



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

AMARILDO DE ASSIS ARRUDA

**O DIREITO ONDE ELE DEVERIA CHEGAR E PERMANECER – O SISTEMA
DE COTAS E SEUS REFLEXOS NA SOCIEDADE**

JUIZ DE FORA 2010



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

AMARILDO DE ASSIS ARRUDA

**O DIREITO ONDE ELE DEVERIA CHEGAR E PERMANECER – O
SISTEMA DE COTAS E SEUS REFLEXOS NA SOCIEDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso
(Monografia) apresentado à
Universidade Federal de Juiz de Fora,
como requisito para a conclusão do
Curso de Graduação em Direito,
habilitação Bacharelado.

Orientador: Prof. ABDALLA DANIEL
CURI

JUIZ DE FORA 2010
FOLHA DE APROVAÇÃO

ARRUDA, Amarildo de Assis. O Direito Onde Ele Deveria Chegar e Permanecer – O Sistema de Cotas e Seus Reflexos na Sociedade. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia), apresentado como requisito à conclusão do Curso de Graduação em Direito, habilitação Bacharelado, da Universidade Federal de Juiz de Fora, realizada no 2º semestre de 2010.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Abdalla Daniel Curi
Orientador

Prof. Maria Luiza Firmiano Teixeira
Membro Convidado

Prof. Lucas Alves Amaro
Membro Convidado

Examinado em:

Conceito:

AGRADECIMENTOS

Agradeço a toda minha família, presença constante nesta longa caminhada acadêmica, em especial a minha mãe (em memória), minhas tias Nizia e Marita, minha esposa e meus filhos por suportarem tão amavelmente minhas ausências no seio familiar e ao meu professor orientador, Abdalla Daniel Curi, pela paciência, conhecimento, experiência e presteza na transmissão, características inerentes aos profissionais que buscam a excelência naquilo que realizam, agradeço também aos meus demais professores e a todos os amigos que de alguma forma contribuíram para que este sucesso fosse alcançado.

RESUMO

Esta monografia tem como objeto uma análise crítica em um estudo do sistema de cotas para negros nas universidades públicas brasileiras, sua recepção pela sociedade, suas primeiras observações e as críticas diretas e sugeridas, desde a sua implantação nas universidades brasileiras. A partir destas observações tentaremos estabelecer uma possibilidade de como o nosso sistema jurídico, a luz de nossa Constituição Federal de 1988, poderia atuar na garantia dos direitos daqueles verdadeiramente excluídos, exclusão esta desde a chegada ao nosso País.

PALAVRAS-CHAVE: Cotas - escravidão – relatividade dos direitos e garantias fundamentais – princípio da igualdade – exclusão social – sociedade – sistema jurídico – proteção jurídica – ações afirmativas.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	07
2. A ABOLIÇÃO DA ESCRAVIDÃO NO BRASIL SEUS REFLEXOS.....	10
3. DIREITO À EDUCAÇÃO.....	13
4. A JUSTIÇA E O DIREITO.....	15
4.1 Justiça.....	15
4.2. Autonomia das Universidades Públicas.....	15
4.3. Justiça e Sua Aplicabilidade.....	16
CONCLUSÃO.....	22
BIBLIOGRAFIA.....	24

1. INTRODUÇÃO

O sistema de cotas, muito debatido em nosso País, tanto no âmbito judiciário, assim como em nosso meio social, onde não temos, até o momento, um entendimento pacífico sobre o tema, assim como sua aplicabilidade, o que nos conduz as mais diversas interpretações.

O Brasil tem uma diversidade muito grande em sua população, fato este registrado, desde o início de nosso processo de colonização, onde tínhamos a predominância dos portugueses, índios; estes originários e os negros trazidos da África. Nestas categorias tivemos os portugueses, em um primeiro momento, nos impondo um sistema de exploração, onde todas as riquezas aqui existentes eram exportadas, para atingir tal objetivo, em sua fase inicial, foram escravizados os índios e posteriormente os negros trazidos do velho continente que permaneceram nesta situação até a decretação do fim da escravidão em nosso País, em 1888.

Sabemos que temos diversas críticas quanto à implantação do sistema de cotas racial em nosso País, dentre estas a do discurso de que só o esforço, disciplina e o talento conduzem ao mérito e só isso pode conduzir a realização dos sonhos e ao entendimento de que todos têm as mesmas oportunidades, uns aproveitam e outros não, em síntese, tudo depende das oportunidades de cada um, ou melhor, do ponto de arrancada de cada um na grande corrida pela vida. Os “vencedores” serão aqueles que tiverem reunidos a maior gana de oportunidades. Seriam estas oportunidades natas? Seriam elas oferecidas a todos ou a maioria dos estudantes? Ou estaríamos somente querendo dar continuidade ao mito tradicional da aspiração iluminista de igualdade de todos perante a lei, em abstrato, sem nos esforçarmos na tentativa de um profundo estudo para concretização destes pensamentos?

Porque não adotamos o “Contrato Social”, estabelecido por Rousseau, que reflete bem na definição da necessidade de um mecanismo pedagógico-social, onde cada um dos cidadãos abdicaria de parte de sua individualidade e autonomia em prol do bem de todos, estampada na soberania do Estado e no desenvolvimento de todos. Neste quadro ressaltamos a importância e a essência do nosso Direito, conceituando como instrumento formal de regulação e pacificação das relações e pretensões sociais. Se for para idealizarmos que façamos de uma forma

democrática e não imperativa, críticas serão aceitas, porém só devem ser aceitas as fundamentadas, sob pena de banalizarmos um tema tão importante.

O que nós devemos ter em mente é de que o Estado já realiza uma primeira exclusão, quando do oferecimento, na quase totalidade das escolas públicas, de um ensino de péssima qualidade, não valorizando a educação, assim como seus operadores e administradores e negligenciando para com a população, como alguns defendem de maioria negra, deixando de cumprir uma obrigação que lhe é imposta por nossa carta magna, a Constituição Federal de 1988.

Acredita-se que exista entendimento pacífico, sobre o “fato” de que a quase totalidade dos alunos aprovados e cursando o ensino superior em universidades públicas tem sua origem em estabelecimentos de ensino particulares, juntamente com aqueles oriundos das escolas públicas “diferenciadas”, onde para se ter acesso já ocorre um “vestibular”, como exemplos podemos citar as escolas técnicas, os colégios de aplicação; vinculados diretamente as universidades, colégio Pedro II, entre outros, cujo oferecimento de vagas é ínfimo em relação à demanda.

Sem sombra de duvidas que a população negra foi marcada, historicamente, pela pobreza, assim como pela discriminação racial embrenhadas no corpo do racismo institucional. Com isso, se almejamos combater o racismo subjacente e enrustido de nossas instituições, devemos em um primeiro momento, garantirmos a geração de oportunidades para os nossos afro descendentes, pois sem isso não podemos afirmar que será muito mais difícil para estes o enfrentamento no cenário competitivo de nossa sociedade moderna, em relação aqueles favorecidos ao longo de nossa história com os louros gerados pelo mundo acadêmico.

Os negros, com o advento da abolição da escravidão no Brasil, não foram preparados para viverem como libertos, não havia na sociedade da época uma preocupação com estes, eles eram considerados ex-dominados, ex-escravos, com isso recebiam um tratamento diferenciado, que era o desprezo da sociedade. Viviam amontoados pelas ruas vivendo em situação de penúria se tornando, em sua maioria, em pedintes. Escravos estes que eram, até o advento da abolição, a base do trabalho das fazendas, foram substituídos pela introdução de imigrantes europeus, em sua maioria no estado de São Paulo, imigrantes estes que com o

avanço do capitalismo na Europa, onde criou uma superpopulação desocupada e miserável, os quais os próprios governos europeus tinham interesse em expelir.¹

Um objeto incontestável é de que a exclusão dos negros na pós-escravidão, sem que lhes fossem concedidas oportunidades para se manterem em condições de sobreviver humanamente é um fato, pois se isso tivesse ocorrido, não estaríamos hoje, discutindo este assunto. Rousseau bem explica isso, quando fala das relações humanas.

Os filósofos que examinaram os fundamentos da sociedade sentiram a necessidade de remontar até ao estado de natureza, mas nenhum deles aí chegou. Uns não vacilaram em supor no homem desse estado a noção do justo e do injusto, sem se inquietar de mostrar que ele devia ter essa noção, nem mesmo que ela lhe fosse útil. Outros falaram do direito natural que cada qual tem de conservar o que lhe pertence, sem explicar o que entendiam por pertencer. Outros, dando primeiro ao mais forte autoridade sobre o mais fraco, fizeram logo nascer o governo, sem pensar no tempo que se devia ter escoado antes que o sentido das palavras autoridade e governo pudesse existir entre os homens. Enfim, todos, falando sem cessar de necessidade, de avidez, de opressão, de desejos e de orgulho, transportaram ao estado de natureza idéias que tomaram na sociedade: falavam do homem selvagem e pintavam o homem civil. Não ocorreu mesmo ao espírito da maior parte dos nossos duvidar que o estado de natureza tivesse existido, quando é evidente, pela leitura dos livros sagrados, que o primeiro homem, tendo recebido imediatamente de Deus luzes e preceitos, não estava também nesse estado, e que, acrescentando aos escritos de Moisés a fé que lhes deve toda filosofia cristã, é preciso negar que, mesmo antes do dilúvio, os homens jamais se encontrassem no puro estado de natureza, a menos que, não tenham nele caído de novo por algum acontecimento extraordinário: paradoxo muito embaraçante para ser defendido e absolutamente impossível de ser provado.²

¹ Gorender JACOB, O Escravidismo Colonial, p. 591

² Rosseau Jean Jaques, A origem da desigualdade entre os homens, p.30

2. A ABOLIÇÃO DA ESCRAVIDÃO NO BRASIL SEUS REFLEXOS

A maioria dos estudos interpreta a abolição no Brasil como um gesto de gratidão, prêmio, concessão ou benevolência das elites brasileiras da época, porém não abordaram os processos político e econômico que culminaram com a abolição. O que devemos ter em mente é de que este processo foi lento e muito conflitante e a sua ocorrência só foi possível graças à imposição ao país das exigências do capitalismo, com isso, contrário ao pensamento de que foi uma ação humanitária daquelas elites em relação aos escravos o que ocorreu foi uma defesa dos interesses dos grandes proprietários, assim como do Estado.

Isto nos conduz ao pensamento de que a motivação para abolição seria outra, não como uma conduta humanitária ou de piedade, mas sim em defesa dos interesses econômicos dos grupos dominantes, com isso estes, somente mudaram sua estrutura de produção, enquanto os ex-escravos foram entregues a própria sorte

No processo de abolição tanto no seu encaminhamento parlamentar, assim como na elaboração da legislação, não figuravam nesta relação os escravos, existia sim o Estado e a elite em defesa de seus interesses com os escravos no campo, sem poderem se manifestar, aguardando o final de um processo no qual ele também era parte, porém não seria ouvido, cabendo-lhe somente aguardar o fim do processo para que fosse definido qual seria o seu papel nas imposições que resultariam deste movimento emancipacionista. Nesta linha de pensamento, a historiadora Joseli Nunes Mendonça:³

A motivação par o encaminhamento da abolição mudou. Não é a mais a ação humanitária e “piedosa”, mais a defesa de interesses econômicos que move as elites em suas ações. Os sujeitos, entretanto, permanecem os mesmos e os escravos, em ultima estância, continuam de fora. Parece que quando se trata de pensar a história da abolição a partir do encaminhamento parlamentar e da legislação emancipacionista a eleição dos “homens de casaca” como protagonistas é mesmo inevitável. Os escravos tomam a cena somente quando a abolição é enfocada por outro ângulo: é quando se recupera a atuação “radical” dos escravos, em movimentos de contestação aberta á escravidão – em ações de fugas, assassinatos e

outras formas de “rebeldia” -, que estes se definem como sujeitos da história da escravidão e da abolição.³

Sob esta ótica, do encaminhamento parlamentar e da legislação emancipacionista, toma-se esta como a verdadeira história da abolição, esta é a que consta da maioria dos livros, porém este relato é só das elites figurando a outra parte da relação, os escravos, como mero espectadores e sujeitos da aplicabilidade daquelas decisões.

Como expoente máximo da abolição da escravidão no Brasil, temos Joaquim Nabuco, filho de uma família tradicional de Recife, teve uma participação ativa no parlamento quando do processo de abolição da escravatura, ele defendia que este processo deveria ser conduzido por uma frente, com participação maciça da população, com isso ficaria claro que a abolição era vontade de todo o povo brasileiro. Diferente do que ocorreu nos Estados Unidos, onde o fim da escravidão só ocorreu depois do derramamento de muito sangue, na guerra da secessão (1861-1865), no Brasil ela foi de forma gradual, lei do ventre livre (1871), lei sexagenária (1885) e lei áurea (1888) e; partindo do parlamento sem a interferência, necessária, da população.

O que podemos observar que já naquela época estes engodos já eram utilizados pelas elites, pois em se falando em lei do ventre livre, onde os filhos de escravas nasciam libertos, estes continuavam nas fazendas, como escravos, pois não tinham para onde ir, haja vista que eram filhos de escravos e sua família, em regra, eram escravos da fazenda, onde ele permaneceria, no mesmo sentido seguia a lei sexagenária onde os escravos eram libertados aos sessenta anos de idade. Será que tantos escravos chegavam a esta idade? E os poucos que chegavam será que ainda eram considerados mão de obra ativa? Para onde será que eles iriam? Um ponto interessante na discussão desta lei foi quando alguns parlamentares defendiam que ao chegar aos 60 anos estes escravos trabalhariam mais cinco anos, a título de indenizar seu dono.¹

Ao final da escravidão alguns parlamentares, juntamente com outros ex-donos de ex-escravos se aliavam no sentido de importar mão de obra estrangeira,

³ Mendonça Joseli Nunes, Canas da Abolição, Escravos e senhores no parlamento e na justiça, p. 11.

para eles, devido ao baixo nível de necessidades dos escravos, pois assim sempre viveram, faltaria estímulo ao escravo para o trabalho assalariado, haja vista que diante dessas necessidades mínimas um baixo salário não seria suficiente como estímulo para que trabalhassem, com isso para que eles se sentissem estimulados deveriam ter um nível de necessidade maior.³ Neste momento temos o início a segregação e isolamento dos libertos, que não tiveram possibilidades de concorrer nem com os estrangeiros imigrantes, não lhes foram concedidas possibilidades de serem inseridos em um processo de adaptação à sociedade livre, foram sim, entregues a própria sorte, ou seja, emancipados economicamente, educacionalmente e socialmente. Este é o início da vida do negro liberto em nosso país, poderíamos afirmar que estas restrições não produzam efeitos até hoje?

Para os mais “pessimistas”, não havia solução possível: “Só penso nos imigrantes estrangeiros, para substituírem os atuais trabalhadores” dizia um deputado em 1855. “Por piores que ser possam”, avaliaria outro parlamentar, “serão homens educados na civilização, com todos os estímulos de um trabalhador livre, o que não é possível conseguir-se de que apenas sai do regime da escravidão [...]”.³

“Torna-se, além disso excessivamente oneroso o escravo, atingindo o valor imenso se comparado com o máximo de setecentos mil-réis da década anterior”.⁴

⁴ Da Silva Jorge, Direitos Cívicos e Relações Raciais no Brasil, p. 112

3. DIREITO À EDUCAÇÃO

O direito visa a construção da sociedade, por meio do estabelecimento de um sistema que visa a proteção e a segurança nas relações em todas as camadas da sociais, na busca deste objetivo ele se utiliza de ferramentas específicas para a obtenção, contínua da igualdade que é o instrumento ideal para que se possam equilibrar as relações entre os indivíduos. O ramo, direito Constitucional possui o embasamento necessário para desempenhar esta função de integração social, o ordenamento jurídico deve proteger os menos favorecidos com o claro objetivo de buscar a garantia permanente da igualdade, com isso podemos afirmar que o direito tem diante de si o embate permanente da busca constante de soluções que atendam a aspiração da sociedade no que se refere atenuar a desigualdade.

O sistema de cotas consiste em uma fórmula de se buscar um equilíbrio nas relações de acesso ao conhecimento, através da destinação, mesmo que mínima, de vagas em instituições de ensino público para aqueles que compõem a camada conhecida como a dos desfavorecidos, estes que foram ao longo da história privados por diversos fatores socioeconômicos, que de alguma forma influenciaram e continuam influenciando em uma qualidade de vida digna, assim como acesso a uma educação de qualidade, educação esta que deve ser vista como um fator preponderante na busca da ascensão social, que estaria intimamente ligada a das possibilidades de inclusão social.

Apesar de críticas de alguns seguimentos da sociedade, esta integração racial é fruto de uma política que objetiva a inclusão, no seio da sociedade, através de um sistema de cotas, destas minorias raciais, com a fixação da taxa a ser cotizada. Para fundamentarmos este sistema podemos nos fixar em nossa CF/88, onde o direito já criado seria aplicado, como já previsto em sua essência objetivando pacificar os conflitos e assegurar, na garantia dos direitos.

Previsto no art. 5º da CF: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade.

Prevê o art. 6º da CF: São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a

proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Uma grande discussão paira em torno da adoção, por parte de algumas universidades públicas, do sistema de cotas para alunos oriundos de escolas públicas, assim como outros grupos sociais considerados excluídos, tais como os negros, os índios, assim define o prof. Geraldo Márcio Gonçalves Mendes.

A adoção deste tipo de programa de ação afirmativa é recente em nosso país. A iniciativa pioneira partiu das universidades estaduais do Rio de Janeiro, merecendo destaque o grande debate público que cercou todo o processo de aprovação e implementação do chamado “sistema de cotas”. Várias são as questões envolvidas na adoção de políticas de ações afirmativas. E no caso específico do acesso à Universidade a reflexão nacional tem girado em torno da preocupação acerca da ampliação, da democratização, da inclusão social, bem como do combate ao racismo, tema tão presente nas obras sobre as cotas.⁵

⁵ MENDES, Geraldo Márcio Gonçalves. *Repensando o sistema de cotas à luz da teoria da separação de poderes*

4. A JUSTIÇA E O DIREITO

4.1 Justiça

Neste primeiro momento o que devemos lembrar é de que existe uma grande diferença entre o conceito do que seja legal e do que seja justo, pois a legalidade é claramente definida em nosso ordenamento jurídico, porém pode corresponder a uma justiça formal e injusta do ponto de vista moral e ético. Observemos os arautos da ordem jurídica, quando se apressam em assinalar que a lei é igual para todos , sem distinção de raça, sexo, posição social, religião etc. Como se isso fosse suficiente para se resolver todos os conflitos entre os indivíduos e a sociedade.

A aplicação de uma política de ação afirmativa ou ação compensatória, parte da premissa de que em uma competição, como é o mundo contemporâneo, os competidores devem estar nas mesmas condições e com as mesmas regras, ou seja, a adoção de tal política conduz a uma valoração da competição, onde os “adversários” estarão igualmente capacitados, com isso entendemos que a adoção desta medida é imprescindível em um Estado Democrático de Direito. Nesta questão cabe ao Estado regular, através de seus poderes executivo, legislativo e judiciário a adequação de normas que visem equilibrar esta competição, porém cabe a observação de que só o Parlamento, através de lei, com a devida sanção presidencial, tem poderes e legitimidade democrática para compelir as universidades a adotarem o sistema de cotas (art. 5º, II). E caso o Congresso efetivamente se decida pela adoção desta política de ação afirmativa deverá fazê-lo de forma proporcional.

4.2. Autonomia das Universidades Públicas

O princípio da autonomia das universidades públicas (CF, art. 207) não é irrestrito, mesmo porque não cuida de soberania ou independência, de forma que as universidades devem ser submetidas a diversas outras normas gerais previstas na Constituição. Às Universidades nossa constituição assegura autonomia didático-científica, no entanto tal princípio deve ser interpretado em conjunto com outras normas constitucionais, em especial os direitos fundamentais. Em tese, não há

incompatibilidade entre um possível sistema de cotas legal e o referido princípio. No entanto, face ao dever de obediência às normas constitucionais a regulação do acesso ao Ensino Superior pelo Congresso deve ser realizada de maneira abstrata, aberta e proporcional de modo a resguardar as peculiaridades do projeto pedagógico de cada Instituição. A atuação legislativa não pode ferir o núcleo essencial da autonomia universitária (proporcionalidade) que de acordo com o Supremo encontra seus limites na própria Constituição.

Art. 207 As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

4.3. Justiça e sua Aplicabilidade

Temos que observar que ao Poder Judiciário cabe julgar e decidir, imparcialmente, os conflitos de interesse e os processos objetivos e esta decisão têm a força de verdade legal. Com isso temos a predominância das normas constitucionais em nosso ordenamento jurídico, de forma taxativa fica estabelecido que nenhuma norma poderá ir de encontro aos preceitos constitucionais sob pena de ser considerada inconstitucional, e este controle que é realizado pelo STF, pode ser pleiteado por qualquer um do povo, desde que preenchidos os requisitos legais. Bem define este poder o prof. Alexandre de Moraes.

...Seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico. A finalidade, portanto, dessa regra interpretativa é possibilitar a manutenção no ordenamento jurídico das leis e atos normativos editados pelo poder competente que guardem valor interpretativo compatível com o texto constitucional. Conforme entendimento do STF, a técnica denominada *interpretação conforme* “só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que

compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco”, tendo salientado o Ministro Moreira Alves que “em matéria de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, admite-se, para resguardar dos sentidos que eles podem ter por via de interpretação, o que for constitucionalmente legítimo – é a denominada interpretação conforme a Constituição”.⁶

Com isso, nos casos de em que há reserva legal é pacífico o posicionamento pela impossibilidade de atuação judiciária. E nos casos em que não existe reserva legal, poderia o Judiciário agir livremente na promoção de direitos assegurados? Quando uma ação judicial pode ser submetida a uma regra jurídica válida não existe dúvida – o juiz deve aplicar a regra. Porém nos casos difíceis em que não existem regras claras regulando a matéria os juízes só devem decidir com base em argumentos de princípio e de maneira coerente com o ordenamento vigente.⁵ Na aplicação destes princípios os juízes devem ter em mente, sempre, o bem estar social e a justiça.

Para Dworkin (2002), os princípios jurídicos tem uma atuação mais importantes nas questões judiciais mais complexas. Porém, quando estes são aplicados, surgem as regras. São duas as formas de análise dos princípios jurídicos, e a escolha vai influenciar diretamente na resolução da lide nos tribunais. Em uma primeira orientação, os princípios jurídicos devem possuir obrigatoriedade de lei e ser levados em conta por juízes e juristas quando tomarem suas decisões sobre obrigações jurídicas. Com isso, o direito trará em seu bojo, tanto regras quanto princípios.

Em uma próxima orientação nega-se que princípios possam ser obrigatórios. Para esta, quando o magistrado se utiliza dos princípios ele tende a julgar além do direito.

Ao compelir as Universidades de Minas Gerais a adotarem um sistema de reserva de vagas para alunos oriundos de escolas públicas, o TRF da 1ª Região se pautou em argumentos de política pública (má distribuição dos recursos públicos da educação, caráter elitista do

⁶ Moraes, Alexandre de, Direito Constitucional, p. 43

ensino superior), e em argumentos de princípio (princípio constitucional da igualdade material, etc). Ocorre que no caso o Tribunal não harmonizou os princípios jurídicos em questão (princípio da reserva legal geral, princípio da separação de poderes, princípio democrático) de modo a propor a solução razoável para o caso. O que demonstra que o Poder Judiciário agiu indevidamente, substituindo a vontade do povo, expressa nas decisões coletivas prévias e vinculantes (ordenamento jurídico), pela sua própria vontade.⁵

No mês de julho de 2009 o partido dos Democratas ajuizou uma ação contra o sistema de cotas raciais implantados em universidades públicas sob a alegação de que a adoção de cotas raciais na Universidade de Brasília (UnB) foi objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) Nrv186 ajuizada, com pedido de suspensão liminar, pelo Democratas (DEM) no Supremo Tribunal Federal (STF). O partido tem por finalidade a declaração da inconstitucionalidade de atos do poder público que resultaram na instituição de cotas raciais na universidade.

Os advogados do partido alegam que a violação de diversos preceitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. São eles: os princípios republicanos (artigo 1º, caput) e da dignidade da pessoa humana (inciso III); dispositivo constitucional que veda o preconceito de cor e a discriminação (artigo 3º, inciso IV); repúdio ao racismo (artigo 4º, inciso VIII); Igualdade (artigo 5º, incisos I), Legalidade (inciso II), direito à informação dos órgãos públicos (XXXIII), combate ao racismo (XLII) e devido processo legal (LIV).

Além disso, alegam que seriam feridos os princípios da legalidade, da impessoalidade, da razoabilidade, da publicidade e da moralidade, corolários do princípio republicano (artigo 37, caput); direito universal à educação (artigo 205); igualdade nas condições de acesso ao ensino (artigo 206, caput e inciso I); autonomia universitária (artigo 207, caput); princípio meritocrático – acesso ao ensino segundo a capacidade de cada um (artigo 208, inciso V).

Por fim, pede para que juízes de tribunais de todo o país, tanto da Justiça Federal quanto da estadual, suspendam imediatamente todos os processos que envolvam a aplicação do tema cotas raciais para ingresso em universidades, até o julgamento definitivo da ADPF, “ficando impedidos de proferir qualquer nova decisão

que, a qualquer título, garanta o acesso privilegiado de candidato negro em universidade em decorrência da raça”. Assim, requer que sejam suspensos, com eficácia *ex-tunc* (retroativa), os efeitos de qualquer decisão que tenham garantido a constitucionalidade das cotas raciais implementadas pela Universidade de Brasília.

Após análise do pedido o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Gilmar Mendes, negou, no dia 31 jul 09 a liminar contra a instituição de cotas raciais na Universidade de Brasília (UNB). O ministro disse não haver urgência em decidir sobre o sistema de cotas porque o resultado do vestibular de julho de 2009 já fora divulgado.

Antes de tomar esta decisão o ministro Gilmar Mendes havia solicitado pareceres da Procuradoria Geral da República (PGR) e da Advocacia Geral da União (AGU). Ambas se manifestaram contra a concessão da liminar e pela constitucionalidade dos atos administrativos praticados pela UnB, que a tornaram a primeira instituição de ensino superior federal a adotar o sistema de cotas raciais. Em sua decisão, o presidente do STF defende que as ações afirmativas, como as cotas raciais, deveriam ser limitadas no tempo e diz acreditar que “a exclusão no acesso às universidades públicas é determinada pela condição financeira”, defendendo a cota social.

A UNB, uma das referências entre as melhores universidades de nosso país, tem como projeto a idéia de que a educação deve atingir a todos, porém alguns continuam a defender que as universidades públicas são destinadas as elites e não as camadas mais necessitadas da nossa sociedade, o artigo elaborado pelo Prof. Cristiano Paixão e Menelick de Carvalho Netto retrata bem este pensamento.

Qual a relação entre a Constituição e as cotas raciais? O que justifica a adoção, numa universidade pública, de um sistema de ações afirmativas que contenha previsão de reserva de vagas para negros? Essas são questões cruciais para a compreensão do papel do direito constitucional em nossos dias. Toda constituição traz, em seu processo de elaboração e vigência, uma determinada interpretação da história precedente. Consciente de seu caráter vinculante e supralegal, o texto constitucional elege algumas diretrizes que nortearão a aquisição e o exercício dos direitos pelos vários setores da sociedade civil. No caso brasileiro, os direitos à igualdade e à liberdade figuram como uma espécie de metaprincípios, que traduzem as lutas do constitucionalismo democrático e hospedam um elemento de projeção para o futuro, de realização e aquisição de direitos, num processo dinâmico e

ininterrupto. Como toda e qualquer sociedade inserida na história, o Brasil tem uma herança de desigualdade e opressão. Duas das formas mais perversas dessa herança são a escravidão e o racismo. Elas marcam a experiência política, econômica e social brasileira. De forma contrária ao que ocorreu na América de colonização espanhola, na portuguesa, ou seja, no Brasil, foi precisamente a continuidade da escravidão que, a um só tempo, impediu a fragmentação política e transformou o Imperador, no dizer dos constituintes de 1823, em um “ente metafísico”. Para eles, era indiscutível a sua posição na chefia do Estado, enquanto único capaz de garantir a “transmigração da alma portuguesa” (o processo de emancipação política) sem o levante da escravaria, como se dera na revolução pernambucana de 1817. Quando a Constituição de 1988 foi redigida, o peso dessa herança de discriminação estava evidente para os constituintes e para a sociedade civil que participava ativamente dos trabalhos de discussão e elaboração do texto. É por essa razão que o racismo foi qualificado como crime inafiançável, e que o repúdio ao racismo é um dos princípios que rege a relação do Brasil no contexto internacional.

A adoção, pela UnB, desde 2004, de um amplo sistema de ações afirmativas que contempla cotas para negros, é um exemplo claro do caráter aberto e inclusivo da nossa Constituição. É uma prova da capacidade que o direito assume, em nossos dias, de possibilitar soluções novas, criativas e abrangentes para problemas antigos e intocados. A adoção do sistema de cotas não ocorreu por meio de uma norma legislativa ou um decreto governamental. Ela foi produzida, de modo legítimo, com base na Constituição, que assegura a autonomia universitária. E ela se operou com a participação de vários atores sociais, todos eles compreendidos como universos igualmente complexos, com suas diferenças internas – movimento negro, movimento estudantil, setores ligados à representação docente. Além disso, a política de ações afirmativas da UnB seguiu os caminhos de discussão e deliberação previstos nas normas internas, com prazos e ritos dos colegiados envolvidos. Foi, portanto, um processo, não uma decisão isolada. Uma construção coletiva, e não um favor do Estado a determinado grupo de pessoas.

A análise desse processo só poderá revelar que a Constituição, além de ter sido respeitada e observada, foi na verdade o documento que possibilitou a adoção da política de ações afirmativas. E se esse processo tem algo a ensinar, trata-se da constatação de que o direito é um medium que possibilita a inserção, num contexto social inicialmente hostil, de demandas legítimas por reconhecimento. Quando a Constituição estabelece, no art. 5º, § 2º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros

decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, ela está explicitando aquilo que está pressuposto em qualquer regime democrático: os direitos são conquistados em contextos concretos, por cidadãos concretos, que podem transformar práticas e normas de instituições concretas.

A política de ações afirmativas da UnB mostra isso claramente. E permite que seja resgatada a dimensão prospectiva do constitucionalismo moderno, que desperta, numa sociedade complexa e desigual, para a possibilidade de realização das premissas revolucionárias – ainda hoje – de igualdade e liberdade.⁷

⁷ Prof. Cristiano Paixão e Menelick de Carvalho Netto - A Política de Ações Afirmativas da Unb e a Constituição

5. CONCLUSÃO

O nosso trabalho não visa esgotar o assunto, até mesmo por sua complexidade, neste momento de grandes e calorosas discussões, porém o que devemos deixar claro é que até o STF se posicionar em relação à inconstitucionalidade ou não da medida, outras Universidades do Brasil estão começando a adotar o sistema de cotas raciais, o que, em tese, demonstra o reconhecimento da necessidade da inclusão do negro, através de medidas afirmativas, em nossa sociedade, reconhecendo que este teve sim um tratamento diferenciado desde o início da colonização, e que seria uma questão de justiça a adoção destas medidas, e que de forma alguma isso estaria ferindo algum preceito legal, mas estaria sim, sendo aplicado do princípio da igualdade de nossa CF.

O sistema de cotas nas universidades públicas é um dos temas mais conflitantes do momento. Os mais diversos setores da sociedade vêm discutindo o assunto sob os mais diversos interesses. Entretanto, ainda não se enfrentou doutrinariamente uma questão fundamental: a quem compete a criação deste tipo de política pública de ação afirmativa no âmbito do Ensino Superior? Do estudo do Direito Constitucional positivo brasileiro, concluímos que a Administração Pública pode atuar na adoção de medidas afirmativas sem amparo legal. Todavia sua ação só será juridicamente aceitável se subordinada às regras e aos princípios do direito vigente, bem como na persecução de interesse público constitucionalmente tutelado. Ressaltou-se, contudo, que a tese deve ser vista com cautela em nosso ordenamento, pois há hipóteses em que a legalidade não pode ser afastada por força de disposições constitucionais (reserva legal).

Com relação ao Parlamento, palco por excelência da democracia, a regulação do acesso ao Ensino Superior através das cotas, é possível e desejável desde que realizada de maneira abstrata, aberta e proporcional de modo a resguardar as peculiaridades do projeto pedagógico de cada Instituição face ao princípio da autonomia universitária. No entanto, tal prerrogativa não foi conferida ao Poder Judiciário por força do princípio democrático e da divisão de poderes, uma vez que ao juiz é vedado agir como legislador positivo, salvo em hipóteses muito excepcionais e com base em motivos jurídicos altamente relevantes.

O operador do direito não deve de forma alguma se restringir aos trabalhos nos tribunais e ao estudo destas relações, deve também estar inserido ao

meio social para que possa observar, estudar, interpretar e estabelecer novas regras, dentro daquilo que a sociedade necessita de imediato, quando nos aproximarmos disso, teremos sim, o verdadeiro entendimento e extensão do que buscamos como direito.

O que objetivamos demonstrar é que para que sejamos considerados iguais devemos ter as mesmas oportunidades, tendo como fator decisório as peculiaridades de cada um, esta disputa deve começar com o fornecimento das mesmas condições objetivas a cada um dos sujeitos, cabendo a subjetividade estabelecer o que é o melhor. Sabemos do oferecimento de oportunidades a quem quer crescer e já está preparado, porém criticamos a ausência da extensão desta “concessão” a maioria, que são os excluídos, excluídos estes por uma minoria em defesa de seus interesses e de sua prole, que devemos entender como uma perpetuação de um mundo de classes estratificadas, com a manutenção e sustentabilidade de se permanecer nesta situação. Porém os filhos da maioria esmagadora não terão acesso a mesmas “regalias” que aqueles, mas na competição final, deverão apresentar melhores resultados para serem incluídos e começarem a crescer. A igualdade deve ser iniciada a partir do momento em que conseguirmos eliminar a desigualdade, ou diminuí-la.

BIBLIOGRAFIA

GORENDER, Jacob, *O Escravismo Colonial*, 6. Ed. São Paulo: Ática 1992.

ROSSEAU, Jean Jaques, *A origem da desigualdade entre os homens*, 2. Ed. São Paulo: Escala 2007.

MENDONÇA, Joseli Nunes, *Canas da Abolição, Escravos e senhores no parlamento e na justiça*, 1 Ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo 2001.

DA SILVA, Jorge, *Direitos Civis e Relações Raciais no Brasil*, 1 Ed. Rio de Janeiro: Luam 1994.

MENDES, Geraldo Márcio Gonçalves. *Repensando o sistema de cotas à luz da teoria da separação de poderes*. Disponível em http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/juri_gerald.pdf. Acessado em 09 de janeiro De 2010.

DE MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 24. Ed. São Paulo: Atlas 2010.

PAIXÃO, Cristiano e **CARVALHO NETTO** Menelick de. *A Política de Ações Afirmativas da Unb e a Constituição*. Disponível em http://vsites.unb.br/fd/ced/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=23. Acessado em 30 Nov 2010

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.