

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A partir da implementação de políticas afirmativas, de cunho racial, no ensino superior brasileiro, verificou-se uma acentuada disputa entre aqueles que as apoiavam e seus opositores, o que desencadeou a sua judicialização no país. As primeiras demandas judiciais tinham por objetivo, questionar a constitucionalidade das mesmas, julgada na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

O objetivo precípua deste escrito é analisar o voto dos ministros do STF no julgamento da ADPF 186 a partir da categoria interesse de Bourdieu (1996), sob uma perspectiva do campo jurídico, partindo do pressuposto que não existe voto desinteressado, seja em razão econômica, social, política ou mesmo simbólica. Pretende-se, secundariamente, categorizar interesse, refletir sobre a proposta de um direito emancipatório, conforme compreensão de Santos (2003) e apresentar os fatores que porventura tenham influenciado a tomada de decisões dos ministros no julgamento da constitucionalidade das cotas raciais.

Para a elaboração deste escrito recorri à revisão bibliográfica e a análise relacional entre as categorias apresentadas e alguns dos agentes sociais envolvidos, no caso, o DEM e os ministros do STF.

No campo jurídico, as práticas e discursos possuem uma lógica específica, determinada, por um lado, pelas relações de forças que orientam os conflitos de competência e, por outro, pela lógica interna da doutrina jurídica, que delimitam o universo das soluções propriamente jurídicas (BOURDIEU. 2000). É um campo de concorrência pelo monopólio de “dizer o direito”, de “interpretar” os textos legais que legitimam o mundo social. Essa interpretação considera a historicização da norma, aliada à elasticidade das leis, adaptando as fontes do direito conforme às circunstâncias, descobrindo novas possibilidades hermenêuticas e superando as interpretações anteriores.

Ao analisar, especificamente, o campo jurídico e os agentes sociais da demanda não constatei necessariamente forças antagônicas, mas interesses distintos, pois, de um lado tínhamos o Partido Democratas (DEM), objetivando aniquilar as cotas raciais do ensino superior, de outro, agentes de diversos campos, educacional, jurídico e movimentos sociais, almejando a sua continuidade e no entremeio os ministros do STF, que sob o manto da imparcialidade e desinteresse julgaram as cotas raciais constitucionais.

O texto divide-se em três momentos, no primeiro categorizo interesse sob uma perspectiva de direito emancipatório. Em seguida apresento os argumentos do DEM para a

interposição da ADPF 186 e por fim analiso o voto dos ministros do STF a partir do interesse e o que possivelmente motivou suas tomadas de decisões, no caso em tela.

2. O INTERESSE DOS AGENTES SOCIAIS DIANTE UM DIREITO EMANCIPATÓRIO

Os agentes sociais não realizam atos gratuitos. Isso não implica dizer, que o interesse sempre se baseará em uma perspectiva econômica, mas sim em uma troca, consoante o campo no qual esse agente estiver inserido, como o reconhecimento de seus pares no campo científico ou o início de um relacionamento no campo afetivo.

O interesse pode ser compreendido como um instrumento de ruptura com uma visão encantada e mistificadora das condutas humanas, razão pela qual se faz oportuno questionar o interesse dos agentes em fazer ou deixar de fazer algo. Partirei da noção de interesse proposta por Bourdieu (1996), para analisar os votos dos Ministros do STF em relação à constitucionalidade das cotas raciais no país.

A conjuntura social, política e jurídica que o país vivia à época do julgamento da constitucionalidade das cotas raciais, foi salutar para que os agentes envolvidos, tanto acreditassem que valia a pena discutir a questão, quanto se sentissem presos ao jogo social que estava em pauta.

Assim, o explícito era minimizar as desigualdades raciais no país, e o implícito era uma disputa ideológica entre uma ala conservadora da sociedade, encabeçada pelo DEM, e agentes sociais dos mais variados campos - jurídico, educacional, movimentos sociais -, defendendo, não necessariamente, os mesmos ideais, mas com o objetivo comum, de buscar um diálogo mais democrático diante da crise de legitimidade do Estado.

Segundo Santos (2003), a partir do momento que o Estado liberal assumiu o monopólio da criação e da adjudicação do direito, sendo este reduzido ao direito estatal, a tensão entre a regulação social e a emancipação social passou a ser um objeto da regulação jurídica. Nesse sentido, é de se refletir que só seriam reconhecidos, enquanto emancipação social legal, os objetivos e práticas emancipatórias sancionados pelo Estado e, conseqüentemente, conforme os interesses dos grupos sociais que os reivindicavam.

Posto isso, percebemos que a emancipação social sai do seu papel de protagonista revolucionário e assume a postura de uma reguladora social no processo de auto-revisão ou de autotransformação. Pensemos o caso do movimento feminista do Brasil em favor do aborto *versus* a previsão legal, em que o movimento pró-aborto parte de uma moralidade de autonomia

privada e liberdade sobre o próprio corpo da mulher, enquanto a lei pátria e jurisprudência defendem a ideia pró-vida, na qual o aborto só seria permitido quando houver risco de vida da mãe causado pela gravidez, quando essa resultar de estupro e no caso do feto anencéfalo. A ADPF 54 de 2012, descreve essa situação como “parto antecipado” para fim terapêutico.

Diante desses dois valores sociais, é possível identificar uma emancipação social legítima e outra não, pois a ausência de regulação social que descriminalize o aborto torna toda a discussão emancipatória vazia de significado. Logo, pressuponho que a revolução legal que temos vivenciado, desde as revoluções oitocentistas, têm apostado no direito para promover a emancipação social.

É imprescindível ter em mente, no entanto, que o direito não se restringe a um conjunto de normas formalmente editadas pelo Estado, mas também, pelo conjunto de decisões e interpretações a que estas normas são passíveis. Portanto, pensar o direito enquanto emancipatório é refletir sobre o interesse dos próprios agentes sociais e suas interpretações diante das reivindicações emancipatórias postas à prova, como o caso das uniões homoafetivas, que o STF reconheceu o status de uniões estáveis na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e na ADPF 132, e da constitucionalidade das cotas raciais.

Os princípios fundamentais, previstos na Constituição Federal, são normas programáticas, ou seja, dependem de outras leis para serem regulados. Mas este fato não nos impede de buscarmos o judiciário sempre que nossos direitos subjetivos forem lesados. No caso das relações homoafetivas, por exemplo, elas já existiam de fato, mas não de direito, e apesar de não ter uma lei específica que trate sobre o tema, o STF, com base nos princípios constitucionais e analogia às uniões heteroafetivas, reconheceu àquelas todos os direitos que estas últimas já possuíam.

A preocupação do Estado, com o triunfo do liberalismo em 1948, deixou de ser a luta contra o Antigo Regime para se opor às reivindicações emancipatórias das “classes perigosas” e, assim, as lutas reivindicatórias passam a ser contra a exclusão e em prol da inclusão social. Segundo Santos (2003), as estratégias diferiram entre os demoliberais e, mais tarde, os demo-socialistas, que procuraram combater dentro dos limites do Estado liberal, ao passo que, para os socialistas radicais, tais limites pareciam frustrar quaisquer combates emancipatórios.

Oportuno suscitar que, ambas as modalidades lutavam contra o conservadorismo, que mantinha uma oposição inflexível a concessões aos socialmente excluídos. O autor Santos (2003) aponta que, nos últimos vinte anos, houve uma crise nas duas frentes e, nos países periféricos e semiperiféricos, tomou a forma de crise do Estado desenvolvimentista, com o

ajustamento estrutural e cortes significativos nas já incipientes despesas sociais do Estado. Politicamente, significou um fortalecimento do conservadorismo e o levantamento de uma ideologia contrária à agenda da inclusão gradual, a qual, de modos distintos, era comum ao demoliberalismo e ao demo-socialismo. Atualmente, estamos vivendo uma crise tanto de regulação quanto de emancipação social, enquanto floresce um conservadorismo. Sobre o direito, diz Santos (2003, p. 7):

[...] se as duas grandes estratégias para a criação da moderna transformação social – o reformismo jurídico e revolução – se encontram em crise – o direito abunda, mas, pelo visto, não para fins de reforma social, enquanto a revolução pura e simplesmente desapareceu –, é legítimo perguntar se não devemos procurar novas concepções para que a transformação social faça sentido, se é que esta vai continuar a servir-nos como modo de descrever as grandes mudanças da nossa vivência individual e coletiva.

O judiciário assume uma posição de destaque diante essa crise e na disputa pelo poder, e por vezes atua em prol de uma política liberal e outras em defesa de um estado de bem-estar social. O direito está, a cada dia, mais difuso, preenchendo espaços sociais e políticos abertos pelas crises já apontadas. Logo, o ideal seria um direito capaz de superar a dicotomia liberal, bem-estar social, sem, no entanto, tornar-se conservador. Diante ao exposto, resta a dúvida de quais seriam os interesses dos ministros do STF em suas decisões, em especial, no caso da constitucionalidade das cotas raciais no ensino superior.

3. O JULGAMENTO DA ADPF 186

Em julho de 2009, o DEM, por meio da procuradora Roberta Fragoso Meneses Kaufmann, deu entrada no STF a uma ADPF 186, pedindo a declaração de inconstitucionalidade do programa de ação afirmativa étnico-racial da Universidade de Brasília, e a extensão da decisão a todos os programas dessa natureza em nosso país.

Nas primeiras páginas da ADPF, há uma exposição de motivos informando que seu objetivo não é pleitear a declaração de inconstitucionalidade das políticas de ação afirmativa em geral, posto que, essas seriam políticas fundamentais do Estado Social Democrático. Em seguida, diz reconhecer a natureza “social” do Estado brasileiro, que, entre outras coisas, promove a integração de minorias e a redução das desigualdades.

Essa estratégia argumentativa sugere que a ADPF do DEM tenta passar uma imagem não conservadora, o que se torna difícil de manter no curso do processo e, em razão disso, pautou-se em cinco eixos temáticos específicos: uma crítica ao conceito de raça, uma releitura da escravidão, uma comparação entre ações afirmativas no Brasil e em outros países,

e o argumento de que a ação afirmativa promove a racialização da sociedade e o aumento do conflito racial.

Quanto à crítica ao conceito de raça, é importante pontuar que já foi superado o debate sobre raças biológicas. Quando tal categoria é utilizada, é sob uma perspectiva social, ou seja, está intimamente vinculada à ideia de identidades atribuídas por processos sociais que, por seu turno, geram desigualdades sociais específicas.

Quanto à releitura da escravidão, há uma disputa pela hegemonia de uma interpretação da história do negro no país e, segundo os Democratas, o principal argumento para a existência de cota racial seria a reparação das injustiças cometidas no passado, e não no presente contra os escravizados. Logo, não seria coerente que a política se estendesse a toda e qualquer pessoa que se autodeclarasse negro, pois, já que seria uma política compensatória, só deveria ser beneficiado aquele que descendesse diretamente de negros que foram escravizados.

Essa ideia também não se sustenta, posto que, o racismo brasileiro é de marca e não de sangue, ou seja, é o fenótipo e não, necessariamente, o genótipo que exacerba as desigualdades em terras tupiniquins.

No que tange às desigualdades no Brasil, o texto indica que o problema é meramente social e não racial. Em nenhum momento apresenta dados sobre a mobilidade social no país, e tenta justificar a inexistência de desigualdades raciais comparando dados brutos de nível socioeconômico e de escolaridade entre brancos e negros, residentes em áreas urbanas, com um filho e rendimento familiar total de até dois salários mínimos. No entanto, exatamente esse grupo social, o mais pobre da população, sequer consegue chegar ao ensino superior, e a média de estudo é de 5 anos, conforme informações da própria ADPF 186.

O que se percebe, com os argumentos até aqui apresentados, é uma tentativa de desvirtuar a realidade e tentar ludibriar os fatos, ora tentando perpetuar o mito da democracia racial no país, ora buscando culpar os próprios escravizados pela escravidão.

Sobre o comparativo com outras políticas afirmativas, o texto confunde o leitor ao apresentar políticas raciais segregacionistas e que perpetuam a discriminação negativa, como as de Ruanda e a política segregacionista dos EUA. A diferença pontual entre estes e a política de cotas adotada no Brasil, é que na brasileira se propõe uma discriminação positiva, a fim de mitigar as diferenças e possibilitar igualdade de oportunidades a partir da justiça compensatória e distributiva. O jogo implícito de poder, proposto pelo DEM, nos faz refletir que:

[...] entre as pessoas que ocupam posições opostas em um campo, e que parecem radicalmente opostas a tudo, observa-se que há um acordo oculto e tácito a respeito

do fato de que vale a pena lutar a respeito das coisas que estão em jogo no campo (BOURDIEU, 1996, p. 141).

No caso da ADPF 186, muito mais que a constitucionalidade das cotas raciais, estava se disputando um poder político conservador, que tenta perpetuar a exclusão social e minar as políticas inclusivas, ainda que *a priori*, o texto da ADPF diga que esta não seja a intenção. Essas minúcias implícitas só são visíveis para quem compõe o jogo, já os que dele não participam, não conseguem compreendê-lo em partes ou em sua totalidade. Não há necessidade de que os agentes sociais que possuem o sentido do jogo exponham o caráter teleológico de suas ações, ou seja, sua real finalidade.

4. EXISTE VOTO DESINTERESSADO?

Em relação ao voto dos ministros do STF, é possível pensá-los sob uma perspectiva do campo jurídico, Bourdieu (2000), e do *habitus*¹ pois, na medida em que eles já compreendem e naturalizam o jogo, têm capacidade de perceber, no estado prático, o futuro do jogo por um senso histórico do mesmo e, com isso, acabam se incorporando a ele. Nesse sentido, cabe questionar, como enunciado anteriormente, se é possível um voto desinteressado.

A partir de uma apurada análise dos votos dos ministros do STF, pude refletir que os mesmos não se pautaram em uma troca econômica, mas podem ser pensados como uma troca simbólica, ou como um ato de nobreza, na qual os ministros são obrigados a fazer, sem, em tese, esperarem nada em troca, posto que a essência de seus atos seria o desinteresse e a imparcialidade.

Fica notório esse caráter de “nobre desinteresse” no início do voto do Ministro Luiz Fux, como abaixo descrito:

Somos uma Corte voltada para a humanidade. De sorte que é muito importante que cada um, com seu vezo, com a sua propensão, com a sua tendência, descubra os mistérios da alma humana como Vossa Excelência os descobre através da poesia. Eu, particularmente, gosto muito de ler obras referentes à psicologia humana (BRASIL, 2012, p. 94).

[...]

E eu me lembrei dessa passagem do Luiz Alberto porquanto o Supremo Tribunal Federal, pela habilidade da Presidência anterior do Ministro Cezar Peluso e agora a de Vossa Excelência, o Supremo Tribunal Federal tem colocado em pauta questões palpitantes que interessam ao povo em geral, à sociedade em geral. E nessas questões, pelo menos em algumas delas, que não precisa nem indicar quais foram, o Supremo Tribunal Federal teve que decidir se a vida clama por vida ou clama por tragédias

¹ “[...] é um corpo socializado, um corpo estruturado, um corpo que incorporou as estruturas imanentes de um mundo ou de um setor particular desse mundo, de um campo, e que estrutura tanto a percepção desse mundo como a ação nesse mundo” (BOURDIEU, 1996, p. 144).

humanas. Fomos obrigados a sopesar se a vida prefere a desigualdade ou a igualdade, ou se nós efetivamente pretendemos um mundo amigo (BRASIL, 2012, p. 95).

[...]

E eu concluo, Senhor Presidente, que efetivamente o Supremo Tribunal Federal tem lutado pela vida das pessoas que sofrem e pela esperança das pessoas que tentam viver. E como eu pertenci ao Superior Tribunal de Justiça, que tinha a denominação de Tribunal da Cidadania, entendo, sem qualquer espírito corporativo, que o Supremo Tribunal Federal pode ser denominado o Tribunal de Defesa dos Direitos Fundamentais (BRASIL, 2012, p 95-96).

Segundo Bourdieu (1996), a importância de pensarmos em termos de *habitus*, é que este nos permite compreender que existem condutas desinteressadas, cujo princípio não é o cálculo do desinteresse, nem a intenção calculada de superar o cálculo ou de mostrar que se é capaz de superá-lo. Deste modo, quando as representações oficiais daquilo que um homem é oficialmente em um espaço social dado tornam-se *habitus*, elas se tornam o fundamento real de suas práticas.

No entanto, há de se ter em mente que o desinteresse explícito apresenta um interesse simbólico tácito, no qual o ministro tenta demonstrar sua posição de guardião da constituição, zelador dos direitos fundamentais, defensor dos excluídos, e em troca ganha notoriedade, respeito de seus pares e da sociedade. Dessa forma, reveste-se de sensível agente político em uma arena democrática ruidosa, ainda mais em tempos de STF, enquanto Teatro Boulevard², aberto ao público por meio das sessões da TV Justiça e das redes de relações sociais.

O voto da ministra Rosa Weber também é significativo, nesse sentido:

Como se vê, Senhor Presidente, é mais um tema extremamente sensível que se coloca ao exame desta Corte em controle concentrado de constitucionalidade, via arguição de descumprimento de preceito fundamental.

[...]

Permito-me pontuar que, nos processos objetivos, como este, o Supremo Tribunal Federal tem contribuído, e muito, a meu juízo, para o aperfeiçoamento da percepção da pluralidade, em nosso país, e a criação de espaços democráticos de debate, em que diferentes perspectivas se sustentam, a evidenciar a abertura não apenas dos textos normativos - e somos todos nós, cidadãos brasileiros, intérpretes da Constituição -,

² O STF representa a maior instância do judiciário brasileiro, e sua principal competência é zelar pelos direitos fundamentais, dentre eles, o acesso à informação e comunicação. Tanto é que, seus julgamentos são transmitidos na TV Justiça e geram grande repercussão e interação nas redes sociais. Portanto, compará-lo a um Teatro Boulevard é reconhecê-lo como um espaço de informação e comunicação pública, em que, por vezes, são apresentados verdadeiros “melodramas”, dignos de Paris, no século XVIII, como foi o julgamento do Mensalão, em 2007. Segundo Merisio (2009), o gênero melodramático migra da Itália no final do século XVIII e encontra abrigo em Paris, no Boulevard du Crime [...] Neste panorama pós-Revolução Francesa, o melodrama clássico surge como uma forma de afirmação de uma classe popular que reivindica a experiência de frequência ao teatro falado como um ato de cidadania. O dramaturgo mais emblemático desta fase é Guilbert de Pixérécourt, que afirmava fazer teatro para agradar a todas as classes, mas com especial atenção ao público iletrado. Suas obras tinham grande apelo visual e eram recheadas de recursos que emblematicizaram os textos do gênero, tais como reconhecimentos e peripécias.

mas também do sistema como um todo. E nesse quadro avulta o crescente comparecimento de grupos sociais que não tinham visibilidade antes da quebra de paradigma resultante da Lei Maior de 1988, verdadeira (BRASIL, 2012, p. 123).

A nobreza do STF e o voto de seus ministros, em relação à constitucionalidade das cotas raciais, demonstra que a força motriz da virtude e da razão são o lucro que estas podem propiciar, e o desinteresse parece só fazer sentido, diante o encontro entre *habitus* predispostos ao desinteresse e universos nos quais o desinteresse é recompensado. Em um momento histórico de redes sociais, parece que nada mais passa despercebido, da esmola que se deu a um mendigo ao voto que indeferiu o pedido da ADPF 186. Nesse sentido, alude Bourdieu (1996, p. 154):

[...] podemos dizer que a razão tem fundamento na história e que se a razão progride, ainda que lentamente, é porque já interessa na universalização e que, universalmente, mas sobretudo em certos universos, como o campo artístico, científico, etc. é melhor aparecer como desinteressado do que como interesseiro, como generoso, altruísta, do que como egoísta. [...] A suspeição crítica lembra que todos os valores universais são, de fato, valores particulares universalizados, portanto, sujeitos à suspeição (a cultura universal é a cultura dos dominantes etc.).

Com isso, há de se ter em mente que o voto dos ministros do STF, enquanto guardiões da Constituição estão em consonância com um ideal próprio do campo jurídico, que seria a efetivação das políticas públicas pelo judiciário, na ineficácia das mesmas por parte do legislativo e executivo. Assim, os ministros, também, fortemente influenciados pela jurisprudência e pela doutrina internacional, julgaram a ação improcedente, como é possível verificar nos votos de cada ministro abaixo.

Vale observar, que o Ministro Celso de Melo *a priori* havia votado pela improcedência da ADPF 186, mas solicitou o cancelamento de seu voto e, até a presente data, nem ele ou seus assessores forneceram quaisquer explicações para tal atitude. Mas, afinal, existem votos desinteressados?

O voto dos ministros do STF, na ADPF 186, foi muito semelhante, quanto ao princípio da igualdade. A justificativa mais proeminente entre os votos foi que as ações afirmativas são meios para efetivar o princípio da igualdade. Mas além do critério da igualdade, outras questões foram levantadas, como a pluralidade, transitoriedade e método de seleção.

Assim, apresento a parte dispositiva do voto do ministro Ricardo Lewandowski:

Isso posto, considerando, em especial, que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas, (ii) revelam proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e preveem a revisão periódica de seus resultados, e (iv) empregam métodos seletivos eficazes e

compatíveis com o princípio da dignidade humana, julgo improcedente esta ADPF (BRASIL, 2012, p. 92).

O voto do relator foi extenso e detalhado, no qual enfatizou, pormenorizadamente, cada um dos pontos apresentados na petição inicial do DEM, mas na parte dispositiva de seu voto. Ou seja, na decisão em si, ele enfatizou a necessidade de pensarmos que as políticas afirmativas atentem à dignidade da pessoa humana e têm como objetivo reparar distorções históricas e permitir uma sintonia entre a realidade social e a realidade acadêmica do país, tornando as universidades plurais.

Pensar o modelo clássico de universidade brasileira é vê-la constituída por homens, brancos e abastados. Mas essa realidade começou a ruir com a crescente expansão do ensino superior, que permitiu o ingresso de mulheres, e agora, com as cotas raciais, muda-se também a cor da universidade. Com isso, o conhecimento construído não se limite a uma única perspectiva.

Outro falo relevante, suscitado pelo ministro, é o caráter transitório das políticas afirmativas, ou seja, são práticas emergenciais a fim de atenderem às necessidades dos jovens negros de hoje e, em paralelo a tais políticas, todo o sistema de educação deveria sofrer uma reformulação, da base ao ensino superior, mas o que se vê é um descaso público com todo o sistema. A questão do mérito foi apontada pelo Ministro Cesar Peluso, vejamos abaixo:

E, finalmente, diz-se que o critério adotado da universidade desconsidera o mérito no acesso. Mas vejo a situação de modo um pouco diferente, com o devido respeito. O mérito é, sim, critério justo ou o mais justo, mas, no caso, é justo apenas em relação aos candidatos que tiveram oportunidades idênticas ou, pelo menos, assemelhadas de preparação. Não é possível, então, usar esse mesmo critério também para aqueles que, no seu passado, não tiveram iguais condições objetivas de suportar agora julgamento por esse critério a título de justiça. Por essas razões, Senhor Presidente, acompanho integralmente o voto do eminente Relator (BRASIL, 2012, p. 162)

A discussão sobre o mérito é recorrente entre os críticos das políticas afirmativas, mas o voto do ministro Cesar Peluso foi pontual ao analisar a problemática, pois não podemos mensurar o mérito apenas pela perspectiva do ingresso ou não no ensino superior, por meio de um processo seletivo unificado que não respeita as diferenças e peculiaridades da realidade de vida do estudante.

É pouco provável que um aluno pobre, estudante em uma rede pública deficiente, tenha as mesmas possibilidades de acesso de um aluno que estudou nas melhores escolas, viajou, fez cursos de línguas e tem uma estrutura familiar que o permite não trabalhar, por exemplo. Nesse sentido, é que falamos em mérito de chegada, Santos (2003), passar no vestibular e mérito de trajetória, o que e como foi feito para atingir o objetivo.

4.1 Tomada de decisão dos ministros

Quanto à tomada de decisões judiciais dos ministros, há de se ter em mente que diversos fatores as influenciam, sendo ingenuidade limitar a explicação a uma única teoria. Assim, com base na sociologia das profissões jurídicas, é possível extrairmos quatro abordagens; a atitudinal, estratégica, institucional e legal ou jurídico, que compõem a *judicial politics*, linha de pesquisa norte-americana que foca o papel das cortes no processo político de tomada de decisão (OLIVEIRA, 2011).

Minha intenção, neste texto, não é esgotar todas as possibilidades teóricas acerca dos modelos de análise sobre decisões judiciais, mas apenas pensá-las sob a variável do interesse. A profissionalização das carreiras jurídicas estabelece a *expertise* como um diferencial, e os valores profissionais acrescentam substância moral ao conteúdo técnico das profissões, sendo salutar, portanto, avaliar a forma de recrutamento dos ministros do STF, tal como, suas trajetórias, treinamento e socialização, para compreendermos suas atuações.

Segundo Oliveira (2011) a abordagem atitudinal está vinculada à ideia que as decisões dos juízes são determinadas com base em suas preferências políticas, pessoais e de suas convicções ideológicas. Ao passo que, a abordagem estratégica pressupõe que as decisões dos juízes sofrem constrangimentos sociais, institucionais e políticos, sendo imprescindível atentar-se não apenas para o voto individual de cada juiz, mas levar em conta o contexto histórico e doutrinário da Corte e para a interação entre os ministros.

A abordagem legal, por sua vez, sugere que as decisões judiciais são baseadas em princípios morais e políticos, e não em preferências políticas propriamente ditas. Logo, para Dworkin (2001), os juízes apreciariam cada caso concreto a partir de fatores legais e precedentes, e ponderariam esses elementos com interesses da sociedade. Portanto, devemos analisar as decisões judiciais a partir de uma combinação de fatores legais, pessoais e profissionais, para refletirmos sobre a existência, ou não, de votos desinteressados.

Segundo Oliveira (2011, p. 51), dessas quatro abordagens é possível extrair seis categorias gerais de fatores que influenciam a decisão dos juízes: “1) Aspectos legais, doutrinários e fatores dos casos, 2) atributos e ideologia, 3) contexto institucional, 4) opinião pública, 5) contexto político e outros setores governamentais, e 6) grupos de interesse”.

Os aspectos legais, doutrinários e fatores dos casos, ressaltam a importância dos precedentes e da doutrina na decisão dos juízes, além de variáveis mais objetivas, como os fatores ligados ao caso, por exemplo, a área do direito à qual o caso se refere. Na ADPF 186, um dos argumentos contrários às cotas raciais, suscitado pelo DEM foi exatamente a utilização

da categoria raça, o que, segundo o DEM, sugeriria uma racialização no país. O Ministro relator Ricardo Lewandowski, em seu voto, fez uso do precedente e aspectos legais e doutrinários para refutar a questão:

Relembro que o Supremo Tribunal Federal enfrentou essa questão no HC 82.424-QO/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, conhecido como “Caso Ellwanger”.

Em setembro de 2003, o Plenário desta Suprema Corte confirmou, por maioria de votos, a condenação de Siegfried Ellwanger, autor de livros de conteúdo anti-semita, pelo crime de racismo.

Nesse precedente, o STF debateu o significado jurídico do termo “racismo” abrigado no art. 5º, XLII, da Constituição.

De acordo com o Relator do feito, Min. Maurício Corrêa:

“Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre da mera concepção histórica, política e social e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito”.

Essa também foi a conclusão do Min. Gilmar Mendes, que assim se pronunciou:

“Parece ser pacífico hoje o entendimento segundo o qual a concepção a respeito da existência de raças assentava-se em reflexões pseudo-científicas [...]. É certo, por outro lado, que, historicamente, o racismo prescindiu até mesmo daquele conceito pseudo-científico para estabelecer suas bases, desenvolvendo uma ideologia lastreada em critérios outros” (BRASIL, 2012, p. 63-64).

Quanto aos atributos ideológicos, diz respeito aos juízes e suas ideologias. Esta variável vai de encontro à ideia de imparcialidade e neutralidade dos juízes, e os coloca na posição de seres sociais que são, com a propensão a decidir, baseados em suas crenças, tal como todo ser humano.

Para esse fim, vou partir da proposta de ideologias políticas mais amplas, como sugerido por Dworkin (2001), no sentido de princípios políticos e morais. Nesse sentido, reiterando o que já discutimos precedentemente, podemos verificar no voto do Ministro Gilmar Mendes, indicado pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, uma posição ideológica, em que, o critério racial é percebido enquanto consequência de um problema social:

Mas há um questionamento que é relevante em relação ao modelo da Universidade de Brasília e que não se faz presente em relação, por exemplo, ao caso do ProUni. É que, no modelo da Universidade de Brasília, adotou-se exclusivamente o critério racial. Esse é um ponto que precisa ser enfatizado. Nós vamos discutir ainda a questão do ProUni, e lá nós vemos que, a despeito de se enfatizar a questão do negro, também se leva em conta a questão das pessoas pobres. E esse é um debate que está presente, inclusive, nas críticas que se faz. Aqui, não. Na verdade, esse modelo acabou por estabelecer tão somente este critério, o critério racial (BRASIL, 2012, p. 164).

Quanto ao aspecto institucional, este se focaliza nas relações internas dos juízes entre si, e o papel da instituição, do tribunal e sua história no processo de decisão. Ter um negro no STF para julgar a questão da constitucionalidade das cotas raciais pareceu influenciar os

demais ministros, inclusive, nas citações de artigos e livros do Ministro Joaquim Barbosa sobre o tema.

O quarto aspecto seria a opinião pública, que, em regra, é melhor observada nas questões criminais, como no caso do Mensalão, de 2007, mas que não deixa de ser percebido seu impacto nas demais decisões, como observamos no voto do ministro Gilmar Mendes. Na fala do Ministro, fica clara a menção à mídia, o que se repete em dois outros momentos de seu voto, conforme aponto:

[...] Embora haja o modelo, diga-se, um modelo de autodesignação, há um tipo de pergunta que tem sido revelada na **mídia**, que é feito por esse tribunal chamado órgão de seleção ou esse tribunal racial. E nós já vimos que ele está longe de ser infalível, como se demonstrou da tribuna, aquela situação de gêmeos univitelinos em que um foi reconhecido como negro e o outro, não, gerando um tipo de situação de difícil aceitação no sistema como um todo. Então, parece-me que esse é um ponto que precisa ser enfatizado (BRASIL, 2012, p. 164, Grifo meu).

[...]

Fatos que são publicados na Imprensa:

“Em 2004, o irmão da candidata Fernanda Souza de Oliveira, filho do mesmo pai e da mesma mãe, foi considerado ‘negro’, mas ela não” - (por esse, assim chamado, tribunal racial). “Em 2007, os gêmeos idênticos Alex e Alan Teixeira da Cunha (assunto que já foi referido) foram considerados de ‘cores diferentes’ pela comissão da UnB. Em 2008, Joel Carvalho de Aguiar foi considerado ‘branco’ pela comissão, enquanto sua filha Luá Resende de Aguiar foi considerada ‘negra’, mesmo, segundo Joel, a mãe de Luá sendo ‘branca’” (BRASIL, 2012, p. 167, Grifo meu).

Notadamente, o Ministro Gilmar Mendes fez uso de referências colhidas na mídia nacional para sustentar sua fala, mas há de se pontuar que, mesmo esboçando um discurso contrário às cotas raciais, o seu voto foi pela improcedência do pedido proposto pelo DEM, o que nos sugere duas possibilidades:

- a primeira, que seu voto foi motivado por uma pressão interna entre os próprios ministros, direta ou indiretamente, já que todos os outros votaram à favor da constitucionalidade, e;

- a segunda, seria uma preocupação com a opinião pública, ou seja, a mídia, a população e o próprio governo, tendo em vista que, o governo vigente à época era marcado por melhorias sociais e defesa de minorias, ressaltando que foi nesse período o ingresso do primeiro ministro negro no STF, Joaquim Barbosa.

Cabe refletir, ainda, sobre a possibilidade de ambas as hipóteses o terem influenciado, conforme podemos observar em outro trecho de seu voto:

Ninguém está aqui a negar a **constitucionalidade das ações afirmativas, nós temos um número muito razoável de decisões do Supremo Tribunal Federal, em variada ordem, que ressalta a possibilidade de se adotarem critérios diversos.** Isso faz parte, inclusive, da velha fórmula que era decantada já por Rui Barbosa: de

tratar igualmente a iguais e desigualmente a desiguais. Ou, na crítica de Anatole France, que dizia: a igualdade formal assegurava a pobres e ricos. Mas **a referência, aqui, era a pobres e ricos**, o direito inclusive de dormir sobre as pontes. Então, é preciso ter atenção para esse aspecto. Este ponto me parece um ponto crítico do modelo (BRASIL, 2012, p. 169, grifo meu).

O ministro Gilmar Mendes, apesar de votar pela improcedência do pedido do DEM, faz uma clara oposição ao sistema de cotas raciais. Segundo ele, seja pela dificuldade de se identificar quem é negro ou branco no Brasil ou por adotar-se um sistema puramente racial, sem considerar o critério social. O seu voto, nitidamente, nos reporta a um racismo institucional, em que se põe o problema sob uma perspectiva social e não racial, e o justifica não por conta do racismo ou discrepâncias sociais que existem entre brancos e negros, mas sim, pela constitucionalidade das ações afirmativas, com base nos precedentes daquele tribunal em relação a um número considerável de decisões de variadas ordens.

O quinto grupo de fatores trata dos outros setores governamentais. Ou seja, os poderes executivo e legislativo, neste aspecto, segundo Oliveira (2011, p. 13), “O presidente da República tem uma grande influência porque desempenha um papel central na nomeação dos juízes”. No caso das decisões do Ministro Joaquim Barbosa, a influência do presidente que o indicou parece não ter surtido tanto efeito, exemplo disso foi o julgamento do Mensalão, no qual o ministro chamou de “líder da quadrilha” ao José Dirceu, o mesmo que intermediou a sua nomeação ao STF.

E por fim, mas não menos importante, o sexto grupo de fatores se refere aos grupos de interesse. A justiça brasileira é pautada no princípio da inércia. Logo, só se manifesta se for provocada, e por essa razão, é de extrema relevância para analisar-se a tomada de decisão dos ministros, o autor da ação, no caso, o DEM.

Na ADPF 186, a ação foi movida pelo DEM, que tem como um de seus princípios “Colocar-se firmemente contra qualquer espécie de discriminação e preconceito, quanto à religião, sexo e raça, bem como defender o direito das minorias”³ Apesar do princípio norteador do partido, é possível informarmos que o mesmo é um partido de centro direita, cujas ideologias políticas são o liberalismo e o conservadorismo liberal, sendo, ao lado do PSDB, do PPS, do Solidariedade e do PSC oposição ao governo Dilma Rouseff (CIOCCARI, 2015).

O STF, além de ser o órgão mais alto do poder judiciário, logo, a elite da carreira jurídica no Brasil, também possui poder político, por exemplo, por meio do controle de constitucionalidade das leis ou nas ações de descumprimento de preceitos fundamentais, o que

³ DEM. Disponível em: <<http://www.dem.org.br/>>. Acesso em: 3 abr. 2016.

o torna uma arena alternativa à democracia representativa. Devemos pensá-lo para além do estigma político, elevando-o a outro patamar, tendo em vista que, enquanto grupo profissional, possui a *expertise* e a ideologia da prestação de um serviço independente e de qualidade à sociedade.

Os Ministros do STF devem ter mais de 35 anos, reputação ilibada, vultoso saber jurídico, são nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, e passam por arguição pública para aprovação do Senado. Em tese, são escolhidos por mérito, mas não resta dúvidas que, além disso, o ingresso no tribunal se dá a partir de estratégias políticas. Segundo Oliveira (2011, p. 24):

A nomeação de um ministro do STF envolve muitas negociações. O presidente da República seleciona um nome, observando a existência de certa compatibilidade de ideias e valores entre o indicado e a linha seguida pelo governo, considerando também a aceitabilidade que essa nomeação terá no Senado, tendo havido até hoje apenas três rejeições, todas no governo de Floriano Peixoto, que nomeou um médico e dois generais. Em 1982, quando Figueiredo nomeou [...] Alfredo Buzaid houve forte oposição no Senado, especialmente do PMDB, mas o indicado foi aprovado.

Em 2003, o ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, em entrevista ao jornal Correio Braziliense, declarou que as nomeações ao STF, feitas pelo então presidente Lula, de Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Ayres Brito, levaram em conta a afinidade dos escolhidos com as propostas do governo que tramitavam no Congresso Nacional, em especial, a reforma do Judiciário. A escolha dos ministros se dá por meio de *lobbie* de diversos setores, que envolvem políticos, juristas e até associações como a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), como o que ocorreu com a escolha do ministro Enrique Ricardo Lewandowski. Nesse sentido, informa Oliveira (2011, p. 24-26):

Esses diversos *lobbies* resultaram, no caso dessa escolha, na confecção de uma lista com 11 nomes encaminhada pelo ministro da Justiça, Thomaz Bastos, ao presidente Lula. Foi aventada a possibilidade da indicação de um nome ligado à cúpula do PT, como Tarso Genro, Luiz Eduardo Greenhalgh e Sigmaring Seixas, mas ante a possibilidade de resistência do Senado esses nomes foram deixados de lado. Mas, segundo declarações do ministro da Justiça, a tendência é a de que os nomes considerados sejam de pessoas comprometidas com as propostas do governo.

Apesar dos ministros do STF serem escolhidos a partir de interesses políticos, a *expertise*, não os limita a um caráter político, mas os engloba a uma condição profissional, em que a socialização, identidade com a instituição e a vitaliciedade são características que lhes permitem desempenhar o papel político de maneira autônoma. A vitaliciedade, sem dúvidas, é fulcral para essa suposta autonomia, pois, mesmo com a mudança de governo, os ministros

permanecem, o que lhes dá relativa segurança em suas escolhas e posicionamentos frente ao judiciário.

Os ministros do STF se distinguem das demais elites políticas em virtude da própria profissionalização das carreiras jurídicas, que traz como insígnia a ideologia da imparcialidade, neutralidade, sendo seus membros menos ligados à ideia de capital econômico e mais atrelados aos capitais simbólico e cultural. Deste modo, é possível argumentar que o STF parece ter a capacidade de parecer desinteressado politicamente, ou pelo menos, menos interessado que os demais agentes políticos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme observado, os agentes sociais não realizam atos gratuitos, existindo em toda ação uma troca, seja financeira, simbólica ou um ganho social, como o reconhecimento do ato pelos pares ou mesmo pela sociedade. Os agentes sociais envolvidos no julgamento da ADPF 186 tanto acreditavam que discutir a questão valia à pena, quanto estavam presos ao jogo, apresentando interesses explícitos e implícitos.

No primeiro caso, objetivando minimizar as desigualdades raciais no país, ao passo que, tacitamente ocorria uma disputa ideológica no campo jurídico sobre quem tinha o poder de interpretar o direito, se uma ala mais conservadora, representada pelo DEM ou uma ala de vanguarda, composta por uma heterogeneidade de ideais, mas pautados em uma proposta de direito emancipatório, capaz de estabelecer um diálogo democrático diante da crise de legitimidade do Estado.

Os ministros do STF, por sua vez, ocupantes da elite da carreira jurídica no país, enquanto grupo profissional, apesar de possuidores de poder político, por meio do controle de constitucionalidade das leis, também possuem a *expertise* e a ideologia da prestação de um serviço independente e de qualidade à sociedade, razão pela qual, parecem capazes de demonstrarem desinteresse político, ou, minimamente, menos interesse que os demais.

A partir da análise da tomada de decisão dos ministros foi possível verificar que uma gama de fatores influencia suas decisões, ainda que, as mesmas devessem ser imparciais e neutras, hipótese pouco provável de ocorrer a qualquer ser humano, por *naturalmente* – ou socialmente? – sermos movidos por *paixões* e *interesses*. Com isso, concluo que não há votos desinteressados.

REFERÊNCIAS

BOURDIEU, P. **Razões Práticas**: sobre a teoria da ação. Tradução: Mariza Corrêa. Campinas, SP: Papirus, 1996.

_____. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186-2/DF, Distrito Federal**. 2012b. Relator: Ministro. Ricardo Lewandowski. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 26 abril 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 20 out. 2015.

CIOCCARI, Deysi. Do PFL ao Democratas: dos grandes personagens políticos ao esvaziamento partidário e a possível fusão em 2015. **I Seminário Internacional de Ciência Política Universidade Federal do Rio Grande do Sul** - Porto Alegre. Set. 2015. Disponível em: <<http://web.archive.org/web/20150925003555/http://www.ufrgs.br/sicp/files/2015/09/DeysiCiocari.pdf>>. Acesso em: 3 mai. 2016.

DEM. Disponível em: <<http://www.dem.org.br/>>. Acesso em: 3 abr. 2016.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípios**. São Paulo: Martins Fontes. 2001.

MERISIO, Paulo. “Melodrama da meia-noite”: aspectos do Teatro de Boulevard (França, séc. XIX) e do circo-teatro (Brasil, séc. XX) que subsidiam o espetáculo. In: **SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA**, 25, 2009, Fortaleza. Anais do XXV Simpósio Nacional de História – História e Ética. Fortaleza: ANPUH, 2009. CD-ROM.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **Justiça, profissionalismo e política: o STF e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil** / Fabiana Luci de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

SANTOS. Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório?. **Revista crítica de ciências sociais**, n. 65, p. 03-76, 2003.

SANTOS, Sales Augusto dos. Ação afirmativa e mérito individual. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Orgs.). **Ação afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.