entre brancos e negros se iguallassem, pois significaria muito mais gerações penalizadas pelo racismo. Ressaltou que as ações afirmativas propostas e existentes não se tratavam de modismo ou imposições de modelos copiados de outros países, dentre eles EUA e Índia, e que tal alegação era o desconhecimento de que o Brasil já detinha ações afirmativas desde os anos de 1930.

O representante da Coordenação Nacional de Entidades Negras (CONEN), Cardoso pontuou que as ações afirmativas baseadas no sistema de cotas buscavam explicitar o racismo e os conflitos ético-raciais, bem como romper com a aceitação tácita da desigualdade racial, sendo que tais políticas promoveriam a inclusão da juventude negra e pobre ao sistema público de ensino superior.

Representando o Geledés- Instituto da Mulher Negra de São Paulo, Carneiro afirmou que as medidas compensatórias em favor dos negros, não significavam apenas uma etapa contra a discriminação, mas o fim de uma era de desigualdades e exclusão social. Afirmou que “o mito da democracia racial era fundamentado em uma sensação unilateral e branca de conforto nas relações inter-raciais”. (fls.303 das Notas Taquigráficas da audiência pública).

O representante da Associação Nacional dos Diretoras de Instituições Federais de Ensino Superior (ANDIFES) afirmou a autonomia das universidades, de acordo com o art.207 da CF, em adotarem o sistema de cotas que julgassem apropriado para cada uma, levando em conta a realidade regional. Salientou que a sociedade brasileira desconhecia a sua própria realidade, marcada por altos índices de desigualdade socioeconômica, em especial os estabelecidos por razões étnico-raciais.

A União Nacional dos Estudantes (UNE) se manifestou favorável as ações afirmativas, sob o argumento que a universidade brasileira era excludente, branca e elitizada, pois os jovens que a compunham em sua maioria haviam passado por cursinhos pré-vestibulares ou provinham de escolas particulares, afirmando que as ações para mudar esse cenário como formas de inclusão e democratização eram as mais apropriadas.

Cabe a informação que o Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (IARA) afirmou que o reconhecimento do indivíduo abstrato, percebido como universal e reconhecido como cidadão, digno de igual respeito em razão de seu *status* de agente racial deveria ter a preeminência na formulação de políticas públicas, e que as ações afirmativa buscavam a igualdade concreta que se realizaria não somente pela aplicação geral das mesmas regras de direito para todos, mas de medidas específicas que levassem em consideração situações particulares de minorias e de grupos em desvantagem.

2.3.4- Da fundamentação dos opositores do sistema de cotas

Pelo Movimento Contra o Fim do Desvirtuamento do Espirito da Reserva de Quotas Sociais, Gomes falou em nome dos estudantes que se sentiram prejudicados pelo programa de ação afirmativa existente na UFRGS. Afirmou que o movimento era favorável as ações afirmativas, mas não da maneira que fora instalada na UFRGS, posto que a mesma não exigia a comprovação de renda dos alunos de escolas públicas, nem dos negros, e pelo entendimento do movimento somente dessa forma, comprovação de renda, é que se poderia assegurar a inclusão social, evitando-se com isso que houvesse desvirtuamento de tais políticas públicas. Em sua fala a representante apresentou casos em que estudantes haviam se beneficiado do sistema cotas para entrarem na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, ainda que provenientes de colégios, estaduais e militares, de nível educacional bem superior, se comparados com os outros colégios estaduais ou municipais tidos como de nível educacional “normais”, sendo que os citados alunos, em especial os dos colégios militares, já pertenciam a uma classe de renda muito superior aos outros concorrentes⁵⁴. Por fim, afirmava o Movimento que o fator de maior desigualdade

⁵⁴ Cabe informar que no pedido de participarem do processo na função de *amicus curiae* o Movimento Contra o Fim do Desvirtuamento do Espirito da Reserva de Quotas Sociais descrevia e apresentava dados

era a pobreza e que somente por meio de critérios de comprovação de renda se poderia validar a igualdade de acesso ao ensino superior.

O especialista em genética humana, Pena, informou que por meio de pesquisas pretendia comprovar que o conceito de raça não era aplicável aos brasileiros, pois na investigação sobre o aspecto da ancestralidade e da genética brasileira se comprovava uma miscigenação, sendo que os dados das pesquisas atestavam que não havia justificativa científica para unir as categorias pardas e pretas em uma única categoria negra no Brasil. Em resumo, seus estudos filogeográficos com brasileiros brancos revelavam que a imensa maioria das patrilinhagens era europeia, enquanto a maioria das matrinhagens (60%) era ameríndia ou africana. Por tal fato, não era legítimo associar cores de pele a ancestralidade, visto que raças humanas não existiam, mas somente variações de pigmentos de pele⁵⁵, e que a relação entre cor da pele e ancestralidade no Brasil era tênue, pois nas várias regiões do país, cores de peles possuíam significados diversos e, que característica de pigmentação de pele não estava ligada a nenhuma habilidade intelectual, emocional ou física.

A professora e antropóloga Maggie (UFRJ) enviou um texto que foi lido e no qual defendia a inconstitucionalidade do sistema de cotas raciais, em especial por entender que instituía uma espécie de *apartheid* social. Defendia que setores e organizações governamentais, buscando atalhos para a justiça social, queriam impor políticas experimentadas com dor em outras partes do mundo. Pontuou que leis raciais não combatiam a desigualdade, mas ao contrário estimulavam a ideia de que as pessoas eram desiguais e possuíam por isso direitos distintos de acordo com a raça. Sendo que “políticas sociais seriam de mais efeito para colorir o cenário claro e rico das salas de aula das universidades públicas” (fls.168 das notas taquigráficas), bem como os estudantes não teriam que se definirem ou serem definidos pela cor da pele. Defendeu que os indivíduos não são iguais, mas diversos, e merecedores de

de processos onde se comprovava que alguns alunos que foram beneficiados pelo sistema de cotas da UFRGS eram provenientes de classes ricas e, que após as aprovações nos vestibulares mediante os bônus por serem oriundos de escolas públicas, se manifestavam em redes sociais, demonstrando que estavam em viagens internacionais para comemorarem essa aprovação, com visível tom de deboche aos que não puderam ser aprovados. Tais fatos são narrados em especial nos colégios militares do Rio Grande, sendo que o movimento demonstra que tais colégios já eram considerados de elite e que já haviam, inclusive formado alguns presidentes da República. Com tais fatos demonstravam que se insurgiam contra a não verificação da comprovação de renda e não sobre as ações afirmativas de inclusão.

⁵⁵ Notas trazidas das fls.1178 do processo apresentadas pelo MPMB.

direitos diferenciados segundo a sua “raça” ou “etnia” e, que a proposta apresentada dividia o Brasil entre brancos opressores e negros oprimidos, pelo quesito de haver raças e não uma identidade humana universal. Após a divisão, os indivíduos “poderão lutar entre si por cotas, e não pelos direitos universais, e sim por migalhas que sobraram do banquete que continuará sendo servido à elite” (fls.168 das notas taquigráficas). Continua o texto na afirmação que bastaria a oferta de cotas para estudante pobres, porque eles eram, majoritariamente, pretos e pardos, e sem a necessidade de se carimbar em suas testas a marca da cor ou o estigma que certamente lhes seria imposto. Se assim ocorresse, o efeito atingiria muito mais a população negra, mas que o movimento pró-cotas raciais, não estava interessado em promover justiça social e muito menos diminuir as desigualdades, pois o objetivo era produzir identidades raciais bem delimitadas fazendo os brasileiros optarem pelo sistema adotado em outros países como EUA, África do Sul e Ruanda.

O antropólogo e professor da Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais, Zarur, fez críticas as ações afirmativas baseado em cotas raciais pelo entendimento que as pessoas não deveriam ser diferenciadas pela aparência ou raça, não sendo aplicável a regra de tratar desigualmente os desiguais, pois seres humanos não seriam desiguais, fossem pretos ou brancos. Discriminações positivas representariam uma contradição em termos pois seria o mesmo que dizer “crueldade positiva”, pois toda discriminação é negativa, e que racismo se combateria com lei penais. Que, sendo os negros e pardos a maioria dentre os pobres, seriam eles os maiores beneficiados das políticas sociais de combate à pobreza que atingem a todos, sem que houvesse a necessidade de introdução do racismo travestido de política de Estado, sendo que boas escolas públicas e cotas sociais e não raciais é que democratizariam o acesso à educação superior. Afirmou que haveria manipulação de dados estatísticos em relação a negros no Brasil, e “que pardos não eram negros, mas na verdade mestiços, que foram agregados a população negra, transformados a força em afrodescendentes, sendo que eram afros, euros, asios e índiosdescendentes” (fls.176 das notas taquigráficas), que a identidade forçada representava uma brutalidade contra a diversidade e a liberdade, pois nas democracias as pessoas tinham o direito de assumir as identidades étnicas, de gênero, políticas ou religiosas e outras que escolhessem, e o forçar uma identidade era uma violência contra a democracia. Que por fim, as cotas raciais, ou racialização, desprezavam a mestiçagem que forjou o povo brasileiro e feriam a

unidade nacional.

A antropóloga e professora da USP, Durham, enviou um texto que foi lido pela procuradora do DEM, e iniciou afirmando que a proposta das cotas expunha a grave questão das discriminação racial e da desigualdade educacional, e para quem condenasse o racismo era difícil se opor a ações afirmativas que tivessem por objetivo corrigir uma desigualdade, em especial na educação, pois esta influía diretamente nas perspectivas de participação social. A discriminação ocorria quando as pessoas não eram vistas por suas capacidades e competências, mas sim por cor de pele, tipo de cabelo, traços faciais e origem étnica, que se deveria aplicar critérios de universalidade para se combater a discriminação, como exigência ao cumprimento aos padrões universais de respeito à dignidade das pessoas. Afirmou que a adoção de cotas apresentava vários aspectos negativos entre eles a avaliação e seleção dos alunos não por mérito, mas por questões de pele e origem étnica, e que o vestibular por si só era uma forma de neutralizar a discriminação. Ao se realizar o vestibular tendo o desempenho como medida se devia entender que o acesso não era negado pela cor, mas sim pela formação escolar anterior que era inferior. Questionou que a primeira ação afirmativa no campo educacional se desse no vestibular e não em medidas de correção das deficiências de formação, as quais eram a causa da exclusão, afirmando que os afrodescendentes não eram prejudicados por serem negros, mas sim por deficiência em suas formações escolares anteriores. Bem como se utilizando de Freire afirmou que o mesmo tinha razão em insistir que “a população brasileira é majoritariamente mestiça e que a solução brasileira para o racismo só pode passar pelo reconhecimento e valorização da mestiçagem, tanto físicas como culturais” (fls. 181 notas taquigráficas). Para ela, afirmar que a autodeclaração era voluntária não era real, pois o que se deveria afirmar sobre tal critério aos que não se reconheciam de uma forma nem de outra, dentro de divisões artificialmente criadas naquela forma de sistema de cotas? Qual seria a opção de acesso para os casos de não reconhecimento por meio dos critérios fixados na autodeclaração? Afirmou também que os problemas de acesso à universidade se davam por conta dos obstáculos sociais, pelas trajetórias escolares deficientes que dificultam o acesso ao ensino superior, sendo a desigualdade educacional e não por causa da cor. Propôs que antes de ações afirmativas de cotas nas universidades, era necessário possibilitar a inclusão por meio de cursinhos pré-vestibulares para alunos carentes, bem como a inserção de disciplinas (nos níveis fundamentais do ensino)

que demonstrassem que o racismo não deveria existir e somente tais fatores poderiam diminuir a desigualdade educacional no Brasil e não o sistema de cotas.

A Associação dos Procuradores do Estado (ANAPE), através de seu procurador Noronha, ressaltou que a instituição de cotas poderia gerar um perigo, pois se cometeria injustiças em nome de uma suposta dívida histórica, sob a ressalva que muitos negros já haviam prosperado economicamente no país.

O juiz da 2ª Vara Federal de Florianópolis-SC, Dias, defendeu a inconstitucionalidade das cotas para universidades pública e afirmou que estas ações não resolviam a questão do racismo, muito ao contrário ainda fariam do judiciário um árbitro, que se utilizando de um critério artificial, o fenótipo, concederia direitos. As ações afirmativas eram uma solução simplista ao fato de que estatisticamente não se via negros na universidade, sendo que era impossível a atribuição de raça ou a ideia de raça como fator de *describem* necessário para outorgar direitos. O fato de não ter acesso ao ensino superior se devia não ao fato de ser negro, mas sim porque o ensino público anterior era inferior, sem qualidade e prejudicava o estudante no vestibular. “O Estado não resolve o problema da educação e obriga um jovem a decidir que tenha que se auto afirmar negro para conseguir o acesso, e pode não querer se auto discriminar como negro por motivos ideológicos ou políticos” (fls. 307 notas taquigráficas), afirmando que “ser negro” como determinante de uma política pública era discriminatório e estigmatizante.

A Comissão de Assuntos Antidiscriminatórios da OAB- Seccional de São Paulo, representada por Militão, defendeu as ações afirmativas mas alegou que o Estado não poderia impor uma identidade racial, afirmando que a criação de um “racialismo estatal” com a intenção de beneficiar um pequeno percentual de pessoas não seria correta e que o investimento público em cotas sociais seria mais viável, bem como o acesso criado por universidades por meio do critério de rendas. O Estado não poderia criar uma identidade racial, sob pena de violar a dignidade humana dos brasileiros e mesmos dos afro-brasileiros, bem como cabia o questionamento se o brasileiro queria essa classificação que negava a sua miscigenação. Uma solução possível seria a criação de cursos preparatórios como acesso, oferecidos pelas próprias universidade, para os jovens que tivessem, em decorrência da pobreza e má escolaridade, dificuldades em concorrer à universidade pública, e citou Milton Santos ao afirmar que “o Estado não tem o direito de fazer o caminho mais fácil” (fls. 311 das notas taquigráficas da audiência pública), era isso

que estava fazendo com as cotas, pois a tarefa de cortar caminho e não enfrentar a realidade das desigualdades raciais e sociais, com a inclusão de uns e exclusão de outros, fazia-se dessa forma, dando as cotas a condição de muleta estatal, já que atingia um percentual pequeno, devendo ser outro o encaminhamento do Estado em relação à educação.

O Movimento Negro Socialista, na figura de Miranda, afirmou que o sistema de cotas deveria ser direcionado para estudantes de baixa renda, sem se utilizar de critério de raça, pois os excluídos são os pobres, independentemente de sua cor. Prosseguiu asseverando se institucionalizar as cotas raciais era o atestado de incompetência do Estado, que não conseguiu alcançar a universalização dos serviços públicos gratuitos de qualidade. A forma de se diminuir a desigualdade era proporcionando educação de qualidade em todos os níveis de ensino (básico, fundamental e superior), bem como aumentando o número de vagas nas universidades públicas, ao mesmo tempo que não havia universidade pública para todos se permitia o pagamento de milhões para as particulares por meio da isenção de impostos, reforçando que políticas raciais eram contra a igualdade.

O Movimento Pardo-Mestiço (MPMB)⁵⁶, representado por Castro, defendeu a inconstitucionalidade das cotas raciais, sob a alegação que o sistema de cotas da UnB não correspondia a ações afirmativas, pois teria por base “uma elaborada ideologia de supremacismo racial que visava a eliminação política e ideológica da identidade mestiça brasileira”. (fls. 328 das notas taquigráficas da audiência pública). Prosseguiu afirmando que o sistema não se destinava a proteger os pretos e pardos, mas sim em defender aqueles que se declaravam negros, excluindo assim os mestiços, mulatos, caboclos, bem como os que se autodeclaravam negros, mas tinham a pele de cor branca. O movimento defendeu a oportunidade igual para todos os elementos étnicos e raciais da nação, como forma de promover a erradicação da marginalização das minorias étnicas e raciais, visando a redução das desigualdades sociais e regionais. Defendeu a inconstitucionalidade da reserva de cotas, pois esta exigia que os candidatos pretos e pardos se autodeclarassem negros para poderem

⁵⁶ O termo pardo pelo dicionário significa o mesmo que mulato, cafuzo ou caboclo, ou seja, uma pessoa com diferentes ascendências étnicas e que são baseados numa mistura de cores de peles entre brancos, negros e indígenas compondo um dos cinco grupos de cores étnicas que compõe a população brasileira, segundo a classificação do IBGE, junto com os brancos, pretos, amarelos e indígenas. Uma pessoa parda é considerada mestiça, pois apresenta uma mistura acentuada entre uma ou mais etnias. A ideia de pardo surgiu como uma cor e raça durante o período colonial no Brasil, estando a mesma como intermediária entre os brancos (europeus) e os pretos (escravos). Para o MPMB tal colocação não era pertinente para os direitos das partes catalogadas nesta classificação no sistema de cotas.

concorrer, o que ofendia o dever do Estado de proteger todos os grupos participantes do processo civilizatório nacional e de valorizar a diversidade étnica e regional que a Constituição Federal reconhecia, não se limitando tal diversidade as culturas indígenas e afro-brasileiras.

Afirmou que se tornava incompatível a justificativa da universidade (UnB) de que esta tinha por objetivo remediar situações desvantajosas, pois a política de cotas existente implicava no tratamento favorável a um grupo social apenas, os negros, e gerava desvantagem para os pardos que se identificavam como mestiços, mulatos, cafuzos e caboclos, e não como negros. Afirmou o Movimento que o censo nunca adotara o termo negro, mas preto, e o termo pardo sempre fora associado as populações mestiças. Prosseguiu afirmando que a UnB não havia apresentado provas que os candidatos de cor parda que se identificavam como negros estivessem em situações sociais mais desvantajosas do que aqueles que assumiam sua identidade mestiça. Alegaram que a pobreza no Brasil tinha todas as cores e, de acordo com o PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios), estava associada a diferença de rendas e não com a cor, sendo a pobreza o limitador de acesso ao ensino superior. A criação das cotas somente produzia novas desigualdades ou as acentuava, pois concedia um privilégio para candidatos de classe média arbitrariamente classificados como negros, de família de baixa renda e que cursaram a escola pública arruinada, não proporcionando a inclusão social, pois os brancos pobres estavam excluídos. Estes não eram contra as ações afirmativas, mas sim contra a manipulação dessas com o propósito de racializar a vida social no país, não sendo correto a comparação de políticas sociais para mulheres ou deficientes, como formas de definição e “na delimitação de grupos raciais pelo Estado, o empreendimento político tem como ponto de partida a negação daquilo que a ciência explica, miscigenação” (fls.1175 do processo da ADPF), interessando a construção de uma sociedade desracializada, na qual a singularidade do indivíduo fosse valorizada e celebrada, já que não foi a existência de raças que gerou o racismo, mas o racismo que fabricou a crença em raças. Afirmou que a expansão europeia na África e Ásia, sustentada na ideologia da “missão civilizatória” dos europeus, criou poderes coloniais, para separar na lei os colonizadores dos nativos, e distinguindo os nativos entre si, se instituiu os conceitos de raças. A distribuição de privilégios segundo critérios etno-raciais inculcou a raça nas consciências e na vida política, semeando tensões e gestando conflitos que ainda perduravam, “a produção

política da raça é um ato político que não demanda diferenças de cor de pele” (fls.1175 do processo da ADPF).

No entendimento que o racismo contaminava as sociedades quando a lei sinalizava às pessoas um pertencimento a determinado grupo racial e que seus direitos seriam afetados por esse critério de pertinência de raça. O modelo dos EUA como excelência das políticas de cotas raciais era a negação da mestiçagem biológica e cultural, e proporcionara a divisão da sociedade em guetos legais, sociais, culturais e espaciais, pois, de acordo com ele, as pessoas eram brancas ou negras, sendo essa a base das cotas raciais que se pretendia adotar no Brasil. A distribuição de privilégios segundo estes critérios (etno-raciais) tendia a retroalimentar as percepções racializada da sociedade e em torno delas se articulavam carreiras políticas e grupos organizados de pressão. As cotas raciais no Brasil proporcionariam privilégios a uma ínfima minoria de estudantes de classe média e conservavam intactas, através do falso manto exclusivo, uma estrutura de ensino público arruinada. O melhor seria a reestruturação da educação pública com políticas adequadas e vultuosos investimentos, para que o padrão do ensino fosse elevado e pudesse beneficiar os indivíduos de baixa renda, dentre eles brancos, pretos e pardos. Isso se iniciava também com as ações de criação de cursos preparatórios gratuitos, com a eliminação de taxas de inscrição em vestibulares, tais como se verificava em instituições como a UNESP. O seu programa de cursinhos pré-vestibulares gratuitos, destinados a alunos de escolas públicas, tinha o “endereço social certo” (fls.1178 do processo da ADPF), e um Estado racializado era a demonstração que a utopia da igualdade fracassou.

2.4. Da exposição de experiências de aplicação de políticas de ação afirmativa

Após os debates foram apresentadas as experiências de algumas universidades públicas que aplicavam a política de ações afirmativas para o ingresso em suas instituições, sendo as mesmas assim representadas: Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ), representado pelo professor João Feres; Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), representado pelo Professor Renato Hyuda de Luna Pedrosa; Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), representada pelo Pró-reitor Professor Eduardo Magrone; Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), representado pela Professora Jânia Saldanha; Universidade do

Estado do Amazonas (UEA), representada pelo Vice-Reitor Carlos Eduardo de Souza Gonçalves e a Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), representada pelo professor Marcelo Tragtenberg. O representante da IUPERJ, ao defender o sistema de cotas, afirmou que o argumento de que no Brasil o preconceito é de classe e não de raça não era real, visto que o negro sentia mais desvantagens quando na tentativa de subir na escala social do que o branco, e isso se daria em todas as fases do processo de transição de um status social para outro.

Segundo o representante da UNICAMP aquela instituição criou, considerando o princípio da autonomia universitária, uma política antidiscriminatória para o processo seletivo de estudantes de graduação através do estabelecimento do Programa de Ação Afirmativa e Inclusão Social (PAAIS), levando em consideração a busca da excelência acadêmica e a necessidade de inclusão social dos grupos desfavorecidos. O mesmo explicou o funcionamento do referido programa através da bonificação em pontos para alunos da rede pública (30 pontos na nota final), pontos que poderiam ser acumulados para os que se autodeclararem pretos, pardos ou indígenas (10 pontos na nota final). Descreveu outros benefícios de acesso tais como a possibilidade de isenção na taxa de inscrição do vestibular para os provenientes de rede pública e de renda máxima de até 5 salários mínimos, bem como a ampliação do programa de apoio estudantil (residência e alimentação), possibilitando a permanência dos candidatos de baixa renda. Informou que os percentuais de alunos provenientes de rede pública ou que se autodeclararam pretos, pardos ou indígenas com tais medidas aumentaram. Salientou que os alunos que foram admitidos sob tais circunstâncias de bonificação tiveram bom desempenho e não abandonaram os cursos.

A Universidade Federal de Juiz de Fora informou, através do pró-reitor que 50%, que suas vagas eram destinadas a egressos de escolas públicas e 25% dessas aos autodeclarados negros. Pontuou que os alunos cotistas tinham resultados mais modestos do que os que ingressaram pelo sistema universal, porém que sem as políticas de cotas, muitos não estariam estudando em cursos de alta demanda. Afirmou que a condição escola pública, de forma geral, não se revelava suficiente para favorecer os desfavorecidos sociais, e que o apoio aos cotistas deveria ir além das garantias materiais para prosseguirem nos cursos, pois também outros aspectos mereciam atenção, dentre eles os pedagógicos psicológicos e a socialização ao meio universitário.

A Universidade Federal de Santa Maria pontuou que as ações afirmativas utilizadas para garantir uma maior democratização do acesso às universidades públicas foram positivas, e que falar das mesmas era “falar em luta por reconhecimento, que era a luta contra qualquer violação à dignidade e a honra”. (fls. 402 das Notas Taquigráficas da audiência pública). Pontuou que do quadro de docentes daquela instituição nem 1% era de negros, sendo que tal percentual era zero no caso de discentes, sobretudo nos cursos de alta demanda como Medicina, Direito e Engenharia. O Programa reservava vagas de 10 a 15% para negros, e de forma progressiva, 5% para deficientes, 20% para escola públicas e de 5 a 10 vagas para indígenas.

A Universidade do Estado do Amazonas, pelo seu vice-Reitor, afirmou que o sistema era para ampliar o acesso ao ensino superior, havendo o estabelecimento de cotas para os que cursaram o ensino médio no Amazonas, 80% das vagas, sendo que os estudantes de outros estados ficavam com os outros 20%. Bem como apontou que havia uma reserva de vagas de 60% para os estudantes da rede pública dentro dos 80% reservados aos que haviam estudado no próprio estado do Amazonas, e 40% para os que haviam estudado em escolas públicas de outros estados.

A Universidade Federal de Santa Catarina, pelo seu representante, afirmou que as ações afirmativas de recorte socioeconômico eram essenciais para garantir direitos fundamentais que as políticas universalistas não conseguiram garantir, possibilitando a diversidade e a convivência dos diferentes, sendo que a reserva de vagas somente para escolas públicas, não necessária ou automaticamente, incluiria o negro. A instituição aplicava o percentual de 20% das vagas para o ensino fundamental e médio público, 10% para os negros prioritariamente de ensino fundamental e médio estatal e vagas suplementares para indígenas. Informou que em relação a evasão escolar o maior número se dava entre os que entravam pelo sistema universal, seguido pelos do ensino público e por último os que se autodeclararam negros.

No debate também foi ouvida a representante da Associação dos Juízes Federais- AJUF, sendo que a mesma pontuou que a questão fora pouco analisada pelos magistrados e não havia consenso sobre o tema. Porém ressaltou que o TRF da 1ª Região e da 4ª Região tendiam a referendar tal política, mas que o TRF da 2ª Região vinha entendendo pela não aplicação por faltar disciplina legal e que no TRF 3ª Região não havia julgamentos sobre tal assunto. Pontuou também que o TRF da 5ª Região em

caso único ali julgado assentou que a matéria estava sujeita à reserva legal.⁵⁷

2.5. Da fundamentação dos votos dos ministros

Após a audiência pública e da juntada ao processo de todos os documentos solicitados por todas as partes que compuseram a ação, os ministros passaram a fundamentar seus votos para proferirem a decisão sobre a ADPF, sendo que os ministros que atuam e votaram nos autos foram: Ricardo Lewandowski (atuou como Relator), Ayres Brito (Presidente da Corte), Joaquim Barbosa, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Rosa Weber⁵⁸. Como exposto anteriormente o voto do relator foi seguido integralmente por todos os outros ministros, havendo alguns casos em que a fundamentação dos ministros ampliou os pontos debatidos no voto do relator e casos em que o ministro seguiu em sua integralidade a fundamentação do relator e não se manifestou por voto próprio, como se deu no caso do ministro Joaquim Barbosa, que afirmou que o relator já havia proferido um voto em total conformidade com o que havia de mais moderno sobre o tema na literatura e que não havia nada que desejasse acrescentar.

2.5.1. O voto do ministro relator e suas fundamentações

O Ministro Ricardo Lewandowski como relator da ação proferiu seu voto em primeiro lugar como pertinente nestes casos, sendo que o mesmo o fundamentou sob os argumentos que serão a seguir dispostos⁵⁹. A princípio o citado relator

⁵⁷ Os Tribunais Regionais Federais estão organizados da seguinte forma: TRF da 1ª Região com sede em Brasília, compreende as seções judiciárias do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins. TRF da 2ª Região com sede no Rio de Janeiro, compreende as seções judiciárias do Rio de Janeiro e Espírito Santo. TRF da 3ª Região com sede em São Paulo, compreende as seções judiciárias de São Paulo e Mato Grosso do Sul. TRF da 4ª Região com sede em Porto Alegre, compreende as seções judiciárias de Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. TRF da 5ª Região com sede em Recife, compreende as seções judiciárias de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe.

⁵⁸ O Ministro Dias Toffoli foi tido como impedido motivo pelo qual não emitiu seu voto na decisão da ADPF 186.

⁵⁹ Em virtude da extensão do voto do relator, que consta das folhas 46 a 92 do decisão final (acórdão) apresentaremos de forma sistematizada (na mesma ordem de abordagem) e sintetizada (em virtude da extensão) tal voto, trazendo os apontamentos usados pelo relator para sua fundamentação da decisão pela constitucionalidade das cotas, de forma a esclarecer o pontos utilizados pelo mesmo para efetivar sua

declarou que as ações afirmativas se inseriam entre os temas clássicos do controle de constitucionalidade, bem como as controvérsias sobre tal tema, tendo em vista já se arrastarem por décadas em várias instâncias jurisdicionais do país, com soluções diversas, precisavam de fato serem definitivamente pontuadas e resolvidas pelo Supremo. Fixou que a questão fundamental que seria examinada era a verificação da constitucionalidade sobre os programas de ação afirmativa que estabeleciam o sistema de reserva de vagas baseado em critério étnico-racial como formas de acesso ao ensino superior, pontuando que para a realização de tal intuito se faria necessário que a mesma se desse da forma mais ampla possível, em especial sob as luzes dos princípios e valores que norteavam a Constituição Federal e que nesse âmbito o primeiro passo que se faria necessário era a revisitação do princípio da igualdade, em seu duplo aspecto, no sentido material e formal, acolhido pela Constituição.

O relator ressaltou que a igualdade conceituada no art.5º da Constituição em que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, provinha da ideia acolhida da tradição liberal, já preceituada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁶⁰, de que ao Estado não era dado fazer qualquer tipo de distinção entre aqueles que se encontravam sob a sua tutela. Segundo o ministro, além da garantia da isonomia formal exposta neste artigo o constituinte, sabedor da evolução política, doutrinária e jurisprudencial daquele conceito, buscava reforçar a igualdade material ou substancial de todos os brasileiros, levando em consideração a diferença que os distinguiu, quer por razões naturais, culturais, sociais ou econômicas, além de ressaltar o desnível existente entre diversos grupos. Para que se possibilitasse a igualdade material dos cidadãos o Estado deveria se valer de políticas de cunho universalista, que abrangessem um número indeterminado de pessoas através de ações de natureza estrutural, dentre elas as ações afirmativas, que, atingindo de maneira pontual grupos sociais determinados, poderiam lhes atribuir certas vantagens, por um determinado tempo, visando a superação das desigualdades resultantes de situações históricas.

decisão. Observamos que as notas de rodapé com as citações trazidas no acórdão se encontram apontadas nas notas de rodapé correspondente as falas dos ministros com forma de se manter a fidelidade ao documento analisado.

⁶⁰ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi um documento elaborado durante a Revolução Francesa de 1789, que iria refletir a partir de sua divulgação, um ideal de âmbito universal, ou seja, o de liberdade, igualdade e fraternidade humanas, acima dos interesses de qualquer particular.

Se utilizando de postulados apresentados por Daniela Ikawa⁶¹ e Boaventura de Sousa Santos⁶² expôs a tese que a aplicação da igualdade formal pura e simples poderia resultar em injustiças ao desconsiderar diferenças, e a superação de uma perspectiva puramente formal era a própria base conceitual de democracia.

O princípio formal de igualdade, aplicado com exclusividade, acarreta injustiças (...) ao desconsiderar diferenças em identidade. Apenas o princípio da igualdade material, prescrito como critério distributivo, percebe tanto aquela igualdade inicial, quanto essa diferença em identidade e contexto. Para respeitar a igualdade inicial em dignidade e a diferença, não basta, portanto, um princípio de igualdade formal. (...) O princípio da universalidade formal deve ser oposto, primeiro, a uma preocupação com os resultados, algo que as políticas universalistas materiais abarcam. Segundo deve ser oposto a uma preocupação com os resultados obtidos hoje, enquanto não há recursos suficientes ou vontade política para a implementação de mudanças estruturais que requerem a consideração do contexto, e enquanto há indivíduos que não mais podem ser alcançados por políticas universalistas de base, mas que sofreram os efeitos, no que toca à educação, da insuficiência dessas políticas. São necessárias, por conseguinte, também políticas afirmativas. As políticas universalistas materiais e as políticas afirmativas têm (...) o mesmo fundamento: o princípio constitucional da igualdade material. São, contudo, distintas no seguinte sentido. Embora ambas levem em consideração os resultados, as políticas universalistas materiais, diferentemente das ações afirmativas, não tomam em conta a posição relativa dos grupos sociais entre si. (IKAWA apud LEWANDOWSKI, 2012, p. 50 do Inteiro Teor do Acórdão)

E prosseguiu afirmando:

Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades. (SANTOS apud LEWANDOWSKI, 2012, p. 51 do Inteiro Teor do Acórdão)

Salientou que a aspiração de se transformar o direito à isonomia em igualdade de possibilidades, sob a concepção de uma participação equitativa nos bens sociais, apenas poderia ser alcançada, segundo o mesmo, se utilizando da concepção preceituada por Rawls⁶³ como justiça distributiva. Só esta permitiria a superação das desigualdades que ocorriam na realidade de fato, mediante uma intervenção estatal determinada e firme com intuito de corrigi-las, distribuindo ou

⁶¹ IKAWA, Daniela. **Ações Afirmativas em universidades**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 150-152.

⁶² SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Rio de Janeiro; Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

⁶³ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: MARTINS Fontes, 1997, p. 3.

redistribuindo bens e oportunidades com a intenção de benefício da coletividade.

As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos. (LEWANDOWSKI apud RAWLS, 2012, p. 52 do Inteiro Teor do Acórdão)

Para tal, o modelo constitucional brasileiro nunca fora alheio aos princípios da justiça distributiva ou compensatória, visto que incorporou em mecanismos institucionais meios de corrigir algumas distorções que poderiam resultar da aplicação meramente formal de igualdade. Possibilitando assim que a Constituição saísse da retórica de direitos e garantias fundamentais e se colocasse na busca da efetividade de tais direitos, bem como esta busca não se fazia sem que encontrasse resistência, pois a efetividade deveria ultrapassar e ir além do discurso de direitos básicos da pessoa humana. Para fundamentar esse posicionamento cita Michel Rosenfeld⁶⁴: “A adoção de um novo princípio de justiça distributiva possivelmente criará conflitos entre reivindicações baseadas nos velhos e nos novos princípios”. (ROSENFELD apud LEWANDOWSKI, 2012, p. 53)

No entendimento do relator a aplicação da justiça distributiva consistia em um modo de distribuição de justiça, com o intuito de incluir grupos excluídos, mas não se restringia a focar categorias raciais.

No que interessa ao presente debate, a aplicação do princípio da igualdade, sob a ótica justiça distributiva, considera a posição relativa dos grupos sociais entre si. Mas, convém registrar, ao levar em conta a inelutável realidade da estratificação social, não se restringe a focar a categoria dos brancos, negros e pardos. Ela consiste em uma técnica de distribuição de justiça, que em última análise, objetiva promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados, especialmente daqueles que, historicamente, foram compelidos a viver na periferia da sociedade. (LEWANDOWSKI, 2012, p. 53)

Após a análise da igualdade formal, da igualdade material e da justiça distributiva passou o relator a abordar as políticas de ações afirmativas, sendo que o mesmo se utilizou da conceituação disposta por Myrl Duncan⁶⁵ para defini-las: “um

⁶⁴ ROSENFELD, Michel. **Affirmative Action, justice, and equalities: a philosophical and constitucional appraisal**. Ohio State Law Journal, nº46, p. 861.

⁶⁵ DUNCAN, Myrl L. **The future of Affirmative action: a jurisprudential/legal critique**. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, Cambridge: Cambridge Press, 1982, p. 503.

programa público ou privado que considera aquelas características as quais vem sendo usadas para negar (aos excluídos) tratamento igual”. (DUNCAN apud LEWANDOWSKI, 2012, p. 53). Se utilizou também de uma conceituação disposta no art.2, §2, da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial⁶⁶ para, nas palavras do relator, se valer de uma definição mais elaborada. Reforçou que tais políticas deviam ter uma temporalidade, qual seja, a extinção das mesmas quando alcançassem seus objetivos, evitando-se assim a desigualdade de direitos.

(...) medidas especiais e concretas para assegurar, como convier, o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos, com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos, em razão dos quais foram tomadas. (Brasil, 1968, Art.2º, §2º)

Relatou o Ministro que dentre as modalidades de ações afirmativas existentes em países diferentes, de modo transitório, a maioria atendia aos seguintes parâmetros: consideração do critério de raça, gênero ou outro aspecto que caracterizasse um grupo minoritário visando a promoção de sua integração social; as que visavam o afastamento de requisitos de antiguidade para a permanência ou promoção de membros de categorias socialmente dominantes em determinados ambientes profissionais. Outras ainda definiam distritos eleitorais para o fortalecimento de minorias e, por fim, aquelas que visavam o estabelecimento de cotas ou reserva de vagas para setores marginalizados. Reforçou que erroneamente se imaginava que as ações afirmativas haviam sido criadas nos EUA, mas que a origem das mesmas se dera na Índia, onde por motivos de forte estratificação social (sistema de castas) e de uma diversidade cultural e étnico racial profunda as mesmas se fizeram surgir. As fortes tensões sociais existente naquele país resultaram em um diploma legal, conhecido como *Government of India Act*, que visava o combate à exclusão social, o relator se utilizando de Partha Gosh⁶⁷ asseverou que “a necessidade de discriminar positivamente em favor dos socialmente desprivilegiados foi sentida pela primeira vez durante o movimento nacionalista, foi

⁶⁶ Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968.

⁶⁷ GOSH, Partha S. “Positive Discrimination” in Índia: **A Political Analysis**. Disponível em: scribd.com/doc/21581589/Positive-Discrimination-in-India. Acessado em 22 de março de 2010.

Mahatma Gandhi o primeiro líder a se dar conta da importância do tema”. (GOSH apud LEWANDOWSKI, 2012, p. 55)

Continuando a fundamentação sobre as ações afirmativas já serem reconhecidas como constitucionais no ordenamento brasileiro, o relator fez menção ao voto proferido pelo Ministro Nelson Jobim disposto na decisão da ADI 1946/DF (2003), quando se discutia a aplicação de tais políticas para conter a discriminação existente entre homens e mulheres no trabalho. Transcreveu partes da decisão como base para seus próprios fundamentos: “A discriminação positiva introduz tratamento desigual para produzir, no futuro e em concreto, a igualdade (...) se constitui em instrumento para obter a igualdade real”. (LEWANDOWSKI, 2002, p. 56)

Após prosseguiu na análise dos artigos constitucionais que preceituavam a forma de acesso ao ensino com base nos princípios de: igualdade de condições para acesso e permanência na escola; pluralismo de ideias; gestão democrática do ensino superior (art. 206); acesso segundo a capacidade de cada um (art. 208). Observou que a Constituição ao mesmo tempo que dispunha sobre a igualdade de acesso e o pluralismo de ideias acolhia a meritocracia para a promoção aos níveis mais elevados, sob a ressalva que buscava ao mesmo tempo equilibrar o acesso à universidade com o princípio da igualdade material que estava presente em todo o texto constitucional. Pontuou que o mérito dos concorrentes que se encontram em situação de desvantagem, em virtude de condições sociais, não poderia somente estar restrito a uma ótica linear, visto a necessidade de observação do princípio da igualdade material. As políticas que buscavam reverter um quadro histórico de desigualdade, caracterizam as relações étnico raciais e sociais no Brasil, no âmbito universitário, não poderiam somente serem analisadas sob a ótica da compatibilidade com preceitos constitucionais considerados de forma isolada, ou de uma eventual vantagem de alguns critérios sobre outros, como se pode verificar na citação:

Elas devem, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado Brasileiro, desconsiderando-se os interesses contingentes e efêmeros que envolvem o debate. Não raro a discussão que aqui se trava é reduzida à defesa de critérios objetivos de seleção, desprezando-se completamente as distorções que eles podem acarretar quando aplicados sem os necessários temperamentos. De fato, critérios ditos objetivos de seleção empregados de forma linear em sociedades tradicionalmente marcadas por desigualdade interpessoais profundas, como é a nossa, acabam por consolidar ou, até mesmo, acirrar as distorções existentes. Os principais espaços de poder político e social mantem-se, então inacessíveis aos grupos marginalizados, ensejando a reprodução e perpetuação de uma mesma elite dirigente. Essa situação afigura-se ainda mais grave quando tal concentração

de privilégios afeta a distribuição de recursos públicos. (LEWANDOWSKI, 2002, p. 60)

Ressaltou o relator que toda seleção, em qualquer atividade humana, se baseia em algum tipo de discriminação, porém a legitimidade dos critérios, deveria guardar correspondência com os objetivos sociais que se buscavam atingir com e através deles. Se utilizando de Dworkin⁶⁸, reforçou essa aplicação:

(...) 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 ultrapasse a perda global e caso não exista uma outra política que, não contendo uma desvantagem comparável, produza, ainda que aproximadamente, o mesmo ganho. (DWORKIN apud LEWANDOWSKI, 2002, p. 60)

Pontuou que o critério de acesso às universidades públicas no Brasil deveria levar em conta os objetivos gerais almejados pelo Estado Democrático de Direito, estando os mesmos contidos no Preâmbulo da Constituição Federal⁶⁹, bem como os objetivados no Art.205 da mesma, onde se determina que a educação seria promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o desenvolvimento da pessoa e o preparo desta para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho. Prosseguiu na afirmação que o Art.207 permitia dentro das prerrogativas funcionais das universidades a autonomia didática-científica e administrativa, e a obediência ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, qual seja nos dizeres do Ministro:

Com esses dispositivos pretendeu o legislador constituinte assentar que o escopo das instituições de ensino vai muito além da mera transmissão e produção do conhecimento em benefício de poucos que logram transpor os seus umbrais, por partirem de pontos de largada social ou economicamente privilegiados. (LEWANDOWSKI, 2002, p. 61)

Os métodos de acesso ao ensino superior deveriam estar condizentes com os

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 350-351.

⁶⁹ Preâmbulo da Constituição Federal, promulgada em 05/10/1988. “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a 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 e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”

objetivos da Constituição ao permitir que a sociedade fosse beneficiada pelo pluralismo de ideias e melhor convívio em todos os âmbitos entre pessoas plurais. Para tal, a metodologia de seleção diferenciada poderia sim estar inserida, sendo o critério de acesso socioeconômico ou étnico-racial um modo de se assegurar essa pluralidade de ideais. Expôs ainda que o princípio da igualdade não poderia ser aplicado de modo abstrato, pois operava nas escolhas voltadas à concretização da justiça social, e uma melhor adequação desse acesso resultaria na distribuição mais equitativa dos recursos públicos.

Após estas colocações passou à verificação da adoção do critério étnico-racial como meio de seleção, e se utilizou novamente de Ikawa (2002) para afirmar que “se a raça foi utilizada para construir hierarquias, deverá também ser utilizada para desconstruí-las”. (LEWANDOWSKI, 2002, p.65). Reforçando que, nas sociedades contemporâneas que passaram pela experiência da escravidão, repressão e preconceito, a qual gerou uma percepção depreciativa de raça para alguns grupos subjugados, se utilizar da igualdade meramente formal somente contribuiria para perpetuar a existência da desigualdade. O número pequeno de negros e pardos em funções de destaque na sociedade brasileira, nos meios públicos ou privados, somente refletia essa discriminação histórica, mesmo que estivesse camuflada. Sendo as ações afirmativas uma forma de compensação dessa discriminação, enraizada culturalmente, praticada inconscientemente, em nossa sociedade, muitas vezes sob o olhar complacente do Estado. Utilizou-se de uma citação do Ministro Marco Aurélio Mello⁷⁰ para expressar seu intuito de superar a abstenção estatal quanto ao assunto:

Pode-se afirmar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proíbe a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos ‘construir’, ‘garantir’, ‘erradicar’ e ‘promover’ implicam, em si, mudança de ótica, ao denotar ‘ação’. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar – e encontrar, na Carta como página virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa. E é necessário que essa seja a posição adotada pelos nossos legisladores. [...] É preciso buscar-se a ação afirmativa. A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso; é necessário fomentar-se o acesso à educação [...]. Deve-se reafirmar: toda e qualquer lei que tenha por objetivo a concretude da Constituição Federal não pode ser acusada de inconstitucionalidade. (MELLO apud LEWANDOWSKI, 2002, p. 67)

⁷⁰ MELLO, Marco Aurélio. “Ótica Constitucional- a igualdade e as ações afirmativas”. In Martins, Ives Gandra da Silva. **As vertentes do direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 41.

Se valeu também de dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Estatística-IBGE⁷¹, para demonstrar que os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD mostravam um crescimento da proporção da população que se declarava preta ou parda naqueles últimos dez anos, apontando talvez esse fato como resultante da recuperação da identidade racial, citando em seu relatório de voto a pesquisa do IBGE:

No entanto, independentemente desse possível resgate da identidade racial por parte da população de cor preta, parda ou de indígenas, a situação de desigualdade que sofrem os grupos historicamente desfavorecidos subsiste. Uma série de indicadores revelam essas diferenças, dentre os quais: analfabetismo; analfabetismo funcional; acesso à educação; aspectos relacionados aos rendimentos; posição na ocupação; e arranjos familiares com maior risco de vulnerabilidade. Por se tratar de uma pesquisa por amostragem, como já destacado, na PNAD, as categorias com menor representação não são incluídas nas tabelas desagregadas por Unidade da Federação. (LEWANDOWSKI, 2002, p. 68)

O relator também ressaltou que ao se possibilitar, por meio das ações afirmativas, a inclusão de grupos discriminados ou desfavorecidos, acabava-se desenvolvendo um sentimento de liderança dentro desses grupos, que passavam a lutar pela defesa de seus direitos, ocasionando também o fortalecimento de alguns modelos como paradigmas de ascensão social e integração, despertando inclusive um sentimento de autoestima e o desejo de integração social. Asseverou que tais fatos compunham as mudanças registradas dentro da própria compreensão do conceito de justiça social, pois aliados as políticas meramente redistributivas surgiam as políticas de reconhecimento e valorização de grupos étnicos e culturais. Para tal, fundamenta sua colocação nos moldes apontados por Fraser e Honneth⁷²:

Atualmente, as reivindicações por justiça social parecem, cada vez mais, divididas entre dois tipos. A primeira, e a mais comum, é a reivindicação redistributiva, que almeja uma maior distribuição de recursos e riqueza. Exemplos incluem reivindicações por redistribuição de recursos do Norte para o Sul, do rico para o pobre, e (não há muito tempo atrás) do empregador para o empregado. Certamente, o recente ressurgimento do pensamento do livre-mercado pôs os proponentes da redistribuição na defensiva. Contudo, reivindicações redistributivas igualitárias forneceram o

⁷¹ Dados colhidos da síntese de indicadores sociais do ano de 2010- com acesso pelo site <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/indicadoresminimos/sinteseindicsoais2010/SIS2010.pdf>

⁷² FRASER, Nancy and HONNETH, Axel. **Redistribution or Recognition? The política-philosophical exchange**. London/Newyork: Verso,2 003, p. 7-8

caso paradigmático para a maioria das teorias de justiça social nos últimos 150 anos. Hoje, entretanto, estamos orientados cada vez mais a encontrar um segundo tipo de reivindicação por justiça social nas ‘políticas de reconhecimento’. Aqui o objetivo, na sua forma mais plausível, é um mundo diversificado, onde a assimilação da maioria ou das normas culturais dominantes não é mais o preço do respeito mútuo. Exemplos incluem reivindicações por reconhecimento de perspectivas distintas das minorias étnicas, ‘raciais’ e sexuais, assim como de diferença de gênero. Esse tipo de reivindicação tem atraído recentemente o interesse de filósofos políticos, aliás, alguns deles estão procurando desenvolver um novo paradigma de justiça social que coloca o reconhecimento no centro da discussão. De modo geral, então, estamos sendo confrontados com uma nova constelação. O discurso sobre justiça social, uma vez centrado na distribuição, está agora cada vez mais dividido entre reivindicações por redistribuição, de um lado, e reivindicações por reconhecimento do outro. Cada vez mais, as reivindicações por reconhecimento tendem a predominar. (FRASER e HONNETH apud LEWANDOWSKI, 2002, p. 72)

O relator afirmou que as mudanças na compreensão e na abordagem da justiça social significava ver mais além da redistribuição das riquezas, sob a ótica também do reconhecimento e da incorporação à sociedade de valores culturais mais amplos, em especial os considerados como inferiores pelos que se impunham como dominantes, cultural ou socialmente. Nas palavras do Relator:

Esse modo de pensar revela a insuficiência da utilização exclusiva do critério social ou de baixa renda para promover a integração social de grupos excluídos mediante ações afirmativas, demonstrando a necessidade de incorporar-se nelas considerações de ordem étnica e racial. (LEWANDOWSKI, 2002, p. 73)

Para enfatizar este pensamento se utilizou de Bauman⁷³:

(...) a identificação é também um fator poderoso na estratificação, uma de suas dimensões mais divisivas e fortemente diferenciadoras. Num dos polos da hierarquia global emergente estão aqueles que constituem e desarticulam as suas identidades mais ou menos à própria vontade, escolhendo-as no leque de ofertas extraordinariamente amplo, de abrangência planetária. No outro polo se abarrotam aqueles que tiveram negado o acesso à escolha da identidade, que não tem o direito de manifestar as suas preferências e que no final se veem oprimidos por identidades aplicadas e impostas por outros – identidades de que eles próprios se ressentem, mas não tem permissão de abandonar nem das quais conseguem se livrar. Identidades que estereotipam, humilham, desumanizam, estigmatizam. (BAUMAN apud LEWANDOWSKI, 2002, p. 73)

Abordou que as ações afirmativas traziam consigo um papel simbólico muito significativo, por meio da inclusão social de grupos discriminados, posto que ao se permitir a ascensão, até então negada, se criava uma corrente de modelos e

⁷³ BAUMAN, Zygmunt. **Identidade. Entrevista a Benedetto Vechhi**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 44.

multiplicadores de referências para tais grupos. Sendo que em contrapartida a discriminação desses grupos, negros e pardos, também ocasionava uma multiplicação às avessas, por meio da perpetuação da exclusão social e da manutenção de uma consciência de inferioridade dos excluídos, mantendo-os em uma marginalidade social. E que esse pensamento de suposta inferioridade se perpetuava e repercutia nos grupos marginalizados, bem como, consciente ou inconscientemente, nos que contribuem para a dominação através da manutenção dessa exclusão. Apresentou novamente Bauman para teorizar esse posicionamento:

Quanto mais as pessoas permanecem num ambiente uniforme – na companhia de outras 'como elas' com as quais podem ter superficialmente uma 'vida social' praticamente sem correrem o risco da incompreensão e sem enfrentarem a perturbadora necessidade de traduzir diferentes universos de significado-, mais é provável que 'desaprendam' a arte de negociar significados compartilhados e um modus operandi agradável. Uma vez que esqueceram ou não se preocuparam em adquirir as habilidades para uma vida satisfatória em meio à diferença, não é de esperar que os indivíduos que buscam e praticam a terapia da fuga encarem com horror cada vez maior a perspectiva de se confrontarem cara a cara com estranhos. Estes tendem a parecer mais e mais assustadores à medida que se tornam cada vez mais exóticos, desconhecidos e incompreensíveis, e conforme o diálogo e a interação que poderiam acabar assimilando sua 'alteridade' ao mundo de alguém se desvanecem, ou sequer conseguem ter início. A tendência a um ambiente homogêneo, territorialmente isolado, pode ser deflagrada pela mixofobia. Mas praticar a separação territorial é colete salva-vidas e o abastecedor da mixofobia; e se torna gradualmente seu principal reforço. A 'fusão' exigida pela compreensão mútua só pode resultar da experiência compartilhada. E compartilhar a experiência é inconcebível sem um espaço comum. (BAUMAN apud LEWANDOWSKI, 2002, p. 74)

Para o Ministro teriam, as ações afirmativas, além do papel de inclusão social de grupos excluídos também a função de criar líderes e dirigentes sociais através da integração de grupos e da aceitação e convivência com a diversidade. A universidade então além do papel de desenvolvimento de conteúdo e formação educacional também exerceria a função de integrador desses universos diversificados de pessoas. Para tanto, ressaltou que as universidades, em especial as públicas, eram em sua maioria o principal centro formador das elites brasileiras, e conseqüentemente elas representavam um campo privilegiado de onde muitos saíam para ocuparem altos cargos em setores públicos ou privados, evidenciando o cunho elitista destas. No entendimento do relator os grandes beneficiados pelas políticas de ações afirmativas não eram os estudantes que ingressavam por aqueles meios, mas toda a academia que podendo conviver com a diversidade também se modernizava pelo aprendizado entre as pluralidades. E sobre a questão de como conviver com o

outro se utiliza do apontamento de Habermas⁷⁴:

(...) as minorias étnicas e culturais [...] se defendem da opressão, marginalização e desprezo, lutando, assim, pelo reconhecimento de identidades coletivas, seja no contexto de uma cultura majoritária, seja em meio à comunidade dos povos. São [...] movimentos de emancipação cujos objetivos políticos coletivos se definem culturalmente, em primeira linha, ainda que as dependências políticas e desigualdades sociais e econômicas também estejam sempre em jogo. [...] Como esses movimentos de emancipação também visam à superação de uma cisão ilegítima da sociedade, a autocompreensão da cultura majoritária pode não sair ileso. De sua perspectiva, no entanto, a interpretação modificada das realizações e interesses dos outros não precisa modificar tanto seu papel como a reinterpretação da relação entre os gêneros modificou o papel do homem. [...] Quanto mais profundas forem as diferenças [...] raciais ou étnicas, ou quanto maiores forem os assincronismos histórico-culturais a serem superados, tanto maior será o desafio; e tanto mais ele será doloroso, quanto mais as tendências de autoafirmação assumirem um caráter fundamentalista-delimitador, ora porque ela precise primeiro despertar a consciência em prol da articulação de uma nova identidade nacional, gerada por uma construção através da mobilização de massa. (HABERMAS apud LEWANDOWSKI, 2002, p. 77)

Caberia, então, à universidade, dentro dos seus papéis fundamentais, a desmitificação dos preconceitos sociais, em relação ao outro, bem como a construção de uma “consciência coletiva plural e culturalmente heterógena, aliás, consentânea com o mundo globalizado em que vivemos”. (LEWANDOWSKI, 2002, p. 77) Segundo o relator foi exatamente a percepção de que a diversidade compunha essencialmente a formação universitária que pautou as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América nas decisões sobre a constitucionalidade das políticas afirmativas lá estabelecidas. Sob o fundamento que as discriminações positivas promoviam uma maior igualdade e integração entre as pessoas e grupos. Para o relator, a política de seleção de algumas universidades americanas não conflitava com o direito de tratamento igual pois atendiam a um interesse imperativo do Estado de justamente assegurar a diversidade cultural. E que as universidades dentro de sua autonomia e discricionariedade poderiam buscar uma heterogeneidade para corrigir distorções históricas que estavam somente servindo de obstáculo para a concretização de valores constitucionais de igualdade substancial e não somente material. Para tal se vale de Dworkin⁷⁵:

⁷⁴ HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do Outro – estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 1997, p. 246-247

⁷⁵ DWORIN, Ronald. **A virtude Soberana: a teoria e a pratica da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 582-583.

Além de irônico, será triste se a Corte inverter agora seu veredicto tão antigo, pois acabam de tornar-se disponíveis provas impressionantes do valor da ação afirmativa nas instituições universitárias de elite. Os críticos da política há muito argumentam que, entre outras coisas, ela faz mais mal do que bem, pois exacerba, em vez de reduzir, a hostilidade racial, e porque prejudica os alunos oriundos de minorias que são selecionados pra escolas de elite, nas quais precisam competir com outros alunos cujas notas nos exames e outras qualificações acadêmicas são muito mais altas. Mas um novo estudo – *The Shape of the River (A forma do rio)*, de William G. Bowen e Derek Bok – analisa uma grande base de dados sobre fichas e os históricos dos alunos e, com requintadas técnicas estatísticas, além de refutar essas afirmativas, demonstram o contrário. Segundo o estudo de *River*, a ação afirmativa alcançou um êxito impressionante: produziu notas mais altas de formatura entre os alunos universitários negros, mais líderes negros na indústria, nas profissões, na comunidade e nos serviços comunitários, bem como uma interação e amizade mais duradouras entre as raças do que, caso contrário, teria sido possível. [...] O estudo afirma que, se a Suprema Corte declarar inconstitucional a ação afirmativa, o número de negros nas universidades e nas faculdades de elite diminuirá muito, e raros serão os negros aceitos pelas melhores faculdades de Direito e Medicina. Isso seria uma grande derrota para a harmonia e a justiça raciais. Será que a Suprema Corte decretará que a Constituição exige que aceitemos essa derrota? (DWORKIN apud LEWANDOWSKI, 2002, p. 81)

O relator se utilizou em sua fundamentação de uma obra realizada por dois ex-reitores de universidades americanas, Princeton e Harvard, Bowen e Bok⁷⁶, sobre as conclusões relevantes que os mesmos faziam a respeito das ações afirmativas de acesso à universidade:

A últimas perguntas a serem ponderadas concernem a uma curva mais longa do rio. Qual é o nosso objetivo supremo? Quanto se conseguiu avançar? Até onde ainda teremos que ir? Ao lado de muitos outros, ansiamos pelo dia em que os argumentos a favor das políticas de admissão sensíveis à raça não mais serão necessários. Em todos os lados desse debate, quase todos concordariam em que, num mundo ideal, a raça seria uma consideração irrelevante. [...] Sem dúvidas, houve erros e decepções. Certamente, há muito trabalho a ser feito pelas faculdades e universidades para descobrir meios mais eficazes de melhorar o desempenho acadêmico dos estudantes vindos das minorias. Mas, no cômputo geral, concluímos que as faculdades e universidades academicamente seletivas tiveram extremo sucesso no uso da política de admissão sensível à raça, no intuito de promover metas educacionais que eram importantes para elas e metas sociais que são importantes para todos. [...] Houve e continua a haver progresso. Estamos descendo a correnteza, embora ainda possa haver quilômetros a percorrer antes que o rio enfim desague no mar. (BOWEN and BOK apud LEWANDOWSKI, 2002, p. 82)

Ao analisar a constitucionalidade das reservas de vagas pelo sistema de cotas, o relator expôs que tal enfoque já havia servido de critério para julgamento semelhante sobre a constitucionalidade ou não de tais reservas direcionadas à

⁷⁶ BOWEN, William G.; BOK, Derek. **O Curso do Rio: um estudo sobre a ação afirmativa no acesso à universidade**. Rio de Janeiro: Garamond, 2004, p. 410-411.

portadores de deficiência. Sendo que reforçou que o art.37 da CF permitia tais reservas de modo claro, e se valeu do voto do Ministro Ayres Brito para expor sua fundamentação:

(...) nunca é demasiado lembrar que o preâmbulo da Constituição de 1988 erige a igualdade e a justiça, entre outros, ‘como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos’, sendo certo que reparar ou compensar os fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica é política de ação afirmativa que se inscreve, justamente, nos quadros da sociedade fraterna que a nossa Carta Republicana idealiza a partir de suas disposições preambulares. (LEWANDOWSKI, 2002, p. 85)

Dessa forma confirmou que não era cabível a alegação de que somente ações afirmativas existentes textualmente na constituição deveriam ser realizadas, tais como as de reserva para deficientes físicos ou para mulheres. Sendo que as ações afirmativas deveriam ser vistas como modos de reparar ou compensar desigualdade factuais, como medidas de superioridade jurídica, não podendo serem consideradas meras concessões do Estado, mas sim deveres extraídos de princípios constitucionais. Cita o Ministro Joaquim Barbosa Gomes⁷⁷ para validar seu apontamento:

Além do ideal de concretização da igualdade de oportunidades, figuraria entre os objetivos almejados com as políticas afirmativas o de induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a ideia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação à outra [...] As ações afirmativas têm como objetivo não apenas coibir a discriminação do presente, mas, sobretudo, eliminar os ‘efeitos persistentes’ da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar. Esses efeitos se revelam na chamada ‘discriminação estrutural’, espelhada nas abismais desigualdades sociais entre grupos dominantes e grupos dominados. (GOMES apud LEWANDOWSKI, 2002, p. 88)

Se utilizou também da citação da Ministra Cármen Lúcia Rocha⁷⁸ para consubstanciar suas afirmações sobre a constitucionalidade das ações e da necessidade de se pôr vista ampla aos princípios da Constituição:

(...) a Constituição brasileira tem, no seu preâmbulo, uma declaração que apresenta um momento novo no constitucionalismo pátrio: a ideia de que

⁷⁷ GOMES, Joaquim Barbosa. “A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro”. In: SANTOS, Sales Augusto. **Ações Afirmativas e o combate ao racismo nas Américas**. Brasília: ONU, BID e MEC, 2007, p. 55-56.

⁷⁸ ROCHA, Cármen Lucia. “Ação Afirmativa: O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica”. In: **Revista Trimestral de Direito Público**, nº15, 1996, p. 93-94.

não se tem a democracia social, a justiça social, mas que o direito foi ali elaborado para que se chegue a tê-los [...]. Verifica-se, na Constituição de 1988, que os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são verbos de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. [...] Somente a ação afirmativa, vale dizer, a atuação transformadora, igualadora pelo e segundo o Direito, possibilita a verdade do princípio da igualdade que a Constituição Federal assegura como direito fundamental de todos. (ROCHA apud LEWANDOWSKI, 2002, p. 88)

Após a abordagem sobre a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa, da utilização destas na seleção para o ingresso no ensino superior público, no uso do critério étnico-racial para estas políticas, bem como da modalidade de reserva de vagas ou cotas, passou o relator a analisar a temporalidade a proporcionalidade entre os métodos empregados e os fins desejados. Pontuou que as ações estavam se fixando pelo reconhecimento da desigualdade na ascensão de uma parcela da população, tendo por fundamento, em muitos aspectos, distorções históricas havidas, mas que nunca pelo sentido de desvalia genética ou natural de qualquer um beneficiado. Portanto, quando realizada a equidade neste sentido tais políticas deveriam ser retiradas, pois cumpridas suas funções, porém, se mantido o quadro de exclusão que lhes deu origem as mesmas deveriam ser mantidas, evitando-se assim a criação de benefícios instituído a um grupo social em detrimento de uma coletividade, o que não poderia ser aceito em uma democracia. Ressaltou que esta temporalidade havia sido instituída pela UnB, o que por si só corroborava com o pensamento exposto.

Passou então a analisar a proporcionalidade entre os meios e fins das políticas de reserva de vagas, visto ser este um dos aspectos, em conjunto com a temporalidade, que poderiam validar os objetivos desejados. Observou que a UnB trazia como regra de reservas de vagas para o acesso um percentual de 20% de vagas para estudantes negros e de um número menor para índios, pelo prazo de 10 anos, com a necessidade de reavaliação após este prazo, entendendo que com isso a mesma se encontrava dentro dos padrões necessários e válidos para esse tipo de ação afirmativa. Declarou, por fim, que a política de ações afirmativas adotada pela Universidade de Brasília não se mostrava desproporcional ou não razoável, e portanto, compatível com os princípios constitucionais. Dessa forma, assim prolatou seu voto na parte dispositiva:

Isso posto, considerando, em especial, que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília (i) tem 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. (LEWANDOWSKI, 2002, p. 92)

2.5.2. Dos votos dos demais ministros e suas fundamentações

Os ministros da corte seguiram em sua integralidade os votos do Relator, porém trouxeram algumas observações ao debate que merecem destaque⁷⁹. O ministro Luiz Fux iniciou seu voto sob a alegação de que as ações afirmativas deveriam ser abordadas sobre algumas premissas. A primeira premissa abordada se daria sob o enfoque de que no Brasil a pobreza tinha cor, pontuando que segundo o IBGE metade da população, os negros e pardos, se encontravam em situações desvantajosas em relação aos brancos em diversos aspectos, sendo que no campo da escolaridade isso se evidenciava pelos dados apontados pelo MEC. Apontou como segunda premissa que a disparidade econômico- social entre brancos e negros não era produto do acaso, ou coincidência, como se fazia crer o autor da ADPF as fls.69 de que era uma “infeliz correlação entre a cor do indivíduo, pobreza e a qualidade de estudo”, mas que ao contrário eram produtos de ações pretéritas. Pontuou como terceira premissa que após a abolição não houve políticas inclusivas para os negros, bem como o preconceito e a discriminação, ainda que não ostensivos ou institucionalizados, passaram a existir no silêncio sob o mito da “democracia racial” apontada por Freyre. Serviu-se da citação de Fernandes⁸⁰ para pontuar esse aspecto.

Em consequência, ela também concorreu para difundir e generalizar a consciência falsa da realidade racial, suscitando todo um elenco de convicções etnocêntricas: 1º) a ideia de que 'o negro não tem problemas no Brasil'; 2º) a ideia de que, pela própria índole do povo brasileiro, 'não existem distinções raciais entre nós'; 3º) a ideia de que as oportunidades de acumulação de riqueza, de prestígio social e de poder foram indistinta e igualmente acessíveis a todos, durante a expansão urbana e industrial da cidade de São Paulo, 4º) a ideia de que o 'preto está satisfeito' com sua condição social e estilo de vida em São Paulo;

⁷⁹ Observamos também neste aspecto que em virtude de os votos serem extensos, das fls.93 a 233, que somente serão trazidos notas relevantes para a discussão, de forma sistematizada de acordo com a sequência dos votos e da fundamentação dos mesmos, bem como essa abordagem se fará de forma sucinta.

⁸⁰ FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes**. São Paulo: Ática.

5º) a ideia de que não existe, nunca existiu, nem existirá outro problema de justiça social com referência ao 'negro' excetuando-se o que foi resolvido pela revogação do estatuto servil e pela universalização da cidadania - o que pressupõe o corolário segundo o qual a miséria, a prostituição, a vagabundagem, a desorganização da família etc., imperantes na 'população de cor', seriam efeitos residuais, mas transitórios, a serem tratados pelos meios tradicionais e superados por mudanças qualitativas espontâneas.(FERNANDES apud FUX , 2012, p.107)

Como quarta premissa pontuou que as políticas universalistas de melhoria das condições econômicas-sociais da população não eram suficientes para combater a disparidades dos índices de desenvolvimento humano entre negros e brancos no Brasil. Reforçou que a injustiça social operava não apenas no campo da distribuição das riquezas produzidas na sociedade, mas também envolvia a dimensão significativa do reconhecimento. Para o ministro, o reconhecimento dizia respeito ao modo como determinados grupos eram enxergados no contexto social, e estava ligado com a identidade desses indivíduos e autoestima coletiva, se utilizando do pensamento expressado por Fraser⁸¹. Prosseguiu nesse raciocínio pontuando que era necessário, na promoção de direitos fundamentais dos afrodescendentes, atuar em dois pontos, o da distribuição e o do reconhecimento. Segundo o ministro, os mesmos requeriam a conjugação de medidas universalistas e iniciativas racialmente conscientes para se equalizar as relações étnicas no Brasil, não pelo viés de se escolher uma estratégia pela outra, mas sim de se empregá-las de forma ordenada.

Ressaltou ainda que a igualdade formal era uma conquista cara do liberalismo, que visava o tratamento idêntico aos indivíduos, afastando a discriminação, de qualquer forma ou tipo, era desde o começo do Estado de Direito devida em qualquer democracia constitucional, porém com o surgimento do Estado Social a mesma igualdade deveria ser tida sob a noção de igualdade material também. Nos dizeres do mesmo:

A mera proclamação normativa da igualdade não tem qualquer valor sem a sua implementação fática. Com o tempo, percebeu-se que a Constituição não poderia mais ser um conjunto de promessas inconsequentes, sendo imperiosa a sua efetividade social. A transformação da igualdade formal, de cunho liberal clássico, em uma igualdade material, partiu de uma

⁸¹ O ministro cita o pensamento de Nancy Fraser da obra “Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada da justiça”. In: **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flavia (Orgs.). Rio de Janeiro. Lúmen Juris, 2008, pp.188-212

necessidade ética. (FUX, 2012, p. 109)

Para o ministro Fux, a promoção da equiparação econômica-social entre as etnias não pôde ser alcançada pelas políticas abrangentes, exigindo assim o uso de um *discrímen* positivo, como recurso de caráter promocional, que pudesse alcançar o tipo e o modelo social prometido e desejado pela Constituição.

Na busca pela igualdade material, não é suficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata, sendo necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em suas peculiaridades e particularidades. Alguns desses sujeitos exigem uma resposta específica e diferenciada, um “direito à diferença”, a fim de assegurar-lhes um tratamento especial. (FUX, 2012, p. 110)

Pontuou não desconhecer que muitas objeções haviam em relação ao critério de justiça compensatória, sob o enfoque que ações afirmativas, com tais critérios, geravam a obrigação dos indivíduos de hoje pagarem por erros cometidos no passado. Vindo a afirmar que: “Os argumentos são essencialmente individualistas e pecam por desconsiderar a normatividade que exsurge do art. 3º, I, da Carta Magna, que impõe a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”. (FUX, 2012, p.111). Utilizou-se de Sandel⁸² para descrever que são: “obrigações que nos são impostas como membros de comunidades com identidades históricas”. (SANDEL apud FUX, 2012, p.111, sendo que no entendimento do ministro tal obrigação não era apenas moral, mas também jurídica. Ressaltou que as políticas de cotas não deveriam ser tidas como penalidades aos que não são beneficiários, até porque o critério socioeconômico passaria a figurar ao lado do mérito na prova técnico-científica como parâmetro para o acesso à universidade. Seguiu reafirmando que um dos papéis da universidade era o de possibilitar o convívio pela diversidade e, citou novamente Sandel:

Um corpo estudantil com diversidade racial permite que os estudantes aprendam mais entre si do que se todos tivessem antecedentes semelhantes (...) as minorias deveriam assumir posições de liderança na vida pública e profissional, porque isso viria ao encontro do propósito cívico da universidade e contribuiria para o bem comum. (SANDEL apud FUX, 2012, p. 113)

⁸² SANDEL, Michael. **Justiça - o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2011, p.212

O ministro afirmou que a igualdade na lei, não permitiu o livre acesso à universidade pública, quer para os negros ou para os estudantes egressos das escolas públicas, havendo neste último quesito uma inversão, posto que os estudantes abastados cursavam os níveis iniciais e fundamentais em instituições particulares e depois adentravam a universidade pública, e aos outros cabia fazerem o caminho inverso, irem para as instituições de ensino particulares no superior pois o período antecedente não lhes permitia, pelo preparo inferior, a prosseguirem na via pública, motivo pelos quais as instituições públicas se mantinham como elitizadas e segregacionistas. Por tal fato, a função das políticas de cotas era a de possibilitar um corpo discente plural, para todas as camadas da população e das minorias desfavorecidas. Para esta regulamentação caberia às universidades, dentro de sua autonomia constitucional, estabelecerem os meios de atuarem para essa inclusão social, pois em muitos aspectos, seriam estas as mais habilitadas a conhecerem as deficiências e a realidade socioeconômica das regiões onde se estabeleciam para poderem promover estas políticas de forma ordenada.

A ministra Rosa Weber pontuou que a constituição deveria ser interpretada de forma a realizar a implementação dos direitos dos mais diversos grupos, sendo que neste aspecto surgia a percepção de que liberdade e igualdade andavam de mãos dadas. “Para ser livre, é preciso ser igual. Para ser igual, é preciso ser livre”. (WEBER, 2012, p. 124). Apresentou a igualdade dentro do constitucionalismo moderno como tendo dois enfoques o formal e o material. Sendo o primeiro o formal no qual perante a lei, todos seriam tratados de forma igual, independente de critérios que se façam além de seu reconhecimento como sujeito de direito. “Se todos têm os mesmos direitos e obrigações, todos são igualmente livres para realizar suas próprias perspectivas de vida, respeitada a máxima segundo a qual, no plano do indivíduo, o que não é proibido é permitido”. (WEBER, 2012, p. 124). Porém a igualdade formal se transforma em igualdade presumida quando desconsidera alguns processos sociais que geram desigualdade. Ao se identificar tais processos e prosseguir somente pela igualdade formal, essa se torna um fardo, pois impede que necessidades concretas de alguns grupos que não puderam ter as mesmas oportunidades, em todos os seus meios de acesso, atinjam os mesmos espaços dos que puderam ter todas as oportunidades de acesso. “E sem igualdade mínima de oportunidades, não há igualdade de liberdade”. (WEBER, 2012, p. 125). Nestes casos, a intervenção do Estado por meio das ações afirmativas se fazia necessária para que se corrigissem essas desigualdades.

É preciso adentrar no mundo das relações sociais e corrigir a desigualdade concreta para que a igualdade formal volte a ter seu papel benéfico. Assim, a desigualdade material, que justifica a presença do Estado nas relações sociais, só se legitima quando identificada concretamente, a impedir que determinado grupo ou parcela da sociedade usufrua das mesmas chances de acesso às oportunidades sociais de que beneficiários outros grupos. Se as oportunidades são limitadas, é necessário que todos os indivíduos e todos os grupos tenham chances equivalentes de usufruí-las. Uma vez que tal situação está em perspectiva, só então é dado ao legislador e ao aplicador do Direito voltar a presumir a igualdade em razão do igual tratamento legal. Em outros termos, às vezes se fazem necessários tratamentos desiguais em determinadas questões sociais ou econômicas para que o resto do sistema possa presumir que todos são iguais nas demais esferas da sociedade. (WEBER, 2012, p. 125)

Se posicionou a ministra, no entendimento de que a pobreza no Brasil tinha cor, motivo pelo qual o estabelecimento de ações somente com corte socioeconômico poderia não surtir muito efeito, não sendo, pertinente somente reduzir a desigualdade social brasileira ao critério econômico. Observou que a implementação de cotas pela UnB poderia sim permitir uma ampliação da representatividade negra no meio universitário e que isso também poderia resultar em uma ampliação na representatividade social. Ressaltou que quando houvesse equilíbrio na representatividade não mais seriam necessárias tais políticas, por isso a necessidade da observação da temporalidade nessas fixações. Reforçou que o fato da política pública correr o risco de não ser eficaz não seria motivo de não a implementar, ou considerá-la, a princípio, inadequada, posto que qualquer política pública corria esse risco, a implementação estaria sujeita como qualquer política a reavaliação, bem como a melhor adequação para a efetividade pretendida.

A ministra Cármen Lúcia Rocha afirmou entender que as ações afirmativas não eram a melhor opção, pois melhor opção seria ter uma sociedade na qual todos fossem igualmente livres para serem o que quisessem ser, mas que as mesmas eram uma etapa de um processo, uma necessidade até, perante um quadro de desenvolvimento e igualdade que não aconteceu para todos da mesma forma. Afirmou que:

A igualação, como princípio constitucional dinâmico da igualdade, a liberdade de ser, e de ser diferente, garantida a identidade, a dignidade nesta identidade e a responsabilidade social e estatal para promover as políticas necessárias para a transformação – pois numa democracia não se dá a cada um o que é seu, mas se adotam políticas para se dar a cada um segundo a sua necessidade. (ROCHA, 2012, p. 134)

Prosseguiu dizendo que as universidades dentro de sua autonomia tinham o

dever de promover a diversidade étnico-racial, cujos desdobramentos resultarão em acréscimo cultural à vida acadêmica, bem como a eliminação de preconceitos e estereótipos sociais ou raciais. Faz uso de Boaventura de Sousa Santos⁸³ para pontuar o assunto:

A responsabilidade social da universidade tem de ser assumida pela universidade, aceitando ser permeável às demandas sociais, sobretudo àquelas oriundas de grupos sociais que não tem poder para as impor. A autonomia universitária e a liberdade acadêmicas – que, no passado, foram esgrimidas para desresponsabilizar socialmente a universidade – assume agora uma nova premência, uma vez que só elas podem garantir uma resposta empenhada e criativa aos desafios da responsabilidade social. Porque a sociedade não é uma abstração, esses desafios são contextuais em função da região, ou do local e, portanto, não podem ser enfrentados com medidas gerais e rígidas. A discriminação racial ou étnica ocorre em conjunção com a discriminação de classe, mas não pode ser reduzida a esta e deve ser objeto de medidas específicas. (SANTOS apud ROCHA, 2012, p. 149)

Se utilizou ainda do citado autor para reforçar que a abordagem das cotas para acesso as universidade não deveria se restringir a recortes socioeconômicos posto que a discriminação racial no Brasil era incontestável: “a discriminação racial ou étnica ocorre em conjunção com a discriminação de classe, mas não pode ser reduzida a esta e deve ser objeto de medidas específicas”. (SANTOS apud ROCHA, 2012, p. 150). No entendimento de que as políticas públicas de cotas para acesso à universidade não estavam criando novas formas de discriminação para outros grupos, mas apenas permitindo que os que não tiveram oportunidade pudessem acessar tais caminhos e assim possibilitar uma mudança social em seus grupos.

O ministro Cezar Peluso também fixou algumas premissas para fazer sua fundamentação de voto. A primeira que fixou foi que o princípio da igualdade era tratado sob o aspecto formal ora sob o material, mas que não restaria dúvida de que era um conceito unitário que assumia aspectos próprios conforme a realidade sobre o qual deveria incidir. O conceito implicava a necessidade jurídica, não apenas de interpretação, mas também da normatização que possibilitasse a equiparação em situações de desigualdade. Na segunda, afirmou que o déficit educacional e cultural do grupo negro era inegável na sociedade brasileira, em virtude de barreiras institucionais de acesso dos negros à educação e cultura. Na terceira premissa apontou que havia a existência de um dever, ético e jurídico, do Estado e da sociedade perante todas as

⁸³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Universidade no século XXI: para uma reforma democrática e emancipatória da Universidade**. São Paulo: Cortez, 2004, p. 91.

desigualdades existentes. Sendo que dentro da responsabilidade ética e jurídica do Estado e da sociedade estava a adoção de políticas públicas que pudessem viabilizar a desejada igualdade material, e que poderiam desfazer a injustiça histórica racial existente no Brasil.

Assenta-se ainda que as ações afirmativas seriam compensatórias pelo passado e, como tais, seriam hostis ao princípio da igualdade. A meu juízo, a política pública de afirmação da etnia volta-se para o futuro, independentemente de intuitos compensatórios, reparatórios, ou de cunho indenizatório, simplesmente pela impossibilidade, aliás não apenas jurídica, de se responsabilizarem as gerações atuais por atos dos antepassados. Tal política está, portanto, voltada só para o futuro, donde não se destinar a compensar ou reparar perdas do passado, mas a atuar sobre a realidade de uma injustiça objetiva do presente. (PELUSO, 2012, p. 161)

Sob a legação que tais políticas desconstituíam o mérito, ou de que as pessoas deveriam ser avaliadas pelo que elas são e pelo que fazem, o ministro ressalta: “Só que o argumento esquece que o que as pessoas são e o que fazem depende também das oportunidades e meios que tiveram para se constituírem como pessoas”. (PELUSO, 2012, p. 162).

O mérito é, sim, critério justo ou o mais justo, mas, no caso, é justo apenas em relação aos candidatos que tiveram oportunidades idênticas ou, pelo menos, assemelhadas de preparação. Não é possível, então, usar esse mesmo critério também para aqueles que, no seu passado, não tiveram iguais condições objetivas de suportar agora julgamento por esse critério a título de justiça. (PELUSO, 2012, p. 162)

O ministro Gilmar Mendes em sua fundamentação afirmou que liberdade e igualdade eram valores sobre os quais estava fundado qualquer Estado constitucional, não havendo como negar a associação dos dois princípios e o Estado Democrático de Direito. Propôs que a igualdade fosse pensada também sob o viés da tolerância nas sociedades multiculturais, pois pensar a igualdade segundo as vias da fraternidade significava ter em mente as particularidades humanas e as diferenças decorrentes destas. “Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças” (MENDES, 2012, p. 178). Defendeu a ideia de que preferia que o critério racial fosse aliado ao critério socioeconômico como objetivo ideal da política de inclusão, pontuando que o sistema apresentado naquele momento poderia ter dados a serem corrigidos, como a possibilidade de acesso por negros que de classes mais abastadas se utilizariam das cotas, bem como das fraudes ocorridas em caso de não apresentação de renda para a entrada na

universidade pública. Sobre os critérios utilizados pela UnB para a verificação da autodeclaração dos negros ou pardos afirmou:

Quando se apontam as distorções, e elas são sérias, tanto a possibilidade de cooptação, ricos que se aproveitam da cota, pervertendo, portanto, o sistema; ou decisões discricionárias ou até arbitrárias de servidores das universidades nesse órgão de seleção racial; já a ideia do tribunal racial evoca a memória de coisas estranhas. Enfim, não é um bom modelo, especialmente numa sociedade miscigenada; quer dizer, há uma dificuldade muito grande em relação a isso. (MENDES, 2012, p. 170)

Assinalou que as ações afirmativas não objetivavam a eliminação completa de desigualdades, mas sim aumentar a igualdade de oportunidades em um segmento específico. E que o Brasil partia para a adoção de ações afirmativas de inclusão social, com modelo próprio baseado nas peculiaridades sociais e culturais da sociedade brasileira, que impediam o acesso de determinados indivíduos a bem fundamentais, tais como educação e emprego. Porém, reforçou que as ações afirmativas não se restringiam às políticas de cotas, posto que estas eram uma espécie de um sistema onde as ações afirmativas eram o gênero. Reforçou que além de se definir prazos e metas para tais políticas de cotas seria necessário se submeter tais programas a avaliações empíricas rigorosas e constantes.

O ministro Marco Aurélio Mello afirmou que a única maneira de se corrigir desigualdades era colocar o peso da lei, qual seja, sob a forma de imperatividade que esta tem em um mercado desequilibrado, a favor dos que são discriminados e tratados de modo desigual. Observou que os preceitos considerados como objetivos fundamentais da República brasileira eram: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais e por fim promover o bem de todos se preconceitos de origem, raça, sexo, cor ou idade ou quaisquer discriminação. Ao ressaltar os verbos constante em tais considerações reforça que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, para uma igualização eficaz e dinâmica onde todos os verbos são de ação, reforçando que os princípios constantes na Constituição são autorizações para uma ação positiva.

Não basta não discriminar. É preciso viabilizar- e a Carta da República oferece base para fazê-lo - as mesmas oportunidades. Há de ter-se como página virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa. Que fim almejam esses dois artigos da Carta

Federal, senão a transformação social, com o objetivo de erradicar a pobreza, uma das maneiras de discriminação, visando, acima de tudo, ao bem de todos, e não apenas daqueles nascidos em berços de ouro? (MELLO, 2012, p. 213)

Prosseguiu na afirmação que a correção das desigualdades se mostrava possível, se fosse feito o que estava preceituado na Constituição, sendo as ações afirmativas uma forma de se alcançar os fins previsto como direitos fundamentais para possibilitar o acesso à educação.

O Ministro Ayres Britto iniciou sua fundamentação com vista ao preâmbulo da Constituição e de seu conteúdo de bem-estar, sendo este físico e material, que incorporava o desfrutar de direitos sociais elementares como educação, saúde, transporte, habitação e outros. Ou seja, o objetivo de bem-estar resultaria da distribuição de riquezas, patrimônios e renda, sem o qual não se teria de bem-estar. Salientou que a Constituição não se permitiu somente estabelecer o bem-estar material, os direitos sociais, mas em especial garantir o pluralismo. “É interessante exatamente como a Constituição enlaçou as coisas. Para ela, sociedade ideal, civilizada, política e juridicamente avançada, é uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito”. (BRITTO, 2012, p. 222). Reforçando que “o substantivo igualdade só faz sentido para quem é desfavorecido”. (BRITTO, 2012, p. 223), sendo que a igualdade constitucional visava a proteção e o favorecimento dos desfavorecidos por conta de aspectos que os lançou em desigualdade. Afirmou que o preconceituoso tirava vantagem econômica- social do preconceito, e por tal fato o preconceito se mantinha durante tanto tempo. Ressaltou no fim de sua fundamentação que:

É a própria Constituição que, a partir do preâmbulo, faz essa separação, do social e do fraternal. Não se contentou com o social; foi ao fraternal. Porque o social promove uma inclusão material, econômica, financeira, patrimonial. Mas o fraternal promove uma integração, possibilita a fraternidade, que todas as pessoas transitem em igualdade de condições, ao menos, aproximativamente, pelos espaços institucionais de que a sociedade se compõe: escola, família, empresa, igreja, repartição pública e, por desdobramento, condomínio, clube, sindicato, partido. As pessoas têm de transitar por esses espaços institucionais de que a sociedade se compõe com o mesmo desembaraço, com o mesmo respeito, sob pena de desagregação social nacional, no nosso caso. (BRITTO, 2012, p. 224)

2.6. Do estabelecimento da Lei 12711/12 que fixou o sistema de cotas para as universidades e institutos federais

Assim encerrada a ADPF 186 que abordou a constitucionalidade das ações afirmativas de acesso às universidades públicas mediante o sistema de cotas raciais e sociais, passaram todas as instituições judiciárias a validarem a constitucionalidade desse tipo de política pública sendo que muitas instituições, dentro de suas autonomias, passaram a adotá-las por estarem constituídas como pertinentes, viáveis e constitucionais. Em 29/08/2012 foi regulamentada a Lei 12711/12⁸⁴ que dispunha sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio, amparando a decisão realizada na ADPF 186, qual seja, acesso por sistema de cotas.

Estabeleceu a citada lei que as instituições federais de ensino superior deveriam reservar cerca de 50% de suas vagas para os egressos do ensino público (que tivessem cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas), sob a validação de comprovação de renda inferior ou igual a 1,5 salário mínimo per capita, bem como as vagas acima citadas também seriam preenchidas pelos autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, de acordo com a proporção respectiva da unidade da Federação onde estivesse instalada a instituição, compreendido tal índice pelo apontado no último censo realizado pelo IBGE, esta alteração se deu a partir da Lei 13409/2016.

Podemos observar pelo que ficou estabelecido na lei que fixou as cotas por reserva de vagas, que os critérios estabelecidos se realizaram de acordo com o que foi discutido na ADPF 186, restando que se manteve critérios socioeconômicos e étnicos raciais, como haviam sugerido alguns atores em suas exposições, sendo os mesmos opositores ou apoiadores de tal sistema, pleiteando ambos os critérios ou preterindo um em detrimento do outro. Houve também a aplicação da temporalidade da lei, pela qual discutiram muitas partes envolvidas, sob a não permissibilidade de extensão por tempo indeterminado, o que poderia gerar uma desigualdade em direitos. Bem como se preservou uma proporcionalidade ao se estabelecer como critério étnico racial que se baseasse na proporção respectiva da população (preta, parda e indígena) de cada estado da federação, auferida por meio do último censo do IBGE. Cabe a observação que a lei não determina, expressamente, que os critérios

⁸⁴ O disposto na Lei 12711/2012 e as alterações realizadas pela Lei 134019/16 constam como Anexo II neste trabalho.

sejam cumulativos, qual seja que um não se realize sem o outro. Motivo pelos quais, algumas instituições, em especial as estaduais, a quem a lei não foi imposta, pois a mesma se destina especificamente às instituições federais (de nível superior ou técnico), dentro de sua autonomia regulatória, estabeleceram alguns critérios e não outros. Havendo algumas que prescrevem em seus atos normativos o uso do critério socioeconômico, por meio da comprovação de renda ou em especial da proveniência do estudante de escola pública (médio e/ou fundamental), mas não a aplicação do critério étnico racial.

Os critérios ficaram assim estabelecidos após a alteração da lei em 2016: 1 critério- que os estudantes tenham cumprido o ensino médio, integralmente, em escolas públicas; 2 critério - que haja a comprovação da condição socioeconômica do estudante; 3 critério- aplicação da autodeclaração (pretos, pardos, indígenas e deficientes), sendo que no caso do critério étnico racial deverá haver uma proporcionalidade no número de vagas reservadas de acordo com os números respetivamente levantados através do último censo do IBGE por cada estado da federação; 4 critério- que se não houver o preenchimento das vagas pelos critérios acima dispostos que as mesmas sejam preenchidas pelos alunos que tenham cursado o ensino fundamental em escolas públicas.

Dessa forma, restou regulamentado o sistema de cotas para reservas de vagas no ensino superior, fixando-se o estabelecido em especial através da discussão havida no Supremo Tribunal Federal pela ADPF 186, que possibilitou, dentro das normas, opiniões e posicionamentos ali expostos e discutidos pela sociedade civil e instituições que participaram da ação, se reconhecesse pela constitucionalidade do sistema, como os fundamentos que foram apresentados por cada parte da ação, em especial a fundamentação realizada pelo Relator e por cada ministro no ato da votação.

3. AS ARGUMENTAÇÕES TRAZIDAS NA ADPF 186 E A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

“Para isso existem as escolas: não para ensinar as respostas, mas para ensinar as perguntas. As respostas nos permitem andar sobre a terra firme. Mas somente as perguntas nos permitem entrar pelo mar desconhecido”.

(Rubem Alves em “Ao professor, com meu carinho”)

No decorrer da análise do material da ADPF 186 foi possível perceber que a fixação da constitucionalidade do sistema de reserva de vagas foi fundamentada em diversas bases, abordadas pelos teóricos que mobilizam a temática da justiça distributiva e mesmo da política de reconhecimento; sendo que para alguns, dentre eles Fraser, a junção de ambas seria viável como resultante de efetividade da justiça.

A diversidade de opiniões e abordagens, às vezes sobre a mesma temática ou sobre o mesmo autor, demonstrou que o debate foi muito rico, pois possibilitou ver que muitos aspectos, até então tidos como equacionados na sociedade brasileira, de fato não o eram ou mereciam melhor discussão.

Pode-se perceber a adequação de várias correntes de pensamentos e posicionamentos que se mostravam, aparentemente, em desconformidade com a decisão final do processo. Se pensarmos meramente no sentido dos apoiadores e dos opositores da fixação das ações afirmativas de reserva de vagas, qual seja, se pensarmos em vencidos e vencedores, somente divergências poderiam se dar entre as duas posições, por estarem as mesmas em âmbitos opostos na discussão. Porém, tal fato não se fez de todo real, motivo pelo qual decidiu-se apresentar alguns argumentos⁸⁵ mobilizados no debate, entendendo-se que alguns pontos precisavam ser abordados por revelarem uma linha tênue entre os apoiadores e os opositores das citadas ações afirmativas. Estas opiniões, fundamentações e apontamentos se veem refletidos na consolidação da Lei 12711/12, que estabeleceu e regulamentou o

⁸⁵ Pela amplitude dos temas tratados somente alguns serão abordados pelo entendimento de serem pertinentes ao debate da justiça distributiva ou pelas bases teóricas mobilizadas que vão ao encontro de posições a serem verificadas para a implementação de políticas públicas no Brasil. Para se realizar tal objetivo utilizou-se também de textos das lavras dos atores que compuseram a ADPF escritos no decorrer do processo ou mesmo posteriormente.

sistema de cotas; não somente sob as regras e apontamentos constantes na ADPF 186 pelos apoiadores, mas em especial sob os que foram apontados pelos opositores, tal como a fixação por meio de critérios socioeconômicos e não somente étnico racial.

3.1. Ações afirmativas ou a fixação de raça como critério discriminatório?

Um dos apontamentos trazido ao debate, desde a inicial do processo pelo Partido Democratas e depois discutido em audiência pública, era a questão de como a fixação de ações afirmativas de cunho racial permitiriam o surgimento de um racismo institucionalizado, qual seja, por meio de políticas públicas se estaria a criar o que para muitos debatedores seria um retrocesso para o país.

O responsável pela Comissão de Assuntos Antidiscriminatórios da OAB/SP pontuou que a adoção de critérios raciais para fixação de políticas afirmativas seria a criação de um racialismo estatal, em que o Estado estaria reconhecendo critérios distantes da universalidade para garantir o benefício de um percentual de pessoas. No entendimento do debatedor, o critério racial negaria a miscigenação brasileira e ofenderia o direito de se opor a classificação entre pretos e brancos.

No decorrer da discussão muitos apoiadores das cotas raciais e mesmo os opositores se posicionaram sobre a questão do “mito da democracia racial”, existente no Brasil, e mesmo do reconhecimento do “hibridismo”, defendido por Freyre. Como os temas refletem um dos muitos aspectos da complexidade do debate da ADPF 186, bem como do diferencial existente na sociedade brasileira para o estabelecimento de algumas normas de cunho racial ou social, entende-se como necessário a abordagem dos mesmos, tendo em vista que alguns autores que estiveram presentes no debate mobilizam tais temáticas de forma muito contundente para a fixação ou não das cotas universitárias com recorte racial.

3.2. A discussão sobre o mito da democracia racial no Brasil

A abordagem da miscigenação e da democracia racial pode ser percebida nos textos da lavra da antropóloga Maggie, apresentados como parecer na inicial do processo movido pelo Partido Democratas, bem como no texto de sua autoria que foi lido na audiência pública. Segundo a autora, as ações afirmativas que se

estabelecessem pelo critério racial estariam assumindo a função de criar um *apartheid* social, posto que tais ações somente ressaltariam que existem raças e que estas tornariam as pessoas desiguais e com direitos distintos por motivos raciais, pensamento que iria na contramão da universalidade. Segundo Maggie, a universalidade reconhece exatamente o direito de todos serem iguais em suas diferenças e que não poderiam ser catalogados por raças, isso os diferenciaria ao invés de unir. Pontuava que justo seria o reconhecimento das diferenças existentes entre os indivíduos e essa deveria ser a razão de se respeitar a todos, em igualdade de direitos e não por definições raciais.

A autora ainda ressaltou que ao se permitir esse estabelecimento, o Brasil se igualaria a países como os EUA, África do Sul e Ruanda, onde a segregação ocorreu de forma rigorosa. Comparação que não seria adequada à nação brasileira, posto que no Brasil nunca houve permissões legais que tivessem gerado uma sociedade separada por raças como se verificou nos países citados. Qual seja, ao se buscar uma solução como “atalhos” para a justiça social, criaria-se uma situação que o Brasil sempre se recusou a aceitar, qual fosse, a discriminação por critérios raciais e a separação da nação entre brancos e negros.

Segundo Maggie e Fry (2004), o Brasil desde a Constituição de 1988 tem a tradição formal de antirracismo, mas com a Conferência de Durban esse pensamento havia sido alterado, já que se colocava a possibilidade de ações afirmativas em favor dos povos afros, sendo esse o embasamento para as cotas raciais nas universidades públicas, rompendo com tal posicionamento a ideologia que definia o Brasil como um país de inúmeras misturas ou se utilizando de Freyre de um hibridismo. Para os autores, as ações afirmativas de recorte racial implicariam em “se imaginar o Brasil composto não de infinitas misturas, mas de grupos estanques: os que tem direito e os que não tem direito à ação afirmativa, no caso em questão, ‘negros’ e ‘brancos’”. (MAGGIE e FRY, 2004, p. 68). De acordo com eles, a partir desse posicionamento “o cidadão brasileiro, pelo menos perante à universidade e à função pública, não poderá mais se identificar com o Macunaíma do modernismo brasileiro; afora ele terá que pertencer a uma “raça”⁸⁶ ou outra.” (MAGGIE e FRY, 2004, p. 68).

⁸⁶ Maggie explica que se utiliza da palavra termo “raça” sempre entre aspas para frisar o fato de que é categoria nativa e não conceito, pelo entendimento que a moderna ciência genética já destruiu as bases científicas em que a palavra foi alicerçada no século XX.

Pelo entendimento de Maggie e Fry, as cotas⁸⁷ deveriam ter sido discutidas de forma mais ampla, como se deduziria em uma sociedade democrática e que se reconhecia como tal, e não serem aprovadas de “cima para baixo”, por decisões que contrariariam o entendimento nacional da mistura de raças. Segundo os mesmos, esse tipo de discussão deveria ter ocorrido com maior participação dos eleitores e não somente por impacto de uma mobilização dos movimentos que detinham interesse nas aprovações⁸⁸.

Ainda segundo os autores, mesmo para os que eram favoráveis as cotas raciais, se estabelecia uma ruptura com a tradição antirracismo no Brasil, sob o argumento que discriminar positivamente era uma forma de racismo e estaria contra a tradição brasileira. Pontuaram que a autodeclaração era uma forma de obrigar os indivíduos a se classificarem como brancos ou negros/pardos para aumentarem suas chances perante o acesso à universidade pública e questionavam o quanto custaria essa obrigação imposta aos jovens, “quando cotas raciais se tornam política de Estado, determinando distribuição de bens e serviços públicos, ninguém escapa à obrigação de se submeter à classificação racial bipolar. O impacto sobre a sociedade como um todo não pode ser subestimado, portanto”. (MAGGIE e FRY, 2004, p. 77).

Para Maggie (2006) era ilógico se combater o racismo com a criação de leis de viés racial, utilizando-se do pensamento de Arendt⁸⁹ ao afirmar que:

⁸⁷ Os autores se referem não somente as cotas em universidades, mas neste caso em ações afirmativas estabelecidas como política de Estado através de cotas para o funcionalismo público ou privado.

⁸⁸ Segundo Maggie e Fry a mudança de rumo da política de antirracismo no Brasil que alterou a distribuição de bens e serviços públicos se deu em muito pelo silêncio dos cientistas políticos sobre tal assunto, quer por atribuírem pouca importância à introdução de cotas, quer por considerarem como insignificante essa ruptura com os princípios formais do constitucionalismo liberal. Ou ainda mesmo para evitarem a classificação como racistas por serem contrários a tais fixações ou por entenderem que eram medidas sem grande impacto. Mas os autores entendiam que o posicionamento dos governantes em eventos internacionais como a conferência de Durban tinha o intuito de impressionar as agências e comunidades internacionais na tentativa de provarem que o Brasil estava buscando dirimir a desigualdade existente em sua sociedade. Maggie afirma que o Projeto de lei PL73/1999 que discutia no Congresso Nacional as cotas raciais para escolas públicas era apoiado pelo Governo Federal (Fernando Henrique Cardoso) e pelo Ministério da Educação sendo que o governo em questão no Programa Nacional de Direitos Humanos (1996) trazia já um capítulo específico para a população negra.

⁸⁹ Hannah Arendt na obra **Responsabilidade e Julgamento** se posicionou sobre o processo de desegregação nas escolas americanas, sendo que naquela época as leis de segregação ainda estavam ativas mas a Suprema Corte resolveu mesmo sem a revogação das leis pela desegregação das escolas, portanto alunos negros eram obrigados a frequentar escolas onde antes somente havia brancos, ainda que para muitos a nova sistemática significasse uma visão libertária para muitos americanos para Arendt sem a abolição das leis não se poderia falar em luta contra o racismo.

Era impossível lutar contra o racismo sem abolir as leis que separavam os cidadãos em “duas raças”. O anti-racismo segundo a autora, teria que começar retirando do estado toda e qualquer regra baseadas em “raça” pois estas leis violam o princípio mais fundamental da República. (MAGGIE, 2006, p. 749)

A autora pontua (2005) que a comissão⁹⁰ existente na UNB tinha o poder de “peritagem racial”, pois decidia quem era negro e quem estava fraudando, qual seja, o respeito à autotransclassificação racial estava posto por terra, já que a identificação não seria pelo reconhecimento do indivíduo com um grupo racial, mas sim pelo olhar do avaliador. Para ela, todos os países que instituíram critérios raciais já tinham um histórico de rígidos sistemas de classificação racial ou os criaram, e isso era incompatível com o Brasil, pois sob a intenção de diminuir as iniquidades somente as criaria.

Maggie (2005) questionou se era possível interpretar o mito da democracia racial como um mapa para a ação social e compromisso com o igualitarismo, sob o enfoque que havia a mistura que unia e o diverso que separava. Utilizou-se da figura de Macunaíma fundada no ideário modernista, numa visão baseada na mistura, em sua plasticidade e na possibilidade de se ser índio, branco e preto ao mesmo tempo, afirmando que “a proposta modernista imaginava uma nação que tinha como singularidade sua forma de lidar com as diferenças”. (MAGGIE, 2005, p. 09). Ou seja, o Brasil tem suas singularidades pela própria formação de misturas de raças e não se deveria trazer sistemas já fixados em outras nações para adequá-los a um país tão diverso. Reforçando que o Brasil detinha duas concepções de nação: na primeira havia como mito e desejo a manutenção de uma sociedade igualitária, onde raça não fosse tomada como característica de desigualdade ou distinção; já na segunda, entendiam que a democracia racial era um mito, pois se pensar em raça seria pelo critério de diferença e não de mistura.

Para a autora, o presidente Fernando Henrique Cardoso em sua mensagem⁹¹ de 2001 no Dia Internacional pela Eliminação da Discriminação Racial, contribuiu para destronar o mito da democracia racial e conseqüentemente que o Brasil se

⁹⁰ Tendo em vista que a comissão existente na UNB era composta dentre outros por um representante do movimento negro e por um antropólogo, Maggie questiona qual era o papel da antropologia neste debate, como se fosse o fiel da balança, como um classificador de raças, ao reafirmar quem era branco, negro, mulato, índio ou mameluco.

⁹¹ Mensagem do Presidente da República por ocasião do Dia Internacional pela Eliminação da Discriminação Racial (21/03/2011 www.mj.gov.br)

reconhecia como mistura de raças. Segundo Maggie, seria o mesmo que “jogar o bebê com a água do banho”, utilizou-se, ainda, de parte do discurso do citado presidente para reforçar esse ideia, tendo em vista que o mesmo afirmou que “não era fácil dismantelar estruturas mentais e institucionais fortalecidas durante séculos de escravidão, exclusão social e visões românticas de democracia racial.” (MAGGIE, 2005, p. 11)

Maggie se posicionou em seus textos e mesmo na audiência pública pela defesa do mito da democracia racial existente no Brasil, por entender ser a melhor maneira de se conceber a constituição da nação e mesmo de se buscar igualdade.

Observou que não desconhecia a existência do racismo, mas buscou exatamente evitar que o “rastilho de pólvora” criado pela divisão da sociedade brasileira em duas raças trouxesse mais desunião e tivesse por resultado a criação de um país legalmente dividido entre duas figuras de direito, os brancos e os negros. Já que o combate ao racismo e as desigualdades passavam pela providência inicial da destruição da própria ideia que faz nascer o racismo, qual seja, a ideia de raça.

Vejo o mito ou a fábula das três raças e a própria ideia da democracia racial como um ideal, algo que se busca, como uma vontade e um desiderato. Esse desejo de igualdade, esse sonho é uma forma toda nossa de combater o racismo ou poderia ser a nossa contribuição particular a esta luta pelo fim do racismo. (MAGGIE, 2005, p. 19)

Durham, que já havia assinado o manifesto contrário ao estabelecimento dos critérios raciais enviado à Câmara e ao Senado, pontuou que a discussão no Supremo expunha um problema nacional que era a discriminação racial e a desigualdade racial, e qualquer um que condenasse o racismo não se indisporia as ações afirmativas que visassem diminuir ou acabar com o mesmo. Contudo, segundo a autora, mesmo defendendo que tais problemas deveriam ser combatidos e solucionados, não entendia a possibilidade de resolução ou diminuição dos mesmos por meio de cotas universitárias de recorte racial, ainda que compreendesse a educação como uma das principais formas de participação social.

Segundo a autora, a discriminação se perfazia no fato das pessoas não serem analisadas por suas capacidades e competências, mas sim por seu fenótipo e que a forma de se acabar com esse equívoco era o entendimento de que as pessoas são todas iguais, independentemente de sua cor de pele, tipo de cabelo ou origem étnica. Para Durham, os critérios de universalidade eram os mais pertinentes na busca de

uma democracia respaldada em direitos iguais e, a possibilidade dos indivíduos de terem o desenvolvimento pleno de suas capacidades e competências era gerado, dentre outros aspectos, pela possibilidade de uma boa escolaridade. Afirmou ainda que se criava um impasse ao se fixar critérios de fenótipos como validadores de cotas, pois o que se estaria permitindo era que as pessoas não fossem analisadas por critérios de mérito e sim de cor, acabando com a função primeira do vestibular, ou seja, neutralizar qualquer tipo de escolha que não fosse o mérito do concorrente.

Durham utiliza-se de Freyre ao afirmar que o Brasil era mestiço e somente com o reconhecimento e valorização de tal entendimento se daria a possibilidade de fortalecimento como nação. Afirmava ainda que a autodeclaração era uma afronta a essa verdade, pois se obrigava a um reconhecimento que seria validado pelo critério estabelecido pelos órgãos responsáveis pela análise, anulando assim o direito dos indivíduos de se auto reconhecerem dentro de uma raça ou etnia, ainda que o fenótipo não fosse pertinente pelos olhos dos avaliadores. Bem como questionava qual seria a alternativa para quem não se visse reconhecido pelas raças existentes nos formulários que deveriam ser preenchidos para a validação da autodeclaração.

Também há de se observar a nota trazida pelo juiz federal de Florianópolis, salientando que a criação de critérios raciais levaria ao judiciário questões que deveriam ser decididas por análise de fenótipos e o *discrimen* negativo seria ruim para qualquer tipo de análise. Pois não haveria parâmetro razoável que pudesse validar as decisões, já que muitas poderiam ser contrárias a justiça e mesmo ao auto reconhecimento dos indivíduos.

Podemos observar, desse modo, que Maggie e Durham se posicionam pelo reconhecimento das misturas de raças na sociedade brasileira, pelo mito da democracia racial e pelo hibridismo de Freyre:

Formou-se na América tropical uma sociedade agrária na estrutura, escravocrata na técnica de exploração econômica, híbrida de índio- e mais tarde de negro- na composição. Sociedade que se desenvolveria menos pela consciência de raça, quase nenhuma no português cosmopolita e plástico, do que pelo exclusivismo religioso desdobrado em sistema de profilaxia social e política. (FREYRE, 2003, p. 64)

Para alguns debatedores, tais como as citadas autoras, o mito da democracia racial era positivo já que revelava um país livre de marcações raciais e saudável em relações e convivência, exatamente por preservar essa situação. Contudo, muitos debatedores se indispunham contra essa colocação, tal como Carneiro representando

o Geledés, afirmando que o mito da democracia racial era fundado pelo conforto nas relações inter-raciais da população branca, qual seja, inexistente na realidade da população negra. O ministro Fux em sua fundamentação alegou que havia preconceito e discriminação, atitudes que se davam de maneira silenciosa exatamente pela existência do mito da democracia racial na sociedade brasileira.

Caberia nesse caso o apontamento trazido por Fernando Henrique Cardoso (2003) em texto existente na 48ª edição da obra *Casa-Grande & Senzala*, ao afirmar que a visão de Freyre retrata um mundo patriarcal e as perspectivas do branco e do senhor, ainda que o autor valorize a cultura negra, mesmo essa sendo colocada como uma das bases da brasilidade, proclamando a mestiçagem como algo positivo. Pontua Cardoso que a obra revela muitos aspectos horrorosos que estavam presentes na sociedade brasileira, sendo que a narrativa conta a história que os brasileiros, ou ao menos a elite letrada que discorria sobre o pensamento brasileiro, queria ouvir.

O patriarca de Gilberto Freyre poderia ter sido um déspota doméstico. Mas seria ao mesmo tempo, lúdico, sensual, apaixonado. De novo, no equilíbrio entre os contrários, aparece uma espécie de racionalização que, em nome das características “plásticas”, tolera o intolerável, o aspecto arbitrário do comportamento senhorial se esfuma no clima geral da cultura patriarcal, vista com simpatia pelo autor [...] Dito em outras palavras e a modo de conclusão: o Brasil urbano, industrializado, vivendo uma situação social na qual as massas estão presentes e são reivindicantes de cidadania e ansiosas por melhores condições de vida, vai continuar lendo Gilberto Freyre. Aprenderá com ele algo ou do que ainda somos em parte. Mas não o que queremos ser no futuro. (CARDOSO, 2003, p. 27)

Cardoso ainda que não tendo a intenção de desmistificar a obra de Freyre nem a de Andrade, afirma que ambos trabalharam com um grande invento-realidade, posto que criaram imagens de um Brasil que não eram revestidas de total realidade. Afirma que Macunaíma, herói ou anti-herói criado por Mário de Andrade, expressava também uma característica nacional, que embora seja benquista também era reprovável em termos de mestiçagem. Pois o herói é descrito como possuidor de um caráter variável, oportunista ou acomodado: “esta, por certo, não é toda a verdade de nossa alma. Mas como negar que exprime algo nela? Assim também Gilberto Freyre descreveu um Brasil que, se era imaginário em certo nível, em outro, era real”. (CARDOSO, 2003, p. 22)

Segundo Feres (2006) é possível se identificar no bojo da ideia da democracia racial uma valorização do embranqueamento, em que o mulato foi festejado como símbolo da miscigenação e do convívio harmônico das raças.

Porém, para esse autor, o preconceito racial não é produto da democracia racial, pois revestido de muitos outros aspectos, por exemplo, a visão do colonizador que justificou a escravidão da raça negra pela suposta inferioridade da mesma, mas sobreviveu ao seu lado.

Para Avritzer e Gomes (2013) a política de embranquecimento no Brasil, favorecida pelo incentivo à migração europeia visando alterar a proporção da população negra e da população branca, é uma das poucas políticas ocorridas no Brasil sobre critério de raça. Os autores pontuam que ao contrário dos EUA, onde as políticas raciais sempre foram de regulamentação legal como a de proibição de casamentos inter-raciais e o *status* dos descendentes mantidas por todo período colonial e pós-independência, no Brasil as leis eram normas sobre a escravidão, mas não sobre casamentos inter-raciais. Pontuam então que nos EUA a exclusão se deu pela presença do sistema jurídico e do Estado, já no caso brasileiro a tendência de não se legislar sobre raça sempre foi mais efetiva⁹² e se manteve até a Constituição de 1988.

Segundo os autores ainda hoje no Brasil alguns teóricos supõem, assim como na obra de Freyre, que a questão racial encontrará sua solução nos trânsitos propiciados pela esfera privada, cita Maggie dentre eles, qual seja, sem a interferência da esfera pública, no entendimento que o trânsito entre senzala e casa grande criou um tipo de relação na esfera privada que atenuou o sistema escravista, “ou seja, estabelece-se com Gilberto Freyre a noção falsa de que se formou uma esfera privada igualitária no Brasil devido a diferentes características da escravidão no período colonial no país.” (AVRITZER e GOMES, 2013, p.49). Para Avritzer e Gomes (2013) a visão igualitária na obra de Freyre é devido ao idealismo do autor em relação à elite agrária e branca, sendo que em contrapartida a essa ideia de Freyre nos anos de 40 e 50 se formam movimentos⁹³ que começam a problematizar

⁹² Avritzer faz menção porém a Lei 1390/51, conhecida como Lei Afonso Arinos, em que se estabelecia contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceito de raça e de cor. Ressalta o autor que outras leis foram criadas para ressaltar a cultura e a miscigenação como a que reconheceu o samba (1935), a capoeira (1937) e o dia da raça (1939), sendo todas utilizadas para intensificar os valores culturais e a miscigenação mas sem associar-se nenhuma delas à atitude de mudança da relação Estado com indivíduos ou grupos.

⁹³ Gomes e Avritzer apontam o surgimento de movimentos da imprensa negra, a organização de clubes, irmandades religiosas e associações recreativas dentre elas a Frente Negra Brasileira (1931-1937) e o Teatro Experimental Negro sendo que estes movimentos foram determinantes para a instituição da Lei Afonso Arinos.

aquilo que foi ignorado pelo autor, qual seja, a discriminação racial presente na esfera privada. Esses movimentos buscavam a ocupação do espaço público, a denúncia de uma sociedade racista e a desconstrução do mito da democracia racial.

Pontuam Avritzer e Gomes (2013) sobre a manifestação de Freyre em 1980 com o artigo “*Que Negritude?*”, publicado no Diário de Pernambuco, sobre as políticas ativas do Estado quanto a questões raciais e sobre os movimentos da negritude. Resumem os autores que Freyre defende, no citado jornal, a tese que a negritude representava a entrada das ideias dos norte-americanos e de sua visão de raça no Brasil, com o objetivo de substituir a “felicidade fraternal do samba” por canções melancólicas e de revolta. Freyre então teria identificado a entrada do discurso norte-americano sobre raça no Brasil com a afirmação do conceito de negritude, o que para Avritzer e Gomes se perfaz em dois problemas, pois o conceito de negritude se constrói para além das manifestações culturais dentro da dimensão de identidade negra, já concorrendo com o posicionamento de miscigenação de Freyre como a única chave capaz de interpretar as relações de raças na sociedade brasileira; em segundo ponto, reforçam os autores que o conceito de negritude trabalha com a identidade para além da esfera privada e constitui o motivo da principal crítica à definição de Freyre. A negritude questiona o processo de integração racial da esfera privada e se manifesta nas demandas por ações afirmativas como formas de inclusão social.

Segundo os autores as políticas de ações afirmativas “obedecem a uma lógica de experimentalismo institucional, de acordo com a qual em arenas de institucionalização contenciosa a experimentação institucional constitui a melhor alternativa”. (AVRITZER e GOMES, 2013, p.55) Porém Avritzer e Gomes (2013) pontuam que uma das questões dos opositores das ações afirmativas de recorte racial (dentre eles Maggie e Fry) é a inviabilidade de regular legalmente, sob o entendimento que o Estado não deva interferir em assuntos relacionados a raça, pois regular estatalmente tal questão seria a colocação do elemento raça na qual a esfera privada ou o processo de miscigenação no caso da sociedade brasileira não construíram ou não comportariam.

Cabe observarmos que Zarur também pontuou na audiência pública que a fixação de políticas públicas com critérios raciais seria a forma do Estado permitir a regulação do racismo. Segundo Zarur, assim como afirmado na inicial do DEM, havia uma alteração nas estatísticas para que se visse a população negra como a maioria da sociedade brasileira, se esquecendo que a aplicação de tal quesito seria a negatória da

existência da mistura de raças da qual se compunha a nação. A negação da mestiçagem brasileira era uma afronta a unidade nacional que se forjara pelas raças diversas que formavam o país. O autor ainda pontua que pardos não eram negros e, não deveriam ser fixados como tal para se beneficiarem de uma política que os obrigassem a se definirem dentro de uma classificação racial. Ressaltava que a identidade que se fizesse forçada era contrária aos princípios da liberdade e da diversidade, em especial nas sociedades contemporâneas onde os indivíduos se permitiram lutar pelo direito de se identificarem como melhor lhes aprazesse e não pelas regras impostas por determinados grupos majoritários.

Para os opositores a melhor solução é que se continuasse a via de não regulação legal de políticas de recorte racial, mesmo que ligadas a projetos de inclusão social.

Eles trabalham o problema da regulação da inclusão racial a partir do binômio regulação *versus* ausência de regulação. Sempre que há regulação, existem leis raciais. Esse argumento, no entanto, deixa de tratar duas questões fundamentais, quais sejam: a primeira delas é que a política de regulação legal sobre raça tem diversas entradas na institucionalidade contemporânea e o problema da regulação legal não pode ser entendido a partir de um binômio presença/ausência. Pelo contrário, a questão exige algum nível de análise tanto procedimental quanto substantiva (Rawls, 1971) em relação ao sentido das políticas geradas pela própria regulação. Em segundo lugar, é importante ressaltar que a política de inclusão pela esfera privada no que diz respeito a resultados concretos de acesso à renda e a educação gerou, no Brasil, resultados semelhantes aos das políticas segregacionista nos Estados Unidos⁹⁴. [...] Assim, é possível afirmar que a regulação é desejável, e que, portanto, o momento é de atribuição de um novo *status* legal à inclusão/exclusão racial. O problema que persiste é: qual tipo de regulação legal e qual política poderá gerar impactos para o reconhecimento dos diferentes segmentos raciais com o mesmo *status* de igualdade? (AVRITZER e GOMES, 2013, p. 57)

Para Avritzer e Gomes (2013) a defesa da ideia da miscigenação brasileira como fonte de não regulação racial, se rebate pela afirmação que a inclusão pela esfera privada não permitiu a condução da uma igualdade racial na sociedade brasileira. Ainda que muitos autores entendam que sim, sendo esse o motivador para se trazer a discussão para a esfera pública e se buscar regulação estatal para, caso não seja solucionado de imediato, ao menos possibilitar mudanças gradativas pela

⁹⁴ Avritzer e Gomes se utilizam do trabalho de Paixão e Carvalho (2008) para informar que baseado em dados sobre o acesso ao ensino superior da população negra no Brasil no ano 2000 que o percentual de inclusão era semelhante ao existente nos anos de 1950 nos EUA, qual seja, em período de segregação racial naquele país os índices são próximos aos existentes no Brasil em que nunca houve regulação legal sobre segregação.

inclusão de alguns segmentos raciais. Ressaltam os autores que não é somente a regulação legal que permitirá novos padrões de relação, mas também a desnaturalização do racismo e da discriminação que estão presentes nas relações privadas ou sociais no Brasil. Utilizam-se de Honneth e Fraser para afirmarem que esse caminho levará ao reconhecimento no espaço público, bem como do desenvolvimento ou recuperação da autoestima dos que foram afetados pelas relações desiguais. Para ambos os autores, o acesso mediante cotas nas universidades permitiria a inclusão no âmbito público, privado e social, como forma de constituição de uma sociedade mais justa e plural.

A FUNAI se posicionou pontuando que as partes que afirmavam que não existia racismo na sociedade brasileira desconhecia e desqualificava a vida e a luta das pessoas discriminadas, afirmando que a suposta ausência de ódio racial não significava a ausência de racismo, se o mesmo não fosse expressado de forma explícita o era, muitas vezes, manifestado por um sentimento velado em forma de desprezo ou exclusão. Afirmou que o preconceito no Brasil não era de origem (ancestralidade), mas sim de marca, cabendo as ações afirmativas buscarem a igualdade por meio de tratarem igualmente os desiguais. Pontuou severamente contra as afirmações de que só por meio do reconhecimento das misturas haveria uma postura não racista, pelo entendimento que tal colocação seria a negatória das individualidades raciais e dos direitos de coexistência pacífica de cada uma das raças que formou o Brasil. A afirmação da universalidade se contrapunha em especial com a preservação dos valores individuais de cada uma delas, bem como do direito exclusivo de cada indivíduo de se identificar dentro da sua coletividade, pois a abstração disso seria a condenação ao não reconhecimento das minorias.

O aspecto da miscigenação na sociedade brasileira foi ainda abordado na ADPF 186 por outros atores, quer para validarem-na ou para evidenciarem a postura errônea sobre tal assunto. Pena, que também assinou um parecer anexado ao processo do DEM, pontuou que o critério de raças não era aplicável ao Brasil, posto que se provara por investigação genética que havia uma grande miscigenação na origem da população brasileira. E, por esse motivo, a categorização de pardos entre o número de negros pela alteração dos números estatísticos era algo errado, pois a população não se constituía somente de brancos e afro-descendentes, havendo uma gama de outras origens étnicas na população miscigenada brasileira e que estas deveriam ser respeitadas.

O MPMB rebateu de forma contundente a aplicação de viés racial nas políticas públicas, pelo entendimento que afetava em especial o grupo que representava, qual fosse, os mestiços. Que estas políticas refletiam uma ideologia de supremacia racial que eliminava a identidade mestiça brasileira, pois excluía os mestiços que não se identificavam como negros, nem como branco, e mesmo os brancos que se entendiam negros, mas que pela cor da pele estariam classificados como brancos. Defendeu o Movimento que a oportunidade igual se daria quando não se adotasse critérios raciais, evitando-se assim a marginalização de qualquer minoria. Afirmaram que se o Estado desejasse cumprir a Constituição e evitar a discriminação não deveria criar critérios que mais a evidenciasse, mas sim valorizar que a singularidade fosse protegida de acordo com os ditames de todas as constituições democráticas que buscavam o reconhecimento da universalidade dos indivíduos. Reforçou que não foi a existência de raças que gerou o racismo, mas o racismo que fabricou a crença em raças e nas diferenças entre seres humanos. A fixação de critérios raciais iria aumentar a impressão já existente de que algumas raças deveriam ser tratadas com diferenciais, fossem para o bem ou para o mal tal fixação e as leis que sinalizassem neste sentido estariam equivocadas e na contramão do direito.

Segundo a Fundação Cultural Palmares se a discriminação, inclusive nos meios universitários, se dava por critérios raciais na mesma medida se deviam utilizar de tais critérios em benefício dos ofendidos, possibilitando assim o acesso e permanência dos excluídos nesses meios. A Ação Educativa afirmou que não se podia aguardar mais tempo para que os índices educacionais entre negros e brancos se igualassem, pois isso implicaria que muitas gerações ainda seriam prejudicadas e penalizadas pelo racismo. Sob este aspecto as ações afirmativas cumpriram a função de buscar uma equalização mais rápida desses números, motivo pelo qual eram urgentes.

Podemos perceber que a utilização ou não da miscigenação brasileira como fator de aprovação ou reprovação de critérios raciais em políticas públicas foi um dos pontos mais debatidos durante o processo da ADPF. Bem como se percebe pelos apontamentos e justificações trazidos por ambos os lados da questão que os dois polos merecem respeito, quer pela importância dos nomes que as defendam ou criticam, quer porque se trate de um assunto de valor relevante para a construção da própria consciência da sociedade brasileira.

Sobre a questão da discriminação ser majorada pelo fato de se instituir um recorte racial, bem como do intuito de se criar uma sociedade racializada e dividida em dois polos bicolor, onde um deles fosse beneficiário de algum direito específico (parcela proporcional de recurso ou oportunidade) pela determinação de raça, como se extrai da fala de vários atores presentes no debate. Cabe a menção já pontuada por Dworkin (2016) no entendimento de que tal fato não era um bom argumento para se impedir a fixação de critérios raciais que visassem exatamente incluir grupos desfavorecidos pela questão racial; posto que a sociedade onde as cotas raciais precisavam ser implementadas já traziam no seu bojo a questão da discriminação racial. Para Dworkin a necessidade de fixação de critérios raciais se dava exatamente pelo fato de tais grupos não terem a oportunidade de escolha igual as dos outros indivíduos por conta de um atributo que lhes era imposto independente de suas escolhas individuais, a cor. Pontuou que este atributo seria mais valorado do que qualquer outro que detivessem, por isso a necessidade de ações que possibilitassem a inclusão, ainda que sob o critério racial, até que a consciência da sociedade estivesse de tal forma refeita que esse fato não fosse mais importante ou determinante para gerar oportunidades iguais. Ao ocorrer o desaparecimento da discriminação o grupo excluído também teria dentro dos nichos antes negado seus próprios representantes, o que garantiria a manutenção da igualdade e do reconhecimento, e as ações afirmativas fixadas sobre critérios diferenciados não seriam mais aplicáveis, pois já teriam surtido o efeito que as motivaram.

Podemos entender que Dworkin conhecedor das sociedades existentes compreendia que havia uma “abstração” na aplicação da universalidade em sociedades que ainda se moviam mais pelo racismo e desigualdade, qual seja, bem distantes de um desejo utópico e abstrato de se reconhecer a todos como iguais na prática da universalidade.

Segundo Dworkin (2016) haveria a necessidade de aplicação de discriminação reversa porque as medidas de cunho universais e mais brandas já haviam fracassado. Mas o teórico reconhece que os diferenciais aplicados por estas políticas não eram para aumentar as diferenças, em especial as medidas que se utilizavam de critérios raciais, visto que os indivíduos deveriam ter igual consideração pelo Estado. Porém, por falhas anteriores que mantiveram as divergências e a discriminação, as diferenças deveriam ser aplicadas para reconduzir a uma situação de real equilíbrio de igualdade. Pelo teórico, a consciência da

sociedade não fora reformada quando da utilização de critérios mais neutros mantendo a discriminação racial e, as ações afirmativas de cunho racial vinham então para cumprir essa função de forma mais explícita.

Por isso, para Dworkin (2016), as ações que visavam a inclusão de um grupo marginalizado que não se utilizasse exatamente do critério que o marginalizou, por exemplo a raça, seria inválida e mesmo hipócrita pois não teria êxito em acabar com o motivador da exclusão. Se o recorte da discriminação reversa não fosse o próprio critério de exclusão, inútil seria a criação da mesma, pois continuaria a não ser inclusivo tal recorte.

Sob o aspecto do acesso por recorte racial caberia a aplicação do entendimento de que se todos de fato fossem tratados pelos princípios da igualdade e liberdade ou igual consideração pelo Estado, preceituados por Rawls e Dworkin em suas teorias, não se haveria que falar em diferencial nesta circunstância, pois em algum momento a diferença ou discriminação deixariam de existir. Porém, o que vemos é que ambos os teóricos, conhecedores da realidade humana em todas as sociedades, já exploraram em suas teorias a possibilidade de haver a necessidade de correções para que todos pudessem de alguma forma estarem equiparados e para realizarem suas escolhas de acordo com as suas necessidades. Para tal, necessário seria a aplicação de formas corretivas em situações de desfavorecimento, e no caso das ações afirmativas de recorte racial tal condição já expõe os desfavorecidos a uma gama extensa de exclusões. Portanto, se permitir o acesso à educação pela aplicação do princípio de diferença, possibilitando a estes a sua parte na fatia da educação seria a aplicação dos princípios de igualdade e liberdade preceituado por ambos os teóricos.

Ressaltamos, porém, que ainda que a teoria de Rawls permita a aplicação do princípio de diferença, em caso de socorro aos mais desfavorecidos, o autor entendia sua aplicação nas riquezas e renda, posto que numa sociedade justa e bem ordenada a discriminação (racial ou de gênero) já não estaria presente.

Tão pertinente essa colocação que as ações afirmativas foram aprovadas com recorte racial e social, evidenciando que não haveria como se negar a existência de um entrave ao desenvolvimento dos negros, pardos ou índios quando na concorrência com brancos no contexto da sociedade brasileira. Ainda que muito se tenha a discutir sobre o posicionamento de haver ou não o mito de democracia racial no Brasil, ou que o mesmo mascare uma discriminação nas entrelinhas. Mas é possível observar que o

processo da ADPF 186 possibilitou a exposição de muitos argumentos que mereciam uma ampla abordagem, pois revestidos de grande importância para a sociedade brasileira, para um melhor reconhecimento e conscientização da constituição dessa sociedade, em especial para os que buscam ou desejam uma sociedade mais justa.

3.3. A discussão sobre a fixação de critério sociais para maior equidade nas ações afirmativas para o ensino superior

Muitos atores do processo da ADPF pontuaram que para maior efetividade das ações afirmativas a aplicação deveria se dar por critérios sociais pois atingiriam um maior número de beneficiados, tal assunto está presente no posicionamento de vários debatedores, sendo que por tal relevância compôs a redação final da Lei 12711/2012.

O MPMB defendeu que a pobreza na sociedade brasileira não estava limitada a uma cor, mas sim a falta de acesso a algumas condições básicas, dentre elas educação, em especial no nível superior. Sendo que as cotas raciais somente manteriam inalteradas as condições do ensino público e caso a intenção do Estado fosse possibilitar condições para que todos concorressem de forma igual e justa, melhor seria que as cotas fossem sociais pois abarcaria um maior número de indivíduos. O mesmo posicionamento foi defendido por Maggie desde o início da ADPF, pela afirmação que as cotas de viés sociais seriam muito mais viáveis e poderiam ser melhor utilizadas pela maioria da população, pois majoritariamente os negros se encontravam nesta colocação. Contudo, não somente eles, já que brancos pobres também compunham uma grande parte dessa. Para a autora, assim sendo, se estaria cumprindo o papel de justiça social e não de diferenciação por meio de raças. Zarur pontuou também que os critérios sociais poderiam realizar muito mais pela educação e pelos excluídos do que os raciais, resultando que um maior número ingressaria na universidade e levaria a uma maior democratização do ensino superior.

Duas opiniões sobre a fixação das ações afirmativas devem ser observadas em especial, pois refletem um aspecto além da fixação racial ou social, visto que pontuam sobre o posicionamento do Estado ao buscar o estabelecimento de cotas no ensino superior. Uma delas se apresenta como forma de corrigir erros sendo, porém, paliativa perante tais erros, e outra como forma de pouca alteração efetiva que pudesse modificar os rumos da educação no Brasil.

Sobre tal enfoque Durham afirmava que o acesso universitário negado a grande

número da população se dava em especial pela escolaridade ruim e não por serem pretos ou pardos, os excluídos. Apresenta um questionamento claro sobre o porquê do Estado se omitir em cuidar da educação pública desde suas bases, e visar a instituição de política de cotas no nível superior, ou seja, não corrigia as diferenças ou a exclusão só as mascarava. A autora questionava o motivo pelo qual o Estado buscava instituir a primeira ação afirmativa no campo educacional justamente no nível superior de ensino, por meio do vestibular. Posto pela autora que as medidas de correção deveriam se dar nas bases de formação educacional, pois eram o cerne da má formação, geradoras das deficiências e motivadoras da exclusão de grande parte da população do ensino superior público.

A mesma opinião se vê no posicionamento do Movimento Negro Socialista que afirmou-se contrário categoricamente as cotas de recorte racial, pela implicação que as mesmas eram o reconhecimento do Estado de sua ineficiência como promotor da educação, entendida esta como um serviço público, o qual deveria ser gerado e gerido com qualidade, sob o enfoque que as ações deveriam ser de recorte social para evitar maiores desigualdades educacionais.

Contudo, sobre o aspecto de se adotar cotas sociais ou raciais, alguns atores rebatem a fixação somente social como forma de não resolver a questão de acesso para a população negra, quando o que estava em discussão não era somente a educação superior, mas em especial o combate à discriminação que a educação poderia e deveria gerar.

Segundo Daflon, Feres e Campos (2013) no Brasil além dos movimentos em direções as políticas indentityárias, também foram importantes os debates sobre iniquidades raciais, promovidos pelas agendas reivindicadas pelo movimento negro desde a década de 1980 e que foram recepcionados pelos governos de FHC e Lula⁹⁵. Com a observação que algumas universidades se mantiveram em constante diálogo com os movimentos sociais locais e passaram a se organizar em busca de políticas que pudessem promover mais inclusão racial e não somente social. Sendo este um dos aspectos que motivaram as universidades a se posicionarem pela inclusão de ações afirmativas não somente de cunho social, mas também racial, como formas de combate à discriminação.

Para os autores a preferência por ações afirmativas de recorte social revela que

⁹⁵ Governo Fernando Henrique Cardoso de 01/01/1995 a 31/12/2002. Governo Luiz Inácio Lula da Silva de 01/01/2003 a 31/12/2010

a sociedade brasileira durante muito tempo se ergueu sobre a ideia da existência de uma democracia racial, fato pelo qual as políticas de viés racial foram tão combatidas. Afirmam Daflon, Feres e Campos (2013) ainda que se vincule pobreza e negritude para o estabelecimento de ações afirmativas sociais e não raciais, as ações firmadas exclusivamente em base de classe social não torna eficaz a inclusão de grupos étnicos discriminados. Não sendo a melhor forma de promover a integração racial mesmo quando há uma forte disposição entre classe e raça. Sob a colocação que os maiores beneficiados das ações afirmativa são os alunos provenientes de escolas públicas, seguidos depois por pretos, pardos e índios, qual seja, parece haver para os autores uma maior identidade das instituições universitárias pela pobreza do que pela desigualdade racial.

Para Daflon, Feres e Campos (2013) ao serem combinados os critérios de classe e raças as ações afirmativas acabam tendo uma melhor aceitação perante a opinião pública, tendo em conta que não somente os pretos e pardos serão beneficiados, mas em maior número os pobres. Apresentam que esta medida foi utilizada como conciliadora entre a demanda por inclusão racial e os atores sociais que discutiram as ações afirmativas nas universidades. Pontuam os autores que a discussão sobre ações afirmativas revelou as desigualdades raciais e social no Brasil, sendo que um dos objetivos da mesma era transformar categorias sociais em instrumentos de políticas públicas. Motivo pelo qual algumas universidades se posicionaram pelo entendimento de que as desigualdades eram mais de renda ou classe, por isso a defesa por ações afirmativas de viés social. Já em casos que se entendeu pela desigualdade maior de algumas etnias se concebeu o mecanismo como forma de se introduzir uma diversidade racial nas universidades, havendo a aprovação de ações de viés racial. Segundo os autores esses fatos justificam a existência de ações afirmativas que combinaram ou cumularam renda, ensino público e raça.

Dworkin (2016) em sua abordagem sobre a discriminação reversa em especial sobre o aspecto de que as cotas sociais seriam mais efetivas do que as raciais, pois abrangeriam um maior número de indivíduos, e estariam os negros dentro do critério social pois compunham esta classe em seu maior número, se posicionou pela afirmação de que esse apontamento era equivocado perante o objetivo postulado pelas ações afirmativas de cunho racial. Segundo o teórico a aplicação somente do critério social beneficiaria um maior número de indivíduos brancos, pois estes compunham a maioria da população, e a ação não teria o êxito de incluir um maior número de

negros, que era o intuito da mesma. Qual seja, o critério social incluiria mais brancos pobres, mas não necessariamente o negro pobre, “embora os candidatos negros sejam desproporcionalmente pobres, a maioria dos candidatos pobres ainda é branca”. (DWORKIN, 2016, p.565). Reforçava sobre tal aspecto que os piores estereótipos ainda se baseavam na cor e não na classe social, sendo que a fixação de ações afirmativas de cunho racial tinha também o intuito de acabar ou ao menos reduzir essa visão deturpada, podendo desenvolver um respeito recíproco entre as raças, independente de classe social.

Também se percebeu em algumas falas dos atores presentes na ADPF 186, em especial os que foram opositores das ações afirmativas que as mesmas gerariam uma situação de desconforto aos beneficiados, pois seriam estigmatizados pela forma com que adentraram as universidades públicas, qual seja, por meio de políticas de cotas, como se isso fosse um privilégio, revestido de um tom de diminuição do mérito do beneficiado por tais políticas, e não um direito.

Dworkin (2016) também opinou sobre tal aspecto ao afirmar que ainda que houvesse esse posicionamento de alguns indivíduos que isso não era a regra entre o grupo excluído, posto que a maioria reconhecia que se não fosse por tal política de discriminação reversa não adentrariam as portas da universidade. E pontuou também que os que se beneficiaram com tais políticas reforçavam em seus núcleos a necessidade de consciência social e racial e a viabilidade que estas ações afirmativas poderiam ter como alterações das condições sociais de seus grupos. Salientava o teórico que muitos alunos que foram participantes de tais programas de discriminação reversa em escolas de elite, afirmavam não se sentirem ofendidos ou diminuídos em suas capacidades, tendo em vista a forma que adentraram nessas universidades, pelo contrário, afirmavam que isso não seria possível a não ser por meio de tais ações. Para esses alunos o critério diferencial de entrada nas universidades não se realiza como um marcador quando saiam das mesmas, posto que o relevante seria somente a diplomação e não o meio de acesso.

Outro aspecto apresentado durante a ADPF 186 por alguns atores seria a possibilidade de redução da qualidade de ensino nas universidades públicas tendo em vista a entrada de indivíduos por meio das ações afirmativas. Sobre tal colocação Dworkin ressaltava a inaplicabilidade de tal argumento em relação a discriminação reversa, pontuando que tal colocação não se fazia real pelos índices que o mesmo havia analisado em seu país de origem, havendo mesmo pontuado que em alguns casos

os alunos das ações afirmativas detinham melhor desempenho do que os que não eram beneficiários de tal sistema. Salientou inclusive que se as ações afirmativas fossem retiradas tal situação não aumentaria as notas existentes.

Cabe neste momento verificarmos o que foi apresentado sobre tal assunto pelos dirigentes das instituições que compuseram o processo e, que já haviam instituído os programas de ações afirmativas. O representante da Universidade Federal de Santa Catarina ao apresentar dados da experiência das ações afirmativas em sua instituição pontuou que os alunos que haviam sido admitidos por tais ações tinham bom desempenho não estando em margem diversa dos que entraram pelo sistema universal, bem como não havia evasão de tais alunos como era comum aos do sistema universal. A Unicamp ao apresentar seu programa de ações afirmativas também pontuou pela não diferenciação de rendimento entre os que entraram pelo sistema universal e os provenientes das ações afirmativas.

Observamos que as instituições ao apresentarem seus programas de ações afirmativas também reforçavam a ideia de que não bastava o estabelecimento de tais programas, mas que os mesmos deveriam ser desenvolvidos em conjunto com outros benefícios que possibilitassem aos alunos provenientes de classes sociais não favorecidas a permanência nas instituições, motivo pelo qual ofertavam bolsas de auxílio, refeitórios e moradias, evitando com isso que tais alunos se evadissem não por falta de interesse nos cursos de suas aprovações, mas sim por falta de recursos para suas manutenções.

Demonstrando que tal preocupação não era existente somente nas universidades brasileira, Dworkin (2016) também se posicionou sobre tais situações na educação americana. Pontuando que a evasão não se dava pelos beneficiários de ações afirmativas por falta de capacidade ou de interesse dos mesmos, mas sim por motivos de ordem financeira e falta de recursos para se manterem nas universidades. Ressaltando que muitas instituições para manterem tais alunos e suas excelências educacionais ofertavam programas de alimentação e moradia, bem como mantinham programas diferenciados para capacitarem alunos que viessem com defasagem de estudo. Sobre tal aspecto cabe também a observação que durante os debates da ADPF186 assuntos como formas de manutenção de alunos provenientes de ações afirmativas, através de programas de auxílio alimentação, moradia e mesmo adequação para equiparação por motivo de defasagem educacional também foram discutidos pelos debatedores, posto que muitos eram conscientes que somente a política de

inclusão não seria viável e possível se tais aspectos não fossem possibilitados pelas universidades.

Outro aspecto relevante que os debatedores da ADPF 186 pontuaram quando da adequação de critérios sociais ou raciais nas ações afirmativas foi a possibilidade de maior pluralidade nas universidades. Maggie pontuou que a possibilidade de criar critérios sociais para as cotas nas universidades poderiam levar a um maior pluralismo nas fileiras acadêmicas, resultando em melhor visão de que as diferenças deveriam ser respeitadas pela universalidade dos indivíduos, sendo que a mesma levaria a um “colorido para o cenário claro e rico” das universidades. O Centro de Estudos Africanos da USP, através do professor Kabengele afirmou que as cotas poderiam cumprir a função de integrar setores que não estavam na sociedade, possibilitando acesso a meios de comando para estes indivíduos excluídos e com a criação de novas formas de representação.

Segundo o professor Avritzer as cotas poderiam levar a uma diversificação no mercado de trabalho e também na própria academia, garantindo o acesso a uma igualdade civil, através da aplicação do princípio de diferença de Rawls, sendo que essa aplicação necessitava de uma atuação ativa do Estado. Este também é o posicionamento da AFROBRAS ao pontuar que ao Estado cabia a responsabilidade de agir para garantir a equidade de oportunidades e que estas também eram necessárias nas universidades para o desaparecimento das desigualdades e das separações entre as raças. A EDUCAFRO, ao pontuar que a CF 88 adotou o Estado Social, caberia a este buscar o estabelecimento do mesmo por meio de políticas de combate as diferenças e desigualdades de qualquer natureza. Sendo enfático ao dizer que ao Supremo no julgamento da ADPF 186 somente cabia decidir sobre a constitucionalidade das ações afirmativas educacionais, mas não ofertar juízo de valor sobre a eficiência ou não das mesmas. Cabe a observação que o Supremo ao validar as ações afirmativas na ADPF pela fundamentação dos votos dos ministros em muitos aspectos adentrou a esfera da efetividade das ações pela necessidade do reconhecimento das mesmas como necessárias à sociedade.

Segundo a FUNAI as ações afirmativas permitiriam a inclusão social de grupos excluídos da cena pública, sendo que pelo acesso as universidades passariam a defender em nome próprio seus direitos de forma mais efetiva e com dignidade. Posto que a possibilidade da educação superior também possibilitaria que determinadas minorias estivessem envolvidas na formação e produção do saber, bem como nos

espaços de formação de opinião pública e não mais excluídos dos canais de participação e debate.

Um dos aspectos apresentados pelos debatedores sobre ações afirmativas era a inegável possibilidade do aumento da pluralidade e da diversidade nos meios universitários, não somente pela possibilidade de desaparecimento de discriminações, mas em especial pelo desenvolvimento do respeito recíproco entre os indivíduos, independente de suas condições sociais ou raciais. Muitos atores pontuaram sobre a oportunidade que tal pluralidade permitiria de criar novos líderes ou paradigmas nos grupos excluídos, o que mobilizaria novos integrantes desses grupos a buscarem também as universidades, bem como esses também seriam levados a postos de comando e poder que até então lhes era negado

3.4. Alguns argumentos mobilizados na ADPF 186 e a justiça distributiva

O material da ADPF nos traz a percepção de que alguns argumentos dos atores que compuseram a ação, inclusive pela fundamentação dos ministros, encontram base nas proposituras dos teóricos da justiça distributiva. Não sob os moldes pensados por Rawls efetivamente, mas muito mais aproximado da ótica defendida por Dworkin sobre as ações afirmativas no ensino superior, em especial as de recorte racial.

Cabe a observação que o termo justiça distributiva somente foi utilizado por Avritzer e pelo Ministro Relator, porém as ideias que perpassam a equidade apresentadas por Rawls e Dworkin tais como distribuição de recursos escassos, coexistência pacífica, respeito individual e coletivo, respeito as diversidades e ao pluralismo, liberdade, igualdade e autoestima estão presentes nas falas de muitos atores que compuseram o debate. Bem como a teoria de reconhecimento apresentada por Honneth e Fraser, e o desenvolvimento das capacidades de Sen, também estão elencados explícita e implicitamente nas falas apresentadas pelos Ministros e debatedores. Ou seja, a justiça distributiva se fez por todo o processo da ADPF 186 e na Lei 12711/2012, resultante do mesmo, ainda que não vinculada sempre como esta ideia de teoria de justiça ou mesmo com a utilização de tal expressão específica. Entendeu-se, então, que alguns argumentos do debate deveriam ser evidenciados para demonstrar a aplicação dos fundamentos da justiça distributiva dentro dessa discussão levada ao congresso, sob um tema tão caro à sociedade, qual seja, a educação.

Não há como se pensar em justiça distributiva sem a abordagem dos dois

grandes princípios que a norteiam: liberdade e igualdade. Posto que sem os mesmos não haveria que se falar sequer em justiça. Rawls em sua teoria reforça a necessidade primordial de se garantir a liberdade aos indivíduos, inclusive para que os mesmos pudessem fazer suas escolhas de vida e possibilitarem a coexistência pacífica na sociedade, pontuando que a liberdade era o seu princípio primeiro e o mais relevante. Já Dworkin reforçou a importância de ambos os princípios, mas afirmou que a igualdade era o princípio mais importante aos indivíduos, constituindo a mesma em sua virtude soberana. Se nos atentarmos a esse fato, podemos afirmar que ambos os autores se utilizam da mesma forma dos conceitos garantindo a relevância para ambos, mas em determinadas situações, demonstraram a necessidade de se afirmar maior preferência por um ou por outro, até mesmo para pensarem uma sociedade mais justa. Por esse motivo ambos entendem que a distribuição de recursos ou o princípio de diferença devem ser aplicados para indivíduos ou grupos em desvantagem ou mais desfavorecidos, visando assim que a igualdade pudesse permitir a mesma liberdade aos indivíduos.

No caso da educação ambos os autores em suas disposições evidenciam a importância da mesma para o pleno desenvolvimento da liberdade dos indivíduos, e para tal em algumas ocorrências acabam por se utilizarem do princípio de diferença para buscarem as bases de maior equidade entre os que não estão de fato equiparados aos demais, por motivos alheios a sua vontade ou determinação, qual seja, por conta da sorte natural ou bruta. Pelo entendimento de Rawls há que se possibilitar aos indivíduos uma situação inicial igual que os permita partirem dos mesmos meios para atingirem seus objetivos, para tal apresenta o véu de ignorância que seria praticamente um teste de equidade. Já Dworkin entende que a obrigação do Estado de tratar a todos com igual consideração, pontua que a condição dos indivíduos deve ser igualada para que todos possam concorrer de forma igualitária na busca de seus projetos de vida. Portanto, pontuados pela igualdade ou pela liberdade, ambos os teóricos apresentam suas teses e reforçam a importância de se utilizar a educação como meio de se atingir objetivos. Ou seja, se o acesso à educação é fonte de desequilíbrio nada mais justo do que permitir-se a utilização da justiça distributiva para validar a igualdade e a liberdade aos indivíduos, como forma de equidade. Podemos afirmar então que ações afirmativas buscam garantir maior igualdade e liberdade aos indivíduos e para tal a aplicação das teorias conceituadas por Rawls e Dworkin permitiriam a sua fixação e normatização, sob a ressalva de serem temporárias, ou até atingirem os objetivos que

lhes permitiu a criação, evitando-se assim outras desigualdades.

Porém, necessário se pontuar uma situação de suma importância para se entender as ações afirmativas como foram fixadas no ensino superior no Brasil e a teoria proposta por Rawls, tendo em vista que em sua obra não há menção sobre tal situação de forma explícita. Na avaliação do debate da ADPF se entendeu através da fundamentação dos ministros e dos debatedores que o princípio de diferença preceituado por Rawls era a sustentação teórica para se permitir a aplicação dos princípios de justiça distributiva e a fixação de cotas, inclusive raciais no ensino superior. Contudo a teoria de Rawls, entendida como uma teoria em tal grau de abstração, superioridade e plenitude, descreve situações a partir de uma sociedade bem ordenada, composta de indivíduos livres e revestidos de todos os direitos previstos na cidadania de Marshall, qual seja uma legítima sociedade de iguais. Caberia então ações afirmativas para suprir desigualdades de raça ou gênero em tal sociedade de iguais? Pela leitura da teoria de Rawls isso não seria possível pois as desigualdades movidas por conta de discriminação não existiriam, tendo em vista que a própria discriminação já estaria abolida em uma sociedade de iguais. Neste entendimento o princípio de diferença somente seria utilizado para corrigir desigualdades ocasionadas por renda ou riqueza, pois somente estas restariam como existentes em uma sociedade bem ordenada e, seriam decorrentes das realizações do próprio mercado capitalista e não de discriminação. Qual seja a teoria de Rawls não se aplicaria às ações afirmativas por conta do princípio de diferença, mas pela aplicação de uma teoria da não justiça, mas ainda necessária e existente em uma sociedade não bem ordenada. Este inclusive é o entendimento de Vita (2008) sobre a aplicação do princípio de diferença nas ações afirmativas, qual seja, de que o mesmo é utilizado sob um viés que não o disposto pelo autor em sua teoria.

Vita (2008) pontua sobre a aplicação da teoria de Rawls em ações afirmativas da seguinte forma:

Se existem elementos com base nos quais se pode conceber uma justiça rawlsiana para a ação afirmativa, eles não se encontram em uma aplicação do princípio de diferença, que Rawls concebe como um remédio exclusivamente para as desigualdades de renda e riqueza geradas pelo “Talent”. Não vale argumentar, portanto, que a ação afirmativa e mesmo o sistema de cotas se justifiquem com base em uma ideia, com a qual o princípio de diferença da teoria de Rawls é muitas vezes confundido, de que a justiça exigiria “trata os diferentes de acordo com as suas diferenças”. O que estou expondo equivale a dizer que não há, pelo menos na perspectiva rawlsiana sobre a justiça, uma justificativa de princípio para ação

afirmativa. Ela só poderia se justificar como uma política de natureza transitória, supondo-se que seja possível demonstrar plausivelmente - e esse é essencialmente um julgamento empírico, não de princípio - que de fato tal política contribui para reduzir as desigualdades associadas ao fato "Discriminação" e, dessa maneira contribuir para garantir a igualdade de oportunidades para os indivíduos. (VITA, 2008, p.41)

O enviesamento da aplicação do princípio de diferença proposto por Rawls como forma de se garantir ações afirmativas é perceptível em algumas fundamentações trazidas na ADPF, tais como na abordagem do princípio da igualdade realizada pelo Ministro Relator quando o mesmo afirmou que este se revestia de duplo aspecto, o formal e o material. Sendo que a tradição liberal exigia que o Estado não fizesse diferença entre seus tutelados, mantendo assim a igualdade formal preceituada na CF. Entretanto, pontuou que somente a aplicação da igualdade formal poderia gerar desigualdade e injustiça ao desconsiderar as diferenças existentes entre os indivíduos ou determinadas situações, e para que tal não ocorresse necessário se faria a aplicação do segundo aspecto da igualdade, o material. Nessas circunstâncias as diferenças naturais, culturais, sociais ou econômicas que distinguem os indivíduos, deveriam ser utilizadas para equiparar a situação dos mesmos. Dessa forma, a atribuição de vantagens, motivadas pela existência de desvantagens anteriores, visava a superação das mesmas, sendo que isso se daria por tempo determinado até que o motivo da desvantagem fosse eliminado, evitando-se assim a criação de grupos diferenciados. Para o Ministro seria a aplicação dos princípios básicos da justiça distributiva preceituado por Rawls, pontuando que a efetividade de igualdade poderia ocasionar resistência no início de sua aprovação e aplicação, mas que isso não poderia ser motivador do não estabelecimento de tais princípios, que visavam a inclusão de grupos excluídos. A Ministra Weber pontuou da mesma forma ao afirmar que a igualdade exigia o aspecto formal e o material, pois um sem o outro poderia levar a injustiça. Reforçou Weber a ideia de que para ser igual é preciso ser livre e para ser livre é preciso ser igual, bem como sem igualdade mínima de oportunidades não seria possível a igualdade de liberdade. Tais argumentações são a visível aplicação dos princípios da justiça distributiva, em relação as ações afirmativas, preceituados por Dworkin mais do que por Rawls, posto que para este as desigualdades a serem corrigidas eram as de renda e riqueza pois as demais não existiriam na sociedade bem ordenada e democrática descrita pelo autor.

Neste mesmo critério de enviesamento da aplicação da teoria de justiça de

Rawls podemos utilizar as observações de Avritzer na audiência pública, onde o mesmo baseia sua fala exatamente na necessidade da aplicação do princípio de diferença proposto por Rawls, em caso de necessidade de se equiparar os menos favorecidos como forma de equidade, justiça e equiparação da igualdade civil. Sendo que para o autor as ações afirmativas educacionais propostas à sociedade brasileira cumpririam exatamente essa função. Sobre o prisma de gerar como consequência dessa equidade a possibilidade de melhor reconhecimento e autoestima dos indivíduos ou grupos que estavam distantes de determinados universos.

Alguns debatedores pontuaram que a igualdade de oportunidades poderia ser gerada por meio das ações afirmativas, sendo que muitos somente viam essa possibilidade se fossem fixadas por critérios sociais, pois os raciais seriam a negatória do princípio da universalidade que estava contido na igualdade liberal. Quem defendia essa posição trazia as ações afirmativas de recorte racial como forma de aumento da discriminação e divergente das proposituras dos direitos contemporâneos.

Próxima a este pensar Durham em sua argumentação pontuou que as pessoas eram discriminadas quando eram vistas por suas cores e etnias e não por suas competências e capacidades, sendo que a educação deveria servir exatamente para o desenvolvimento destas. Pontuou que as ações afirmativas, que não fossem de recorte racial, poderiam permitir uma maior equidade de acesso, sendo que ao Estado cabia a aplicação de meios viáveis em todos os níveis educacionais para que a concorrência se desse pelo sistema universal, com vista em competência e capacidade, mediante a possibilidade de equidade de oportunidades.

No mesmo entendimento seguiu a AFROBRAS, a EDUCAFRO e o IARAS pontuando que a possibilidade de se estabelecer a equidade de oportunidades era um dever atribuído ao Estado Social e que cabia ao mesmo agir de forma afirmativa. Essas instituições eram, contudo, apoiadoras das ações afirmativas de recorte sociais e raciais, e defendiam o estabelecimento de normas específicas ou excepcionais que levassem em consideração situações particulares de minorias, para que fossem atingidos os objetivos propostos pela CF.

O Ministro Peluso pontuou que a vida das pessoas dependia das oportunidades e meios que lhes eram oferecidos, motivo pelo qual as ações afirmativas vinham equiparar, em alguns aspectos, a possibilidade de acesso aos que não tiveram os mesmos critérios dos que se beneficiaram somente pelo mérito de terem melhores oportunidades. O Ministro Mendes também assinalou que as ações afirmativas não

visavam a eliminação absoluta das desigualdades, mas permitiram a igualdade de oportunidade no acesso ao ensino superior para determinados grupos desfavorecidos.

Caberia nesse ato o apontamento da teoria de desenvolvimento das capacidades postulados por Sen, em especial pelo entendimento do mesmo a respeito da educação como fonte de desenvolvimento do indivíduo e de possibilidade de liberdade por meio desse desenvolver-se. Segundo Sen (2010) o investimento em educação além de ser de suma importância para o avanço econômico de uma sociedade, refletia sua maior relevância no fato de acarretar a possibilidade do desenvolvimento humano nas suas maiores possibilidades de efetivação. Através deste é possível se desenvolver as capacidades individuais que refletirão na expansão das autonomias e da liberdade do indivíduo, cabendo ao Estado promover e proteger políticas públicas que assegurassem o direito à educação. Conforme pontuaram Reymão e Cebolão (2017) no entendimento de Sen e Dréze a privação da educação não poderia ser objeto de escolha do Estado, pois caberia a este como uma das suas funções públicas ofertar educação de qualidade.

Se pontuarmos o que a teoria de Rawls observa, os critérios sociais talvez fossem mais balizados dentro da aplicação do princípio de diferença do que os de ordem racial, posto que o autor não pensava mais em discriminação (racial ou de gênero) em uma sociedade bem ordenada, mas ainda reconhecia as desigualdades movidas por motivos econômicos ou talentos. Ao se permitir o acesso à educação a todos de forma igualitária, sem recortes de gênero e raça se estaria a validar a aplicação da justiça distributiva e do princípio de diferença para desigualdades de renda e riqueza.

Rawls em sua teoria reforça a necessidade da coexistência pacífica em uma sociedade bem ordenada e plural, ressaltando que em uma sociedade justa são irrevogáveis as liberdades de cidadania igual, qual seja, não são negociáveis, não podem ser retiradas, negadas ou suprimidas de um indivíduo para melhor beneficiar outro. Se pensarmos no fato do acesso à educação ser negado por motivos de impossibilidade social, decorrente do fato de muitos indivíduos não terem condições de acessarem um estudo de qualidade nas fases iniciais que os permitissem concorrer de forma igual com os outros pelo sistema universal, não estaríamos falando numa das formas de negação dos direitos de cidadania? Como se falar em igualdade de oportunidades pelo desenvolvimento das capacidades se negado for o direito a educação? Entendemos que as ações afirmativas educacionais seriam a possibilidade de melhor efetivação da igualdade e mesmo para fomentar uma sociedade mais justa,

onde as pluralidades fossem aceitas e respeitadas, pela aplicação do direito à cidadania devido a cada indivíduo.

Porém, ainda podemos indagar como Vita (2018) se uma sociedade estabelecida como democrática seria a garantia de uma sociedade de iguais, ou com igualdade de *status*. No entendimento que restou evidenciado dentro do debate da ADPF, por muitos atores, igualar a todos sem lhes reconhecer um direito a singularidade também seria um problema, bem com o inverso disso poderia desembocar em uma sociedade regida por diferenças e sem se constituir pela unicidade dos indivíduos em favor de um bem maior, que seria a própria estruturação de uma sociedade justa.

Há, por fim, aqueles que se limitam a apontar os déficits de igualdade de *status* que, em graus diferenciados, ainda se verificam em todas as democracias liberais existentes, mas colocam em questão o próprio ideal de sociedade democrática tal como interpretado aqui. Estou me referindo aos defensores da “política da diferença”, ou do “multiculturalismo” entendido como uma posição normativa específica, para os quais mesmo em uma sociedade cujas instituições básicas tratassem seus cidadãos como iguais ainda restariam formas significativas de injustiça que não são passíveis de ser captadas pela linguagem dos direitos iguais. Para os proponentes da “política da diferença”, há minorias culturais em quase todas as sociedades liberais que não demandam somente direitos iguais de cidadania para seus membros, mas também o reconhecimento de direitos específicos de grupos ou de direitos culturais. (VITA, 2008, p.15)

Tal colocação é pertinente posto que a discussão mais acirrada se deu pela fixação ou não das ações de recorte racial, cabendo a observação que ao defender uma sociedade organizada e justa, pela aplicação dos princípios da igualdade e da liberdade, e pelo reconhecimento das pluralidades e diferenças, Rawls e Dworkin, reforçam a ideia de que tal sociedade só seria possível quando todos pudessem reconhecer no outro indivíduo um detentor de direitos iguais, portanto, sem qualquer tipo de diferenciação ou discriminação. Mas como lidar com o posicionamento de se diferenciar para igualar?

Sob esse aspecto, pontuou o Relator que pelo acesso ao ensino superior também se realizaria o pluralismo de ideias e a ampliação pelo convívio de pessoas diversas no âmbito acadêmico. Sendo que para tal, em alguns aspectos, necessário se faria a aplicação de critérios diferenciados de acesso, dentre eles os raciais, que possibilitassem uma melhor e mais equitativa distribuição de recursos públicos, voltados à realização da justiça social. Afirmou que a discriminação racial era um fator

enraizado culturalmente, e praticado inconscientemente na sociedade brasileira, sob a visão complacente do Estado na maioria das vezes, e para tal as ações afirmativas poderiam cumprir o papel de uma mudança da consciência nacional sob tal aspecto. Na pontuação do Relator as universidades públicas, por meio de ações afirmativas, permitiriam a inclusão social, a integração de grupos e a aceitação da diversidade, bem como possibilitariam que nestes núcleos formadores da elite intelectual nacional, também adentrasse uma população que ainda se encontrava as margens desse universo.

A necessidade do reconhecimento da pluralidade bem como das diferenças, como formas de equidade e democracia, se relevou também através da fala do representante da FUNAI e do MPMB, que defenderam o direito a preservação da diferença como forma de igualdade e liberdade entre todos os indivíduos. Sob tal aspecto a Fundação Palmares também pontuou que a comunidade científica e universitária seriam beneficiadas com a inclusão da diversidade em seus núcleos. O MPMB sinalizou que a singularidade dos indivíduos é que deveria ser preservada para melhor igualdade entre todos.

Sob tal aspecto caberia a nota que Rawls ressaltou em sua obra a importância do sentimento do respeito próprio ou autorrespeito, que seriam formas de ajudar na consolidação, bem como resultantes, de uma sociedade bem ordenada, onde todos reconhecem uma concepção de justiça que lhes permitiria a coexistência pacífica. Da mesma forma desenvolveu Dworkin afirmações sobre o desenvolvimento do auto reconhecimento gerado por possibilidade de acessos a núcleos restritivos como forma de empoderamento do indivíduo.

Este também foi o teor descrito na ADPF 186 por alguns debatedores, inclusive o relator, ao reforçar a importância gerada pela possibilidade de acesso à educação de determinados grupos excluídos, posto que ao adentrarem o espaço acadêmico e se reconhecerem como possuidores de capacidades a serem desenvolvidas por meio daquela oportunidade, acabavam desenvolvendo ou recuperando um sentimento de autoestima e orgulho próprio. E decorrente desse sentimento tornavam-se também exemplos para outros em iguais condições, que da mesma forma passavam a visualizar a possibilidade de serem reconhecidos como portadores de novas possibilidades.

Para Lewandowski as ações afirmativas poderiam ocasionar a inclusão de grupos desfavorecidos ou discriminados, ajudando no desenvolvimento do sentimento de autoestima desses grupos, inclusive com a criação de novas lideranças e de

modelos que serviriam de paradigmas dentro desses grupos. Reforçou que este auto reconhecimento e valorização de grupos étnicos e culturais também beneficiava o desenvolvimento da sociedade e a integração social e racial. A multiplicação de referenciais dentro dos grupos excluídos também retirava dos mesmos a visão de uma suposta inferioridade e marginalidade que lhes havia sido inculcada durante anos, por meio do processo de dominação e exclusão. A Ministra Weber pontuou que as ações de recorte racial poderiam permitir uma maior representatividade dos grupos excluídos no meio universitário e uma ampliação na representatividade social, sendo que ações de recorte somente econômico não teriam o mesmo sentido para estes grupos.

Segundo o Ministro Fux as políticas universalistas não haviam permitido de forma eficiente que as desigualdades sociais, econômicas e raciais fossem combatidas no Brasil. Assinalou que a injustiça social era visível na distribuição das riquezas, bem como no não reconhecimento de alguns grupos, sendo que as ações afirmativas detinham o intuito de realizar uma equitativa distribuição de bens mas também a possibilidade de melhor reconhecimento e autoestima dos grupos marginalizados.

Dworkin (2016) ressaltou em sua obra que a discriminação reversa na educação tinha por função romper com estruturas criadas em ambientes onde somente poderiam adentrar uma elite, e que a possibilidade de acessos aos excluídos alterava significativamente essas estruturas, gerando uma redução do sentimento de frustração que se dava entre os indivíduos excluídos quer por motivos raciais ou sociais. Reforçou que tais estruturas se fariam alteradas também pelo desenvolvimento do reconhecimento e da autoestima que estes novos participantes inculcavam em outros em igual situação. Estes indivíduos que se tornavam paradigmas acabavam exercendo um papel de liderança em suas comunidades bem como retornavam para as mesmas.

Falar sobre reconhecimento sem abordar Honneth e Fraser seria inviável, posto que ambos dialogam a teoria, bem como a segunda postula que haveria uma possível junção das teorias de distribuição com a do reconhecimento como forma de uma justiça social. O Ministro Relator ao fundamentar seu voto, e pontuar sobre a possibilidade da aplicação da teoria do reconhecimento através das ações afirmativas discutidas no Supremo, afirmou categoricamente que a inclusão de grupos desfavorecidos possibilitava no interior desses grupos o despertar de sentimentos de liderança, inclusive com o surgimento de modelos paradigmáticos que também haviam conseguido uma ascensão social e moviam uma integração, quer pela busca de mais e melhores direitos, quer pelo despertar de um sentimento de auto estima dos seus

integrantes. Para o Ministro a inclusão, por meio de ações afirmativas, de grupos étnicos e culturais excluídos, gerava nos mesmos a possibilidade do respeito mútuo.

Segundo Honneth (2003), e nisso o acompanha Fraser, não cabia mais a justiça se respaldar somente sobre distribuição de recursos, pois o reconhecimento cumpria um papel primordial na contemporaneidade quando o assunto era justiça. Motivo pelo qual para Fraser as duas andavam de mãos dadas, ou deveriam, na atualidade. Para o autor o indivíduo somente se reconhece como tal quando também o é por outros indivíduos ou grupo, qual seja, a discriminação ou não aceitação reflete no mesmo como uma forma de não reconhecimento social e conseqüentemente de injustiça ou falta de liberdade.

Na sociedade contemporânea onde tantos grupos buscam a reafirmação de suas identidades, bem como de seus direitos por diversidade, Honneth e Fraser se tornam teóricos de suma importância, e tal fato se viu revelado dentro da ADPF na fundamentação do Ministro relator e do Ministro Fux que os citaram literalmente ou mesmo na fala de outros debatedores e ministros, que pontuaram suas argumentações sobre a temática do reconhecimento e da autoestima gerado aos grupos excluídos por meio de ações afirmativas.

Se nos atentarmos aos argumentos trazidos dentro da ADPF em especial pelo enfoque dos grupos étnico-raciais e mesmo sociais que seriam beneficiados pela política pública em discussão, é possível a percepção da adequação teórica de Honneth e Fraser, pois a exclusão que lhes é imposta pelas categorias dominantes acabam ocasionando nos mesmos uma sensação de inferioridade ou rebaixamento, refletindo formas de desrespeito ou de reconhecimento recusado. Sendo que restou evidenciado por algumas falas no processo das ações afirmativas de que o reconhecimento seria um dos muitos benefícios que os excluídos poderiam obter por meio do acesso às universidades públicas, e que a limitação de determinados ambientes à uma classe elitizada e privilegiada pela manutenção da exclusão refletia em se tolher a igualdade e a liberdade desses grupos.

Fraser ainda aborda o reconhecimento sob uma outra perspectiva ao afirmar que a paridade entre os indivíduos se dá quando atuam e são reconhecidos como iguais em *status* (reconhecimento recíproco). Contudo, quando por algum motivo determinados indivíduos ou grupos são considerados inferiores, não há que se falar em paridade ou em reconhecimento, mas sim em subordinação de *status* ou reconhecimento errôneo, o que seria uma injustiça ou supressão de

liberdade/igualdade.

O ministro relator em seu voto pontuou que as ações afirmativas ao gerarem o reconhecimento e a autoestima possibilitava o surgimento de novas lideranças nos grupos beneficiados por tais ações. Sob tal assunto afirmou Dworkin (2016) que para além de todos os benefícios proporcionados pelas ações afirmativas, tais como aumento da pluralidade e diversidade nas universidades, com a criação de corpos discentes e docentes diversos, que o maior benefício de fato seria a possibilidade de diversos excluídos que nunca haviam adentrado estes nichos passarem a os comporem, e além disso poderem através disso acessarem cargos de chefia, governo e poder. Passando então a ocuparem cargos políticos, de governo, de profissões elitizadas e da direção de empresas, e conseqüentemente se fazendo visíveis para outros em igual situação que também passariam a se auto reconhecerem e auto estimarem, bem como se desenvolveria a consciência na sociedade de um reconhecimento recíproco. Na visão de Dworkin isso não se dava por motivo de reparação de danos raciais, mas sim pela possibilidade de igualdade de permissão de acesso de todos, a todos os lugares e cargos, como forma de equidade de consideração e respeito.

Para finalizar essa seção justo faz-se a pontuação do teórico Dworkin que se debruçou sobre as ações afirmativas de cotas pela importância que entendia do acesso a educação como forma de efetivação de igualdade. Pontuou o autor (2016) independente da dificuldade de se realizar determinadas escolhas, que as mesmas não deveriam ser feitas, mesmo que a administração de tais empreendimentos não fosse fáceis o resultado deveria ser buscado para que ao final se obtivesse êxito. Ressaltando que se as cotas, em especial as raciais, fossem a única esperança de se permitir a inclusão de certos indivíduos excluídos de núcleos educacionais, profissionais e políticos, as mesmas deveriam ser fixadas sob pena de não se corrigir injustiças e aumentá-las pela omissão.

Entretanto, cabe também pontuarmos o que Rawls explicitou em sua teoria posto que ao pensar uma sociedade bem ordenada, entendeu que todas as discussões que envolvessem assuntos relevantes para essa ordenação e convivência pacífica deveriam se dar por meio do debate, nos ambientes próprios ao mesmo, por meio da deliberação. De tal forma que os indivíduos revestidos de suas capacidades pudessem fazer uso de todos os direitos de cidadania e utilizarem o debate público para a construção de uma sociedade mais justa e coesa. Bem como as decisões que se dariam após os debates públicos seriam resultantes de um consenso entre os indivíduos. Que

não estariam a buscar direitos individuais unicamente, mas por um bem maior para a sociedade, pois a mesma seria regida por tais regras, como componentes de uma concepção de justiça ampla e equitativa para todos. Tendo em vista a análise realizada da ADPF seria pertinente questionar: na sociedade proposta por Rawls caberia a aplicação das ações afirmativas com recortes raciais e sociais como se instituiu no Brasil? A sociedade participou e consolidou o estabelecido nesta discussão como entendimento de ser a melhor solução para todos os envolvidos e em especial para a construção da sociedade como um todo? Para além da tentativa de contenção e abolição do racismo por meio da convivência e do desenvolvimento do auto respeito e do respeito mútuo os indivíduos reconheceram a importância dessas colocações para acabar com a discriminação e buscarem uma sociedade de fato justa e igual? As ações afirmativas como conceituadas e fundamentadas no Brasil visaram a consolidação de uma sociedade democrática por permitir que os marginalizados fossem incorporados de forma mais efetiva em todos os seus nichos, pelo reconhecimento da igualdade dos seres? Ou somente realizou uma maior categorização do racismo sem de fato resolver, ou tentar esclarecer a vilania desse sentimento e dos impactos sobre os indivíduos que o sofrem e que se mantido o entendimento racista jamais se constituiria uma sociedade única e justa? São algumas questões que requerem respostas, mas que precisam de muitas análises extensas e futuras para buscá-las.

Sob tal perspectiva devemos recordar o que Rawls diz sobre o consenso sobreposto e a necessidade de debate em uma sociedade:

Uma característica central de uma sociedade política bem-ordenada é que existe um entendimento público não apenas dos tipos de exigências que os cidadãos podem apropriadamente fazer quando questões de justiça política se apresentam, como também um entendimento público sobre o modo de defender tais exigências. Uma concepção política de justiça proporciona uma base para tal entendimento e, desse modo, capacita os cidadãos a chegarem a um acordo quando se trata de avaliar suas diferentes demandas e de determinar o peso relativo de cada uma delas. Essa base, resulta em uma concepção das necessidades dos cidadãos- a saber, das necessidades das pessoas na condição de cidadãos- o, que permite à justiça como equidade sustentar que a realização de exigências relacionadas de modo apropriado a essas necessidades deve ser publicamente reconhecida como benéfica e, por isso, considerada como uma forma de aprimorar as circunstâncias dos cidadãos no que diz respeito à justiça política. Uma concepção política efetiva de justiça inclui, portanto, um entendimento sobre o que deve ser publicamente reconhecido como necessidades dos cidadãos e, desta maneira, como benéfico para todos. A dificuldade é que o Estado não pode agir para maximizar a satisfação das preferências ou desejos racionais dos cidadãos (como no utilitarismo), nem para promover a excelência humana, nem os valores da perfeição (como no perfeccionismo), de modo que não pode atuar para promover o catolicismo, ou o protestantismo, ou qualquer

outra religião... para encontrar uma ideia compartilhada do bem dos cidadãos que seja adequada a propósitos políticos, o liberalismo político procura uma ideia da vantagem racional no âmbito de uma concepção política que seja independente de qualquer doutrina abrangente específica e que, por isso, possa ser objeto de um consenso sobreposto.(RAWLS, 2011,p.210-211)

Para um melhor entendimento da aplicação do princípio de diferença de Rawls na aprovação das ações afirmativas no Brasil, conforme suscitado em todo o debate da ADPF 186 como a fonte primária da fundamentação das mesmas, pensando nos critérios em que foram estabelecidas no Brasil, qual seja raciais e sociais, se torna necessário o questionamento se tais políticas são frutos de uma decisão democrática, que seria razoável para todas as pessoas, ou para a maioria da sociedade brasileira. Ou mais ainda, perguntar se esta aprovação seria validada por tal sociedade. Se os objetivos propostos por tais políticas de motivar a sociedade a pensar sobre o racismo e mesmo buscar o desaparecimento de tal preconceito, que restou demonstrado no debate que se trata de um fato enraizado na sociedade, estando exposto ou velado, seriam eficientes.

Tais questionamentos são necessários posto que Rawls já pensava numa sociedade mais adequada a coexistência pacífica, qual seja livre de problemas discriminatórios de que ordem fossem. Assim como Dworkin que ao defender enfaticamente aplicação das ações afirmativas para o nível superior, em especial pelo viés racial, demonstrou que o objetivo de tal aplicação não era negar o racismo, mas encará-lo e permitir que a sociedade se estruturasse de forma mais justa, não por negar a existência do racismo mas sim por reconhecê-lo. Portanto, o intuito de ambos os autores era sem dúvida a estruturação de uma sociedade mais justa, que capacitasse seus indivíduos na boa convivência, na capacidade de elegerem a deliberação como forma de estabelecerem escolhas que viessem a beneficiar a sociedade como um todo, pelo reconhecimento que o consenso sobreposto, como preceituado por Rawls, só seria possível quando realizável o debate de todos, em equidade de forças, consideração e respeito. Na ciência que a educação era o caminho que poderia levar a este entendimento, e para tal o acesso a mesma deveria ser permitido a todos pelo equilíbrio dos recursos, e em especial pela distribuição igualitária dos mesmos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

*Liberdade é uma palavra
que o sonho humano alimenta,
não há ninguém que explique e
ninguém que não entenda.*

(Cecília Meireles em “Romanceiro da Inconfidência”)

No início dessa pesquisa pretendia-se verificar a aplicação dos princípios da justiça distributiva sobre a Lei 12711/2012, tendo por complemento a implementação desta lei nas três universidades estaduais de São Paulo (UNESP, UNICAMP e USP). O referencial teórico era composto de autores como Rawls, Dworkin, Sen, Gargarella, Vita, Sandel, Nozick, Cohen, Fraser, Honneth. Além disso, intencionava-se realizar a leitura de atas das reuniões dos conselhos universitários, relatórios e documentos sobre a discussão e a implementação das ações afirmativas nas citadas instituições.

Após as leituras preliminares dos teóricos e dos materiais já disponibilizados pelas instituições universitárias, percebeu-se a necessidade de verificar o material existente no Supremo Tribunal Federal, que poderia servir para trazer novos componentes à pesquisa. Ocorre que, ao pesquisar tais documentos no site da instituição, foi possível acessar, quase que integralmente, todos os documentos que compuseram a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, conhecida vulgarmente como Ação sobre a constitucionalidade das cotas para o ensino superior. Deparou-se, ainda, com as fundamentações apresentadas pelas partes que compuseram a ação, bem como dos debates ocorridos durante a audiência pública e, por fim, o Acórdão com o voto fundamentado de todos os ministros. De posse de todo esse extenso material, optou-se por analisá-lo como fonte inicial do trabalho e redigir uma seção em que houvesse a descrição da ADPF 186. Contudo, no transcorrer da pesquisa, tal intento não se mostrou possível, pertinente e nem mesmo adequado, devido a densidade desses documentos, em decorrência da importância dos atores que compuseram o debate, assim como, pelo embate entre apoiadores ou opositores das ações afirmativas: teor das argumentações, postulações, discussões, fundamentações e decisão. Assim, tornou-se inviável compor apenas uma parte inicial do trabalho com

todo esse material. Por este motivo a segunda seção foi trabalhada de forma mais detalhada, com a intenção de se manter fiel e isenta de posicionamentos que poderiam pesar no desenvolvimento argumentativo da pesquisa.

Os trabalhos teóricos que foram mobilizados pelos atores dentro da ADPF 186 serviram de base para a pesquisa, visto que, como bem afirmou o Ministro Joaquim Barbosa, na sequência do voto do Relator, nada desejava acrescentar já que se encontrava composto pelo que havia de mais moderno sobre o tema na literatura. Tendo em vista que o debate mais acalorado dentro da ADPF se perfazia pela discussão de fixação ou não de ações afirmativas de recortes raciais, umas das expectativas ao se ler o Acórdão era exatamente o voto do único ministro negro na Corte. Em especial pelo fato do Ministro Joaquim Barbosa ser um dos primeiros a escrever no Brasil sobre a temática das ações afirmativas.

Além dos teóricos apresentados e discutidos nessa pesquisa, como Rawls, Dworkin, Fraser e Honneth, foram mobilizados muitos outros dentro da ADPF tais como Bauman, Habermas, Sandel, Boaventura de Souza Santos, Freyre, Fernandes e Andrade, além dos textos dos próprios debatedores (que foram convidados pela *expertise* ao assunto ou como *amicus curie* para comporem a ação), para validarem e fundamentarem os votos e as discussões. Por conta de tal fato, a seção em que esse assunto foi detalhado tornou-se extensa. No exame de qualificação, entendeu-se a importância da discussão no Supremo e esta tornou-se o enfoque da pesquisa. Expressados os motivos acima, passaremos a alguns apontamentos sobre o estudo realizado, pelo entendimento que o termo conclusões finais poriam ponto determinante em assuntos que são muito complexos para serem condensados em tão breves linhas.

Discorrer sobre temas como justiça, igualdade e liberdade por si só já renderiam muitas formulações, seja de maneira temática, em que todos os indivíduos desejariam tê-las aplicadas efetivamente em suas vidas, seja pelo fato de repensá-las e aperfeiçoá-las em concordância com as modificações sociais. A justiça debatida hoje não tem as mesmas bases de 40, 50 anos atrás, pois no transcorrer do tempo, há transformações em seu significado que se reveste de outros valores, numa constante busca de melhor adequação à sociedade e vice-versa. Na mesma situação, encontra-se a temática da igualdade e da liberdade que sofrem alterações com o intuito de abrangerem um maior número de demandas e refletirem uma sociedade mais coesa e justa. Esse fato se faz notório, inclusive, pelas argumentações lançadas dentro da pesquisa, quando se evidencia a busca por respeito recíproco com ênfase no

reconhecimento, que passa a compor-se como um dos valores pertencentes à liberdade por meio da igualdade, fato que não ocorreria, por exemplo, nos séculos anteriores.

De acordo com o desenvolvimento da sociedade e das demandas existentes, surgem novos posicionamentos sobre valores e direitos envolvidos em conceitos tão amplos como justiça, liberdade e igualdade. Dessa forma, quando demandas de grande repercussão social como acesso à educação e discriminação racial são reunidas para análise sob a ótica de tais princípios, a questão torna-se ainda mais complexa. Tornou-se possível essa verificação dentro da ADPF 186, pois os posicionamentos trazidos encontravam apoios ou oposição para as ações afirmativas nas duas frentes, ambos revestidos dos dois princípios, liberdade e igualdade.

O próprio fato de tal discussão ter se iniciada nas casas legislativas e depois de 13 anos ter sido concluída no Supremo, revela um novo aspecto da busca por direitos fundamentais, conforme pontua Vianna (1999) sobre a judicialização das relações sociais. E de tal fato ter sido movido pela busca dos grupos ou dos indivíduos pela regulamentação de comportamentos e do reconhecimento de identidades, atuando o poder judiciário como consolidador dos direitos de cidadania. Portanto, a busca da igualdade não somente se apresentou dentro da discussão da ADPF como foi decisiva para que esta ação pudesse adentrar o poder judiciário (convocado a compor juntamente com o poder legislativo a função de “quase legislador”) e constituir-se de fundamento para a Lei 12711/2012.

Isto posto, quando a questão sobre a discriminação racial, existente ou não, na sociedade brasileira é disposta na ADPF, fica perceptível que o debate tem muitos aspectos que merecem maior discussão e adensamento, visto que se tratam de argumentações realizadas por debatedores que, independentemente de suas próprias particularidades sociais e étnicas, pontuaram sobre tais questões de forma a prevalecer a igualdade dos indivíduos pelo critério da universalidade.

Esse posicionamento é perceptível nas entrelinhas das argumentações de debatedores como Maggie, Durham, Pena, Zarur, ANAPE, Comissão de Assuntos Antidiscriminatórios da OAB/SP, Movimento Negro Socialista e mesmo de alguns ministros que ainda que seguindo o voto do relator tal como a Ministra Carmem Lúcia, pontuou que as ações afirmativas não eram a melhor opção, pois o devido seria que todos os indivíduos de uma sociedade fossem igualmente livres para ser o que quiserem, mas que a adoção das ações se tratava de uma etapa dentro de um processo, visto que a igualdade não havia se estabelecido ainda de forma universal em nossa

sociedade.

Na nota de rodapé 34 da segunda seção, sobre os manifestos apresentados na Câmara e no Senado com o pedido de não prosseguirem as casas com o projeto de lei de recorte racial, cabe enfatizar que as exposições contrárias foram assinadas inclusive por intelectuais como Caetano Veloso⁹⁶, que entendem a miscigenação e a universalidade como algo que prevalece em relação ao recorte racial. Tal fato é trazido por referendar a dificuldade de se estabelecer um ponto final sobre a questão de raças, racismo e miscigenação no Brasil, visto a singularidade da própria constituição da nação.

No momento em que a discussão recaiu sobre o mito da democracia racial no Brasil, preceituado por Freyre, e conseqüentemente adentrou à temática da miscigenação, mais uma vez tivemos posicionamentos diversos baseados nos mesmos princípios de igualdade e liberdade, qual seja, dependendo do viés defendido tais princípios respaldaram os argumentos de ambos os lados.

Cabe a menção que os preceitos de Dworkin constam na petição inicial do DEM fundamentando o pedido de inconstitucionalidade de políticas públicas com recortes raciais, o que reforça a percepção acima disposta visto que o mesmo é utilizado para garantir as ações afirmativas de viés racial. Por meio dessa colocação, percebe-se a densidade existente entre a defesa e a oposição de princípios e de autores para reforçarem ou rechaçarem as ideias expostas.

No decorrer da pesquisa, tornou-se evidente que a justiça distributiva preceituada por Rawls e depois apresentada com algumas variações por Dworkin, em especial pela aplicação do princípio de diferença, foi a base para a fixação das ações afirmativas educacionais no Brasil, sendo esta ao menos a formulação apresentada pelos ministros em suas fundamentações de votos. Conforme ressaltado pelo Ministro relator e Avritzer, que se utilizaram diretamente de Rawls e da temática da justiça distributiva para defenderem seus posicionamentos ou voto. O Relator também se utilizou de forma bem explícita da política de reconhecimento teorizada por Honneth e Fraser, pela abordagem disposta que a justiça social na contemporaneidade de fato se baseava na distribuição de recursos em junção com o reconhecimento e que ambos

⁹⁶ No ano de 1991 o cantor lançou o álbum *Circuladô* onde expressa na canção *Americanos* um pouco do pensamento sobre os debates de divisões dos indivíduos em raças e cores, como percebemos nestes versos: “Para os americanos branco é branco, preto é preto (e a mulata não é a tal). Bicha é bicha, macho é macho, mulher é mulher e dinheiro é dinheiro. E assim ganham-se, barganham-se, perdem-se, concedem-se, conquistam-se direitos. Enquanto aqui em baixo a indefinição é o regime. E dançamos com uma graça cujo segredo nem eu mesmo sei. Entre a delícia e a desgraça. Entre o monstruoso e o sublime.”

seriam a efetivação da justiça.

Portanto, temos pela fundamentação do voto do Ministro relator que caberia o reconhecimento da constitucionalidade da fixação das ações afirmativas (inclusive com o recorte racial) baseado na aplicação dos princípios de justiça distributiva preceituado por Rawls, através da utilização do princípio de diferença. Bem como pelo entendimento que a Constituição Federal de 1988 tinha por princípio, o reconhecimento do estado de bem-estar, ou seja, da obrigação do Estado de garantir direitos fundamentais a seus cidadãos como forma de equidade.

Da mesma forma entenderam os ministros que o acesso à educação por meios das ações afirmativas (recorte racial e social) poderia ajudar no desenvolvimento da autoestima e do autorrespeito, que se consubstanciam dentro da teoria de reconhecimento proposta por Honneth e Fraser, sendo tais autores citados por vários atores na ADPF.

Se coubesse uma conclusão simplificada neste estudo poderíamos afirmar que os princípios de justiça propostos por Rawls se encontram dentro da fundamentação que reconheceu a constitucionalidade das ações afirmativas de recortes raciais e sociais e que foram implementadas pela Lei 12711/2012, como expuseram e pleiteavam muitos debatedores dentro da ADPF 186, no entendimento que se fossem assim estabelecidas, tais políticas públicas teriam mais efetividade dentro da sociedade brasileira.

O que se percebeu ao se adentrar o assunto desse estudo foi que falar sobre fixação de cotas raciais no Brasil é muito mais complexo do que se supunha, independente do posicionamento que se tenha sobre tal assunto, qual seja, apoiar ou não o viés racial para fixações de políticas públicas, mesmo pelo entendimento de se visar uma maior justiça social. Tal fato se reveste de solidez quando pontuamos que os critérios raciais e a própria constituição da sociedade no Brasil ainda não foram de fato bem assimilados pela população. Fato que restou evidenciado pelo posicionamento dos atores que estiveram presentes no debate, posto que a miscigenação ou reconhecimento da mesma como singularidade própria do Brasil, ora era utilizada para se falar em universalidade ora para se defender direitos de minorias.

Da mesma forma a questão racial ora foi tida como inexistente, ora como fortemente presente em nossa sociedade. Ainda que todos os atores reconhecessem que o racismo era presente e forte, mascarado ou revelado de forma contundente, por dados ou por fatos, o mesmo não poderia ser utilizado para a fixação de leis com viés

racial. Pois para muitos estaríamos lançando mão de artifícios que foram utilizados em países onde o racismo gerou sistemas fortemente segregados como nos EUA e Ruanda, mas que o racismo no Brasil não se estabeleceu nas citadas nações. Qual seja, temos a admissão do racismo na sociedade brasileira, mas o mesmo não deveria servir para a justificativa de se criar políticas públicas por tal fato. Destacando-se neste quesito que o Brasil era um país singular em sua formação e que isso deveria se manter.

Por tais aspectos, é possível afirmar que no decorrer do estudo foram se “abrindo janelas” sobre várias temáticas e que as mesmas, até por questão de consciência da importância de cada uma delas, não poderiam ser fechadas de forma abrupta visando somente trazer conclusões e encerrar temas tão complexos.

Uma sociedade bem conduzida se faz através do debate público, pela busca de um consenso que permita a coexistência pacífica dos indivíduos, como preceituado por Rawls. Sendo assim, qualquer tipo de polarização sobre os temas abordados poderia incorrer em um empobrecimento das discussões.

Esse fato se evidencia até como causa de terem os debates sobre as ações afirmativas se iniciado nas casas legislativas, pelos membros eleitos, e terem desaguado no judiciário. Assim como responde pelo fato de tal poder ter se lançado como um “legislador” em questões que são de grande impacto para a sociedade, respaldando tal poder como o defensor e intérprete dos direitos fundamentais. Por tais motivos o Judiciário em todo o mundo se estabelece atualmente como um catalizador de várias demandas das sociedades plurais e complexas. Um exemplo disso é o próprio judiciário brasileiro que se viu provocado a decidir sobre diversas questões tais como demarcações de reservas indígenas, uso de células tronco, uniões homoafetiva, ações afirmativas, homofobia e mesmo questões eleitorais.

Outro aspecto verificado durante o estudo são que muitos assuntos abordados na ADPF se tratam da temática de agendas que foram assimiladas pelo Brasil, mas que se iniciaram com discussões em outros países, especialmente nos EUA. Tais como a agenda do igualitarismo, defendida e discutida pelos liberais, fato que não pode passar despercebido posto que Rawls e Dworkin, lançados como fundamentais para a fixação das ações afirmativas, se tratam de liberais americanos. A discussão sobre gêneros e reconhecimento proposta por Honneth e Fraser, também se revestem desse aspecto. Assim, os debates presentes na agenda do igualitarismo americano foram trazidos ao Brasil e utilizados inclusive na formulação de leis, como se depreende da análise dos

argumentos e autores utilizados na ADPF 186. Nos caberia perguntar essa agenda é compatível com a realidade brasileira? A aplicação da mesma sobre os mesmos moldes utilizados em seus países de origem não seria um enviesamento dessas teorias para “ajustarem” em nossa realidade? Isso se evidenciou pelos fundamentos de alguns atores na ADPF que justificam seus posicionamentos exatamente pelo não cabimento de aplicações de regras e princípios estabelecidos em outras nações sem se verificar e respeitar a singularidade da sociedade brasileira.

Caberia ainda, perguntarmos qual a sociedade que estamos visando construir no Brasil? Será que a apropriação de agendas que não são decorrentes de nossas particularidades poderiam ser adequadas e surtirem efeitos positivos em um futuro para a nação? A fixação de cotas raciais e sociais por meio das ações afirmativas de fato seriam o melhor caminho para se resolver as questões do acesso à educação superior de qualidade? Ou ao “importarmos” o modelo americano não se considerariam as particularidades do Brasil? Estaríamos com tais ações de fato resolvendo a questão do racismo pela possibilidade de um auto respeito mútuo entre os indivíduos de nossa sociedade? Ou as ações afirmativas seriam só um paliativo para se evitar a modificação de um problema tão sério como o acesso à educação de qualidade a todos e em qualquer fase educacional?

Se nos ativermos ao que foi preceituado por Rawls em sua teoria de justiça, com vista à uma sociedade bem ordenada, as ações afirmativas, em especial sobre o viés racial, teriam se estabelecido? Teria o autor aceito a fundamentação feita por Dworkin de que se fosse o único caminho de esperança para evitar maiores danos e desigualdades deveriam ser estabelecidas? Ou o pensamento seria o de haver cautela até mesmo na defesa e normatização de regras para minorias, visando se evitar que o excesso de individualidade gerasse um desaparecimento de algo maior que fosse a importância de se estabelecer uma sociedade coesa, justa e razoável para todos, baseada no consenso sobreposto. E qual impacto terão as ações afirmativas, como constituídas no Brasil, para a construção de uma comunidade cívica no país?

Devemos também pontuar que os temas trazidos dentro da ADPF 186, bem como o material existente na mesma, mereceriam uma amplitude maior de discussão, não só pela importância desta sobre a educação, mas também pela relevância de muitos assuntos apresentados que refletem a sociedade brasileira. Se não bastasse a importância desses dois aspectos, ainda seria importante ressaltar a implicação de que tal Lei em futuro próximo completará a temporalidade que lhe foi atribuída e

novamente os debates havidos para a sua aprovação poderão ser trazidos nas demandas de alguns grupos interessados em manterem a citada política pública ou não. É possível, assim, que tenhamos mais uma vez a discussão sobre as aplicações dos princípios de igualdade e liberdade para a manutenção de tais ações afirmativas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLGAYER, H.; HILLER, R.F. *Algumas críticas de Amartya Sen em relação a Uma Teoria da Justiça de John Rawls: a questão da imparcialidade Fechada e a Imparcialidade Aberta*. In **Revista Opinião Filosófica**, Porto Alegre, v. 05; nº. 02, p.43- 52, 2014.

ARAÚJO, G.S. *Participação através do direito: a judicialização da política*, VIII congresso Luso- afro- brasileiro de ciências sociais. Sessão temática: estado, nação, direito e democracia, Coimbra ,2004, p.1-17.

AVRITZER,L.,MARONA, M.C; *Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor*. **Revista Brasileira de Ciências políticas**, nº15, Brasília, Set-dez de 2014 , p.69-94.

_____, GOMES, L. *Política de reconhecimento, raça e democracia no Brasil*. **Revista de Ciência Sociais**, Rio de Janeiro, Vol.56, nº01, p.39-68, 2013

BARBOSA, E.M.Q; ANDREASSA JR, G. A legitimidade do “ativismo judicial” dos olhos da teoria do estado e do direito: um estudo voltado a garantia dos direitos fundamentais. Ver.Opin.Jur, Fortaleza, ano 10, nº14, p.71-82, jan/dez 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 13ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2004.

BRESSIANI, Nathalie. *Redistribuição e reconhecimento - Nancy Fraser entre Jürgen Habermas e Axel Honneth*. **Caderno CRH**, Salvador, v.24, n.62, p. 331-352, Maio/Agos.2011.

BRUM, Henrique. *A possibilidade de políticas de reconhecimento no pensamento de Ronald Dworkin: uma resposta à Nancy Fraser*, In **Revista Rediscrições**- Revista on line do GT de Pragmatismo e Filosofia Norte-Americana da Anpof, Ano 2, n.02, 2010.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. *Habermas e Honneth: leitores de Mead*, In **Sociologias**, Porto Alegre, ano 16, nº 36, mai/ago 2014, p.144-179.

CASTRO, Susana. *Nancy Fraser e a Teoria da justiça na contemporaneidade*, in **Revista Rediscrições**- Revista on line do GT de Pragmatismo e Filosofia Norte-americana da Anpof - Ano 2, n.02,2010.

CÓRDOBA Rafael Cejudo. *Capacidades y Libertad – Una aproximación a la teoría de Amartya Sen*. In **Revista Internacional de Sociologia (RIS)**, Vol.LXV, nº47, p.9-22, mayo/agosto,2007.

DAFLON, V.T; FERES JR, J; CAMPOS, L.A. *Ações afirmativas no ensino superior público brasileiro – um panorama analítico*. **Caderno de Pesquisas**, v.43, n.148, p.302-327, jan/abr.2013.

DWORKIN, Ronald, **A Justiça de Toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo.1ª ed. 2ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **A Virtude Soberana - A teoria e a prática da Igualdade**. Trad. Jussara Simões.2ª ed. 3ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3ªed. 2ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Uma questão de princípios**. Trad. Luís Carlos Borges. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FASCIOLI, Ana. *Justicia social em clave de capacidades y reconocimiento*, In **Areté Revista de Filosofia**, Vol. XXIII, n.º 1, p.53-77, 2011.

FILHO, José C.M.de Brito. **Ações afirmativas**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

FERES JR, Joao. *Aspectos semânticos da discriminação racial no Brasil – para além da teoria da modernidade*. **Revista Brasileira de Ciência Sociais**, Vol.21, nº61, p.163- 176, Junho/2006.

FONSECA, D.J, SILVÉRIO, V.R. **Cartilha de ações afirmativas**. Conselho de Participação e Desenvolvimento da Comunidade Negra do Estado de São Paulo, Secretaria de Estado da Justiça e Defesa da Cidadania, Governo do Estado de São Paulo,2ª ed.,2011.

FRASER, Nancy. **Reconhecimento sem ética**. Trad. Ana C. F. Lima e Mariana P.Fraga Assis. In: *Lua Nova*, 70. São Paulo, p. 101-138, 2007.

_____. **Iustitia Interrupta- Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores- Universidad de los Andes,1997.

_____; HONNETH, A. **Redistribución o Reconocimiento? Un debate político-filosófico**. Madrid: Ediciones Morata, SL, 2006.

FREYRE, G. **Casa Grande & Senzala- Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. Recife: Global Editora, 2003.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls- Um breve manual de filosofia política**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

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

HIRSCHL,R. The judicialization of megapolitics and the rise of Political Courts. *Annual Review Political Science*, vol.11, p.93-118. Disponível em <<https://doi.org/10.1146/annurev.polisci.11.053006.183906>>

HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento, a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34 Ltda., 2003.

_____. **Reificación- Un estudio em la teoria del reconocimiento**. Buenos Aires: Katz Editores, 2007.

_____. **La sociedade del desprecio**. Madrid: Editorial Trotta S.A, 2011.

KANT, I. **A paz perpétua - Um projeto filosófico**. Trad. Artur Morão. Universidade da Beira Interior, Covilhã, 2008.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**, Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2003.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. *Desigualdade e pobreza: lições de Sen*, in **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, Vol.15, nº42, p.133-122, Fevereiro/2000.

KRITSCH, R; SILVA, A.L. *Considerações acerca da noção de razão pública no debate Rawls-Habermas*. In **Revista Sociol.Polít**, Curitiba, v.19, n.39, p.67-90, jun.2011.

KYMLICKA, Will. **Filosofia Política Contemporânea**. São Paulo: Martins Fontes,2006.

LINHARES, D.M. G; SANTOS, A.R.A. *Amartya Sen e John Rawls: um diálogo entre a abordagem das capacidades e a justiça como equidade*, In: **Theoria** - Revista Eletrônica de Filosofia Faculdade Católica de Pouso Alegre, Vol.VI, nº 15, p.153-161, Ano 2014.

LOIS, Cecília Caballero. *A filosofia constitucional de John Rawls e Jurgen Habermas: um debate sobre as relações entre sistemas de justiça e sistemas de direitos*, In **Revista Sequência**, nº 50, p. 121-141, jul. 2005.

LOPES, M.A; BRAGA, M.L.S. **Acesso e permanência da população negra no ensino superior**, Brasília: Ministério da educação, Secretaria de educação

continuada, alfabetização e diversidade: Unesco, 2007.

_____. **O programa diversidade na universidade e a construção de uma política educacional antirracista.** Brasília: Secretaria de educação continuada, alfabetização e diversidade: Unesco, 2007

MAGGIE, Y. *Políticas de cotas e o vestibular da UNB ou a marca que cria sociedades divididas*, **Horizontes antropológicos**, Porto Alegre, ano 11, nº 23, p.268-291, Jan/jun 2005. *Mário de Andrade ainda Vive? O ideário modernista em questão*, **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v.20, nº58, p.5-22, junho/2005.

_____;FRY, P. *A reserva de vagas para negros nas universidades brasileiras.*

Estudos Avançados 18(50). Rio de Janeiro, p.67-80, 2004.

MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status.* Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1967.

MENDES JUNIOR, A.A.F. **Uma análise da progressão dos alunos cotistas sob a primeira ação afirmativa brasileira no ensino superior: o caso da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).** Ensaio: Aval. Pol. Públ. Educ., Rio de Janeiro, v.22, n. 82, p. 31-56, jan./mar., 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ensaio/v22n82/a03v22n82.pdf>

MENIN, M. S.S, SHIMIZU, A.M, SILVA, D.J., CIOLDI, F. L, B, F. **Representações de estudantes universitários sobre alunos cotistas: confronto de valores (UNESP/Marília).** Educação e Pesquisa, São Paulo, v.34, n.2, p. 255-272, maio/ago., 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ep/v34n2/04.pdf>

NEVES, C.E.B.; RAIZER, L.; FACHINETTO, R.F. **Acesso, expansão e equidade na educação superior – novos desafios para a política educacional brasileira.** Sociologias, Porto Alegre, ano 9, nº 17, jan./jun., p. 145-157, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n17/a06n17>.

NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia.** São Paulo: Jorge Zahar.1991

PAIVA, Ângela R. **Entre dados e fatos: ação afirmativa nas universidades públicas brasileiras.** Rio de Janeiro: PUC-Rio, Pallas ed., 2010.

PIOVESAN, F. **Ações afirmativas no Brasil: Desafios e perspectivas, In: Leituras Complementares de Direito Constitucional.** Salvador: Editora Jus Podium, 2008.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica.* In: **Lua Nova – Revista de cultura e política.** São Paulo: CEDEC, n. 25, p. 25-59. 1992.

- _____. **Justiça e democracia.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. **O direito dos povos.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. **O liberalismo político.** Trad. Álvaro de Vita. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- _____. **Uma teoria da justiça.** Trad. Jussara Simões. 3ªed. São Paulo: Martins Fontes,2008.

REYMÃO, A.E.N.; CEBOLÃO, K.A. *Amartya Sen e o direito à educação para o desenvolvimento.* **Rev. de Direito Sociais e Políticas Públicas** | e-ISSN: 2525-9881 | Maranhão | v. 3 | n. 2 | p. 88 - 104 | Jul./Dez. 2017.

SADEK,M.T. Judiciário: *Mudanças e reformas,* In **Estudos avançados 18(51),** 2004, p. 1-23.

SANDEL, Michael J. **O liberalismo e os limites da justiça.** Trad. Carlos E Pacheco do Amaral, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Serviço de Educação e Bolsas, 2005.

SEN, Amartya. **A ideia de Justiça,** Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes, São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. **Desenvolvimento como liberdade.** Trad. por Laura Teixeira Motta, São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

_____. **Desigualdade Reexaminada.** Trad. Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

TAYLOR, Charles. **A Política de Reconhecimento,** in Multiculturalismo. Trad. Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

VELLOSO, J. C. *Cotistas e não-cotistas: rendimento de alunos da Universidade de Brasília.* Cadernos de Pesquisa, São Paulo, v. 39, n. 137, p. 621-644, Maio/Aug. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/cp/v39n137/v39n137a14.pdf>

VIANNA, L.W., *O ativismo judicial mal compreendido,* Cedes- Centro de Estudos direito e sociedade- boletim jul-agost de 2008, p.03-05.

_____;BURGOS, M.B.; SALLES, P.M.; *17 anos de judicialização da política,* Tempo social , Revista de sociologia da USP, v.19, n2, p.39-85.

_____; CARVALHO, M.A.R; MELO, M.P.C; BURGOS, M.B. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil,** Rio de Janeiro:Editora Revan, 1999.

VITA, Álvaro de, **A justiça igualitária e seus críticos.** São Paulo: Martins Fontes,2007

_____. *Justiça distributiva: a crítica de Sen a Rawls.* Dados Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol.42, n.3, p. 471-496, 1999. Disponível em:

<http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52581999000300004>

_____. **Justiça Liberal: argumentos liberais contra o neoliberalismo.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

_____, **Liberalismo, Justiça Social e Responsabilidade Individual**, Dados Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol.54, nº4, 2011, pp.569-608.

_____, **O liberalismo igualitário. Sociedade democrática e justiça internacional.** São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça- uma defesa do pluralismo e da igualdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

APÊNDICE I

Os artigos constitucionais que foram ofendidos pelos atos da Universidade de Brasília segundo a inicial do processo da ADPF 186 proposta pelo Partido Democratas –DEM em 20/07/2009 são:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta

Constituição; II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades

fundamentais; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte;

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, 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.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

Art. 207. 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.

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

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

ANEXO I**Audiência Pública sobre a Constitucionalidade de Políticas de Ação
Afirmativa de Acesso ao Ensino Superior**

Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
186 e Recurso Extraordinário 597.285/RS

Cronograma**3/3 Quarta-feira**

8h30 - Abertura – **Excelentíssimo Senhor Ministro Enrique Ricardo Lewandowski**

9h - Vice-Procuradora-Geral da República Débora Macedo Duprat de Britto Pereira

9h15 - Diretor-Tesoureiro do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
Dr. Miguel Angelo Cançado

9h30 - Advogado-Geral da União Luís Inácio Lucena Adams

9h45 - Ministro Edson Santos de Souza - Secretaria Especial de Políticas de
Promoção de Igualdade Racial (SEPPIR)

10h - Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH) – Erasto Fortes de
Mendonça - Doutor em Educação pela UNICAMP e Coordenador Geral de
Educação em Direitos Humanos da SEDH

10h15 - Ministério da Educação (MEC); Secretária Maria Paula Dallari Bucci -
Doutora em Políticas Públicas pela Universidade de São Paulo (USP). Professora da
Fundação Getúlio Vargas. Secretária de Ensino Superior do Ministério da Educação
(MEC) (Apresentação)

10h30 - Fundação Nacional do Índio (FUNAI) – Carlos Frederico de Souza Mares -
Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná/PR (Apresentação)

10h45 - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) – Mário Lisboa
Theodoro - Diretor de Cooperação e Desenvolvimento do Instituto de Pesquisa
Econômica Aplicada (IPEA)

11h – Arguente - Democratas (DEM) - **ADPF 186** – Procuradora/Advogada
Roberta Fragoso Menezes Kaufmann; (15 minutos)

11h15 – Arguido - **Universidade de Brasília (UnB)** – José Jorge de Carvalho -
Professor da Universidade de Brasília - UnB. Pesquisador 1-A do CNPq.

Coordenador do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia de Inclusão no Ensino Superior e na Pesquisa - INCT - Universidade de Brasília (UnB); (15 minutos)

11h30 - Recorrente do **Recurso Extraordinário 597.285/RS** – Dr. Caetano Cuervo Lo Pumo - Procurador de Giovane Pasqualito Fialho; (15 minutos)

11h45 – Recorrido - **Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)** – Professora Denise Fagundes Jardim - Professora do Departamento de Antropologia e Programa de Pós-graduação em Antropologia Social da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); (15 minutos) (Apresentação)

12h - Presidente da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal - Senador Demóstenes Torres;

4/3 Quinta-feira

8h30 - "**Flagrante ilegalidade na seleção dos cotistas na Universidade Federal do Rio Grande do Sul desvirtua o espírito do Programa de Ações Afirmativas pela falta de averiguação da situação sócio-econômica dos candidatos beneficiados pelo sistema de reserva de vagas**". Wanda Marisa Gomes Siqueira – Movimento Contra o Desvirtuamento do Espírito da Reserva de Quotas Sociais; (15 minutos)

8h45 - "*Da inexistência de raças do ponto de vista genético. Da formação e estrutura genética do povo brasileiro, com ênfase na demonstração experimental de uma correlação tênue entre cor e ancestralidade genômica no Brasil*". Sérgio Danilo Junho Pena – Médico Geneticista formado pela Universidade de Manitoba, Canadá. Professor da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG e ex-professor da Universidade McGill de Montreal, Canadá; (15 minutos)

9h - "*A Tragédia Étnica*". George de Cerqueira Leite Zarur – Antropólogo e Professor da Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais; (Leitura do texto elaborado pela Professora Yvone Maggie "*Um ideal de democracia*" + 15 minutos)

9h15 - "*Desigualdade educacional e quotas para negros nas universidades*". Eunice Ribeiro Durham – Antropóloga. Doutora em Antropologia Social pela Universidade de São Paulo (USP). Professora Titular do Departamento de Antropologia da USP e atualmente Professora Emérita da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP (a Professora Eunice Durham cancelou sua participação no evento, em função de problemas de saúde. Texto enviado pela Professora Durham será lido pela Dra. Roberta Kaufmamm neste mesmo horário);

9h30 - "*Problemas jurídico-históricos relativos à escravidão. Miscigenação em terras brasileiras*". Ibsen Noronha – Professor de História do Direito do Instituto de Ensino Superior de Brasília - IESB – Associação de Procuradores de Estado (ANAPE); (15 minutos)

10h - “As vicissitudes do racismo na formação da população brasileira e as desvantagens sociais para a população negra alvo de discriminação racial no acesso aos bens materiais e imateriais produzidos em nossa sociedade”. Fundação Cultural

Palmares - Luiz Felipe de Alencastro - Professor Titular da Cátedra de História do Brasil da Universidade de Paris-Sorbonne; (15 minutos)

10h15 - “*Constitucionalidade das políticas de ação afirmativa nas Universidades Públicas brasileiras na modalidade de cotas*”. Centro de Estudos Africanos da Universidade de São Paulo – Kabengele Munanga - Professor da Universidade de São Paulo (USP); (15 minutos)

10h30 - “*A obrigação do Estado em eliminar as desigualdades historicamente acumuladas, garantindo a igualdade de oportunidade e tratamento, bem como compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização por motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero e outros*”. Conectas Direitos Humanos (CDH) – Oscar Vilhena Vieira - Doutor e Mestre em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (USP) e Mestre em Direito pela Universidade de Columbia. Pós-doutor pela *Oxford University*. Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV/SP) - Conectas Direitos Humanos (CDH); (15 minutos)

10h45 - “*Compatibilidade entre excelência acadêmica e ação afirmativa*”. Leonardo Avritzer – Foi Pesquisador Visitante no *Massachusetts Institute of Technology*; (15 minutos)(MIT). Participou das reuniões de elaboração do *amicus curiae* apresentado pelo *Massachusetts Institute of Technology* no caso *Grutter v. Bollinger* – Professor de Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

11h - “*Papel das ações afirmativas*”. Sociedade Afro-Brasileira de Desenvolvimento Sócio Cultural (AFROBRAS) – José Vicente - Presidente da AFROBRAS e Reitor da Faculdade Zumbi dos Palmares; (15 minutos)

5/3 Sexta-feira

Manhã

8h30 - Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (EDUCAFRO) – Fábio Konder Comparato – Professor Titular da Universidade de São Paulo - USP; (15 minutos)

8h45 - “*A Compatibilidade das cotas com o sistema constitucional brasileiro*”. Fundação Cultural Palmares – Flávia Piovesan - Professora Doutora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR); (15 minutos)

9h - “Resultados parciais da missão sobre Racismo na Educação brasileira, em desenvolvimento pela Relatoria Nacional, da qual resultará relatório a ser encaminhado às instâncias da ONU em 2010”. Ação Educativa – Denise Carreira - Relatora Nacional para o Direito Humano à Educação (15 minutos)

9h15 - “*Defesa das Políticas de Ação Afirmativa*”. Coordenação Nacional de Entidades Negras (CONEN) – Marcos Antonio Cardoso - Coordenação Nacional de Entidades Negras (CONEN); (15 minutos)

9h30 - “*Políticas de cotas como um dos instrumentos de construção da igualdade mediante o reconhecimento da desigualdade historicamente acumulada pelos afrodescendentes em função das práticas discricionárias de base racial vigentes em nossa sociedade*”. Geledés Instituto da Mulher Negra de São Paulo – Sueli Carneiro - Doutora em Filosofia da Educação pela Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo. *Fellow* da *Ashoka* Empreendedores Sociais. Foi Conselheira e Secretária Geral do Conselho Estadual da Condição Feminina de São Paulo; (15 minutos)

10h - “*Proporcionalidade e razoabilidade do fator de ‘discrimen’. Impossibilidade de identificação do negro*”. Juiz Federal da 2ª Vara Federal de Florianópolis Carlos Alberto da Costa Dias; (15 minutos)

10h15 - “*A ‘raça estatal’ e o racismo*”. José Roberto Ferreira Militão; (15 minutos)

10h30 - *As conseqüências sociais da introdução das políticas racialistas no mercado de trabalho, nos sindicatos e partidos. A intromissão do Estado na vida interna das organizações dos trabalhadores através das políticas racialistas*. Serge Goulart - autor do livro “Racismo e Luta de Classes”, Coordenador da Esquerda Marxista – Corrente do PT, editor do jornal Luta de Classes e da Revista teórica América Socialista; (15 minutos)

10h45 – “*A racialização das relações sociais no âmbito das periferias das grandes cidades*”. Movimento Negro Socialista – José Carlos Miranda; (15 minutos)

11h – “*Políticas públicas de eliminação da identidade mestiça e sistemas classificatórios de cor, raça e etnia*”. Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro (MPMB) e Associação dos Caboclos e Ribeirinhos da Amazônia (ACRA) – Helderli Fideliz Castro de Sá Leão Alves; (15 minutos)

Tarde

Experiências de aplicação de políticas de ação afirmativa

14h - Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (ANDIFES) – Professor Alan Kardec Martins Barbiero; (15 minutos)

14h15 - União Nacional dos Estudantes (UNE) - Augusto Canizella Chagas –

Presidente da União Nacional dos Estudantes (UNE); (15 minutos)

14h30 - Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ) – João Feres - Mestre em Filosofia Política pela UNICAMP. Mestre e Doutor em ciência política pela City University of New York (CUNY) – Professor do Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ); (15 minutos) (Apresentação)

14h45 - Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP) – Professor Renato Hyuda de Luna Pedrosa - Coordenador da Comissão de Vestibulares da Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP (15 minutos) (Apresentação) (Texto) (PAAIS)

15h - Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) – Pró-reitor de Graduação Professor Eduardo Magrone; (15 minutos) (Apresentação)

15h15 - Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) – Professora Jânia Saldanha; (15 minutos) (Apresentação)

15h30 - Universidade do Estado do Amazonas (UEA) – Vice-Reitor Professor Carlos Eduardo de Souza Gonçalves; (15 minutos)

15h45 - Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) – Professor Marcelo Tragtenberg; (15 minutos) (Apresentação)

16h - Associação dos Juizes Federais (AJUFE) - Dra. Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva - Juíza Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro; (15 minutos) (Apresentação)

Encerramento – Excelentíssimo Senhor Ministro **Enrique Ricardo Lewandowski**

Supremo Tribunal Federal

O MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RICARDO LEWANDOWSKI,

Relator da **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186** e do **Recurso Extraordinário 597.285/RS**, no uso das atribuições que lhe confere o art. 21, inciso XVII do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, e nos termos do Despacho Convocatório de 15 de setembro de 2009, torna público que:

O Supremo Tribunal Federal realizará nos próximos dias 3, 4 e 5 de março audiência pública sobre políticas de ação afirmativa (ou discriminação reversa) de acesso ao ensino superior.

O cronograma da audiência pública recebeu a seguinte divisão temática:

2 de março

- (i) Instituições estatais responsáveis pela regulação e organização das políticas nacionais de educação e de combate à discriminação étnica e racial (Ministério da Educação, Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, Secretaria Nacional de Direitos Humanos, Fundação Nacional do Índio e Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal), bem como pela instituição responsável por mensurar os resultados dessas políticas públicas (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA).
- (ii) Partes relacionadas aos processos selecionados para a audiência pública.

3 de março

Início do contraditório entre os defensores da tese de constitucionalidade e os defensores da tese de inconstitucionalidade das políticas de reserva de vaga como ação afirmativa de acesso ao ensino superior (5 defensores para cada uma das teses). Nessa data, os defensores da tese de inconstitucionalidade das políticas de reserva de vagas iniciarão o contraditório e serão seguidos pelos defensores da tese contrária.

4 de março

Manhã – Na manhã do dia 5 de março, dar-se-á continuidade ao contraditório entre os defensores das teses de constitucionalidade e de inconstitucionalidade das políticas de reserva de vagas. Nessa data, serão os defensores da tese de constitucionalidade que iniciarão o contraditório, que será encerrado pelos defensores da tese da inconstitucionalidade.

Tarde – O período da tarde do dia 5 de março será destinado à apresentação das experiências das universidades públicas na aplicação das políticas de reserva de vagas como ação afirmativa para acesso ao ensino superior. Após essas entidades, a Associação dos Juízes Federais exporá como tem julgado os conflitos decorrentes da aplicação dessas medidas. Essas exposições têm como escopo permitir que esta Corte Constitucional avalie se e em que medida as políticas de reserva de vagas no ensino superior afrontam a Constituição Federal de 1988.

Publique-se.

Brasília, 26 de fevereiro de 2010.

ANEXO II

LEI Nº 12.711, DE 29 DE AGOSTO DE 2012.

Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita.

Art. 2º (VETADO).

~~— Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta 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).~~

Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. (Redação dada pela Lei nº 13.409, de 2016)

Parágrafo único. No caso de não preenchimento das vagas segundo os critérios estabelecidos no caput deste artigo, aquelas remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Art. 4º As instituições federais de ensino técnico de nível médio reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso em cada curso, por turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que cursaram integralmente o ensino fundamental em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita.

~~— Art. 5º Em cada instituição federal de ensino técnico de nível médio, as vagas de que trata o art. 4º desta 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).~~

Art. 5º Em cada instituição federal de ensino técnico de nível médio, as vagas de que trata o

art. 4º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do IBGE. (Redação dada pela Lei nº 13.409, de 2016)

Parágrafo único. No caso de não preenchimento das vagas segundo os critérios estabelecidos no caput deste artigo, aquelas remanescentes deverão ser preenchidas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino fundamental em escola pública.

Art. 6º O Ministério da Educação e a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, serão responsáveis pelo acompanhamento e avaliação do programa de que trata esta Lei, ouvida a Fundação Nacional do Índio (Funai).

~~Art. 7º O Poder Executivo promoverá, no prazo de 10 (dez) anos, a contar da publicação desta 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.~~

Art. 7º No prazo de dez anos a contar da data de publicação desta Lei, será promovida a revisão do programa especial para o acesso às instituições de educação superior de estudantes pretos, pardos e indígenas e de pessoas com deficiência, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. (Redação dada pela Lei nº 13.409, de 2016)

Art. 8º As instituições de que trata o art. 1º desta Lei deverão implementar, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) da reserva de vagas prevista nesta Lei, a cada ano, e terão o prazo máximo de 4 (quatro) anos, a partir da data de sua publicação, para o cumprimento integral do disposto nesta Lei.

Art. 9º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 29 de agosto de 2012; 191º da Independência e 124º da República.

DILMA ROUSSEFF

Aloizio

Mercadante

Miriam

Belchior

Luís Inácio Lucena

Adams Luiza Helena

de Bairros Gilberto

Carvalho

LEI Nº 13.409, DE 28 DE DEZEMBRO DE 2016.

Altera a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, para dispor sobre a reserva de vagas para pessoas com deficiência nos cursos técnico de nível médio e superior das instituições federais de ensino.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 3º, 5º e 7º da Lei no 12.711, de 29 de agosto de 2012, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

.....” (NR)

“Art. 5º Em cada instituição federal de ensino técnico de nível médio, as vagas de que trata o art. 4º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do IBGE.

.....” (NR)

“Art. 7º No prazo de dez anos a contar da data de publicação desta Lei, será promovida a revisão do programa especial para o acesso às instituições de educação superior de estudantes pretos, pardos e indígenas e de pessoas com deficiência, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 28 de dezembro de 2016; 195º da Independência e 128º da República.

MICHEL TEMER
Alexandre de Moraes
José Mendonça Bezerra Filho