

# JUSTIÇA CIDADANIA &

CONSTITUIÇÃO

PÚBLICA FEDERAL DO BRASIL

ISSN 1807-779X  
9 771807 778000 0 0 3 0 8 >  
Edição 106 - Maio de 2009  
R\$ 16,90

**MAX FONTES**

Presidente da *HARVARD LAW SCHOOL ASSOCIATION OF BRAZIL*

# HARVARD NO BRASIL

Entrevista Exclusiva: ANTONIN SCALIA, MINISTRO DA SUPREMA CORTE DOS EUA

# A POLÍTICA DAS COTAS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Celso de Albuquerque Silva

Procurador Regional da República

## Introdução

A Constituição Brasileira, que acaba de completar 20 anos de sua promulgação, representou um marco no desenvolvimento e planejamento de uma nova sociedade democrática, devendo ser compreendida contextualmente como um documento que tem por finalidade assegurar um modelo de democracia associativa.

A democracia associativa, superando a díade indivíduo/comunidade, promove, sem desprezar as características individuais do ser humano, o reencontro do indivíduo com a sociedade, assumindo a tarefa de substituir uma igualdade formal do “sujeito de direito”, por um sistema de distribuição de recursos e oportunidades baseado em um princípio substantivo de igualdade que, sem rejeitar qualitativamente as inegáveis vantagens da igualdade abstrata dos sujeitos de direito, a ela agrega quantitativamente uma concepção positiva de liberdade que trate as pessoas como indivíduos reais que possuem necessidades a serem obrigatoriamente atendidas. A concepção de igualdade democrática associativa incorpora a noção que liberdade não é apenas liberdade de “alguma coisa”, mas a liberdade de positivamente se realizar como pessoa humana e viver a vida que entende como boa, questão na qual se insere a temática das cotas nas universidades públicas.

O tema das cotas em universidades está na ordem do dia

da pauta política com o atual debate que se trava no Congresso sobre a necessidade, conveniência e mesmo constitucionalidade da instituição de cotas nas universidades federais<sup>1</sup>. A situação não é diversa no Judiciário. Atualmente, os Tribunais Regionais Federais da 1ª e 4ª Região já se pronunciaram pela sua constitucionalidade. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região entende pela sua inconstitucionalidade enquanto não existir lei em sentido formal autorizando tais políticas, e o Tribunal Regional da 2ª Região ainda não tem posição definida. O Supremo Tribunal Federal deverá se pronunciar sobre o tema brevemente na ADI nº 3.197, proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino contra a Lei nº 4.151/2003, do Estado do Rio de Janeiro, que instituiu o sistema de cotas na UERJ e UENF. Aqui se busca demonstrar a constitucionalidade das ações afirmativas em ensino superior, fazendo uma correlação entre o sistema de cotas e o princípio da igualdade de recursos.

## O princípio da igualdade – evolução histórica de seu sentido e conteúdo

Historicamente, o princípio jurídico de que todos os cidadãos pertencentes à pólis devem ser destinatários, por parte do Estado, de um tratamento de igual consideração e respeito apenas tendo em conta a sua dimensão moral enquanto



pessoa humana, está nas sociedades ocidentais ligado ao desenvolvimento da teoria do Estado.

No Estado absolutista precursor do Estado Liberal dos séculos XVII e XVIII, as pessoas não eram concebidas como iguais. É com a instauração do Estado Liberal de Direito que a igualdade de todos os homens perante a lei é afirmada, igualdade esta significando a abolição dos privilégios derivados da ordem social estruturada em castas. É a igualdade formal na liberdade dos Liberais. Com o advento da democracia e do Estado Social nos albores do século XIX e início do século XX, iniciou-se o processo de releitura do princípio da igualdade. A democracia propiciou o surgimento do mercado político<sup>2</sup> em que as classes sociais menos favorecidas economicamente aceitam trocar o seu voto por prestações e utilidades sociais até então inacessíveis, conduzindo o Estado a promover uma maior intervenção no mercado econômico, província até então considerada exclusiva da classe burguesa. Essa nova leitura do princípio da igualdade traz uma renovada visão de justiça igualitária. O critério definidor da igualdade passa a ser não mais a capacidade, mas sim a necessidade.

Nessa nova concepção, o foco não é mais o indivíduo abstrato e racional idealizado pelos filósofos iluministas, mas a pessoa de carne e osso, com necessidades materiais que precisam ser atendidas, sem as quais não consegue nem mesmo

exercitar suas liberdades fundamentais. Parte-se da premissa de que a igualdade é um objetivo a ser perseguido através de ações e políticas públicas, e que, portanto, ela demanda iniciativas concretas em proveito dos grupos desfavorecidos. É a igualdade do Estado Social que se convencionou chamar de igualdade material em contraposição à igualdade formal do Estado Liberal. Nesse primeiro momento, igualdade formal e igualdade material são apresentadas como virtudes antitéticas, vez que a primeira ampliaria a liberdade, para que cada indivíduo se desenvolvesse segundo sua capacidade, enquanto a última restringiria a liberdade individual em favor da coletividade.

Ao Estado Social segue-se o Estado Democrático de Direito. Este, informado pelos valores da igualdade e liberdade, reconhece que em uma sociedade plural como a atual, a igualdade material não é a homogeneização forçada. Convém que ela (a igualdade) possa navegar entre as demandas de um tempo que é centrado na multiplicidade de suas vozes. Nesse diapasão, a filosofia política contemporânea busca articular um conceito de igualdade que contemple a diversidade cultural, pois nela se contém o reconhecimento de que todos têm igual liberdade de ser diferentes e viver de acordo com essas diferenças. Não se trata, portanto, de um lado, de simplesmente excluir os méritos, as capacidades e as consequências de escolhas e modos de viver livremente adotados pelos membros da coletividade enquanto



Foto: Arquivo pessoal

Procurador Celso de Albuquerque Silva

“A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA ERIGIU COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL A ELIMINAÇÃO DA POBREZA E A SUPERAÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS, COM O FIRME COMBATE A QUALQUER FORMA DE DISCRIMINAÇÃO E COM A CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE, AO MESMO TEMPO EM QUE LIVRE, JUSTA E SOLIDÁRIA.”

indivíduos, nem de outro, de excluir a responsabilidade coletiva desse mesmo indivíduo, enquanto componente de uma comunidade, mas fazê-los complementares e sinérgicos. Igualdade e liberdade no final do século XX e início do presente século trabalham lado a lado para assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana e a justiça social.

Nesse labor de harmonização, exige-se que o sistema de princípios abstratamente considerado, seja interpretado de modo a se conformar uma unidade coerente. Essa a linha desenvolvida por Ronald Dworkin. Para superar a tradicional tensão entre os dois princípios, o autor estrutura, a partir dos pressupostos do liberalismo igualitário, um modelo de “igualdade de recursos”. Através desse modelo, Dworkin procura conjugar a responsabilidade do indivíduo pelas escolhas que faz com a responsabilidade da sociedade pelo estabelecimento de um contexto adequado para que as escolhas individuais possam se realizar. A mediatrix dessa dupla responsabilidade impõe ao Estado o papel de estabelecer um sistema distributivo que confira a todos iguais recursos para que possam realizar seus projetos de vida. As diferenças aleatórias que decorrem, por exemplo, dos talentos naturais ou da sorte de cada um, serão objeto de redistribuição. Mas as diferenças que resultarem das opções pessoais, feitas de forma materialmente autônoma, não serão anuladas. Garante-se, com isso, simultaneamente e de modo harmônico e sinérgico, a liberdade e a igualdade<sup>3</sup>.

#### Política de cotas, igualdade, Justiça distributiva e princípio meritocrático

A Constituição brasileira erigiu como princípio fundamental a eliminação da pobreza e a superação das desigualdades sociais, com o firme combate a qualquer forma de discriminação e com a construção de uma sociedade, ao mesmo tempo em que livre, justa e solidária. Um dos valores mais essenciais do Estado Democrático de Direito, delineado através da Carta de 1988, é o da **justiça social**, diretamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana. A realização desses ideais é proposta assumida por toda a sociedade e imposta ao Estado. No particular, todos concordam; mesmo os críticos das políticas de cotas.

Para os críticos das ações afirmativas, a justiça social deve ser alcançada unicamente através de políticas de caráter universalista que tenham por objetivo reduzir a pobreza e promover significativas melhoras sociais. Assim, a solução compatível com o acesso meritocrático ao ensino superior, nos termos do artigo 208, V, da Constituição Federal, seriam políticas públicas universalistas de melhoria do ensino fundamental e médio e jamais a adoção de políticas públicas discriminatórias e parciais de ação afirmativa.

A defesa intransigente e radical do igualitarismo formal universalista em detrimento do igualitarismo material não radical parte da premissa equivocada de que há uma incompatibilidade natural entre políticas universalistas e

políticas afirmativas, quando na verdade existe uma estreita relação de complementaridade entre elas, na medida em que ambas decorrem do mesmo princípio da igualdade, variando apenas de grau. Nesse sentido é relevante a constatação de que o próprio Constituinte traz elementos desse sistema complementar de concretização da igualdade substancial ao prever expressamente pelo menos duas políticas de ação afirmativa em favor de minorias: o dever de proteger o mercado de trabalho da mulher ainda que através de políticas especiais (art. 7º, XX) e a reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiências (art. 37, VIII).

Como visto anteriormente, esta concepção de igualdade na filosofia política atual possibilitou uma reconciliação entre os valores da igualdade e da liberdade, entendidos, em um contexto pós-moderno pluralista e multicultural, como aspectos distintos do mesmo ideal de associação política. O ideal democrático. É o princípio da igualdade material de recursos que permite compatibilizar, de forma coerente e sinérgica, o estabelecimento de cotas para minorias com o princípio do mérito individual. É que a igualdade material de recursos se estrutura em dois princípios fundamentais do individualismo ético: o primeiro é o da igual importância, a afirmar que do ponto de vista objetivo, a vida humana seja bem sucedida, em vez de desperdiçada, tal como previsto na Constituição Federal, nos art. 1º, *caput* e inciso III, art. 7º, *caput*, e art. 205. O segundo princípio é o da responsabilidade especial, que assume a premissa de que, embora toda a coletividade deva reconhecer a igual importância objetiva no êxito da vida humana, um indivíduo, uma pessoa, tem a responsabilidade especial e final por esse sucesso — a pessoa dona de tal vida. Esse princípio é relacional e não ético e nesse sentido não despreza qualquer vida, seja tradicional, rotineira e enfadonha, seja inovadora, aventureira e excêntrica, contanto que essa vida tenha sido conscientemente endossada pelo indivíduo que a escolheu. (CF, art. 208, V).

A igualdade material de recursos impõe ao Estado o dever de estabelecer um sistema distributivo que garanta iguais recursos a todos os cidadãos para que possam realizar seus projetos de vida. Para alcançar esse desiderato, assume que as diferenças aleatórias que decorrem, por exemplo, dos talentos naturais ou da sorte de cada um serão objeto de redistribuição, pois a correção dessas diferenças é de responsabilidade coletiva em razão do primeiro princípio da igual importância. Por outro lado, as diferenças que resultarem das opções pessoais, feitas de forma materialmente autônoma, não serão anuladas, sendo de responsabilidade do indivíduo, em função do segundo princípio da responsabilidade especial<sup>4</sup>.


Assim, diante da igualdade material de recursos, não há como não reconhecer a constitucionalidade do sistema de cotas que procura melhorar as condições econômicas e sociais de parcela da sociedade excluída, seja por raça, cor ou condição econômica, ao reservar vagas para competição entre membros dessas minorias, máxime quando se reconhece que

educação é um recurso essencial à melhoria da qualidade da vida social do indivíduo e condição necessária para a superação da marginalização social e econômica.

Por outro lado, a responsabilidade coletiva que impõe ao Estado o dever constitucional de assegurar os recursos necessários para tornar o destino dos cidadãos sensível às opções que fizeram não afasta a responsabilidade pessoal pelas opções eventualmente feitas.

É com base no princípio da responsabilidade pessoal que o princípio do mérito deve ser averiguado. De fato, se mesmo sem demonstrar as condições mínimas para aprovação no vestibular, determinado aluno ingressasse na universidade em razão exclusivamente do sistema de cotas estabelecido, haveria clara vulneração do princípio da igualdade material, mesmo a de recursos. Por outro lado, o ingresso do aluno, em razão de seus méritos pessoais, que lhe permitiram alcançar a pontuação necessária para ascender a um curso superior segundo sua capacidade, ainda que aliado a outros fatores como uma política pública de ação afirmativa, não representa qualquer vulneração ao princípio da igualdade e do mérito, mas ao revés, sua plena observância e respeito.

#### Conclusão

Acreditamos ter demonstrado que os princípios da igualdade e da liberdade acolhidos pelo texto constitucional não conduzem a uma sociedade meritocrática baseada apenas em números, mas ao revés refundam o pacto democrático liberal para forjar uma democracia associativa na qual se reconhece que as pessoas dependem das outras para viver e fruir a vida que julgam boa. Nesse sentido, as políticas públicas de inclusão social, como as ações afirmativas para ingresso no ensino superior, são instrumentos atuais e necessários para que a justiça social seja alcançada, superando-se as terríveis diferenças entre uma pequena classe social abastada e uma grande massa de cidadãos brasileiros excluídos dos bens sociais, funcionando o valor da igualdade como um verdadeiro princípio anticastas a significar que, no que diga respeito a capacidades e funções humanas básicas, um grupo social não pode estar sistematicamente abaixo de outro. 

#### NOTAS

<sup>1</sup> Sobre o tema veja-se o PLS nº 344/2008 de autoria do senador Marconi Perillo, pronto para pauta na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado e PLC nº 180/2008, de autoria da deputada Nice Lobão, pronto para pauta na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados.

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto, “O Futuro da Democracia – Uma Defesa das Regras do Jogo”, Paz e Terra, 5 edição, 1992, pp. 141-143.

<sup>3</sup> DWORKIN, Ronald. “A Virtude Soberana. Teoria e Prática da Igualdade”, Martins Fontes, São Paulo, 2005, pp. XIII-XVIII, 200-250

<sup>4</sup> Sobre a igualdade material de recursos e seu papel na distribuição da responsabilidade coletiva e individual, veja-se DWORKIN, Ronald, “A Virtude Soberana...cit”, cap. 7.