

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU

VALTER MOURA DO CARMO

JULIA MAURMANN XIMENES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

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

D597

Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Valter Moura do Carmo; Julia Maurmann Ximenes; Sébastien Kiwonghi Bizawu – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-047-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

O ano de 2020 tem sido um marco na utilização de tecnologias da comunicação e informação. Neste sentido, o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI adaptou o formato de seu evento presencial no meio do ano para o primeiro Evento Virtual do CONPEDI. Os painéis e grupos de trabalhos foram transmitidos pela plataforma virtual, com participação de alunos e professores do Brasil e do exterior.

No Grupo de Trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas II, a apresentação e debates dos trabalhos ocorreu tranquilamente no dia 29 de julho, sob a coordenação dos professores Julia Maurmann Ximenes, Valter Moura do Carmo e Sébastien Kiwonghi Bizawu.

A problemática recorrente foi a pandemia e os impactos na efetivação dos direitos sociais, assim com o papel do campo jurídico na proteção dos cidadãos mais vulneráveis no momento de incerteza que vivemos.

Na linha de proteção dos vulneráveis, pesquisas sobre Bolsa Família, políticas habitacionais, Benefício de Prestação Continuada ações afirmativas, desigualdade racial, saúde mental e catadores de resíduos sólidos foram apresentadas e discutidas.

Assim, os “invisíveis”, ou seja, cidadãos que não tem voz e que precisam de uma proteção mais assertiva do Estado foram apresentados por intermédio de pesquisas que buscam diferentes estratégias de transformação social.

O desafio do primeiro evento virtual foi alcançado com êxito e vamos continuar pesquisando!

Boa leitura!

#continuepesquisando

Profa Dra Julia Maurmann Ximenes - Escola Nacional de Administração Pública (Enap)

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – Universidade de Marília (UNIMAR)

Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bizawu - Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDH)

Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

PERSPECTIVAS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS

AFFIRMATIVE ACTION PROGRAMS PERSPECTIVES

Pedro Coelho Marques ¹

Nathércia Pedott ²

Resumo

A presente pesquisa tem como objetivo estudar as diferentes perspectivas das ações afirmativas e suas aptidões para mudar um cenário de desigualdade econômica e social verificado no Brasil e no mundo. Examina-se tais instrumentos em suas diferentes diretrizes a fim de de realizar apontamentos acerca do tema. Cria-se uma linha de pensamento acerca da temática que leva em conta a situação local e seus antecedentes históricos. Apresenta-se o tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A pesquisa caracteriza-se como explicativa, adotando o procedimento de revisão bibliográfica, análise documental e jurisprudencial e método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Ações afirmativas, Cotas raciais, Diversidade, Universidades, Desigualdade

Abstract/Resumen/Résumé

The research aims to study the different perspectives of affirmative actions and their aptitudes to change a scenario of economic and social inequality verified in Brazil and in the world. For this, these instruments are examined in their different guidelines in order to make notes on the theme. A line of thinking is created about the theme that takes into account the local situation and its historical background. The theme is presented in the jurisprudence of the Supreme Federal Court. The research is characterized as explanatory, adopting bibliographic review, documentary and jurisprudential analysis and hypothetical-deductive method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Affirmative actions, Racial quotas, Diversity, Universities, Inequality

¹ Mestrando em Direito na Universidade Federal de Pelotas. Advogado.

² Mestranda em Direito na Universidade Federal de Pelotas. Advogada.

Introdução

As políticas públicas de ações afirmativas possuem diferentes direcionamentos, vez que podem levar em conta enfoques e classificações como raça, etnia e socioeconômica, portanto manifesta-se em uma pluralidade de incidência. No presente estudo, trabalha-se principalmente com as ações afirmativas que dizem respeito aos aspectos raciais, ainda que seja notória uma interseccionalidade quanto a questão.

Assim, o presente texto estuda as características, conceitos e diretrizes das políticas de ações afirmativas sob as diferentes perspectivas de autores e da jurisprudência, os quais cumprem importante papel na formação e consolidação deste instrumento que pretende ter um caráter inclusivo, reparatório e potencializador da diminuição da desigualdade.

Diante do contexto demonstrado, necessário se faz o apontamento de que as políticas públicas, enquanto alternativa ao combate à desigualdade social que assola países periféricos como é o caso do Brasil, são objeto de debates que abrangem desde objetivos designados pela Constituição tida como dirigente, quanto de uma renda universal básica para cada indivíduo. Tais assuntos, ainda que não abordados no texto, configuram-se como aspectos subsidiários à questão central.

Para um adequado entendimento do que circunda o tema, se demonstra imprescindível o estudo das lições dos autores explorados neste trabalho, de maneira a compreender posicionamentos favoráveis às políticas públicas de ações afirmativas, como também posicionamentos críticos. Desta forma, intentou-se abordá-los com brevidade sem, no entanto, deixar de aprofundá-los da maneira merecida, buscando objetivos como investigar as questões intrínsecas às ações afirmativas; buscar os principais argumentos dos autores designados no estudo; e comparar cenários desiguais a partir dos pressupostos da pesquisa.

O problema de pesquisa norteador do presente trabalho envolve não somente a exposição das questões jurisprudenciais e doutrinárias sobre as ações afirmativas, senão também o estudo de seus efeitos na realidade brasileira e estrangeira, fitando as peculiaridades de cada população ao levar-se em conta aspectos históricos e atuais. Qualifica-se o problema de pesquisa como: “Os principais apontamentos de autores e jurisprudência no que diz respeito às ações afirmativas impactam de que forma perante as peculiaridades da sociedade?”

Dos Estados Unidos à Malásia, da Nigéria ao Brasil, através das lições de Thomas Sowell, pretendeu-se examinar as peculiaridades de cada região no que diz respeito a maneira pela qual os países lidam e implementam as ações afirmativas, cada um à sua forma, levando em conta suas características próprias formadas pela história de seu povo através da colonização, das modificações políticas, governamentais, territoriais e culturais.

Na jurisprudência brasileira, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal de 1988 foi instado a manifestar-se sobre o tema, de maneira a justificar sua defesa às cotas raciais através da ADPF 186 e das cotas disponíveis a alunos egressos de escolas públicas, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 597.285.

Isto posto, percebe-se que o tema é original, oportuno e viável. Isto porque o panorama das ações afirmativas é dificilmente esgotado perante as colaborações acadêmicas já existentes, eis que amplo e cheio de vertentes não exploradas como a que se configura nesta pesquisa. De outra banda, percebe-se que a pesquisa trata de esmiuçar um tema que nunca deixa de ser atual a cada governante diferente que assume a chefia do Poder Executivo, conforme se vê dos últimos tempos. A viabilidade é configurada pois é plenamente possível o estudo, comparação e aplicação dos conceitos apresentados.

Levou-se em conta as lições de Michael J. Sandel, Ronald Dworkin e Thomas Sowell a fim de construir uma comparação e de apresentar apontamentos sobre o relevante tema que encontra-se no centro de uma discussão que considera centenas de anos de desigualdade que prepararam o terreno no qual se desenvolve a atual situação pela qual passa o Brasil e o mundo.

A pesquisa caracteriza-se como explicativa, adotando o procedimento de revisão bibliográfica, análise documental e jurisprudencial e método hipotético-dedutivo.

1. As ações afirmativas

As ações afirmativas são políticas públicas com a finalidade de corrigir as desigualdades econômicas e sociais decorrentes da discriminação, passada ou contemporânea, sofrida por determinados grupos sociais. Agindo desta forma, tais políticas procuram disponibilizar vantagens competitivas aos membros de grupos submetidos a situações de

inferioridade objetivando a reversão destas e promovendo a equidade entre os grupos que compõem a sociedade (BERNARDINO, 2002).

Assim, tem-se que devem ser voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos perversos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física, de acordo com as lições do ex-ministro Joaquim Barbosa em seu voto na ADPF 186. Segundo ele, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade (STF, 2014).

As ações afirmativas tem em si, de modo geral, uma perspectiva de temporariedade de atuação, sob o pretexto de somente atuarem enquanto necessário para que haja uma compensação das injustiças que historicamente se perpetraram e, com isso, prejudicaram um grupo específico de pessoas. Muitas das vezes a instituição destes instrumentos ocorrem por força de pressões exercidas por movimentos sociais que exigem a elevação da qualidade de vida e das possibilidades de mobilidade social de grupos historicamente subalternizados e desprivilegiados.

Em um contexto histórico, as ações afirmativas têm raízes, em um primeiro momento, na Índia. O panorama da sociedade indiana é de multietnicidade e fragmentariedade social, constituindo-se em fatores que levaram o país à instituição de políticas de ações afirmativas já na época da colonização inglesa, e a consolidar os programas por meio da Constituição, quando da independência do país, no ano de 1947 (DAFLON; FERES JR., 2015, p. 97).

A partir da Constituição, na década de 1950, a Índia estabeleceu cotas não só no ensino superior, senão também nas legislaturas e no emprego público para as chamadas *Scheduled Castes*¹ e *Scheduled Tribes*² (DAFLON; FERES JR., 2015, p. 97). Por isso, percebe-se quanto à Índia experiências anteriores das quais pode o Brasil basear suas ações no que toca o tema. Como exemplo, atentemos ao argumento de que as ações afirmativas poderiam reforçar a divisão entre castas, ou classes sociais. Na Índia, refutou-se esta suposição ao se defender a ideia de “unidade na diversidade”, conforme exposto por

¹ Receberam dos britânicos tal denominação. São os Dalits, que somam 15% da população da Índia (DAFLON; FERES JR., p. 97).

² São grupos cujas formas de subsistência em áreas florestais vêm sendo crescentemente ameaçadas pela expansão demográfica e econômica dos demais indianos. Representam 7,5% da população da Índia (DAFLON; FERES JR., p. 97).

Panandiker (1997), bem como a necessidade de uma abordagem universalista quanto ao assunto, tal qual salienta Sen (2008).

Da Índia veio, ainda, a expressão *creamy layer* — o qual, em português, pode ser referido como “nata” — utilizada com a finalidade de se referir coletivamente aos indivíduos tidos como privilegiados dentre os beneficiários de determinada política pública (DAFLON; FERES JR., 2015, p. 241). Desta forma, há, entre os beneficiários das ações afirmativas, pessoas que já teriam vantagens perante seus concorrentes que, adicionalmente, por conta das ações afirmativas, acabam por encontrar ainda mais facilidades em conquistar sua vaga.

Nos Estados Unidos da América, as cotas surgiram com a Lei de Direitos Civis de 1964, e, em que pese seja objeto de críticas de inúmeras pessoas, mantêm-se até os dias atuais. Crítico ao sistema de ações afirmativas nos Estados Unidos da América, Thomas Sowell (2016), posiciona-se utilizando também o conceito de *creamy layer*, ou “nata”, defendendo, em suma, a ideia que as ações afirmativas encontram justificativa a partir da premissa de que um determinado padrão forçadamente desigual de distribuição é causado por ações discriminatórias de um grupo contra outro, de maneira intencional. Conforme as lições do autor, a população negra atingiu a classe média anterior e independentemente do sistema de cotas nas universidades (SOWELL, 2016, p. 195).

No Brasil, historicamente, as ações afirmativas surgiram através das cotas em relação à entrada de deficientes físicos no mercado de trabalho (BRANDÃO, 2005, p. 14). No ano de 1996 foi ventilada a hipótese de implantação de políticas de ação afirmativa em âmbito federal. No entanto, por um bom tempo relegou-se o assunto a segundo plano, sendo ele retomado apenas após movimentos de pressão da sociedade civil (TELLES, 2006).

Após a assinatura da Declaração de Durban, firmado como compromisso de criação de políticas afirmativas que visassem combater a discriminação racial (HTUN, 2001), o Governo Federal adotou, em alguns de seus Ministérios medidas de discriminação positiva na composição de quadros funcionais. A partir da Declaração de Durban, o chamado “racismo à brasileira”, que se demonstrava nos discursos de sustentação e perpetuação da marginalidade e desigualdade de oportunidades entre brancos e negros fez com que as ações afirmativas se tornassem ainda mais relevantes no panorama nacional (DAFLON; FERES JR., 2015, p. 97).

A universidade que primeiro adotou a política de cotas para negros e índios foi a Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), no ano de 2003, ainda que não houvesse

regulação legal. Após isso, a Universidade de Brasília (UnB), no ano de 2004, também adotou ações afirmativas neste sentido. Assim, de 2003 a 2005, 14 universidades aderiram às cotas (GUARNIERI, 2008).

A primeira lei autorizadora das cotas nas universidades é do estado do Rio de Janeiro, no ano de 2001, registrada sob o número 3.708. Já a lei federal que regulou a matéria é a Lei 12.711/2012. Ou seja, as cotas foram introduzidas sem a presença de lei federal que autorizasse, fato que motivou críticas e comentários contrários a implementação de tais ações afirmativas (GUARNIERI; MELO-SILVA, 2017, p. 184).

2. O tema na jurisprudência

O tema das ações afirmativas foi objeto de algumas importantes discussões protagonizadas por membros do Supremo Tribunal Federal. A mais importante, ocorrida em 2010, deu-se no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental registrado sob o número 186, que abordou a constitucionalidade do sistema de cotas raciais implementado pela UnB, que previa a reserva de 20% das vagas para estudantes negros.

Como foco principal, despontou a questão do critério racial no processo seletivo. O julgamento teve repercussão geral, em que pese tenha sido enfrentado em relação somente a Universidade de Brasília, configurando-se como um ponto de referência para as políticas de ações afirmativas.

A ação foi proposta pelo partido político Democratas - DEM e oposta em face do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília, sob o pretexto de ter o processo de seleção da Universidade baseado-se em critério étnico-racial, o que ofenderia a Constituição Federal. A ação foi julgada improcedente pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

No que diz respeito ao julgamento em si, o STF convocou audiência pública com o fito de ampliar a participação da sociedade, ouvindo acadêmicos, parlamentares, representantes de movimentos sociais e de órgãos do governo. A audiência dividiu-se em três etapas: (a) exposição de instituições governamentais responsáveis pelas políticas de educação, pesquisa e igualdade racial; (b) espaço para apresentação de pareceres favoráveis e

desfavoráveis às cotas raciais enquanto “ação afirmativa”; e (c) apresentação de experiências das universidades públicas com as cotas (GUARNIERI; MELO-SILVA, 2017, p. 184).

Durante a audiência pública foram apresentados diversos apontamentos, dentre os quais, entre as críticas ao sistema, destaca-se: a inexistência biológica das raças; o caráter ilegítimo das ações de “reparação” aos danos causados pela escravidão em tempo presente; o risco de acirrar o racismo no Brasil; a possibilidade de manipulação estatística da categoria “parda”; a inviabilidade de identificação racial em um país mestiço; a questão da pobreza como determinante da exclusão social (STF, 2012).

Foram apresentados também argumentos favoráveis, dentre os quais destaca-se a constitucionalidade das cotas e relevância para o país; a intervenção do Estado como fator fundamental para a mudança do quadro de desigualdade do país; o fato de as ações afirmativas atuarem como alternativa para a busca da igualdade através da promoção de condições equânimes entre brancos e negros; por fim, ressaltou-se o impacto muito mais profundo, permitindo o avanço do pluralismo nas diversas instituições nacionais (GUARNIERI; MELO-SILVA, 2017, p. 185).

Ao abordar o mérito da questão, o STF definiu que:

Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no *caput* do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares (STF, 2012).

Interessante perceber a inferência da igualdade material no trecho do acórdão citado, igualdade esta que evolui de um princípio de igualdade meramente formal que pode transparecer a quem quiser interpretar de maneira mais descuidada e preguiçosa o *caput* do art. 5º da Constituição Federal.

As distorções históricas feitas pela aplicação da igualdade meramente formal resultaram em uma desigualdade que se perpetua na sociedade brasileira. A partir disto o STF considerou a constitucionalidade das medidas que buscam dar uma solução razoável à estas mazelas.

A idealização da avaliação da constitucionalidade das ações afirmativas fundamenta-se não em uma análise de princípios isoladamente considerados, mas em um pensamento geral “à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro” (STF, 2012). Para isso, a metodologia diferenciada de seleção dos estudantes pode, sim, levar em conta critérios que considerem a etnia ou a situação socioeconômica. Isto teria, segundo o STF, o condão de beneficiar a sociedade incorporando a ela uma diversidade de culturas inferiores às camadas dominantes da sociedade.

O julgado aponta ainda o significado de justiça social, que não é somente a redistribuição de "riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes” (STF, 2012).

A discriminação reversa proposta pelas ações afirmativas somente se justifica enquanto o panorama de desigualdade se mantiver no tempo, sob pena de conversão destas políticas em benesses permanentes instituídas em prol de determinado grupo social mas em detrimento da coletividade como um todo. Tal situação é incompatível com qualquer Constituição que se diga democrática (STF, 2012).

Cumprido frisar, ainda, que também no ano de 2012 foi julgado o Recurso Extraordinário 597.285, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski. O acórdão também abordou a questão das ações afirmativas, tanto no que diz respeito às cotas raciais quanto às cotas para egressos do ensino público. A decisão foi no sentido de legalidade da reserva de vaga tanto para negros quanto para estudantes provenientes do ensino público, em que pese, quanto a este último, o voto divergente do Min. Marco Aurélio, que demonstrou-se contrário à reserva de vagas para egressos de escolas públicas, sob a alegação de que permitir isto seria “reconhecer a falência do ensino público fundamental e médio, em contraste com as universidades públicas.” (STF, 2012).

Prevaleceu, no entanto, o voto da maioria, no sentido da constitucionalidade das cotas, como pode-se depreender do voto da Min. Rosa Weber (STF, 2012):

Senhores Ministros, à luz da nossa Constituição Federal, diante desse sistema de cotas, observada a etnia racial, observada a origem do ensino público e a própria reserva para indígenas, entendo que o sistema instaurado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul guarda absoluta consonância com a Constituição da República, quando estabelece, como seu fundamento, a dignidade da pessoa

humana e, ainda, diz constituir objetivo fundamental a erradicação da pobreza, marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Este pensamento tem, entre outros diversos efeitos, o de responder as dúvidas e questões expostas por Thomas Sowell em suas críticas e contribuições às ações afirmativas que fundamentam-se justamente na ausência de temporariedade das ações afirmativas em inúmeros locais onde tal política pública foi implementada.

3. As ações afirmativas sob a perspectiva de Thomas Sowell

O caráter temporário sob o qual se encontra a necessidade de ações afirmativas primando por uma reparação histórica diz respeito a uma transitoriedade que, segundo Thomas Sowell, não se justifica. No entanto, é necessário que se ressalte que a análise de Sowell é aplicada à realidade norte-americana, que foi, segundo Kaufmann (2007, p. 57), "uma resposta ao sistema de segregação institucionalizada que teve início posteriormente à abolição da escravatura".

O autor aproxima-se da questão apontando a pouca diferença entre a taxa de pobreza dos negros americanos auferida antes da existência das ações afirmativas e após sua implementação (SOWELL, 2016, p. 219), de maneira a indicar não ser esta a melhor maneira de modificação da sistemática de desigualdade de há muito observada.

O panorama da sociedade indiana, conforme anteriormente exposto, é de multietnicidade e fragmentariedade social. Neste sentido, as políticas públicas de ação afirmativa foram instituídas no ano de 1947 e, a rigor, deveriam durar somente 20 anos. No entanto, o que se observa na prática são sucessivas prorrogações dessa política, tanto quanto às minorias nacionais desvalidas como no que diz respeito a grupos locais em seus respectivos estados (SOWELL, 2016, p. 41).

Atualmente o sistema de cotas beneficia 75% da população indiana, fato que, segundo Sowell (2016, p. 72), sobrecarrega grupos não preferenciais que dependem do acesso à educação para chegarem a cargos profissionais e governamentais. Os mais ricos tem educação primorosa proporcionada pelos pais, e os mais pobres são beneficiados pelas cotas. Os que estão entre a pobreza e a riqueza são os mais afetados negativamente pelo sistema.

O caso da Malásia é peculiar no sentido de ter sido o território Malaio ocupado, em parte, por chineses, no início do século XIX. Em 1941 os chineses já perfaziam o numeroso total de um milhão de pessoas, dando início a uma ascensão social. Os malaios, por sua vez, recusavam-se a curvar-se perante os chineses, e requeriam políticas de preferências, enquanto que os chineses demandavam uma política igualitária. Diante disso, a Malásia decidiu por expelir Cingapura de seu território, já que era lá que encontrava-se a maioria de chineses. Este fato fez com que a maioria da Malásia voltasse a ser de malaios (SOWELL, 2016, p. 88).

Assim, na Malásia, os malaios são os maiores beneficiados pelas ações afirmativas, feitas pelos partidos étnicos do país, que preferem expandir suas preferências na direção dos próprios cidadãos nativos. Programas de empréstimos, preferências educacionais, oportunidades para funcionários dos partidos do governo e acesso preferencial a licenças para táxis foram alguns dos benefícios dados aos malaios (SOWELL, 2016, p. 91).

No que diz respeito a Nigéria - país mais populoso do continente Africano -, o país, como inúmeras outras nações africanas, teve sua emergência na era colonial, propiciando um ambiente multiétnico e plurinacional. A fragmentariedade étnica que encontra-se na Índia também pode ser visualizada na Nigéria. Dentro do panorama nigeriano há uma divisão muito grande, a ponto de algumas tribos sequer considerem uma amizade com outras (SOWELL, 2016, p. 130).

O Norte da Nigéria era, em 1912, muito menos desenvolvido do que o Sul. Houve um levante e uma guerra civil, que opôs as regiões Sul e Norte que culminou na tomada do poder pelo Governo Federal Militar, em 1966. Neste contexto, as cotas na Nigéria favorecem sempre o mesmo grupo étnico em termos regionais. Os benefícios colocados à disposição foram primordialmente coisas do interesse e da preocupação dos membros mais afortunados dos vários grupos étnicos, tal como a admissão às universidades, em vez da educação obrigatória universal e gratuita para os pobres (SOWELL, 2016, p. 143).

Nos Estados Unidos, a situação não é diferente. Segundo Sowell (2016, p. 164), desde sua implementação, na Lei dos Direitos Civis de 1964, o programa primou por beneficiar principalmente os negros, mas também outros grupos raciais étnicos e ainda mulheres, aumentando consideravelmente sua abrangência. Apesar da ação afirmativa ter começado com o intuito de favorecer os negros, o autor salienta que a maior parte das preferências

governamentais não tem o negro como dono. Mais da metade dos beneficiados são hispano-americanos e asiático-americanos.

Com o passar dos anos, as ações afirmativas caminharam em direção a definições mais elásticas da discriminação que justificava a aplicação das cotas. Neste sentido, ampliou-se o alcance e atingiu-se um número maior de grupos e de atividades. As acepções de “discriminação” hoje são muito mais numerosas quando comparadas às da época da aprovação da Lei dos Direitos Civis de 1964 (SOWELL, 2016, p. 170).

O desempenho dos negros beneficiários do sistema de cotas nos EUA é pior do que o de seus companheiros que delas não se utilizaram para ingressar. A posição dos estudantes negros era de 8% entre os melhores estudantes. Segundo Thomas Sowell (2016, p. 201), “as faculdades não foram criadas para distribuir benefícios a requerentes, mas para desenvolver mentes e formar capacitações que sirvam à sociedade como um todo”.

Demonstra-se cristalina a posição contrária às ações afirmativas do autor, pelo que se percebe do exposto. De acordo com seu raciocínio e as informações trazidas em sua obra, a ação afirmativa faz tão pouco pelos pobres da América como faz para os de todas as partes do mundo (SOWELL, 2016, p. 219).

Segundo Sowell, a confrontação da realidade deve ocorrer de maneira séria, todavia não se pode confundir diferenças de desempenho com favores ou vantagens (2016, p. 223). Um grupo não poderia ser beneficiado em detrimento do outro para compensar supostos favoritismos dados a um e não a outro.

O autor relaciona a desigualdade da distribuição de renda com a desigualdade das ações afirmativas, dizendo que não se revela adequado contrabalançar uma discriminação com outra, de modo que uma manobra neste sentido não trará nada além de meras boas intenções. O padrão das políticas bem intencionadas, segundo Sowell (2016, p. 220), não pode seguir os mesmos parâmetros das causas as quais tais políticas pretendem combater.

4. As ações afirmativas sob a perspectiva de Michael Sandel

Em seu estudo, Sandel (2014, p. 210) aborda a questão das ações afirmativas que levam em consideração a raça e a etnia analisando três pontos, segundo o autor, cruciais: a

correção de distorções em testes padronizados, a compensação por erros do passado e a promoção da diversidade.

No mesmo sentido, e a título de comparação, Sarmiento (2008, p. 25) coloca quatro fundamentos semelhantes os quais para ele são justificativas das medidas de ação afirmativa, sendo eles: (i) justiça compensatória; (ii) justiça distributiva; (iii) promoção do pluralismo e (iv) fortalecimento da identidade e da autoestima do grupo favorecido.

O autor faz a análise levando em consideração o caso narrado de uma estudante branca norte-americana, de origem humilde, que não conseguiu entrar na Universidade do Texas mesmo apresentando uma nota superior a negros e descendentes de mexicanos. A adolescente, então, alegou na justiça ter sido vítima de discriminação (SARMENTO, 2008, p. 26).

Analisando estes três fatores a partir da questão moral - no sentido de ser justo, ou não, considerar o fator racial como quesito de admissão na universidade -, temos que os testes de admissão às universidades (no Brasil, atualmente, temos o ENEM como principal) são no mínimo questionáveis, uma vez que reduzir a uma prova a aptidão de alguém a entrar em uma universidade é, por si só, um mecanismo demasiado simplório e incapaz de verificar propriamente o merecimento.

Nisto, adentra-se um assunto sobre o qual debruçam-se Dworkin e Rawls, qual seja a questão da meritocracia e do conceito de "justiça" em si mesmo considerado. O primeiro o faz em sua obra "Levando os Direitos a Sério" e o segundo em "Uma Teoria da Justiça".

A teoria de Rawls (2016) é importante no estudo das ações afirmativas, principalmente no ponto em que desafia o ser humano a despir-se das predisposições e preconceitos criados em virtude da posição ocupada em uma sociedade. Ao vestir o que Rawls aponta como o "véu da ignorância", o indivíduo levaria em consideração uma determinada situação sem carregar as máximas e preceitos que criou ao longo de sua história individual.

O livramento destas condições preestabelecidas, ainda que possua um caráter de certa forma utópico, faz com que seja possível uma visualização das injustiças às quais submetem-se os grupos menos favorecidos nos processos de verificação de aptidão tanto na entrada na universidade como em concursos públicos e testes afins.

Se não houvesse as ações afirmativas de cotas raciais um estudante negro, oriundo de uma escola pública que obtivesse uma média de 800 pontos no ENEM seria igualado a um estudante branco oriundo de uma escola particular que obtivesse o mesmo desempenho de

800 pontos. Requer-se aqui uma interpretação dessa nota à luz dos antecedentes familiares, sociais, culturais e educacionais dos estudantes (SANDEL, 2014, p. 211). A tentativa deve ser, segundo Sandel (2014, p. 211), a de "encontrar a medida mais acurada da promessa acadêmica de cada aluno individualmente".

No que diz respeito ao argumento de compensação por uma injustiça historicamente reconhecida, temos que alunos pertencentes a grupos minoritários devem preferir aos demais na tentativa de se atenuar a inferioridade à qual desde sempre estiveram submetidos. Ocorre que, como crítica recorrente, esse argumento é contestado baseado no fato de que "os que acabam pagando pela compensação raramente são os responsáveis pelos erros que estão sendo corrigidos" (SANDEL, 2014, p. 212).

Neste contexto se insere a discussão sobre a culpa e a responsabilidade, discutida com lucidez pelo filósofo alemão Karl Jaspers em sua obra "A questão da culpa", de 1946, que as distingue baseado no comportamento da sociedade alemã quanto ao nazismo, no período após a segunda guerra. Segundo Jaspers, nem todo indivíduo alemão carrega a culpa pelos atos cruéis desempenhados pelo regime de Adolf Hitler, no entanto cada alemão carrega consigo a responsabilidade pelo que ocorreu naquele país à época da Segunda Grande Guerra, e a incumbência de agir para minimizar as sequelas do regime.

Todo alemão, sem exceção, tem parte da responsabilidade política. Ele precisa participar ativamente da reparação, colocada na forma legal. Ele precisa sofrer com os efeitos dos atos dos vencedores, suas decisões e sua desunião. Não somos capazes de ter influência aqui enquanto fator de poder (JASPERS, 2018, p. 67).

A culpa criminal pelos horrores causados pelo nazismo é somente daqueles que também diretamente participaram de tais atos. No entanto a responsabilidade política é coletiva, e é quanto a este ponto que pretende-se fazer uma reflexão intrinsecamente conectada às cotas raciais. As críticas feitas pelos cidadãos que pensam ser injustas as cotas raciais como método de reparação de injustiças históricas tendem a não levar em conta que a responsabilidade da inferioridade das minorias - e sua massiva exclusão do cenário social - também é de quem não teve culpa direta pela inferiorização delas. A culpa não pressupõe exclusão de responsabilidade. E mais: não é difícil encontrar quem diga não inferiorizar etnias e raças - expressando isto em frases como "não tenho nada contra negros", "trato negros e

brancos da mesma forma”, ou “tenho até amigos negros” -, sem perceber demonstrar através de suas atitudes o exato oposto do que prega.

O argumento da diversidade para a ação afirmativa não depende de concepções controversas da responsabilidade coletiva. Trata, sim, da admissão do beneficiado não como uma recompensa, mas como uma possibilidade de atingir um objetivo socialmente mais importante (SANDEL, 2014, p. 213). A diversidade faz parte exatamente do cerne do ambiente universitário, de forma a prezar justamente pela variedade de culturas, etnias e opiniões, sendo que tal fato nada faz senão engrandecer os resultados acadêmicos de cada universidade.

As objeções ao argumento da diversidade são tanto de ordem prática quanto ideológica. A prática questiona a eficiência das diretrizes de ação afirmativa, argumentando que o uso do favorecimento racial não torna uma sociedade mais diversificada, mas sim afeta a autoestima dos estudantes de grupos minoritários, intensificando o preconceito. Já a ideológica parte do princípio que por mais que ter uma sala de aula mais diversificada tenha seu valor, utilizar a raça como fator para admissões é injusto (SANDEL, 2014, p. 215).

O fato é que, para Sandel, a admissão na universidade não é uma honraria destinada a premiar o mérito ou a virtude superiores (SANDEL, 2014, p. 215). Para embasar este argumento, usa-se as lições de Dworkin ao preceituar que a justiça nas admissões não é uma questão de premiar o mérito ou a virtude. Para ele, não pode ser o mérito moral o norte para que se julgue justa uma forma de admissão em universidades.

5. As ações afirmativas sob a perspectiva de Ronald Dworkin

No sexto capítulo de sua obra “Levando os direitos a sério”, denominado “Discriminação compensatória”, Dworkin (2002, p. 349) remete-se a uma diferenciação da igualdade como política e como direito. Em um episódio em que a igualdade como direito individual tenha sido deixada de lado em nome de uma política de maior igualdade geral, o autor indaga quanto aos direitos à igualdade que um cidadão tem e que poderiam se sobrepor a programas de políticas econômicas e sociais.

Neste sentido, os indivíduos tem dois tipos diferentes de direitos: o direito a igual tratamento (*equal treatment*), sendo este o direito a uma igual distribuição de determinada

oportunidade, sendo o maior exemplo o direito a um voto igual em uma democracia; e o direito ao tratamento como igual (*treatment as equal*), o qual traduz-se no direito não de receber a mesma distribuição de uma oportunidade, mas de ser tratado com o mesmo respeito e consideração que qualquer pessoa deve ser tratada (DWORKIN, 2002, p. 350).

O exemplo dado é elucidativo: se alguém tem dois filhos e um deles está morrendo de uma doença que está causando desconforto ao outro, não se demonstrará igual atenção se jogar cara ou coroa para decidir quem merece a última dose de um medicamento (DWORKIN, 2002, p. 350). Assim, percebe-se que o tratamento como igual é algo fundamental e necessário em uma sociedade, e o igual tratamento é apenas uma derivação desta situação.

O fato é que o utilitarismo predomina no âmbito de pensamento dos que são favoráveis a métodos de admissão discriminatórios. As preferências externas são baseadas em diretrizes inconstitucionais de tratamento como iguais (*treatment as equal*). A partir desta e de outras ideias expostas por Dworkin, relacionando-as, ainda, ao pensamento de Sandel, deve-se atentar ao tratamento dado aos indivíduos de acordo com sua raça principalmente porque, ainda que o sujeito pertencente a determinada minoria deva ser tratado como igual aos demais, o simples tratamento igualitário a todos não se demonstra razoável, tampouco justo.

Assim, Dworkin retoma a questão dos sentidos dos quais uma universidade se utiliza para justificar a existência das ações afirmativas, da mesma forma que o faz Sandel, demonstrando um sentido utilitarista e um ideal. O utilitarista defende que o bem estar da comunidade aumentará mesmo que o bem estar de alguns indivíduos seja diminuído; o ideal eleva as cotas a uma maneira de justiça ou de aproximação da sociedade a um bem estar médio (DWORKIN, 2002, p. 358).

A dificuldade que deve ser entendida aqui é a de que não é fácil se avaliar o bem estar médio ou coletivo, assim como também não é simples mensurar o bem estar de um indivíduo. Por outro lado, deve-se considerar que o argumento utilitarista parece explicar bem uma política que se justifica ao satisfazer mais preferências em termos gerais, sendo este fato uma tentativa de tratamento igualitário (DWORKIN, 2002, p. 360).

Ressalte-se ainda que o autor não defende a fundamentação das ações afirmativas através do argumento da compensação por injustiças passadas, mas sim aquele que consta inserido em um viés que vislumbre um futuro mais inclusivo, vez que os alunos minoritários a

quem elas beneficiam nem sempre foram as vítimas individuais de uma injustiça passada (DWORKIN, 2002, p. 365).

Em contraposição às lições de Sowell, o qual demonstra ideia no sentido de não conformar-se com o fato da generalidade sobrepor-se à individualidade, pode-se considerar que Dworkin defende um maior bem-estar geral na comunidade, algo que, concluímos, faz dele um utilitarista.

Considerações finais

Analisou-se no presente estudo que de variadas formas as ações afirmativas são objeto de crítica por diversos autores ao posicionarem-se tanto pela aceitação do método como redutor das desigualdades e promotor da equidade, senão também, por outros, como um mecanismo falho, que não resulta em objetivos justos e constantes, não demonstrando qualquer evolução.

Thomas Sowell representa o pensamento de ineficácia do sistema de cotas através da exemplificação e explanação do mecanismo em diferentes países, conforme exposto, e diz que, quem de fato contribuiu para a desigualdade, o racismo e os atos que segregaram minorias raramente são atingidos pela sistemática das cotas, que acaba retirando direitos de pessoas que na verdade nada fizeram para tê-los restringidos.

Em uma interpretação analógica, temos que a posição de Sowell vai de encontro ao que preceitua Karl Jaspers, que diferencia culpa de responsabilidade. Neste sentido, haveria para as pessoas citadas por Sowell, ao menos responsabilidade, ainda que não tenham contribuído pessoal e diretamente para a desigualdade.

No que diz respeito à legislação, as cotas tiveram sua inserção no ensino público do país anteriormente à promulgação da Lei 12.711/2012, o que nos leva a crer que a aceitação pública da sistemática é premente, de forma que a aprovação da lei pelo Congresso Nacional demonstra a necessidade explícita de normatização da questão.

Os conceitos de *treatment as equal* e *equal treatment* trazidos por Ronald Dworkin são salutares na compreensão da questão, eis que diferenciam a igualdade no tratamento e o tratamento equalitário. Para a justificação das ações afirmativas, leva-se em conta o tratamento equalitário, que deve considerar não a igualdade como seres humanos, mas as intrínsecas diferenças entre cada indivíduo. O ambiente universitário serve para representar as

variedades de etnias, camadas sociais, raças, etc. e por isso o modo de avaliação para entrada de estudantes deve corresponder a demanda dessa diversidade.

No sentido de avaliar as potencialidades de cada sujeito, considerando sua própria individualidade em relação ao que podem, de fato, apresentar em um teste de entrada em uma universidade, Michael J. Sandel, em posição favorável às ações afirmativas, propõe que se avalie cada indivíduo de acordo com o que ele realmente pode oferecer diante do panorama de suas características.

De fato não parece razoável que se premie um sujeito com uma vaga em uma universidade tão somente pelo mérito em uma prova em que obteve rendimento melhor em detrimento ao dos demais concorrentes. Não se pode avaliar em um único teste milhares de casos com múltiplas circunstâncias e características e esperar que este seja um método classificado como justo, ou igualitário. Aqui, há de se ir um pouco mais longe e refletir sobre um panorama mais abrangente e solidário.

Assim, diante do estudo dos referidos autores e da jurisprudência do STF, tem-se que as ações afirmativas dominam um espaço de discussão relevante no ambiente acadêmico e na sociedade. Em uma análise mais ampla, discute-se as ações afirmativas através de políticas públicas que assegurem, por exemplo, vagas de emprego para a população menos favorecida, o que dá ao assunto dimensão proporcional à relevância que merece.

Referências

BERNARDINO, Joaze. **Ação Afirmativa e a Rediscussão do Mito da Democracia Racial no Brasil**. Estudos Afro-Asiáticos, v. 24, n. 2, p. 247-273, 2002.

BRANDÃO, Carlos da Fonseca. **As cotas na universidade pública brasileira: será esse o caminho?** Campinas: Autores Associados, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERES JUNIOR, João; DAFLON, Verônica Toste. João. **Ação afirmativa na Índia e no Brasil: um estudo sobre a retórica acadêmica**. Sociologias, Porto Alegre, ano 17, nº 40, p. 92-123. 2015. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/soc/v17n40/1517-4522-soc-17-40-00092.pdf>. Acesso em: 18 Mar. 2020.

FERES JUNIOR, João; DAFLON, Verônica Toste. **A nata e as cotas raciais: genealogia de um argumento público**. Opin. Publica, Campinas, v. 21, n. 2, p. 238-267, Aug. 2015. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762015000200238&lng=en&nrm=iso. Acesso em 18 Mar. 2020.

GUARNIERI, Fernanda Vieira; MELO-SILVA, Lucy Leal. Cotas Universitárias no Brasil: Análise de uma década de produção científica. **Psicol. Esc. Educ.**, Maringá, v. 21, n. 2, p. 183-193, Aug. 2017. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-85572017000200183&lng=en&nrm=iso. acesso em 12 dez. 2019.

GUARNIERI, Fernanda Vieira. **Cotas universitárias: perspectivas de estudantes em situação de vestibular**. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2008.

HTUN, Mala. **A Política de Cotas na América Latina**. Revista Estudos Feministas, 9 (1), 2001.

JASPERS, Karl. **A questão da culpa**. Trad.: Cláudia Dornbusch. 1ª. ed. São Paulo: Todavia, 2018.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?: uma análise histórico-jurídico comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PANANDIKER, V.A. Pai. **The Politics of Backwardness – Reservation Policy in India**. Nova Delhi: Konark Publishers PVT LTD, 1997.

RAWLS, John. Uma teoria de justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

SANDEL, Michael. **Justiça – o que é fazer a coisa certa?** Trad.: Eloisa Matias e Maria Alice Máximo. 12a. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SARMENTO, Daniel.; IKAWA, Daniela.; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, direitos sociais e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SEN, Amartya. **Desigualdade Reexaminada**. 2.ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

SOWELL, Thomas. **Ação afirmativa ao redor do mundo**. São Paulo: É Realizações, 2016.

STF. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADPF 186. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 20/10/2014. **STF**, 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 11 dez. 2019.

TELLES, Edward Eric. **Race in another America: the significance of skin color in Brazil.** Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006.