

ACÇÕES AFIRMATIVAS JUSTIFICADAS NA SOLIDARIEDADE SOCIAL

Isabela Rezende Martins*

isabela.rezende.martins@gmail.com

Francisco Ilídio Ferreira Rocha**

franciscoilidio@hotmail.com

RESUMO

Em 2012, o Supremo Tribunal Federal, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186, julgou constitucional o sistema de seleção por cotas raciais nas universidades públicas brasileiras. Embora a Suprema Corte tenha assim definido, o tema ainda é controverso no âmbito doutrinário e, principalmente, no senso comum. Procuraremos, assim, esclarecer os fundamentos prós e contra, as chamadas “ações afirmativas”, medidas que buscam o nivelamento social, pautando-se na igualdade real e proporcional. Para aqueles que se posicionam a favor de tais medidas, não basta a **igualdade jurídica**, sendo necessário promover a **igualdade real** pela intervenção do Estado para beneficiar os sujeitos que, por ora, encontram-se em situação desfavorável em relação aos demais. Entretanto, o princípio da igualdade, quando interpretado diversamente, perfaz o argumento daqueles que se posicionam contra as ações afirmativas. Este estudo objetiva, portanto, a possibilidade de melhor compreender a decisão da Suprema Corte.

Palavras-Chave: Estado Social; Igualdade de Oportunidades; Cotas Sociais; Cotas Raciais.

1 INTRODUÇÃO

No dia 20 de julho de 2009, após 5 anos da implementação do sistema de cotas na Universidade Nacional de Brasília (UNB), o partido político Democratas (DEM) protocolava Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, perante a Suprema Corte brasileira, contestando a constitucionalidade da forma como vinha sendo aplicado esse tipo de ação afirmativa. A UNB, que elegeu um tribunal¹ para selecionar as pessoas que seriam consideradas negras e fariam jus a um percentual de 20% do total de vagas², baseava-se, primordialmente, na cor da pele dos candidatos, o que gerou conflitos (como os

¹ Que fora chamado pelo partido DEM de “verdadeiro Tribunal Racial”.

² Atualmente, a UNB reduziu esse percentual para 5%.

que explicita Gilmar Mendes, ao decidir sobre o pedido de medida liminar daquela ação):

Em 2004, o irmão da candidata Fernanda Souza de Oliveira, filho do mesmo pai e da mesma mãe, foi considerado “negro”, mas ela não. Em 2007, os gêmeos idênticos Alex e Alan Teixeira da Cunha foram considerados de “cores diferentes” pela comissão da UnB. Em 2008, Joel Carvalho de Aguiar foi considerado “branco” pela Comissão, enquanto sua filha Luá Resende Aguiar foi considerada “negra”, mesmo, segundo Joel, a mãe de Luá sendo “branca”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal: 31 jul. 2009)

Ocorrências como as supracitadas nos colocam a questionar se é correto caracterizar as pessoas em “negras” ou “brancas”, não segundo a sua autodeterminação, mas segundo decisão de terceiros que assim as considerarem, uma vez que, para efeitos do Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), considera-se “população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga”. (art. 1º, § único, IV)

Pessoas adversas aos critérios para a seleção de ingressos, utilizados pela UNB, sustentam que as cotas raciais podem ser discriminatórias, ferindo os princípios da liberdade e da igualdade, constantes no art. 5º *caput* da Constituição Federal; sustentam que a reserva de um percentual mínimo de vagas a pessoas negras colocam de lado a meritocracia; fazendo com que estudantes que se dedicaram mais do que aqueles que ingressaram por meio das cotas percam a sua oportunidade; sustentam, ainda, que existem pessoas brancas, pertencentes à mesma classe social das pessoas negras, devendo as primeiras também fazerem jus a tal benefício (pelas chamadas “cotas sociais”³); no mesmo sentido, também sustentam que não seria justo que uma geração pague pelas injustiças das gerações passadas (fazendo menção ao Brasil escravocrata); observam que não existe raça outra que não a raça humana.

Apesar das controvérsias, há quem argumente que:

³ Por “cotas sociais” entende-se o sistema de seleção que considera a classificação socioeconômica da pessoa. Para regulamentar esta outra modalidade de ação afirmativa foi criada a Lei nº 12.711/2012, reservando um percentual mínimo de 50% das vagas em instituições federais de ensino médio, superior e técnico para estudantes advindos de escolas públicas e, deste percentual, 50% reservado aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a um salário-mínimo e meio per capita.

Se as alegações estratégicas a favor da ação afirmativa são válidas, não podem ser descartadas com a justificativa de que testes racialmente explícitos são repugnantes. Se tais testes são repugnantes, só pode ser por motivos que tornam ainda mais repugnantes as realidades sociais subjacentes que os programas atacam. (DWORKIN, 2005, 440)

Nesse sentido, aqueles que são favoráveis a cotas raciais, tais como ocorrem na UNB, baseiam-se na justiça distributiva (tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades) e, na busca pela igualdade material (e não apenas jurídica); baseiam-se no argumento de que pessoas negras, por questões alheias ao mérito, têm muitas portas fechadas em decorrência ao preconceito velado, existente na sociedade brasileira; consideram, ainda, que a denominada “população negra” teve de si arrancadas as oportunidades passadas, em decorrência do período escravocrata; ficando hoje estagnada em relação às demais populações; sustentam que apenas um percentual muito pequeno da composição dos universitários são negros e que o sistema de cotas raciais promove a inter-relação de culturas.⁴

As cotas raciais podem ser justificadas em conceitos basilares de Justiça: Sob o ponto de vista **utilitarista** (bem-estar comum), o sistema de cotas, analisado a longo prazo, aumentará a qualidade de vida de grande parte da população brasileira, posto que o percentual de pardos e negros no Brasil constitui, respectivamente, 43,1% e 7,6% da população total.⁵ Sob a óptica da **liberdade**, pode-se dizer que só é realmente livre o sujeito que pode exercer sua cidadania com dignidade e consciência; consciência tal, por vezes, só adquirida na universidade.⁶ Já a partir da noção de **virtude**⁷, seria moralmente injustificável fechar os olhos para a desigualdade que ocorre não apenas em relação à categoria socioeconômica, mas também em relação à categoria

⁴ Na Constituição da República Federativa do Brasil tais ações se justificam no artigo 3º, segundo o qual: “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 marginalização 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”.

⁵ Dados do Censo de 2010, feito pelo IBGE.

⁶ Nota-se o conceito de “liberdade fática” (no mesmo sentido da “igualdade fática”).

⁷ Nesse sentido, “justiça é a virtude completa no mais próprio e pleno sentido do termo [...] ela é completa porque a pessoa que a possui pode exercer sua virtude não só em relação a si mesmo, como também em relação ao próximo”. (ARISTÓTELES: 2011, 101)

étnica⁸ quando o assunto é o ingresso nas universidades.

Por outro lado, considerando os dados do IBGE⁹, os quais indicam maior índice de analfabetismo e menor renda das pessoas negras e pardas, em relação às brancas, e considerando dados deste mesmo instituto que demonstre a localização da população negra em regiões mais pobres do país, poderíamos pressupor que as pessoas negras encontrem-se em desvantagem também por razões de localização. Assim, as cotas raciais seriam uma forma de (a nível federal) favorecer as regiões que necessitem de maior amparo, melhorando as condições de vida e estudo daqueles cidadãos. O problema de observar as cotas sob esse aspecto é que nesse sentido talvez não seja necessária a aplicação das cotas raciais por já serem supridas pelas cotas sociais.¹⁰

No âmbito estrangeiro, conta SANDEL que

Em 1951, um candidato ao programa de doutorado da Faculdade de Teologia da Universidade de Boston obteve notas medíocres na prova de graduação. O jovem Martin Luther King, que viria a ser um dos maiores oradores da história americana, teve uma avaliação abaixo da média em aptidão oral. Felizmente foi admitido mesmo assim. (2013, 211)

Destarte, é inegável o fato de que as cotas raciais ampliem oportunidades para as populações a que se referem.

O mesmo autor também ressalta a existência de cotas raciais para brancos, que ocorreram nos Estados Unidos da década de 1970, para ampliar a diversidade do bairro Brooklyn, cidade de Nova Iorque:

A diversidade racial e étnica não desempenha o mesmo papel em projetos habitacionais e nas salas de aula das faculdades, pois os bens em questão não são os mesmos. No entanto, do ponto de vista da equidade, os dois casos

⁸ Levando em conta os dados que demonstram o pequeno percentual de negros que ingressam nas universidades brasileiras em comparação com os dados que demonstram que mais de metade da população brasileira é negra/parda.

⁹ Vide BRASIL, IBGE: 2010 e BRASIL, IBGE: 2010.

¹⁰ DWORKIN, dizendo ser uma “recomendação hipócrita”, critica a posição daqueles que sugerem “aumentar a proporção de estudantes negros e de outras minorias [...] por meio de um processo de admissão que, superficialmente, não utilize critérios raciais evidentes” (2005: 441)

são igualmente válidos ou inválidos. Se a diversidade servir ao bem comum e se ninguém for discriminado com base no Ódio ou no desprezo, as preferências raciais não estarão violando nenhum direito. (SANDEL, 2013, 220)

Percebe-se, assim, que a discussão a respeito das ações afirmativas não é exclusividade brasileira; elas surgiram na Índia e são também adotadas nos Estados Unidos da América. Entretanto, devem ser analisadas de acordo com a realidade de cada país, que por trás de si, tem uma história distinta. Não se pode deixar de lado as estatísticas que fizeram com que o Poder Público tomasse a iniciativa de promover as cotas raciais nas Instituições Públicas de Ensino: Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) revelam que o analfabetismo entre pessoas que se declaram negras e pardas é maior do que atinge os brancos.¹¹ Também aponta que a renda média de pessoas negras não atinge 60% da renda média de pessoas brancas.¹² Em 2001, negros constituíam apenas 10,2% dos estudantes de Ensino Superior; com a política de cotas esse percentual passou para 35,8%, em 2011.^{13 14}

Segundo João Feres Júnior, apesar das características de cada país, as razões que justificam as cotas são quase sempre as mesmas: reparação, justiça social e diversidade.¹⁵ Também é mister ressaltar que os sistemas de

¹¹ De acordo com dados do IBGE, Censo de 2010, o analfabetismo entre negros e pardos corresponde ao percentual de, respectivamente, 14,4 e 13%; entre brancos é de 5,9%.

¹² Segundo dados do IBGE divulgados em 2014, a renda das pessoas negras corresponde a 57,4% da renda das pessoas brancas.

¹³ Dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), feita pelo IBGE em 2012.

¹⁴ É interessante observar que a concentração étnica de pardos e negros está nas regiões mais pobres do país – De acordo com pesquisa realizada pela Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados (SEADE), baseando-se os dados do IBGE «Bahia, Amazonas e Pará são os Estados com maiores proporções de negros, próximas a 80%.» (BRASIL, SÃO PAULO: 04/04/2014) – e que talvez por esta razão a população negra saia mais prejudicada do que a população branca. Nesse sentido, os dados do IBGE devem ser observados como um todo, podendo-se dizer que não apenas o sistema de cotas, mas outras políticas públicas devem voltar-se para aquelas regiões específicas a fim de reparar as desigualdades entre estados.

¹⁵ Segundo João Feres Júnior, membro do Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro: “As políticas de ação afirmativa para grupos étnicos foram criadas pela primeira vez na Índia, com a constituição de 1950, e não nos EUA, como muitos acreditam. Historicamente, em todos os contextos sociais e políticos em que se foi implantada, a ação afirmativa baseou-se em três justificações básicas: reparação, justiça social e diversidade. No Brasil não é diferente, ainda que aqui o argumento da diversidade não seja tão popular quanto os outros”. (2010)

cotas “representam apenas uma das formas de políticas positivas de inclusão social” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF): 31/07/2009). Nesse sentido, as **ações afirmativas** vão muito além das discussões insurgidas nas universidades públicas brasileiras, por causa do sistema de cotas e, não devem ter o seu conceito reduzido apenas para essa questão. Entretanto, para melhor analisarmos o princípio da igualdade, utilizaremos desse exemplo de demasiada repercussão social.

2 DA IGUALDADE À SOLIDARIEDADE SOCIAL

O princípio da igualdade pode ser compreendido de duas maneiras: De primeiro plano, por meio da denominada **igualdade formal (ou jurídica)** que consiste na existência de um direito expresso em norma juridicamente legítima¹⁶. Já a segunda maneira de se compreender a igualdade ocorre pela denominada **igualdade material (também denominada igualdade real ou fática)**, que leva em conta o fato social, ou seja, eleva-se o direito objetivo ao plano empírico - considerando a diversidade dos indivíduos e buscando tratamento desigual aos desiguais. Esta última forma de se compreender a igualdade mantém relação com o conceito de **eficácia (ou validade social)** da norma jurídica, que consiste, basicamente, na busca pela sua efetivação em plano material.

Como observa ALEXY, há uma contraposição entre os dois conceitos:

Quem quer promover a igualdade fática tem que estar disposto a aceitar a desigualdade jurídica. De outro lado, é também verdade que, em razão da diversidade fática entre as pessoas, a igualdade jurídica sempre faz com que algumas desigualdades fáticas sejam mantidas e, frequentemente, acentuadas. (2012, 417)

Significa dizer que, para que seja promovida a igualdade material, é necessário que a norma de direito considere a situação diferenciada de cada indivíduo. Se um pai possui dois filhos, cada um com um temperamento e personalidade distintos, não seria justo que os tratassem de forma idêntica, pois o resultado de seus ensinamentos poderá ser falho para algum dos

¹⁶ No caso, o artigo 5º *caput* da Constituição Federal de 1988, promulgada em 5 de outubro.

filhos. Da mesma forma ocorre com o Estado¹⁷: Se a efetivação de um direito constante em norma jurídica não for levada em conta, a validade social da norma que o prescreve pode ficar comprometida por não atingir a sua finalidade precípua. Por essa razão, a prioridade dada à igualdade fática, quando comparada à igualdade jurídica, parece maior. No caso do controle abstrato de constitucionalidade, invocado pelo DEM, fora essa a posição do Ministro Ricardo Lewandowski, seguido pelos demais ministros do STF¹⁸, quando votou pela constitucionalidade de tal ação afirmativa:

[...]Dalmo de Abreu Dallari, nessa mesma linha, adverte que a ideia de democracia, nos dias atuais, exigem a superação de uma concepção mecânica, estratificada, da igualdade, a qual, no passado, era definida apenas como um **direito**, sem que se cogitasse, contudo, de convertê-lo em uma **possibilidade**[...] (BRASIL, Supremo Tribunal Federal: 24/04/2012)

A “possibilidade” de que fala, trata-se de igualdade de oportunidades. Naquele voto, Lewandowski, também, menciona a “desigualdade de ponto de partida”¹⁹, notoriamente abordada por John RAWLS, em **Uma Teoria da Justiça**, segundo o qual:

Na medida do possível [...] a justiça como equidade analisa o sistema social partindo da posição de cidadania igual e dos diversos níveis de renda e riqueza. Às vezes, porém, pode ser preciso levar outras posições em conta. Se, por exemplo, há direitos básicos desiguais fundamentados em características naturais fixas, essas desigualdades identificarão posições relevantes. Já que é impossível alterar essas características, as posições que definem contam como pontos de partida na estrutura

¹⁷ Que possui, segundo ARISTÓTELES, o dever de tornar melhor os seus cidadãos: “os legisladores tornam bons os cidadãos por meio de hábitos que lhes incutem. Esse é o propósito de todos os legisladores, e quem não consegue alcançar tal meta, falha no desempenho de sua missão, e é exatamente neste ponto que reside a diferença entre a boa e a má constituição.” (2011, 37)

¹⁸ Ressalta-se que foi decidido por unanimidade.

¹⁹ A desigualdade de ponto de partida é aquela existente desde o nascimento do indivíduo, ou seja, aquela que independe do seu esforço (ou da falta dele) para que o sujeito se encontre em determinada posição. Por exemplo: o sujeito que nasce em berço de ouro e aquele que nasce em família pobre, ambas as circunstâncias não são meritórias, podendo-se ser vítima da própria sorte.

básica. São desse tipo as diferenças que se baseiam no sexo, bem como as que dependem de raça e cultura. (2008, 118)

RAWS (2008, 13 ss.) elabora toda a sua teoria a partir da ideia do “contrato social”²⁰ e defende que os princípios gerais de justiça devem ser escolhidos por um “véu de ignorância”, isto é, “[...]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 as coisas do gênero[...].” (RAWS: 2008, 15)²¹ O autor, ainda, reconhece que:

[...]se o bem-estar de todos depende de um sistema de cooperação, sem o qual ninguém teria uma vida satisfatória, a divisão das vantagens deve suscitar a cooperação voluntária de todos que dela participam, incluindo-se os que estão em situação menos favorável. (2008, 18)

Esta última assertiva assemelha-se ao conceito de **solidariedade ou interdependência social**, sustentada por Léon DUGUIT²². A **solidariedade social** perfaz a ideia de que:

O homem vive em sociedade e só pode assim viver; a sociedade mantém-se apenas pela solidariedade que une seus indivíduos [...]. Assim, uma regra de conduta impõe-se ao homem social [...] do seguinte modo: não praticar nada que possa atentar contra a solidariedade social sob qualquer das suas formas e, a par disso, realizar toda atividade propícia a desenvolvê-la organicamente. [...]. Sendo a regra de direito similar para todos os homens,

²⁰ RAWs baseia-se na teoria do contrato social de Locke, Rousseau, e Kant. Como explica AZAMBUJA (2008, 122), a formação do Estado, segundo Locke, deu-se por convenção de todos que, cansados de guerra, desejaram criar um órgão para fazer justiça e manter a paz. Já Rousseau, foge do absolutismo e busca fundamentar sua teoria em um Estado fundado exclusivamente na igualdade e na vontade geral. Em suma, o contrato social pressupõe a “vontade da maioria” em constituir um órgão soberano, “Assim, devemos imaginar que aqueles que entram em cooperação social escolhem juntos, em um único ato conjunto, os princípios que devem atribuir os direitos e os deveres fundamentais e determinar a divisão dos benefícios sociais.” (RAWS: 2008, 14)

²¹ Nota-se que Rawls considera, em oposição aos meritocratas, que as habilidades pessoais de cada indivíduo é mera questão de sorte.

²² Muito embora DUGUIT (2009, 66 ss.) fosse contrário aos contratualistas.

considerando que impõe a todos a cooperação na solidariedade social, estabelece, contudo, para cada um, deveres diferentes e por isso mesmo devem cooperar de maneira diferente [...]. Essa proposição invalida o conceito tão disseminado, principalmente na França revolucionária, da igualdade absoluta de todos os homens. (2009, 41-2)

Nesse trecho, pode-se notar que, além da interdependência social, DUGUIT reconhece a necessidade de se tratar os desiguais desigualmente, mais uma semelhança com RAWLS.

Darcy AZAMBUJA explica a interdependência social da seguinte maneira: “Todos somos devedores insolventes da sociedade. Essa dívida imensa começa ao nascermos, cresce durante toda a nossa vida e ainda se transmite aos nossos descendentes.” (2008, 186).

Nesse raciocínio, o sistema de cotas raciais pode, então, justificar-se na existência de uma dívida. A dívida de que falamos não se trata da denominada “dívida histórica” a que muitos se reportam para justificar o sistema de quotas²³, mas sim da dívida que todas as pessoas (inclusive aquelas beneficiadas pelas cotas) possuem com a sociedade (a denominada “dívida social”). Considerando a “dívida social”, podemos justificar o sistema de cotas sem, contudo, basearmo-nos, unicamente, na existência de um Estado-devedor. Baseamo-nos, *a priori*, na existência de um cidadão-devedor, que possui uma função social (a de prestar suas habilidades individuais à comunidade em que vive para o melhoramento dessa comunidade).

Pode haver quem diga que o argumento da solidariedade social atente contra o princípio da dignidade da pessoa humana, por não considerá-la como um fim em si mesma, mas sim como um meio para atingir um objetivo qualquer. Notamos, contudo, que o dever social é atribuído, inclusive, ao

²³ Segundo essa corrente, o Estado possui uma dívida para com todo aquele que possua ascendência escrava. Esses pensadores levam em conta o fato de as pessoas negras, no passado, terem sido tiradas de suas terras à força e trazidas para este país cujas leis permitiram um verdadeiro “genocídio cultural” ao reduzirem-nas à condição de escravos. Levam em conta que tais trabalhos foram essenciais para a fomentação da economia brasileira da época e atual posição de “país em desenvolvimento”. Consideram ainda que as disparidades étnico-sociais apontadas pelos dados do IBGE estejam relacionadas com esse passado escravocrata e com a restrição de oportunidades ao longo dos anos. Não obstante tais argumentos, é preciso salientar que já se passaram 126 anos desde a assinatura da Lei Áurea. E que embora repercussões históricas demorem anos para se dissolver, as disparidades étnico-sociais parecem estar mais ligadas a uma questão de política regional em coincidência com a concentração de pessoas negras naquelas regiões do que efetivamente à negativa de oportunidades apenas aos afrodescendentes.

próprio Estado e a seus representantes^{24,25} e que a teoria da solidariedade social, trazida por Duguit, considera o indivíduo como sujeito de direitos, enquanto integrante de uma sociedade, o que pode ser percebido quando o autor critica as teorias democráticas (baseadas na vontade de uma maioria) por poder contrariar, ainda que em percentual mínimo, a vontade individual. (DUGUIT, 2009, 67). Por essa razão, não há de se falar que atenta contra a dignidade da pessoa humana mas, pelo contrário, a promove. A par da solidariedade social, ao Estado cabe garantir a qualificação de seus cidadãos para que melhor possam aplicar suas habilidades em benefício da sociedade. Isto é, cabe ao Estado capacitar cada cidadão a adimplir a dívida social.

Sendo assim, a existência de um sistema de cotas serve como incentivo àqueles que constituem um percentual mínimo nas universidades brasileiras a fim de promover a diversidade; reduzir os níveis de pobreza; e, qualificar o cidadão. A promoção da igualdade material é o que justifica o caso.

3 MÍNIMO EXISTENCIAL OU IGUALDADE DE OPORTUNIDADES?

É considerável que cada maneira de interpretação e aplicação do princípio da igualdade corresponda a Estados, fundamentalmente distintos: enquanto a igualdade fática tenha concordância com o Estado Social; a igualdade jurídica aproxima-se do Estado Liberal.

Levando-se em conta os objetivos da República Federativa do Brasil (constantes no artigo 3º da CF), notamos que o constituinte originário trouxe a essência de um Estado verdadeiramente Social. Nesse parâmetro, e como diversas vezes já fora entendido pela Suprema Corte²⁶, a igualdade jurídica perde espaço para a igualdade fática.

²⁴ Convém esclarecer que a obrigação estatal de que falamos não se dá em relação aos afrodescendentes uma vez que, quando da escravidão, vigia a Constituição de 1824. O advento de um Poder Constituinte Originário faz nascer um novo Estado. Portanto, o Estado democrático que nascera a partir de 1988 nada tem a ver com o Estado de 1824. No âmbito constitucional não há de se falar em “dívida histórica”, justamente pela característica ilimitada do Poder Constituinte Originário.

²⁵ De acordo com DUGUIT: “[...]a maior força existente em uma sociedade pertence ao governo e, em virtude disso, ele deve ser obrigado a emprega-la sempre na consecução da solidariedade social. Assim, deve elaborar leis visando chegar a esse resultado[...]” (2009, 89)

²⁶ Como observa o Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto sobre a ADPF 186: “[...] o Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, admitiu a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. Entre vários precedentes, menciono a MC-ADI 1276-SP Rel. Min. Octávio Galloti, a ADI 1276/SP Rel. Min. Ellen Gracie, o RMS 26071, Rel. Min. Ayres Britto e a ADI 1946/DF, Rel. Min. Sydney Sanches e a MC-ADI 1946/DF, Rel. Min. Sydney Sanches.” (BRASIL: 24/04/2012, 11)

Ainda assim, deparamo-nos com a seguinte questão: a extensão da atuação e da proteção do Estado Social. Deve este, simplesmente, garantir o **mínimo existencial**²⁷, deixando que os indivíduos contem, posteriormente, com o próprio esforço; ou deve ampliar o princípio da igualdade a ponto de estar obrigado a garantir a **igualdade de oportunidades** entre seus cidadãos, reparando a desigualdade de ponto de partida?

No primeiro caso, o dever estatal, no que tange às prestações positivas, estaria ligado aos direitos sociais, e, então, a existência de um sistema de cotas ficaria restrita ao direito à Educação, logo entrando em conflito com o direito à igualdade.

No segundo caso, admitir-se-iam ações afirmativas com o fim de promover um direito individual, *a priori*, negativo. O direito à igualdade material fica, então, compreendido para além da abstinência do Estado em negar direitos a grupos ou indivíduos determinados; estando ligado, também, à promoção e à inclusão de pessoas, sem, contudo, negar direito a outras. O **princípio da igualdade equitativa de oportunidades** leva em conta o que John RAWLS denomina de “loteria natural”²⁸. Basear-se nesse princípio é dizer que apenas competirão entre si pessoas com características idênticas, já que as demais estariam amparadas por algum tipo de ação afirmativa do Estado. Assim, exige-se mais daquele que, devido às circunstâncias de seu meio, deve ser exigido mais; e, menos, daquele de quem, por circunstâncias alheias, é exigível dar menos. Esse princípio, por sua vez, não coloca totalmente em jogo a meritocracia, pelo fato de ainda competirem em paridade os indivíduos iguais, mas sim, equipara os seus competidores, quando houver alguma distinção **socialmente** considerável.

4 OS CRITÉRIOS JUSTOS PARA A DISTRIBUIÇÃO DE OPORTUNIDADES

Vimos que o sistema de cotas justifica-se na promoção da **igualdade material** em razão da **solidariedade social**. Cabe agora analisar o sistema brasileiro de cotas, na forma como vem sendo aplicado.

²⁷ Por “mínimo existencial” entende-se o rol de direitos sociais básicos considerados imprescindíveis para a promoção da dignidade da pessoa humana. Exemplo: direitos à habitação; à saúde; à educação; à segurança; etc. constantes no art. 6º da Constituição Federal.

²⁸ Vide nota de rodapé nº 13.

Como já visto, existem dois tipos de cotas: as cotas raciais e as cotas sociais.

Para medirmos o grau de justiça do sistema de cotas, consideremos a seguinte hipótese: Maria é negra e de família abastada. Joana é branca e de família pobre. Ricardo é negro e pobre. Maria, ao concorrer no vestibular em uma universidade pública, que adote o sistema, tanto de cota racial quanto de cota social, fará jus apenas ao primeiro benefício (cota racial); Joana fará jus apenas ao segundo benefício (cota social); e, Ricardo fará jus a ambos os benefícios.

Consideremos, agora, a hipótese de os três concorrerem em uma universidade que adote apenas ao sistema de cotas raciais: Nesse caso, Maria e Ricardo concorrerão em igualdade; e, Joana, pobre, não enquadrará no sistema de cotas, por ser branca.

Da mesma forma, se os mesmos candidatos concorrerem em uma universidade que só adote o sistema de cotas sociais: Maria não fará jus a nenhum benefício; mas Ricardo e Joana, sim.

A utilização da **classe social e da raça**, como critério de seleção nas universidades, está fundamentada nos dados do IBGE, que comprovam a existência de disparidades étnico-sociais. A consideração de cada característica, separadamente, não tem razão de ser. Por isso, a existência da Lei de Cotas Sociais.

Mas, ainda que as disparidades ocorridas nas hipóteses analisadas tenham sido obstadas pela Lei de Cotas Sociais, observamos que Maria (negra de família abastada) não necessita de cota para que se apresente capacitada a satisfazer sua dívida social com suas habilidades, uma vez que, se sua disponibilidade econômica é grande, aumenta para ela o leque de oportunidades para se qualificar.

Já Ricardo, por fazer parte do grupo de pessoas cujas oportunidades de qualificação são restritas, deve ser beneficiado com ambos os sistemas.

Nesse sentido, observemos os seguintes gráficos:

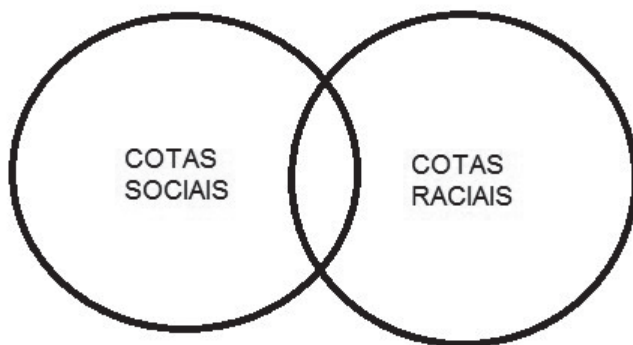


Gráfico 1. Sistema de cotas atual.

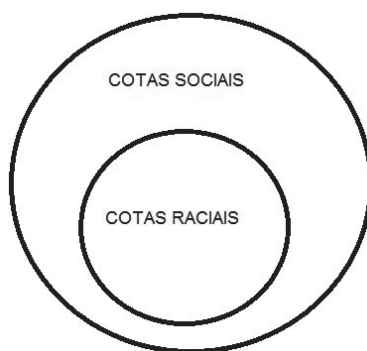


Gráfico 2. Sistema de cotas mais justo.

O gráfico 1 demonstra como vem sendo aplicado o sistema de cota racial, quando cumulado com o sistema de cota social: possibilitando que pessoas com maior disponibilidade econômica sejam beneficiadas por cotas injustificadamente²⁹. O gráfico 2 demonstra como deveria ser essa cumulação, a fim de que a justiça distributiva não seja contrariada: admitindo-se cotas raciais, desde que os beneficiários sejam também pobres.

Deparamo-nos, ainda assim, com a seguinte pergunta: por que, no grupo das pessoas pobres, as negras devam ser mais beneficiadas do que

²⁹ Ou com justificativas frágeis, como a alegação da existência de preconceitos. Sob essa perspectiva observamos haver outros grupos de pessoas (além dos negros e pardos) que possam sofrer discriminações. Nesse sentido, cotas deveriam ser aplicadas também em benefício de homossexuais, judeus ou obesos, por exemplo. Além disso, é necessário observar que o critério de seleção nas universidades brasileiras são critérios objetivos (pelos vestibulares), e a existência ou não de preconceitos é irrelevante nesse caso.

as brancas? Deveras, a razão que justifica as cotas raciais é a constatação, por razões desconhecidas, de uma diferença significativa no percentual que demonstra a inserção de pessoas negras e brancas ao Ensino Superior.

Lembramos, ainda, que, aos beneficiários das cotas devem ser estabelecidas notas de corte³⁰ a fim de instigar a ampla concorrência e não deixar totalmente de lado o mérito.

5 DAS DECISÕES DA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA À DECISÃO DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA

Em abril deste ano³¹, por 6 votos a 2, a Suprema Corte Norte-americana decidiu por banir ações afirmativas, utilizadas nas universidades públicas (bem como as financiadas com dinheiro público) estadunidenses. A *Justice* Sonia Somayor, que defendeu o sistema de cotas, justificou-se pelo argumento do preconceito, tendo seu voto vencido. Segundo ela, a discriminação, pautada na raça, deve ser combatida por meio de uma discussão aberta e a aplicação da Constituição, com olhos voltados para os infelizes efeitos de anos de discriminação racial.³²

Embora verdadeira a afirmativa de que existam discriminações raciais no meio social³³, as ações afirmativas não são meios adequados para o combate ao preconceito³⁴, pois tão somente combatem a desigualdade socioeconômica e promovem a heterogeneidade dos indivíduos.

Aqueles que defendem as cotas raciais, utilizando-se, principalmente, do argumento do preconceito, decerto concordariam com a existência de um

³⁰ Assim como o critério estabelecido no SISU (Sistema de Seleção Unificada) em 2013, com notas de corte para todos os candidatos, possibilitando apenas 10 pontos de diferença entre candidatos da ampla concorrência e candidatos beneficiários das cotas. (CRISTALDO: 10/01/2013)

³¹ 2014.

³² Livre tradução da autora: “The way to stop discrimination on the basis of race is to speak openly and candidly on the subject of race, and to apply the Constitution with eyes open to the unfortunate effects of centuries of racial discrimination.” (LIPTAK: 22/04/2014)

³³ Discriminações juridicamente relevantes e que devem sim ser combatidas, tais como as ocorrências no futebol contra os jogadores brasileiros negros e pardos feitas por membros de torcidas opostas no ano em que a Copa do Mundo seria sediada no Brasil. Ressalta-se que a Federação Internacional de Futebol (FIFA) há mais de dez anos luta contra o racismo no futebol. (FIFA: 02/03/2011)

³⁴ Contra as discriminações raciais temos o crime inafiançável de racismo (art. 5º, XLII da Constituição brasileira) bem como o de injúria racial (art. 140, § 3º do Código Penal).

“tribunal racial”, como o da UNB. Para essas pessoas, ter sua raça definida, evidentemente, pela cor da pele seria algo legítimo, já que no Brasil o preconceito se dá, segundo esse critério.³⁵ Ocorre que, o sistema de cotas deve ser justificado por argumentos outros.

DWORKIN (2005, 439-40), ao analisar outro caso³⁶, usa o seguinte raciocínio: a diversidade racial, em determinadas áreas ou profissões, pode ser interessante pelo fato de as pessoas negras serem mais bem atendidas por seus pares, já que o preconceito existente no seio da sociedade estadunidense possa obstar que um branco atenda bem uma pessoa negra ou que uma pessoa negra confie no atendimento de uma branca.³⁷ Ele (DWORKIN, 2005) parte da ideia de que as cotas possam ser estabelecidas para cumprir os objetivos de determinada faculdade, quando características alheias à inteligência devam também ser consideradas. Contudo, deve restar comprovado o nexo entre a característica exigida para o ingresso na vaga e a função a ser desempenhada. Qualquer ato de contrarie essa ideia fere também o princípio da equidade.

Ainda, considerando ser a inteligência um fator biológico não conexo à cor da pele, por não haver “nenhuma relação entre os genes responsáveis pela pigmentação da pele e os que formam o sistema nervoso central”³⁸, resta a DWORKIN presumir que o fato de, nos EUA, “os negros [terem] notas relativamente baixas mesmo comparados com os que se encontram em desvantagem econômica” (DWORKIN: 2005, 442)³⁹, seja em razão das discriminações sofridas por aquelas pessoas (o que as levou a não acreditar no sucesso delas mesmas). O autor observa, assim, que os programas de ações afirmativas

³⁵ Ressalta-se que nos EUA é aplicada a *teoria da única gota de sangue*, segundo a qual basta a existência de um único ascendente negro para que a pessoa seja assim considerada. Aplicá-la no Brasil seria pouco conveniente devido à ampla miscigenação do povo brasileiro. Significa dizer que a maior parte dos brasileiros, de acordo com esta teoria, seriam considerados negros.

³⁶ O caso de Allan Bakke, candidato branco que fora rejeitado na Escola de Medicina da Califórnia devido à reserva de 16 vagas para estudantes negros.

³⁷ Esse argumento generaliza a ideia de que todo branco seja preconceituoso (nesse sentido, “os bons pagam pelos pecadores”), além de presumir que toda pessoa expresse o seu preconceito. Embora no Brasil haja sim preconceito em razão da cor, na maior parte das vezes esse preconceito é velado. Se manifestado, pode ser percebido nas entrelinhas, a partir de “piadas” ou olhares maldosos. Não há, necessariamente, no Brasil, um preconceito ostensivo como nos Estados Unidos. Por essa razão, tal argumento não poderia ser usado em nosso país. Ver também nota 24.

³⁸ Palavras do médico-geneticista da UFMG, Sérgio Danilo Pena em entrevista feita por SCHNEIDER (2007) para a revista SuperInteressante.

³⁹ Quesito diversidade racial.

[...]baseiam-se em dois juízos. O primeiro diz respeito à teoria social: que os Estados Unidos permanecerão impregnados de divisões raciais enquanto as carreiras mais lucrativas, gratificantes e importantes continuarem a ser prerrogativa de membros da raça branca, ao passo que outros se veem sistematicamente excluídos de uma elite profissional e social^[40]. O segundo é um cálculo de estratégia: que aumentar o número de negros atuando nas várias profissões irá, a longo prazo, reduzir o sentimento de frustração, injustiça e constrangimento racial na comunidade negra, até que os negros passem a pensar em si mesmos como indivíduos capazes de ter sucesso, como os outros, por meio do talento e da iniciativa[...]^[41] (DWORKIN: 2005, 439)

Notamos que o segundo juízo apresentado por Dworkin pode fazer sentido no âmbito brasileiro se considerarmos que as discriminações, sofridas pelas pessoas de cor preta, possam diminuir sua autoestima, fazendo-as acreditar que sejam menos capazes que os outros. Por conseguinte, os pais de famílias negras mais humildes acreditariam que os seus filhos possuiriam maior chance de sucesso na arte ou no esporte do que efetivamente na vida acadêmica. Este pode, ou não, ser o motivo pelo qual os índices do IBGE apontem um percentual menor de negros nas universidades. Não obstante, se isso for verdade, as discriminações seriam apenas um fato social relevante para os resultados das pesquisas.

E qual seria o fundamento que melhor justifique as cotas (sejam elas raciais ou sociais)? Nossa defesa tem duas faces (ou fundamentações): uma objetiva (coletiva) e outra subjetiva (individual). O sistema de cotas, fundamentado em prol da coletividade, basear-se-ia na teoria da solidariedade social⁴². Já o sistema de cotas, fundamentado em razão do indivíduo

⁴⁰ Trata-se do argumento da diversidade, também trazido por SANDEL: “O princípio da diversidade se justifica em nome do bem comum – o bem comum da própria faculdade e também da sociedade em geral. Primeiro, defende que um corpo estudantil com diversidade racial permite que os estudantes aprendam mais entre si do que se todos tivessem antecedentes semelhantes. [...] Em segundo lugar, o argumento da diversidade considera que 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”. (2013, 212)

⁴¹ Trata-se do argumento do preconceito, já mencionado em notas anteriores.

⁴² Principalmente no que tange à dívida do indivíduo em aperfeiçoar suas habilidades para adimplir a dívida social.

(beneficiário), considera o direito à igualdade de oportunidades.⁴³

Mas as cotas, apesar de apoiarem-se no direito à igualdade, constituem apenas uma forma de promovê-lo e, portanto, não podem ser consideradas como um direito, propriamente dito, dos beneficiários. Resta, assim, concluir, que as cotas sejam tão somente uma política pública, utilizada para que seja colocado em prática o direito à igualdade, previsto no art. 5º caput da CF. E, como políticas públicas que são, as ações afirmativas devem ser temporárias, como lembra o Ministro Ricardo Lewandowski:

Na medida em que essas distorções históricas forem corrigidas e a representação dos negros e demais excluídos nas esferas públicas e privadas de poder atenda ao que se contém no princípio da isonomia, não haverá mais qualquer razão para a subsistência dos programas de reservas de vagas nas universidades públicas, pois o seu objetivo terá sido alcançado. (BRASIL: 24/04/2012, 44)

Observando as palavras do Min. Lewandowski, podemos notar que, para ele, o objetivo das cotas raciais pauta-se na defesa do princípio da igualdade. Ele utiliza a expressão “distorções históricas” para se referir ao primeiro juízo, apontado por DWORKIN. O que nos perguntamos, agora, é: existem outras “distorções históricas”, além daquelas que se baseiam na raça? Dada a existência também das cotas sociais, não poderíamos obter outra resposta que não a afirmativa. E a “distorção histórica” de que falamos agora não está apenas ligada à desigualdade socioeconômica dos indivíduos (que pode ser comprovada com a má distribuição de renda no país⁴⁴). Ela relaciona-se, principalmente, com a administração e a prioridade que cada região atribui ao direito à Educação. A existência, em algumas regiões, de uma diferença drástica entre a qualidade do Ensino Público e o Ensino Privado⁴⁵ é o que justifica as cotas sociais que tentam, assim, amenizar as diferenças a fim de tornar a Universidade aberta para todos, evitando que a Universidade seja reservada apenas a uma elite.

⁴³ Já constatamos que o argumento da ‘igualdade de oportunidades’ não serve para justificar a existência de quotas que beneficiem pessoas negras abastadas. Portanto, esse argumento apenas justificaria o sistema de quotas que beneficie pessoas negras pobres.

⁴⁴ Dados do IBGE revelam que 42% da renda do país está concentrada nas mãos de apenas 10% da população brasileira. (BRASIL, IBGE: 2012¹)

⁴⁵ Esta afirmativa não se aplica em relação ao Ensino Superior, considerado de melhor qualidade do que no âmbito privado.

Não obstante a aplicação de tais programas de ação afirmativa, o apontamento do Ministro Gilmar Mendes a respeito do direito à Educação é bem colocado:

[...]devemos pensar a questão em face do modelo de educação brasileiro como um todo, para não buscar soluções apenas na etapa universitária. A valorização e fomento de políticas públicas prioritárias e inclusivas voltadas às etapas anteriores (educação básica) e alternativas (cursos técnicos) são fundamentais[...] (BRASIL: 31/07/2009, 19).

6 DA LEI DE COTAS SOCIAIS

Considerando as desigualdades socioeconômicas (bem como as administrativas) existentes no país, podemos encontrar, no Brasil, algumas regiões-referência em Educação (onde as escolas públicas desempenham o mesmo valor e o resultado das escolas privadas) e, ao mesmo tempo, regiões onde não haja sequer a Educação Básica, prestada de forma decente, pelo Poder Público. No último caso, os cidadãos que não consigam pagar por Educação na Escola Privada restam prejudicados. A existência das cotas sociais fundamenta-se, justamente, em situações como estas. Sua existência, portanto, não faria sentido em localidades onde se verifique um Ensino Público e outro Privado qualitativamente equiparados. Ocorre que a Lei que institui as cotas sociais é uma lei federal genérica, aplicada indiscriminadamente em todo o país.

Vejamos o seguinte exemplo: Isabel é moradora de uma cidade, localizada em Pernambuco⁴⁶, estudou sempre em Escola Pública, frequentando, inclusive, cursinho preparatório para vestibular, disponibilizado de forma gratuita. Competira em uma universidade privada (onde não são aplicadas cotas) com Gaspar (que sempre estudou em Escola Particular na mesma cidade) e demais concorrentes equiparados. Isabel foi a 5º colocada sendo que, da 1ª a 4ª colocação, também, verificam-se candidatos como Isabel. Pergunta-se: Se Isabel concorresse em uma Universidade Pública (onde seria beneficiada pela cota social), seria justo o tratamento desigual? A resposta, sem dúvida, será negativa.

⁴⁶ Segundo o IDEB (Índice de Desenvolvimento da Educação Básica), a melhor escola pública de ensino fundamental em 2011 está localizada em Pernambuco Estado, cidade de Recife. Trata-se do Colégio de Aplicação da UFPE.

Consideremos um segundo exemplo: Joaquim, morador de uma cidade, localizada no Estado da Bahia⁴⁷, estudou em Escola Pública de prestação precária. Sua família não possuía condição financeira para pagar-lhe uma Escola Privada. Joaquim resolveu prestar vestibular em Universidade Federal, concorrendo com Pedro (que sempre estudou em Escola Privada de qualidade) e equiparados. Nota-se que frustrada ficará a tentativa de Joaquim, que não terá chance de competir com os demais candidatos (em razão da desigualdade), a menos que lhe seja reservada a cota. Nessa situação, seria injusto que candidatos como Joaquim fossem prejudicados pela ausência de uma prestação (considerada por muitos como um mínimo existencial) expressa na Constituição Federal, como um direito subjetivo: o direito à Educação.

Dados os exemplos, fica evidente que a existência de cotas sociais dá-se em razão da inércia do Poder Público, em prestar um serviço (referente ao direito básico à Educação) de qualidade. Ao sancionar a Lei nº 12.711/2012, a Presidente da República assinou, na verdade, a confissão de que o Poder Público brasileiro (no âmbito federal, estadual e municipal) não cumpre suas obrigações primordiais de forma universal. Os advogados da União e dos Estados não poderiam alegar o Princípio da Reserva do Possível, pois esse princípio fica obstado, quando alegado em detrimento de um mínimo existencial (como pode ser considerado o direito à Educação).

Não obstante, o que queremos dizer é que, até mesmo as cotas sociais podem esbarrar na injustiça, quando aplicadas genérica e irrestritamente.

As cotas sociais fariam mais sentido se as normas que as estabelecem fossem sempre baseadas em estudos feitos por região. Mas, contra esse argumento poder-se-ia alegar a utilidade da lei federal em discussão, para os casos em que estudantes de um Estado-Membro prestem vestibular em uma Universidade Pública de outro Estado-Membro. Diante disso, verificamos que a forma de se tornar mais justo o sistema de cotas sociais seria considerar os dados do próprio IDEB⁴⁸, a fim de selecionar os candidatos que devam ou não ser enquadrados no benefício das cotas sociais. A seleção por cotas sociais ocorreria, assim, por um critério que observa o histórico escolar de cada candidato. Por conseguinte, candidatos como Joaquim seriam beneficiados em qualquer Instituição Pública do país. Já candidatos equiparados com Isabel, não fariam parte do grupo de beneficiários das cotas sociais, caso ficasse

⁴⁷ Local onde, segundo dados do IDEB (2011) está localizada a pior escola de ensino básico do país, na cidade de Salvador.

⁴⁸ O Índice de Desenvolvimento da Educação Básica determina as escolas públicas consideradas de qualidade e as escolas públicas assim não consideradas. Também verifica, por amostragem, o nível das escolas particulares.

comprovada a ótima qualidade das Escolas Públicas em que estudaram. Essa proposta não seria tão trabalhosa quanto parece, pois os meios de pesquisa já são colocados em prática (apenas não são utilizados para esse fim).

7 DAS COTAS RACIAIS NOS CONCURSOS PÚBLICOS

O argumento da diversidade também foi utilizado para justificar o Projeto de Lei nº 6738/2013⁴⁹, assinado por Eva Maria Cella Dal Chiavon e Luiza Helena de Bairros. Tal Projeto possibilita a reserva⁵⁰ de 20% das vagas em concursos públicos para as pessoas que se autodeclararem negras, segundo os critérios de raça e cor, utilizado pelo IBGE. As relatoras apresentam dados de que apenas 30% dos servidores públicos que declararam sua raça são negros. Além do argumento da diversidade, utilizam, ainda, a chamada “dívida histórica”, por nós já refutada⁵¹.

Defensores das cotas raciais, em concursos públicos (em geral), poderiam dizer que esse tipo de cota deve ser implementado por razões de haver, na seleção de alguns concursos, etapas evidentemente subjetivas⁵², onde o preconceito racial, por parte dos avaliadores seja possível; obstando, assim, a igualdade de oportunidades entre negros e brancos. Seria, contudo, mais justo, diversificar os avaliadores para que não ocorra (ou seja amenizada) a violação ao “princípio da igualdade de oportunidades”, ao invés de serem implementadas cotas de forma tão genérica e irrestrita.

Veremos que o Projeto de Lei que institui cotas raciais para negros em concursos públicos não pode ter por justificativa os mesmos argumentos⁵³ das cotas em Universidades públicas⁵⁴, pois o objeto é diverso.

Em primeiro lugar, esse caso deixa dúvidas a respeito da “igualdade de oportunidades”, pois é de se presumir que a disparidade, existente entre candidatos brancos e negros, nos concursos públicos, cuja escolaridade mínima do candidato deva ser nível superior, fora (ou já esteja sendo) sanada

⁴⁹ Transformado na Lei Ordinária 12990/2014. DOU 10/06/14 PÁG 03 COL 01.

⁵⁰ Dentro do período de 10 anos.

⁵¹ Ver notas de rodapé nº 17 e 18.

⁵² Como o concurso para delegado de polícia ou para a magistratura, em que há tanto a etapa objetiva (prova escrita), quando a etapa subjetiva (prova oral, cujo resultado depende da opinião dos avaliadores).

⁵³ A existência de disparidades étnico-sociais (principalmente no que tange à renda); a necessidade de se promover a igualdade equitativa de oportunidades; a necessidade de o estado qualificar seus cidadãos para que adimplam a dívida social (solidariedade social); e o argumento da diversidade ou heterogeneidade de culturas.

⁵⁴ Pelo menos, não em sua totalidade.

pela existência de cotas raciais nas universidades. E, ainda, que se admitissem cotas raciais em concursos⁵⁵, seria mais razoável que elas fossem cumuladas com as cotas sociais⁵⁶.

Quanto à solidariedade social, nesse caso o Estado não estaria qualificando seus cidadãos para que adimplam a dívida social, mas apenas considerando a necessidade de um número maior de negros nos cargos públicos em razão heterogeneidade cultural. Portanto o argumento proeminente é o argumento da diversidade e não haveríamos de nos respaldar na solidariedade social para o caso de cotas em concursos.

Dados os argumentos que justificam a existência de cotas em concursos públicos⁵⁷, observamos, agora, que o Projeto de Lei nº 6738/2013 adota (em seu artigo 2º *caput*) o critério da autodeclaração da cor/raça, conforme utilizado pelo IBGE. Contudo, no § único, do mesmo artigo, há a seguinte redação:

Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Diante do exposto, surge a seguinte pergunta: como constatar a falsidade do quesito raça? Para que possamos compreender, é preciso, primeiramente, definir o que é “raça”.

Segundo Eduardo PESSÔA, entende-se por “raça”:

1) Conjunto de indivíduos com caracteres somáticos semelhantes e transmitidos por hereditariedade. 2) Cada uma das grandes subdivisões humanas com características biológicas e genéticas próprias. 3) Conjunto dos ascendentes de um povo de uma mesma origem. (2010, 306)

⁵⁵ Como no caso dos concursos em que a exigência da escolaridade mínima do candidato seja ensino médio, podendo haver candidatos brancos (com ensino superior cursando) e candidatos negros (pessoas cujo percentual nas universidades, comprovadamente, é mínimo) concorrendo entre si. Nesse caso as cotas seriam justificáveis, pois as pessoas brancas levariam vantagem em relação às negras por motivos alheios ao mérito (loteria natural: fatores culturais, e. g.).

⁵⁶ Ver gráfico 2.

⁵⁷ São eles: 1) o argumento da diversidade; e 2) em alguns casos, o argumento da igualdade de oportunidades.

Ressaltamos, assim, que pertencer uma mesma “raça” não significa pertencer à mesma “etnia”; este último termo abrange outras características, tais como mesma língua e mesma cultura.⁵⁸ Nesse sentido, “raça” seria algo mais biológico do que o aspecto cultural.

Mas apesar de tais conceitos, há estudos científicos que indicam a inexistência de raças dentro da biologia, posto que as diferenças genéticas entre grupos, aparentemente diversos, sejam algo insignificante⁵⁹. Em reportagem para a Revista ISTOÉ, em 18 de novembro de 1998, o biólogo Alan Templeton⁶⁰ disse:

Em minha primeira visita ao Brasil em 1976, eu descobri que a classificação racial usada pelos brasileiros não era a mesma usada nos Estados Unidos; que a mesma pessoa poderia ser classificada de forma bem diferente em dois países[...] Aquela experiência me ensinou então que o conceito de raça não é necessariamente biológico. (GODOY: 1998)

Essa constatação é levada em conta, inclusive pelo Ministro Gilmar Mendes, em decisão liminar da ADPF 186:

A noção de “raça”, que insiste em dividir e classificar os seres humanos em “categorias”, resulta de um processo político-social que, ao longo da história originou o racismo, a discriminação e o preconceito segregacionista. Como explica Joaze Bernardino, “a categoria raça é uma construção sociológica, que por esse motivo sofrerá variações de acordo com a realidade histórica em que ela for utilizada”. Em razão disso, uma pessoa pode ser considerada branca num contexto social e negra em outro, como ocorre com “alguns brasileiros brancos que são tratados como negros nos Estados Unidos”. (BRASIL: 31/07/2009, 9)

⁵⁸ De acordo com Francisco da Silveira BUENO, a palavra “etnia” pode ser definida como “Agrupamento humano homogêneo quanto aos caracteres linguísticos, somáticos e culturais” (1996, 276)

⁵⁹ “Os resultados mostraram que, quando há diferença genética significativa, pelo menos 85% dela acontece entre indivíduos dentro de um mesmo grupo étnico (como os asiáticos, por exemplo) [...] Isso quer dizer que dois brancos europeus diferem mais entre si do que em conjunto diferem de um africano” (GODOY: 1998)

⁶⁰ Americano que realizou uma pesquisa, junto com outros quatro cientistas, analisando mais de 8 mil amostras genéticas de seres humanos espalhados por todo o mundo.

Dadas as circunstâncias, pode-se, assim, dizer que, a raça, ao contrário dos conceitos encontrados nos dicionários, é sim uma questão muito mais cultural do que biológica, de forma que não haveria outro meio de distingui-la senão pela autodeclaração. Nessa concepção, “raça” confunde-se com “etnia”.

Sendo assim, seria de difícil a constatação da falsidade do quesito “raça” por ser algo meramente subjetivo. Resta utilizar o critério cor.

Entretanto, pode ser que um indivíduo de cor preta, que não aceite concorrer, sendo submetido a cotas (por ser contra tais medidas), autodeclare branco. Em tal situação, deveria esse indivíduo ser desclassificado? Além disso, quem poderia apontá-lo como negro, já que o critério “cor”, também depende de autodeclaração? Percebe-se, aqui, uma contradição entre o art. 2º *caput* e seu § único.⁶¹

No mais, designar a uma terceira pessoa o poder de dizer a que grupo cada competidor pertence, parece-nos atentar contra a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III, CF), uma vez que se esteja comparando o ser humano a um objeto que possa ser taxado, etiquetado ou classificado como bem entendem.⁶² A partir da noção de “dignidade da pessoa humana”, cada indivíduo deve ter o poder de dizer sua raça, sem que terceiros interfiram em sua opinião. Ressalta-se que o critério “raça” não conota uma objetividade mínima, como no caso de deficientes; pobres; idosos; etc.⁶³, o que torna injusto (e porque não inconstitucional?⁶⁴) o parágrafo único em questão.

⁶¹ Pode haver quem defenda o texto do § único alegando o princípio da razoabilidade, com argumentos de que o homem médio pode muito bem distinguir o preto do branco. Não nos parece razoável, entretanto, rotular seres humanos; assim como não nos parece razoável fechar os olhos para algo cientificamente comprovado: a inexistência da raça como um fator biológico. A classificação por “raça/cor” é algo meramente cultural e subjetivo.

⁶² Essa situação pode ser comparada com a técnica utilizada na Alemanha Nazista para definir quem era ou não judeu: “Depois que Hitler assumiu o poder, professores nazistas começaram a aplicar os princípios de sua ‘ciência racial’ [OBS: totalmente sem bases científicas] nas salas de aula. Eles mediam o tamanho do crânio, o comprimento do nariz, registravam a cor dos olhos e cabelos de seus alunos para tentar determinar se eles pertenciam à verdadeira ‘raça ariana’. Os estudantes judeus e ciganos eram frequentemente humilhados durante tais eventos”. (ESTADOS UNIDOS: 28/05/2014)

⁶³ Observa-se que, tanto no caso dos pobres, quanto no caso dos idosos, existem normas que determinam, objetivamente, um valor máximo de renda mensal para quem seja considerado pobre (Lei 10.836/2004, art. §2º, 2ª parte e §3º) e uma idade mínima para quem seja considerado idoso (Estatuto do Idoso, art. 1º). O que não difere do caso dos deficientes (Decreto nº 3.956/2001). Já no caso dos negros, o Estatuto da Igualdade Racial (art.) permite a autodeclaração, ou seja, utiliza-se de um critério subjetivo.

⁶⁴ Tendo em vista atentar contra o art. 1º, III da CF.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Abordamos, até aqui, não apenas questões de direito, como também questões de justiça. Quanto às questões de direito (algumas já decididas pelo Supremo Tribunal Federal, como a ADPF 186), podemos dizer que a constitucionalidade das ações afirmativas, apenas poderá ser sustentada se o direito à igualdade for compreendido em seu aspecto material (isto é, se for levada em conta, como objetivo do Estado brasileiro, a promoção da igualdade de oportunidades). Já em relação às questões de justiça, afirmamos não haver doutrina outra que melhor justifique as ações afirmativas como a solidariedade social. A solidariedade social não é, pois, nada menos do que uma teoria fundamentada no bem-estar.

As questões de justiça e as questões de direito, embora pareçam caminhar juntas em determinados momentos, divergem-se da seguinte forma: questões de justiça duram mais do que questões de direito. A Suprema Corte brasileira, assim como a americana, pode muito bem, daqui a alguns anos, modificar a referida decisão, tendo como foco a igualdade jurídica. E, isso seria perfeitamente adequado, caso fique comprovado que o direito à igualdade de oportunidades já tenha se tornado realidade aos beneficiários de tais programas. Mas, com certeza, quando (e se) isso ocorrer, existirão novos problemas a serem sanados. Nesse sentido, as questões de justiça sempre aflorarão as discussões sobre questões de direito.

Independentemente de qual teoria se adote⁶⁵, as questões de direito e da constitucionalidade das normas devem ser sempre discutidas posto que o Estado brasileiro possua uma constituição que, pela sua natureza, exige constante controle de constitucionalidade das normas que regem o país. Não há de se discutir, por ora, a constitucionalidade do sistema de cotas raciais nas Universidades Públicas brasileiras, mas a inovação que trouxe a Lei 12.990/2014; e que merece ser analisada pelo controle concentrado, a fim de ser-lhe dada a interpretação restritiva: seja levando em conta o “bis in idem”, que traz, em relação à igualdade de oportunidades, quando aplicada para cargos de concursos públicos que exijam Ensino Superior completo dos candidatos; seja levando em conta atentar contra a dignidade da pessoa humana, quando estabelece “punições àquele que utilize de declaração falsa sobre a raça”, uma vez que não há, absolutamente, como comprovar a falsidade da declaração, quando adotado o critério de autodeclaração. Também, merece a atenção do controle concentrado, a forma como vem sendo aplicada a Lei 12.711/2012:

⁶⁵ Fazendo menção às teorias da (des)vinculação do direito e da moral.

isto é, ampla e irrestritamente; e, desconsiderando a possibilidade de haver algumas Escolas Públicas de mesma excelência que Escolas Privadas; o que frustra o direito à igualdade ao tratar desigualmente os iguais.

Quanto às questões de justiça, a nossa proposta é que sejam mais bem analisados os dados do IBGE, junto aos objetivos do sistema de cotas raciais e sociais, nas Universidades Públicas brasileiras: se o que se pretende com tais ações afirmativas é a promoção do direito à igualdade de oportunidades; deve ser considerado o fato de as pessoas negras, no Brasil, serem, em sua maioria, pobre. Por essa razão, não faria sentido aplicá-lo em benefício às pessoas negras ricas. Por outro lado, se o que se pretende, com o sistema de cotas, além da igualdade de oportunidades, é a promoção da diversidade cultural, a forma de aplicação das cotas não deve ser modificada e o sistema de cotas raciais nos concursos públicos também será (em parte) válido.

O argumento da diversidade cultural pode, contudo, ser um problema se considerarmos que a “diversidade cultural” vai muito além de propostas referentes à raça.⁶⁶ Mas, ainda, que levemos em conta apenas a diversidade étnica, observamos que, nesse sentido, negros e pardos não deveriam ser os únicos beneficiários do sistema de cotas, uma vez que, nas universidades ou cargos públicos, também deve ser rara a presença de índios e asiáticos. Por outro lado, se não apenas a raça for considerada para a promoção da diversidade cultural, teríamos inúmeras questões a serem levantadas, a fim de promover a diversidade, seriam critérios como: religião, opção sexual, classe socioeconômica, nacionalidade, etc. Destarte, as cotas assumiriam uma amplitude pouco conveniente e o processo seletivo para o ingresso nas universidades/cargos públicos setornaria algum muito mais complexo do que é hoje.

Após constataremos o quanto é pouco consistente o argumento da diversidade, concluímos, assim, que o fundamentado da igualdade de oportunidades é o que nos parece mais adequado para justificar o sistema de cotas. Dessa forma, concluímos que esse tipo de ação afirmativa, ainda, carece de algumas mudanças para que se torne mais justa a sua aplicabilidade no Brasil. As propostas que trouxemos, neste estudo, seriam formas de modificar tais políticas públicas, a fim de fazer o Direito caminhar em conjunto com a Moral e na tentativa fazer com que tais normas apresentem maior legitimidade social.⁶⁷

⁶⁶ O argumento da diversidade pode ser refutado pelo mesmo motivo e fragilidade do argumento do preconceito. Ver nota de rodapé nº 29.

⁶⁷ Pesquisas feitas em 2012 pelo IBOPE indicam que 62% dos brasileiros são a favor das cotas, enquanto apenas 16% são contra. As pesquisas demonstram, entretanto, que dentro desse resultado, nos grupos em que as pessoas seriam beneficiárias das cotas

AFFIRMATIVE ACTION JUSTIFIED IN SOCIAL SOLIDARITY

ABSTRACT

In 2012, the Brazilian Supreme Court, through constitutional control, had judged as constitutional the racial quotas applied at Brazilian Universities. Although the Supreme Court has been understood this way, the subject is still misunderstood in the community and between scholars. So, we are going to clear the pros and cons about “affirmative actions”, ways to seek for the social equality through the concept of proportional equality. To people who agree with this kind of politic, it’s not enough the legal equality, but, it’s necessary to attend the real equality through a Governmental intervention, benefiting the individual who, temporarily, is in a bad situation compared to the others. On the other hand, the principle of equality, when it’s analysed from a different perspective, belongs to people’s argument against the affirmative actions. This search has been developed to better realize the Brazilian Supreme Court’s decision and to find the explanation that justify it.

Keywords: Social State; Equality of Opportunities; Social Quotas; Racial Quotas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. 5. ed. São Paulo: Martins Claret, 2011.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Globo, 2008.

BRASIL, IBGE. Censo. 2010¹. Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 16 jul. 2014.

BRASIL, IBGE. **Mapa da Distribuição Espacial da População, segundo a cor ou raça – Pretos e Pardos**. 2010. Disponível em: <ftp://geoftp.ibge.gov.br/mapas_tematicos/mapas_murais/brasil_pretos_pardos_2010.pdf> Acesso em: 16 jul. 2014.

foi encontrada maior aprovação em relação a grupos que não fariam jus ao benefício. Nota-se que a maior parte das pessoas não deram as suas opiniões cobertas pelo véu da ignorância de RAWLS.

BRASIL, IBGE. Pesquisa Mensal do Emprego. 2014. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/srmpme_2ed.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2014.

BRASIL, IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad). 2012.

BRASIL, IBGE. Síntese de Indicadores Sociais. 2012.

BRASIL, SÃO PAULO. Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados (SEADE). Maior População Negra do País. **Indicadores de Desigualdade Racial**. Disponível em: <<https://www.seade.gov.br/produtos/idr/download/populacao.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Diário de Justiça Eletrônico**. Decisão de pedido liminar - ADPF 186. Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 31 jul. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Voto - ADPF 186. Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 24 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública - ADPF 186. João Feres Júnior. Data da Audiência: 03/2010.

BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: FTD, 1996.

BRASIL, Instituto Brasileiro de Opinião e Estatística (IBOPE). **Ibope.com** “62% dos brasileiros são favoráveis às cotas em universidades públicas”. Data de publicação: 01/03/2013. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/62-dos-brasileiros-sao-favoraveis-as-cotas-em-universidades-publicas.aspx>>. Acesso em: 22 jul.2014.

CRISTALDO, Heloisa. Agência Brasil. “Nota de corte de candidatos do Sisu pode ter apenas 10 pontos de diferença” Publicado em: Disponível em:<<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-01-10/nota-de-corte-de-candidatos-do-sisu-pode-ter-apenas-10-pontos-de-diferenca>>. Acesso em: 29 jun. 2014.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESTADOS UNIDOS, Washington, DC. O racismo nazista. **Museu Memorial do Holocausto**. Disponível em: <<http://www.ushmm.org/outreach/ptbr/article.php?ModuleId=10007679>>. Acesso em: 28 maio 2014.

Federação Internacional de Futebol (FIFA). **Fifa.com**. “FIFA celebra dez anos de luta contra o racismo” Publicado em: 02/03/2011. Disponível em: <<http://pt.fifa.com/aboutfifa/socialresponsibility/news/newsid=1385936/index.html>>. Acesso em: 17 jul. 2014.

GODOY, Norton. Somos todos um só. **ISTOÉ**. 18 nov. 1998.

LIPTAK, Adam. Court Backs Michigan on Affirmative Action. **The New York Times**. Nova Iorque: 22/04/2014.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. São Paulo, Hedra, 2010.

PESSÔA, Eduardo. **Dicionário Jurídico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Quileditora, 2010.

RAWS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SANDEL, Michael J. **Justiça - O que é fazer a coisa certa**. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SCHNEIDER, Daniel. **Revista SuperInteressante**. São Paulo: Editora Abril, Dezembro de 2007. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/brancos-sao-mais-inteligentes-negros-447339.shtml>> Acesso em: 01 jun. 2014.