

A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE COTAS PARA AFRODESCENDENTES: UM ESTUDO DE CASO A PARTIR DO PLURALISMO JURÍDICO

THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ON QUOTAS FOR AFRODESCENDANTS: A CASE STUDY BASED ON LEGAL PLURALISM

Sérgio Coutinho dos Santos¹

Sarah França Mendonça Plácido²

Jorge Luiz Gonzaga Vieira³

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar as ferramentas jurídicas usadas no controle social. Sendo essas variadas, a fim de acompanhar as constantes mudanças comportamentais do cidadão brasileiro, como também, interferir em atos e/ou concepções que podem prejudicar o desenvolvimento profissional e intelectual de alguns grupos sociais, tidos como "grupos em desvantagem". É tratada a importância e o papel das audiências públicas nos dias atuais, explicitando como elas possibilitam a democracia participativa, que consta na capacidade do indivíduo participar diretamente em decisões de assuntos relevantes ao país. As políticas de ação afirmativa entram no sistema jurídico brasileiro como grande aliada das camadas populares, uma vez que visam oferecer oportunidades equânimes a grupos sociais discriminados. É dado destaque a Lei de Cotas, mostrando como se deu seu surgimento e o processo de legitimidade, através da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 41). Os efeitos dessa, também são explanados ao longo do artigo. Ademais, são destacadas outras medidas que equiparam direitos e garantem a proteção aos grupos em desvantagem, em especial à população negra brasileira, a qual possui um passado de martírio e segregação social.

Palavras-Chave: Ação afirmativa. Cotas. Universidade.

Abstract: This article aims to analyze the legal tools used in social control. Being these varied, in order to follow the constant behavioral changes of the Brazilian citizen, as well as to interfere in acts and / or conceptions that can prejudice the professional and intellectual development of some social groups, considered as "disadvantaged groups". The importance and role of public hearings in the present day is addressed, explaining how they enable participatory democracy, which is part of the individual's ability to participate directly in decisions on matters relevant to the country. Affirmative action policies enter the Brazilian legal system as a great ally of the popular strata, since they aim to offer equal opportunities to discriminated social groups. The Quota Law is highlighted, showing how it emerged and the process of legitimacy, through the Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 41). The effects of this, are also explained throughout the article. In addition, other measures that equate rights and guarantee the protection of disadvantaged

¹ Professor de Metodologia da Pesquisa Jurídica e de Sociologia das Instituições Jurídicas no Centro Universitário Cesmac (Maceió/AL), Mestre em Sociologia pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL. E-mail: sergio@mundoemmovimentos.com. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-6152-4922>

² Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário CESMAC. Pesquisadora em Iniciação Científica. E-mail: sarahfrancamendonca@hotmail.com

³ Doutor pela Université Stendhal Grenoble 3 (França). Mestrado em Desenvolvimento Local pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB/MS). Membro do Conselho Indigenista Missionário (CIMI). Professor do Centro Universitário Cesmac. E-mail: jgonzagavieira@gmail.com

groups, especially the Brazilian black population, which has a past of martyrdom and social segregation, are highlighted.

Keywords: Affirmative action. Quota. University.

Sumário: Considerações Iniciais 1. As políticas de ação afirmativa no sistema jurídico brasileiro. 1.1 Análise quantitativa do isolamento do negro pobre na sociedade brasileira hoje. 1.2 Histórico das ações afirmativas. 2 Como atuam as audiências públicas: o caso das cotas nas universidades públicas. 2.1 O Poder Judiciário ouvindo a sociedade civil. 2.2 2.2 O Poder Executivo se manifesta. 3 O Recorrente se manifesta. 31 O Recorrido responde. 4 O pluralismo jurídico na construção da jurisprudência. 4.1 Monismo x Pluralismo jurídico: um debate contra anacronismos normativos. 4.2 O ativismo judicial pela superação da omissão na neutralidade forense. 5 Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 41)- Lei de Cotas no Serviço Público Federal. Considerações Finais: Consequências possíveis aos olhos da sociedade civil Referências

Considerações Iniciais

A insuficiência das leis para resolver os problemas de nosso cotidiano é flagrante no Direito contemporâneo. Todo o debate entre Monismo e Pluralismo tornou-se obsoleto em meados do século XX diante dos desafios do século XXI. Para uma sociedade crescentemente diversificada nos hábitos de seus cidadãos, é preciso ter ferramentas jurídicas para controle social que sejam igualmente variadas. Porém, as recentes leis sobre cotas para afrodescendentes e indígenas em universidades públicas e concursos públicos tendem a criar condições para modalidades de ação afirmativa. Este artigo visa investigar os efeitos da audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e das decisões da Suprema Corte brasileira que atestaram a constitucionalidade destas políticas públicas.

Têm ocorrido, nos últimos anos, diversas audiências públicas perante os tribunais superiores brasileiros, principalmente a máxima corte nacional. Para resolver dilemas contemporâneos sem precedentes normativos locais, o tribunal, chamou para consulta não apenas especialistas de diversas áreas, mais as pessoas que seriam atingidas pelos novos entendimentos jurídicos, estas também puderam se pronunciar. Assim, a suposta distância entre magistrados e cidadãos diminuiu significativamente.

Para os fins desta investigação, foi estudado o caso da audiência pública sobre a constitucionalidade da lei de cotas para universidades públicas brasileiras. A argumentação dos magistrados foi confrontada àquela de especialistas de diversas áreas bem como de movimentos sociais e estudantes beneficiados por cotas.

No primeiro momento, é explicada a lei de cotas e seu contexto social nas duas últimas décadas em diversas universidades brasileiras. Para que sua importância conjuntural fique clara, esta é analisada de acordo com as circunstâncias gerais que marcam as cotas para grupos em desvantagem da sociedade. Em seguida, o debate em curso na sociedade brasileira foi acompanhado tendo por resumo as reflexões expostas no evento, realizado entre os dias 03 e 05 de março de 2010.

Na implantação de ações afirmativas no ensino superior público nacional, o Brasil implantou o sistema de cotas sociais, em que são utilizados critérios de definição de classes socioeconômicas, e critérios étnicos, nas chamadas cotas raciais,

para as quais os candidatos à seleção pública são selecionados entre indígenas ou entre negros. Tal distinção foi considerada para efeitos deste estudo, porém, a cota racial será analisada a fundo, uma vez que esta é foco do STF.

No Brasil, há programas de financiamento estudantil implantados pelo governo federal para estudantes vindos de grupos em desvantagem da sociedade. Contudo, estes casos são voltados à faculdades e universidades particulares. Portanto, também não são objeto da reflexão da corte maior do país.

É preciso lembrar que não há vagas para todos os egressos do Ensino Médio no país. É preciso selecioná-los para as vagas existentes. Por isto, os critérios de eficiência e mérito como contrapostos às compensações por desigualdades históricas (no caso de negros e índios) ou socioeconômicas (no caso de vagas para estudantes de baixa renda familiar) são de grande importância para o presente debate.

Após estes pressupostos sociopolíticos, bem como os argumentos que os fundamentaram, é a vez do contexto jurídico-teórico, que torna possíveis fenômenos como as audiências públicas por parte de juristas e operadores do direito. Assim, as teses do Pluralismo Jurídico e do Neoconstitucionalismo serão investigadas em linhas preliminares para mostrar que nada do que vem sendo feito é isoladamente realizado, mas parte de um novo cenário para o direito ocidental.

1. As políticas de ação afirmativa no sistema jurídico brasileiro

1.1 Análise quantitativa do isolamento do negro pobre na sociedade brasileira hoje

Não são poucos os indicadores sociais que apontem para a ausência de igualdade entre grupos em sociedade. Mais do que “minorias sociais”, usa-se, hoje em dia, a expressão “grupos em desvantagem”, exatamente por isso⁴. Se todos desfrutam da mesma igualdade perante a lei, idênticos na abstrata nomenclatura dada pela cidadania, materialmente diversos fatores sociais criam barreiras que se contrapõem às oportunidades para o acesso ao trabalho, à saúde, à educação, a relacionamentos afetivos. As distinções são imensas.

Enquanto a ordem pública estaria fadada a lidar com a igualdade formal, as demandas por por espaço na convivência apenas recentemente passaram a ser juridicamente reconhecidas, não atribuídas apenas a questões socioeconômicas. A necessidade da intervenção do Estado para dirimir desigualdades históricas é flagrante. Assim, apontam os números de estatísticas sobre escolaridade dos grupos em desvantagem no país. Para os objetivos do presente estudo, serão apresentados apenas números correspondentes à população negra brasileira.

Mário Lisboa Theodoro, Diretor de desenvolvimento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), foi ouvido pela Audiência Pública examinada neste estudo. Como um dos responsáveis por um estudo sobre desigualdades raciais no Brasil, ele relacionou durante 15 minutos números que esclarecem o problema. O IPEA tem estudado há dez anos desigualdades raciais no Brasil. Foi constatado, em

⁴ GARGARELLA, 1999.

números de 2010 apresentados na Audiência Pública, que um trabalhador negro ganha, em média, metade da renda de um trabalhador branco. Além disso, o percentual de negros abaixo da linha de indigência é 2.5 superior do que o de brancos. A população negra são quase 70% dos pobres. Do total de indigentes, 71% são negros. Do total de crianças em idade escolar, 571.000 crianças, 61% são crianças negras.

É importante lembrar que todos os institutos de pesquisa brasileiros usam o critério de autodeclaração de raça. Devido à ampla miscigenação nacional, há milhares, talvez milhões, de brasileiros que poderíamos considerar negros mas que se declaram de outra etnia. Por isso, os números podem ser ainda piores. Consideram-se apenas aqueles que afirmaram no questionário de pesquisa que eram negros. Nas próprias palavras do pesquisador:

O IPEA atesta a consistência da autodeclaração como critério de definição de “raça” no país. Atesta também a consistência das 5 categorias habitualmente propostas (branca, parda, preta, amarela e indígena) face às categorias livremente utilizadas. Atesta, ainda, a consistência da agregação de pretos e pardos dado as semelhanças socioeconômicas entre os dois grupos e as discriminações sofridas por ambos serem da mesma natureza, associadas a mesmas barreiras raciais (estudo de 2003).

Os estudantes negros, sejam homens ou mulheres, encontram-se em desvantagem em relação aos seus colegas brancos em todas as séries e níveis de ensino. No caso dos matriculados no ensino fundamental, os estudantes negros são menos estimulados e sofrem mais discriminação nas escolas, o que prejudica seu desempenho futuro.

Não há neste caso uma dicotomia entre focalização e políticas universais. Pelo contrário, as políticas universais apenas poderão se realizar plenamente se contarem com políticas de valorização da diversidade, uma delas são as cotas.

Por fim, o pesquisador lembrou que, até hoje, foram 52.000 os estudantes negros beneficiados por cotas. As cotas são um mecanismo apenas para ingresso, ninguém sai da universidade por cotas. O que se visa é habilitar negros às mesmas oportunidades no mercado de trabalho, o que não significa que tenham vagas asseguradas. No entanto, impede que encontrem portas fechadas por serem negros.

1.2 Histórico das ações afirmativas

Na perspectiva do sistema jurídico do Brasil, antes de falar em cotas é preciso examinar a legislação contra discriminação. Para isso, serão lembrados dispositivos da Constituição Federal e de leis federais infraconstitucionais.

Há mais de uma norma constitucional que prevê o combate à discriminação, é necessário começar pelos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, descritos no art. 3º, em seu inciso IV consta como um deles: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. No art. 5º, responsável pela tutela dos direitos fundamentais, consta em seu inciso XLII uma forte proteção à sociedade brasileira contra o racismo: “XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

Seria possível afirmar que toda a questão seria anacrônica, uma vez que a genética já descobrira há décadas que não há distinção de raças dentro da espécie humana. Logo, não seria possível falar em racismo. Contudo, o Supremo Tribunal Federal (STF), já decidiu sobre os critérios para racismo no Brasil.

Foi no julgamento do Habeas Corpus n. 82424, em 2003, que se tratou da condenação do editor de livros nazistas Sigfried Ellwanger. Discutiu-se se a Constituição se referia a uma proteção aos negros, à discriminação em geral ou se nada disso seria válido diante da liberdade de expressão. Não se sabia, logo, qual seria a norma de fundo em discussão. Após nove meses de julgamento, prevaleceu o entendimento do Ministro Mauricio Corrêa, segundo o qual “disse que a genética banii o conceito tradicional de raça e que a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social, originado da intolerância dos homens”. Raça e racismo seriam, pois, termos cujo significado dependeria de contextos sociais, uma vez que já não pertença mais, no caso humano, da Biologia⁵.

Toda referência normativa a raça ou racismo passara, assim, a ser interpretada como discriminação em geral, sem prevalência de qualquer grupo étnico e sem que coubessem reflexões sobre a racialização da população contra ditames das ciências naturais. Com esta decisão paradigmática, o STF determinou a norma de fundo válida para qualquer pendência de ordem racial no sistema jurídico pátrio.

Com este esclarecimento, chega a ocasião de recordar da legislação infraconstitucional contra racismo. A lei n. 7716, de 1989, regulamenta o texto constitucional sobre o crime de racismo, definindo penas para certas condutas. A lei n. 9029, de 1995, relaciona racismo a discriminação em geral e lida com um contexto mais amplo e que importará de modo mais evidente para os fins do presente estudo. Ao se referir em parte de seu texto à proteção contra discriminação em exames médicos, resguarda seu *caput* do art. 1o. para circunstâncias mais gerais: “Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade (...)”.

Diversas leis brasileiras vieram em curto intervalo de tempo para definir cotas para diferentes circunstâncias da sociedade. Protegia-se o acesso de pessoas com deficiência ao mercado de trabalho, de mulheres às eleições, entre outras condições⁶. Porém, não havia qualquer debate nacional a seu respeito. Esta realidade mudou e necessitou de intervenção do Supremo Tribunal Federal quando foram regulamentadas cotas para o acesso de estudantes negros e indígenas pobres às universidades públicas brasileiras.

No caso brasileiro, as cotas começaram com a Lei n. 10558, de 2002. Antes tratava-se de Medida Provisória, n. 63 do mesmo ano, que fora convertida em lei. Prevê, em seu art. 1o.:

Fica criado o Programa Diversidade na Universidade, no âmbito do Ministério da Educação, com a finalidade de implementar e avaliar estratégias para a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, especialmente dos afrodescendentes e dos indígenas brasileiros.

⁵ STF, 2003.

⁶ Em 1991, a lei n. 8213, de 1991, definiu cotas no mercado de trabalho para pessoas com deficiência. A Constituição Federal dispõe, em seu art. 37, VIII, sobre reserva de vagas em concursos públicos para este grupo da sociedade.

Foram implantadas com critérios conjugados, socioeconômicos e étnicos, porém esta hipótese não ficou clara em muitas universidades. No sistema de ensino superior do país, há a garantia constitucional da autonomia universitária. Por este fim, o Ministério da Educação fiscaliza os cursos superiores quanto a currículos mínimos e detém a maioria das bolsas disponibilizadas, porém a implantação de mudanças administrativas depende de aspectos que a própria instituição pode estabelecer.

As cotas são, pois, consideradas por seus defensores entre gestores públicos que as implantaram como uma etapa do sistema de ação afirmativa do país. Não guardam semelhança com as cotas existentes para trabalhadores com deficiência na iniciativa privada e no serviço público, pois carecem de perenidade no caso de estudantes. Durarão um limite estrito de tempo, para que contribuam à adaptação da sociedade como inclusiva e multiétnica.

2. Como atuam as audiências públicas: o caso das cotas nas universidades públicas

2.1 O Poder Judiciário ouvindo a sociedade civil

A Constituição Federal brasileira abre espaço para democracia participativa. Audiências públicas se inserem nisso. A Lei n. 9882, de 1999, regulamenta no Brasil as Audiências Públicas perante o Supremo Tribunal Federal. Em seus arts. 1o. e 6o, estão os fundamentos para esse procedimento:

Art. 1º. A arguição prevista no § 1º. do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. (...) Art. 6o. § 1o.: § 1º. Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal regulamenta para julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade, art. 21, XVII. Há diversos tratamentos para a figura do *Amicus curiae*, especialistas e interessados que colaboram com as questões julgadas.

Têm sido sempre deixadas para temas de grande repercussão, nunca como algo rotineiro. Ocorrerá com reserva de terras indígenas e com células-tronco antes. Quando começaram os trabalhos no primeiro dia de Audiência, havia três ministros da suprema corte nacional presentes: Ricardo Lewandoski (relator do processo e moderador dos debates durante a Audiência Pública), Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Nos dois outros dias, mantinha-se o relator mas alternavam-se outros ministros, segundo a conveniência para cada um de estar presente.

A Vice-procuradora geral da República, Débora Duprat, lembrou aspectos das Ciências Humanas, permitindo o que foi constante durante a audiência pública:

construir em termos sociopolíticos a norma de fundo que a legislação, aparentemente, não trazia clara.

Afirma Duprat⁷ que toda constituição é uma ruptura com uma ordem anterior e um projeto de futuro para uma sociedade. Ela ressaltou três perspectivas para seus argumentos: Filosófica, Política e Jurídica. O momento anterior àquele em que vivemos seria aquele que na Filosofia correspondeu ao Iluminismo, ao racionalismo construtor kantiano. Porque o modelo que se seguiu a esse padrão filosófico era do sujeito cognoscente, sujeito que constrói o mundo. Mas, se a partir de conceitos apriorísticos constitui o mundo este sujeito não pode ter suas diferenças reconhecidas, tem que ser único, sem qualidades, indefinido, representativo de todos os outros sujeitos. Na vertente política, lembra a Revolução Francesa.

O Direito nunca foi alheio à diferença, como salienta Duprat, mas elegeu certo modelo que lhe interessava. Antes da Constituição de 1988, lidava com classificações binárias: “homem x mulher, branco x negro/índios, adulto x adolescente/idoso/criança, proprietário x despossuído, são x insano”. O segundo grupo sempre com um valor negativo em relação ao primeiro grupo. O sujeito de direito então tem cara, cor, sexo, condição financeira sempre bem definidos. A Constituição Federal de 1988, vigente no Brasil até nossos dias, reconheceu o caráter plural da sociedade nacional. Diz isso nos arts. 215 e 216 ao falar de cultura e grupos formadores da identidade nacional, entre negros e índios. A lembrança da vice-procuradora é oportuna. Como consta no texto constitucional:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: (...)

V valorização da diversidade étnica e regional Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.(...)

§ 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

⁷ Os parágrafos seguintes até alcançar as citações diretas à Constituição são paráfrases com referências indiretas ao que fora dito pela vice-procuradora.

As referências aos demais grupos acima reforça isto. Recupera o espaço ontológico da diferença. A Constituição Federal fala de cotas para mulheres, para pessoas com deficiência, porque as cotas antes de atentar contra o princípio da igualdade realizam a igualdade material. São a porta de entrada para que as instituições públicas tenham um caráter universal. O saber das universidades tem ainda o saber do grupo hegemônico. Ao falar em meritocracia, é sobre este tipo de saber. Eis por que é diferente implantar nas escolas públicas quem conte a história indígena e afrodescendente, pois não têm quem as conte. Os espaços públicos ainda estão ocupados pelo grupo hegemônico. As cotas, por outro lado, permitem o pluralismo nas diversas instituições nacionais, são políticas inclusivas. Ao contrário da sociedade hegemônica que confina os diferentes aos espaços privados. Diferente do discurso de que cria diferenças, castas, ela inclui, traz para o espaço público a multiplicidade da vida social. As cotas com recorte étnico incomodam porque reconhecem a existência de raças.

O único critério possível é do autorreconhecimento. Uma sociedade hegemônica tem poder sobre classificações. Em uma sociedade plural, cada um afirma quem é. Afirmar que é negro traz consequências posteriores ao ingresso à universidade, ao mercado de trabalho.

Assim, considerou-se no Poder Judiciário que esta era a postura a ser apresentada por parte do próprio Judiciário. As demais manifestações corresponderiam à sociedade civil organizada, a técnicos, representantes do Poder Executivo e das partes envolvidas na ADPF correspondente à questão.

2.2 O Poder Executivo se manifesta

Luis Inácio Adam, então Advogado-geral da União, afirmou, em sua fala na audiência pública ora em estudo, que o constituinte verbalizou o inconformismo da nação, que evoluíssemos de uma realidade estática e formal para um estado de coisas dinâmico, democrático e plural. A busca pela igualdade material não se contenta com medidas repressivo-punitivas regulatórias, mas precisa que o Estado atue de maneira vanguardista com políticas de superação de hábitos de modo a afastar qualquer possibilidade da discriminação ser encarada como um determinismo social indelével. Nada mais natural que os primeiros projetos neste sentido surgissem de universidades públicas, espaço cultural tradicionalmente dedicado à produção do conhecimento crítico. Em boa hora, as universidades públicas fizeram uso de sua autonomia criando programas de inclusão nas balizas da proporcionalidade constitucional com leitura igualitária da democracia, visando sustentar uma visão multicultural da sociedade. Neste ponto, mostra-se pertinente fazer considerações sobre as contestações mais normais às políticas de cotas. Sustenta-se que a raça não seria por si só algo que obstaculizasse o acesso do negro ao ensino superior, mas a precária situação econômica de grande parte da sociedade. Seria visão reducionista da desigualdade racial, que é historicamente determinada. A desigualdade econômica, isolada, recebeu soluções diversas no texto constitucional. Resta evidente que a reserva de vagas não parte apenas de questões econômicas, mas do resgate de minorias alheadas da participação político-social de que têm sido excluídas. Nada mais justo que este resgate comece pelas universidades.

Mais uma vez, foi afirmado que o conceito de raça seria biologicamente inexistente. Para os homens, seria construção mental baseada em certa modalidade de opressão social. Parte do fenótico do indivíduo não só em sua cadeia de ancestralidade. Racismo de estampa em vez do racismo de origem. É suficiente para desconstruir a tese da miscigenação, de uma democracia racial no Brasil. A discriminação opera por medidas diretas e indiretas. O fenótipo do indivíduo torna importante o critério de autorreferência do indivíduo. A política de cotas não pressupõe uma disposição estatal de afirmar a existência humana de raças, mas sim o intuito de combater a discriminação racial. Reconhecimento de uma condição discriminatória historicamente determinada em defesa de uma sociedade efetivamente plural. Para alcançar a igualdade é preciso primeiro reconhecer as diferenças.

Afirma Adam, lembrando Boaventura de Sousa Santos⁸, uma igualdade que não rejeite as particularidades. Na verdade, as discriminações raciais são discriminações culturais, apropriações de grupos sociais. Também não procede o argumento de que haveria discriminação reversa e um Estado racial no país. Primeiro, porque parte de conjecturas sem precedentes históricos. A política geral de cotas tem gerado sadio convívio das pessoas. Por fim, rechaçar que seria oposta ao sistema meritocrático. Rejeita desigualdades pretéritas entre candidatos, perpetuando e fortalecendo diferenças sociais mais do que o mérito que haveria naqueles que não tiveram oportunidades.

O Estado brasileiro possui, em seu governo federal, uma Secretaria de Igualdade Racial, cujo Ministro de Estado é Edson Santos de Souza. Curiosamente, este posto tem sempre sido ocupado por ministros negros, assim como a secretaria especial de direitos da mulher tem sido ocupada por mulheres. É como se o próprio Estado tivesse suas cotas, infelizmente, como se sem pertencer ao grupo em desvantagem em discussão não fosse possível defendê-lo. Lembro que as Secretarias Especiais têm status de Ministério no Brasil.

O secretário iniciou sua defesa das cotas lembrando que apenas recentemente foi recuperado o comércio exterior brasileiro com o continente africano, ignorado em relações econômicas desde o comércio escravagista de séculos atrás. Brasil participou da Conferência contra Racismo em Durban com entusiasmo, é signatário e tem sido referência no mundo nas ações de combate à desigualdade racial. O negro ficou sem mecanismos de inclusão, seja no acesso à terra, seja no acesso à educação ou ao trabalho logo da abolição da escravidão. Ele lembrou dos números que foram repetidos por diversos expositores, e que já estão presentes neste estudo em outra seção.

Em seguida, o secretário ponderou que as cotas não são a solução definitiva para a redução da desigualdade, mas um instrumento que oferece uma perspectiva de futuro para uma parcela esquecida do povo negro brasileiro que sonha com a universidade, formar-se nas mais diversas áreas, e cabe ao Estado lhes assegurar. Não há notícias de segregação nas universidades já beneficiadas por cotas e a ciência social deve se apoiar em fatos para definir perspectivas de futuro. O que se observa é que não há indícios de grandes conflitos na sociedade brasileira. São cerca de 60 universidades que adotam cotas sem grandes conflitos. Exemplo da PUC-RJ. Há 15

⁸ Não foi mencionada alguma obra, mas é possível encontrar essas ideias na seção seguinte do presente estudo, quando a contribuição de Boaventura de Sousa Santos ao Pluralismo Jurídico será examinada..

anos recepciona estudantes via pré-vestibular para negros e pobres. O convívio destes com os demais estudantes tem sido absolutamente cordial e democrático.

Uma outra secretaria especial é a de Direitos Humanos, cujo secretário é Erasto Fortes de Mendonça.

Ele relembrou o papel histórico da Declaração Internacional de Direitos Humanos, com referências a Norberto Bobbio e Hanna Arendt a este respeito (não foram mencionadas obras). Interessante sua pontuação sobre a Constituição Federal, pois inicia-se pelo Preâmbulo constitucional, apesar dele não ter força de norma (segundo a interpretação do secretário), mas que ressalta mesmo assim que o papel de nossos representantes eleitos reunidos é constituir um Estado Democrático de Direito.

A dignidade humana é inata como atributo ontológico. Para defender esta frase forte, exige que seja reconhecido como a legislação brasileira já se opôs à dignidade da pessoa humana, quando sustentou a escravidão negra e o massacre indígena por séculos. O país que mais importou negros escravizados e o último a abolir a escravidão. Até o século XIX, negros mesmo libertos precisavam solicitar a dispensa de defeitos de cor, atestado pelo qual abdicavam da negritude para ocupar cargos públicos, militares e eclesiásticos. No campo educacional, instrumentos legais impediram o acesso de negros aos bancos escolares, como o Decreto 1.331 de 1854 que reformou o ensino básico brasileiro com a obrigatoriedade da escola pública para crianças, mas em seu art. 2o. Dizia que não seria admitida a matrícula para aqueles que tivessem moléstias contagiosas, os não-vacinados e os escravos. A abolição da escravidão não deu reconhecimento aos negros da sua dignidade, mas licença para serem objeto de preconceitos, como marchinhas carnavalescas atestavam, “O teu cabelo não nega mulata...”.

O secretário de Direitos Humanos lembrou que são diversos os instrumentos internacionais que o Estado brasileiro ratifica para combater a discriminação racial. Convenção contra discriminação racial da ONU e a primeira Conferência contra Racismo e Xenofobia de Durban, em 2001. Esta insta os Estados a ter programas de ação afirmativa, inclusive no campo da educação. A própria Constituição Federal sinalizou o acolhimento destas medidas, pois nos fundamentos da República estão ações transformadoras do quadro social e político, como construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza, promover o bem de todos sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade nem qualquer outra forma de discriminação. Os verbos utilizados pelos constituintes ao definir os objetivos fundamentais da República reclamam do Estado um comportamento ativo, obrigações transformadoras do quadro social e político. Não se trata apenas de impedir o preconceito mas de agir por uma mudança social.

A educação é assinalada como um direito humano no art. 26 da declaração de direitos humanos. A Secretaria Especial de Direitos Humanos compreende portanto a justiça de emprego de ações afirmativas como cotas raciais para o ingresso no ensino superior brasileiro e entende que as políticas universais de acesso não lograram êxito no sentido de incluir esta parcela da população.

Compreende também a especificidade da discriminação racial frente a questões econômicas, pois não parece ter o mesmo significado no Brasil ser branco pobre e ser negro pobre. Este é discriminado duplamente, pela condição socioeconômica e pela condição racial. O racismo não pergunta às suas vítimas qual é a sua renda mensal. Secretaria Especial de Direitos Humanos compreende ainda que o princípio da igualdade de oportunidades requer a atuação do Estado para

corrigir desigualdades artificialmente criadas pela sociedade pela promoção de oportunidades iguais às vítimas de discriminação para que usem serviços educacionais. Tendo em vista o sistema de mérito, pertencer à raça não é condição suficiente para ser beneficiado, o critério de mérito também deve ser satisfeito. As ações afirmativas também não querem ser uma discriminação em desfavor das maiorias. Por isto a necessidade de fixar percentuais mínimos para assegurar a presença de minorias bem como a natureza temporária destas ações. Não são excludentes, portanto, de políticas universalistas da qualidade da educação básica. Ao contrário, devem ser uma combinação como tem sido o empenho do governo brasileiro ao compreender a educação como um processo sistêmico em que os diversos sistemas educacionais se complementam solidariamente.

Somos, finalmente, levados a não enxergar o sistema de cotas como um favor fornecido pela sociedade, mas um benefício pois ao tornar-se parte da universidade a população negra contribui para a democratização do espaço acadêmico. A universidade tem sabido usar com maturidade e responsabilidade a autonomia universitária assegurada pela Constituição para assegurar diferentes modalidades de ingresso ao ensino superior.

Fora do campo das secretarias especiais, foi designada a Secretária de Ensino Superior do Ministério da Educação (MEC), Maria Paula Dallari Bucci. Com diversos gráficos, ela defendeu que tem havido uma evolução contínua no tempo de escolaridade dos brasileiros acima dos 25 anos de idade nos últimos anos. A escolaridade de negros e brancos mantém a mesma distância desde 1987, com aumentos graduais na distância. Entre 15 e 17 anos, a diferença é ainda mais aguda. No acesso ao ensino superior, a melhora no acesso não chegou aos negros.

O Exame Nacional do Ensino Superior, que traz números sobre o desenvolvimento da educação brasileira nas faculdades e universidades, também teve seus dados apresentados. Uma pesquisa com base em 10 cursos do ENADE mostra, segundo a secretária, que os cotistas entraram em todos os cursos com defasagem na sua formação básica, mas o desempenho no final dos cursos foi equivalente quando não foi superior aos não bolsistas.

Apesar da ação judicial referir-se a negros, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) fez-se presente por meio do seu presidente, Carlos Frederico de Souza. Ele defendeu o fim do critério de integração ser a perda da identidade étnica, antes usado com negros e indígenas, critério de integração punitiva, em que era preciso o caráter homogêneo da identidade nacional.

Ele afirmou, ressaltando o caráter ideológico presente em muitas das reflexões sobre cotas, que existiria na afirmação da identidade étnica um direito à opção contra a modernidade do capitalismo ocidental.

O presidente da FUNAI inovou frente aos demais depoimentos do primeiro dia de Audiência Pública, pois converteu parte da sua exposição em um depoimento. Afirmou que ensina em um Mestrado sobre Direito Ambiental na UFPR, onde dois mestres são indígenas, de etnias Pacararu e Guarani. Ambos atuam como advogados nas comunidades indígenas. A universidade, a diversidade na pesquisa, os alunos que com eles cursaram o Mestrado, ganharam mais do que o título que eles ganharam. Professores puderam ter intercâmbio claro de conhecimentos. Reduzir ou impedir as cotas seria atécnico e contrário ao desenvolvimento da ciência, por todo o conhecimento sobre a natureza que é próprio das comunidades indígenas e se cercearia o acesso pelas universidades.

As desigualdades raciais mantêm-se a cada geração com perversa estabilidade dando ao Brasil, apesar da crescente prosperidade no país, o título de mais desigual das Américas.

3 O Recorrente se manifesta

Roberta Fragoso Kaufmann, advogada do Partido Democratas (DEM), que pediu para manifestar-se na Audiência contra as cotas, começou por fazer reservas a grande parte dos argumentos até então apresentados. afirmou, por exemplo, que não se discutem nessa ação cotas para índios. No plano de metas da UnB há vagas para índios mas não foram atacadas pela ação. Também não se discute o modelo de ação social implementado no Brasil. Quase toda a totalidade da argumentação jurídica sobre o tema vinha discutindo a distinção entre igualdade material e formal, citando Aristóteles e Rui Barbosa sobre a proporcionalidade. Porém, apesar de idealmente todos concordarem, não nos define o que em cada contexto seja minoria social.

Não é por que existam cotas, afirmou a título de exemplos na perspectiva internacional, para dalits da Índia ou esquimós do Canadá que toda medida igualitária será válida em qualquer localidade do mundo. É preciso ver o que, em cada sociedade, seja minoria apta à intervenção estatal. Tanto é que nessa ação não se discutem cotas para deficientes, mulheres nem se discute sermos uma sociedade racista. Contudo, o racismo deve ser punido como crime, como ocorre com outras minorias que não são protegidos por cotas mas protegidos por lei contra discriminação, como hare-khrishna, nordestinos, homossexuais etc⁹.

A ação, verdadeiramente, discute se a imposição de um Estado racializado, racismo institucionalizado com base na cor da pele, se é a medida mais justa para uma sociedade mais igualitária. Têm sido implementadas tais políticas com base no Direito comparado, com resultados desastrosos em Ruanda, África do Sul e Estados Unidos. EUA iniciaram as cotas raciais. Nunca houve lá miscigenação tal qual no Brasil, por leis contra relações interracialias. Até 1977 casamentos entre pessoas de raças diferentes ainda era proibido. Racismo institucionalizado. Desde o hospital onde nascia o indivíduo até o cemitério onde ele era enterrado, todas as instituições segregavam com base na cor da pele. Qualquer espaço de convivência social. Foram implementadas culturas paralelas em que brancos e negros não se misturavam. Houve um suporte social com base na Klux Klux Kan, que chegou a ter milhões de membros.

Dworkin (não se refere a em que obras), que é favorável às cotas raciais, não usa de argumento igualitário, mas da diversidade. Que é importantíssimo que brancos e negros ao menos uma vez na vida consigam conviver no espaço público. Ele revela a importância de observar valores daquele outro povo, porque são culturas verdadeiramente separadas. Essa ideia de país racializado teve o beneplácito da Suprema Corte com a famosa decisão de 1896 no caso *Class versus Ferguson* quando se deu início à doutrina “iguais mas separados”. Não podemos esquecer que todas as esferas de governo aplicavam a segregação racial.

⁹ O tom empregado pela advogada deixa evidente, na generalização dos grupos mencionados, que tenta diluir a relevância do tema em análise. Sua divergência, infelizmente, cai para o desprezo à perspectiva da heterogeneidade social exigir a aplicação de regras de proporcionalidade para ações afirmativas.

Nos EUA, os critérios de distinção racial eram muito precisos, por se lidar apenas com dois grupos: ou você é branco ou você é negro, o que era constatado pela regra de “one blood drop” (uma gota de sangue), ainda que o fenótipo fosse branco. Mesmo assim nunca os negros foram mais de 13% da sociedade norte-americana. As cotas raciais surgiram nos EUA, ironicamente, a partir de um presidente branco, racista, conservador e que, em campanha, se havia declarado contra as cotas raciais, Richard Nixon. O primeiro plano de cotas raciais nos EUA surgiu em 1969 o Plano Philadelphia. Os presidentes anteriores, Kennedy e Johnson, sempre foram contrários à discriminação mas sem jamais atuar de maneira inclusiva. Por que Nixon? Ele não pôde fugir do contexto. Houve o assassinato de Martin Luther King, apesar dele ser contra cotas raciais (“eu não justifico cotas raciais diante de tantos brancos pobres”). Nixon respondeu a um barril de pólvora em que estava se tornando a sociedade de seu país.

Caetano Cuervo Lo Pumo, advogado de Giovane Pasqualito Fialho, recorrente e membro também do DEM, lembra que seu cliente ingressou com a ação que ora deu margem à presente Audiência Pública porque, sendo professor de música do ensino fundamental, 132o colocado em um universo de 160 vagas do vestibular, que teria se classificado pelo critério do mérito, que foi excluído devido às cotas. Este critério “inclui excluindo” afirma Pumo. Até então foram debatidos apenas os incluídos, mas foram esquecidos os que são excluídos apesar do seu mérito. Estudou em uma escola privada de classe média de Porto Alegre, não é economicamente privilegiado, estaria no 5o período de Administração.

Ele apresenta sucessivos critérios de contestação. Sobre a forma: pode a universidade definir esse critério sem lei? O Congresso Nacional tem uma Comissão de Educação, uma Comissão de Constituição e Justiça. Lá, assim, é possível definir um critério melhor. Sair de escola pública, mesmo as da elite da escola pública, é critério. O PROUNI usa critérios melhores, com imposto de renda da família, comprovantes de renda familiar.

Pode trazer problemas na ordem internacional para o Brasil, adverte Pumo. O Brasil é signatário do Tratado de San Salvador¹⁰ que, como nossa Constituição, buscam garantir o ensino fundamental para todos e o ensino superior conforme o mérito. Não é diferente da declaração da UnB de 1958. De acordo com o advogado, seria preciso se explicar perante cortes internacionais como se exclui com base em presunção.

¹⁰ Não foram mencionados em sua exposição os artigos específicos mas cabe lembrá-los. Não é tão fácil afirmar que o Brasil viole o protocolo de San Salvador. Vejamos dois dos seus dispositivos. O art. 13, item 2, assim se encontra: “2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz”. No item 3, duas alíneas ressaltam o risco de má-fé do procurador, pois as normas dizem o contrário do que ele se propõe: “c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;(…) e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales”.

3.1 O Recorrido responde

Em nome da Reitoria da UnB, José Jorge de Carvalho, apresentado como pesquisador do CNPq, lembrou que a proposta de cotas na UnB surgiu da constatação de que o espaço da universidade era segregado e hostil aos estudantes negros que dele faziam parte.

Em 20 anos de existência, o programa de doutoramento da universidade ainda não tinha recebido nenhum estudante negro. No ano 2000, já como parte da formulação da proposta de cotas, foram realizados dois censos de identificação. O primeiro foi voltado a saber quantos eram os professores negros na universidade. Sem dificuldade, foi constatado que a UnB tinha apenas 15 professores negros de um total de 1.500 docentes. 40 anos após ter sido criada com uma proposta de modernização do ensino superior no Brasil, a UnB apresentava um perfil de extrema desigualdade racial. No outro censo, visava-se identificar a porcentagem de estudantes negros pobres. Naquele momento, a UnB contava com 20.000 estudantes de graduação e destes 400 residiam na casa do estudante. No CEU, havia apenas 10 estudantes negros, sem contar os estudantes africanos que lá residiam. Se a tese de que os estudantes negros não estariam entre os pobres e, por este motivo, as cotas raciais não seriam necessárias fosse correta, deveriam existir pelo menos 180 estudantes negros no CEU. Mas não foi o que aconteceu, os estudantes negros eram apenas 2,5% dos mais pobres.

Afirma ainda o representante da Reitoria que a UnB foi a primeira universidade federal a adotar esse sistema. Já possui, desde o segundo semestre de 2004, cerca de 4.300 cotistas negros. Um resultado visível desta política é que o percentual de estudantes negros na UnB já alcançam 12% transversais, cobrindo todos os cursos oferecidos pela instituição. A UnB já diplomou 400 estudantes pelo sistema de cotas. A média de rendimento acadêmico dos cotistas é praticamente a mesma dos demais estudantes. A previsão de catástrofe acadêmica não se cumpriu. A previsão negativa de catástrofe na convivência entre estudantes também não se cumpriu. Tanto a UnB quanto as demais universidades que aplicam o sistema de cotas estão pacificadas, sem nenhuma crise institucional.

4.0 pluralismo jurídico na construção da jurisprudência

4.1 Monismo x Pluralismo jurídico: um debate contra anacronismos normativos

Para demonstrar como a reflexão sobre o Pluralismo jurídico é relevante no presente contexto, serão fundamentais as obras de Boaventura de Sousa Santos, pela dedicação que tem tido ao assunto nas últimas décadas.

Nas diversas obras em que se refere ao tema, Santos vem construindo uma conexão direta entre uma nova forma de entender a aplicabilidade do Direito em sociedade e uma nova perspectiva social. Para isto, defende um “posmodernismo de oposição” contra um “posmodernismo celebratório”¹¹. Para examinar tais termos, é

¹¹ As categorias analíticas presentes em “Sociologia jurídica crítica” serão estudadas segundo a edição em espanhol. Apesar do autor ser português, a obra foi escrita sob encomenda para o Instituto

preciso primeiro investigar o que caracteriza a transição da Modernidade para a Pós-modernidade. É com base em estes pressupostos que o sociólogo português nos permite entender a necessidade do pluralismo jurídico e a superação histórica do Monismo jurídico. Esta será a sequência da construção das ideias a este respeito no presente estudo.

A Modernidade, em termos gerais, vem sendo caracterizada por uma visão linear do tempo e do espaço, tendo em vista a busca da máxima objetividade. Com o império do conhecimento científico, com a Revolução Iluminista trazendo a subjetividade dentro de ditames engessados pela Revolução Industrial. Assim, os últimos séculos da construção racional do conhecimento têm sido pautados por sequências ordenadas de fatos segundo a sua evidência, ou seja, pela possibilidade deles serem provados por quem os afirma. Como afirma Bauman:

A modernidade era uma concepção de movimento e mudança que acabaria por fazer das movimentações e transformações algo redundante, obrigando-as a operar fora de suas próprias atividades – uma concepção de movimento e mudança, mas com uma linha de chegada. O horizonte que a modernidade mirava era a visão de uma sociedade estável, solidamente enraizada, da qual qualquer desvio mais acentuado apenas pode ser uma mudança para pior¹².

A Pós-modernidade, por outro lado, visa afirmar que esta certeza depende plenamente de quem interprete os fatos, que por sua vez podem ser apenas representações consolidadas, consensuais, dentro de certos grupos da sociedade. A nossa subjetividade, a percepção de cada um, poderá transformar a visão social de mundo e confundir-se com a verdade científica, pois será possível provar segundo cada linha de raciocínio diversos fenômenos percebidos no mesmo fato social.

Assim, passa a ser possível uma visão fragmentada do mundo, em que fenômenos são estudados sem a busca por uma Totalidade que os aglomere, que os conecte dando um sentido uno e contínuo¹³. Toda continuidade de sentido passa a ser considerada uma imposição de um viés epistemológico sobre outras possibilidades epistêmicas. Do mesmo modo, a historicidade dos fenômenos deixa de ser fundamental, uma vez que nada seja meramente evolutivo em nossas vidas, mas caracterizado por avanços e recuos no dia a dia das lutas sociais.

Desse modo, toda forma de conhecimento permite enriquecer a visão do presente, uma vez que não exista uma linha histórica “oficial” ou “autorizada”. O senso comum passa a ser uma parte necessária da reflexão científica. É assim que se enriquece o pluralismo jurídico, pois o Direito não terá mais legisladores e

Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, da Colômbia, mantendo-se inédita na própria língua do sociólogo.

¹² BAUMAN, 2010, p. 12.

¹³ Como afirma Bauman: “A visão pós-moderna de mundo é, em princípio, a de um número ilimitado de modelos de ordem, cada qual gerado por um conjunto relativamente autônomo de práticas. A ordem não prece as práticas e, por conseguinte, não pode servir como medida externa de sua validade. Cada qual dos muitos modelos de ordem só faz sentido em termos das práticas que os validam” (BAUMAN, 2010, p. 19). É de se observar que após cerca de 40 anos utilizando a expressão “modernidade líquida” Bauman, para efeitos didáticos facilitando a compreensão de suas ideias, adota a expressão “pós-modernidade” como sinônimos.

intelectuais autorizados, conforme a crítica de Bauman, mas fontes dispersas segundo as diversas formas de controle social que existam em sociedade.

Bauman aplica a metáfora do legislador para explicar aqueles que explicam a sociedade de modo autoritário, fazendo “afirmações autorizadas e autoritárias que arbitrem controvérsias de opiniões e escolham aquelas que, uma vez selecionadas, se tornem corretas e associativas”¹⁴.

O pluralismo de ideias, valores e práticas passa, pois, a ser um aspecto necessário e inevitável do pensamento social, à medida que grupos sociais os mais diversos tenham seus cotidianos igualmente autorizados por quem detenha as regras de controle social em suas mãos, sem mais ter com tanta firmeza este controle.

É dessa dualidade entre o controle social predominante e o reconhecimento das pluralidades de grupos sociais que Boaventura de Sousa Santos encontra sua classificação de “posmodernismos”. A partir dos paradigmas da Modernidade, ele defende que sejam recuperadas suas formas alternativas que, com o tempo, foram desqualificadas até serem suprimidas¹⁵. Seria celebratório aquele que não siga tal parâmetro, sendo apenas o reconhecimento relativista de todas as formas de coexistência como igualmente válidas, o que inviabilizaria qualquer controle social e resultaria na acomodação diante do poder. Para Santos, eis a chave do “posmodernismo de oposição”, encontrar nas contradições da Modernidade como superá-la segundo o que seja melhor para a humanidade¹⁶.

De acordo com Santos, o Pluralismo Jurídico reconhece tal diversidade cultural para encontrar caminhos normativos alternativos aos nossos problemas. Se durante a Modernidade não fora possível, ocorrera porque o Estado Nação consistia em declarar inexistentes o local e o global, vigendo apenas o que estaria dentro dos limites do Estado¹⁷.

A burocracia passa a ser vista, segundo Santos, como um mediador, um elemento para a comunicação e tomada de decisões que, se permanece partindo de uma autoridade impositiva e procedimentos que visem regularizar e normatizar condutas, não mais atua como entidade fixa, imutável a não ser segundo as regras de quem controla diretamente o Estado de Direito¹⁸.

À medida que a interação entre grupos sociais aumenta e o Direito precisa ser um mediador entre eles, a violência da autoridade estatal passa a ser reduzida. O discurso jurídico perde sua autonomia e passa a ser instrumental para auxiliar na solução de conflitos entre outras áreas da sociedade¹⁹.

4.2 O ativismo judicial pela superação da omissão na neutralidade forense

Em sequência, Santos analisa a massificação democrática do Direito. A prática forense vai abrangendo, segundo a satisfação judicial de reclames de uma pluralidade cada vez mais participante, cada vez menos como “grupos em

¹⁴ BAUMAN, 2010, p. 20.

¹⁵ SANTOS, 2009, p. 19.

¹⁶ “(...) es necesario comenzar desde la disyunción entre la modernidad de los problemas y la posmodernidad de sus posibles soluciones” (SANTOS, 2009, p. 44).

¹⁷ SANTOS, 2009, p. 51.

¹⁸ Idem, p. 56.

¹⁹ Idem, p. 57.

desvantagem” e cada vez mais como grupos sociais com características próprias e que visam ser respeitados segundo estas características²⁰.

A “eficácia simbólica” dos juizes corresponderá à sua garantia processual²¹. Examinemos segundo a Audiência Pública em análise. A possibilidade de tal demanda sair da primeira instância e atravessar todas as fases recursais para chegar ao Supremo Tribunal Federal é uma representação da democracia brasileira. A nossa corte maior convocar uma Audiência Pública porque reconhece que não está apta apenas com argumentos formais, técnicos, da interpretação tradicional das normas jurídicas, para resolver sobre o caso concreto é um reconhecimento do Pluralismo Jurídico como elemento de ponderação das normas de fundo no Direito contemporâneo.

Em seu artigo/depoimento, Márcio Túlio Viana, na condição de quem fora juiz por mais de 20 anos, reconhece que o Judiciário tem imensa dificuldade para ser isento quando lida com grupos sociais com os quais o magistrado não convive. A Justiça discrimina tanto quanto a sociedade, quanto qualquer instância de convivência coletiva. O modo como ele aborda que começa a ser percebida a discriminação vem da simbologia comum entre juiz e advogados, promotores em uma sala de audiência²². Vestem-se de modo semelhante, falam com termos parecidos, pertencem à mesma classe social, deixam, pois, evidente que o autor da ação, pobre, nada tem que ver com todo aquele mundo à parte²³.

A formalidade do rito processual, com prazos determinados para se manifestar na sala de audiência, aparentemente gerariam impessoalidade mas, de fato, segundo Viana, apenas ressaltam a dificuldade judicial para igualar as pessoas. Ao desconsiderar critérios proporcionais que são flagrantes no cotidiano, alimentam desigualdades em vez de enfrentá-las. Mal se ouve quem mais precisa falar, devido ao tempo definido de modo rigoroso para manifestações²⁴.

Ao mesmo tempo em que, com a fragmentação pós-moderna de diretrizes ideológicas de grande dimensão, os vínculos sociais vão se tornando mais fluidos, é preciso enxergar como o Judiciário pode exercer o papel, como sintetiza Garapon, de “último disciplinador de uma sociedade em vias de desintegração”²⁵. Como fazê-lo enxergando que em vez de se falar em uma unidade de grandes proporções mas em grupos em desvantagem e dominantes que devam ter suas relações judicialmente ponderadas é o grande desafio de nosso tempo. Como lembra Garapon, a autoridade (representada pela Suprema Corte, no contexto norte-americano que relata) conecta os fundamentos do poder aos critérios contínuos para sua atualização²⁶. Assim deve se portar o Judiciário, reconhecendo continuamente novos limites culturais à sua atuação e novos valores para empregar nos entendimentos que pacifica em sua jurisprudência.

Por esta razão, Habèrle afirma que somos todos intérpretes de uma norma ao viver em um contexto por ela regulado. Afinal, será o contexto sócio-histórico

²⁰ Idem, p. 88.

²¹ Idem, p. 104.

²² Kátia Albuquerque ressalta essa padronização repressora das distinções humanas ao catalogar o cerimonial rígido que deve ser seguido por magistrados e desembargadores em suas cerimônias oficiais (ALBUQUERQUE, 2009).

²³ VIANA, 2010, p. 256.

²⁴ Idem, p. 257.

²⁵ GARAPON, 1999, p. 173.

²⁶ Idem, p. 182.

vivido que dará certo sentido a cada comando proveniente do Estado²⁷. A norma de fundo será não aquilo que a norma de forma lhe autorize ser, mas aquilo de que a sociedade necessite em certo contexto segundo as interpretações culturalmente prevalentes. Em suas palavras:

Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (Öffentlichkeit), dispendo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos²⁸.

Assim, o Estado, ao reconhecer constitucionalmente aqueles que o integram, atribui-lhes poder sobre a sua própria formação jurídico-política. Será interpretado normativamente segundo o que os conflitos culturalmente legitimados lhe definir como campo de forças sociais. Boson elenca diversas situações em que o juiz, na condição de desembargador, como julgador em segunda instância, por diversas ocasiões necessita ponderar sobre limites para discriminações positivas na esfera juslaboral. A diversidade de formas de contratar que a realidade do capitalismo impõe às relações de trabalho faz com que empregados precisem ser protegidos segundo se estão saudáveis, se são ou não terceirizados, se foram aleatoriamente escolhidos para perdão do empregador após uma greve, entre outras condições em que, sem a intervenção isonômica do julgador, haveria a perpetuação de injustiças²⁹.

Herval Pina Ribeiro realizou uma pesquisa com os juízes do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em 2002. Após quatro encontros em que foram recolhidas suas falas sobre o cotidiano profissional, a análise dos discursos constatou que é frequente os magistrados adocarem de tanto trabalhar, principalmente pelo peso da responsabilidade do labor efetuado. Uma síntese está em um dos depoimentos recolhidos:

Há coisas que o juiz iniciante nunca viu e aparecem em juízo e que, para ele, não está claro como proceder. Ele quer consultar um colega, mas teme que a consulta seja tomada como sinal de insegurança, fraqueza, falta de conhecimento ou de domínio sobre a matéria jurídica. E não sabe como o Tribunal avaliará tais consultas. Tenta apoiar-se nos livros e na jurisprudência. Superada a fase crítica de iniciação, ciente da falibilidade própria e dos outros, convencido de que não é obrigado a saber tudo, esforça-se para errar menos³⁰.

Torna-se assim fácil compreender a ampla aceitação do Judiciário a audiências públicas, principalmente caso se presuma que o que foi identificado por Ribeiro possa estar presente em outras instâncias judiciais. Como lembra Supiot, a divisão de poderes (Judiciário, Legislativo e Executivo) não mais parece ser suficiente para esboçar nosso contexto jurídico-político, devido à comunitarização e regionalização de forças. A distribuição de poderes exige concepções novas para

²⁷ HABÈRLE, 2002, p. 15.

²⁸ HABÈRLE, 2002, p. 33.

²⁹ BOSON, 2010, p. 271-273.

³⁰ RIBEIRO, 2005, p. 24.

fazê-los ter sentido em nossas vidas³¹. Em vez da grande quantidade de técnicas que regem cada vez mais nossas vidas laborais aumentar a regulamentação jurídica, a quantidade de problemas para os quais o Direito não tem soluções diretas gera a desregulamentação jurídica. Com ela, as instituições passam a ter cada vez mais um poder moderador de conflitos e cada vez menos de decisão sobre as vidas de terceiros³².

É sob tais circunstâncias, em que a Magistratura não mais é vista como a instância com o controle absoluto do certo e do errado mas moderador de conflitos cujas soluções estão por diversas vezes fora das leis que juízes se organizaram em defesa de critérios de justiça com base na sociedade. Dallari lembra a associação *Jueces para la Democracia*, sediada em Madri, o *Syndicat de la Magistrature*, em Paris e a *Associação Juizes para a Democracia*, do Brasil criada em 1991, em que magistrados possuem posturas ideológicas em defesa de valores sociais claros³³.

Dentro de um processo histórico que Dallari chama de “a boa rebelião” de setores do Judiciário, ele saúda a ênfase das diversas organizações na defesa dos direitos fundamentais, de interesses difusos, de garantias constitucionais em defesa do amadurecimento da democracia em cada país³⁴.

Os instrumentos jurídicos não devem ser vistos, como bem observa Diana Cañal, como um cavalo de Tróia, como subterfúgio para esta ou aquela posição judicialmente sustentável. Por outro lado, a estrutura do Direito deve ser parte do que precisam os cidadãos, pois são eles que lhe dão fundamento ao fazerem seus pedidos pela forma processualmente estabelecida. Contudo, o conteúdo não se esgota na forma usada, mas tem nesta sua ferramenta³⁵. A legitimação dinâmica do poder, possível por meio do acompanhar as transformações sociais, assegura a continuidade de um poder estático (que reside nas instituições perenes) com seu caráter dinâmico (encontrado na atualização da interpretação dos magistrados segundo as mudanças sociais)³⁶.

Assim, a Magistratura torna-se a instância necessária para efetivar formalmente a democracia, por meio da legitimação contínua de demandas sociais que retratem transformações em nosso tempo.

5. Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 41)- Lei de Cotas no Serviço Público Federal

A decisão foi presidida pela ministra Carmem Lúcia, tendo como relator o ministro Luís Roberto Barroso, acompanhado dos ministros Alexandre de Moares, Edson Fachin, Rosa Weber e Luiz Fux.

O Supremo Tribunal Federal (STF) validou a Lei 12.990/2014, em 11 de maio de 2017, com pedido de medida cautelar, que assegura à população negra 20% das vagas oferecidas em concursos públicos para cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, direta e indireta. A matéria apreciada é de extrema relevância, possuindo também significação no que diz

³¹ SUPIOT, 2007, p. 187.

³² Idem, p. 188.

³³ DALLARI, 2002, p. 80-1.

³⁴ Idem, Ibidem.

³⁵ CAÑAL, 2003, p. 59.

³⁶ CAÑAL, 2005, p. 28.

respeito à segurança jurídica. A ação compreendeu o parecer de compatibilidade da política de cotas para negros com os princípios de igualdade previstos na Constituição Federal. Também foram tratadas questões de reserva de vagas; como se dá o controle daqueles que se declaram negros e como deve figurar a ordem de aprovação. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil é requerente da ação. A decisão foi aprovada por unanimidade no Senado Federal e com 90% dos votos na Câmara dos Deputados.

A ação proposta pela OAB foi fundamentada no fato de que há decisões contraditórias, especialmente, em primeiro grau de jurisdição, havendo também controvérsias no que diz respeito ao critério de autodeclaração ou de controle heterônomo. Dessa forma, diante de decisões conflituosas ou de órgãos que descumprem ação legal, a Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou a ação.

O Presidente da República sustentou integral constitucionalidade da Lei, a Câmara dos Deputados não apresentou manifestação e o Senado defendeu a legitimidade formal e material da lei. A Advocacia Geral da República, por sua vez, também defendeu que a Lei corresponde aos princípios constitucionais.

O ministro Luis Roberto Barroso votou pela constitucionalidade da norma, levando em consideração o passado de luta e miséria da população negra no território brasileiro. A Lei é uma forma de mitigar os danos causados a estes povos e garantir o princípio da isonomia, previsto no *caput* do artigo 5º. Fica evidente a semelhança na fundamentação de sua decisão com alguns argumentos anteriormente utilizados, em audiência pública, podendo citar como exemplo o que havia sido falado por Mario Lisboa Theodoro, diretor de desenvolvimento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, o qual ressaltou que a Lei de Cotas visa habilitar os negros às mesmas oportunidades no mercado de trabalho e que esta, também serve para impedir que a população negra encontre as “portas fechadas” por conta de sua cor. Segundo o relator Roberto Barroso, esse grupo de pessoas enfrentam mais dificuldades hoje, por terem sido sujeitos a frequentar os piores colégios, desempenharem as piores funções, morarem nos locais mais perigosos e contaminados pelo crime. Fato esse, se faz presente até os dias atuais. Para mais, o secretário de Direitos Humanos, Erasto Fortes de Mendonça, fala que a legislação brasileira se opôs à dignidade humana quando permitiu que houvesse escravidão. Além disso, foi o país que mais importou negros e o último a abolir essa prática. Diante disso, percebe-se que seu argumento também vai de encontro com o passado de dificuldades, proferido pelo relator através de exemplos que comprovam esta tese.

Outrossim, como aludido pela Ordem dos Advogados, a oportunidade conferida a um indivíduo por meio de políticas públicas no combate ao racismo possui não só efeito instantâneo, como também um papel relevante no tocante a gerar efeitos a longo prazo, ou seja, às gerações futuras. Dessa forma, contribui para que a educação e o emprego dos que se enquadram na Lei, influencie o futuro de seus filhos. Como dito anteriormente, não há vagas para todos os candidatos que lutam por um espaço, tanto nas universidades, quanto em empregos públicos, dessa forma, faz-se necessário voltar os olhares àqueles que possuem maiores dificuldades em decorrência da falta de oportunidades, por sua carga histórica de desempenharem na maioria das vezes trabalhos braçais e pela ideia de que os povos afrodescendentes não possuem capacidade para exercerem funções que exijam maior capacidade cognitiva. É necessário ainda, que as barreiras impostas a estes, durante séculos, sejam quebradas. Para tanto, a maneira mais rápida e eficaz de equiparar as

oportunidades, é a adoção de ações afirmativas, como as vagas reservadas a cotistas, que é a principal no Brasil.

Consoante a OAB, a Lei de Cotas objetiva criar ações de combate à desigualdade e viabilizar uma maior participação dos negros nos serviços públicos federais. Ademais, foi ressaltado que as cotas no serviço público são uma representação da extensão das cotas universitárias e demonstram o crescimento das ações afirmativas de combate à discriminação e desigualdade social no Brasil. Garantir a representatividade negra nos cargos mencionados, é uma forma de democratizar o espaço dos empregos públicos, uma vez que o Brasil abriga a maior população afrodescendente fora dos países africanos.

Por unanimidade dos votos e nos termos do voto do relator, o Tribunal julgou procedente o pedido de tornar integralmente constitucional a Lei de Cotas. Foi fixada a seguinte tese de julgamento: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.”

Na decisão não houve audiência pública, porém, entidades admitidas como *amicus curiae* participaram. Dessa forma, foram gerados efeitos práticos semelhantes aos que decorrem de sua intervenção, pois possibilitam a amplitude de debates no STF em torno do assunto tratado, com a diferenciação de que, em audiências públicas, há uma manifestação induzida das entidades, enquanto no *amicus curiae* a manifestação pode ocorrer de forma voluntária.

Conclusão: Consequências possíveis aos olhos da sociedade civil

Considerando-se a questão em termos culturais, é curioso que a grande discussão parta de alguém se declarar negro para alguma vantagem particular. Afinal, a discussão dos movimentos sociais costuma ser que nunca alguém racista tentaria se beneficiar igualando-se ao objeto de seu repúdio. Por outro lado, quem primeiro tinha motivos apenas para vergonha de sua etnia passa a se orgulhar. O Estado afirma que esta pessoa tem sua tutela durante os estudos superiores, portanto poderá ser resguardada a compensação de desigualdades vigentes no seu acesso a boas escolas antes.

Paradoxalmente, as universidades em que mais se realizam pesquisas no Brasil, bem como aquelas de melhor desempenho nos diversos indicadores de verificação de qualidade existentes, são todas públicas. Portanto, aqueles que se beneficiam de vagas públicas porque estudaram em boas escolas particulares garantiriam melhor desempenho nas provas para serem selecionados à universidade, agora disputam com quem sempre estudou em escola pública e tem pele mais escura do que a sua.

Para além das opiniões imediatas e unilaterais de magistrados, os Ministros do Supremo Tribunal Federal mostram que a diversidade cultural de nossa sociedade não os autoriza a decidir por conta própria, sem ouvir o outro da relação. O formalismo excessivo é, assim, moderado nas Audiências Públicas ao se encontrar tanto argumentos técnicos quanto histórias de vida que permitam reconhecer que não se sabe muito além do que as salas de audiências lhes mostram.

O Pluralismo Jurídico tem permitido o amadurecimento de diversas modalidades de ativismo judicial, com o respeito devido à construção de uma democracia participativa em que todos podem ter o que dizer na solução de seus problemas. A repercussão geral da presente ação traz mais do que novas normas formais para conflitos sociais, mas novos caminhos para a interpretação do Direito como campo de integração de conflitos de forças.

Deste modo as conclusões jurisprudenciais ainda encontram-se em aberto, pois sua efetividade nos fóruns brasileiros, alterando as práticas de seleção discente de universidades públicas brasileiras, trarão novos desafios. Porém, são controvérsias que já trarão como pressuposto o reconhecimento de uma sociedade multifacetada.

Referências

ALBUQUERQUE, Kátia Oliveira Bonifácio. **Egrégia corte**: manual do cerimonial no Poder Judiciário. Maceió: Catavento, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

_____. **Modernidad líquida**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009.

BOSON, Luís Felipe Lopes. A discriminação na jurisprudência. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; CANTELLI, Paula Oliveira (coord.). **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2010, p. 268-278.

BRASIL, República Federativa do. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24.07.2017.

BRASIL, República Federativa do. **Lei n. 9882**, de 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24.07.2017.

BRASIL, República Federativa do. **Lei n. 10558**, de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24.07.2017.

BRASIL, República Federativa do. **Lei n. 7716**, de 1989. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24.07.2017.

BRASIL, República Federativa do. **Lei n. 9029**, de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24.07.2017.

CAÑAL, Diana. **Decisiones judiciales**: la relación entre normas de fondo y de forma. Buenos Aires: Quorum, 2006.

_____. **Filosofía del Derecho**: una propuesta interactiva. Buenos Aires: Quorum, 2005.

CANTELLI, Paula Oliveira. O negro e as ações afirmativas: a discriminação que inclui. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; CANTELLI, Paula Oliveira (coord.). **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2010, p. 312-25.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DAYS III, Drew. Acción afirmativa. In: GARGARELLA, Roberto (compilador). **Derecho y grupos desaventajados**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 41-66.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARGARELLA, Roberto. Introducción. In: GARGARELLA, Roberto (compilador). **Derecho y grupos desaventajados**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 11-30.

HAIDAR, Rodrigo. A mão da justiça. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.consultorjuridico.com.br>>. Acesso em: 14 out. 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

NACIONES UNIDAS DERECHOS HUMANOS, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. **Protocolo de San Salvador**. Disponível em: <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/protocolo_san_salvador.html>. Acesso em 20 de setembro de 2011.

RIBEIRO, Herval Pina. **O juiz sem a toga**: um estudo da percepção dos juízes sobre trabalho, saúde e democracia no Judiciário. Florianópolis: Lagoa, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociología jurídica crítica**: para un nuevo sentido común en el Derecho. Bogotá, Colombia: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos – ILSA, 2009.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em 20 de setembro de 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41*. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322884921/acao-declaratoria-de-constitucionalidade-adc-41-df-distrito-federal-0000833-7020161000000>>. Acesso em 23.07.2017.

_____. **Audiência Pública**: *Cotas*. Audiência pública sobre a constitucionalidade de políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior,

evento realizado no STF, em Brasília/DF, nos dias 03 a março de 2010. TV Justiça. 3 DVDs.

_____. STF nega Habeas Corpus a editor de livros condenado por racismo contra judeus. *Notícias STF*. 17 de setembro de 2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291&caixaBusca=N>>. Acesso em 20 de setembro de 2011.

TURNER, Bryan S. **Vulnerability and human rights**. Pennsylvania, USA: Pennsylvania University Press, 2009.

VIANA, Márcio Túlio. O dia a dia do juiz e as discriminações que o acompanham. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; CANTELLI, Paula Oliveira (coord.). **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2010, p. 256-259.

Recebido em 26 de julho de 2017

Aceito em 30 de agosto de 2017