



Brasília | ano 50 | nº 199
julho/setembro – 2013

A relação entre o constitucionalismo e a democracia

Uma análise da nova lei de cotas sociais

VANESSA CRISTINA GAVIÃO

Sumário

Introdução. 1. Constitucionalismo e democracia: as duas faces de um Direito. 2. A nova lei de cotas sociais: política pública ou princípio moral? 3. As cotas sociais e seus reflexos no constitucionalismo e na democracia. Conclusão.

Introdução

A análise da tensão entre a democracia e o constitucionalismo no atual Estado Democrático de Direito traduz-se como um dos objetivos primordiais deste *paper*, a fim de que sejam delimitados e abordados aspectos que descaracterizam a oposição aparente entre tais elementos.

Para além dessa apreciação e com base no que dela for auferido, pretende-se apresentar estudo relativo à nova lei de cotas sociais para ingresso em universidades e escolas técnicas federais (Lei nº 12.711, sancionada em setembro de 2012), a qual apresenta uma série de controvérsias e reações contrárias advindas da própria sociedade.

Vale consignar que o presente trabalho não tem a pretensão de abordar aspectos meritórios da política de cotas, como a sua eficácia ou eficiência, ou ainda a necessidade de se aprimorar no ensino de base ou no ensino médio, para o alcance de melhores resultados na educação brasileira, pontos que serão futuramente abordados em trabalho específico.

Nesse sentido, possível seria a realização de uma análise dogmática da legislação apresentada, com o fito de se encontrarem, destacarem e eventualmente ponderarem os critérios eleitos e a estrutura por ela proposta. Entretanto, o objetivo do presente trabalho é realizar uma análise

Vanessa Cristina Gavião é mestrandia em Direito na Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Advogada da autarquia Departamento Municipal de Água e Esgoto de Poços de Caldas. Professora de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MG (Poços de Caldas) e da Fumesc (Machado/MG).

panorâmica da posição da nova legislação em face da democracia e do constitucionalismo.

Isso porque, a lei de cotas sociais, ante a sua finalidade de efetivar o direito social da educação para todos, fazendo-o por meio da implementação de critérios baseados em classe social, raça e etnia, parece ilustrar de forma clara e notória a tensão e a forçosa convivência entre a democracia e o constitucionalismo, ainda que reflita sobre conflitos gerados no interior de cada um desses institutos, conforme se pretende averiguar.

Sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, em virtude de sua vastidão e complexidade, a análise aqui realizada tem como objetivo instigar novos pensamentos sobre a eterna tensão entre constitucionalismo e democracia, que parecem permanecer, por vezes, distantes de questões práticas, bem como buscar a justificativa da validade, sem adentrar no critério de efetividade da legislação em comento.

Finalmente, salienta-se que para atingir os objetivos do presente trabalho, adotar-se-á o método analítico segundo, precipuamente, a teoria substancialista de Ronald Dworkin.

1. Constitucionalismo e democracia: as duas faces de um Direito

O Estado Democrático de Direito há muito apresenta um dilema que parece intrínseco à sua própria natureza. A vontade do povo, cristalizada na democracia e a organização da sociedade em um consenso popular encontra-se, ao menos de forma aparente, diametralmente oposta à ideia de limitações determinadas por normas de difícil alteração, isto é, os direitos fundamentais.

Antes de adentrarmos, todavia, no mérito da questão abordada, pode-se já afirmar que, em verdade, inexistente um ponto de equilíbrio passível de ser apontado entre a chamada democracia e o constitucionalismo. Não há primazia de um sobre o outro, uma vez que ambos parecem ser constitutivos do Direito.

Apenas para realizar um breve panorama histórico, cumpre destacar que, ao final da idade moderna, com a institucionalização do Estado Liberal, inventa-se a ideia de indivíduo, adotando o critério da racionalidade e tendo como parâmetro os princípios da igualdade, da liberdade e da propriedade.

Naquele momento, o Estado deve garantir a maior liberdade aos indivíduos, interferindo o mínimo possível, sendo que a autonomia privada se relaciona basicamente a direitos negativos diante do Estado e de outros cidadãos, isto é, direitos individuais (BAHIA, 2009, p. 235-236).

Esse cenário, após certo lapso temporal, gerou crises em virtude da existência de desigualdades econômicas e sociais, uma vez que os direitos

já não eram mais materializados. Passou-se, então, ao Estado Social, no qual ocorreu a expansão daquilo que é público, isto é, efetivou-se uma maior aposta no Executivo, buscando-se de forma ainda mais enfática a materialização da igualdade e da liberdade.

É nesse momento em que o Estado passa a intervir nas questões sociais, se aproximando da sociedade por meio da política e do Direito. No entanto, em que pese a base pública da sua proposta, o Estado Social acabou por gerar clientes em vez de cidadãos¹, caracterizando um desvio de finalidade econômica em demasia, uma vez que se efetiva apenas e tão somente a igualdade material, abdicando de outros valores inerentes ao processo de cidadania.

Após a crise gerada no Estado Social, surge, então, o chamado Estado Democrático de Direito, o qual apresenta a formação racional da vontade coletiva e abre espaço para a discussão pública, trazendo consigo a ideia de maior materialização de direitos fundamentais.

“Assim, em razão da nova concepção de igualdade e liberdade, novos direitos fundamentais surgiram. Igualdade e liberdade requerem agora materialização tendencial; não mais podemos nelas pensar sem considerar as diferenças, por exemplo, entre o proprietário dos meios de produção e o proprietário apenas de sua força de trabalho, o que passa a requerer a redução do Direito Civil, com a emancipação do Direito do Trabalho, da previdência social e mesmo a proteção civil do inquilino. Enfim, o lado mais fraco das várias relações deverá ser protegido pelo ordenamento e, claro, por um ordenamento de *leis claras e distintas*” (CARVALHO NETO, 2003, p. 13).

Além disso, no Estado Democrático de Direito, a tendência do constitucionalismo reflete diretamente na maior importância atribuída ao Judiciário, que ganha um espaço relevante no cenário dos poderes do Estado. Tal questão foi brilhantemente apontada por Lenio Luiz Streck em trecho de seu livro “Jurisdição constitucional e hermenêutica”.

“A democratização social, fruto das políticas do *Welfare State*, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais, trazem à luz Constituições cujos textos positivam os direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os Poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política, isto porque o *Welfare State* lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência nega-

¹ Ao contrário da promoção de cidadania (que era, afinal, a meta do Estado Social) o que se viu foi o Estado tomando para si toda a dimensão do público, deixando os indivíduos na posição (cômoda?) de clientes, numa relação paternalista e dependente (BAHIA, 2009, p. 260).

tiva de legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica. Tais fatores provocam um redimensionamento na clássica relação entre os Poderes do Estado, surgindo o Judiciário (e suas variantes de justiça constitucional, nos países que adotaram a fórmula dos tribunais *ad hoc*) como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais” (STRECK, 2004, p. 147).

Nesse ínterim, a ideia de constitucionalismo, adstrita ao Estado Democrático de Direito, regulamenta e apresenta direitos individuais que figuram também em uma dimensão política e que estão limitados à possibilidade de alteração pelo legislador, haja vista a necessidade de se observar os requisitos procedimentais para tanto, especialmente se considerados como cláusulas pétreas, sendo passíveis de apreciação e amparo pelo Poder Judiciário.

Em contrapartida à relação do constitucionalismo ao Estado Democrático de Direito, a concepção de democracia como um governo do povo e que, supostamente, estaria ligada à vontade da maioria, parece estar objetando o constitucionalismo acima mencionado, criando-se uma aparente contradição – a qual, contudo, não merece guarida.²

Ronald Dworkin, ao abordar o conflito entre constitucionalismo e democracia, afirma acreditar que este é ilusório, por que é baseado numa compreensão incorreta do que a democracia é (DWORKIN, 1995, p. 2).

Faz-se necessária, sob essa ótica, uma cautelosa apreciação e um maior entendimento sobre alguns possíveis conceitos e concepções de constitucionalismo e de democracia para que, assim, seja possível a constatação de sua inter-relação e co-originariedade.

Dahl (2001, p. 16), defensor da lógica da igualdade, assevera que “quando um determinado número de membros de uma comunidade se vê como bastante iguais, estando bem qualificados para dar uma palavra em seu governo, está configurada a democracia”.

José Luiz Quadros de Magalhães (2004, p. 120), por sua vez, define democracia como “a participação e comunicação entre representantes e as várias camadas da sociedade civil, não se resumindo ao simples processo de escolha dos possíveis representantes”.

Por outro lado, José Afonso da Silva (2006), defende que a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo

² A objeção da democracia pelo constitucionalismo dá-se, aparentemente, pelo fato de que, enquanto a democracia permitiria à maioria decidir da forma que melhor lhe conviesse, o constitucionalismo insere determinadas normas de difícil alteração, as quais resistem, inclusive contra a vontade da maioria.

de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história. Para o autor, o conceito de democracia fundamenta-se na existência de um vínculo entre o povo e o poder.

Ainda em análise ao conceito de democracia, salutar colacionar as lições de Friedrich Müller, retiradas do livro “Quem é o povo? A questão fundamental da democracia”:

“A ideia fundamental da democracia é a seguinte: determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo. Já que não se pode ter o autogoverno, na prática quase inexequível, pretende-se ter ao menos a autocodificação das prescrições vigentes com base na livre competição entre opiniões e interesses, com alternativas manuseáveis e possibilidades eficazes de sancionamento político [...] Não há nenhuma razão democrática para despedir-se simultaneamente de um possível conceito mais abrangente de povo: do da totalidade dos atingidos pelas normas: *one man one vote*. Tudo o que se afasta disso necessita de especial fundamentação em um Estado que se justifica com democracia” (MÜLLER, 2003, p. 57).

Para o autor, só existe povo ativo onde existe respeito aos direitos fundamentais individuais e políticos. Os direitos fundamentais garantem a participação ativa e efetiva, que seriam a base da verdadeira democracia.³

Nota-se, portanto, que para Müller (2003) a democracia não está oposta ao constitucionalismo, uma vez que os direitos fundamentais oriundos deste último são essenciais para a efetivação da válida democracia.

Sob a mesma perspectiva de inter-relação da democracia com o constitucionalismo, Ronald

³ Müller (2003) entende, pois, que o povo é responsável por estabelecer fundamentos para a sua convivência e para a manutenção das relações sociais, criando normas a partir de discussões decorrentes do convívio em sociedade.

Dworkin (1995, p. 2) divide as normas constitucionais em possibilitadoras e limitadoras: enquanto as primeiras constroem um governo da maioria, as segundas restringem os poderes dos representantes.

Assim, deve-se destacar que, ao se falar em democracia, a primeira ideia que se busca no senso comum, de forma quase que inconsciente, é a sua delimitação por meio de um conceito de maioria e de uma imagem relacionada à vontade majoritária. Isto é, considera-se, de forma superficial e inócua, a democracia enquanto a mera vontade de uma maioria.

Contudo, para Dworkin (1995, p. 5-6), é necessário adotar a concepção comunitária de democracia e não apenas a concepção majoritária (ideia de ação coletiva estatística), à qual insistentemente se dá maior atenção, uma vez que é aquela que se constrói a noção de povo como entidade distinta e não exclusivamente como mero agrupamento de indivíduos.

Não parece, nesse sentido, existir razão para entender a democracia apenas e tão somente como o governo da maioria, expresso por seus anseios. O critério estatístico e majoritário por si só não é suficiente para se garantir em verdadeiros ideais de uma democracia, podendo, inclusive, oprimir e atacar os direitos válidos de minorias.

Apenas para “não passar em brancas nuvens”, convém destacar que o próprio regime nazista se mostrou como um governo da vontade da maioria e, caso adotássemos a convicção da democracia meramente em seu aspecto majoritário, admitir-se-ia a afirmação de que o nazismo se constituiu como democracia.

Menelick de Carvalho Neto (2003, p. 15) sabiamente afirma que a vontade ilimitada da eventual maioria é ditadura, é a negação mesma da própria ideia de democracia. Aduz ainda que somente aprendemos que o constitucionalismo é constitucional, se for democrático.

Também partindo da premissa de que a tensão entre constitucionalismo e democracia se faz essencial, Michel Rosenfeld (2003) afirma que o constitucionalismo é hoje uma garantia argumentativa contra o autoritarismo, um limite às constituições positivas vigentes.

É fato que a vontade da maioria apresenta grande relevância e deve ser levada em consideração. Todavia, essa vontade não se faz absoluta, tornando-se cogentes as normas limitadoras como medida para frear possíveis excessos, violações e utilização do poder como forma de repressão.

São essas normas limitadoras, inerentes e essenciais ao constitucionalismo e assim sedimentadas, que impedirão que a maioria sobrepuje os direitos fundamentais das minorias e que abusos sejam cometidos em nome de um desejo cuja força se representa de forma meramente estatística.

Ademais, em observância a tal análise do constitucionalismo e da democracia, não como antagonísticos, mas como dependentes entre si, Ronald Dworkin (1995, p. 13) afirma, então, sobre a suposta tensão entre a democracia e o constitucionalismo:

“Com isso, o constitucionalismo não ameaça a liberdade positiva, porque ele é essencial para criar uma comunidade democrática – para constituir ‘o povo’ – e não pode haver nenhuma liberdade comunitária, coletiva, sem isso”.

Doutro lado, a mera garantia de direitos fundamentais de forma isolada não parece satisfazer aos reais interesses e intuídos de uma sociedade inserida no denominado Estado Democrático de Direito, por lhe faltar o requisito da representatividade e da participação popular.

No entanto, a própria noção de constitucionalismo remete à ideia de uma democracia, uma vez que aquele tem como pedra angular os direi-

tos fundamentais, os quais foram assim eleitos pela sociedade e comunidade em determinado momento, que se representou por meio do poder constituinte, traduzindo a manifestação de uma soberania popular.

A democracia, no sentido de concessão de direitos individuais a todos os cidadãos de acordo com a vontade da entidade que se pode denominar povo, é imperiosa, e representa um grande avanço na efetiva e considerável materialização de direitos, garantindo o afastamento da mera formalidade de tal materialização, outrora marcante.

Em contrapartida, a ideia de se afastar a mera formalização dos direitos fundamentais pela via estatal da massa, bem como a sua materialização de forma simples e superficial, corroborando o necessário exercício da democracia mediante o constitucionalismo, foi também abordada por Menelick de Carvalho Neto (2003, p. 21):

“Se, por um lado, liberdade e igualdade não mais podem ser apenas formais, por outro, a sua simples materialização pela via da tutela estatal de um povo imaturo, das massas, não somente não é suficiente, mas também é ela mesma destruidora da própria ideia de cidadania, gerando, no máximo, clientes paternalizados e manipulados, nunca cidadãos. Esses princípios, se são efetivamente contrários, não são contraditórios entre si, mas são igualmente primordiais e co-originais.”

Demonstra-se, portanto, que, se a democracia não se sustenta como tal sem a existência do constitucionalismo, este não sobrevive de forma eficaz se não se efetivar por meio daquela.

Torna-se mais dificultosa, porém justificada, a análise que ora se propõe se observado que vivemos atualmente em uma sociedade complexa e multicultural, na qual, em que pese alguns valores e objetivos serem ainda partilhados, subsistem sensíveis diferenças e diversidades em relação aos princípios e ideais.

Nesse sentido, Lenio Luiz Streck (2011, p. 53) afirma que não pode existir sociedade alguma sem uma definição, mais ou menos segura, de valores substantivos partilháveis, de bens sociais comuns.

Insta destacar, entretanto, que a análise conjunta da democracia com o constitucionalismo, formado pelas normas possibilitadoras e limitadoras já aludidas, segundo a concepção de Dworkin que compartilhamos, justifica-se exatamente pelo fato de vivermos numa sociedade altamente complexa, na qual a moral individual difere em demasia entre os seus membros, não se podendo encontrar um único entendimento de moral subjetiva ou pessoal que a todos domine.

Isso porque as preferências de uma sociedade diversificada, se observada tão só a vontade da maioria, poderiam valer-se da ideia de democracia na sua noção estatística. Entretanto, se assim o fosse, fatalmente atingiriam direitos individuais das minorias que, embora façam parte do coletivo, foram excluídas da democracia instituída por meio de um critério puramente majoritário.

Conforme ressalta Menelick de Carvalho Neto (2003, p. 16), em uma sociedade pluralista e complexa, não é mais possível a imposição de uma única perspectiva moral como a perspectiva moral da sociedade monocrática.

Não se afasta, obviamente, a ideia de que na sociedade existe uma moral política comum, a qual é amplamente abordada e discutida por Ronald Dworkin (2007), em suas mais diversas obras. Contudo, essa moral política comum invariavelmente necessita de uma cautelosa análise para sua configuração, sob pena de se ferirem direitos individuais e fundamentais rigidamente preservados pelo constitucionalismo.

Diante disso, a participação popular e os debates nas denominadas arenas públicas são essenciais para a adequada e ajustada garantia dos direitos individuais constitucionalmente previstos e para permitir a convivência harmônica das diversidades encontradas nas sociedades. Significa, pois, que não basta apenas uma previsão legislativa; torna-se imprescindível a participação do povo na elaboração e implementação dos direitos fundamentais.

Poder-se-ia até mesmo afirmar que uma eficaz democracia exigiria a ampliação das arenas públicas, institucionalizadas ou não, para além das que existem atualmente, pois dessa forma o povo, como entidade, teria total liberdade para discussão de projetos, direitos e políticas públicas.

Seguindo as ideias do Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia (2009, p. 265), somente em espaços de discussão pública (formalizados ou não), em que se possibilite (potencialmente) a igual participação de diferentes grupos agindo discursivamente, é que se poderá lidar com as desigualdades.

Por outro lado, a existência de normas que limitam a vontade da maioria parece ser essencial para que a sociedade se guie e se organize em uma moral política da comunidade e, na mesma medida, a democracia é imprescindível para que os valores e fundamentos constitucionais ganhem força e sentido em sua aplicação. Não restam dúvidas, portanto, de que a democracia e o constitucionalismo, em verdade, são co-origenários.

Maurizio Fioravanti (2001, p. 163-164) ao abordar a junção inevitável de constitucionalismo e democracia leciona:

“En la fórmula contemporánea de la democracia constitucional parece estar contenida la aspiración a un justo equilibrio entre el principio democrático, dotado de valor constitucional a través de las instituciones de la democracia política y el mismo papel del legislador y del gobierno, y la idea – ínsita en toda la tradición constitucionalista – de los límites de la política a fija mediante la fuerza normativa de la constitución y, en particular, a través del control de constitucionalidad siempre más determinante en ámbito de las democracias modernas.”

Diante dessa análise, não se olvida que, embora a ilusória tensão permanente entre constitucionalismo e democracia exista, a sobrevivência de cada um deles depende da atuação do outro e é exatamente a imbricação desses dois elementos que fundamenta o Estado Democrático de Direito.

2. A nova lei de cotas sociais: política pública ou princípio moral?

Analisados e discutidos os argumentos referentes à democracia e ao constitucionalismo como as duas faces co-origenárias do Estado Democrático de Direito, passamos a abordar a nova lei de cotas, que surgiu com a proposta de proteção de minorias, buscando concretizar a ideia do constitucionalismo, como garantia para todos de direitos fundamentais.

Após anos de debate e de implementação de políticas públicas isoladas e esparsas, em 29 de agosto de 2012 foi publicada a Lei nº 12.711, cujo objeto é dispor sobre o ingresso de estudantes nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio.

A mencionada lei resultou do Projeto nº 180/2008 e surgiu aparentemente com o intuito de pacificar e determinar limites à questão que há muito vinha sendo tratada pelo Poder Judiciário⁴, por meio da análise de

⁴No julgamento da ADPF nº 186/DF, que versa sobre programas de ações afirmativas que estabeleça sistema de reserva de cotas em Universidades com base em critério ético-racial, o Ministro Celso de Mello afirmou que o desafio do País seria a efetivação concreta, no plano das realizações materiais, daqueles deveres internacionalmente assumidos. Por outro lado, frisou que, pelo exercício da função contramajoritária – decorrente, muitas vezes,

casos concretos e discussões acaloradas acerca da constitucionalidade de medidas de discriminação positiva ou as denominadas ações afirmativas, as quais se voltavam, até então, principalmente para questões raciais.⁵

Tal lei estabelece o dever de observância da reserva de cotas a todas as universidades federais e instituições federais de ensino técnico. Em suma, ela estabelece que a reserva de cotas ocorrerá por curso e turno em, no mínimo, 50% das vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o Ensino Médio em escolas públicas. Mais adiante, determinou-se que do total de vagas reservadas, 50% deverão ser direcionadas para estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário mínimo *per capita*. Por fim, determina o artigo 3º da Lei nº 12.711/2012 que essas vagas serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas da população da unidade da Federação, informada pelo IBGE.

É sabido, a partir inclusive das discussões realizadas no âmbito do Poder Judiciário, que a criação da política de cotas visa a proporcionar a alunos advindos de classes sociais desfavorecidas um tratamento desigual que possa criar e ofertar oportunidades no mesmo patamar que os demais alunos egressos de escolas particulares e, por consequência, com a qualidade de ensino superior.⁶

da prática moderada de ativismo judicial –, dar-se-ia consequência à própria noção material de democracia constitucional. Consignou que as políticas públicas poderiam ser pautadas por outros meios que não necessariamente pelo modelo institucional de ações afirmativas, caracterizadas como instrumentos de implementação de mecanismos compensatórios – e temporários – destinados a dar sentido aos próprios objetivos de realização plena da igualdade material. Por fim, o Min. Ayres Britto, então Presidente do STF, repisou a preocupação do texto constitucional, em seu preâmbulo, com o bem-estar e, assim, com distribuição de riqueza, patrimônio e renda. Reputou que o princípio da igualdade teria sido criado especialmente para os desfavorecidos e que a Constituição proibira o preconceito. Como forma de instrumentalizar essa vedação, fomentara as ações afirmativas, a exigir do Estado o dispêndio de recursos para encurtar distâncias sociais e promover os desfavorecidos.

⁵ “Ações afirmativas são medidas especiais e temporárias, tomadas pelo Estado e/ou pela iniciativa privada, espontânea ou compulsoriamente, com o objetivo de eliminar desigualdades historicamente acumuladas, garantindo a igualdade de oportunidade e tratamento, bem como compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização, por motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero e outros” (Ministério da Justiça, 1996, GTI População Negra).

⁶ Ainda no julgamento da ADPF nº 186/DF, o Ministro Ricardo Lewandowski assim decidiu: “Isso posto, considerando, em especial, que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas, (ii) revelam proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e prevêem a revisão periódica de seus resultados, e (iv) empregam métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana, julgo improcedente esta ADPF”. Também defendendo a implementação das cotas, o Ministro Marco Aurélio defendeu “É preciso chegar às ações afirmativas. A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso; é necessário fomentar-se o acesso à educação; urge implementar programa voltado aos menos favorecidos, a abranger horário integral, de modo a tirar meninos e meninas da rua, dando-lhes condições que os levem a ombrear com as demais crianças. O Estado tem enorme responsabilidade nessa área e pode muito bem liberar verbas para os imprescindíveis financiamentos nesse setor”.

A nova lei de cotas parece buscar a mitigação das desigualdades sociais e raciais em nossa sociedade. Apresenta critérios que, embora estejam calcados em prerrogativas em razão de classe social, raça ou ainda etnia, objetivam a redução de desconformidades sociais e gerar, conseqüentemente, o progresso da sociedade em todos os seus aspectos.

Contudo, não obstante a nobreza da intenção da legislação em ampliar as possibilidades de frequência no ensino superior daqueles que julgou menos favorecidos, inúmeros argumentos contrários são apresentados com a finalidade de repudiar a nova legislação. Alega-se, especialmente, uma discriminação dos demais pretensos alunos que não se incluem nos critérios das cotas, a colaboração destas para maior inferiorização dos grupos que se pretende proteger⁷ e ainda a ameaça à autonomia das universidades.

Diante disso, a fim de buscar uma eventual solução para as questões suscitadas, deve-se ponderar a melhor forma de se enfrentar a nova lei de cotas: seja como a representação de um princípio moral da sociedade, seja como uma política pública do Estado. Para tanto, recorreremos novamente às ideias de Ronald Dworkin.

É necessária a análise da diferença proposta, pois, enquanto os argumentos de princípio procuram justificar que um grupo detém um direito por uma questão de princípio – sendo, portanto, insensível à escolha – o argumento de política submete-se à escolha da maioria democrática, baseada na ideia estatística.

Ronald Dworkin (2010, p. 129) assim afirma:

“Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. (...) Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou grupo.”

Assim, entende-se que as questões de princípios podem ser opostas contra a opinião das maiorias democráticas, já que se encontram em um nível senão superior, alheio àquela, ao passo que as questões de política

⁷ O ministro Ricardo Lewandowski em seu voto na ADPF nº 186/DF aborda a questão referente à inferiorização dos negros e pardos como um obstáculo a ser vencido pela instituição de cotas, aduzindo que “A histórica discriminação dos negros e pardos, em contrapartida, revela igualmente um componente multiplicador, mas às avessas, pois a sua convivência multissecular com a exclusão social gera a perpetuação de uma consciência de inferioridade e de conformidade com a falta de perspectiva, lançando milhares deles, sobretudo as gerações mais jovens, no trajeto sem volta da marginalidade social. Esse efeito, que resulta de uma avaliação eminentemente subjetiva da pretensa inferioridade dos integrantes desses grupos repercute tanto sobre aqueles que são marginalizados como naqueles que, consciente ou inconscientemente, contribuem para a sua exclusão”.

estão sujeitas e submetidas à escolha da maioria, sendo realizadas de acordo com esta.

É fato que a nova lei de cotas inicialmente se traduz como uma política pública do governo, perfazendo-se como um objetivo político, tendo sido, inclusive, efetivada por legislação já vigente. No entanto, invariavelmente, parece que o caminho mais adequado é a sua análise em observância às convicções morais da comunidade.

Em que pese a ideia inicial de política pública, analisar a lei de cotas apenas sob esse aspecto empobreceria em demasia a discussão que dela se origina, enfraquecendo as razões de sua manutenção e as motivações de sua criação. Compreender a legislação como mero programa do governo é torná-la passível de incontáveis questionamentos, tais como os acima elencados, retirando o seu caráter mais imperioso e a sua força perante a sociedade.

Se utilizados, os argumentos de princípio buscariam justificar tanto a igualdade pretendida pela legislação e a necessidade de estabelecimento de critérios para erradicar a desigualdade quanto a provável eficácia de tais medidas. Os argumentos de política, por sua vez, limitar-se-iam a justificar os objetivos do Estado com aquela ação.

Embora tenha sido exteriorizado mediante ato estatal, o sistema de cotas pretendido pela Lei nº 12.711/2012 traz em seu bojo questões importantes para toda a sociedade, não admitindo serem tratadas tão somente como objetivos políticos de um governo.

É imperativa a necessidade de observar esse ato estatal sob o prisma dos princípios morais da comunidade, pois apenas assim será possível identificar e discutir as questões suscitadas frequentemente em relação às medidas de cotas – como, por exemplo, a constitucionalidade ou efetividade da lei, diante de uma suposta agressão ao princípio da igualdade.

Não seria adequado adentrar nessas premissas se partíssemos do pressuposto de que

a política de cotas se resume a isso: política pública. O assunto exige dos juristas e de toda a sociedade um olhar mais cauteloso e aprofundado, com base na moral comum e necessária para a existência de uma coletividade.

Dworkin (2010) explana, então, que enquanto os princípios informam direitos, as políticas públicas informam objetivos. O estabelecimento de cotas, para sua plena aceitação e eficácia, não pode traduzir-se em mera negociação política, mas, sobretudo na efetiva necessidade de se resguardar em direitos e garantir a integridade moral da comunidade.

Caso adotássemos a convicção de que a nova lei de cotas significa simplesmente uma política pública, as questões constitucionais seriam relegadas a segundo plano. Deixar-se-ia de observar o aperfeiçoamento do constitucionalismo pela democracia, para realçar exclusivamente a implementação de um objetivo político de determinado governo, sem força estendida no tempo ou garantia de qualquer segurança.

3. As cotas sociais e seus reflexos no constitucionalismo e na democracia

Partindo-se da premissa de que a nova lei de cotas deve ser analisada e abordada por meio de argumentos de princípios, passamos a ponderar os seus reflexos no constitucionalismo e na democracia, considerando-se ainda a tensão discutida no primeiro tópico.

Sabe-se que as cotas sociais foram concedidas em virtude não só da grande diversidade social mas também do histórico de discriminação e segregação cultural decorrentes de classe social, raça e etnia, e intensificadas quando se trata da discriminação contra negros.⁸

⁸“No momento atual é possível constatar que mudaram as formas, as linguagens e algumas práticas sociais frente às questões relacionadas à raça, ao gênero e a classe; porém, a situação de desvantagem em que os negros vivem mede-se

Não obstante tal fator, conforme já mencionado alhures, inúmeras objeções foram apresentadas à nova legislação, demonstrando a insatisfação de grande parte da sociedade.⁹ Desse modo, em uma análise superficial, essas insurgências demonstram a aparente tensão e contradição entre o constitucionalismo e a democracia no que tange às cotas sociais ou raciais, exigindo um exame mais aprofundado sobre a correta concretização e efetivação desses dois elementos.

Isso porque, de um lado tem-se uma legislação devidamente aprovada pelo Poder Legislativo e que, invariavelmente, foi submetida ao crivo da democracia em sua forma representativa. Todavia, *a priori*, essa nova medida parece contrariar o princípio da igualdade constitucionalmente assegurado, por estabelecer critérios diferenciados em razão de raça ou condição social, fazendo distinção entre os indivíduos de uma mesma sociedade.

Doutro lado, se consideradas as substanciais manifestações de oposição a essa norma tão logo ela foi aprovada, seja pela sociedade, seja pelos reitores e responsáveis de universidades atingidas, pode-se admitir que a própria democracia, se concebida em seu sentido majoritário, foi relativizada, uma vez que a vontade da maioria, se efetivamente considerada em detrimento da representatividade do poder legislativo, poderia demonstrar concepção diferente da-

pelas disparidades multidimensionais de que são vítimas e que se atualizam através do encobrimento de dissimulação” (CANDAUI, 2003).

⁹ Em meados de agosto de 2012, tão logo o projeto da nova lei de cotas foi aprovado pelo Senado, antes mesmo de a lei ser sancionada pela Presidente da República, incontáveis oposições à política de reserva de cotas foram anunciadas, sendo exteriorizadas por meio de manifestações públicas de estudantes e representantes das universidades, opiniões da sociedade como um todo e ainda por meio de declarações de contrariedade de vários reitores e diretores de universidades e, inclusive, da Federação Nacional das Escolas Particulares, entre outros. Insta consignar que universidades, fundações e federações anunciam até mesmo que ingressarão com medidas judiciais cabíveis para contestar aquela lei.

quela prevista na legislação, optando-se pela não adoção de cotas sociais e raciais.

Deve-se destacar que, se a atividade legislativa compete exclusivamente ao povo, isto é, aos não funcionários políticos em oposição aos titulares da função pública de monopólio de poder (MAUS, 2010, p. 181), como é possível admitir que a própria sociedade se manifeste contrariamente à legislação aprovada por seus representantes?

Em uma análise mais ligeira, percebe-se que a tensão entre constitucionalismo e democracia não ocorre apenas em meio a esses elementos, mas dentro deles próprios, contradizendo frequentemente os seus conceitos isolados e exigindo a interpretação conjugada e inter-relacionada de ambos.

Ou seja: se a vontade da maioria efetiva e numericamente considerada pode não concordar com o teor da legislação aprovada, significa que essa democracia se legitima por meio de seus representantes, os quais devem observar e efetivar os direitos consagrados constitucionalmente, estando diretamente vinculados a estes. Não há como separar ou segregar essa apreciação.

Assim, a própria ideia de co-originariedade da democracia e do constitucionalismo justifica a suposta situação apontada, bem como a consideração da lei de cotas sob argumentos de princípio e não apenas argumentos de política.

Destarte, analisa-se que, embora contrarie a opinião de parte da sociedade, o sistema de cotas propõe assegurar a igualdade de condições entre os ingressantes em universidades federais e instituições técnicas federais. Visa-se, portanto, à proteção a um direito fundamental social de qualquer indivíduo inserido na sociedade: o direito à educação.

Avaliando tal assunto e discorrendo sobre a limitação da vontade da maioria mediante a instituição de direitos fundamentais, ensina o Prof. Dr. José Luis Quadros Magalhães (2012, p. 152):

“O ‘casamento’ entre constituição e democracia significa, na prática, que existem limites expressos ou não às mudanças democráticas. Em outras palavras, existem assuntos, princípios, temas que não poderão ser deliberados. Há um limite à vontade da maioria. Existe um núcleo duro, permanente, intocável por qualquer maioria. A lógica que sustenta esses mecanismos se sustenta na necessidade de proteger a maioria, e cada um, contra maiorias que podem se tornar autoritárias, ou que podem desconsiderar direitos de minorias (que poderão se transformar em maiorias). Assim, o constitucionalismo significa mudança com limites, transformação com segurança. Esses limites se tornaram os direitos fundamentais. O núcleo duro de qualquer constituição democrática (...) são os direitos fundamentais.”

A nova lei de cotas ilustra com exatidão esse casamento entre democracia e constitucionalismo, representando a proteção aos direitos de uma minoria como o limite à vontade da maioria, por meio de uma transformação de critérios de ingresso em universidades e institutos de ensino técnico federais com segurança, haja vista ser realizada por meio da democracia.

É inegável que aqueles protegidos pela nova legislação, sem adentrar o mérito de falhas em critérios ou possibilidade de distorções, são considerados diferentes na atual sociedade, e, mais do que isso, devem ter assegurado o direito à diversidade, por meio do qual podem resgatar sua dignidade e fazer valer a igualdade constitucionalmente assegurada.

Afirma-se, conforme lições de Dworkin (2010, p. 349-350), que,

“em algumas circunstâncias, o direito de tratamento como igual não implicará a um só tempo um direito a igual tratamento. O primeiro se refere ao direito a uma igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo; o segundo ao direito de não receber a mesma distribuição de algum encargo, mas ser tratado com o mesmo respeito e consideração.”

Vislumbra-se, assim, a proteção às minorias, que pode redundar na diferenciação entre igualdade como política e igualdade como direito (DWORKIN, 2010, p. 349).

Nesse mesmo sentido, corroborando a ideia de respeito à diversidade como elemento essencial à organização da sociedade, mantendo-se, simultaneamente, a ideia de igualdade de direitos, o ilustre jurista Boaventura de Sousa Santos (1997, p. 11-32) defende o direito de sermos iguais quando a diferença inferioriza e de sermos diferentes quando a igualdade descaracteriza.

Diante disso, havendo de fato uma diferença estabelecida na sociedade em relação àqueles protegidos pela lei de cotas sociais ou raciais, torna-se válida, ao menos em sua forma, a busca de sua correção por meio de políticas de cotas, ressaltando sempre a imperiosidade de analisá-la sob a ótica também dos argumentos de princípio.

Empregando as ideias de Menelick de Carvalho Neto (2003, p. 18):

“O sujeito e a identidade constitucional são complexos, abertos, nunca podem se fechar, se completar, sob pena de se eliminar o constitucionalismo mesmo, de se instaurar a ditadura daqueles que têm seus direitos reconhecidos contra aqueles excluídos, ou seja, que ainda não gozam do reconhecimento jurídico-constitucional do seu direito à diferença, do direito à igualdade constitucional.”

A lei de cotas como ação afirmativa ou discriminação compensatória clama por critérios morais em sua análise e aplicação, pois apenas assim será possível compreender a correção de desigualdades e discriminação histórica em relação aos agora protegidos e a desvantagem especificamente vivenciada por eles no ingresso em universidades federais.

A observância das cotas sociais por um prisma de efetivação de direitos humanos exige a conscientização popular e ultrapassagem de barreiras de paradigmas que insistem em dominar a opinião midiática e superficial, visto que sua efetivação parece depender de toda a sociedade, já que se reflete genericamente nesta.¹⁰

A leitura moral da Constituição foi também abordada por Dworkin (2006, p. 9-10), que defende que quando “compreendemos melhor a democracia, vemos que a leitura moral de uma constituição política não só não é antidemocrática como também, pelo contrário, é praticamente indispensável para a democracia”.

Defendendo a política de cotas como medida para combater a discriminação sofrida por determinados grupos, Flávia Piovesan (2010) aduz:

“Se o combate à discriminação é medida emergencial à implementação do direito à igualdade, todavia, por si só, é medida insuficiente. Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Para assegurar a igualdade, não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva, pois a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão.”

A autora ainda menciona a constitucionalidade e a aceitabilidade das cotas raciais, por ser o Brasil signatário da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, cujo

¹⁰ “Pôr um prato de comida nas mãos de cada um não parece ser tarefa fácil, embora inevitável e imediata, sem que enfrentemos a tensão permanente e intransponível entre uma estratégia econômica excludente e as tarefas incluídas de uma política democrática, alicerçada nos direitos humanos e expressa em um pacto estruturante da sociedade – nacional, regional, local, mundial” (BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 100).

art. 1º, § 4º, prevê a possibilidade de adoção das ações afirmativas, com medidas especiais de proteção adotadas com a finalidade de garantir o progresso de certos grupos raciais ou étnicos e amenizar as consequências de um passado de discriminação.

Ademais, ao analisar um caso ocorrido nos Estados Unidos, conhecido como caso Bakke, – em que Allan Bakke se insurgiu contra um programa de ação afirmativa da Universidade da Califórnia por não ter sido admitido, embora tivesse notas mais altas que aqueles que ingressaram pelo sistema de cotas –, Ronald Dworkin (2005, p. 445) afirma que, “apesar da opinião popular, a ideia de que este caso apresenta um conflito entre objetivo social desejável e direitos individuais importantes é uma confusão intelectual”.

Afasta o autor, sem entrar no mérito da eficácia da medida, a ideia de que o sistema de cotas fere direitos individuais daqueles que não foram por ele abrangidos, explanando, por exemplo, que o próprio critério de mérito para admissão em universidades seria da mesma forma, se assim mantivesse o entendimento, um critério discriminatório.¹¹

A harmonia e a conexão necessárias entre o constitucionalismo e a democracia criam ao cidadão o dever de observar inicialmente aquilo que é justo perante a sociedade, abandonando, no momento da efetivação da democracia, suas ideias e preconceções pessoais vislumbrando, nesse sentido, a necessidade de se conceder tratamento diferenciado àqueles que há muito sofrem com a exclusão, especialmente, na efetivação do direito social à educação.

Nesse sentido, Jürgen Habermas (2002, p. 303):

“(…) Pois os sujeitos particulares do direito só podem chegar ao gozo de liberdades subjetivas, se eles mesmos, no exercício conjunto de sua autonomia de cidadãos ligada ao Estado, tiverem clareza quanto aos interesses e parâmetros justos e puserem-se de acordo quanto a *aspectos relevantes* sob os quais se deve tratar com igualdade o que é igual, e com desigualdade o que é desigual.”

Diante disso, vislumbra-se a nova lei de cotas enquanto figura claramente envolvida na ilusória tensão entre a democracia e o constitucionalismo, uma vez que se trata de medida que, embora repelida por grande parte da sociedade, foi devidamente aprovada pelo Poder Legislativo e almeja a proteção às minorias para a efetivação de um direito fundamental

¹¹ Nesse sentido, Ronald Dworkin (2002, p. 350-351) afirma que “(…) qualquer critério adotado colocará alguns candidatos em desvantagem diante dos outros, mas uma política de admissão pode, não obstante isso, justificar-se, caso pareça razoável esperar que o ganho geral da comunidade ultrapasse a perda global e caso não exista uma outra política que, não contendo uma desvantagem comparável, produza, ainda que aproximadamente, o mesmo ganho”.

social, representando em sua própria essência e imprescindibilidade da convivência e inter-relação desses elementos.

Conclusão

Em face do que se analisou, denota-se que a suposta tensão entre o constitucionalismo e a democracia é constante e, fatalmente, esses elementos serão encontrados com frequência em posições aparentemente contrárias nos casos concretos.

No entanto, um estudo mais detalhado demonstra cabalmente que, em verdade, não se trata de uma relação de choque entre o constitucionalismo e a democracia, mas efetivamente de uma relação entre eles, tendo em vista que a manutenção de um de forma válida depende necessariamente da existência do outro.

A co-originariedade dos elementos analisados pode ser facilmente vislumbrada quando se analisa a Lei nº 12.711/2012, sancionada recentemente pela Presidente da República. Essa legislação, que prevê o estabelecimento de reserva de cotas em universidades e instituições técnicas federais em decorrência de classe social, raça e etnia, desde a sua aprovação, tem sido alvo de inúmeras críticas e protestos.

Percebe-se, então, que – em que pese ter sido elaborada e aprovada por meio do processo legislativo, o qual se presume democrático – a própria sociedade questiona e insurge-se contra as medidas pretendidas.

Tal insurgência, entretanto, não parece retirar a força da legislação em análise, tendo em vista que a contradição mencionada se justifica especificamente em vista da relação entre o constitucionalismo e a democracia, já que esta última apenas será legítima se respeitados os direitos constitucionalmente assegurados, não bastando a mera vontade da maioria.

Não se pretendeu conjecturar sobre a efetividade das cotas ou a solução dos problemas educacionais no País mediante essa política pública – que, frisa-se, deve ser concebida também por argumentos de princípio –, mas sim demonstrar que a situação concreta atualmente vivenciada no que tange a nova legislação, demonstra e caracteriza com exatidão a suposta tensão entre constitucionalismo e democracia, explicando a necessária harmonia entre estes.

Válido, então, afirmar que, despidos de preconceções e considerações sobre o cabimento de tais medidas como solução para o sistema brasileiro, a nova lei de cotas sociais parece atender em exata medida ao constitucionalismo, ao intentar efetivar o direito das minorias, bem como a democracia, que não mais se entende como a manifestação da vontade da maioria, mas do povo como entidade, respeitando-se os direitos fundamentais consagrados.

Não se defende, evidentemente, a implementação de políticas públicas de cotas sociais como medida de solução para as dificuldades encontradas no âmbito da educação, mas como efetivo respeito a princípios morais coletivos, bem como a direitos fundamentais de minorias, caracterizando-se como um meio (e não um fim em si mesmo) direcionado à redução das desigualdades sociais e raciais. Vislumbra-se, pois, a cogente consonância entre o constitucionalismo e a democracia.

Referências

BÁHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesse público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. Fundamentos de Teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito Brasileiro. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes et al (Coord.). *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BOLZAN DE MORAIS, Jorge Luis. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação especial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CANDAUI, Vera Mari et al. *Somos todos iguais? Escola, discriminação e educação em direitos humanos*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 88, p. 81-108, dez. 2003.

DAHL, Robert Alan. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Constitucionalismo e democracia*. Tradução de Emílio Peluso Neder Meyer. *European Journal of Philosophy*, v. 3, n. 1, p. 2-11, 1995.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitution: de la antigüedad a nuestro días*. Madrid: Trotta, 2001.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre Estado de Direito e democracia. In: *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Democracia e poder constituinte. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *15 anos de Constituição: história e vicissitudes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Democracia e Constituição: tensão histórica no paradigma da democracia representativa e majoritária: a alternativa plurinacional boliviana. In: BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco et al. *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MAUS, Ingeborg (Org.). *O judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 234.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIOVESAN, Flávia. A compatibilidade das cotas raciais com a ordem internacional e com a ordem constitucional brasileira. In: AUDIÊNCIA PÚBLICA SOBRE POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA DE RESERVA DE VAGAS NO DIREITO SUPERIOR. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.