

(DES) IGUALDADE: A RESERVA DE COTAS PARA NEGROS NAS UNIVERSIDADES

Taís Nader Marta*

Gisele Ribeiro Paschoal**

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo traçar linhas argumentativas e debater alguns aspectos da sistemática adotada no Brasil para justificar as ações afirmativas adotadas em algumas Universidades Brasileiras com o fito de minimizar a discriminação racial e proporcionar a inclusão dos afro-descendentes no país.

Palavras-chave: Ações afirmativas. Cotas. Negros. Racismo. Universidades brasileiras. Inclusão. (Des) igualdade.

ABSTRACT

This work aims to draw lines argumentative and discuss some aspects of the system adopted in Brazil to justify the affirmative action taken in some Brazilian universities with the aim of minimizing racial discrimination and provide for the inclusion of african-descendants in the country.

Keywords: Affirmative action. Quotas. Black. Racism. Brazilian universities. Inclusion. (No) equality.

* Especialista em Direito Processual e em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Mestranda em Direito Constitucional do Programa *Stricto Sensu* em Direito, mantido pelo Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino, em Bauru, sob a Coordenação do Professor Doutor Luiz Alberto David de Araujo. Professora. Advogada. Endereço eletrônico: tais@barbosamarta.adv.br.

** Especialista em Direito Civil e em Direito Processual pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru, ITE, Bauru Universidade. Mestranda em Direito Constitucional do Programa *Stricto Sensu* em Direito, mantido pelo Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino, em Bauru, sob a Coordenação do Professor Doutor Luiz Alberto David de Araujo. Advogada. Endereço eletrônico: giselecucci@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Há coisas que a gente olha e não enxerga, respira e não sente, ouve e não escuta e de maneira semelhante ocorre com algumas faces da discriminação. Podemos discriminar o índio e o negro, mas também podemos estar discriminando a mulher, pelo simples fato de ser mulher, ou o operário, o professor, o político e o advogado. Até o juiz, às vezes, pode ser discriminado – do mesmo modo que, inversamente, também ele discrimina (VIANA; RENAULT, 2000, p. 11).

Atualmente, os valores constitucionais são a mais completa tradução dos fins que a comunidade pretende ver realizados no plano concreto, mediante a normatização empreendida pela própria Lei Fundante. Com efeito, enquanto ordem objetiva de valores, a Constituição cumpre o importante papel de transformar os valores predominantes em uma comunidade histórica concreta, normas jurídico-constitucionais, com todos os efeitos e implicações que esta normatização possa ter.

Em todo mundo contemporâneo parece haver grandes discussão envolvendo a iniciativa de políticas legislativas que tenham por escopo a inclusão social, em especial no tocante às chamadas minorias étnicas.

As pessoas são designadas como de minoria étnica sem que lhes seja pedido consentimento. Podem ficar satisfeitas com a situação, ou passar a mais tarde a gostar dela, e até lutar por sua perpetuação sob alguma palavra de ordem do tipo *black is beautiful*. O problema, contudo, é que isso não influencia o estabelecimento das fronteiras e nem é capaz de perpetuar, de maneira satisfatória, situações de inclusão social. Minorias étnicas é uma marca sob a qual se ocultam entidades sociais de diferentes tipos. Ocorre que as razões pelas quais essas diferenças derivam dificilmente são explicitadas (BAUMAN, 2001, p. 82-83).

“Todo brasileiro, mesmo o alvo, de cabelo louro, traz na alma, quando não na alma e no corpo a sombra, ou pelo menos a pinta, do indígena ou do negro” (FREIRE, 1950, p. 489). Assim, O Estado não pode ignorar algumas situações que violam a igualdade e a dignidade humana e é incontroverso que a lei não deve ser fonte de privilégios ou de perseguições e sim uma ferramenta capaz de regular a sociedade que necessita de equidade entre os cidadãos.

2 RACISMO E PRECONCEITO

É certo que as diferenças não emanam dos atributos da minoria em questão ou de qualquer estilo que os membros pertencentes a essa minoria abracem. As diferenças originam-se do contexto social em que se organizaram.

De acordo com Antônio Sérgio Guimarães (*apud* FIORILLO, 2009, p. 309-310) raça é conceito relativamente recente. Significou por muito tempo “um grupo ou categoria de pessoas conectadas por uma origem comum” (esse foi o sentido empregado na maioria das línguas europeias a partir do início do século XVI). As teorias biológicas sobre as raças são ainda mais recentes, por exemplo, as teorias poligenistas (século XIX) nas quais a palavra raça passa a ser usada para designação de espécies de seres humanos distintas tanto fisicamente quanto em relação à capacidade mental. Depois da perda de vigência dessas teorias raça passa a significar subdivisões da espécie humana. No entanto, no pós-guerra referido conceito passa a ser recusado pela biologia e a Unesco reúne – em três oportunidades – biólogos, geneticistas e cientistas que passam a discutir temas relacionados a raças e relações raciais. Algumas conclusões foram extraídas, entre elas a de que as diferenças fenotípicas entre indivíduos grupos humanos, assim como diferenças intelectuais, morais e culturais, não podem ser atribuídas, diretamente, a diferenças biológicas, pois dever ser creditadas a construções socioculturais e a condições ambientais.

Não se sabe ao certo se a palavra racismo é originada do francês (*racisme*) ou do inglês (*racism*). De qualquer modo, reflete a superioridade de certas raças, atributo, sentimentos, características, trazendo, como consequência, a segregação racial.

O legislador constituinte de 1988 dispensou tratamento direto ao racismo em pelo menos três passagens: artigo 5º, XLII, artigo 3º, IV e no artigo 4º, VIII da Constituição Federal.¹

A palavra preconceito, por sua vez, possui uma origem do latim *praeconceptu* significando conceito ou opinião compostos previamente, sem profundo conhecimento dos fatos.

Assim sendo, o racismo nada mais é do que uma das espécies de preconceito. Consiste

¹ O tratamento constitucional conferido ao tema tem o propósito de determinar o preenchimento do fundamento da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da CF).

em uma prática (preconceituosa) que objetiva a segregação de indivíduo(s) de um determinado meio social (FIORILLO, 2009, p. 311).

Não basta haver uma legislação protetiva para que o racismo, o preconceito e discriminação sejam combatidos, é necessário falar sobre o assunto, conscientizar a população de que essas atitudes existem e de que são incorretas e procurar a melhor maneira para combater essas condutas, pois:

[...] em todo lugar e a todo momento, atitudes de preconceito e de discriminação acontecem. Mas as pessoas fingem não ver e preferem não discutir esse fato. As conversas sobre o assunto são evitadas. No Brasil é comum ouvir-se: Aqui não temos esse tipo de problema! Brancos, índios e negros vivem na mais perfeita harmonia! (VALENTE, 1994, p. 07).

No Brasil existe racismo, ninguém pode negar. No entanto aqui não existe ódio racial de massas. O Estado não pode criar isso! É necessário e fundamental a preocupação com minorias, no entanto, é temeroso que ações afirmativas se transformem em políticas de segregação.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais não mudaram, mas enriqueceram de uma dimensão nova e adicional com a introdução de direitos sociais básicos. De acordo com José Afonso da Silva (2002, p. 180), possui como característica a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade.

Houve momentos na História em que se excluía, por completo, as pessoas das condições do âmbito de aplicação dos direitos fundamentais. Essas pessoas simplesmente não poderiam invocar direitos e garantias em face do Estado, já que estariam inseridas num sistema em que o dever de obediência seria com isso incompatível. Desse modo, recusava-se a liberdade de expressão aos servidores civis e militares, bem assim, o direito de greve, que comprometeria a disciplina e o bom andamento da Administração (BRANCO, 2002).

Norberto Bobbio (1992, p. 01) sustenta que a paz, a democracia e os direitos fundamentais da pessoa humana constituem três momentos necessários do mesmo movimento histórico: a paz atua como pressuposto necessário para o reconhecimento e efetiva proteção dos direitos fundamentais, ao passo que não poderá haver democracia (considerada como a sociedade

dos cidadãos, titulares de certos direitos) onde não forem assegurados os direitos fundamentais, da mesma forma que sem democracia não existirão as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.

É certo que desde a Antiguidade se admitiu a existência de valores eternos e imutáveis, inerentes à natureza humana e não passíveis de subversão pelo poder temporal (REIS, 1999, p. 119-120). A existência e preservação desses parâmetros constitucionais são dessa forma, exigências da própria democracia.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 – conforme assevera Celso Ribeiro Bastos (2000, p. 174-175) – preocupou-se, essencialmente, com quatro ordens de direitos individuais:

Logo no início, são proclamados os direitos pessoais do indivíduo: direito à vida, à liberdade e à segurança. Num segundo grupo encontram-se expostos os direitos do indivíduo em face das coletividades: direito à nacionalidade, direito de asilo para todo aquele perseguido (salvo os casos de crime de direito comum), direito de livre circulação e de residência, tanto no interior como no exterior e, finalmente, direito de propriedade. Num outro grupo são tratadas as liberdades públicas e os direitos públicos: liberdade de pensamento, de consciência e religião, de opinião e de expressão, de reunião e de associação, princípio na direção dos negócios públicos. Num quarto grupo figuram os direitos econômicos e sociais: direito ao trabalho, à sindicalização, ao repouso e à educação.

A primeira geração (ou núcleo inicial de liberdades individuais) se caracteriza por seu conteúdo negativo já para que sejam exercidos de maneira plena exige-se uma abstenção do Estado da esfera social, só intervindo em caso de perturbações. Estado e sociedade eram imaginados como dois sistemas distintos, cada um com limites bem definidos, com regulações autônomas e com mínimas relações entre si. Surge o Estado Liberal com o intuito de salvaguardar as liberdades individuais ante a sua principal ameaça, traduzindo-se na ideia de que o direito vincula positivamente o poder público (que só pode fazer o que está expressamente na lei) e negativamente os cidadãos (que poderiam realizar tudo aquilo que as normas não proíbem). O Estado Absoluto vira o Estado de Direito (pautado na legalidade formal). Existe a necessidade de uma forma nova (sistemática e racional) de ordenação e limitação do poder político e, como resultado dos movimentos constitucionalistas, aparecem as primeiras constituições (Constituições

Modernas), como documentos escritos nos quais se declaram as liberdades/direitos e se fixam os limites do poder político. Assim,

[...] como fruto do constitucionalismo moderno, portanto, se formaram duas esferas estanques, dando origem à famosa dicotomia clássica entre o público e o privado. O interesse privado tinha no indivíduo sua afetação jurídica natural, e o interesse público tinha como seu titular e executante, o Estado (VALE, 2004, p. 39).

As ideias de direitos fundamentais, que começaram a se formar na era moderna, e as sociedades pluralistas atuais exigem das Constituições a possibilidade de uma vida em comum. “O que é verdadeiramente fundamental, pelo mero fato de sê-lo, nunca pode ser posto, mas sim sempre pressuposto” (ZAGREBELSKY, 2007, p. 09).

Existe uma coexistência de valores e princípios sobre os quais hoje deve basear-se necessariamente uma Constituição para que não renuncie a seus deveres de unidade e de integração e, ao mesmo tempo não seja incompatível com a sua base material pluralista, exige que cada um desses valores e princípios tenha um caráter não absoluto, mas compatível com todos os outros com quem deve conviver (ZAGREBELSKY, 2007, p. 14).

Podemos dizer que hoje é convergência dos ordenamentos dos Estados contemporâneos o reconhecimento do ser humano como o centro e o fim do Direito até porque acreditamos a Declaração Universal dos Direitos Humanos não é mais uma simples Declaração sem força vinculante e sim um Tratado, com força cogente jurídica. Essa ideia no Brasil encontra-se conectada – por exemplo – pela adoção, à guisa de valor básico do Estado Democrático de Direito, da Dignidade da Pessoa Humana.

3 DO PRINCÍPIO DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE

3.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A promulgação de nossa Constituição de 1988 – vista como social, cidadã, dirigente – representou esse marco ao ditar novas práticas e eleger o respeito à dignidade da pessoa como princípio fundamental do sistema jurídico brasileiro, consoante dispõe o art. 1º, *in literis*:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;

Maria Berenice Dias (2004, p. 19 e 79) observa que certamente não se consegue enumerar a série de modificações introduzidas, mas algumas por terem realce maior, despontam com exuberância: a supremacia da dignidade da pessoa humana, lastreada no princípio da igualdade e da liberdade, é o grande artífice do novo Estado Democrático de Direito, que foi implantado no Brasil. Lembra a autora da necessidade de atentar o momento social sobre o qual incide a norma maior do ordenamento jurídico. Nesse contexto houve o resgate do ser humano como sujeito de direito e se lhe assegurou de forma ampliada a consciência da cidadania.

Esse marco é essencial, pois a partir de então expressão “pessoa” torna a solidariedade algo universal ao transmitir a ideia que pelo fato de ser pessoa, os seres humanos precisam tratar-se e agir de maneira solidária. Deve o direito buscar implementar uma justiça social.

A dignidade humana constitui o núcleo axiológico de praticamente todos os tratados e convenções de direitos fundamentais vigentes no âmbito internacional. Sendo uma matriz unificadora de todos os direitos fundamentais, e por ser, em especial o direito à vida, não é apenas um bem jurídico atribuído a uma pessoa e sim à toda coletividade que se encontra de alguma maneira a ela vinculada, o Estado brasileiro deve buscar alternativas de punições que constituam um equilíbrio social e não agravem ainda mais o problema da criminalidade em nosso país.

Esses direitos tratam de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive (SILVA, 2005, p. 178), ou seja, são direitos reconhecidos pelo Estado para propiciar uma vida mais digna ao homem.

Nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição Federal que o princípio da dignidade da pessoa humana (BONAVIDES, 2001, p. 15).

3.1.1 A dignidade da pessoa humana e a evolução do discurso sobre políticas de ações afirmativas nas universidades brasileiras

A dignidade não é só um valor intrínseco do ser humano e muito menos exclusivo do ordenamento constitucional brasileiro. Etimologicamente, dignidade “vem do latim *dignitatem*, do italiano *degnità*, do francês *dignité*, do espanhol *dignidad*, significando decoro, nobreza, compostura, respeitabilidade” (BUENO, p. 1018).

Na atualidade, a dignidade da pessoa humana constitui requisito essencial e inafastável da ordem jurídico-constitucional de qualquer Estado que se pretende Democrático de Direito. O que não seria diferente no Brasil, onde, a Constituição Federal de 1988, é fruto da luta contra o autoritarismo do regime militar,² surgindo em um contexto de busca da defesa e da realização de direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade, nas mais diferentes áreas (econômica, social, política).

Nesse sentido, ensina Paulo Bonavides (1996), que o sistema constitucional nada mais é do que a expressão que permite perceber o verdadeiro sentido tomado pela Constituição Federal em face da ambiência social que ela reflete, e a cujos influxos está cada vez mais sujeita.

Assim é que, seguindo a tendência do constitucionalismo contemporâneo, a Constituição Federal de 1988, incorporou, expressamente, ao seu texto, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) – como valor supremo –, definindo-o como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito e dos Direitos fundamentais. Sobre a decisão do constituinte, em positivar o princípio da dignidade da pessoa humana, destaca Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 68):

Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

A formulação principiológica da dignidade da pessoa humana, embora não lhe determine um conceito fixo, atribui-lhe a máxima relevância jurídica, cuja pretensão é a de ter plena normatividade, uma

² Cf. ARAUJO, 2008, p. 913: “[...] A Constituição de 1988 teve, dentre seus papéis mais importantes, a tarefa de resgatar o país de uma fase onde as liberdades democráticas não eram respeitadas. Portanto, justifica-se com facilidade o enorme rol de direitos individuais, muitas vezes repetidos no próprio texto [...]”.

vez que colocada, pelo Constituinte brasileiro, em um patamar axiológico-normativo superior (uma metanorma), verdadeira fonte da hermenêutica constitucional contemporânea.

Significa dizer que, no âmbito da ponderação de bens ou valores, o princípio da dignidade da pessoa humana justifica, ou até mesmo exige, a restrição de outros bens constitucionalmente protegidos, ainda que representados em normas que contenham direitos fundamentais,³ de modo a servir como verdadeiro e seguro critério para solução de conflitos de tal envergadura.

Ocorre que, vinte anos após a promulgação da Constituição, presencia-se, diariamente, situações em que a dignidade da pessoa humana é malferida, não apenas pela violência direta em que há o repúdio da sociedade, mas, principalmente, pela formas veladas como o preconceito, o racismo e, acima de tudo, pela falta de oportunidade para sociabilidade.

Verifica-se atualmente uma preocupante e indevida banalização de referido princípio. Em muitas discussões se fomenta – no que diz respeito às ações afirmativas – que a mesma tem, em síntese, o objetivo de incluir minorias de etnia racial e social diversa, negro, índio, pobre, do consideravelmente padrão comum: o branco de classe média.

Muitas dessas políticas sociais estão eivadas de questões morais, preconceitos e anseios de rápidas soluções para problemas sociais. No entanto, é necessário deixar de tecer uma análise meramente literal do texto constitucional para que ocorra a verificação de sua efetividade no plano material. Não basta simplesmente enunciar um princípio – de maneiras desligada do contexto e de resultados – para que ocorra, por exemplo, a inclusão de minorias étnicas.

O racismo não se caracteriza apenas pela discriminação, e sim pela violação de direitos que essa discriminação pode gerar. Com o fito de justificar e assegurar uma base constitucional para a implementação das ações afirmativas para afro-descendentes no Brasil, estar-se-á analisando o princípio constitucional da igualdade, partindo da ideia de que a Constituição é um sistema de metas, formado por regras e princípios, que tem por finalidade a realização da vontade constitucional, mormente, no que se refere ao pressuposto da dignidade da pessoa humana e da cidadania plena aos indivíduos independentemente de raça, cor e credo.

³ Cf. SARLET, 2006, p. 114, o qual cita como exemplo “[...] as decisões que, em prol de uma proteção da dignidade da pessoa, reconhecem limitações à liberdade individual, especialmente no campo da autonomia privada e liberdade contratual, inclusive – como já referido – no sentido de uma proteção da pessoa contra si mesma”.

Em brilhante apontamento feito por Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana, na condição de valor-fonte (e princípio normativo) que atrai o conteúdo dos Direitos Fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e a proteção dos direitos de todas as dimensões. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os Direitos Fundamentais que lhe são inerentes, “em verdade estar-se-á negando a própria dignidade” (SARLET, 2001, p. 87).

Verifica-se que tal posicionamento decorre das lições preconizadas por Thomas de Aquino, justificando a ideia de superioridade e grandeza do homem em relação aos demais seres, por ser este a imagem e semelhança de Deus.

Com o passar dos anos e as realidade fáticas socialmente identificadas tornou-se inadmissível a fundamentação da dignidade humana na convicção religiosa, sexual ou ainda na dependência de circunstâncias concretas, pois a dignidade é inerente da qualidade do ser humano, não podendo ser separada do “ser”, sendo impossível deixar de reconhecê-la até mesmo para o maior dos criminosos, visto sua qualidade de ser humano e principalmente pelo simples fato de que a igualdade em dignidade não é um dado ou um bem a ser conquistado, não podendo ser limitada.

Não se pode deixar de observar que não há como conceituar o princípio da dignidade humana para podê-lo restringir e limitá-lo, de forma clara e precisa.

Assim, ao tratarmos de ações afirmativas tecendo considerações sobre inclusão social e dignidade da pessoa humana, inegável a necessidade de trazer à baila o princípio da igualdade e a verificação de sua real efetividade nestas ações.

3.2 O Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade (ou da isonomia) é um dos pilares estruturais da nossa Constituição. De acordo com Canotilho (1993, p. 565):

[...] a fórmula ‘o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente’ não contém o critério material de um juízo de valor sobre a relação de igualdade. Essa igualdade material, seria atingida com uma política de justiça social e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais.

As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade do tratamento em função dela conferida (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 17).

O Estado social deve produzir igualdade fática. Razão pela qual é obrigado a prestações positivas se for o caso. Além de encontrar meios, quando necessário, para efetivação de comandos normativos de isonomia. A igualdade não revogou a liberdade, mas a liberdade sem a igualdade é valor vulnerável. Em última análise o que aconteceu foi a passagem da liberdade jurídica para a liberdade real, do mesmo modo que da igualdade abstrata se intenta passar para a igualdade fática (BONAVIDES, 2001, p. 343).

Em nosso país, os prejuízos causados pela discriminação não provêm de comportamentos esporádicos, mas de uma forma costumeira de agir e pensar (SILVA, 2001, p. 88).

Freud via no sentimento de repulsa a pessoas “estranhas” a expressão de um narcisismo que tende a afirmar-se e se conduz como se o menor desvio de suas propriedades e particularidades individuais implicasse uma crítica a elas e um convite a modificá-las. Nessa mesma linha psicanalítica observa Jurandir Freire Costa que uma cultura só reconhece sua identidade distinguindo-se de outras e *mutatis mutandis* o mesmo ocorre com a identidade do sujeito: para que um ideal de eu mantenha-se operante é preciso que existam casos ou ocorrências subjetivas que contrariem ou não cumpram os requisitos exigidos para a realização do ideal (SUIAMA, 2004, p. 135). O que seria esse ideal? Isso é controvertido, mas o que é certo é que temos que aprender a conviver com o “diferente”.

É incontroverso que a lei não deve ser fonte de privilégios ou de perseguições e sim uma ferramenta capaz de regular a sociedade que necessita de equidade entre os cidadãos.

3.2.1 Incidência do princípio da igualdade nas ações afirmativas

O princípio da igualdade, com o alcance amplo de não excluir de sua proteção qualquer cidadão, vem sendo reconhecido desde a Constituição da República de 1891. Em 1824, a Carta Imperial, embora reconhecesse o princípio, dava-lhe conteúdo reduzido e, apenas formal, pois

permitia a escravidão. A Constituição da República, de 1988, consagra o referido princípio, expressamente no caput do artigo 5º, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. É óbvio que tal igualdade, analisada de modo restritivo, refere-se à igualdade formal que se dá perante a lei. Esta igualdade, isonômica, deve servir como um direcionador do sistema jurídico para aplicação do julgador hermeneuta, com o objetivo de habilitá-lo, então, a aplicação da regra num momento posterior a ocorrência da subsunção da norma ao caso concreto. Esta concepção do princípio da isonomia não satisfaz a justiça. Então, é flagrante o fato de que a lei é igual para todos, mas nem todos são iguais perante a lei.

No plano subjetivo as pessoas são diferentes, são desiguais, o que exige do preceito constitucional uma aplicação exegética diferida, pois na medida da igualdade há a necessidade de um tratamento igual para os iguais, porém desigual para os desiguais.

Por outras palavras, a Constituição da República trata desigualmente os desiguais com o fito de torná-los iguais de fato. Um exemplo claro disso está explícito na Lei Maior, em seu artigo 5º, inciso I, quando iguala formalmente os integrantes do sexo masculino e feminino no que tange aos direitos e obrigações.

Em sentido diverso, porém, a teoria da igualdade pelo nascimento prega a existência da isonomia em razão da condição de nascimento, ou seja, os indivíduos nascem iguais e desiguais.

Para os realistas a igualdade é um patrimônio de todo homem, de toda pessoa humana, e, estes reconhecem que existem as desigualdades sociais, políticas, econômicas que deturpam a consubstanciação da isonomia de fato. A isonomia formal, pode ser classificada, então, como a igualdade perante a lei, e a material, são as regras que proíbem as distinções fundadas em fatores sociais, econômicos e políticos.

A análise do presente trabalho será feita sob a égide da igualdade material, destacando a inconstitucionalidade das ações que pregam pela distinção e privilégios sob o fator único e exclusivo da desigualdade social e econômica, sendo a cota para negras um exemplo gritante de desrespeito ao princípio da igualdade.

4 ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE

Primeiramente deve-se levar em conta quais os fatores que ensejam ou que tornam necessárias as políticas públicas de promoção social bem como quais os fatores que legitimam esses tratamentos diferenciados para o ingresso de afro-descendentes nas Universidades brasileiras.

Se o fator aqui considerando refere-se a *cúrtis* estar-se-ia reconhecendo que o fato de “ser negro” torna a discriminação inerente do ser, autorizando o tratamento jurídico diverso a determinada raça.

Ao que parece quando o assunto envolve questões correlatas a promoção e inclusão social as ações afirmativas representam a política de Estado mais bem inserida no ordenamento. Porém uma análise fria deste conceito vem a ferir seriamente o princípio constitucional amplamente consagrado, qual seja, a isonomia.

Se todos somos iguais perante a lei não há razão quiçá constitucional que justifique o tratamento diferenciado nesse caso. Até porque, sabemos que esse conceito biológico de “raça” está muito ultrapassado. Essa ideia foi debatida em nossos tribunais num histórico julgamento em que o então o ministro do Supremo Tribunal Federal, Moreira Alves, cita um estudo em que I. SOBEL e Fred FOLDVARY (*Zionism and Race*) negam serem os judeus uma raça, por serem raças designações biológicas ou genéticas (BRASIL, 2003).

Nesta linha, para que a norma se qualifique como aderente ao princípio constitucional da isonomia, o acesso beneficiado do negro à universidade vem, necessariamente, como compensação a uma pior condição nesse acesso frente a seus concorrentes, o que, por sua vez, tem de decorrer da condição de negro.

Ora, no Brasil existe uma democracia racial no país e no Brasil não é possível identificar raças. É necessário que o nosso país busque combater a discriminação social e não racial. Caso contrário estaria, na verdade, legitimando uma discriminação positiva do negro, o que, mesmo que de maneira temporária, não é desejável e vai de encontro com os fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito.

O objetivo do nivelamento de oportunidades é combater as desigualdades históricas, criando condições para que todos os indivíduos tenham oportunidade de desenvolver suas capacidades e de evoluir por meio do sucesso na competição pelos bens sociais. Não se pretende alcançar, muito menos impor, a chamada igualdade real, substancial, material ou econômica, pois

o ideal de igualdade de todos em tudo é impossível. O que se exige é que todos tenham as mesmas condições de melhoria, para que se reduzam progressivamente as desigualdades. Há uma identidade entre a discriminação econômica e a discriminação social no Brasil, mas devemos prestigiar as políticas universalistas.

Como cediço o acesso a universidades é feito mediante aprovação em concurso público, aberto a todos que atendam a um requisito mínimo de escolaridade, sendo aprovados todos aqueles que possuem o mínimo exigido, independentemente que prévia análise pessoal ou histórico-social. Assim, tem-se que somente são aprovados aqueles que têm condições intelectuais para frequentá-la. Nesse contexto, as cotas violam o princípio “meritocrático” e podem contribuir para a acentuação da discriminação e com uma diminuição no nível de excelência das universidades.

Aqui, verifica-se outro fator impeditivo ao acesso que atinge não exclusivamente o negro, mas também e principalmente o pobre. Então, indiscutivelmente as limitações sociais amparadas pelas ações afirmativas, em especial o acesso de pessoas de menor poder aquisitivo frequentando escolas públicas, sem galgar qualquer uma política de cotas isonômica para inclusão nas universidades, destina-se àquele de precária educação básica, negro e pobre.

O que parece lógico é a legitimação da violação de direitos de indivíduos pertencentes a classes não favorecidas pela ação afirmativa baseada na cor da pele.

Daí conclui-se que o fator educação, independentemente do fator econômico, se sobrepõe a causa, eivando de inconstitucionalidade as políticas de acesso para negros.

A norma que prevê a reserva de vagas para negros nas universidades carece de constitucionalidade, por ferir o princípio da igualdade. Prega inconsciente e infelizmente a superioridade intelectual do branco sobre o negro. Não acerta no critério e tende a discriminar um novo grupo de pessoas ainda mais excluído: os negros pobres.

As cotas raciais violam o princípio da igualdade ao concederem privilégios injustificados a certos grupos raciais ou sociais. Ao suspender o sistema de ingresso na universidade baseado no mérito do candidato, o sistema de quotas combate uma injustiça criando outra, além de violar o disposto no artigo 208, inciso V, da Constituição Federal, que fixa o critério de capacidade para ingresso no ensino superior; as quotas são também arbitrárias, pois não há critérios científicos para se identificar quem é, de fato, afro-descendente.

As ações afirmativas são medidas de cunho compensatório. De natureza especial e temporária, visam aliviar o peso de um passado discriminatório (servindo muitas vezes para aliviar a consciência de muitos), passado este que tratou o negro como uma sub-raça e promovendo teorias de inferioridade dos afro-descendentes.

Significa, ainda, uma alternativa para se opor à desigualdade estrutural que perpassa os séculos na realidade brasileira e mundial.

A equalização econômico-social forçada das pessoas é incompatível com o Estado Democrático de Direito. Em um regime democrático, a redução das desigualdades deve ocorrer exclusivamente pela ação dos cidadãos competindo pelas posições sociais em condições paritárias. Ao Estado cabe apenas oferecer a todos oportunidades iguais de competição sem recorrer a medidas forçadas de equalização.

Assim, dentro desse raciocínio, o sistema de quotas, ao tentar acelerar a equalização étnica da população universitária, por meio da garantia de sucesso de determinados grupos sociais, na competição por uma vaga no ensino superior, torna-se inconstitucional, por contrariar dois princípios: o da igualdade de oportunidades inscrito no art. 206, I, e o da competição para ingresso no ensino superior, previsto no art. 208, V, ambos da Constituição Federal. Ademais, no plano infraconstitucional, a política de reserva de vagas se choca com o objetivo nº 19 da educação superior, constante da Lei nº 10.172/01 que criou o Plano Nacional de Educação:

19. Criar políticas que facilitem às minorias, vítimas de discriminação, o acesso à educação superior, através de programas de compensação de deficiências de sua formação escolar anterior, permitindo-lhes, desta forma, competir em igualdade de condições nos processos de seleção e admissão a esse nível de ensino.

O Plano Nacional de Educação determina a criação de políticas que garantam reais condições de igualdade nos processos seletivos para acesso ao ensino superior, não o acesso facilitado a esse nível escolar (vantagem ilícita). Nesse sentido, a Lei nº 10.172/01 explicita aquilo que está colocado de forma sintética na Constituição, confirmando, assim, a posição defendida no presente artigo.

Como dito acima, o sistema de cotas étnicas no ensino superior provoca o conflito entre dois princípios constitucionais. Apliquemos, então, o princípio da proporcionalidade a essa política a fim de se examinar sua constitucionalidade.

A polêmica sobre as políticas de raça remete a uma questão de fundo sobre o projeto nacional brasileiro. Os brasileiros não aprenderam a separar as pessoas segundo o cânone do mito da raça. Nós imaginamos que as águas podem – e devem! – se misturar. Que a única raça importante é a raça humana (MAGNOLI, 2009, p. 383).

Para que o sistema de cotas seja constitucional, é necessária a verificação do real problema, ou seja, a garantia que discriminação passada produza efeitos no presente e que exista atualmente uma efetiva desigualdade de oportunidades para o acesso de afro-descendentes à universidade e que essa desigualdade seja a causa do desbalanço étnico da população universitária.

Ademais, é preciso que a política de cotas seja adequada para eliminar a constatada desigualdade de oportunidades e reduzir o desbalanço racial e não aumentar essa problemática.

Além disso, é certo “uma defesa da tolerância não precisa ser uma defesa da diferença” (WALZER, 1999, p. 12). Assim, antes da aplicação da política de cotas, é necessário não haja outras medidas de igual eficácia que não afrontem o princípio da competição vestibular contido no art. 208, V, da Constituição Federal. Também é preciso verificar a proporcionalidade em sentido estrito da medida, pó seja, que as vantagens da política de cotas sejam superiores às suas desvantagens.

Embora tenham caráter liminar, as recentes decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ) e do Tribunal Regional Federal (TRF) da 2ª Região, que suspenderam o regime de cotas para negros, índios e estudantes de escolas públicas em universidades estaduais e federais, são mais um exemplo das tensões e confusões jurídicas que essa demagógica política de ação afirmativa e de justiça compensatória vem causando em todo o País.

No Rio de Janeiro, o recurso judicial foi impetrado por um deputado estadual, que questionou a constitucionalidade de uma lei, aprovada no ano passado pela Assembleia Legislativa, que estabelece cotas para deficientes físicos e para filhos de bombeiros, policiais civis e militares e inspetores de segurança e administração carcerária mortos em serviço ou incapacitados em razão de serviço. Em 2002, a Assembleia fluminense já havia aprovado uma lei impondo as chamadas cotas raciais e sociais nas três universidades públicas estaduais. Ao fundamentar a concessão da liminar, o desembargador Walmir de Oliveira e Silva criticou a legislação fluminense sobre cotas, alegando que, além de ferir o princípio da igualdade

consagrado pela Constituição de 1988, ela não prevê critérios objetivos para avaliar o conhecimento dos candidatos cotistas. Não se trata de um fato isolado no Estado. Só a Universidade Estadual do Rio de Janeiro (Uerj), que reserva 45% de suas vagas a alunos cotistas, responde anualmente a cerca de 400 processos judiciais, em média. Eles são impetrados por estudantes não cotistas que não conseguiram se matricular, apesar de terem obtido pontuação maior que a de cotistas aprovados nos vestibulares da instituição. Em 2006, um vestibulando de medicina obteve 91 pontos e não conseguiu ser aprovado - e um cotista ingressou no curso de relações públicas com apenas 50 pontos.

No TRF da 2ª Região, o recurso foi ajuizado por 15 estudantes que também obtiveram média para passar no vestibular da Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes), em 2007, mas não puderam se matricular, preteridos por cotistas. A instituição reserva 40% de suas vagas a alunos oriundos de escolas públicas e que tenham renda familiar mensal de até sete salários mínimos. Em seu voto, a relatora do processo, desembargadora Lúcia Lima, afirmou que as cotas comprometem o princípio do mérito no acesso ao ensino superior público. Para ela, o mais adequado para se promover justiça social seria conceder bolsas de estudo para estudantes carentes ou pobres, em vez de prejudicar "estudantes que, por circunstâncias de vida, tiveram oportunidade de estudar em uma instituição de ensino particular".

Na comunidade acadêmica e nos meios políticos, a reação às duas liminares foi a esperada. A Procuradoria-Geral do Estado do Rio prometeu entrar com embargo de declaração, assim que a decisão dos desembargadores for publicada. A Assembleia Legislativa também prometeu recorrer, alegando que a lei por ela aprovada é constitucional. O ministro da Igualdade Social, Edson Santos, afirmou que o Órgão Especial do TJ-RJ teria agido com inusitada rapidez no caso. "Estranhei a celeridade na votação. Uma questão como essa, com impacto social tão grande, não pode ser decidida por liminar", disse ele. Por sua vez, as três universidades estaduais fluminenses alegam que a decisão do TJ-RJ exigirá alterações no vestibular programado para novembro. Ademais, a Ufes e as três universidades estaduais fluminenses agora têm de enfrentar tensões causadas pelo acirramento da discriminação racial. Os alunos cotistas são malvistas pelos não cotistas, enquanto os estudantes beneficiados por liminares são criticados pelos cotistas. Esse é o tipo de problema que, tendo começado pela equivocada tentativa de democratizar o acesso ao ensino superior com base em critérios como etnia, cor da pele e origem socioeconômica - quando

o mais sensato era combater o péssimo nível do ensino fundamental e do ensino médio -, pode levar ao segregacionismo e à eclosão do ódio racial num país que, apesar de suas iniquidades, sempre se caracterizou pela miscigenação e pelo convívio harmonioso de pessoas de todas as nacionalidades, cores e religiões (Jornal o Estado de São Paulo. Dia 31/05/2009).

É necessário que se busque propiciar uma maior abertura com relação à discussão afeta a necessidade de efetivação da proteção constitucional destinada a todos os cidadãos, de maneira indistinta e não discriminatória, tendo em vista que, inegavelmente, diversos segmentos sociais não desfrutam, ainda, de tais benesses e conquistas (BAHIA, 2002, p. 150).

Da análise tecida não se segue nem mesmo que a cota seja uma solução, ainda que ao lado de outras. Há tarefas que cada indivíduo enfrenta, mas com as quais não se pode lidar individualmente. O que quer nos separe e nos leve a manter distância dos outros, a estabelecer limites e construir barricadas, torna a administração dessas tarefas ainda mais difícil. Todos precisamos ganhar controle sobre as condições sob as quais enfrentamos os desafios da vida – mas para a maioria de nós esse controle só pode ser obtido coletivamente (BAUMAN, 2003, p. 133).

A raça é o fruto do poder do Estado que rejeita o princípio da igualdade entre os cidadãos (MAGNOLI, 2009, p. 16)

Na verdade, somente uma visão, de fato, racista, que não considere que os negros ou pardos – os chamados afro-descendentes – possam ter o mesmo potencial intelectual de qualquer pessoa (seja branca, asiática ou indígena, para as quais, aliás, não se cogitou de favorecimento por meio de cotas), explicaria essa ideologia "cotista", que desmente fatos comprovados da realidade, vale dizer: que negros e pardos têm condições de vencer, plenamente, em todos os campos da atividade humana, graças a seus próprios méritos e esforços, sem que para isso necessitem de "vantagens" compensatórias. Por outro lado, sem que se negue a existência de preconceitos raciais no seio de nossa sociedade – que devem ser combatidos com os rigores que as leis brasileiras vigentes determinam, nesse campo -, não se pode negar que no Brasil há formidável miscigenação racial, talvez em grau único no Planeta, o que constitui uma de nossas maiores riquezas antropológicas e culturais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode criar uma equidistância entre brancos e os negros. Não existe o Brasil dos negros, dos brancos ou dos índios, existe apenas um Brasil: miscigenado. A lei de cotas abstrai o fato de o povo brasileiro ser um povo uno e, por isso, ao propor identidades determinadas na cor da pele, está contribuindo para ampliação do racismo.

Contemporaneamente, é marcante a refutação aos argumentos que pregam a existência de raças, muito menos raças superiores ou inferiores. Há, inclusive, vários fatores contrários a esse discurso que reitera a existência de raças. Só existe uma raça: a raça humana, uma única espécie. O que pode existir é o racismo e atitudes racistas que são, na verdade, construções sociais que devem ser combatidas, pois o racismo é uma ideologia e como toda ideologia se materializa em práticas sociais.

Assim, os argumentos contrários às cotas justificam a ilegitimidade da discriminação positiva porque esta reforça e declara a ideologia odiosa de tempos passados: a de que os brancos são mais capacitados, sendo a eles reservado o posto de dominador e orientador das “raças inferiores”. Tal desatino seria o argumento-chave para ver nas medidas de inclusão dos afro-descendentes o gérmen da desigualdade não-consentida pela nossa “Constituição cidadã”.

A cota não é uma das soluções possíveis para o problema da discriminação já que, na verdade, vem contribuindo para sua acentuação.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Sérgio. *Os descaminhos da tolerância*. O afro-brasileiro e o princípio da igualdade e da isonomia no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.
- BAHIA, Cláudio José Amaral. *Da necessidade da efetivação da proteção constitucional à homossexualidade*. Bauru: Dissertação de Mestrado do Centro de Pós Graduação da Instituição Toledo de Ensino 2002.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade – a busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 2ª parte. Brasília: Ed. Brasília Jurídica. Instituto Brasiliense de Direito Público, 2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Habeas Corpus* HC nº. 82. 424. Relator: Ministro Moreira Alves. Paciente: Siegfried Ellwanger. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882424.NUME.%20OU%2082424.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 23 nov 2009.
- BUENO, Francisco da Silva. *Grande dicionário etimológico prosódico da língua portuguesa*, verbete ‘dignidade’, v. II.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.
- DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre o direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

FARAH, Flávio. *Quotas étnicas nas universidades*. Disponível em: <www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7436>.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREYRE, Gilberto. *Casa grande & senzala*. 6. ed. São Paulo: Livraria José Olympio Editora, 1950, v. 2.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *O debate constitucional sobre as ações afirmativas*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>.

MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue – história do pensamento racial*. São Paulo: Contexto, 2009.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E DO EMPREGO. *Programa de Combate a Discriminação no Trabalho – Glossário*. Disponível em: <www.mte.gov.br/empregador/fiscatrab/programacombate/conteudo/glossario.asp>.

PACHECO, Celso Antonio. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *II Seminário – O negro na universidade: o direito à inclusão*. Salvador, 2003.

REIS, Márcio Monteiro Reis. Moral e Direito – A fundamentação dos direitos humanos nas visões de Hart, Peces-Barba e Dworkin. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Katia Elenise Oliveira da. *O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUIAMA, Sergio Gardenghi. *Identidade, diferenças*. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: Ano III – Número II, 2004.

VALENTE, Ana Lucia E. F. *Ser negro no Brasil hoje*. 11. ed. rev. e amp. Coleção Polêmica. São Paulo: Moderna, 1994.

VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editores, 2004.

VIANA, Túlio Márcio; RENAULT, Luiz Otávio (Coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr Editora LTDA, 2000.

WALZER, Michel. *Da tolerância*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. XII.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos e justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2007.