

Ação afirmativa no âmbito do Ensino Superior: uma análise da constitucionalidade das políticas de cotas para ingresso em universidades

Celso de Albuquerque Silva*

1. 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. Nesse sentido deve ser vista como uma refundação dos princípios democráticos clássicos da democracia representativa do mercado, na parte em que reconhece como suficiente, que as pessoas são tratadas como iguais quando construímos o indivíduo como um sujeito de direitos, portador de direitos e deveres perante o Direito. Nesse modelo a verdadeira pessoa humana torna-se uma abstração, um ponto em que localizado umnexo de direitos e deveres, isso porque de uma forma ou de outra, toda democracia representativa constrói de certa maneira o “representado”, que passa a se tornar invisível enquanto ser de carne e osso que de fato é.

A democracia associativa, superando a díade indivíduo/comunidade, promove, sem desprezar as características individuais do ser humano, o reencontro do indivíduo com a sociedade na qual se insere e da qual foi arbitrariamente arrancado através da estratégia representativa de “sujeito de direito” para ser lançado ao mundo desconhecido e cheio de perigos da

* Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio); Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-Rio); Procurador Regional da República. Email: celso@pr2.mpf.gov.br.

luta pela sobrevivência, onde cada um deve cuidar de si mesmo em luta perpétua. A democracia associativa, tal como a definimos aqui, assume a tarefa de substituir essa 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.

É na encruzilhada da democracia representativa de mercado com a democracia associativa, que se travam os embates sobre a constitucionalidade das ações afirmativas no ensino superior. Com Sarmento¹ entendemos que políticas de ações afirmativas são medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não, que visam promover a igualdade substancial, através de discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável e que sejam vítimas de discriminação e estigma social. Os críticos dessas políticas afirmam que elas violam a igualdade. Para eles não há diferença entre discriminar para prejudicar e discriminar para “beneficiar”, mesmo porque ao benefício de uns, corresponderia o prejuízo de outros. Argumentando em termos de consequências, agitam que de fato nem mesmo de benefícios se poderia falar, pois tais medidas mais agravam do que solucionam os problemas que pretendem enfrentar, gerando segregação onde não existe e agravando as discriminações porventura existentes, piorando, mais do que melhorando, a vida daqueles que intentam beneficiar. Em sede de educação superior, essas críticas são reforçadas com alegada violação ao princípio meritocrático acolhido em nossa Constituição para acesso ao ensino superior e afronta à competência legislativa da União, naquelas hipóteses em que a política de cotas é instituída por exclusivo ato normativo da Universidade. Os defensores de tais políticas a seu turno aduzem três argumentos básicos: reparação, justiça distributiva e diversidade².

1 SARMENTO, 2008, p.78

2 NETO, 2008, p.346. BELLINTANI, 2006, pp.60-67

O tema das ações afirmativas está na ordem do dia das pautas judiciais no Brasil. 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. Neste estudo busca-se demonstrar a constitucionalidade das ações afirmativas em ensino superior, fazendo uma correlação entre os argumentos da reparação e justiça distributiva com o princípio da isonomia e sua relação com o *status quo* e a idéia de mercado; e o argumento da diversidade com o princípio da autonomia universitária, indicando, quando adequado, os dispositivos constitucionais que sustentam essa linha de argumentação.

2. O Princípio da igualdade – evolução histórica de seu sentido e conteúdo

Historicamente, o princípio jurídico de que todos os cidadãos pertencentes à polis 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. O quadro jurídico em que se inseriam decorria de sua inclusão em um determinado estamento social e não de sua natureza humana. 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.

A igualdade recém conquistada e simbolizada na generalidade e abstração dos textos legais inicia-se com uma leitura liberal extremamente restrita, realçando apenas um valor: a liberdade. A igualdade dos liberais que, posteriormente, se convencionou denominar de igualdade formal, limitava-se a afirmar e reafirmar que todos eram igualmente livres para que os indivíduos, no quadro jurídico em que identicamente inseridos e

submetidos, pudessem desenvolver, sem interferência estatal, todo o seu potencial enquanto pessoa humana, ainda que a custa dos menos favorecidos pela natureza ou sociedade. É a igualdade *laissez faire*.

Nesse contexto histórico, não é de se admirar que a igualdade se referisse a um valor que, embora alardeado como universal, tenha beneficiado apenas uma pequena elite econômica. A igualdade liberal não se propunha a modificar a realidade de profunda assimetria social existente, nem a afastar a opressão dos mais fortes sobre os mais fracos, na medida em que “avalia positivamente tais desigualdades e considera uma sociedade tanto mais civilizada, quanto mais desigual, elevando, a critério fundamental para a distribuição das recompensas não a necessidade, mas a capacidade”³.

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 político⁴ no qual 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.⁵ A essa paulatina intervenção nas relações econômicas se desenvolveu uma maior preocupação do Estado com o bem estar de todos os seus cidadãos. Como consectário lógico, iniciou-se um processo lento, mas sempre crescente, de reconhecimento constitucional de novos direitos voltados para a população mais pobre, envolvendo uma série de prestações positivas a exigir uma atuação mais ativa dos Poderes Públicos visando a assegurar a fruição de direitos básicos mínimos relacionados com a dignidade da pessoa humana. 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.

3 BOBBIO, 2000, p.301.

4 BOBBIO, 1992, pp. 141-143.

5 No particular assim Bobbio expõe a questão: “Quando os titulares dos direitos políticos eram apenas os proprietários, era natural que a maior solicitação dirigida ao poder político fosse a de proteger a liberdade da propriedade e dos contratos. A partir do momento em que os direitos políticos foram estendidos aos que nada têm e aos analfabetos, tornou-se igualmente natural que aos governantes, que acima de tudo se proclamavam e num certo sentido eram representantes do povo, passassem a ser pedidos trabalhos, medidas previdenciárias para os impossibilitados de trabalhar, escolas gratuitas e – por que não? – casas populares, tratamentos médicos, etc.” (BOBBIO, 1992, pp. 122-123).

Nessa nova concepção, o foco não é mais o indivíduo abstrato e racional idealizado pelos filósofos iluministas, mas a pessoa de carne e osso, que tem necessidades materiais que precisam ser atendidas, sem as quais não consegue nem mesmo exercer 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.⁶ É a igualdade do Estado Social que se convencionou chamar de igualdade material em contraposição a igualdade formal do Estado Liberal. Nesse primeiro momento, igualdade formal e igualdade material são apresentadas como virtudes antitéticas.

No intuito de apontar as diferenças entre o que seriam dois tipos de igualdade vários esforços foram feitos na fixação dos critérios distintivos. O primeiro critério afirma que a isonomia formal seria um conceito jurídico; uma coisa do direito, de aplicação indistinta e imparcial da lei, enquanto que a isonomia material seria um conceito da realidade; uma coisa da realidade, de aplicação concreta e parcial. Um segundo critério aponta para o destinatário da isonomia. A isonomia formal diria respeito ao aplicador da lei, que não poderia discriminar, garantindo a igualdade de todos perante a lei; enquanto que a isonomia material se destinaria ao legislador, no âmbito da criação da lei, que não poderia discriminar de forma irrazoável e, por último, distinção que mais aporta para a questão ora debatida nos autos, afirma-se que a isonomia formal teria um viés de impedimento à discriminação, ao passo que, de forma diametralmente oposta, a isonomia material convidaria a utilizar discriminações positivas para suplantarem as desigualdades de fato.

Tais distinções, por representarem mais diferenças de forma que de fundo, não explicam corretamente o significado e conteúdo do princípio da igualdade e se submetem a críticas demolidoras. A primeira distinção procura escandir de forma absoluta, como se isso fosse possível, a norma da realidade. A hermenêutica constitucional pós-moderna concretizadora⁷, estruturada em uma metodologia desenvolvida com supedâneo em uma relação intencional crítico-reflexiva que assume uma determinada realidade histórica, mas a submete a um pensamento crítico

6 SARMENTO, 2008, p.66.

7 HESSE, 1992, pp. 16 -50.

orientado por padrões e valores normativos⁸ cuidou de demonstrar de forma percuciente e irresponsável sua fragilidade. Quanto à distinção entre isonomia perante a lei (aplicador) e na lei (formulador), não leva em conta a moderna visão da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. A interpretação constitucional não é uma operação monopolística. É atividade desenvolvida por todos os Poderes Públicos e órgãos constitucionais, cada um em seu âmbito de atuação, bem como pelos demais agentes operativos da sociedade⁹. Essa repartição do processo de interpretação e concretização do sentido da Constituição entre um círculo ampliado de intérpretes, inviabiliza a distinção pretendida entre formulador e aplicador do direito¹⁰. Demais disso, a análise da razoabilidade da discriminação e, portanto, ponderação dos valores em conflito, é necessária tanto na fase da formulação, quanto no momento de sua aplicação. A norma jurídica para ser válida precisa atender a dois discursos distintos: o discurso de legitimação de sua formação e o discurso de legitimação de sua aplicação¹¹.

Por último, também a alegada distinção de que a isonomia formal é impedimento à discriminação enquanto que a isonomia material é um convite à discriminação, não responde convenientemente a questão posta. É que o próprio exercício da função normativa implica em classificar juridicamente. Por isso, legislar significa classificar e, portanto, distinguir ou discriminar. Classificam-se pessoas e bens segundo os mais diversos critérios fáticos para fins de atribuir a cada conjunto da realidade efeitos jurídicos singulares¹². Assim não existe norma que de forma absoluta impeça discriminação, pois ela está, no mínimo, implícita na classificação. Por outro lado, aquela norma que expressamente discrimina, ainda que positivamente, também deve ser aplicada de forma indistinta, tal como aquela que alegadamente impediria qualquer discriminação.

8 CASTANHEIRA NEVES, 1993, pp. 11-12.

9 SILVA, 2001, p. 57.

10 Sobre a ampliação do círculo dos intérpretes da Constituição, ver HABERLE (1997). Essa linha doutrinária influenciou o legislador brasileiro, ao tratar do processo de controle objetivo da constitucionalidade das leis, ao prever na lei 9.868/99, a possibilidade do STF admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades que não aqueles dos quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado e, ainda, até mesmo ouvir, em audiência pública, depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

11 ATIENZA, 2000, pp. 18-21.

12 SIQUEIRA CASTRO, pp.155-157.

Verifica-se, assim, que a afirmada distinção entre isonomia formal e material é mais de grau do que ontológica, ou seja, é mais quantitativa do que de essência qualitativa. A igualdade é apenas uma: a jurídica, garantindo a todos os destinatários de uma norma relevante de conduta com relação à qual são considerados iguais, os direitos que ela os assegura¹³. A alegada passagem da isonomia formal para a isonomia material não representa uma revolução copernicana a implicar, necessariamente, uma redução da liberdade do indivíduo para assegurar a igualdade do grupo, mas significa que o respeito, a preservação e a promoção dos direitos de certas minorias, sejam elas, raciais, étnicas, culturais, ou econômicas, convertem-se, numa das dimensões fundamentais do princípio da igualdade. A questão da discriminação compatível com o princípio da igualdade jurídica remete ao tema da razoabilidade no fator eleito como *discrimen*. Essa essência qualitativa do princípio não se alterou. O que vem se alterando são os padrões de medição dessa razoabilidade, que deixou de se basear apenas e exclusivamente no critério da capacidade esgrimido pelos liberais, para abranger outros ligados à noção de pluralismo de valores e respeito à dignidade da pessoa humana.

Na ideologia do Estado social, outros critérios ligados a necessidades fundamentais do ser humano vieram, não para excluir, mas para se somar ao vetusto e até então único, critério de discriminação que era a capacidade individual. O reconhecimento da diferença como parte integrante do sentido e conteúdo do princípio da igualdade por certo tende a um maior nivelamento da maioria da coletividade na fruição daqueles direitos básicos interligados, jungidos e imbricados à própria dignidade da pessoa humana, tais como educação, saúde e nutrição, mesmo porque, a natureza fez os homens mais iguais em relação às necessidades do que em relação às capacidades. A essa nova visão do princípio da igualdade é que se convencionou chamar de igualdade material.

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 se centra na multiplicidade de suas vozes. Nesse diapasão, a filosofia política contemporânea busca articular um

13 WESTERN, 1990, pp. 185-189.

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 conseqüências de escolhas e modos de viver livremente adotados pelos membros da coletividade enquanto 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 á 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 mediatriz 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 igualdade¹⁴.

Estabelecidas essas premissas antecedentes mais gerais, passa-se a análise dos argumentos relacionados às questões constitucionais mais concretas ligadas a promoção da igualdade de minorias sejam elas sócio-econômicas, raciais, étnicas ou culturais, notadamente em sede de educação superior. Em uma primeira aproximação, a Constituição Federal em seu artigo 1º ao discorrer sobre os princípios fundamentais de nossa República, deixa claro que eles se fundam sobre a dignidade da pessoa

14 DWORKIN, 2005, pp. XIII-XVIII, 200-250

humana (III) e o pluralismo (V). Logo a seguir no artigo 3º afirma que constituem seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (I); a erradicação da pobreza, da marginalidade e redução das desigualdades sociais (III), bem como promover o bem de todos, sem preconceitos, seja de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação (IV). Referidos dispositivos, a par de outros que serão mencionados, fornecem suporte constitucional para os argumentos que classicamente têm sido apontados como legitimadores das políticas de ação afirmativa: reparação, justiça distributiva e diversidade. Passemos a analisá-los.

3. Justiça compensatória, igualdade e mercado

O argumento de reparação ou justiça compensatória residiria no fato de que o Brasil, pela sua estruturação em Estado Cartorial¹⁵ que distribui favores ao invés de reconhecer direitos, tem por séculos privado do acesso aos benefícios sociais sua camada mais pobre da população e permitido a apropriação privada, pela elite econômica e social, dos bens públicos. Nesse tipo de Estado, os benefícios do progresso são acessíveis apenas àqueles que acumularam recursos de poder e de pressão e, marginalmente, aos que foram cooptados para a cumplicidade com as elites. Aos despossuídos restam apenas ações assistenciais, sem profundidade, que não transformam definitivamente suas condições de vida, apenas reforçam a dependência do favor político e impedem a liberação social dos mais fracos¹⁶. A justiça compensatória, então, parte da idéia de que diante de um histórico de discriminação, privação e opressão econômica, há a necessidade de compensar um dano causado no passado, por um grupo a outro, através da adoção atual de “privilégios” para os descendentes do grupo que foi anteriormente discriminado. É justo, portanto, que a sociedade de hoje compense tais minorias, não só em razão de injustiças sofridas em seu passado, mas, sobretudo, porque tais injustiças continuam a ter curso no presente.

Esse argumento tem sido duramente criticado porque, de um lado beneficia ou compensa outra pessoa que não àquela que teria sofrido o

15 Estado cartorial é aquele que, embora sob a eventual aparência de uma organização racional do serviço público, alegadamente comandada por critérios funcionais, na verdade distribui cargos e privilégios para a clientela política ou para amigos e parentes dos dirigentes públicos (JAGUARIBE, 1992, p.215).

16 ABRANCHES, 1992, p.121.

dano e de outro, prejudica e responsabiliza outra pessoa que não aquela que causou o dano. A crítica é estruturada dessa forma porque o argumento da justiça compensatória, quando analisado nos tribunais, normalmente é organizado em torno de cinco idéias básicas: *a)* o evento danoso é desconexo e unitário; *b)* o evento é claramente definido no tempo e no espaço; *c)* o dano foi praticado e portanto, deve ser atribuído ao réu, e não a alguma parte terceira ou à sociedade; *d)* autor e réu são identificáveis, *e)* o objetivo da reparação é reconstituir o *status quo* alterado ilicitamente pelo réu¹⁷. Portanto, o objetivo da justiça compensatória seria o de manter e não alterar o *status quo*.

A crítica não procede. O problema é que esses princípios compensatórios tal como classicamente entendidos não respondem bem à questão colocada pelas ações afirmativas, pois partem da premissa equivocada de que eles têm por exclusiva finalidade restaurar o *status quo*. Como consequência eles assumem, como base para sua decisão em termos de políticas públicas, aquilo que Sustein denomina de neutralidade do *status quo*. Essa visão política afirma que o Estado age de forma neutra, imparcial e conseqüentemente justa e igualitária, quando considera como um dado natural e linha básica para a decisão, o *status quo* - o que as diversas pessoas e grupos possuem atualmente: as atuais distribuições de propriedade, renda e prerrogativas legais, os assim denominados “bens naturais”. Um desvio do *status quo* sinaliza partidarismo e discriminação odiosa e o respeito a ele, neutralidade e isonomia.¹⁸

O grande problema da abordagem de neutralidade estatal baseada no atual *status quo* é que ela assume que as práticas e as distribuições de ônus e benefícios existentes na sociedade simplesmente estão aí e são resultantes naturais das regras de mercado sobre as quais o Estado não têm nada a dizer. Assim, quando o Estado altera, por meio de políticas públicas, as distribuições de fardos e benefícios existentes que as pessoas atualmente possuem, acusa-se de que viola sua obrigação de neutralidade ao tirar bens de um grupo para beneficiar outro e ofende o princípio da isonomia. Por outro lado, quando respeita as distribuições existentes é visto como se houvesse permanecido fiel a essa obrigação de tratar todos os cidadãos com igual consideração e respeito. Entretanto,

17 SUSTEIN, 2009, p. 417.

18 Idem, p. 5

isso não é assim. O mercado e, conseqüentemente, as distribuições de bens que dele decorrem, não são fatos brutos da natureza, não estão simplesmente aí. O “mercado” é, basicamente, constituído por regras jurídicas. O correto uso destas ocasiona inúmeros fatos institucionais, dentre eles, o mercado¹⁹. Assim, quando as distribuições de bens e riquezas que emerge do mercado, digamos entre ricos e pobres, entre brancos e negros, entre homens e mulheres, são fruto do direito e não se apresentam justas, uma decisão de tomá-las como linha para se acessar a uma decisão neutra não se justifica, podendo e devendo o direito considerar o *status quo* como um legítimo alvo para mudanças, antes de tê-lo como referencial natural e inevitável²⁰.

A partir do momento em que se reconhece que a distribuição de riqueza não é resultado apenas de esforço individual, mas decorre do fato de que inúmeras diferenças existentes entre os seres humanos, tais como cor, raça, gênero ou condição social e econômica acabam sendo transformadas, por práticas jurídicas e sociais, em vantagens ou desvantagens, a justiça compensatória deve assumir uma segunda concepção, como destinada a incorporar um princípio de “*oposição a castas*”.

Essa concepção baseada na “*oposição a castas*”, significa que a justiça compensatória não tem por finalidade reparar – e em última instância manter inalterado – um *status quo* turbado por um ato ilícito prévia e individualmente identificado, porque nas pretensões que visam reparar discriminações, pelo menos em algum momento, os grupos minoritários discriminados não conseguem alegar e demonstrar que foram discriminados por um ato específico ou que suas pretensões estão conectadas de alguma forma simples com uma discriminação passada que possa ser interligada com a sua alegação em particular. Pelo contrário sua pretensão compensatória investe contra as distribuições existentes – o *status quo* –, ao fundamento de que diferenças moralmente irrelevantes foram transformadas, sem razão suficiente, em uma desvantagem social em importantes esferas da vida²¹.

Uma outra forma de naturalizar as distribuições existentes, colocando-as como um fato bruto insuscetível de apreciação pelo direito se

19 BÁNKOWISKI, 2008, p.92.

20 SUSNTEIN, 2009, p.8.

21 Idem, pp.419-420

estrutura no argumento consequencialista de que as políticas públicas de ação afirmativa, por turbarem a natural distribuição de encargos e benefícios propiciados pelo mercado acabam por tornar ainda pior a situação daqueles que, pretensamente, buscam beneficiar. A argumentação pode assim ser sintetizada. Como na liberdade de mercado, ao final, o egoísmo de cada um acaba por beneficiar a todos pelo mecanismo da mão invisível, e como não se pode intervir porque não se sabe perfeitamente quais são as preferências individuais e, assim, o Estado não tem como saber se deixaria todos em melhor condição do que a atual, o melhor é não alterar o *status quo* fornecido pelo mercado. O problema com essa argumentação, nos dias atuais, é que ela incide em uma contradição performativa habbermasiana, negando no final o que afirma no princípio. De fato, a alegação para não intervenção estatal no *status quo* gerado pelo mercado é que o mercado produz melhores resultados que a atuação positiva do Estado para promover o bem estar de todos. Ora se a neutralidade do *status quo* é defendida com base em resultados, parece ilógico dizer que não podemos intervir quando não sabemos o resultado em termos de preferências individuais e, ao mesmo tempo sustentar que, a partir do momento que sabemos quais são os resultados gerais dessa não intervenção – e sabemos hoje que eles não são aqueles que os defensores da não intervenção diziam que o mercado geraria – devemos manter essa política de não intervenção e manutenção do *status quo* como base para uma decisão estatal justa, imparcial e igualitária. Se a justificativa para a não promoção de políticas públicas afirmativas encontra-se no fato de não podermos saber os resultados, quando sabemos quais são os da ausência de tais políticas e os reconhecemos como injustos, então devemos promover tais políticas. Por isso, o argumento da justiça compensatória funciona, no mínimo, como razão coadjuvante para a adoção das políticas de ação afirmativa.

4. Igualdade, justiça distributiva e princípio meritocrático

O segundo argumento - da justiça distributiva - tem por cerne a defesa da justiça social. 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 so-

lidária. 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.

A crítica que se opõe a esse argumento não é quanto a justeza da redistribuição dos bens socialmente relevantes. Nesse ponto, face à clareza de nosso texto constitucional, todos concordam. A discordância se dá com relação aos instrumentos que o Estado pode utilizar para a consecução desse fim constitucionalmente imperativo. 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.

Por primeiro um argumento da realidade. Embora políticas públicas universalistas de promoção social e redução das desigualdades econômicas sejam importantes para a melhoria da condição das classes mais desfavorecidas, a par da conhecida restrição orçamentária de efeitos deletérios sobre tais políticas, a própria origem cartorial do Estado Brasileiro, anteriormente mencionada, impede que elas sejam suficientes para promover uma igualdade substantiva entre a elite econômica e os despossuídos. Embora necessárias tais políticas são insuficientes e precisam ser complementadas com medidas de discriminação positiva se, de fato, se quer ver cumprido o compromisso assumido pela sociedade brasileira e imposto ao Estado.

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. Primeiro porque, ambas decorrem do mesmo princípio da igualdade, variando apenas de grau. Segundo apresentam um fim comum na concretização do princípio da dignidade com a fruição efetiva mais igualitária de bens socialmente relevantes. Terceiro, as políticas universalistas não apresentam um conteúdo compensatório como as ações afirmativas. Quarto, da mesma maneira que as ações materiais universais são insuficientes para garantir uma atual

mudança em quadro de Estado Cartorial, as ações afirmativas de per se também são insuficientes para assegurar mudanças estruturais, funcionando, em um sistema integrado que se retro-alimenta, como meio para abrir espaços para políticas universalistas mais abrangentes ao auxiliarem na quebra de estereótipos e no aumento da inclusão²². 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).

Considerando-se que o ideal perseguido pelas políticas de ações afirmativas é assegurar a todo o conjunto da coletividade a fruição de direitos e bens mínimos compatíveis com a dignidade da pessoa humana, permitindo, a todos, buscarem alcançar seus objetivos e desfrutarem do que consideram a boa vida, sem que discriminações ou preconceitos possam impedir sua concretização, dúvidas não há de que o argumento de justiça distributiva pode ser deduzido diretamente do plexo normativo constitucional supra mencionado. Bem por isso, Joaquim Barbosa Gomes, um dos mais fervorosos defensores da ação afirmativa no Brasil, defende ser esse o principal fundamento de tais políticas, ao lecionar:

A tese distributiva propõe a adoção de ações afirmativas, que nada mais seria do que a outorga a grupos marginalizados, de maneira equitativa e rigorosamente proporcional, daquilo que eles normalmente obteriam, caso seus direitos e pretensões não tivessem esbarrado no obstáculo intransponível da discriminação. Portanto, sob esta ótica, a ação afirmativa define-se como um mecanismo de redistribuição de bens, benefícios, vantagens e oportunidades que foram indevidamente monopolizadas por um grupo em detrimento de outros, por intermédio de um artifício moralmente e juridicamente condenável – a discriminação²³.

Sinale-se, ainda, que uma interpretação sistêmica e unitária da Constituição Federal não permite que se chegue à conclusão de que ela optou por

22 IKAWA, 2008, pp. 400-401.

23 GOMES, 2001, p. 66.

um único critério meritocrático de acesso ao ensino superior excludente do princípio da igualdade material. Se houver conflito entre a igualdade material e critério meritocrático de acesso às universidades públicas, o que ainda está por ser estabelecido, na ponderação de valores que necessariamente se seguirá para a solução desse eventual conflito é de se dar prevalência ao princípio da igualdade material, na sua versão que encampa a igualdade de recursos e, portanto, as ações de discriminação positiva.

A análise da compatibilidade das ações afirmativas com o texto constitucional passa necessariamente pela interpretação conjunta de vários valores nela albergados. Assume realce nesse labor hermenêutico o princípio da unidade da Constituição, cujo papel “é reconhecer as tensões - reais ou imaginárias - que existam entre as normas constitucionais e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas. Cabe-lhe, portanto, o papel de harmonização ou ‘otimização’ das normas na medida em que tem de produzir um equilíbrio, sem jamais negar por completo a eficácia de qualquer delas”²⁴.

Nessa tarefa interpretativa, o primeiro princípio que merece realce é o princípio da solidariedade que aponta para um constitucionalismo fraternal, tal como disposto no artigo 3º, inciso I da Constituição. O princípio da fraternidade tem tido lugar importante na teoria democrática, pois, embora diferentemente do que ocorre com liberdade e igualdade, apesar de não definir de per si qualquer dos direitos democráticos, transmite certas atitudes de espírito e de forma de conduta, sem as quais perderíamos de vista os valores expressos por tais direitos. Fraternidade exprimiria, portanto, uma idéia de não se desejar possuir grandes vantagens, a não ser que tal seja em benefício de outros menos afortunados, correspondendo àquilo que Rawls denomina de princípio da diferença²⁵. Por isso mesmo pensadores liberais que fazem fé na igualdade de oportunidades como a concepção mais adequada do conceito de justiça política distributiva, a exemplo de Rawls, afirmam que a correção da igualdade de oportunidades pela fraternidade (princípio da diferença) impede que se caminhe para uma sociedade meritocrática. Rawls é expresso nesse sentido:

24 STERN, 1987, p.295.

25 RAWLS, 1993. p.98.

A interpretação democrática dos dois princípios não conduzirá a uma sociedade meritocrática. Esta forma de organização social aplica o princípio da abertura das carreiras e funções às competências e usa a igualdade de oportunidades como forma de libertar as energias humanas na busca da prosperidade econômica e do poder político. Tal concepção contém uma disparidade marcada entre as classes superiores e inferiores, tanto no que toca aos meios de vida como aos direitos e privilégios da autoridade e organização social. A cultura dos estratos mais baixos é empobrecida, enquanto a da elite governante e tecnocrática é baseada no serviço aos objetivos nacionais de influência e poder. A igualdade de oportunidades significa a existência de possibilidades idênticas de deixar para trás os sujeitos menos afortunados na busca pessoal da influência e posição social. Assim, a meritocracia é um perigo para outras interpretações do princípio da justiça, mas não para a concepção democrática, porque, como acabamos de ver, o princípio da diferença transforma os objetivos da sociedade...Daqui decorre que os menos favorecidos devem prosseguir com confiança o sentido do seu próprio valor, o que limita as formas de hierarquia e os graus de igualdade que a justiça permite. Assim, por exemplo, *os recursos para a educação não são concedidos apenas ou necessariamente de acordo com os seus resultados em termos de melhoria das capacidades produtivas, mas também de acordo com o seu valor no enriquecimento da vida social e pessoal dos cidadãos, incluindo os menos favorecidos*²⁶.

Acresça-se que embora o princípio da igualdade material de oportunidades corrigido pelo princípio da diferença de Rawls não conduza a uma sociedade meritocrática, o que já justificaria a adoção de políticas de ação afirmativa no ensino superior público, a análise sistêmica do princípio democrático (CF, art. 1º *caput*), do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF), da melhoria das condições sociais (CF, art. 7º, *caput* c/c 205) com o princípio do mérito (CF, art. 208, V) conduz ao reconhecimento de que o constituinte de 1988 acolheu o princípio da igualdade material de recursos.

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

26 Idem, pp. 99-100 (grifos acrescentados).

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 especial²⁷.

Assim, diante da igualdade material de recursos não há como não reconhecer a constitucionalidade do sistema de cotas que procure 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. É que o fato de alguém nascer pobre e, por pertencer a classes sociais marginalizadas, ser obrigado, em virtude sua hipossuficiência econômica, a frequentar o ensino fundamental e

27 Sobre a igualdade material de recursos e seu papel na distribuição da responsabilidade coletiva e individual, ver DWORKIN, 2005, cap. 7.

médio público, nitidamente inferior ao privado, remete à uma questão de loteria natural sobre a qual o indivíduo não tem qualquer poder de decisão ou escolha. Não se escolhe em que local ou família se vai nascer. Alguns têm sorte de nascer em famílias abastadas que podem proporcionar, em termos de condições materiais, o que de melhor se pode obter. Outros, nem tanto. Considerando-se que educação é um recurso essencial a melhoria da qualidade da vida social do indivíduo e condição necessária para a superação da marginalização social e econômica, valendo relembrar a afirmação de Hélio Jaguaribe de que “o Brasil é ainda mais ignorante do que pobre e, fundamentalmente, é pobre porque é ignorante”²⁸, a responsabilidade coletiva pela correta e justa distribuição desse recurso é inafastável, sendo a política de ação afirmativa de estabelecimento de cotas para as minorias econômicas e sociais o caminho adequado para o Estado cumprir com esse dever constitucional de adotar leis e políticas a fim de garantir que o destino de seus cidadãos não dependa de quem eles sejam – seu sexo, raça, determinado conjunto de especializações ou deficiências ou seu histórico econômico.

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. Assim, duas pessoas pertencentes a alguma minoria beneficiada pela política de ação afirmativa de uma universidade podem fazer escolhas completamente distintas quanto à vida que entendem como boa. A primeira (aluno A), diante das dificuldades pode optar por se acomodar, aceitando de forma passiva a manutenção do *status quo* em que se encontra, deixando de se empenhar nos estudos, perseguindo uma vida em que a rotina prevalece. A outra (aluno B), decide optar por uma vida mais desafiadora, mais inovadora e, lutando contra as adversidades, contra a discriminação social, a opressão econômica, a privação material, enfim esperando contra a esperança, aplica todos os seus esforços em retirar o máximo possível da educação deficiente que lhe é oferecida, visando superar o estado de hipossuficiência que a loteria natural lhe reservou. Como conseqüência, a primeira pessoa não logrou atingir a pontuação necessária para ser considerada aprovada no exame vestibular e a segunda obteve os pontos necessários para a aprovação.

28 JAGUARIBE, 1992, p. 210.

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 o aluno A 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 B, 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.

Essas considerações trazem à tona uma questão paralela. O princípio do mérito para acesso as universidades é corretamente apreendido quando imbricado única e exclusivamente com base em um valor numérico de nota de vestibular desconsiderando outra plêiade de fatores que envolvem o referido processo seletivo? Raquel Coelho Lenz César em tese de doutoramento enfrentou a questão:

[...] é preciso lembrar que o mérito do vestibular nem sempre define o mérito profissional. Primeiro, pela própria mecânica excludente do sistema, Segundo, porque não possibilita que os alunos tenham bom desempenho nas matérias específicas de sua habilitação profissional. De fato, uma das formas de exclusão foi identificada por um dos alunos que ingressou no vestibular estadual de 2003 da UERJ. Ao narrar sua experiência de vestibular para a pesquisadora, esse aluno branco identificou-se como 'fraude' ao sistema, por ter estudado em cursinho cujo acesso beneficia apenas candidatos da elite, onde um dos professores dizia-se participar da Comissão de vestibular da Uerj. Por conta desse acesso, temas mais pertinentes ao vestibular eram apresentados à turma como 'ponto importante de estudo'. Observe-se que o acerto de uma questão apenas nas provas do vestibular pode projetar o candidato a uma variação classificatória em n posições.

Na segunda situação, o depoimento de uma estudante oriunda de escola pública que por três vezes havia prestado vestibular na forma tradicional para ingressar no curso de Direito da Uerj, chamou a atenção da pesquisadora. Como em sua escola não havia professores para as disciplinas de física e química, e mesmo assim o Estado lhe atribuía a condição de graduada nestas disciplinas, a aluna apresentava sempre um fraco desempenho nas

provas de vestibular referentes a tais matérias. Embora tentasse compensar nas demais provas, inclusive, na de português, cujas notas não eram inferior a 10,0, nem assim, a aluna conseguia êxito. Uma vez beneficiada para cotas para alunos da escola pública, a aluna rejeitava qualquer tipo de avaliação inicial sobre o seu mérito no vestibular, argumentando que uma avaliação mais justa deveria ser feita no final de seu curso, quando demonstraria a excelente profissional que se dispunha a ser²⁹.

A seguir conclui a pesquisadora:

Esses casos tornam-se importantes à medida que denunciam a ineficiência do sistema tradicional de vestibular em eliminar de vários candidatos oportunidades que podem fazer diferença fundamental na trajetória de suas vidas. É certo que o mérito não deve ser eliminado, mas sem dúvida, a sua aferição precisa ser revista. Esse é um dos papéis que a igualdade substancial busca cumprir³⁰.

É de se perguntar se é possível conviver em uma sociedade sadia em que o mérito é aferido unicamente com base em um valor numérico. A Constituição previu diversas hipóteses em que o mérito fosse avaliado por outros fatores e circunstâncias nenhum deles reconduzível à quantificação numérica³¹. Não é possível que só com relação à educação tenha o constituinte optado por um critério exclusivamente numérico para aferição da capacidade a legitimar o acesso ao ensino superior público. A reserva de quotas para deficientes nos concursos públicos está a demonstrar que outros critérios podem e devem ser utilizados na aferição do mérito. Da mesma forma que nos concursos públicos, as circunstâncias que tornam os deficientes carentes de uma distribuição mais igualitária dos recursos sociais são consideradas e o mérito é aferido através de uma conjugação de política redistributiva com o alcance de notas mínimas para acesso aos cargos públicos, também no caso da educação, o mérito é aferido pela conjugação dessas políticas públicas de inclusão social com

29 CESAR, p.279.

30 Idem, p. 279.

31 Toda vez que a Constituição remete a notável saber e reputação ilibada assume critérios que não se quantificam numericamente.

as notas mínimas que demonstram a capacidade do indivíduo de ingressar em um curso superior.

Baseada no princípio democrático e da dignidade da pessoa humana, da justiça social e da isonomia material de recursos uma pergunta deve ser respondida. Quem possui mais méritos para ingressar no ensino superior? Aquele indivíduo que sempre teve todos os meios necessários para sua integral formação educacional e humanística disponível, que não precisou despender qualquer esforço maior para obter essa formação e conseguiu uma nota 7,0 ou aquele que, enfrentando adversidades, sofrendo com deficiências estruturais, falta de ensino adequado e nutrição devida, discriminação e opressão de toda sorte, com esforço pessoal retirou o máximo do pouco que lhe foi oferecido e obteve uma nota 5,5? A parábola da oferta da viúva pobre³² nos dá a resposta. Embora o segundo aluno em termos absolutos tenha alcançado nota inferior, em termos relativos, quando levadas em consideração todas as condições das quais ela emergiu, se apresenta meritoriamente superior.

O terceiro argumento justificador das políticas de ação afirmativa é a promoção do pluralismo. Por se relacionar intimamente com a questão da autonomia universitária, referido argumento será analisado no item subsequente.

5. Autonomia universitária na promoção do pluralismo de idéias e os princípios da legalidade e separação de poderes

O pluralismo é um valor reconhecido constitucionalmente. Além de declarado como princípio fundamental da República Brasileira (art. 1º, V), ele perpassa todo o aparato estatal brasileiro. Está presente na previsão de criação dos órgãos políticos de representação popular (CF, art. 17 *caput*); na estruturação dos órgãos judiciais através do quinto constitucional da advocacia e do Ministério Público na composição dos Tribunais (CF, art. 94) e nas instâncias administrativas responsáveis pela difusão das idéias e geração e transmissão do saber (CF, art. 206, III).

32 Segundo o evangelho de Marcos 12: 41-44, Jesus assentado diante do gazofilácio observando o povo depositar o valor de suas ofertas em dinheiro, verificou que muitos ricos depositavam vultosas quantias. A seguir viu que uma viúva pobre ofertou apenas duas pequenas moedas correspondentes a um quadrante. Qual dessas ofertas seria mais meritória? As de maiores valores financeiros absolutos ou a mínima, em termos monetários quantitativos, da viúva? Jesus chamando seus discípulos afirmou que a viúva depositara no gazofilácio mais do que fizeram todos os outros ofertantes, porque todos eles ofertaram do que lhes sobrava; ela, porém, da sua pobreza deu tudo quanto possuía, todo o seu sustento.

Para permitir o real exercício do pluralismo, foi assegurado aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento (CF, art.17, §1º); ao Poder Judiciário autonomia administrativa e financeira (CF, art. 99), competindo aos Tribunais elaborar seus regimentos internos e organizar seus serviços auxiliares (CF, art. 94, I, e alíneas) e às Universidades, autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira (CF, art. 207).

Face à relevância que o princípio do pluralismo assume no contexto das atuais sociedades pluriraciais e multiculturais, o argumento do pluralismo possui grande força persuasiva e teve peso decisivo para a aceitação das políticas de ação afirmativa nos Estados Unidos da América.

Patrícia Jerônimo em interessante e detalhado trabalho descritivo sobre o papel do pluralismo de idéias como argumento legitimador de ações afirmativas no seio das universidades³³ nos relata que a Suprema Corte dos Estados Unidos em *Regents of University of Califórnia v. Bakke*, ao julgar em recurso, decisão da Suprema Corte da Califórnia, que invalidara o programa de ação afirmativa da Escola de Medicina da Universidade da Califórnia, proibindo-a de utilizar critérios de raça para seleções de alunos, embora tenha mantido a invalidação daquele específico programa, reformou parte da decisão e admitiu a possibilidade de discriminações positivas que levassem em consideração o fator raça, desde que o objetivo fosse obter um corpo docente e discente plural e diversificado.

O voto condutor do *Justice Powell* expressamente afirmou que as instituições de ensino superior têm o direito, ao abrigo da liberdade acadêmica protegida pela 1ª emenda, de definir os termos em que hão de levar a cabo sua missão pedagógica e isso inclui a escolha das características dos seus alunos. Atentas às concebidas vantagens educativas de um universo estudantil plural, não surpreende que a universidade procure criar um ambiente acadêmico estimulante, através da seleção de alunos que, na diversidade das suas experiências pessoais, contribuam para a robusta troca de idéias que se espera de uma universidade³⁴.

O Brasil é pluriracial e multicultural e esta é uma das grandes riquezas do País. Entretanto, para que todos sejam beneficiados por essa riqueza cultural é necessário que exista um contato real entre as pessoas

33 JERÔNIMO, 2008, pp. 411-443.

34 Idem, pp. 417-418.

integrantes das diversas culturas. As universidades que estão, no âmbito legítimo de sua autonomia didático-científica, buscando explorar essa riqueza cultural acreditam que hoje seria irracional não buscar essa diversidade, pois com a troca de experiências, idéias, valores e culturas tão distintas que refletem o modo de vida das classes privilegiadas e das classes despossuídas de riqueza, as experiências humanas tornam-se mais ricas e frutíferas, de sorte, que ao perseguir políticas de ação afirmativa que asseguram a existência de um corpo discente diversificado, também os alunos mais ricos ingressos através do sistema de seleção universal são beneficiados pela ação afirmativa em favor dos mais pobres. Não é incomum que as grandes e mais prestigiosas universidades tenham programas que possibilitam que os alunos da elite conheçam a realidade das classes sociais mais pobres, mas isso é absolutamente insuficiente. No Brasil de hoje, infelizmente, é essencial que os alunos das classes mais privilegiadas conheçam não só alunos com outras atitudes ou culturas, mas que nas universidades existam alunos que sejam, de fato, de outra raça, cultura e outro estrato social.

Por outro lado, a diversidade funciona como um antídoto para a regra da *polarização em grupo*. Em síntese esta regra afirma /que pessoas que pensam de forma parecida acabam chegando a extremos, pois normalmente assumem posições mais radicais se estiverem em grupos que compartilhem apenas de suas tendências originais. Quando as pessoas que pensam de forma parecida só interagem com seus semelhantes, acabam cometendo erros grosseiros e repetitivos, simplesmente por não terem se confrontado com perspectivas diferentes³⁵. O desenvolvimento do saber requer uma enorme quantidade de diversidade.

Diante desse objetivo colimado pela Universidade e expressamente ordenado pelo constituinte de cumprir com seu dever de promover o pluralismo de idéias (CF art. 206, III) é evidente sua competência conconcorrente para o estabelecimento dessas políticas de ação afirmativa com base em sua autonomia, que nas palavras de José Afonso da Silva, “ não é apenas independência da instituição universitária, mas do próprio saber humano, pois as Universidades não serão o que devem ser se não cultivarem a consciência da independência do saber e se não souberem que a supremacia do saber, graças a essa independência é levar a um novo saber.

35 SUSTEIN, 2009, pp. XXIX-XXX.

E para isso, precisam de viver em uma atmosfera de autonomia e estímulos vigorosos de experimentação, ensaio e renovação”³⁶. Inexistindo lei emanada do Executivo criando política de cotas em Universidades, podem estas, forte no princípio da autonomia universitária estabelecer por ato próprio políticas de ação afirmativa visando, através da promoção do pluralismo de idéias e valores eliminar, no seio do ensino superior, discriminações raciais, sociais, culturais e econômicas.

6. Conclusão

Neste artigo procuramos elaborar os fundamentos constitucionais que legitimam a adoção das políticas públicas de ação afirmativa para o ingresso no ensino superior. A nosso entender a atual Constituição Brasileira impõe ao Estado o dever de ser parcial, a fim de se enfrentar e superar o atual e injusto sistema de distribuição de fardos e benefícios existente em nossa sociedade e alegadamente decorrentes de naturais operações de trocas exercidas no mercado, marcadas exclusivamente pelo mérito individual. Para tanto, procuramos demonstrar que o mercado nada tem de natural, mas é decorrência direta e imediata do direito, bem como o são os bens sociais desigualmente distribuídos pelos diversos estratos sociais.

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.

36 SILVA, 1991, pp- 703-704.

Referências bibliográficas

- ABRANCHES, Sérgio. *O Estado*, in JAGUARIBE, Hélio (coord.), Sociedade, Estado e Partidos Políticos na Atualidade Brasileira, Paz e Terra, 1992.
- ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica*, Landy Livraria e Editora, 2000.
- BÁNKOWISKI, Zenon. *Vivendo Plenamente a Lei*, Editora Campus, 2008.
- BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação Afirmativa e Os Princípios do Direito*, Lumen Juris, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*, Campus, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia. Uma Defesa das Regras do Jogo*, Paz e Terra, 5ª edição, 1992.
- CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.
- CESAR, Raquel Coelho Lenz. *Acesso à Justiça para Minorias Raciais no Brasil*, mimeo.
- DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana. Teoria e Prática da Igualdade*, Martins Fontes, São Paulo, 2005.
- GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação Afirmativa e o Princípio Constitucional da Igualdade. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA*, Renovar, 2001.
- HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes
- HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- IKAWA, Daniela. *Direito às Ações Afirmativas em Universidades Brasileiras*, in Igualdade, Diferença e Direitos Humanos, Lumen Juris, 2008.
- JAGUARIBE, Hélio, *O Sistema Público Brasileiro*, in JAGUARIBE, Hélio (coord.), Sociedade, Estado e Partidos Políticos na Atualidade Brasileira, Paz e Terra, 1992.
- JERÓNIMO, Patrícia, *Aprender o Respeito pela Diferença. O Elogio da Diversidade Acadêmica na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Norte-Americano* in Igualdade, Diferença e Direitos Humanos, Lumen Juris, 2008.

- NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Ação Afirmativa, Normatividade e Constitucionalidade in Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*, Lumen Juris, 2008.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, Lisboa, Editorial Presença, 1993.
- SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional e Igualdade Étnico-Racial*, in PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008.
- SILVA, Celso de Albuquerque. *Interpretação Constitucional Operativa*, Lumen Juris, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, RT, 7ª edição, 1991.
- SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis*, 2ª edição, Rio de Janeiro, Forense.
- STERN, Klaus. *Derecho Del Estado de La República Federal Alemana*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- SUSTEIN, Cass R. *A Constituição Parcial*, Del Rey Editora, 2009.
- WESTERN, Peter. *Speaking of Equality. An Analyses of the Rhetorical Force of Equality in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, New Jersey, 1990.

Recebido em fevereiro/2009

Aprovado em maio/2009