

# PODER JUDICIÁRIO, IGUALDADE, DEMOCRACIA E AÇÃO AFIRMATIVA: DESAFIOS E IMPASSES<sup>1</sup>

Fernanda Duarte<sup>2</sup>

Juíza Federal da 3ª Vara Federal de Execução Fiscal;

Membro da Associação dos Juizes Federais do Brasil;

Doutora em Direito;

Pesquisadora do INCT-InEAC/UFF

A Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe) sente-se honrada em participar deste momento histórico.

É inegável a relevância que o tema da igualdade racial (ou de sua falta) traz para o debate público nacional, contribuindo para um amadurecimento democrático da sociedade brasileira.

Há um cenário de exclusão - já explicitado por dados de pesquisas científicas - que marginaliza (quer por discriminação de cor ou raça, quer por razões econômicas, ou por quaisquer outros motivos) - parte expressiva da sociedade brasileira.

Tal situação desqualifica a cidadania brasileira e demanda intervenção imediata, pelo menos do Poder Público, já mais do que tardia.

Entretanto, é inegável também que as formas de combater e superar essa exclusão histórica e endêmica abrigam diferentes estratégias e visões - muitas vezes antagônicas, espelhando a diversidade de posicionamentos pessoais e políticos, como deve ser em uma democracia saudável e plural. Os especialistas que me antecederam colocam-se como testemunho dessa pluralidade de discursos e possibilidades de ações.

Habilitada para participar nesta audiência pública sobre ação afirmativa, convocada pelo Supremo Tribunal Federal, a Ajufe entende que sua melhor e maior contribuição para o presente debate deve ter como paradigma o respeito ao princípio do livre convencimento motivado que dirige a atividade judicante de seus associados e que, de igual forma, norteia as decisões tomadas por essa corte. Assim, não represento aqui minha opinião pessoal, mas falo em nome da Associação - que, para esse tema específico, não adota a defesa ou a condenação do sistema de cotas, posto que não é possível extrair-se um posicionamento único e consensual entre os juizes federais.

Desta forma, nesta breve intervenção, a Ajufe buscará explicitar os desafios a serem enfrentados pelo Judiciário que, em épocas de judicialização da política, precisa refletir e definir os limites de sua atuação perante os poderes eleitos do Estado e, ao mesmo tempo, manter firme seu compromisso com a proteção efetiva dos direitos

<sup>1</sup> Parecer apresentado ao Supremo Tribunal Federal na Audiência Pública sobre Políticas de Ação Afirmativa de Reserva de Vagas no Ensino Superior - Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186; Recurso Extraordinário nº 597.285/RS. Audiência realizada em 5/3/2010.

<sup>2</sup> E-mail: fduarte1969@yahoo.com.br .

fundamentais - razão que justifica e legitima a existência de juizes em um estado democrático de direito.

Para tanto, dois são os eixos de nossa intervenção.

Em primeiro lugar, apresentaremos um pequeno levantamento dos casos já julgados em 2ª instância em todas as cinco Regiões que integram o Poder Judiciário Federal.

Em seguida, trataremos dos desafios que se colocam e que provocam intervenção hoje do Supremo Tribunal Federal.

No que toca ao levantamento das decisões, nossos dados foram colhidos do Portal da Justiça Federal, administrado pelo Conselho da Justiça Federal, em 2 de março passado. Em caráter descritivo, temos hoje na Justiça Federal, 32 casos julgados em 2º grau, por órgão colegiado, sendo o mais antigo julgado em 2005. Os casos são os mais diversos possíveis, envolvendo apelações em ações cíveis, em mandados de segurança e em ações civis públicas para a implementação de cotas; e se distribuem de forma assimétrica nas cinco regiões que compõem a base geográfica da Justiça Federal.

Há oito casos no TRF da 1ª Região, nos quais a tendência do tribunal foi no sentido de referendar o sistema de cotas.

Há dois casos no TRF da 2ª Região, nos quais foi reconhecido que a matéria demanda disciplina legal.

Não há registro de casos no TRF da 3ª Região.

Há 21 casos no TRF da 4ª Região. A maioria maciça dos julgados referenda o sistema de cotas.

Há um caso no TRF da 5ª Região no qual também restou decidido que o sistema de cotas é matéria sujeita à reserva legal.

Assim, embora nos casos considerados prevaleça um entendimento que abriga a política de cotas, a matéria é ainda pouco debatida na maior parte das regiões que compõem a Justiça Federal. E, de acordo com o caso em concreto, implicam a consideração, por parte do juiz, de aspectos específicos para validação do sistema ou não - é extremamente sensível o problema da razoabilidade do percentual a ser reservado, assim como o critério a ser utilizado para a identificação dos beneficiários da medida afirmativa.

Quanto ao segundo eixo - os desafios -, temos três níveis de reflexão, que embora possam ser apresentados de forma separada, na verdade encontram-se intrinsecamente imbricados, se determinando mutuamente. Temos a questão jurídica em si; a questão política que subjaz ao jurídico; e o papel que nossa corte deve assumir.

No que toca à questão jurídica, de forma simplificada, parece-nos que o debate gira em torno da constitucionalidade da adoção de ações afirmativas, calcadas no sistema de cotas reservadas ao grupo desfavorecido, com base na aplicação do princípio da igualdade. A medida da constitucionalidade das cotas está em fazer ver o julgador

que o tratamento diferenciado adotado é razoável e se justifica em razão de seus fins. Se admitido que nossa Constituição abriga a adoção de ações afirmativas, toca ao juiz examinar, basicamente:

a) se a medida atende aos fins a que ela se destina, isto é fomenta o combate à exclusão e à discriminação, mediante a inclusão, compensação ou reparação de grupos historicamente marginalizados - as chamadas minorias; ou se a medida reforça o preconceito, impingindo mais fissuras em nosso tecido social.

b) se o indivíduos favorecidos pela medida integram essa minoria para a qual se busca a superação. Aqui a questão torna-se delicada, pois quais são os grupos marginalizadas a serem escolhidos? Negros? Afrodescendentes? Índios? Pobres? Carentes? E como se “reconhecem”, se identificam tais sujeitos? Autodeclaração? Renda *per capita*? Alunos oriundos da rede pública de ensino? Como e quem controla esse sistema de identificação, coibindo os abusos?

c) se o percentual das cotas é proposto na sua medida exata, deixando ao concurso universal a disputa por vagas em número suficiente. O que é a medida exata? Índices do IBGE, que retratam os espectros racial e social brasileiros? O percentual adotado pelo legislador, vez que porta-voz da vontade popular? O percentual estabelecido pelas autoridades universitárias, com escopo no princípio da autonomia universitária?

d) E no que toca ao ensino superior, indaga-se se o nosso sistema tradicional de acesso por mérito pode ser compatibilizado com um regime de cotas que diferencia o mérito de uns e de outros. Amplia ou reduz o acesso? Amplia para quem e reduz para quantos?

Na verdade, a resposta a essas indagações jurídicas tem por pressuposto questões de natureza política que trazem à baila paradoxos da nossa sociedade que nem sempre queremos enfrentar - ou que nem sempre queremos ver. Por outro lado, implicam concepções de mundo que expressam visões distintas do que seja a Igualdade e a Justiça. Ademais, em uma cultura como a nossa, hierarquizada e desigual, como descrita por Roberto DaMatta, como entender as cotas: privilégios ou medidas de restauração de uma igualdade perdida? Como, afinal, distribuir os bens de nossa cultura com base em critérios de isonomia?

Especificamente no que toca às cotas raciais, o tema coloca em discussão o mito da democracia racial brasileira. As cotas combatem o preconceito? Ou geram mais preconceito? Uma ideia fora do lugar? Reconhecimento de diversidade? Ou uma resposta a uma demanda política legitimamente organizada que no espaço público se traduz na capacidade de gerar ações políticas e jurídicas que sufragam suas reivindicações?

O tema evidencia a necessidade de que algumas afirmações sejam investigadas e explicitadas. Afinal de contas, o preconceito é racial ou a exclusão é socioeconômica? O que de fato somos? Como nos relacionamos com o OUTRO e como valoramos o OUTRO?

Em nossas relações de força, quem pode mais e quem pode menos? Somos assimétricos, reproduzindo relações verticais que aprofundam o fosso das desigualdades e privilégios?

Por fim, o terceiro desafio diz respeito ao papel que o Supremo Tribunal Federal assumirá e que, de certa feita, define paulatinamente os rumos, propósitos e limites de nossa jurisdição constitucional.

Na verdade, antes de decidir sobre a constitucionalidade das cotas, o Supremo Tribunal deverá decidir a quem cabe, nessa tema, melhor decidir. Quem nesse tema tormentoso melhor representa os anseios da sociedade brasileira? Os juízes? Ou a própria sociedade, representada pelo Legislativo e pela universidade? Deve a corte, sob a pecha de seu inevitável caráter contramajoritário, assumir para si a decisão política, traduzida no debate jurídico? Ou deve assumir uma postura de deferência para com demais centros de poder envolvidos na questão, reconhecendo que estes são o fórum adequado para o exercício do debate democrático que leva à melhor deliberação?

Se assegurado o procedimento democrático que gerou as estruturas normativas ora em xeque, deve o Supremo decidir substancialmente sobre essa matéria, em substituição a essas instâncias? Ou deve a corte resguardar a autonomia dessas mesmas instâncias, posto que, na ausência de violações, não há de se falar em intervenção judicial?

Enfim, se admitirmos que outros atores participam da construção da Constituição, a força normativa da Carta Maior pode estar para além das barras dos tribunais, sugerindo uma nova dinâmica de relação entre os três poderes do Estado e a própria sociedade?

Muitas são as perguntas a serem feitas.

E são as respostas dadas em relação a essas indagações difíceis e inquietantes que servirão de arcabouço para a construção ou adoção de uma ou de outra tese jurídica a favor ou contra o sistema de cotas raciais e sociais.

São essas questões que a sociedade brasileira vê hoje postas à mesa, cujo debate agora se desloca para esfera judicial. São essas respostas que o Judiciário precisa construir, refletindo com serenidade e maturidade sobre as implicações de suas decisões. Para tanto, é preciso saber escutar para melhor decidir!

Por fim, a Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe) agradece a oportunidade e confia que a decisão de questão tão sensível sobre os limites de nossa igualdade, a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal, será um elemento de fortalecimento para todos nós, cidadãos brasileiros, compromissados com a consolidação de uma democracia aberta ao diálogo plural - marcado por posições antagônicas, mas com espírito de acolhimento e respeito para com todas as divergências.