AÇÕES AFIRMATIVAS: DIFERENTES CONCEPÇÕES SOBRE SUA CONSTITUCIONALIDADE

Alender Max de Souza Moraes[1]

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar os fundamentos de mérito de duas sentenças extraídas do sítio do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul-TJ/MS que decidiram sobre a alegação de inconstitucionalidade da Lei Estadual que dispõe sobre a reversa de vagas a candidatos negros em cursos de graduação ofertados pela UEMS. Sabendo que os magistrados embasaram-se no princípio constitucional da Isonomia, questiona-se se eles tiveram a mesma solução jurídica, e se suas concepções sobre o princípio da igualdade foram extraídas do senso comum ou jurídico a luz dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Ações afirmativas; ensino superior; cotas

Este trabalho tem como objetivo analisar os fundamentos de mérito de duas sentenças extraídas do sítio do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul-TJ/MS que decidiram sobre a alegação de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº. 2.605, de 06 de janeiro de 2003, que dispõe sobre a reserva de vagas a candidatos negros em cursos de graduação ofertados pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS. Para tanto, optou-se pela seleção de sentenças proferidas pelos juízes titulares da Primeira e Segunda Vara da Comarca de Paranaíba-MS, posto que, nessa Municipalidade, a UEMS oferta os cursos de Direito e Pedagogia e onde há a totalidade de demandas que questionam o sistema de cotas.

Durante a pesquisa, utilizou-se como critério inicial de seleção o link **Consulta Processual,** disponível no sítio do TJ-MS. A seguir definiram-se os processos em trâmite no **primeiro grau** de jurisdição, escolheu-se a comarca de **Paranaíba/MS**, pesquisando por nome da parte, fazendo uso da palavra-chave "universidade estadual" para a busca dos processos ativos no banco de dados processuais, disponíveis em janeiro de 2011. A busca resultou nos números de 11 processos ativos. Em seguida, selecionaram-se as sentenças proferidas nos autos de nº 018.08.000899 (2ª Vara Cível) e nº 018.10.001061-7 (1ª Vara Cível), pois foram os primeiros encontrados com sentenças proferidas pelos juízes titulares, julgando o sistema de cotas realizado pela UEMS.

A escolha da temática em questão justifica-se já que a ação afirmativa[2] para acesso de negros e índios assumiu um papel de centralidade nas políticas para a educação superior brasileira, tornando-se um dos eixos estruturantes das políticas educativas contemporâneas para enfrentar o acesso desigual desses grupos sociais ao sistema de ensino superior público.

1. A RELEVÂNCIA DA ADOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS FOCALIZADAS NA POPULAÇÃO NEGRA

A Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CRFB), como objetivos a construção de uma sociedade solidária (art. 3º, inc. I, da CRFB), a erradicação da pobreza e da marginalização, além da redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3, inc. III, da CRFB). A partir desses princípios, pode-se afirmar a existência de um projeto de Estado em que não há espaço para a exclusão, no qual o princípio da solidariedade identifica-se com "um conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados." (MORAES, 2010, p.. 138)

---

[1] PÓS-GRADUANDO EM DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA - PÓS LATU SENSO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS – UFGD - BACHAREL EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL – UEMS - PROCURADOR JURÍDICO DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL

[2] Conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais com educação e emprego (GOMES, 2001, p. 40).

A incorporação da dignidade da pessoa humana no texto constitucional implica a concretização, não apenas dos direitos individuais, mas também a realização dos direitos sociais (DUARTE, 2006), tendo em vista a integralidade dos direitos humanos. Ao Estado Brasileiro, está imposta a obrigação de desenvolver políticas públicas que enfrentem a desigualdade social. Porém, no desenvolvimento dessas políticas, outros fatores devem ser objetos de apreciação pelo poder público, dentre eles a maior desigualdade entre grupos sociais, notadamente a vulnerabilidade da população negra. Segundo o Relatório da Sociedade Civil sobre o Cumprimento, pelo Brasil, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (BRASIL, 2000):

> as consequências de séculos de exploração e crueldade produzem efeitos ainda hoje. A população negra (incluídos os negros e pardos, segundo os dados do IBGE) são os mais pobres entre os pobres, os com menor nível educacional, com trabalhos mais duros e pior remunerados. Essas estatísticas, porque examinadas unicamente à luz do critério cor ou raça, reforçam o preconceito e a discriminação.

Passados mais de dez após a publicação do relatório, a vulnerabilidade da população negra permanece como um desafio a ser enfrentado, conforme se constata no Comunicado IPEA nº 91, de 12 de maio de 2011, que sintetiza em suas considerações finais que "a população negra predomina na população brasileira, é mais jovem, tem mais filhos, é mais pobre e está mais exposta à mortalidade por causas externas, especialmente Homicídios".

Aquele comunicado evidenciou, também, que há um número maior de óbitos na população negra com idade entre 15 a 29 anos, motivados, em sua maioria, por fatores externos, sendo que o homicídio foi o maior responsável pelas mortes. Isso demonstra a necessidade de implementação de políticas públicas específicas para a população negra que se encontra nessa faixa-etária.

Muitas ações poderão ser desenvolvidas para enfrentar essa realidade. Entretanto, é senso comum que o acesso e a permanência da pessoa humana nos ambientes escolares é uma importante política pública para erradicar a marginalização. A concretização desses objetivos coloca a necessidade da adoção de políticas específicas que garantam o acesso da população negra aos espaços acadêmicos. (TELLES, 2003, p. 321)

2. ACESSO AO ENSINO SUPERIOR E DESIGUALDADE RACIAL

Este tema gera várias inquietações, pois, no imaginário popular, é forte a crença de que o acesso aos bens sociais (materiais e imateriais) não está condicionado ao pertencimento de indivíduos à determinada raça[3]. Nessa mesma linha de pensamento, as desigualdades entre eles seriam decorrentes da estrutura de classe em que está edificada a sociedade brasileira. Na lógica desse raciocínio, a ocupação dos *espaços superiores* daquela estrutura por indivíduos oriundos dos *andares inferiores* seriam consequências de seus *esforços*, razão pelas quais eles seriam merecedores de prestígio social.

Essa noção de que o mérito pessoal é, por si, o responsável pela ascensão da pessoa ofusca a percepção de que há uma ocupação desigual dos *andares superiores,* quando se consideram determinados grupos sociais. Fazendo um recorte e lançando olhar para a formação escolar, observa-se que o acesso desigual de determinados grupos sociais ao sistema de ensino, há muito tempo, tem despertado a atenção dos estudiosos em educação.

Zoninstein e Feres Júnior (2008, p. 15), ao discutirem os valores do mérito e da igualdade na transição do antigo regime europeu ao Estado republicano democrático moderno, destacaram que essa transição implicou em dois movimentos normativos: i) quebra da estrutura rígida da sociedade europeia feudal, substituindo-a "por uma ordem na qual todos os cidadãos têm um direito igual a um conjunto de prerrogativas e proteções legais"; e ii) redefinição do princípio do mérito, "o qual é visto como um produto do esforço e talento de cada um".

Esses mesmos autores também apontaram que o Estado moderno positiva o princípio da igualdade por meio de suas leis na forma da igualdade de direitos de todos os cidadãos, enquanto que o princípio do

[3] Hasenbalg (1979, p. 118) considerada raça "...como traço fenotípico historicamente elaborado", portanto, a "raça" aqui não tem conotação biológica mas aparece como uma construção social.

mérito reside no mercado premiando, pecuniariamente, as contribuições de cada indivíduo. Todavia, a lei pode ser reformulada por argumentos que proponham obter uma "igualdade superior" a que está positivada na constituição ou norma jurídica, enquanto que tal possibilidade transformadora não alcança o princípio do mérito. Por essa razão, os autores postulam uma hierarquia entre aqueles dois princípios, concluindo que "é a igualdade que atua como ideia reguladora do mérito e não vice-versa" (ZONINSTEIN E FERES JÚNIOR, 2008, p. 16), bem como, "o princípio da igualdade, para melhor se realizar justifica uma redução na esfera de atuação do princípio do mérito." (ZONINSTEIN E FERES JÚNIOR, 2008, p. 16). Operando-se a limitação do princípio do mérito pelo da igualdade, os autores chegam à noção de igualdade de oportunidades. É justamente a igualdade de oportunidades o foco das ações afirmativas, pois:

> só é meritório, digno de prêmio e reconhecimento, aquilo que é conquistado quando os competidores são razoavelmente iguais, ou metaforicamente, partem da mesma linha de largada. Vantagens desproporcionais e desigualdades agudas cancelam o mérito de qualquer vitória. (ZONINSTEIN E FERES JÚNIOR, 2008, p. 17).

É fato que um maior capital cultural e simbólico, ou seja, o acúmulo de conhecimentos e técnicas adquiridos pela passagem pelos diversos níveis de ambientes escolares é fator determinante para *ascensão* de classe. Na obra Bordieu e Educação, Nogueira e Nogueira (2009, p. 35) citam que uma das modalidades de capital cultural "é a posse de certificados escolares, que tendem a ser socialmente utilizados como atestados de certa formação cultural".'

Segundo Comunicado IPEA nº. 66, de 18 de novembro de 2010, a desigualdade no acesso ao ensino superior entre negros e brancos é relevante: 21,3% dos jovens brancos frequentam a academia, enquanto a taxa para a população negra é de 8,3%. Assim, quando há obstáculos para o acesso de determinados grupos sociais aos mais elevados espaços do sistema de ensino, tal situação poderia indicar a não materialização de direitos formalmente constituídos desqualificando, portanto, o discurso do mérito.

Outra percepção extraída do imaginário popular é a ideia de que a população brasileira goza de uma "democracia racial". Porém, Queiroz (2004, p. 13) destaca que é a partir dos anos 60 do século passado que surge um forte questionamento sobre "(...) a visão do Brasil como um país de relações sociais harmônicas, com os estudos que mostram as barreiras à integração do negro à sociedade". A autora ainda sustenta que o aprofundamento de estudos raciais nos anos 70 e 80 evidenciaram que:

> o tempo decorrido desde a extinção do trabalho escravo já não autoriza invocar a escravidão como fator explicativo da posição social dos descendentes de africanos e que a desigualdade existente no mercado de trabalho, na distribuição da renda, no acesso à educação são desiguais entre os seguimentos raciais e não apenas de classe [...] (Queiroz, 2004, p. 13).

Telles (2003, p. 301) enuncia que "raça é uma ideia, e não um fato biológico", afirmando, ainda, que "o racismo e a discriminação racial existem em todos os países multirraciais; no entanto, os brasileiros criaram seu próprio sistema de relações raciais" (2003, p. 301). Nesse sistema, os brasileiros "preferem a noção de cor ao invés da de raça" (TELLES, 2003, p. 304), o que, na visão desse teórico, leva "os brasileiros a acreditar que as distinções raciais não são importantes e a interpretar experiências de discriminação com sendo resultantes das diferenças entre classes sociais e não decorrentes da raça.". O mesmo autor ainda conclui que "no Brasil, o racismo e a discriminação racial são mecanismos poderosos que agrupam as pessoas dentro de um sistema de classes altamente desigual e permite que os brancos mantenham privilégios para si e para seus filhos" (TELLES, 2003, p. 306).

Empiricamente, já se percebia, quando se lançava olhar nos corredores da UEMS, que ali havia poucos discentes representantes de descendência africana e, quase nenhum indígena. Os fundamentos que permeiam os debates em torno da implantação das políticas de ação afirmativa se alicerçam na "(...) necessidade de reparar a histórica situação de desvantagem a que estão submetidos determinados grupos, como negros, índios e mulheres, entre outros, particularmente nas áreas de educação e mercado de trabalho" (QUEIROZ, 2004, p.122).

3. AÇÕES AFIRMATIVAS COMO POLÍTICA AFINADA COM A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Constatado o acesso desigual de determinados grupos sociais ao ensino superior, culminando na importância em se adotar políticas de ações afirmativas para alterar essa realidade, evidencia-se a não concretização de direitos formalmente constituídos e a consequente violação de direitos humanos.

Weisskopf (2008, p. 35) conceitua ação afirmativa como "a provisão de vantagem (favorecimento, preferência) oferecida a membros de grupos sub-representados no decorrer do processo de seleção para posições sociais desejadas". O autor destaca, também, que essa estratégia é adotada em muitos países do mundo como uma tentativa de reduzir a "histórica desvantagem de comunidades marginalizadas e menos favorecidas no que tange a seu bem-estar econômico e social" (WEISSKOPF, 2008, p. 35). Revela que a ação afirmativa implementada pela Índia (logo após a independência em 1947) precedeu a Estadunidense (anos 60 do século XX) e foi implantada de forma mais profunda (WEISSKOPF, 2008, p. 37). E que as estratégias adotadas por aqueles dois países foram distintas: enquanto na Índia, desde o começo, ela tomou a forma de "reservas" por meio das quais um grupo social pode disputar "posições ou assentos" sem competir com aqueles não contemplados pela política; nos EUA elas foram definidas com "vantagem adicional" (*boost*) com vistas a dar mais competitividade ao candidato em "processos seletivos únicos/unificados e abertos/universais" (WEISSKOPF, 2008, p. 37). Porém, o autor conclui que os fundamentos constitucionais são mais frágeis e o favorecimento gerado é menor nos EUA do que na Índia, porque a constituição norte-americana deixa pouca margem para a discriminação (WEISSKOPF, 2008, p. 37).

Já para Moehlecke (2002. p.198) a expressão ação afirmativa teve sua origem nos anos sessenta do século vinte, nos Estados Unidos, que vivia um momento de intensa reivindicação de direitos civis, onde a principal pauta de reivindicação dos norte-americanos era extensão da igualdade de oportunidades a todos. Nesse período, começam a serem revogadas as leis segregacionistas e, paralelamente, reivindicadas medidas positivas para promover a inclusão dos afro-americanos. Porém, a ação afirmativa não se restringiu apenas aos Estados Unidos, experiências semelhantes também foram implementadas, conforme Moehlecke (2002, p. 198):

> [...]em vários países da Europa Ocidental, na Índia, Malásia, Austrália, Canadá, Nigéria, África do Sul, Argentina, Cuba, dentre outros. Na Europa, as primeiras orientações nessa direção foram elaboradas em 1976, utilizando-se freqüentemente a expressão 'ação ou discriminação positiva'. Em 1982, a 'discriminação positiva' foi inserida no primeiro 'Programa de Ação para a Igualdade de Oportunidades' da Comunidade Econômica Européia (Centro Feminista de Estudos e Assessoria, 1995, Estudos Feministas, 1996).

Aquela mesma autora destaca que naqueles diferentes países "a ação afirmativa assumiu formas como: ações voluntárias, de caráter obrigatório, ou uma estratégia mista; programas governamentais ou privados; leis e orientações a partir de decisões jurídicas ou agências de fomento e regulação" (MOEHLECKE, 2002, p. 199). A autora pondera que:

> Seu público-alvo variou de acordo com as situações existentes e abrangeu grupos como minorias étnicas, raciais, e mulheres. As principais áreas contempladas são o mercado de trabalho, com a contratação, qualificação e promoção de funcionários; o sistema educacional, especialmente o ensino superior; e a representação política (Moehlecke, 2002, p. 199)

Moehlecke (2002. p. 199) também disserta sobre os desenhos diferentes assumidos nas práticas de ações afirmativas, destacando o sistema de cotas "...que consiste em estabelecer um determinado número ou percentual a ser ocupado em área específica por grupo(s) definido(s), o que pode ocorrer de maneira proporcional ou não, e de forma mais ou menos flexível.". Cita, ainda, a existência de "[...] taxas e metas, que seriam basicamente um parâmetro estabelecido para a mensuração de progressos obtidos em relação aos objetivos propostos, e os cronogramas, como etapas a serem observadas em um planejamento a médio prazo".

Independente da roupagem em que está revestida uma ação afirmativa, ela é uma estratégia que tem como escopo materializar direitos sociais formalmente constituídos considerando que as políticas universalistas não responderam, efetivamente, a necessidade de grupos sociais vulneráveis, tal estratégia, como se constatou acima, se tornou uma realidade jurídica no plano interno daqueles países acima citados.

Entretanto, é importante destacar que todas as políticas de ação afirmativa foram implantadas após

segunda guerra mundial e, especialmente, após Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, a qual, segundo Piovesan (2006, p.13), "[...] introduz a concepção contemporânea dos direitos humanos caracterizada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos". A universalização remete-se à noção de extensão a toda humanidade dos valores consignados na Declaração, onde a *condição de pessoa* é o único requisito para o sujeito ser titular de direitos. A indivisibilidade, por sua vez, caracteriza-se quando a garantia dos direitos civis e políticos criam as condições para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais, e vice-versa.

Aquele processo de universalização dos direitos humanos deu acesso à formação de um sistema normativo internacional com vista a sua proteção (PIOVESAN, 2006), o qual é integrado por tratados internacionais, dentre os quais a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

Uma das principais diretrizes estabelecidas pela convenção é de que:

> **[...]não serão consideradas discriminação racial** as medidas especiais tomadas com o único objetivo de **assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais,** contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos." (art. 1º, §4º) **G.N.**

A convenção também deixa consignado que:

> **[...] os Estados-partes comprometem-se a tomar as medidas imediatas e eficazes, principalmente no campo do ensino,** educação, cultura, e informação, para lutar contra os preconceitos que levem à discriminação racial e para promover o entendimento, a tolerância e a amizade entre nações e grupos raciais e étnicos, assim como para propagar os propósitos e os princípios da Carta das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e da presente Convenção". (art. 7º) **G.N.**

A Convenção sobre a Eliminação de Todas das Formas de Discriminação Racial foi adotada pelas Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965, tendo sido ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968, entrando em vigor em 04 de janeiro de 1969, sendo promulgada pelo Decreto nº 68.810, de 8 de dezembro de 1969.

A adoção da política de ação afirmativa no Brasil, segundo Queiroz (2004, p.122), revela "a admissão de instâncias governamentais, do reconhecimento de desvantagens a que estão sendo submetidos os negros, realidade sistematicamente negada, ao longo do tempo, por meio da imagem do Brasil como *uma democracia racial*."

4. AÇÕES AFIRMATIVAS, UM DIREITO EM CONSTRUÇÃO NAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DE ENSINO SUPERIOR

Não obstante, as instâncias governamentais adotarem ações afirmativas para garantir o acesso de grupos vulneráveis ao ensino superior, constata-se que a recepção daquelas não é pacífica do ponto de vista jurídico, principalmente quando utilizado o sistema de reserva de vagas aos candidatos de origem negra. O Poder Judiciário tem sido provocado a se manifestar quanto sua compatibilidade com a Constituição Federal.

Está em pauta, para julgamento no Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário (RE) n.597.285-2 interposto contra acórdão que julgou constitucional a reserva de vagas (sistema de vagas) como forma de ação afirmativa estabelecido pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRGS. A controvérsia ainda não foi decidida, porém, como ela possui relevância do ponto de vista social e jurídico, o Recurso Extraordinário foi recebido com "Repercussão Geral". Ao fundamentar sua decisão, o Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, argumenta que "a questão constitucional apresenta relevância do ponto de vista jurídico, uma vez que a interpretação a ser firmada por esta Corte poderá autorizar, ou não, ações desse tipo pelas universidades". Além disso, o relator evidencia que a solução da controvérsia ensejará relevante impacto nas políticas públicas

que objetivam a redução de desigualdade para ao acesso de ensino superior.

No Estado de Mato Grosso do Sul, foram editadas as leis Estaduais nº 2589, de 26 de dezembro de 2002, e nº 2605, 6 de janeiro de 2003, que reservam vagas em cursos de Graduação ofertados pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul a candidatos negros e índios. Todavia, as leis estaduais acima citadas também estão sendo questionadas sob o argumento de que violam o postulado constitucional da isonomia.

Para tornar evidente a polêmica envolta na adoção de políticas de ação afirmativa, com reflexos no poder judiciário estadual, destacamos e relatamos sinteticamente os fundamentos de duas sentenças que julgaram questão de direito onde se discutiu a constitucionalidade da lei estadual nº. 2605, 6 de janeiro de 2003, que reserva vagas a negros nos cursos de graduação ofertados pela UEMS. As sentenças foram proferidas pelos juízes titulares da Primeira e Segunda Vara Cível da Comarca de Paranaíba, Estado de Mato Grosso do Sul, nos autos de número n° 018.10.001061-7 (Ação Cominatória – 1ª Vara Cível) e nº 018.08.000899-0 (Mandado de Segurança - 2ª Vara Cível).

A **primeira decisão** foi proferida em Mandado de Segurança, autos de nº ***018.08.000899-0 (2ª Vara Cível),*** impetrado em face da titular da Pró-Reitoria de Ensino da UEMS por uma candidata a vaga no curso de Pedagogia ofertado na Unidade Universitária de Paranaíba/MS. Quanto aos motivos para sustentar pedido de segurança, o juiz assim consigna em seu relatório:

> Fora aprovada em 29º lugar, e que o total de vagas disponibilizadas eram 40, das quais foram reservadas 20% para negros e 10% para índios, restando tão somente 28 vagas a serem disputadas pelos demais vestibulandos. Impugnou que as quatro vagas destinadas aos indígenas foram destinadas aos candidatos negros, devido à falta de candidatos aprovados daquela "raça".

Quanto ao mérito, o magistrado titular da 2ª Vara Cível conclui que **a lei é inconstitucional** porque fere o princípio da igualdade e vê como premissa falsa que todos aqueles que se encontram alcançados pela lei devam ser tutelados pelo Estado, afirmando que nem todos os negros e indígenas pertencem à categoria mais pobre da população, muito menos todos os brancos são, economicamente, favorecidos para serem alijados pelo sistema de cotas. O magistrado afirma também que nem todos aqueles economicamente menos favorecidos estão fora de boas instituições de ensino. Insurge contra a falta de critério para a identificação do candidato negro ou indígena. Alerta que o sistema permite a perpetuação do conflito racial, pois põem de um lado aqueles que adentram as instituições por meio deste sistema e de outro aqueles que dele não fizeram uso. Sustenta que o sistema de vestibular é meritório "que garante não somente aos mais preparados, mas também aos mais dedicados e interessados o acesso ao curso pretendido". Sustenta que o direcionamento das vagas deveria se fundamentar pelo critério do pertencimento do candidato a determinada classe social. Julga como irresponsável a política de ação afirmativa, pois adentram as instituições de ensino alunos com "sérias dificuldades estruturais".

Nos argumentos traçados pelo magistrado, é importante destacar a sua afirmação de que nem todos negros e indígenas pertencem à categoria mais pobre da população, bem como, de que as cotas no ensino superior devem utilizar o critério de pertencimento do candidato à determinada classe social. Esses argumentos são refutados por Guimarães (2002, p. 64) quando reflete sobre as causas da pobreza no Brasil. Para o autor, "estatisticamente, está bem estabelecido e demonstrado o fato de que a pobreza atinge mais os negros do que os brancos...". Ele, afirma ainda que no Brasil, impera "seja na mentalidade popular, seja no pensamento erudito, seja na demografia ou na sociologia, na economia ou na antropologia, seja entre governos e governados, um consenso de que os pobres são pretos e os ricos são brancos.

E ao questionar sobre quais as causas da pobreza no Brasil, Guimarães (2002, p. 64) cita que a explicação normalmente aceita pelos governos e pelo povo é a de que a discrepância se dá pelo passado escravista, uma herança que desaparecia com o tempo. Porém, Guimarães (2002, p. 65) aponta que tal explicação, mesmo que possua um cerne de verdade, esconde problemas graves:

> Primeiro, isenta as gerações presentes de responsabilidade pela desigualdade atual; segundo, oferece uma desculpa fácil para a permanência das desigualdades ("com reverter em cinco anos o que é produto de cinco séculos?", esta tem sido a frase mais repetida pelos diversos governos republicanos, inclusive o atual); terceiro, deixa

> sugerido que os diversos governos têm buscado corrigir, gradualmente, tais disparidades (as vezes, mais que sugerido, o argumento é explícito entre os economistas: é preciso que a economia cresça para que os problemas sociais resolvam-se naturalmente)..

A partir das reflexões desse autor, percebe-se que a sentença afasta-se tanto no modo de pensar, preconizado no senso, comum quanto no pensamento erudito. Podendo concluir, a partir de suas constatações, que ao utilizar o critério racial, o sistema de cotas implantado na UEMS contemplaria a camada mais pobre da população.

Por outro lado, a segunda sentença proferida nos autos de nº 018.10.001061-7(1ª Vara Cível), versa sobre:

> Ação Cominatória contra a UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL – UEMS, para compeli-la a efetuar sua matrícula no primeiro ano do curso de Direito, período noturno, mediante o reconhecimento da inconstitucionalidade das Leis Estaduais n 2.589/02 e 2.605/03. O candidato embora classificado em 38º lugar no vestibular/2010 para ingresso no curso de Direito, período matutino, ministrado pela UEMS, em 20% e 10% de um total de quarenta (40) vagas, terem sido reservadas, respectivamente, para negros e índios, restando apenas vinte e oito (28) para os demais candidatos, não foi convocada para efetuar sua matrícula. Aduz, serem inconstitucionais as mencionadas leis, que instituíram o sistema de reserva de cotas para negros e índios, porquanto incompatíveis com o princípio da igualdade, consagrado no art. 5º, caput, da Constituição Federal, ferindo-lhe, conseqüentemente, direito líquido e certo ao ingresso na faculdade.

Diversamente da primeira, na segunda decisão, o magistrado **não reconheceu a alegação de inconstitucionalidade do sistema de cotas** implantado na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, argumentando que negros e indígenas pertencem em sua maioria às camadas mais baixas da sociedade brasileira, fruto da escravidão dos primeiros e do processo exploratório a que os segundos foram submetidos. Alerta que existem pesquisas apontando que é muito pequeno o percentual de negros que tem acesso às melhores condições de vida. Adverte que essa desigualdade é mais palpável no Estado de Mato Grosso do Sul, onde negros e indígenas estão em evidente "situação de inferioridade e desigualdade." Aponta que é:

> [...] um reflexo direto da desigualdade social e econômica, conseqüência da discriminação racial de negros e índios, é ainda a falta de estudo de qualidade, de formação profissional e de capacitação para o mercado de trabalho. O negro e o índio, carentes em sua maioria, de recursos financeiros, não tem acesso às melhores escolas, aos cursos preparatórios para vestibular, aos cursos profissionalizantes.

Reconhece, também, que existem brancos em situação miserável, porém estes não têm que transpor as barreiras da discriminação racial. Julga como justificado e razoável o estabelecimento das ações afirmativas, pois, por meio destas, "vislumbrou o legislador uma forma de minimizar essas diferenças" permitindo que negros e indígenas concorressem com candidatos em condições semelhantes as suas, sendo, portanto, a prática aplicação do princípio da igualdade. Não vê o sistema de cotas como uma forma de discriminação e marginalização dos candidatos negros e indígenas, pois tal metodologia é a mesma empregada às pessoas com necessidades especiais, sem que haja qualquer alegação de inconstitucionalidade. Ou seja, é um meio *para tratar de forma desigual os desiguais.* Por fim, reconhece que é manifesta a situação de desigualdade entre brancos, negros e indígenas, não podendo ser considerada inconstitucional uma lei que busca amenizar esse fato "propondo aos menos privilegiados, meios para o seu crescimento educacional, profissional e cultural".

Como dissertado acima, juízes titulares daquelas varas se fundamentaram no mesmo princípio constitucional, o da Isonomia, porém cada um teve uma percepção distinta sobre este instituto jurídico, culminando com decisões diametralmente opostas.

A primeira sentença distancia-se do consignado na Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas

de Discriminação Racial ao julgar como discriminatória a cotas de negros e índios. Enquanto a segunda, mesmo que não se referindo diretamente a ela, esposa suas diretrizes.

Segundo Queiroz (2004, p. 9), as políticas de ação afirmativa visam enfrentar o acesso desigual de grupos sociais ao sistema de ensino, posto que este, atualmente, "é um dos espaços de reprodução das desiguais condições de existência de indivíduos e grupos". A primeira sentença não se alinha diante dessa constatação, enquanto a segunda nela, expressamente, se fundamenta.

Moscovici (1981, *apud* SÁ, 1996, p. 31) define representações sociais como

> [...]um conjunto de conceitos, proposições e explicações originado na vida cotidiana no curso de comunicações interpessoais. Elas são o equivalente, em nossa sociedade, dos mitos e sistemas de crenças das sociedades tradicionais; podem ser vistas como a versão contemporânea do senso comum.

A partir dessa definição, pode se concluir que a primeira sentença, quando afirma que é premissa falsa de que todos os tutelados pelo sistema de cotas devam ser protegidos pelo Estado, ignora o acesso desigual de negros e índios no ensino superior, aproximando-se da visão construída pelo senso comum de que vivemos numa democracia racial. Diversamente, a segunda sentença expressamente reconhece que "o negro e o índio, carentes em sua maioria, de recursos financeiros, não tem acesso às melhores escolas, aos cursos preparatórios para vestibular, aos cursos profissionalizantes".

Piovesan (2006, p. 24) alerta que é um dos desafios a perspectiva para a implementação dos direitos humanos na ordem contemporânea "incorporar o enfoque de gênero, raça e etnia na concepção dos direitos humanos, bem como criar políticas específicas para a tutela de grupos socialmente vulneráveis". Aponta, ainda, que "as maiores vítimas de violação dos direitos econômicos, sociais e culturais, na experiência brasileira, são as mulheres e as populações afrodescendentes" e conclui que a "necessidade de adoção, ao lado das políticas universalistas, de políticas específicas, capazes de dar visibilidade a sujeitos de direito com maior grau de vulnerabilidade, visando ao pleno exercício de direito à inclusão social."

A segunda sentença está mais em conformidade com os direitos humanos porque, não obstante, estes nascerem como direitos naturais universais. Eles se desenvolvem como direitos positivos particulares a partir de sua incorporação pelas Constituições, quando estas os intitulam como direitos fundamentais. Ademais, a primeira fase de proteção dos direitos humanos, segundo Piovesan (2006, p. 24), marcou-se pela tônica da proteção geral, a qual tinha como maior expressão o temor a diferença. Aquela mesma autora afirma, ainda, que o tratamento ao indivíduo de forma genérica, geral e abstrata não tem sido suficiente, fazendo necessária a especificação do sujeito de direito, o qual passa a ser identificado em suas peculiaridades e particularidades. É partir dessa lente que a magistrada fundamentou sua decisão, reconhecendo que o sistema de cotas está em sintonia com os direitos humanos porque reconhece que, ao lado do direito à igualdade, surge também o direito à diferença, assegurando aos negros um tratamento especial para acesso ao ensino superior.

A partir do conceito estabelecido por Moscovici, pode-se afirmar que as duas sentenças são exemplos da força das representações sociais. Por mais que se considere o livre convencimento do juiz, os fundamentos de mérito estão impregnados de conceitos e valores socialmente construídos, os quais penetraram no imaginário dos magistrados e deles afloraram nas decisões. Uma das sentenças está muito próxima do senso comum ao sustentar que o *mérito* deva ser o único critério para acesso ao ensino superior, enquanto que a outra reconhece que a política de ação afirmativa é um meio justo e razoável para enfrentar o acesso desigual de negros e índios à Universidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A exclusão é uma das formas de violar a dignidade da pessoa humana. Dentre os excluídos, estudos estatísticos revelam um maior estado de vulnerabilidade da população negra, que atualmente representa uma proporção maior da população brasileira.

O acesso ao ensino superior para a população negra é, significativamente, menor que da população branca. A adoção de políticas públicas de ação afirmativa está compatível com a Declaração Universal de Direitos Humanos, e com a Convenção sobre a Eliminação de Todas das Formas de Discriminação Racial.

No plano interno, nossa carta magna evidencia que o Estado Brasileiro está erigido sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dentre seus objetivos está a formação de uma sociedade solidária, o que implica em aceitar a ideia de todos os seguimentos sociais e estruturas do Estado são co-solidária no enfretamento da desigualdade racial.

Não obstante, ser a solidariedade um princípio constitucional, existem importantes setores da sociedade brasileira refratários às políticas de ação afirmativa para acesso de negros no ensino superior, importante porta para emancipação intelectual, humana e simbólica, sem esquecer a possibilidade da ascensão social que a educação permite.

Uma visão negativista da constitucionalidade das ações afirmativas muito se sustenta no mito da "democracia racial", bem como, a forte crença que o acesso aos bens sociais (materiais e imateriais) não está condicionado pelo pertencimento do indivíduo a determinado grupo social.

Em nosso estudo de caso, constatou-se o fato de que a adoção de políticas de ação afirmativa despertou fervorosos debates na *consciência pública*, e que essas *lutas* evidenciam, a luz dos ensinamentos de Moscovici, a *força do mito da democracia racial enquanto representação social da sociedade brasileira.* O poder judiciário é apenas um espaço que, também, reproduz a crença na democracia racial, uma representação cada vez mais questionada por militantes do movimento negro e estudiosos das relações raciais como, também, por segmentos daquele Poder.

Constatou-se que a ação afirmativa tanto pode ser considerada conforme quanto refratária ao princípio constitucional da isonomia, dependendo da convicção do juiz. Em nossa casuística, pode se afirmar que a constitucionalidade desse sistema já estava definida no momento em que a petição fora distribuída pelo cartório.

O simples fato de haver demandas contestando o sistema de cotas reafirma que não é pacífica a convivência entre grupos étnico-raciais distintos quando se está em jogo a ocupação de um espaço de poder como o ensino superior público.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório da Sociedade Civil sobre o Cumprimento, pelo Brasil, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Brasília- DF. Abril de 2010. Disponível em: <www2.camara.gov.br/atividade../relatorios/RelatPidesc.pdf. Acesso em 11 de maio de 2011>.

_____.DECRETO Nº 65.810, DE 8 DE DEZEMBRO DE 1969. **Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial**. Brasília: Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/racial.htm>. Acesso em: 29 de janeiro de 2011.

_____.Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 597.285-2 (Rio Grande do Sul)**. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20091008_191.pdf>. Acesso em 25 de novembro de 2011.

DUARTE, Clarice Seixas. **Reflexões sobre a justiciabilidade do direito a educação no Brasil**. IN: HADDAH, Ségio; GRACIANO, Mariângela (orgs.). **A educação entre os direitos humanos.** Campinas, SP: Autores Associados; São Paulo, SP: Ação educativa, 2006.

DURKEIM, Emile. As regas do método sociológico (1937). IN: OLIVEIRA, Paulo de Salles (org.). **Metodologia das ciências humanas**. São Paulo: Hucitec/UNESP, 2ª ed., 1998.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Racismo e Antirracismo no Brasil**. São Paulo, SP: Ed. 34, 2ª ed. rev., 2009.

_____. **Classes, raças e democracia**. São Paulo, SP: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; 34 ed., 2002.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA**. Rio de Janeiro, 2001.

HASENBALG, Carlos Alfredo. **Discriminação e desigualdade raciais no Brasil**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Comunicado IPEA nº, 66. PNAD 2009 - PNAD 2009 - Primeiras análises: Situação da educação brasileira - avanços e problemas**. Brasília, 2010. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/agencia/index.php?option=com_content&view=article&id=6180>. Acesso em 13 de maio de 2011.

_____. **Comunicado IPEA nº, 91. Dinâmica Demográfica da População Negra Brasileira**. Brasília, 2011. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=8391>. Acesso em 13 de maio de 2011.

MOEHLECKE, Sabrina. **Ação afirmativa: Histórias e debates no Brasil**. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15559.pdf. Cadernos de Pesquisa, n. 117, pág. 197-217/novembro/ 2002. Acesso em 12 de outubro de 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. IN: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Proivado.** Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 3ª ed. ver. e atual, 210, p. 138.

NOGUEIRA, Maria Alice; NOGUEIRA, Claudio M. Martins. **Bourdieu & a Educação**. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Concepção contemporânea de direitos humanos. IN: HADDAH, Ségio; GRACIANO, Mariângela (orgs.). **A educação entre os direitos humanos.** Campinas, SP: Autores Associados; São Paulo, SP: Ação educativa, 2006.

QUEIROZ, Delcele Mascarenhas. **Universidade e desigualdade: brancos e negros no ensino superior.** Brasília: Líber Livro, 2004.

Moscovici, S. IN: SÁ, Celso Pereira de. **Núcleo central das representações sociais.** Petrópolis, RJ: Vozes, 1996.

TELLES, Edward Eric. **Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociologia** - tradução Nadjeda Rodrigues Marques, Camila Olsen – Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Ford, 2003.

WEISSKOPF, Thomas E. A experiência da Índia com a ação afirmativa na seleção para o ensino superior. IN: ZONINSEIN, Jonas; FERES JÚNIOR, João (orgs). **Ação Afirmativa no Ensino Superior Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2008.

ZONINSEIN, Jonas; FERES JÚNIOR, João (orgs). A consolidação da ação Afirmativa no Ensino Superior Brasileiro. IN: ZONINSEIN, Jonas; FERES JÚNIOR, João (orgs). **Ação Afirmativa no Ensino Superior Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2008.