

# AS COTAS RACIAIS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Rogério Medeiros Garcia de Lima<sup>1</sup>

RESUMO: O presente artigo enfoca as "cotas raciais", adotadas para garantir o ingresso de alunos, pertencentes a etnias historicamente discriminadas, em universidades públicas. O sistema foi considerado compatível com a Constituição Federal por recente decisão do Supremo Tribunal Federal, mas o tema gerou acirrada polêmica na sociedade brasileira. Será aqui analisado à luz das denominadas "ações afirmativas".

PALAVRAS CHAVE: Cotas raciais. Universidades Públicas. Ações Afirmativas. Políticas Públicas. Princípio da Igualdade. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Constitucional.

---

## I – INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o tema das chamadas "cotas raciais", sistema adotado para garantir o ingresso de alunos, pertencentes a etnias historicamente discriminadas, em universidades públicas.

Recente decisão do Supremo Tribunal Federal considerou o referido sistema compatível com a Constituição Federal.

A questão é bastante polêmica na sociedade brasileira e será aqui tratada no contexto das "ações afirmativas".

## II – AÇÕES AFIRMATIVAS

"Ações afirmativas" são o conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam a favorecer grupos ou segmentos sociais encontrados em piores condições de competição no meio social, em razão, na maior parte das vezes, da prática de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas (MENEZES, 2001:27).

Profundo conhecedor do tema, o ministro JOAQUIM BARBOSA, do Supremo Tribunal Federal, também define (GOMES, *O debate constitucional sobre as Ações Afirmativas*, 2004):

*"Conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou compulsório, concebidas com vistas à discriminação racial de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso aos bens fundamentais, como a educação e o emprego".*

Os Estados Unidos deram grande contribuição para o desenvolvimento das ações afirmativas e muitos estudiosos afirmam ser o país berço do instituto (SOUZA, 2012). Difundiram seu emprego nos mais variados campos da atividade humana coletiva. Os movimentos de Direitos Civis e Políticos reivindicavam a promoção da igualdade mediante oferta de oportunidades para que minorias pudessem assumir funções lucrativas, gratificantes e importantes (por exemplo, acesso das mulheres ao mercado de trabalho e instituições de ensino).

Os opositores argumentavam violação à 14ª emenda da Constituição dos Estados Unidos da América (cláusula da igual proteção). Todavia, a idéia ganhou força política suficiente para proliferar na educação e no emprego. As controvérsias chegaram às últimas instâncias da justiça norte-americana, onde as ações afirmativas foram consideradas constitucionais.

No Brasil, a escassez de obras sobre o tema dificulta apontar as origens do instituto (SOUZA, 2012). Registra-se a oferta de incentivos à vinda de europeus ao Brasil, mediante doação de terras, como razão histórica para a fundação de várias cidades brasileiras, a exemplo de Nova Friburgo, no Rio de Janeiro.

Na década de 1960, a Lei nº 5.465, de 1968, conhecida como "Lei do Boi", reservava, preferencialmente, 50% das vagas em estabelecimentos de ensino médio agrícola e escolas superiores de Agricultura e Veterinária, mantidos pela União, a agricultores ou seus filhos, proprietários ou não de terras, que residissem com suas famílias na zona rural, e 30% a agricultores ou seus filhos, proprietários ou não de terras, que residissem em cidades ou vilas que não possuísem estabelecimentos de ensino médio.

A Constituição Federal de 1988 dispôs expressamente sobre ações afirmativas. Juntamente com leis que oferecem incentivos a mulheres e deficientes, inaugurou a era moderna das ações afirmativas. Políticas governamentais buscam a valorização da

população negra e a eliminação da discriminação no emprego e na ocupação.

Os objetivos das ações afirmativas são os seguintes: 1) induzir transformações de ordem jurídica, epistemológica e cultural, através da promoção da diversidade, enquanto valor e prática nos espaços coletivos, 2) reparar danos causados por injúrias a grupos no passado e no presente, 3) concretizar a igualdade de oportunidades, 4) criar personalidades emblemáticas, 5) contribuir para a eliminação do racismo institucional, inclusive os "glass ceilings", 6) aumentar a representatividade de grupos em desvantagem, 7) zelar pela pujança econômica do país, 8) criar novos horizontes para grupos em desvantagem, 9) reformar os mecanismos de composição do mérito e 10) diminuir a importância da raça na vida social (SOUZA, 2012).

(Nota do autor: "glass ceiling" ou "telhado de vidro", em tradução literal, são obstáculos discriminatórios impostos às mulheres e outros grupos minoritários para que atinjam o topo de suas carreiras).

### III – PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Indaga-se: as ações afirmativas encontram espaço no Direito brasileiro? (GARCIA DE LIMA, 2003). O artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, consagra o princípio da igualdade: *"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade"*.

PINTO FERREIRA discorria (1991:143):

*"A igualdade diante da lei procurou tornar inexistentes os privilégios entre os homens por motivo de crença, nascimento ou educação. Já os gregos tinham dois conceitos de igualdade, a saber, o de 'isonomia' ou igualdade perante a lei, e o de 'eunomia' ou de respeito à lei. Esta igualdade grega entretanto só se revelava em determinados círculos sociais, uma vez que as mulheres, os estrangeiros e os escravos não eram beneficiados pela dita norma. A igualdade diante da lei surge historicamente na Inglaterra através dos seus costumes, findando por estabelecer que a igualdade seria como a equidade, ou um preceito de sujeição às mesmas leis e tribunais, segundo salienta Eduardo Ridgés no estudo intitulado 'O direito constitucional da Inglaterra'. A Constituição norte-americana, na sua Emenda XVI, fala de igual proteção ('equal protection'), baseada em igualdade de condições e de circunstâncias"*.

No entanto, devemos recordar célebre afirmação do saudoso ORLANDO GOMES, segundo quem *"o Direito igual para pessoas desiguais só pode legalizar a injustiça"* (GARCIA DE LIMA, 2003).

RUI BARBOSA, em magistral alocução, também salientou que *"a regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam"* (1951:31):

*"Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem"*.

Não discrepa BANDEIRA DE MELLO, em magistral monografia sobre o tema, também assinalou (1998, pp. 12-13):

*"O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Onde, a algumas são deferidos determinados direitos obrigações que não assistem a outras, por abrangidas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos"*.

A relação de consumo é exemplo bastante atual dessa discriminação (GARCIA DE LIMA, 2003). A Constituição de 1988 (artigo 5º, inciso XXXII) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) partem do pressuposto de que o consumidor é a parte mais fraca nas relações jurídicas com produtores ou fornecedores de produtos e prestadores de serviços. Confere-lhes o CDC inúmeras prerrogativas. O Superior Tribunal de Justiça, unificador da interpretação das leis federais, decidiu:

*"O Código de Defesa do Consumidor veio amparar a parte mais fraca nas relações jurídicas. Nenhuma decisão judicial pode amparar o enriquecimento sem justa causa. Toda decisão há que ser justa"* (Recurso Especial nº 90.366-MG, Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, publicação da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, Tribunal de



#### IV – POLÍTICAS PÚBLICAS

*Pari passu* com a concepção das ações afirmativas caminha a definição das políticas públicas. ALCINDO GONÇALVES explana (2006:75):

*"Quando são apresentadas definições de políticas públicas, percebe-se que elas tendem a focalizar o Estado como o agente central de sua promoção, constituindo-se sistematicamente em ações de governos. É o caso de Eros Grau, que nomeia políticas públicas o conjunto de 'todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do Poder Público na vida social'. Maria Paula Dallari Bucci enuncia que políticas públicas são 'programas de ação governamental voltados à concretização de direitos'. Ao sintetizar várias definições, Patrícia Arzabe escreve que 'políticas públicas podem ser colocadas, sempre sob o ângulo da atividade, como conjuntos de programas de ação governamental estáveis no tempo, racionalmente moldadas, implantadas e avaliadas, dirigidas à realização de direitos e redistribuição de bens e posições que concretizem oportunidades para cada pessoa viver com dignidade e exercer seus direitos, assegurando-lhes recursos e condições para a ação, assim como a liberdade de escolha para fazerem uso desses recursos'" (grifos no original).*

A organização administrativa corresponde à concepção política ínsita na Constituição. Deve observar, nas relações com os cidadãos, procedimento conforme a diretriz de tutela dos direitos fundamentais. O Estado, em todos os seus níveis e extensão, é sujeito primário do dever jurídico de velar por seu respeito e promoção (DROMI, 2003:94).

No mesmo diapasão, o ministro CELSO DE MELLO, do Supremo Tribunal Federal, assinala que *"a observância dos direitos e garantias constitui fator de legitimação da atividade estatal"* (STF, Mandado de Segurança nº 24.458-DF, julg. 18.02.2003, *Informativo do STF* nº 298).

FÁBIO KONDER COMPARATO discorre com maestria sobre o assunto (*Ensaio Sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas*, 1997):

*"No modelo constitucional clássico, o Poder Supremo é sempre o Legislativo, ao qual compete, em*

*sua qualidade de representante por excelência do povo, a tarefa solene de dar expressão legal à soberania popular. Aos demais Poderes – o Executivo propriamente dito, na parte administrativa, e o Judiciário em caso de conflito de interesses – cabe a mera execução das normas legais, sem nenhuma iniciativa ou impulso próprio. O constitucionalismo liberal consagrou em cheio esse paradigma de Estado Legislativo. Quando, porém, a legitimidade do Estado passa a fundar-se não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem realizadas programadamente, o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental. E aí, à falta de uma consequente reorganização constitucional de Poderes, a qual dê preeminência à função planejadora, que ordena estrategicamente as múltiplas atividades estatais, é ao Governo, impropriamente chamado agora Poder Executivo, que incumbe o papel hegemônico. (...) Um dos raros autores contemporâneos a procurar uma elaboração técnica daquele novo conceito é Ronald Dworkin. Para ele, a política ('policy'), contraposta à noção de 'princípios', designa 'aquela espécie de padrão de conduta ('standard') que assinala uma meta a alcançar, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade, ainda que certas metas sejam negativas pelo fato de implicarem que determinada característica deve ser protegida contra uma mudança hostil'. (...) As Constituições do moderno Estado Dirigente impõem, todas, certos objetivos ao corpo político como um todo – órgãos estatais e sociedade civil. Esses objetivos podem ser gerais ou especiais, estes últimos, obviamente, coordenados àqueles. Na Constituição brasileira de 1988, por exemplo, os objetivos indicados no art. 3º orientam todo o funcionamento do Estado e a organização da sociedade. Já a busca do pleno emprego é uma finalidade especial da ordem econômica (art. 170, VIII). No que diz respeito à política nacional de educação, que deve ser objeto de um plano plurianual, os seus objetivos específicos estão expostos no art. 214, e a eles deve ser acrescida a progressiva extensão dos princípios da obrigatoriedade e da*

*gratuidade do ensino médio (art. 208, II). As finalidades próprias da atividade de assistência social, por sua vez, vêm declaradas no art. 203. Escusa lembrar que tais objetivos são juridicamente vinculantes para todos os órgãos do Estado e também para todos os detentores de poder econômico ou social, fora do Estado".*

E destaca o controle judicial da constitucionalidade de políticas públicas:

*"É irrecusável, em primeiro lugar, reconhecer que o juízo de inconstitucionalidade atingiria todas as leis e atos normativos executórios envolvidos no programa de ação governamental. Não se pode, porém, deixar de admitir que esse efeito invalidante há de produzir-se tão-só 'ex nunc', ou seja, com a preservação de todos os atos ou contratos concluídos antes do trânsito em julgado da decisão, pois de outra sorte poder-se-ia instituir o caos na Administração Pública e nos negócios privados. Seria desejável, em segundo lugar, que a demanda judicial de inconstitucionalidade de políticas públicas pudesse ter, além do óbvio efeito desconstitutivo ('ex nunc', como assinalado), também uma natureza injuntiva ou mandamental. Assim, antes mesmo de se realizar em pleno um programa de atividades governamentais contrário à Constituição, seria de manifesta utilidade pública que ao Judiciário fosse reconhecida competência para impedir, preventivamente, a realização dessa política".*

O Supremo Tribunal Federal, em decisão paradigmática, decidiu:

*"CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS "ASTREINTES" CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA*

*EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS" - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRINCÍPIO "JURA NOVIT CURIA" - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL.*

*A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).*

*Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças até 5 (cinco) anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.*

*A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em*

seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.

A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegíti-

mo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes.

A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À "RESERVA DO POSSÍVEL" E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS". A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras "escolhas trágicas", em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da

essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes.

A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.

A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.

LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS "ASTREINTES". Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A "astreinte" - que se reveste de função coercitiva - tem por

finalidade específica compeler, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência" (Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 639.337-SP, min. Celso de Mello, julg. 23.08.2011)."

Ainda exemplificativamente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul admitiu o cabimento da ação civil pública para obrigar municípios a: a) implantar políticas públicas de defesa da criança e do adolescente, inclusive portadoras de necessidades especiais (Agravo de Instrumento nº 70016949539, desª Maria Berenice Dias, julg. 01.11.2006, e Agravo de Instrumento nº 70016795007, des. José Ataídes Siqueira Trindade, julg. 10.10.2006); b) implantar centros residenciais de cuidados intensivos para idosos (Embargos de Declaração nº 70014835268, des. Wellington Pacheco Barros, julg. 14.06.2006); e c) garantir transporte escolar gratuito, diante da universalização do ensino obrigatório (Apelação e Reexame Necessário nº 70006700033, des. Niwton Carpes da Silva Wellington Pacheco Barros, julg. 15.03.2006).

## V - AÇÕES AFIRMATIVAS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Apaixonado debate envolveu a sociedade brasileira em torno das "cotas raciais", sistema adotado para garantir o ingresso de alunos, pertencentes a etnias historicamente discriminadas, em universidades públicas.

Do lado contrário à sua adoção, verberou, em editorial, o jornal *Folha de São Paulo* (*Cotas raciais, um erro*, edição 27.04.2012, p. A-2):

*"Ninguém duvida que a escravidão foi uma catástrofe social cujos efeitos perniciosos ainda se propagam mais de um século após a Abolição. Descendentes de cativos -de origem africana ou nativa, pois também houve escravização de índios- sofrem, na maioria dos casos, uma desvantagem competitiva impingida desde o nascimento.*

*As políticas adotadas por universidades que reservam cotas ou garantem pontuação extra a candidatos originários daquela ascendência procuram reparar essa iniquidade histórica. A decisão do STF dará ensejo à disseminação de tais medidas em outras instâncias (acesso a empregos públicos, por exemplo), o que ressalta a relevância do julgamento.*

*São políticas corretivas que podem fazer sentido*



em países onde não houve miscigenação e as etnias se mantêm segregadas, preservando sua identidade aparente. Não é o caso do Brasil, cuja característica nacional foi a miscigenação maciça, seguramente a maior do planeta. Aqui é duvidosa, quando não impraticável, qualquer tentativa de estabelecer padrões de 'pureza' racial.

Não se trata de negar a violência do processo demográfico ou o dissimulado racismo à brasileira que dele resultou, mas de ter em mente que a ampla gradação nas tonalidades de pele manteve esse sentimento destrutivo atrofiado, incapaz de se articular de forma ideológica ou política. Com a mentalidade das cotas raciais, importa-se dos Estados Unidos uma obsessão racial que nunca foi nossa.

No Brasil, a disparidade étnica se dissolve numa disparidade maior, que é social -uma sobreposta à outra. A serem adotadas políticas compensatórias, o que parece legítimo, deveriam pautar-se por um critério objetivo -alunos de escolas públicas, por exemplo- em vez de depender do arbítrio de tribunais raciais cuja instalação tem algo de sinistro.

A Constituição estipula que todos são iguais perante a lei. É um princípio abstrato; inúmeras exceções são admitidas se forem válidos os critérios para abri-las. A ninguém ocorreria impugnar, em nome daquele preceito constitucional, a dispensa de pagar Imposto de Renda para os que detêm poucos recursos.

O cerne da questão, portanto, consiste em definir se há justiça em tratar desigualmente as pessoas por causa do tom da pele ou se seria mais justo, no empenho de corrigir a mesma injustiça, tratá-las desigualmente em decorrência do conjunto de condições sociais que limitaram suas possibilidades de vida".

Em defesa do sistema, surge a respeitada voz do educador e senador CRISTOVAM BUARQUE (*Elite tem de ser tão multirracial quanto nosso povo*, 2012):

"Anos atrás, visitando o campus da Universidade de Brasília (UnB) com uma professora norte-americana, perguntei qual a diferença da paisagem arquitetônica do nosso campus para um campus nos Estados Unidos. Esperei que dissesse: "São parecidos". Mas, depois de olhar ao redor, ela disse:

"Não têm negros". Respondi que, no Brasil, como também nos EUA, os negros não têm boas escolas na educação de base. Ela perguntou: 'Por que não adotam cota para negros, como nos EUA?'

Depois de nove anos de adotada pela UnB, as cotas raciais foram reconhecidas como legais pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Nesse período, 3.000 alunos foram admitidos pela cota racial na UnB e mil concluíram seus cursos graças ao ingresso usando as cotas. Temos bons jogadores de futebol negros porque a bola é redonda para todos, mas nossas escolas são redondas apenas para os poucos que têm renda para cursar uma boa escola no ensino fundamental e no ensino médio.

Tanto os que são contrários às cotas raciais quanto aqueles favoráveis enfocam o assunto pelo lado individualista de oferecer uma escada social a um jovem negro. Continuam pensando que as cotas visam beneficiar o aluno que obtém a vaga. Não percebem o papel da cota racial como o caminho para o Brasil apresentar com orgulho uma sociedade com elite tão multirracial quanto seu povo.

A cota social beneficia o aluno, a cota racial beneficia o Brasil, possibilitando o ingresso de jovens negros na carreira profissional de nível superior. Certamente, jovens escolhidos entre aqueles de classe média que concluíram o ensino médio e passaram no vestibular porque foram bem-preparados em uma boa escola, portanto, provavelmente, não pobres.

A cota racial para a universidade nada tem a ver com a cota social. Esta atenderia jovens pobres para compensá-los pelo que lhes negamos na infância. É um benefício justo. Já a cota racial não é um assunto de justiça, é um assunto de dignidade nacional; não é social, é patriótica.

Os que lutam pela cota racial nas universidades não lutam pela erradicação do analfabetismo entre adultos negros, nem para que os negros pobres tenham escolas com a mesma qualidade dos ricos brancos. E aqueles que defendem as cotas sociais no lugar das raciais não defendem cotas sociais no ensino fundamental e médio, nos colégios federais e mesmo nas escolas particulares de qualidade. Essa, sim, seria cota social. A cota social na educação de base nunca atraiu os defensores da cota racial nem aqueles que se opõem a ela e que usam

*a ideia de social contra a ideia de racial.*

*Os que defendem cotas sociais para as universidades, ao invés das cotas raciais, provavelmente ficarão contra as cotas sociais nas boas escolas da educação de base, obrigando as escolas caras a receberem alunos pobres, sem mensalidade ou com uma bolsa do tipo ProUni”.*

Com efeito, em julgamento paradigmático, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional a política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes na Universidade de Brasília (UnB). Foi julgada improcedente arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pelo Partido Democratas (DEM). Foi seguido à unanimidade o voto do ministro relator Ricardo Lewandowski, segundo o qual as políticas de ação afirmativa adotadas pela UnB estabelecem um ambiente acadêmico plural e diversificado, e têm o objetivo de superar distorções sociais historicamente consolidadas. Além disso, segundo ele, os meios empregados e os fins perseguidos pela UnB são marcados pela proporcionalidade, razoabilidade e as políticas são transitórias, com a revisão periódica de seus resultados:

*“No caso da Universidade de Brasília, a reserva de 20% de suas vagas para estudante negros e ‘de um pequeno número delas’ para índios de todos os Estados brasileiros pelo prazo de 10 anos constitui, a meu ver, providência adequada e proporcional ao atingimento dos mencionados desideratos. A política de ação afirmativa adotada pela Universidade de Brasília não se mostra desproporcional ou irrazoável, afigurando-se também sob esse ângulo compatível com os valores e princípios da Constituição” (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, min. Ricardo Lewandowski; fonte: Notícias do STF, <http://www.stf.jus.br>, captado em 26.04.2012).*

Dias após, o STF declarou constitucional a Medida Provisória nº 213/04, convertida na Lei nº 11.096/2005, que instituiu o Programa Universidade para Todos (ProUni) e passou a regular a atuação de entidades de assistência social no ensino superior. Em seu judicioso voto, o ministro Gilmar Mendes afirmou que a sistemática adotada pelo ProUni para fomentar a concessão de bolsas de estudo por parte de instituições privadas de educação superior, mediante o oferecimento, em contrapartida, de isenção de alguns tributos, é um modelo extremamente engenhoso que favorece mais de um milhão de estudantes, e que deveria ser estendido a outros setores. Para Mendes, o ProUni é bem-sucedido

muito em razão de seu mecanismo de fiscalização, que é “*bastante simples, quase documental*”, na medida em que dispensa a atuação de fiscais para impedir fraudes. “*É um modelo institucional digno de encômios porque todos nós sabemos da dificuldade de se fazer um controle dessas entidades. E é um modelo que pode se expandir para outras áreas, como a saúde*”, afirmou. O ministro Gilmar Mendes também teceu elogios aos critérios para a concessão de bolsas com base na renda, e não na cor da pele. O programa é dirigido aos estudantes egressos do ensino médio da rede pública ou da rede particular na condição de bolsistas integrais, com renda per capita familiar máxima de três salários mínimos. “*A lei do ProUni, em verdade, estabelece o critério de renda do aluno como requisito essencial para a concessão dessas bolsas*”. Ficou vencido, neste julgamento, o ministro Marco Aurélio, para quem a Medida Provisória nº 213/04 contém diversos vícios, como, por exemplo, não respeitar os requisitos de urgência e relevância previstos na Constituição Federal, e regular matéria tributária (prevê isenção fiscal às universidades que aderirem ao ProUni), o que somente pode ser feito por meio de lei complementar. Conforme Aurélio, pouco importa que a MP tenha sido convertida em lei, citando o jurista Celso Antonio Bandeira de Mello: “*O vício originário quanto à edição da medida provisória contamina a lei de conversão. A lei de conversão, em síntese, é válida se válida se mostrar a medida provisória*” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.330, min. Ayres Britto; fonte: Notícias do STF, <http://www.stf.jus.br>, captado em 03.05.2012).

## **V – CONCLUSÃO**

Segundo o historiador JOSÉ MURILO DE CARVALHO (2001), não se afirma a noção de cidadania no Brasil. Com efeito, a chamada Revolução de 1930 abriu o caminho para os direitos sociais. No pós-1930 e também no pós-1964, registrou-se o maior avanço dos direitos sociais no Brasil. Houve fortes constrangimentos aos direitos políticos, inteiramente suspensos de 1937 a 1945 e muito cerceados no pós-1964. São os direitos políticos e civis, e não os sociais, os alvos mais frequentes de regimes políticos discricionários. Os direitos sociais ocupam posição central na percepção da população sobre a cidadania, embora não tenham colaborado sempre para o fortalecimento do Estado democrático. O MDB e, depois, o PMDB, pôde canalizar o descontentamento da população, manifestado pelo voto e por campanhas como as das “Diretas Já”, nos anos 1980. Enfim, após a redemocratização, se os direitos políticos completam sua expansão, os direitos sociais passam a sofrer ameaças e os direitos civis permanecem retardatários, o que está longe de configurar um percurso bem-sucedido.



Não destoa o contexto da América Latina, conforme JACQUES LAMBERT (1969:332):

*"Sob uma forma ou outra, as constituições da América Latina têm sempre afirmado que os homens nascem livres e iguais e, como afirma a constituição do Uruguai, 'não há entre eles outra diferença senão a do talento e da virtude'. Nesses países que conheceram, todos, a escravidão no período colonial e que, por vezes, a conservaram por muito tempo após a independência, considerou-se necessário insistir na proibição de toda servidão involuntária. Pelo fato de que, no mais das vezes, as nações latino-americanas constituem sociedades plurirraciais, que conheceram, durante o período colonial, discriminações jurídicas em detrimento dos ameríndios, dos africanos, dos mestiços e dos mulatos, insiste-se, também, muitas vezes, na igualdade das raças".*

Andaram bem o constituinte de 1988, o legislador ordinário e o Supremo Tribunal Federal ao consagrar, no Direito Brasileiro, as ações afirmativas.

Em suma, José Saramago, no romance *Todos os Nomes* (1997), sintetizou bem o princípio da igualdade: *"Quanto maior é a diferença, maior será a igualdade, e quanto maior é a igualdade, maior a diferença será"*.

## BIBLIOGRAFIA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_ (organizador). *Direito administrativo e constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Organizações Simões, 1951.

BUARQUE, Cristovam. Elite tem de ser tão multirracial quanto nosso povo. *Jornal O Tempo*, Belo Horizonte, 11 maio, 2012, p. 19.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2001. 236 p.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: *Direito administrativo e constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 343-359.

\_\_\_\_\_. Cotas raciais: um erro. *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 27 Abr. 2012, p. A-2.

DROMI, Roberto. *Sistema y valores administrativos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Ações afirmativas. *Jornal O Tempo*, Belo Horizonte, 08 Ago. 2003, p. 8.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *O debate constitucional sobre as ações afirmativas*. Disponível em: <[www.mundojuridico.com.br](http://www.mundojuridico.com.br)>. Acesso em: 20 out. 2004.

GONÇALVES, Alcindo. Políticas públicas e a ciência política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 75-96.

LAMBERT, Jacques. *América Latina: estrutura social e instituições políticas*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1969.

MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa: "affirmative action" no direito norte-americano*. São Paulo: Editora RT, 2001. 173 p.

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1991. 600 p.

SARAMAGO, José. *Todos os nomes*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. 279 p.

SOUZA, Arivaldo Santos de. *Ações afirmativas: origens, conceito, objetivos e modalidades*. Jusnavigandi. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/9487/acoes-afirmativas>. Acesso em 08 maio 2012.

## (ENDNOTES)

1Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais; Doutor em Direito Administrativo pela UFMG; Professor do Centro Universitário Newton Paiva e da Escola Judicial "Desembargador Edésio Fernandes"