

O Estado na promoção da igualdade material

A constitucionalidade das cotas raciais como critério para ingresso no Ensino Superior – ADPF 186/DF

JOSÉ LUIZ DE ALMEIDA SIMÃO
THIAGO RODOVALHO

Sumário

1. Introdução. 2. O Estado liberal e a conceituação da igualdade na forma da lei. 3. A igualdade material como pressuposto da atuação do Estado. 4. O pressuposto teórico de Estado adotado pela Constituição Federal de 1988: a legitimidade das ações afirmativas com base em critério étnico-racial. 5. Conclusão.

José Luiz de Almeida Simão é mestrando em Direito Político e Econômico pelo Mackenzie-SP e graduado em Direito pela mesma Universidade. Defensor Público do Estado de São Paulo.

Thiago Rodovalho é doutorando em Direito Civil – Arbitragem e mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Graduado em Direito pela Puccamp. Advogado em São Paulo. Professor-Assistente Convocado de Arbitragem e Mediação na graduação da PUC-SP.

1. Introdução

De tempos em tempos, o Supremo Tribunal Federal defronta-se com julgamento de questões que mobilizam a atenção da comunidade jurídica, da imprensa e da opinião pública. São casos em que, por conta das consequências potencialmente transformadoras, as decisões assumem um especial papel nas relações sociais de modo geral, e seus efeitos irradiam-se para as demais esferas do poder público, especialmente o Poder Executivo, acabando por tornar-se paradigmáticas na sua jurisprudência.¹

¹Esses casos notáveis não constituem regra no Supremo Tribunal Federal (STF). Cotidianamente, o Tribunal é obrigado a julgar matérias concernentes à jurisdição ordinária, funcionando como um mero tribunal de recursos. De acordo com dados disponíveis no site do Supremo, até 27 de novembro de 2012, o STF dispunha de um acervo de 68.991 processos em andamento, sendo 49.699 classificados como de classes recursais, isto é, recursos de Agravo de Instrumento, Recurso Extraordinário e Recurso Extraordinário com Agravo, 5.192 processos criminais, 12.195 divididos nas demais modalidades processuais, e somente 1.905 processos relativos a controle abstrato de constitucionalidade (BRASIL, 2012b).

É o caso do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186/DF, proposta pelo partido político Democratas (DEM), em 2009, contra a prática adotada pela Universidade de Brasília (UnB) de reservar 20% (vinte por cento) das vagas para acesso ao ensino superior aos candidatos negros (HAIDAR; COUTINHO, 2009). O Democratas requereu a declaração de inconstitucionalidade da reserva de vagas para estudantes de cor negra, com a alegação de que a medida da UnB era flagrantemente inconstitucional por ofender os princípios da isonomia e da meritocracia, já que a universidade pública concederia benefício a determinado grupo de indivíduos por conta da cor da pele de seus integrantes. Tal fato acarretaria, na verdade, um efeito contrário ao pretendido pela UnB, provocando aumento da desigualdade, pois, segundo aquele partido, presenciáramos no Brasil a institucionalização de um Estado racial, gerador de segregação. Ainda segundo o autor da ação constitucional, a UnB estaria a ressuscitar ideais nazistas na medida em que a prática permitiria à universidade decidir a que raça determinada pessoa pertence e, com base nessa definição prévia, agraciá-la com a reserva de vaga.

Contrariamente ao que costumeiramente é levantado pelos defensores da abolição das políticas de cotas raciais, e demonstrando a complexidade da matéria, o DEM reconhece que há no Brasil preconceito de raça, potencialmente causador de prejuízos aos estudantes negros. No entanto, defende que a adoção do modelo de cotas raciais para o acesso ao ensino superior não é compatível com a Constituição Federal, sendo que a implementação da prática seria danosa, no longo prazo, aos interesses da sociedade.

A ação patrocinada pela agremiação partidária desafiou o Supremo Tribunal Federal a posicionar-se sobre questão extremamente polêmica, compelindo o Tribunal a responder às

seguintes indagações: o modelo jurídico-constitucional de Estado adotado pela Constituição Federal de 1988 legitima a adoção de políticas públicas tendentes a conceder benefícios a minorias sociais vítimas de processo histórico de exclusão? E, em caso afirmativo, a política das cotas raciais para o ingresso no ensino superior estaria albergada no atual panorama constitucional?

Conforme amplamente divulgado², o Supremo Tribunal Federal julgou, por unanimidade, improcedente a ADPF 186/DF, corroborando a prática adotada pela Universidade de Brasília de reservar parcela das vagas disponíveis ao ingresso no ensino superior para pessoas negras. Os votos disponíveis até o momento³ permitem concluir que o Supremo Tribunal Federal posicionou-se ao lado dos defensores da teoria da legitimidade da discriminação positiva em favor de grupos socialmente vulneráveis. Segundo o Tribunal, o poder público tem a obrigação constitucional, por questão de justiça, de instituir mecanismos de distribuição de oportunidades iguais a todos a fim de corrigir distorções históricas sofridas por determinado grupo social, propiciando a participação adequada dos excluídos na prosperidade nacional.

A postura assumida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 186/DF descortina um amplo espectro de possibilidades de análise. O presente trabalho pretende concentrar-se em explicitar o pressuposto adotado pelo Supremo no tocante ao papel que o Estado brasileiro deve assumir na inclusão social de grupos vulneráveis, usando como pano de fundo o modelo de acesso ao Ensino Superior por meio das cotas raciais.

² Até a data da submissão deste artigo, o STF não havia publicado a íntegra do acórdão, mas somente a ata do julgamento em 10/5/2012, DJE nº 93.

³ Os votos são os do Ministro relator Ricardo Lewandowski e do Ministro Marco Aurélio Mello (BRASIL, 2012a).

Pretendemos deixar de lado, portanto, a abordagem do julgado com base na análise, exemplificativamente, da suposta teoria da justiça adotada pelo STF (BADIN; PROL, 2012), bem como estudos comparativos acerca da experiência brasileira e norte-americana no tocante às ações afirmativas tendo como base as cotas raciais (PEREIRA, 2012). Para alcançar nosso desiderato, o artigo pretende traçar as características fundamentais dos modelos de Estado adotados na história constitucional ocidental, especificando o papel de cada um na busca da promoção da cidadania e da igualdade, permitindo, a partir daí, estabelecer o marco teórico adotado pela Constituição de 1988 e as obrigações que ela impõe aos poderes constituídos na promoção da inclusão social.

Estabelecidas as premissas teóricas, é possível concluir que o Supremo Tribunal Federal adotou interpretação constitucionalmente adequada ao modelo de Estado professado na Constituição, ao legitimar políticas públicas em prol de grupos vulneráveis, não descuidando do aspecto polêmico quanto à adoção de política pública de discriminação positiva concernente à imposição de restrições ao uso das cotas raciais como critério único para o ingresso em curso superior.

2. O Estado liberal e a conceituação da igualdade na forma da lei

O Estado liberal foi o modelo de organização política tributário da Revolução Francesa que vicejou na Europa entre os séculos XVIII a XIX, responsável pela incorporação, na agenda política da época, do ideário democrático-republicano da igualdade como uma crítica dirigida à sociedade estamental, ao estado patrimonial e a iniquidade da distribuição de bens públicos e oportunidades sociais (BARROZO, 2004, p. 108; RODOLVALHO, 2011, p. 59-64). A tomada do poder político pela burguesia liberal introduz na arena política a doutrina do individualismo, noção até então exclusiva do ambiente comercial, caracterizada pela “oposição entre o estado da natureza e a sociedade civil” (COMPARATO, 1988, p. 19).

A então incipiente concepção política propõe a valorização do indivíduo isoladamente considerado, reconhecendo ser detentor de valor por si mesmo e que precede ao Estado, sendo este concebido pelos indivíduos e não o contrário (BOBBIO, 2000, p. 479-480). Os poderes públicos, nesse contexto, eram responsáveis por duas tarefas apenas: manter a paz e a segurança da sociedade civil e a produção do direito (COMPARATO, 2000, p. 19), estando impedidos de intervir na ordem natural do mercado e das relações sociais (GRAU, 2010, p. 14-20).

O individualismo igualitário compreendia uma divisão clara entre o Estado e a sociedade civil como se fossem duas dimensões diferentes,

sendo a sociedade composta de indivíduos e não de grupos sociais. Os homens seriam completamente iguais uns aos outros em direitos e obrigações, e a ação do Estado deveria limitar-se a declarar essa suposta igualdade na forma de lei, reservando-se ao Judiciário a tarefa de fiscalizar o Executivo para que não reintroduzisse a desigualdade.

“A idéia de que os Poderes Públicos só existem para garantir a livre e pacífica convivência humana na sociedade civil é levada às últimas consequências lógicas; ou seja, se os indivíduos organizados em sociedade forem suficientemente avisados e prudentes para dispensarem a coação estatal, o Estado tem que se afastar da cena pública e recolher-se aos bastidores. Ele se torna, propriamente, inútil. [...] O Estado Liberal assumiu, portanto, desde o seu nascimento, um feitiço marcadamente estático e conservador. Não se pedia aos Poderes Públicos, nem deles se esperava, que construíssem uma nova sociedade ou modificassem, ainda que minimamente, a sociedade existente. Exigia-se-lhes, apenas, que protegessem as liberdades individuais e mantivessem a ordem pública. [...] Daí haver sido justamente caracterizada a Constituição do Estado Liberal como criadora do sistema de ‘government by law’” (COMPARATO, 2000, p. 21-24).

Consoante João Caupers (2003, p. 99-100), são quatro os postulados definidores do Estado liberal: a mínima intervenção do domínio estatal na vida dos cidadãos, a feição autoritária da atuação do Estado sempre que chamado a imiscuir-se no ambiente privado, a separação entre atividade administrativa e legislativa e, por fim, a distinção entre público e privado, de inspiração romana. O conteúdo da noção de igualdade, mola propulsora da cidadania, dependia do grau de *status* conferido pelo Estado-Nação ao povo e consubstanciava-se na mera fruição dos direitos políticos de votar e ser votado (SMANIO, 2008, p. 336) e de contratar no mercado, e todos eram considerados formalmente iguais em direitos e obrigações.

Como o valor da igualdade se consubstanciava na mera abstração legal baseada na previsão legislativa de submissão de todos aos ditames da lei, independentemente das carências que certos grupos sociais eventualmente apresentassem e que impediam a fruição de oportunidades sociais e acesso a bens públicos por todos, sua satisfação era mensurada a partir da exigência de uma postura ablativa do ente público. Em uma palavra, a igualdade era meramente “estática” (ROCHA, 1996, p. 291).

O conceito de igualdade forjado com as revoluções liberais é manifestamente insubsistente para dimensionar a relação entre indivíduos e o corpo político nos dias atuais. As injustiças econômicas e sociais patrocinadas pela neutralidade do Estado Liberal mostraram que a concepção de igualdade como a mera declaração nas leis dos direitos individuais em face do poder público não garantiria o progresso econômico da maioria da população alijada dos benefícios da expansão do mercado, bem como

era insuficiente para absorver a heterogeneidade surgida na sociedade europeia após a Revolução Industrial.

“Naquele cenário, não é de se admirar que a igualdade tenha se tornado um instrumento que beneficiava apenas uma elite econômica. Tratava-se de uma igualdade apenas formal, que fechava os olhos para a injustiça e a opressão presentes na vida social. Na sua abstração, ela permitia a circulação de bens entre os proprietários, mas não se propunha a modificar o *status quo* de profunda assimetria social existente, coexistindo, com seu silêncio, a opressão dos mais fortes sobre os mais fracos. É célebre o comentário do escritor francês Anatole France sobre a falácia dessa igualdade liberal-burguesa. Nas suas palavras ‘a lei, na sua majestosa igualdade, proíbe ao rico e ao pobre de furtarem pão e dormirem debaixo da ponte, e permite a ambos que se hospedem no Hotel Ritz.’ Assim, pode-se dizer que no Estado Liberal-Burguês, como na Fazenda dos Bichos de George Orwell, todos eram iguais, mas alguns eram mais iguais do que os outros” (SARMENTO, 2006, p. 143).

Era necessário que o Estado adotasse uma nova postura frente aos graves problemas sociais, atuando decisivamente para corrigir as distorções criadas pela falta de uma justa distribuição da renda e oportunidades, a qual inviabilizava, na prática, o exercício, pela maioria do povo, dos direitos legalmente previstos.

3. A igualdade material como pressuposto da atuação do Estado

O insucesso da noção liberal de Estado é percebido na medida em que a abstenção da administração pública se revela insuficiente para a distribuição equitativa da riqueza e das oportunidades sociais. Com efeito, a homogeneização das relações sociais como fator legitimador do poder político e o conceito de cidadania como “status”, concedido ao indivíduo sem que dele nada se exija para conservá-lo, é complementar à ideia de igualdade formal perante a lei, que, uma vez transplantada para as arenas política e econômica, resulta apenas no direito do povo de participar da formação da vontade estatal mediante a escolha dos dirigentes do Estado e de livremente atuar no mercado em igualdade de condições de forma abstrata (LOPES, 2006, p. 25). O Estado não se preocupa com os direitos sociais, ignorando a evolução do princípio da igualdade para o aspecto inclusivo com a emergência de novos direitos.

Nota-se uma importante mudança na relação entre o Estado e o cidadão a partir da Segunda Guerra Mundial, caracterizada pela passagem da liberdade de agir, conferida abstratamente pelo ordenamento jurídico a todos indistintamente, ao direito de exigir posturas ativas do Estado (CAUPERS, 2003, p. 101). Problemas estruturais ocorridos na Europa

após aquele conflito, como desemprego generalizado, concorrência econômica transnacional, choques petrolíferos, entre outros, obrigaram o Estado, sob forte pressão do corpo social, a alargar consideravelmente seu âmbito de atuação, abarcando uma série de atividades que antes eram por ele desconhecidas.

Diante dessa nova realidade, é possível arrolar as novas funções do ente estatal: a promoção do ensino, cada vez mais generalizado e sofisticado; a adoção de serviços de saúde cada vez mais ampliativos, dispendiosos e complexos; e a previsão da seguridade social, minimizando as intempéries da vida em sociedade (CAUPERS, 2003, p. 102). Percebe-se que a natureza da atuação do Estado sofreu sensível influxo. Se antes, a qualidade da administração era medida pelo grau de distanciamento que mantinha das atividades dos particulares, agora há uma busca incessante pela intervenção do Estado a fim de barrar as violações a direitos fundamentais, provocadas pela existência de um regime econômico produtor de “concentração de riqueza e desigualdade entre as pessoas” (MELO, 2009, p. 283).

Eros Grau (2010) entende que, diante de crises estruturais, o Estado muda as suas funções para, ao final e ao cabo, manter intacto o modo de produção capitalista, sendo possível identificar quatro categorias de atividade estatal. Segundo ele:

“[para] *constituir e preservar* o modo de produção, certas premissas de existência contínua não de ser realizadas (o Estado garante o sistema de direito civil, com as instituições básicas da propriedade e da liberdade de contratar; protege o sistema de mercado contra efeitos secundários e autodestrutíveis – jornada especial de trabalho, legislação antitruste, estabilização do sistema monetário etc.; assegura as premissas da produção dentro da economia global – tais como educação, transportes e comunicações; promove a capacidade da econômica nacional para competir

internacionalmente – política comercial e aduaneira, *v.g.* – e se reproduz mediante a conservação da integridade nacional, no exterior com meios militares e, no interior, mediante a eliminação paramilitar dos inimigos do sistema)” (GRAU, 2010, p. 18).

Grau assevera que:

“Para *complementar* o mercado, o sistema jurídico é adequado a novas formas de organização empresarial, de concorrência e de financiamento (por exemplo, através da criação de novas instituições de direito bancário e empresarial e da manipulação do sistema fiscal), sem, porém, conturbar a dinâmica do processo de acumulação. Tendo em vista a *substituição* do mercado, em reação frente a debilidade da forças motrizes econômicas, reativa a fluência do processo de acumulação, que já não resta, então, abandonado a sua própria dinâmica, criando novas situações econômicas (seja proporcionando ou melhorando possibilidades de inversão – demanda estatal de bens de uso improdutivo –, seja através da criação de novas forma de mais-valia – organização estatal do progresso técnico-científico, qualificação profissional dos trabalhadores etc.); aí a afetação do princípio da organização da sociedade, como o demonstra o surgimento de um setor público estranho ao sistema. Finalmente, *compensa* disfunções do processo de acumulação, que se manifestam no seio de certas parcelas do capital, da classe operária ou de outros grupos organizados, produtoras de reações que se procuram impor pelas vias políticas (aí o Estado, por um lado, assume efeitos externos da econômica privada – *v.g.*, danos ecológicos; assegura, através de políticas estruturais, a capacidade de sobrevivência de setores ameaçados – *v.g.* mineração e econômica agrícola; de outro lado, implementa regulações e intervenções reclamadas pelos sindicatos e pelos partidos reformistas, tendo em vista a melhoria da situação social dos trabalhadores – os ‘gastos sociais’ e o ‘consumo social’). Estas duas últimas modalidades de atuação – *substitutiva* e *compensatória* – são típicas do capitalismo organizado” (GRAU, 2010, p. 18-19, grifo do autor).

Como consequência da mudança da concepção de Estado, o indivíduo passou a ocupar a posição jurídica de credor da atuação estatal, estando o conceito de liberdade a merecer uma nova configuração. Assim, agrega-se ao conceito original de liberdade o fato de que o cidadão livre também detém a prerrogativa de exigir prestações positivas do poder público que, por sua vez, deve lançar mão de medidas corretivas das disparidades econômicas com o intuito de promover a igualdade material. Isto é, percebeu-se que os cidadãos somente conseguem usufruir dos direitos liberais de liberdade (invulnerabilidade de ir e vir e os direitos políticos) se, conjuntamente, houver a real possibilidade de utilizar outros direitos de igual importância, tais como o direito a educação, saúde, previdência social, moradia, transporte, trabalho, entre outros, os chamados direitos econômicos e sociais, “cuja implementação importa numa relação mais igualitária entre as pessoas” (MELO 2009, p. 290), fazendo com que os “cidadãos sejam suficientemente independentes em sua existência privada e econômica” (HABERMAS, 2012, p. 16).

Nesse sentido, para Osvaldo Canela Júnior (2011, p. 51):

“[...] no Estado social, conquanto o direito à liberdade tenha permanecido íntegro, a relevância do direito à igualdade foi substancialmente acentuada, de tal sorte que o seu conceito passou a ter um sentido material, e não mais meramente formal. A garantia de igualdade no Estado social demanda, pois, atuação positiva, com a finalidade de reduzir as desigualdades socioeconômicas, mediante a distribuição equitativa de recursos.”

O novo marco teórico de Estado, portanto, incorpora em sua concepção a ideia de atividade, ou seja, as funções impostas à administração pública exigem a adoção de um conjunto de normas e atos tendentes à realização de um fim

ditado pela norma constitucional, vinculando não apenas a atividade estatal, mas também a do particular (COMPARATO, 1998). É nesse contexto que se pode falar que o Estado está autorizado a promover políticas públicas com a finalidade de atender aos objetivos fundamentais da ordem jurídica cristalizados na Constituição Federal, promovendo a igualdade substancial, e não meramente formal.

No direito brasileiro, os objetivos fundamentais do Estado nacional vêm elencados no art. 3º da Magna Carta, sendo importante destacar a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Com base na lição de Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 39), política pública, como atividade que integra a própria essência da noção hodierna de Estado, pode ser entendida como

“o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.”

Por outro lado, a efetivação concreta do princípio da igualdade requer a superação da visão meramente econômica dos direitos, predominante na teorização do Estado Social. Agora, a noção de igualdade é reforçada pela necessidade de reconhecimento dos direitos das minorias, devendo o ente público preocupar-se

com os particularismos que caracterizam os diversos grupos sociais, respeitando a identidade dessas novas categorias.⁴

“Só na fase final do século XX, a preocupação com o direito à diferença incorpora-se definitivamente ao discurso da igualdade. Torna-se evidente, então, que o direito de cada pessoa de ser tratada com igualdade em relação aos seus concidadãos exige uma postura de profundo respeito e consideração à sua identidade cultural, ainda quando esta se distancie dos padrões hegemônicos da sociedade envolvente. O respeito, a preservação e a promoção das culturas dos grupos minoritários convertem-se assim numa das dimensões fundamentais do princípio da igualdade. [...] Neste quadro, a afirmação concreta dos direitos dos afrodescendentes no Brasil precisa transcender a isonomia meramente formal, para buscar a inclusão efetiva dos negros na sociedade, em igualdade real de condições com os brancos” (SARMENTO, 2006, p. 146-147).

É nesse cenário que entram as denominadas ações afirmativas, cujo teor pode ser definido como:

“um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. [...] Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito” (GOMES, 2001, p. 40-41).

Para Carmen Lúcia Antunes Rocha (1996, p. 289) a ação afirmativa requer uma atuação transformadora por parte do Estado, igualadora pelo e segundo o Direito, possibilitando “a verdade do princípio da igualdade, para se chegar à igualdade que a Constituição brasileira garante como direito fundamental de todos”.

A doutrina costuma apontar três fundamentos teóricos justificadores das ações afirmativas: as justiça compensatória e distributiva, que procuram corrigir distorções sociais causadas por causa da existência de um processo histórico de exclusão cujas consequências são verificáveis até hoje; a promoção do pluralismo, que qualificaria o ambiente social com a presença de diversos segmentos com formas de expressão própria, enri-

⁴O fenômeno do surgimento de classes sociais com pretensões específicas e não raras vezes conflitantes entre si a desafiar uma atuação do Estado para promover seus interesses, característica marcante da vida pública contemporânea, é chamado por Norberto Bobbio de “sociedade centrífuga” (BOBBIO, 2011, p. 36).

quecendo as experiências humanas; e, por fim, o argumento do fortalecimento da autoestima dos indivíduos pertencentes às minorias, quebrando estereótipos negativos mediante a existência de representantes de determinado grupo ocupando posição de destaque na sociedade (GOMES, 2001, p. 42; SARMENTO, 2006, p. 156).

No entanto, a utilização do critério exclusivamente racial como pressuposto para a instituição de ações afirmativas é tema que não está imune a impasses e discussões.⁵ O cerne do problema pode ser sintetizado na seguinte indagação: a Constituição autoriza a instituição de ações afirmativas com base no critério étnico-racial, restringindo direitos de pessoas não abrangidas pela política pública?

4. O pressuposto teórico de Estado adotado pela Constituição Federal de 1988: a legitimidade das ações afirmativas com base em critério étnico-racial

Conforme se afirmou, o STF deparou-se com a análise da legitimidade da política pública de cotas raciais para ingresso no ensino superior adotada pela UnB. O DEM impetrou a ADPF 186, alegando incompatibilidade entre a política de cotas e a Constituição, dado que afrontaria, entre outros, o princípio da isonomia. O Tribunal julgou unanimemente improcedente aquela ADPF, legitimando a política de cotas raciais para acesso ao ensino superior.⁶

⁵ Em editorial, a *Folha de S. Paulo*, periódico de maior circulação no país, posicionou-se contrariamente à cota racial adotada por algumas instituições de ensino superior. Segundo o editorial, o fundamento da correção de distorções históricas cometidas contra os negros, especialmente a escravidão, não constituiria justificativa razoável para legitimação do modelo, sendo mais apropriado o uso de critérios socioeconômicos (FOLHA DE S. PAULO, 2012).

⁶ Acórdão não publicado até a data de submissão deste artigo.

O primeiro fundamento utilizado pelo Supremo para justificar a validade do método racial foi análise da abrangência do princípio da igualdade estampado no *caput* do art. 5º da Carta Magna. Segundo o STF, o constituinte de 1988 estabeleceu precedência da igualdade material sobre a formal (BADIN; PROL, 2012, p. 140), permitindo ao Estado intervir para corrigir as distorções oriundas de aspectos históricos que desembocaram em diferenças de índole econômica, social e cultural entre os grupos sociais. Nas palavras do relator:

“À toda evidência, não se ateuve ele [o constituinte de 1988], simplesmente, a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, levando em consideração – é claro – a diferença que os distingue [...], além de atentar, de modo especial, para a desequiparação ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais.

Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares” (BRASIL, 2012a, p. 4-5).

Assim, o modelo de justiça social a que está vinculado constitucionalmente o Estado brasileiro é incompatível com uma organização estatal descompromissada com a qualidade das relações sociais, como se a igualdade perante a lei fosse suficiente para a promoção de uma sociedade plenamente justa. A aplicação do princípio da igualdade material requer a adoção

de políticas de reconhecimento social como corolário da noção de justiça social. Não basta apenas uma política distributiva igualitária de bens e encargos sociais, mas o reconhecimento de determinados grupos como parceiros na interação social (FRASER, 2007, p. 107).

“No que interessa ao presente debate, a aplicação do princípio da igualdade, sob a ótica da 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” (BRASIL, 2012a, p. 8).

O STF afastou categoricamente a tese “mercado-cêntrica” (KERSTENETZKY, 2006, p. 566) de distribuição dos benefícios sociais (no caso específico, o acesso ao ensino público universitário), aparentemente pressuposta no raciocínio desenvolvido pelo autor da ADPF 186. Com efeito, segundo essa visão, a reserva de vagas para estudantes negros nas universidades públicas seria inconstitucional na medida em que o mérito individual seria violado, por serem os negros beneficiados com a atribuição de pontuação extra no exame vestibular, o que desrespeitaria as regras da livre disputa pelas vagas universitárias. O posicionamento do Tribunal a favor de uma intervenção pública mais forte sobre os resultados gerados por essa disputa “livre” vem esboçado em duas elucidativas passagens:

“Não raro a discussão que aqui se trava é reduzida à defesa de critérios objetivos de seleção – pretensamente isonômicos e imparciais –, desprezando-se completamente as distorções que eles podem acarretar quanto aplicados sem os necessários temperamentos.

De fato, critérios ditos objetivos de seleção, empregados de forma linear em sociedades tradicionalmente marcadas por desigualdades interpessoais profundas, como é a nossa, acabam por consolidar ou, até mesmo, acirrar as distorções existentes.

Os principais espaços de poder político e social mantêm-se, então, inacessíveis aos grupos marginalizados, ensejando a reprodução e perpetuação de uma mesma elite dirigente. Essa situação afigura-se ainda mais grave quanto tal concentração de privilégios afeta a distribuição de recursos públicos” (BRASIL, 2012a, p. 15).

Mais adiante, arremata:

“Nesse sentido, as aptidões dos candidatos devem ser aferidas de maneira a conjugar-se seu conhecimento técnico e sua criatividade intelectual ou artística com a capacidade potencial que ostentam para intervir nos

problemas sociais. [...] Ademais, essa metodologia parte da premissa de que o princípio da igualdade não pode ser aplicado abstratamente, pois procede a escolhas voltadas à concretização da justiça social. Em outras palavras, cuida-se, em especial no âmbito das universidades estatais, de utilizar critérios de seleção que considerem uma distribuição mais equitativa dos recursos públicos” (BRASIL, 2012a, p. 17-18).

A Corte procurou assentar que o critério racial, porque criado artificialmente e embasado em relações sociais de cunho histórico-cultural de dominação de uma classe sobre a outra, não pode servir como mecanismo impeditivo de integração social de seus membros, restringindo as chances dos indivíduos do grupo étnico à igualdade de condições na distribuição dos bens e vantagens sociais. Como consequência, a política afirmativa de reserva de vagas para acesso ao ensino superior traz dois importantes resultados: primeiro, atua de forma a compensar a constante discriminação contra os negros, muitas vezes praticada de maneira velada; e, segundo, promove a estima social e cria lideranças que servem como paradigmas de ascensão social.

Nesse contexto, é possível aduzir que a Corte aproximou-se da teoria da “paridade de participação” desenvolvida por Nancy Fraser. Segundo a autora, “a justiça social requer arranjos sociais que permitam a todos os membros (adultos) da sociedade interagir uns com os outros como parceiros” (FRASER, 2007, p. 118). Para que tal paridade participativa seja possível e uma política afirmativa seja considerada exitosa, é necessário satisfazer pelo menos dois requisitos cumulativos: a chamada condição objetiva, em que a distribuição de recursos materiais (riqueza, renda e tempo livre) deve ocorrer de tal forma que traga real independência e voz aos participantes; e a condição subjetiva, na qual os padrões institucionalizados de valoração cultural permitam igualdade de oportunidade para a obtenção de estima social e ascensão econômica (FRASER, 2007, p. 119).

Essa abordagem tem o mérito de justificar moralmente somente certos tipos de reivindicações que, de fato, promovam a paridade participativa. Além disso, a natureza das políticas de reconhecimento depende, basicamente, dos obstáculos encontrados em relação à mesma paridade de participação. Assim, para que determinada política pública de reconhecimento seja considerada legítima, como no caso de acesso à universidade, deve-se verificar a existência de bloqueios institucionais que impedem a efetiva participação dos reivindicantes em igualdade de condições com os outros, bem como os beneficiados têm de demonstrar que a mudança social que almejam trará, realmente, a paridade de participação.

O Tribunal, outrossim, não olvidou o caráter transitório que toda política afirmativa de reconhecimento deve possuir. Com efeito, consi-

derando que o elemento justificador de uma política pública é o quadro real de desigualdade que confere substrato à ação estatal, a partir do momento em que tal circunstância se modificar, a política perde significado e deve ser revista. Em atenção a isso, a Corte definiu o prazo de dez anos de vigência da política de reserva de vagas em universidades públicas para negros, ao término do qual, obrigatoriamente, os resultados deverão ser mensurados e, a depender da realidade vigente, a ação estatal poderá ser revista para sofrer atualização ou mesmo ser cancelada.

5. Conclusão

O julgamento da ADPF 186/DF levou o Supremo Tribunal Federal a enfrentar o debate de teses extremamente polêmicas e que, mesmo após o resultado final, ainda causam certo incômodo em parcela da opinião pública.

A Corte Constitucional, por unanimidade, validou a política afirmativa de reserva de vagas para negros em universidades estatais entendendo serem razoáveis seus fundamentos e desmistificando, em certo sentido, uma opinião corrente a respeito da desnecessidade desse tipo de ação governamental, uma vez que inexistiria racismo no Brasil por conta do caráter miscigenado de nossa sociedade, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos da América.

Segundo o Supremo Tribunal, diante de um processo histórico de distorções e injustiças praticadas contra a população negra, o princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal de 1988 deve ser interpretado de forma a dotar o Estado de instrumentos eficazes de transformação da realidade brasileira, com vistas à promoção da igualdade material, assegurando a todos os membros dos grupos discriminados efetivas oportunidades de participação em igualdades de condições na integração social.

Para atingir esse propósito, a adoção da política pública de reserva de vagas em universidades com base em critérios étnico-raciais justifica-se na medida em que serve como elemento compensatório de um longo processo de discriminação, além de desenvolver a estima social, com o surgimento de lideranças que sirvam como paradigmas de ascensão social para os demais integrantes do grupo.

Por fim, o Tribunal não descuidou de incluir uma cláusula transitória na decisão no sentido de que os resultados da política pública deverão ser analisados e, caso o quadro de desigualdade vigente ao tempo do início do processo não mais persista, a prática poderá ser revista e, se for o caso, cancelada ou substituída.

Referências

BADIN, Luiz Armando; PROL, Flávio Marques. O princípio da igualdade na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Advogado – AASP*, São Paulo, ano XXXII, n. 17, p. 135-143, out. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Cotas raciais são legítimas com parâmetros razoáveis. *Conjur*, São Paulo, 25 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-25/politica-cotas-raciais-legitima-parametros-razoaveis>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

BARROZO, Paulo Daffon. A idéia de igualdade e as ações afirmativas. *Lua Nova*, São Paulo, n. 63, p. 103-141, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

_____. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

BOTTINO, Thiago. Cotas raciais são uma solução temporária. *Conjur*, São Paulo, 25 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-25/thiago-bottinocotas-raciais-solucao-temporaria>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto na arguição de descumprimento de preceito fundamental 186/DF. *Notícias STF*, Brasília, 25 abr. 2012a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=205890>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

_____. Acervo processual. *Estatísticas do STF*, Brasília, 2012b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAUPERS, João. O Estado do Estado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional: cadernos de direito constitucional e ciência política*, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 97-104, jan/mar. 2003.

COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.

_____. Planejar o desenvolvimento: perspectiva institucional. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 88, out./dez. 1988.

DOMINGUES, Petrônio. Movimento negro brasileiro: alguns apontamentos históricos. *Revista Tempo*, Rio de Janeiro, p. 100-122, 2007.

FOLHA DE S. PAULO. *Cotas à paulista*. Caderno Opinião, p. A2, 28 nov. 2012.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, n. 70, p. 101-138, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

HABERMAS, Jürgen. *Sobre a constituição da Europa: um ensaio*. São Paulo: Unesp, 2012.

Haidar, Rodrigo; COUTINHO, Filipe. DEM entra com ADPF contra cotas raciais. *Conjur*, São Paulo, 20 jul. 2009.

KERSTENETZKY, Célia Lessa. Políticas sociais: focalização ou universalização? *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 26, n. 4, p. 564-574, out./dez. 2006.

LEAL, Roger Stiefelmann. Pluralismo, políticas públicas e a Constituição de 1988: considerações sobre a práxis constitucional brasileira 20 anos depois. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2008.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A cidadania na constituição federal brasileira de 1988: redefinindo a participação política. In: BONAVIDES et al. (Org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MELO, Claudineu de. O valor supremo da dignidade humana. In: BENEVIDES, Maria Vitória de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. *Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fabio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PEREIRA, Thomaz H. Junqueira de A. Ação afirmativa: uma jurisprudência em evolução. *Conjur*, São Paulo, 13 out. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-13/observatorio-constitucional-licoes-eua-aco-es-afirmativas>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996.

RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SMANIO, Gianpaolo. A conceituação da cidadania brasileira e a Constituição Federal de 1988. In: MORAES, Alexandre (Coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2008.