XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E MOVIMENTOS SOCIAIS I

DANIELA SILVA FONTOURA DE BARCELLOS

FABRÍCIO VEIGA COSTA

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direitos Humanos, Democracia e Movimentos Sociais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI
Coordenadores: Daniela Silva Fontoura de Barcellos; Fabrício Veiga Costa – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-563-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direitos Humanos. 3. Movimentos Sociais. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E MOVIMENTOS SOCIAIS I

Apresentação

As pesquisas apresentadas neste livro fazem parte do Grupo de Trabalho "Direitos Humanos, Democracia e Movimentos Sociais I", ocorrido no âmbito do XI Encontro Internacional do Conpedi Chile, realizado na cidade de Santiago , entre os dias 13 a 15 de outubro de 2022. O encontro internacional é organizado pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e teve como temática central "Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina.".

Os trabalhos frutos desta edição ressaltam a pluralidade dos temas de direitos humanos, tanto em relação ao seu alcance territorial, como em relação a sua interdisciplinaridade e conexão com temas políticos e jurídicos públicos e privados.

No âmbito internacional e transterritorial destacam-se os trabalhos de Régis Willyan da Silva Andrade e de Gustavo Cruz Madrigrano ("Da inderrogabilidade de direitos no direito comparado latino americano: Tribunal Constitucional Internacional"), de Daniela Menengoti Ribeiro e Flavia Kriki de Andrade ("A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a primeira decisão referente a um transfeminicídio: a pessoa transexual e os direitos da personalidade"), de Natália Cerezer Weber e de Lavinia Rico Wichinheski ("Superação das soberanias para a integração das fronteiras: novos desafios para o constitucionalismo latino-americano") e de Juliana Buck Gianini, Vivian Valverde Corominas e Carlos Topfer Schneider. ("O fortalecimento da democracia ambiental brasileira pelo Acordo de Escazú")

Na esfera política, os desenhos institucionais foram abordados por Larissa Beschizza Cione , Eliana Franco Neme e Raul Miguel Freitas de Oliveira em "Regimes políticos e o semipresidencialismo como sistema proposto no Brasil ". Lucimary Leiria Fraga, Juliana Porciuncula e Dafhini Carneiro da Silva trouxeram "Reflexões sobre cultura, identidades e cidadania participativa: um olhar democrático". Já Fabrício Veiga Costa, Rayssa Rodrigues Meneghetti e Naony Sousa Costa Martins apresentaram "Os direitos fundamentais à privacidade e à igualdade impactados pelas novas tecnologias e pela consequente relativização do tempo e do espaço".

No aspecto jurídico, a dimensão de acesso à justiça fica em evidência mediante o trabalho de Fabrício Veiga Costa, Rayssa Rodrigues Meneghetti e Naony Sousa Costa Martins que

escreveram “Recurso Especial como modalidade de processo coletivo: uma análise a partir do requisito da relevância das questões de direito federal infraconstitucional”. Daniela Silva Fontoura de Barcellos, Rosane Teresinha Porto e Tânia Regina Silva Reckziegel. destacaram “A atuação do Conselho Nacional de Justiça na implementação dos direitos das mulheres previstos na Agenda 2030”.

Cristiano Becker Isaia e Júlio Monti de Assis Brasil Rocha abordaram as consequencias socias da “Implementação do sistema de cotas raciais para ingresso na universidade pública: compreensão a respeito das transformações ocorridas nos últimos 10 anos”.

No que tange aos impactos da pandemia de Covid-19 nos direitos humanos temos a abordagem: de Giovana Carla Atarasi Jurca, Sebastião Sérgio da Silveira e Victória Vitti de Laurentiz em “A pandemia de Covid-19 e a insegurança alimentar no Brasil”, bem como a análise de Silvagner Andrade de Azevedo e de Elda Coelho de Azevedo Bussinguer intitulada “A exigência de passaporte de vacinação contra a covid-19 na perspectiva dos direitos humanos: uma análise da legitimidade da ação do estado a partir da teoria epistemológica de Thomas Kuhn”.

As apresentações dos trabalhos e os respectivos debates demonstraram a qualidade da produção trazida pelos pesquisadores e pesquisadoras, demonstrando a atualidade e a autoridade com que trataram sobre os temas propostos pelo GT “Direitos Humanos, Democracia e Movimentos Sociais I”, o que deixou em nós, coordenador e coordenadora, uma grande satisfação de ter tido a oportunidade de assisti-los.

No mais, nosso encontro durante o evento confirmou a capacidade da pesquisa acadêmica em direito no Brasil de se internacionalizar, tanto pelas temáticas em diálogo com as questões suscitadas em outras nações, como também pela sua qualidade, tal como atestam as contribuições do nosso GT “Direitos Humanos, Democracia e Movimentos Sociais I”.

Coordenadores

Daniela Silva Fontoura de Barcellos- Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

Fabrício Veiga Costa – Universidade de Itaúna (UIT)

IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA DE COTAS RACIAIS PARA INGRESSO NA UNIVERSIDADE PÚBLICA: COMPREENSÃO A RESPEITO DAS TRANSFORMAÇÕES OCORRIDAS NOS ÚLTIMOS 10 ANOS

IMPLEMENTATION OF THE RACIAL QUOTA SYSTEM FOR ADMISSION TO THE PUBLIC UNIVERSITY: UNDERSTANDING ABOUT THE TRANSFORMATIONS HAVE OCCURRED IN THE LAST 10 YEARS

Cristiano Becker Isaia [1]
Júlio Monti de Assis Brasil Rocha [2]

Resumo

O presente artigo busca investigar as raízes históricas da escravidão no nosso país, que acabou por gerar um sistema (social e econômico) de absoluta desigualdade, mesmo após a abolição da escravatura em 1888, em razão da ausência de programas e políticas de inclusão para os ex-escravizados, o que acaba por reverberar até os dias atuais. Para tanto, tratou-se a respeito da deficiência brasileira em concretizar as promessas constitucionais, em especial referente a educação, necessitando de uma atuação substancialista do Poder Judiciário, visando concretizar algumas destas promessas não atendidas, como o acesso ao ensino superior. Por isso, em um segundo momento, o artigo abordou a respeito da decisão do Supremo Tribunal Federal, referente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, caso paradigma que tratou sobre as cotas raciais no Brasil, bem como a Lei nº 12.711 de 2012, traçando um comparativo empírico sobre as transformações sociais e a evolução da temática nos últimos 10 anos. Conclui-se, ao final, pela necessidade de se manter o sistema de cotas para integral inclusão destas pessoas no sistema educacional, que até então eram abandonadas pelo Estado brasileiro. Para tanto, utilizou-se como método de abordagem o hipotético-dedutivo e, como método de procedimento, o bibliográfico, utilizando-se da técnica os fichamentos, resumos, livros e artigos.

Palavras-chave: Desigualdade social, Teoria substancialista, Sistema de cotas, Adpf 186, Lei nº 12.711/12

Abstract/Resumen/Résumé

This article seeks to investigate the historical roots of slavery in our country, which ended up generating a system (social and economic) of absolute inequality, even after the abolition of slavery in 1888, due to the absence of programs and inclusion policies for the ex-enslaved, which ends up reverberating to the present day. To this end, it was about the Brazilian deficiency in fulfilling the constitutional promises, especially regarding education, requiring a substantialist action of the Judiciary, aiming to materialize some of these unmet promises. Therefore, in a second moment, the article dealt with the decision of the Federal Supreme

[1] Doutor e pós-Doutor em Direito Público

[2] Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria

Court, referring to the Argument of Noncompliance with Fundamental Precept 186, a paradigm case that dealt with racial quotas in Brazil, as well as Law nº 12,711 of 2012, tracing an empirical comparison on the social transformations and the evolution of the theme in the last 10 years. It´s concluded, in the end, by the need to maintain the quota system for the full inclusion of these people in the educational system, which until then were abandoned by the Brazilian State. For this purpose, the hypothetical-deductive method was used as a method of approach, and the bibliographic method as a procedure, using the technique of records, abstracts, books and articles.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social inequality, Substantial theory, Quota system, Adpf 186, Law no. 12,711/12

INTRODUÇÃO

As sociedades humanas passam por profundas modificações econômicas, culturais, históricas e sociais, conforme cada estágio de sua evolução, demarcando, em determinadas épocas e sob certas culturas, características específicas e únicas. Isso, em grande medida, é fruto da evolução civilizatória e humana, baseada em acúmulos históricos de reflexões, construções dialéticas e, muitas vezes, sofrimentos e angústias. Inegável, portanto, a constante transformação da sociedade no decorrer do tempo.

Ainda nesse contexto, após contribuições filosóficas decisivas e fundamentais de Martin Heidegger, temos a compreensão de que, além do mundo como conjunto racional de fatos científicos, há também o mundo como lugar onde vivemos com os outros e cercados pelas coisas, um mundo qualitativo de odores, cores, sons, figuras, fisionomias, obstáculos, um mundo afetivo de pessoas, lugares, lembranças, esperanças, conflitos e lutas. Nessa concepção, a nova ontologia parte da afirmação de que estamos no mundo e de que o mundo é mais velho do que nós (isto é, não esperou o sujeito do conhecimento para existir), mas, simultaneamente, de que somos capazes de dar sentido ao mundo, conhecê-lo e transformá-lo (CHAUI, 2012, p. 358).

Assim, temos que o ser humano é um ser histórico, cultural e temporal, capaz de alterar a realidade na qual está inserido, dentro dos limites de suas pré-compreensões de mundo. Nas palavras de Lenio Streck (2021, p. 21), “somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo)”. Na realidade brasileira, temos que o Brasil passou por diversos processos e modificações culturais, históricas, sociais e econômicas durante os séculos que se sucederam desde o descobrimento, em 22 de abril de 1500, por Portugal, possuindo uma história muito particular.

Essa história é recheada de contradições, marcada por profundas desigualdades sociais, muitas delas decorrentes dos amplos processos de escravização que demarcaram os contornos sociais e econômicos do nosso país, levando, mesmo após 134 da abolição da escravatura, a estruturar uma sociedade de modernidade tardia, sem atendimento dos mais básicos direitos elencados constitucionalmente, entre eles especialmente o da educação emancipadora. Necessário se faz, portanto, compreender, com dados empíricos, quais foram as mudanças ocasionadas pela decisão do Supremo Tribunal Federal, de 2012, que entendeu ser constitucional o acesso às universidades através do sistema de cotas e se de fato tal decisão – com caráter substancialista - alterou a realidade, após um período de 10 anos.

Para tanto, o presente artigo, metodologicamente, é de cunho sociojurídico, com abordagem hipotética-descritiva. Investigou-se o julgado da Suprema Corte brasileira que considerou constitucional o programa de reserva de vagas para negros da UnB e a lei federal nº 12.711/12, realizando comparativos relativos aos últimos 10 anos, os quais consideraram relatórios/levantamentos recentes, tanto qualitativos quanto quantitativos, bem como se utilizou de teses, dissertações, artigos de periódicos e livros/capítulos de livros específicos sobre a temática.

1. BRASIL, UM PAÍS DESIGUAL: FUNDAMENTOS PARA APLICAÇÃO DE UMA TEORIA SUBSTANCIALISTA NO BRASIL

Em 1808, pouco mais de 200 anos atrás - período da chegada da Família Real ao Brasil - as terras brasileiras eram um amontoado de regiões mais ou menos autônomas, tendo cada capitania seu governante, sua pequena milícia e seu pequeno tesouro, sem comércio ou qualquer forma de relacionamento entre as capitanias. Era um imenso território, escassamente povoado, com pouco mais de 3 milhões de habitantes, sendo em torno de 1 milhão de escravos e 800 mil indígenas. Era uma população predominantemente analfabeta, com apenas 2,5% dos homens livres alfabetizados, e extremamente pobre, carente de absolutamente tudo (GOMES, 2007, p. 106 a 109).

Ainda, a colônia era escassa – isso quando possuía - em estradas, universidades, escolas, tribunais, fábricas, bancos, moeda, imprensa, biblioteca, hospitais, comunicações eficientes. Tudo isso, repita-se, apenas a pouco mais de 200 anos atrás (GOMES, 2007, p. 187). Dentre diversas características do Brasil, das quais muitas persistem até os dias atuais, temos que o histórico brasileiro é marcado por escravidão e racismo, mandonismo, patrimonialismo, corrupção, desigualdade social, violência, problemas de raça e gênero e intolerância.

Dentre estas, temos a marca histórica, estruturante e fundamental do Brasil que diz respeito a escravidão, a qual durou mais de 300 anos e foi a base do sistema econômico, moldando condutas e definindo desigualdades sociais, possuindo raízes e marcas profundas até os dias atuais. Durante os anos de colonização, vieram para cá quase metade dos africanos e africanas escravizados, sendo obrigados a deixar suas terras de origem, tudo na base da força e da violência. Em um total de 12,52 milhões de pessoas embarcadas e retiradas compulsoriamente do continente africano, 5,85 milhões de africanos vieram para o Brasil,

possuindo jornadas de trabalho de até dezoito horas por dia, com pouca comida, água escassa e nenhuma posse (SCHWARCZ, 2019, p. 11 a 29).

Entre outros fatores, a abolição da escravidão apenas em 1888 demonstra o porquê percebe-se até os dias atuais as cicatrizes deixadas por um sistema escravocrata e racista, que apesar de não existir mais discriminação expressa na lei, ainda reflete na sociedade seus estigmas. Isso diz muito sobre as populações negras ainda serem as mais culpabilizadas pela Justiça, os que morrem mais cedo e que tem menos acesso à educação superior pública ou a cargos mais qualificados no mercado de trabalho, demonstrando a herança da escravidão que condiciona a nossa cultura e nossa forma de compreender o mundo (SCHWARCZ, 2018, p. 15).

Assim, temos que embora a escravidão tenha acabado em 1888, o Brasil jamais se empenhou, de forma sistemática, em resolver o problema socialmente, sendo que liberdade jamais significou, para os ex-escravizados e seus descendentes, uma melhora de vida, mobilidade social, acesso a terras, bons empregos, moradias descentes, assistência de saúde e educação de qualidade (GOMES, 2019, p. 31).

A título de exemplo, que demonstra uma profunda desigualdade social no país, no Brasil os negros e pardos representam 54% da população brasileira, mas a sua participação entre os 10% mais pobres é de 78%. Na área econômica, nas 500 maiores empresas, apenas 4,7% dos postos de direção e 6,3% dos cargos de gerência são ocupados por negros. Na política, entre 1.626 deputados distritais, estaduais, federais e senadores brasileiros eleitos em 2018, apenas 4% do total são negros. Na educação, enquanto 22,2% da população branca têm 12 anos de estudo ou mais, a taxa é de 9,4% para a população negra. Esses é o alto preço que paga-se ainda hoje pelo abandono da população negra à própria sorte na época da Lei Áurea (GOMES, 2019, p. 31).

Todo esse contexto histórico e cultural faz do Brasil um país com peculiaridades únicas, sendo que jamais houve por aqui um Estado Social – interventor-desenvolvimentista-regulador – para os mais pobres e excluídos, sendo uma benesse garantida apenas para as elites, que sempre se apropriaram e aproveitaram do Estado. Essas características denotam um país com imensa carência social, demonstrando a necessidade, por aqui, de um Estado presente e forte para corrigir as desigualdades materiais existentes. Nessa toada, bem destaca Lenio Streck que:

> Existe, ainda, um imenso défice social em nosso país, e, por isso, temos que defender as instituições da modernidade. Por isso, o Estado não pode pretender ser fraco, lembra Boaventura Sousa Santos: "Precisamos de um Estado cada vez mais forte para garantir os direitos num contexto hostil de globalização neoliberal [...] Como resultado, temos que, em terrae brasilis, as promessas da modernidade só são aproveitadas por um certo tipo de brasileiros (2021, p. 28).

Por esses motivos, Lenio Streck (2021, p. 36) destaca as complexidades inerentes ao Brasil, por ser ao mesmo tempo um país com um território imenso e precioso, com flora, fauna e clima esplêndidos, uma consolidação linguística quase miraculosa, uma cultura popular e emocionante, com miscigenação tolerante e com uma democracia empírica convivial e, por outro lado, com dívida social crescente, fome, ensino miserável, trabalho no campo preferentemente para exportação, entre outros.

Diante dessa realidade, o grande debate que surge no Brasil, em especial na temática constitucional, é sobre o papel que as Constituições devem exercer e sobre o os limites da jurisdição constitucional. Aqui, há uma clássica distinção e embate entre teorias substancialistas e teorias procedimentalistas. Basicamente, as teorias procedimentalistas sustentam que a Constituição seja um simples instrumento de governo, definidor de competências e regulador de procedimentos, entendida, nas palavras de Gilberto Bercovici, como:

> Apenas como uma norma jurídica superior, abstraindo-se dos problemas de legitimação e domínio da sociedade. A Constituição como instrumento formal de garantia não possui qualquer conteúdo social ou econômico, sob a justificativa de perda de juridicidade do texto. As leis constitucionais só servem, então, para garantir o status quo. A Constituição estabelece competências, preocupando-se com o procedimento, não com o conteúdo das decisões, com o objetivo de criar uma ordem estável (1999).

Conforme se verifica dessa passagem, esse entendimento leva em conta que a Constituição seria um instrumento formal de garantia, sem, contudo, qualquer possibilidade de intervenção substantiva, passível de alterar a realidade social, sob pena de perda da sua juridicidade. De outra banda, as teorias substancialistas entendem a Constituição como alteradora da realidade, com uma maior atuação da justiça constitucional para realização dos direitos substantivos previstos na Constituição. Essa teoria tem maior adesão em países com maior grau de inefetividade da Constituição no plano prático e social.

Essa teoria vê o Judiciário com maior aptidão para assumir o papel de intérprete que põe em evidência a vontade geral- tanto implícita, quanto explícita – do direito positivo,

especialmente dos textos constitucionais (MOTTA, 2021, p. 64). Isso porque, a implementação dos direitos fundamentais-sociais (ou substantivos previstos no texto democrático da Constituição) afigura-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição. Assim, a teoria substancialista, nas palavras de Lenio Streck (2017, p. 119), "reforçam a Constituição como norma (força normativa), ao evidenciarem o seu conteúdo compromissório a partir da concepção dos direitos fundamentais-sociais a serem concretizados".

Essa concretização do conteúdo compromissório da Constituição, na inércia injustificável dos outros poderes, leva a cabo legitimidade ao Poder Judiciário para implementar essa missão. Nessa linha, muito bem destaca Lenio Streck, em seu *Verdade e Consenso*, ao mencionar que o modelo substancialista – adequado para países como o Brasil, com modernidade tardia e carente de uma esfera pública suficientemente desenvolvida – trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, possuindo as normas um caráter diretivo:

> É o constitucionalismo-dirigente que ingressa nos ordenamentos jurídicos dos países após a Segunda Guerra. Consequentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que diz respeito à jurisdição constitucional (2017, p. 125).

Tal afirmação pode ser corroborada em uma análise da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu um Estado Democrático de Direito fundado no princípio da dignidade humana, garantindo a promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de distinção e discriminação. Para isso, há o reforço, em seu art. 5º, de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (BRASIL, 1988).

Para não ser apenas uma declaração vazia e retórica, há também um extenso rol de direitos sociais previstos na Constituição Federal, bem como a afirmação de que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a busca da erradicação da pobreza e da marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais, concretizando não apenas a igualdade formal, mas também material, a ser exercida, por consequência, pelo Poder Judiciário sempre que houver descumprimento de tais direitos.

Assim, a plena realização do ideal constitucional, dessa forma, exige a rigor que todo o Direito seja interpretado e aplicado à luz da Constituição, dando concretude as promessas constitucionais nos casos concretos, deixando de ser a Constituição apenas um pedaço de papel sem força normativa e vinculativa. Essas razões levam a necessidade de se sustentar, no Brasil

– que possui direitos fundamentais-sociais não implementados na prática -, uma teoria substancialista, demonstrando a insuficiência de sustentar apenas teorias processuais-procedimentais, que destinaria ao Poder Judiciário apenas a função de zelar e respeitar os procedimentos democráticos para formação da opinião e da vontade política.

2. 10 ANOS DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 186 (CASO COTAS RACIAIS) E DA LEI Nº 12.711/12: UMA COMPREENSÃO DAS TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS

No ano de 2012, o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Federal (ADPF) nº 186, que foi ajuizada pelo Partido Democratas (DEM), contra atos administrativos do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão de Brasília (CEPE/UnB). Com a relatoria do Ministro Ricardo Lewandoski, a ADPF visava a declaração de inconstitucionalidade de atos administrativos que instituíram sistema de reserva de vagas com base no critério étnico-racial (20% de cotas étnico-raciais) no processo de seleção para ingresso no ensino superior da Universidade de Brasília.

Os advogados do Partido Democratas alegavam, basicamente, ofensa aos arts. 1º, caput, III (dignidade da pessoa humana), 3º, IV (promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação), 4º, VIII (repúdio ao racismo). Ainda, ofensa ao 5º, I (todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza), II (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei), XXXIII (todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular), XLI (a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais), LIV (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal).

Sustentaram, também, ofensa ao art. 37 (princípios da Administração Pública), 205 (educação, direito de todos e dever do Estado e da família), 206 (princípios do ensino, em especial igualdade de condições para o acesso e permanência na escola), 207 (universidades obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão), 208, V (o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um), dos da Constituição Federal.

A alegação seria, como consequência, de que a desigualdade existente no Brasil seria uma questão puramente social e não racial e de que haveria uma manipulação dos dados estatísticos. Entre outras questões, argumentaram que se institucionalizou na UnB um verdadeiro tribunal racial para definir quem é negro e quem não é, questionando os critérios utilizados para esse fim, bem como defenderam que não poderia se responsabilizar as gerações presentes por erros cometidos no passado.

Em contrapartida, os Arguidos (Reitor da UnB, Diretor da CESPE e o Presidente do CEPE) afirmaram que o combate à discriminação (vertente repressivo-punitiva), por si só, seria medida insuficiente à implementação da igualdade, sendo fundamental promover a vertente promocional, com políticas que promovam a igualdade. Prova disso é que o racismo ser criminalizado no Brasil não é/foi suficiente para acabar com a discriminação racial no país. Nesse contexto, afirmaram que a discriminação é resultante da cor e da aparência do indivíduo e não de sua identidade genética.

Destacaram, ainda, que o sistema de reserva de cotas raciais é importante para a democratização do ensino superior, e que essa reserva somente deve ser abandonada quando forem extintas todas as restrições ao acesso de certas categorias sociais à universidade. Quanto aos dados, destacaram, na época, que os negros correspondiam a apenas 2% do contingente de universitários no País, apesar de representarem 45% da população brasileira.

Houve parecer da Procuradoria Geral da República, pela improcedência da ADPF. Também, durante o processo, houve ampla participação social e acadêmica, com audiência pública e participação de *amicus curiae* (Defensoria Pública da União, Instituto de Advocacia Racial e Ambiental, Sociedade Afro-brasileira de Desenvolvimento Sócio Cultural, Instituto Casa da Cultura Afro-brasileira, Instituto de Defensores dos Direitos Humanos, Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro, Fundação Nacional do Índio, Fundação Cultural Palmares, Movimento Negro Unificado, Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes, CONECTAS Direitos Humanos e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil).

Diante disso tudo, de forma ampla, o Ministro Ricardo Lewandowski, em seu extenso e detalhado voto, elogiado por seus colegas da Corte, destacou diversos aspectos sobre o assunto, tratando o tema por meio das mais diferentes lentes, sejam elas jurídicas, como também históricas, sociológicas, econômicas e estatísticas. Quanto ao ponto de vista jurídico, Lewandowski (BRASIL, 2012) tratou inicialmente da distinção entre igualdade formal e igualdade material, destacando que a Constituição Federal de 1988 não se ateve simplesmente

a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar máximo concreção a esse importante postulado, assegurando a igualdade no âmbito material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, levando em consideração a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais.

Para tanto, lembrou Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 56), que destaca que "temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza". Ainda nesse contexto, citou Dalmo de Abreu Dallari (2005, p. 309), ao afirmar que "o que não se admite é a desigualdade no ponto de partida, que assegura tudo a alguns, desde a melhor condição econômica até o melhor preparo intelectual, negando tudo a outros".

Seguindo nessa linha, o próximo capítulo da decisão refere-se justamente ao tratamento da questão da justiça distributiva, que seria, basicamente, uma técnica de distribuição de justiça, objetivando "promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados, especialmente daqueles que, historicamente, foram compelidos a viver na periferia da sociedade" (BRASIL, 2012, p 8). Nessa senda, a justiça distributiva serviria para superar desigualdades, com a "intervenção estatal determinada e consistente para corrigi-las, realocando-se os bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício da coletividade como um todo" (BRASIL, 2012, p. 7).

Com isso – e já adentrando no próximo tópico da decisão – se faz necessário políticas de ação afirmativa, que visariam a proteção de certos grupos, para garantir-lhes o pleno exercícios dos direitos. Todavia, como bem ressaltado pelo Ministro Ricardo Lewandoski, essas medidas devem ter caráter de transitoriedade, sendo revistas depois de alcançados os objetivos em razão dos quais foram tomadas.

Mencionando voto proferido pelo Ministro Nelson Jobim, destacou que "a discriminação positiva introduz tratamento desigual para produzir, no futuro e em concreto, a igualdade. É constitucionalmente legítima, porque se constitui em instrumento para obter a igualdade real" (BRASIL, 2012, p. 12).

Já no campo dos critérios para ingresso no ensino superior, há que se levar em consideração que – nas palavras de Ronald Dworkin – "qualquer critério adotado colocará alguns candidatos em desvantagem diante dos outros". Assim, sempre o ingresso no ensino superior, independente do critério selecionado, irá privilegiar alguns em detrimento de outros (BRASIL, 2012, p. 15). Por isso, e se levando em consideração toda desigualdade existente, a

adoção do critério étnico-racial se faz justificável, não por critérios sob a viés científico, mas pelo prisma social, que persiste e mantém o racismo estrutural na sociedade.

Nesse sentido, o Ministro Ricardo Lewandoski fez questão de afastar o conceito biológico de raça para enfrentar a discriminação no plano social, que na verdade se trata de um conceito histórico-cultural, artificialmente construído. Tudo isso leva, no Brasil, aos negros e pardos exercerem cargos e funções de baixo relevo na sociedade, tanto na esfera pública, quanto privada, sendo consequência de sucessivas discriminações históricas passadas de geração a geração.

Corroborando esse entendimento, há menção no voto a pesquisas realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2010, que demonstram que a população que se declara preta ou parda seria de 6,9% e 44,2%, respectivamente, em 2009, correspondendo a 51,1% da população brasileira. Todavia, de outro lado, a proporção de estudantes negros e pardos, de 18 a 24 anos de idade, que cursavam o ensino superior em 2009 era de um terço apenas (BRASIL, 2012, p. 23).

Isso leva a discussão a outro ponto crucial, que demonstra a necessidade de inserção das pessoas negras e pardas na faculdade, qual seja, o de criação de lideranças dentro dos grupos de discriminação que, ao cursarem o ensino superior e, posteriormente, ocuparem cargos de relevância, levariam a incentivar a identificação, com a criação de paradigmas de integração e ascensão social.

A título de exemplo, o Ministro Lewandoski destaca que “uma criança negra que vê um negro ocupar um lugar de evidência na sociedade projeta-se naquela liderança e larga o âmbito de possibilidades de seus planos de vida” (BRASIL, 2012, p. 29). Essa afirmação leva a conclusão que as universidades possuem, além da função educativa, também um papel social integrador, sendo um “espaço ideal para desmistificação dos preconceitos sociais com relação ao outro e, por conseguinte, para a construção de uma consciência coletiva plural e culturalmente heterogênea” (BRASIL, 2012, p. 32).

O voto consolida, ao final, os instrumentos utilizados para a sua efetivação, através da análise dos distintos métodos de identificação dos candidatos, quais sejam, a autoidentificação e a heteroidentificação (realizadas por terceiros), que no entendimento do voto deveriam ser ambos os sistemas combinados, haja vista que somente o critério de heteroidentificação poderia levar identificações externas voltadas à discriminação negativa e acabar fortalecendo o reconhecimento da diferença.

Finda o voto entendendo pela constitucionalidade das políticas de ação afirmativa – e consequentemente da utilização destas na seleção para ingresso no ensino superior -, do uso do critério étnico-racial por essas políticas e da modalidade de reserva de vagas ou do estabelecimento de cotas, levando a improcedência da ADPF proposta pelo partido Democratas. Apenas destaca, ao final – modulando a decisão –, que essa política deveria ser transitória, conforme previsto pela própria UnB, com reavaliação após o transcurso do período de 10 anos, pois caso contrário poderia converter-se em benesses permanentes, em prol de determinado grupo social, mesmo cessada as causas que geraram a exclusão social. O Supremo Tribunal Federal seguiu o entendimento do Relator de forma unânime.

Posterior a conclusão do julgamento, em 29 de agosto de 2012 entrou em vigor a Lei nº 12.711/12, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio, tratando, basicamente, sobre a necessidade de reserva de vagas (cotas) para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio ou fundamental em escolas públicas – a depender do caso - e para autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, no mínimo iguais "à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição" (BRASIL, 2012).

Assim, ficou definido que 50% das vagas deveriam ser destinadas a quem fez todo o ensino médio ou fundamental, a depender do caso, em escolas públicas e determinou, por decreto, a subdivisão dos grupos, incluindo os critérios de raça e renda, conforme a proporção respectiva da população em cada unidade da Federação. Isso demonstra ser equivocada a ideia de que a lei excluiu brancos pobres de sua incidência, haja vista que a lei primeiro realizada um recorte socioeconômico (ter estudado em escola pública), para posteriormente tratar sobre a inclusão através do critério racial.

Ademais, cumpre destacar que a Lei nº 12.711/12, na mesma linha da decisão do Supremo Tribunal Federal, também decidiu pela temporalidade de 10 anos para aplicação da referida lei. Dessa forma, passados 10 anos da decisão do Supremo Tribunal Federal, bem como da Lei nº 12.711/12, importante revisitar a discussão, em especial para compreender empiricamente quais consequências sociais decorreram da implementação das políticas afirmativas de cotas sociais e raciais.

Nesse contexto, inicialmente tratando sobre os dados comparativos da atualidade com anos anteriores, pode-se concluir, através de levantamentos realizados recentemente, que houve

uma enorme transformação na composição social e étnico-racial dos alunos ingressantes na universidade. Em 2010, apenas 6% dos ingressantes eram considerados negros ou indígenas, sendo que, em contrapartida, esse número aumentou para 25,2% em 2019 (BIAZZI; GALVÃO; SEIDL; MORENO, 2020).

Demonstrado está, assim, um crescimento considerável de negros e indígenas nas universidades, o que implicará, consequentemente, em uma melhora nos aspectos sociais e econômicos desse grupo que até então sequer possuía oportunidade de estudar em uma universidade pública, em grande medida pela deficiência do ensino fundamental e médio públicos, inviabilizando a concorrência, em igualdade de oportunidades, com estudantes de escolas particulares.

Ademais, considerando o período entre 2013 e 2019, conforme notícia recentemente divulgada (OS AVANÇOS..., 2022), houve um aumento de 205% no ingresso do tipo de estudante tido como mais vulnerável, qual seja, aquele que, além de ser egresso de escola pública, é negro ou indígena e pertencente a família de baixa renda. Quanto as taxas de evasão, essas têm pouca diferença: 10% dos não cotistas abandonaram os estudos superiores nos anos iniciais, enquanto o índice de desistência dos cotistas é de 9%.

Ainda, conforme extensa pesquisa realizada em 2018 pela Andifes (Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior), há uma clara indicação de que houve uma mudança considerável, mas ainda insuficiente, na composição de cor e raça dos estudantes, sendo que em 2010 – antes, portanto, da decisão da Suprema Corte e da Lei 12.711/12 – a proporção de pessoas negras era de 8,7% e brancos 53,9%, contra 12% em 2018 para pessoas negras e 43,3% de pessoas brancas. Quanto a pessoas pardas, o número aumento de 32,1% em 2010 para 39,2% em 2018 (V PESQUISA…, 2019, p. 21).

Diante desse estudo percebe-se que, nos últimos anos, houve uma significativa mudança nos quadros universitários quanto a inclusão de pretos e pardos, demonstrando, todavia, a existência ainda de um abismo social marcante, mesmo com a implementação de medidas para redução de disparidades. Ademais, as preocupações existentes sobre as cotas, quais sejam, de que haveria tensão no ambiente social das universidades, de que o nível acadêmico iria despencar – por receber pessoas sem a devida instrução – e de que aumentaria a evasão dos alunos, nenhum se concretizou de fato (KARRUZ, 2018, p. 406), demonstrando que os temores existentes até então eram mais fruto do preconceito do que embasados na realidade.

Quanto a presença de negros e pardos no corpo docente das universidades, a disparidade é ainda mais latente, haja vista que em 2019 na USP, por exemplo, apenas 1,8% dos mais de 5 mil professores são pardos, sendo que o número diminui ainda mais para negros, sendo estes apenas 0,3% (PINHO, 2019).

Apesar da população autodeclarada negra e parda em 2019 somar 56,2% do total da população, conforme pesquisa do IBGE (2019), os números das universidades apenas demonstram que ainda persiste um fosso de desigualdade social e racial na educação. Mesmo com diversas vozes dissonantes a respeito, há uma inegável necessidade de se manter e renovar as políticas de cotas implementadas 10 anos atrás, não havendo espaço para retrocessos constitucionais a respeito do tema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo investigaram-se raízes pelas quais é possível afirmar que o Brasil está arraigado ao pensamento escravocrata, gerando historicamente desigualdades sociais e econômicas para negros e indígenas, que ficaram a margem da sociedade mesmo após a abolição da escravidão, em razão de não ter sido implementada qualquer medida ou política de inclusão dessas pessoas. Por essa razão, os índices de desigualdade no país ainda são alarmantes, fruto de um processo histórico de exclusão, que levou ao afastamento de oportunidades de estudo, trabalho e progresso social de certas classes sociais, muitas vezes em decorrência exclusivamente da cor da pele, refletindo na sociedade brasileira marcante racismo estrutural.

Mostrou-se necessário, a partir de dados empíricos, verificar quais foram as mudanças ocasionadas pela decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro, de 2012, que entendeu ser constitucional o acesso às universidades através do sistema de cotas e se de fato tal decisão – com caráter substancialista - alterou a realidade, após um período de 10 anos.

A corrente substancialista, nesse passo, o que fundamenta a referida decisão, estrutura-se numa atuação mais efetiva da justiça constitucional, demandando mecanismos aptos à realização dos direitos substantivos previstos no texto constitucional. Sustenta-se no mundo prático, rompendo com a ideia de que os Tribunais devem ficar unicamente adstritos à verificação de procedimentos ao alcance da democracia.

Mesmo assim, e ainda nessa linha, o Brasil se mostra como um país de modernidade tardia, com carência de efetivação e concretização, no plano da vida prática, das promessas modernizantes da Constituição Federal. Na verdade, o que se percebe é um abismo entre os direitos consagrados na Carta Magna com a realidade social, onde poucos tem acesso à educação, moradia digna, alimentação e progresso social, enquanto outros ficam absolutamente à mercê da própria sorte.

Para tanto, no âmbito educacional, o Supremo Tribunal Federal, em uma postura nitidamente substancialista e concretizadora das promessas constitucionais de acesso à educação, decidiu pela constitucionalidade, no ano de 2012, do sistema de cotas raciais para ingresso nas universidades públicas, permitindo uma oportunidade de ascensão social a pessoas historicamente abandonadas pelo próprio Estado. A decisão consiste em um exemplo privilegiado de convivência entre democracia e constituição, verdadeira condição de possibilidade do exercício do regime democrático, legitimando o poder judiciário ao cumprimento das promessas constitucionais desatendidas sistemicamente, no caso com objetivo fulcral na inclusão social.

Neste caso, portanto, a Suprema Corte assumiu o papel de intérprete da constituição e, sem cair no ativismo judicial, transcendeu as funções de *check and balances* mediante uma atuação que levou em conta que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias parlamentares.

Conforme demonstrado no presente artigo as ações afirmativas, em especial através das cotas – sejam sociais ou raciais – exerceram um papel fundamental para o processo de reparação histórica, econômica e social no Brasil, demonstrando-se, todavia, que o período de 10 anos é insuficiente para uma integral correção das desigualdades, reforçando-se a necessidade da continuação das políticas de inclusão educacional no país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERCOVICI, Gilberto. **A problemática da constituição dirigente: algumas considerações do caso brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 36, n. 142, abr./jun., 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/474/r14206.PDF?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em 09 agosto de 2022.

BIAZZI, Renato; GALVÃO, Gustavo; SEIDL, Daniel; MORENO, Ana Carolina. Com cotas, USP quadruplica número de estudantes negros e indígenas em 10 anos. G1, São Paulo, 24 jan.

2020. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/educacao/noticia/2020/01/24/com-cotas-usp-quadruplica-numero-de-estudantes-negros-e-indigenas-em-10-anos.ghtml. Acesso em: 29 ago. 2022.

BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186**. 2012. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693. Acesso em: 30 de ago. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 09 de agosto de 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm. Acesso em: 30 de ago. de 2022.

CHAUI, Marilena. **Um convite a filosofia**. 14ª ed. São Paulo: Editora Ática S.A., 2012.

COR OU RAÇA. Disponível em: https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18319-cor-ou-raca.html. Acesso em: 29 de ago. 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Laurentino. **Escravidão** – volume 1. 1ª ed. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019

GOMES, Laurentino. **1808: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007.

Os avanços e desafios após 10 anos da Lei de Cotas. 2022. Disponível em: https://gauchazh.clicrbs.com.br/educacao-e-emprego/noticia/2022/08/os-avancos-e-desafios-apos-10-anos-da-lei-de-cotas-cl7f5u1ml009k015ht4xn3h59.html. Acesso em: 30 de ago. de 2022.

KARRUZ, Ana. **Oferta, demanda e nota de corte: experimento natural sobre efeitos da Lei das Cotas no acesso à Universidade Federal de Minas Gerais**. Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 61, n. 2, p. 405-462, 2018. DOI: http://dx.doi.org/10.1590/001152582018157. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/dados/v61n2/0011-5258-dados-61-2-0405.pdf. Acesso em: 30 ago. 2022.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

PINHO, Angela. Na USP, apenas 2,1% dos mais de 5.000 educadores são pretos ou pardos. Folha de S.Paulo, São Paulo, 28 dez. 2019. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2019/12/na-usp-apenas-21-dos-mais-de-5000-educadores-sao-pretos-ou-pardo.shtml. Acesso em: 29 ago. 2022

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileiro, 2003.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa M. **Brasil: uma biografia**. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018

STRECK, Lenio**. Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021.

STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

V PESQUISA Nacional de Perfil Socioeconômico e Cultural dos(as) Graduandos(as) das IFES – 2018. Brasília, DF: Andifes: Observatório Fonaprace: UFU, 2019. Disponível em: https://www.andifes.org.br/wp-content/uploads/2019/05/V-Pesquisa-Nacional-de-Perfil-Socioeconomico-e-Cultural-dos-as-Graduandos-as-das-IFES-2018.pdf. Acesso em: 29 ago. 2022