

AS COTAS RACIAIS COMO VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

THE RACIAL QUOTAS AS A VIOLATION OF THE PRINCIPLE OF EQUALITY

Fernanda de Carvalho Soares
Bento Herculano Duarte Neto

RESUMO

As cotas raciais tem sido um importante instrumento de ação afirmativa utilizado nas universidades brasileiras, sob a pretensão de diminuir as desigualdades sociais e favorecer os grupos considerados menos favorecidos, notadamente as pessoas de raça negra. Tal sistema tem sido alvo de discussões acadêmicas e ações judiciais, questionando a sua constitucionalidade, notadamente frente ao princípio da igualdade. Apesar de ter sido recentemente aprovada e regulamentada a Lei de Cotas, e de o Supremo Tribunal Federal ter declarado a constitucionalidade do sistema de cotas, faz-se necessária uma análise e discussão do tema, à luz do princípio da igualdade, haja vista que este tema ainda suscita vários questionamentos no meio acadêmico. Os argumentos de justificação utilizados para a defesa do sistema não são suficientes para a permissibilidade do tratamento desigual entre brancos e negros.

PALAVRAS-CHAVE: Cotas Raciais; Ação Afirmativa; Princípio da Igualdade.

ABSTRACT

The racial quotas has been an important instrument of affirmative action used in Brazilian universities, under the pretense of reducing social inequality and promoting the groups considered less fortunate, especially people of the black race. This system has been the subject of academic discussions and lawsuits challenging its constitutionality, especially against the principle of equality. Despite having been recently approved and regulated the Quota Law, and the Supreme Court has declared the constitutionality of the quota system, it is necessary an analysis and discussion of the topic in the light of the principle of equality, given that this issue still raises several questions in academia. The justification arguments used for the defense of this system are not sufficient for the permissibility of unequal treatment between whites and blacks.

KEY-WORDS: Racial Quotas; Affirmative Action; Principle of Equality.

SUMÁRIO

1 Introdução 2 Princípio da Igualdade 2.1 Promoção da Igualdade Fática 3 Ações afirmativas no mundo 3.1 Cotas raciais como ação afirmativa nas universidades brasileiras 3.2 Argumentos de justificação 4 As cotas raciais como violação ao princípio da igualdade 5 Conclusão

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, as ações afirmativas tem sido foco de amplas discussões políticas e da sociedade como um todo, notadamente em face da recente aprovação da Lei de Cotas e do Estatuto da Igualdade Racial e da adoção das políticas de cotas raciais nos vestibulares pelas universidades de todo o país. Tal sistema tem sido alvo de ações judiciais questionando sua constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, o qual recentemente posicionou-se acerca do tema, no julgamento da ADPF 186 DF ajuizada pelo partido político Democratas – DEM – em face da Universidade de Brasília, tendo o Tribunal Constitucional entendido pela constitucionalidade da implementação do sistema de cotas raciais. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, a utilização do referido sistema não viola o princípio da isonomia, uma vez que busca a promoção da igualdade material.

O objetivo do presente estudo visa, portanto, analisar a constitucionalidade da utilização do sistema de cotas em face da violação ou não do princípio da igualdade, mormente considerando a promoção da igualdade fática. Destaque-se que o presente artigo não pretende lidar com um tipo de sistema de preferência racial de nenhuma universidade específica. Ao contrário, a ideia central do artigo é analisar o fenômeno das cotas raciais no Brasil como um todo, sem se ater às especificidades do sistema adotado por cada universidade.

Ressalte-se ainda que o artigo em apreço visa a analisar o sistema de cotas à luz do princípio da igualdade, de acordo com uma interpretação sistemática da Constituição Federal, buscando-se conceituar a igualdade em suas diversas acepções.

Não é demais mencionar que, em que pese o Supremo Tribunal Federal tenha declarado a constitucionalidade do referido sistema, resta possível a análise que ora se propõe, considerando que, embora haja uma vinculação da decisão do STF aos órgãos do judiciário e das demais esferas do governo, tal matéria ainda gera inquietação no meio acadêmico, de forma que o assunto carece de maiores reflexões.

No presente trabalho foi utilizada a metodologia teórico-descritiva, a partir de uma análise da doutrina e da legislação acerca do tema. Assim, num primeiro aspecto será analisado o princípio da igualdade, suas origens, definição, desenvolvimento histórico e limites; em segundo lugar, será analisada a diferença entre a igualdade fática e a igualdade jurídica, e será realizada uma análise das cotas raciais à luz da igualdade fática; posteriormente, serão estudadas as ações afirmativas no mundo e no Brasil; em seguida, será

feita uma análise das cotas raciais como ação afirmativa nas universidades brasileiras; e, por fim, serão analisados os argumentos utilizados para justificar a utilização das cotas raciais, e se tais argumentos se sustentam em face do princípio da isonomia.

2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade é uma norma de direito fundamental que confere aos indivíduos o direito à igualdade de tratamento, o direito fundamental ao tratamento isonômico (STEINMETZ, 2004, p. 231).

A Constituição de 1988 abre o capítulo dos direitos individuais com o princípio de que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza* (art. 5º, *caput*), o qual pode ser denominado de *cláusula geral de igualdade*, e que atribui, de imediato, um direito fundamental em sentido formal. A referida norma possui aplicabilidade imediata, por força do art. 5º, §1º, está imune ao Poder Constituinte Reformador (art. 60, §4º, IV), ocupando uma posição de destaque na ordem jurídica.

José Afonso da Silva (2005, p. 211) aponta ainda para a existência de outras normas esparsas pelo texto constitucional que reforçam o princípio isonômico, como o inciso I do artigo 5º, que declara que *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações*. José Afonso da Silva cita ainda o artigo 7º, XXX e XXXI, que trata de regras de regras de igualdade material, ao proibirem *diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão, por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e qualquer discriminação no tocante a salário e critério de admissão do trabalhador portador de deficiência*. Ensina ainda o referido doutrinador que:

A previsão, ainda que programática, de que a República Federativa do Brasil, tem como um de seus objetivos fundamentais *reduzir as desigualdades sociais e regionais* (art. 3º, III), veemente repulsa a qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV), a universalidade da segurança social, a garantia ao direito à saúde, à educação baseada em princípios democráticos e de igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, enfim a preocupação com a justiça social como objetivo das ordens econômica e social (arts. 170, 193, 196 e 205) constituem reais promessas de busca da igualdade material (SILVA, 2005, p. 212).

Podem-se citar ainda os dispositivos constantes no inciso XLI do art. 5º, *caput* do art. 14, incisos I e VIII do art. 37, §1º do art. 145, §5º do art. 226, e §6º do art. 227, todos da Constituição.

Isso nos revela que o constituinte de 1988 pretendeu colocar a isonomia como um verdadeiro princípio informador e condicionador de todos os direitos (BASTOS, 1998, p. 183). Como diz Celso Ribeiro de Bastos, “*a igualdade é, portanto, o mais vasto dos princípios constitucionais, não se vendo recanto onde ela não seja impositiva*” (1998, p. 183).

A origem do direito de igualdade remonta à Revolução Francesa, quando então a burguesia superou os privilégios feudais da nobreza e do clero, fazendo surgir, então, uma sociedade que não mais admitia a discriminação das pessoas com base no nascimento (BASTOS, 1998, p. 181). A expressão máxima dos ideais iluministas da revolução francesa foi expressa na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual afirma, em seu artigo 1º, que “Os homens nascem e vivem livres e iguais em direitos”. Nesse sentido, percebe-se que o direito de igualdade surge como um direito de caráter essencialmente negativo, com o intuito de impedir privilégios e perseguições, ou seja, enquanto *direitos de defesa* dos indivíduos perante o Estado (ANDRADE, 2006, p. 53).

Atualmente, o princípio da igualdade possui duas dimensões: uma dimensão negativa e uma positiva. Como dimensão negativa, o princípio da igualdade é uma norma de proibição, precisamente de qualquer discriminação, ou seja, é uma norma constitucional de direito fundamental que atribui às pessoas, físicas e jurídicas, um direito subjetivo a não serem discriminadas. Em sua dimensão negativa, vincula, de forma estrita, os poderes públicos: ao Poder Legislativo está proibida a discriminação na definição do conteúdo das normas jurídicas; e ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, na interpretação e na aplicação das normas jurídicas. No tocante à dimensão positiva, o mandamento de igualdade visa a preservar ou garantir a igualdade existente, tendo por finalidade promover a igualização, isto é, produzir imediata ou progressivamente, situações ou relações de igualdade onde elas ainda não existem. É no contexto da dimensão positiva do princípio da igualdade que se inferem as ações afirmativas, e mais precisamente, as cotas raciais (STEINMETZ, 2004).

Percebe-se, ainda, que o conceito de igualdade foi transformando-se ao longo dos tempos, de acordo com as mudanças históricas ocorridas na humanidade, e em conformidade com as demandas sociais, ultrapassando o conceito de igualdade meramente jurídico-formal para alcançar uma igualdade material, a qual, consoante já observado, fora bastante promovida em nossa Constituição.

Aristóteles vinculou a ideia de igualdade à ideia de justiça, no sentido de dar a cada um o que é seu; contudo, consoante ensina José Afonso da Silva (2005, p. 213), impossível atingir tal justiça sem a desigualdade complementar que é satisfeita se o legislador tratar de maneira igual os iguais e desiguais os desiguais.

Robert Alexy (2008, p. 396-397) ensina que o dever de igualdade na criação do direito exige que todos sejam tratados de forma igual pelo legislador, contudo explica que não pode exigir que todos devam ser tratados exatamente da mesma forma ou todos devam ser iguais em todos os aspectos. Por isso, lança como meio-termo a fórmula clássica “O igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente”.

O aludido autor cita a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão para explicar que uma diferenciação é arbitrária e, por isso, proibida, se não for possível encontrar um *fundamento* qualificado para ela. Aduz ainda que se infere a necessidade de haver uma razão *suficiente* que justifique uma diferenciação, e também que a qualificação dessa razão como suficiente é um *problema de valoração* (ALEXY, 2008, p. 408).

Assim, o autor resume a ideia da necessidade do fundamento qualificado para diferenciação no seguinte enunciado: “Se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então o tratamento igual é obrigatório” (ALEXY, 2008, p. 408).

Por outro lado, Alexy (ALEXY, 2008) ensina que a segunda parte do enunciado “o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente” deve ser explicitado na seguinte formulação, visto que a norma de tratamento desigual não pode ter a mesma estrutura da norma de tratamento igual: “Se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório”. O que conclui o autor é que a assimetria entre a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual tem como consequência o estabelecimento de um ônus argumentativo para a norma de tratamento desigual e a possibilidade de compreender o enunciado geral de igualdade como um princípio da igualdade que *prima facie* exige um tratamento igual e que permite um tratamento desigual apenas se for justificado por princípios contrapostos.

Faz-se necessário, portanto, a existência de uma razão razoável para a existência do tratamento desigual, tanto quanto para o igual, conforme ensinamento de Steinmetz (2004, p. 237). Segundo a Jurisprudência do STF, um tratamento desigual ou diferenciado está autorizado ou ordenado se presentes os “critérios impessoais, racionais e objetivos”, “correlação lógica e racional”, “pressupostos lógicos e objetivos” ou “necessário coeficiente de razoabilidade”.

Assim, o princípio da igualdade engloba a *proibição do arbítrio*, que consiste na *proibição de discriminação e privilégios* e *obrigatoriedade de diferenciação*, ou seja, faz-se necessário o tratamento igual a situações iguais ou semelhantes e tratamento desigual de situações desiguais ou dissemelhantes (ALBUQUERQUE, 1993, p.74).

Contudo, os problemas de igualdade ou desigualdade não se reduzem a juízos de fato, envolvendo, sobretudo, pontos de vista valorativos (STEINMETZ, 2004, p. 234).

Steinmetz menciona que para verificar se há ou não uma justificação racional e objetiva deve-se utilizar o princípio da proporcionalidade, sendo esse também o posicionamento do STF. Nesse sentido, a diferenciação ou o tratamento desigual é constitucional se compatível com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de configurarem privilégios inconstitucionais ou prejuízos e desvantagens inconstitucionais. Assim, examina-se a adequação entre o meio (a própria diferenciação) e o fim almejado, a exigibilidade do meio e a proporcionalidade em sentido estrito entre os graus de afetação e de realização de direitos e/ou bens constitucionais que estão em questão em virtude do tratamento diferenciado (STEINMETZ, 2004, 238-239).

No caso das cotas raciais, percebe-se que há um tratamento diferenciado em benefício de um grupo de pessoas – *in casu*, os afrodescendentes –, em detrimento do restante da população. Logo, há a necessidade de estabelecer uma fundamentação, um *fundamento qualificado* que justifique a diferenciação adotada, que é justamente o que será objeto de análise do presente estudo mais adiante.

2.1 PROMOÇÃO DA IGUALDADE FÁTICA

Alexy (2008, p. 416) diferencia igualdade jurídica de igualdade fática, afirmando que a primeira está relacionada a atos, às ações estatais, enquanto a segunda relaciona-se a consequências fáticas da ação estatal que são decisivas.

Para explicar tal diferenciação, o autor cita a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, em um antigo julgado em que se tratava de decidir da não garantia de assistência judiciária gratuita para um determinado procedimento judicial, a despeito da exigência da presença de advogado. Aduz que, de acordo com a compreensão relacionada a atos, os necessitados e não-necessitados são tratados de forma igual, já que a ambos é recusada a assistência judiciária gratuita. Pode-se dizer que ambos foram tratados juridicamente iguais. Contudo, no tocante a consequências, necessitados e não-necessitados foram tratados de forma desigual, já que a não concessão da assistência judiciária gratuita ao necessitado o impede de utilizar a via judicial, por não dispor dos meios necessários para tanto. Nesse sentido, pode-se dizer que ambos foram tratados de forma faticamente desigual.

No tocante à diferenciação entre igualdade fática e jurídica, aduz Alexy (2008, p. 417) que “quem quer promover a igualdade fática tem que estar disposto a aceitar a

desigualdade jurídica”. Por outro lado, a promoção da igualdade jurídica acentua as desigualdades fáticas.

Canotilho (2003, p. 426) aduz que a igualdade é, desde logo, a igualdade formal, também chamada de jurídica ou liberal, e a afirmação “todos os cidadãos são iguais perante a lei” significa, tradicionalmente, *a exigência de igualdade na aplicação do direito*. Menciona ainda não ser no sentido da igualdade formal que se consagra no texto Constitucional o princípio da igualdade, exigindo-se uma igualdade material através da lei, devendo-se tratar por “igual o que é igual e desigualmente o que é desigual” (CANOTILHO, 2003, p. 428).

Assim, o princípio da igualdade não é uma norma que ordena, sempre, um tratamento igual ou proíbe, sempre, o tratamento desigual, tendo em vista a existência de desigualdades fáticas entre as pessoas. Logo, não há sem igualdade fática absoluta nem desigualdade fática absoluta (STEINMETZ, 2004, p. 233).

As ações afirmativas têm sido utilizadas no mundo justamente sob a justificativa de alcançar a igualdade fática entre pessoas que se encontram em situações de desigualdade material.

3 AÇÕES AFIRMATIVAS NO MUNDO

As ações afirmativas, inicialmente, eram definidas como um mero encorajamento por parte do Estado a que pessoas com poder decisório nas áreas pública e privada levassem consideração, nas suas decisões relativas a temas sensíveis como acesso à educação e ao mercado de trabalho, fatores que até então não eram considerados relevantes, como a raça, a cor, o sexo e a origem nacional das pessoas. Este encorajamento tinha por objetivo concretizar o ideal de que as escolas e empresas refletissem em sua composição a representação de cada grupo na sociedade ou no mercado de trabalho. A partir do final da década de 60, as ações afirmativas passaram a ser associadas à ideia de realização de oportunidades, através de imposição de cotas rígidas de acesso de representantes das minorias a determinados setores do mercado de trabalho e a instituições educacionais (GOMES, 2001, p. 39-40).

Joaquim Barbosa (GOMES, 2001, p. 40-41) diz que, na atualidade, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate não apenas à discriminação de raça, mas também de gênero e de origem nacional, com o objetivo de concretizar o ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o

emprego, ou seja, com vistas à concretização da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direitos.

Para Carmen Lúcia Antunes Rocha (1985), a ação afirmativa é “uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias” e emergiu como a face construtiva e construtora do novo conteúdo a ser buscado no princípio da igualdade jurídica, ou seja, a busca pela igualdade material. Ronald Dworkin, utilizando argumentos utilitaristas, assevera que o objetivo imediato das ações afirmativas é o de aumentar o número de membros de certas raças em certas posições e profissões, sendo o objetivo final a redução do grau de consciência racial da sociedade (DWORKIN apud GOMES, 2001, p. 69).

As ações afirmativas como são conhecidas hoje foram concebidas inicialmente nos Estados Unidos, contudo hoje já se encontram adotadas em diversos países europeus, asiáticos e africanos, assim como no Brasil, com as devidas adaptações à situação de cada país. A adoção da política de ações afirmativas marca uma mudança de postura do Estado, deixando de lado uma suposta neutralidade, a qual tem se revelado um fracasso, principalmente em sociedades que durante séculos mantiveram grupos de categorias de pessoas em posição de subjugação legal, de inferioridade legitimidade pela lei, ou seja, em países com histórico de escravidão (GOMES, 2001).

As ações afirmativas têm sido implantadas no mundo sob, principalmente, três argumentos de justificação: reparação (Justiça Compensatória), justiça distributiva e diversidade. Na Índia, país de mais longa experiência histórica com políticas de ação afirmativa, estas começaram a ser implantadas ainda sob o domínio colonial inglês, com o intuito de dividir os colonizados e enfraquecê-los frente ao domínio inglês. Após sua independência, o país optou por ratificar tais iniciativas em sua constituição. Na Índia, são quatro os princípios de justificação das políticas afirmativas que podem ser identificados: 1) compensação, também denominada reparação, em razão das injustiças cometidas no passado a determinado grupo social; 2) proteção dos segmentos mais fracos da comunidade, conforme artigo 46 da constituição que visa à promoção dos *dalit* (intocáveis) como objetivo fundamental; 3) igualdade proporcional – distribuição igualitária das oportunidades de educação e emprego em proporção de cada grupo na sociedade; e 4) justiça social, onde o conceito de justiça distributiva de encaixa (SOUZA NETO; FERES JUNIOR; 2010, p. 345-363).

Contudo, os Estados Unidos possui o histórico mais significativo de experiências de ações afirmativas, e possui maiores similaridades históricas compartilhadas com o Brasil, o

qual importou o modelo americano no tocante às ações afirmativas. Inicialmente, na década de 1960, quando a ação afirmativa começou a ser implantada nos Estados Unidos, dois eram os argumentos que prevaleciam sua justificação: a reparação e a justiça social. À época, não eram utilizadas as expressões “affirmative action” e “substantive action”, contudo prevalecia a ideia de igualdade substantiva, presente no argumento de que a igualdade não deve ser apenas um direito formal, afirmado na teoria, mas sim um direito efetivado na realidade. Surge o conceito do Estado do Bem-Estar Social, presente principalmente nos discursos de Lyndon Johnson, em que o Estado e mercado funcionam em conjunto, de forma que o Estado subtrai recursos do mercado através de tributos e os redistribui com a finalidade de promover maior igualdade (SOUZA NETO; FERES JUNIOR; 2010, p. 345-363).

A justificação da ação afirmativa como reparação pelo passado de discriminação continuou sendo operante nos Estados Unidos por muitas décadas, contudo sofreu alterações com o passar do tempo. Diversas foram as minorias que passaram a ser objeto de políticas de ações afirmativas, uma vez que o argumento da justiça social foca explicitamente na desigualdade do presente, como os chicanos, asiáticos e índios. Surgiu ainda o argumento da diversidade, cujo tema adquiriu grande popularidade no cenário político e institucional norte-americano, tornando-se central em discursos multiculturalistas e na justificação das políticas da identidade. Dessa forma, enquanto o argumento da reparação foca no passado, e a justiça social na desigualdade do presente, a diversidade tem um registro temporal incerto, sugerindo um tempo futuro em que as diferenças possam se expressar em todos os níveis da sociedade (SOUZA NETO; FERES JUNIOR; 2010, p. 345-363).

Todavia, à exceção dos Estados Unidos e do Brasil, o argumento de diversidade não se encontra muito presente no debate jurídico acerca da ação afirmativa, não sendo muito importante em outros contextos nacionais onde as políticas de ação afirmativa têm muita relevância, como Índia e África do Sul (STEINMETZ, 2004).

3.1 COTAS RACIAIS COMO AÇÃO AFIRMATIVA NAS UNIVERSIDADES BRASILEIRAS

Um conhecido instrumento de ação afirmativa utilizado em muitas universidades públicas brasileiras são as cotas raciais, que tem como objetivo favorecer grupos considerados historicamente excluídos ou discriminados em função da raça a que pertenceriam, sendo o principal alvo dessas políticas os indivíduos da raça negra.

O sistema de cotas foi adotado no Brasil no ano de 2000, quando o Estado do Rio de Janeiro, pioneiro em adoção do sistema, aprovou a Lei nº 3.524/2000, que garantia 50% das vagas nas universidades do estado para estudantes das redes municipais e estaduais de ensino. Mais tarde, o Estado do Rio de Janeiro aprovou a Lei Estadual nº 3.708/01, que instituiu que 40% das vagas disponíveis aos candidatos beneficiados pela Lei N.º 3.524/00 seriam para os estudantes autodeclarados negros ou pardos. Por fim, em 2003, foi sancionada a Lei Estadual N.º 4.151, que revogou o disposto das leis anteriores e estabeleceu as seguintes cotas:

Art. 1º - Com vistas a redução das desigualdades étnicas, sociais e econômicas, deverão as universidades públicas estaduais estabelecer cotas para ingresso nos seus cursos de graduação aos seguintes estudantes carentes:

I – oriundos da rede pública de ensino;

II – negros;

III – pessoas com deficiência, nos termos da legislação em vigor, e integrantes de minorias étnicas.

Outras universidades do país também aderiram ao sistema de cotas, seguindo o exemplo do sistema iniciado pelo Rio de Janeiro, mas cada uma adota um sistema diferente. A Universidade de Brasília foi a primeira instituição federal a aderir ao sistema de cotas, através do Plano de Metas para Integração Social, Étnica e Racial aprovada pelo Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (CEPE) da própria Universidade.

Duas formas têm sido utilizadas: a mais comum é a que adota a cota racial dentro da cota social, aquela que reserva uma quantidade de vagas para alunos oriundos de escolas públicas; e a outra é a cota racial pura, instituída diretamente na totalidade do número de vagas, beneficiando alunos oriundos de escolas públicas e privadas, sistema adotado pela Universidade de Brasília.

Recentemente, além da decisão do Supremo Tribunal Federal decidindo pela constitucionalidade do sistema de cotas, no julgamento da ADPF 186 DF ajuizada pelo DEM em face da Universidade de Brasília, foi aprovada e regulamentada a Lei nº 12.711/2012, a Lei de Cotas, segundo a qual as universidades públicas federais e os institutos técnicos federais devem reservar, no mínimo, 50% das vagas para estudantes que tenham cursado todo o ensino médio em escolas da rede pública, com distribuição proporcional das vagas entre negros, pardos e indígenas.

A seguir, serão analisados os argumentos utilizados para justificação das ações afirmativa, para se verificar se tais razões são plausíveis e suficientes para permitir a subsistência de tratamento desigual entre pessoas consideradas brancas e negras.

3.2 ARGUMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO

O primeiro argumento utilizado para justificação das ações afirmativas, o qual possui forte apelo moral, é o da reparação (Justiça Compensatória), o qual justifica medidas compensatórias tanto para descendentes de africanos, os quais foram trazidos à força para o país e escravizados, como para os indígenas e seus descendentes, que foram em grande parte dizimados ou, às vezes escravizados. Cláudio Pereira de Souza Neto e João Feres Júnior (2010, p. 345-363) lembram que o argumento da reparação gera alguns problemas de ordem prática em relação à concretização de direitos e privilégios através de políticas públicas de Estado, e se torna cada vez mais difuso à medida que os crimes do passado de distanciam no tempo.

Tal argumento pode ser rebatido em virtude, inicialmente, da ausência de transferência de responsabilidade ou culpa pelos crimes do passado aos descendentes brancos atuais. Explica Joaquim Barbosa que, com efeito, em matéria de reparação de danos, o raciocínio jurídico tradicional opera com categoriais rígidas tais como ilicitude, dano e remédio compensatório, estritamente vinculados uns aos outros em relação a causa e efeito, sendo que, em regra, quem sofre diretamente o dano é que tem legitimidade para postular a respectiva compensação. E, por outro lado, essa compensação só poderia ser reivindicada de quem efetivamente praticou o ato ilícito que resultou no dano (GOMES, 2001, p. 65). Assim, o argumento de reparação não teria como subsistir, haja vista que os descendentes dos que sofreram o dano não teriam legitimidade para postular a respectiva compensação, tampouco poderiam reivindicar a reparação dos descendentes de quem praticou o dano.

Além disso, pesa contra o fator da reparação o alto grau de miscigenação da população brasileira, de forma que é impossível verificar se determinada pessoa deve ser considerada descendente de opressor ou dos escravos oprimidos. De um estudo genético realizado por Sérgio Pena e Maria Catira Bortolini, verificou-se que 87% da população brasileira possui ascendência africana. Os dados mostraram que 48% dos afro-descendentes se autoclassificam como brancos. Dos brasileiros que se autoclassificam como brancos, apenas 39% possuem ancestralidade europeia, sendo que 33% são de ascendência indígena, e 28% de origem africana (SOUZA NETO; FERES JUNIOR; 2010, p. 345-363).

Outro motivo pelo qual o argumento da reparação não merece prevalecer é o fato de que ele parte da premissa de que a raça negra fora escravizada pela raça branca no passado, e por tal motivo essa raça negra mereceria uma reparação histórica, visto que sofreria até os dias atuais as consequências da agressão sofrida no passado.

Pode-se afirmar que existem vários equívocos e inverdades históricas em tal afirmação. Primeiro porque parte do fato de que a escravidão foi um fato racial, em que uma raça (a branca) teria escravizado outra raça (a negra). De fato, a escravidão foi um fato econômico relacionado a interesses comerciais existentes relacionados ao tráfico transatlântico existente em ambas as margens do oceano (GÓES, 2007, p. 57-61). É sabido que os negros eram escravizados primeiramente por tribos negras rivais e somente depois vendidos aos europeus.

Além disso, os negros no Brasil participaram não apenas como escravos, mas também como proprietários de escravos (GÓES, 2007, p. 57-61). O historiador José Roberto Pinto Góes nos informa que, por volta de 1830, em Sabará, Minas Gerais, quase metade da população livre negra tinha escravos. Já, na região de Campos, ainda de acordo com Pinto Góes, um terço da classe senhorial era de descendentes de escravos (GÓES, 2007, p. 57-61).

Tais dados, aliados à alta miscigenação da população brasileira, fazem cair por terra o argumento da reparação histórica. Ora, diante do elevado grau de miscigenação, não é possível aferir a ancestralidade de um indivíduo através da mera análise de características fenotípicas como a cor da pele. Sobre essa questão, afirma o médico geneticista Sérgio Pena que:

No Brasil, a cor, avaliada fenotipicamente, tem uma correlação muito fraca com o grau de ancestralidade africana. No nível individual qualquer tentativa de previsão torna-se impossível, ou seja, pela inspeção da aparência física de um brasileiro não podemos chegar a nenhuma conclusão confiável sobre seu grau de ancestralidade africana. (PENA, 2005, p. 336)

Assim, não merece prevalecer a tese de que um candidato a vaga numa universidade pública seja beneficiado em detrimento de seu concorrente de pele clara, em virtude de possuir a pele mais escura, com base na presunção de que seria descendente de escravos, uma vez que nada impede que aquele estudante de pele escura seja descendente de ex-escravo que se tornou proprietário de escravos, enquanto o seu concorrente de pele mais clara pode possuir ascendentes africanos escravizados, sendo, por tal raciocínio, o legítimo detentor ao direito à compensação.

Logo, o argumento da reparação histórica não pode ser argumento plausível para justificar um tratamento desigual entre brancos e negros a uma vaga a uma universidade pública.

Da mesma forma, o argumento da inclusão social, ou da justiça social, ou justiça distributiva, não merece prevalecer, uma vez que, segundo tal argumento, os negros se encontrariam hoje em uma situação de inferioridade na disputa de vagas em universidades públicas porque seriam socialmente excluídos da sociedade em função do racismo que sofreriam. Assim, a legitimidade das cotas raciais se imporia como instrumento de inclusão social dos negros, trazendo-os para uma situação de igualdade fática em relação aos brancos no processo seletivo de ingresso das universidades.

Contudo tal argumento é facilmente derrubado quando se analisa quais os fatores que influenciam na aprovação no processo seletivo de uma vaga para um curso superior para uma universidade pública, e logo se chega à conclusão que a “raça” não é o elemento influenciador nesse processo e sim a condição econômica e social do candidato.

Sabe-se que, de modo geral, os candidatos aprovados no vestibular de uma universidade pública são aqueles mais bem preparados, aqueles que tiveram acesso a uma educação de melhor qualidade, e, geralmente, frequentaram as melhores escolas. Logo, contaram com a melhor estrutura, portanto vieram de famílias mais bem estruturadas, de classe média ou alta, visto que são elas que possuem melhores condições de dar uma boa educação aos filhos do que as famílias pobres.

Justamente por tal motivo é que algumas universidades adotam as chamadas cotas sociais, que reservam um percentual das vagas para alunos oriundos de escolas públicas, tendo em vista que, em tese, não tem o mesmo preparo que os alunos da rede particular de ensino, e não teriam, assim, condições de competir em nível de igualdade com os alunos oriundos da rede privada.

Então, analisando dois candidatos igualmente pobres, que sempre estudaram em escolas públicas, contudo sendo um deles de cor de pele branca e outro de cor de pele negra, poder-se-ia afirmar que seria justo beneficiar apenas o segundo com as políticas de cotas raciais, ao argumento de que este sofreu exclusão social, e assim teve menos oportunidade que o primeiro? É claro que a resposta é negativa.

Ademais, estudos comprovam que, na realidade brasileira, se analisarmos a situação de brancos e negros que possuem a mesma condição social desfavorável, não há qualquer diferença no que tange ao acesso à educação de ambos, conforme prova o trabalho estatístico de Elmo Iório acerca do tema (KAMEL, 2006, p. 82). O referido estudo buscou dados de

brancos e negros residentes em áreas urbanas, com um filho, e com rendimento de até dois salários mínimos, e teve a intenção de verificar a influência da cor da pele sobre a condição social de uma pessoa na sociedade brasileira.

A pesquisa revela resultados compatíveis para os dois grupos raciais, não demonstrando variações significativas entre os dois grupos, consoante se verifica a seguir:

72% dos brancos, 73% dos pretos e 69% dos pardos sabem ler e escrever. A média de anos de estudo, para os brancos, pretos e pardos é de 5 anos. 28% dos brancos, 28% dos pretos e 29% dos pardos têm entre quatro e sete anos de estudo. 9% dos brancos, 9% dos negros e 7% dos pardos estudaram entre 11 e 14 anos. Praticamente nenhum branco, preto ou pardo estudou mais de 15 anos. O ensino fundamental foi o curso mais elevado que 55% dos brancos, 56% dos pretos e 62% dos pardos frequentaram. Já para 22% dos brancos, 22% dos pretos e 19% dos pardos, o curso mais elevado que já frequentaram foi o ensino médio. O número de brancos, pretos e pardos que concluíram o ensino superior é desprezível. (KAMEL, 2006, p.83-84).

Analisando-se o resultado da pesquisa realizada, verifica-se claramente que o fator da cor da pele não tem nenhuma influência no nível de escolaridade quando se considera grupos da mesma condição social. O que se percebe é que o grande obstáculo para o ingresso dos negros pobres, assim como dos brancos pobres, aos cursos superiores é justamente a pobreza, que gera a falta de acesso a uma educação de qualidade.

Assim, vê-se claramente que a inclusão social ou justiça social não serve como argumento de justificação para implementação da política de cotas, a qual viola o princípio da igualdade, criando situações injustamente desiguais para pessoas em situações iguais.

Quanto ao argumento da diversidade, este também cai por terra diante do fato de a população brasileira possuir um alto grau de miscigenação, não sendo possível indicar a que raça determinada pessoa pertence apenas pela cor de sua pele.

Não é demais destacar que as políticas de cotas raciais não produziram o resultado esperado nos países em que foram primeiramente e fortemente implantados, ou seja, não se prestaram a reduzir as desigualdades sociais.

Nos Estados Unidos, onde as políticas de cotas foram fortemente implantadas durante a década de 1970, a proporção de negros abaixo da linha da pobreza reduziu de 30% para apenas 29%. A Índia aparece como outro fracasso do modelo das cotas raciais como instrumento de inclusão de grupos menos favorecidos. Atualmente, apesar de atualmente 52% da população ser beneficiada pelo sistema, as cotas raciais não reduziram as desigualdades econômicas existentes no país, e apenas criaram ressentimento e hostilidade contra seus beneficiários (SOWELL, 2004). Esses exemplos demonstram que as cotas raciais não

costumam produzir a inclusão social a que se propõem tampouco reduzem as desigualdades sociais e econômicas existentes.

Todas essas justificativas demonstram que os argumentos de justificação não são suficientes para a permissibilidade de um tratamento desigual entre candidatos brancos e negros a uma vaga a um curso superior numa universidade pública, mormente considerando quando se beneficia um candidato negro rico, o qual teve todo o aparato e condição para se preparar o vestibular.

4 AS COTAS RACIAIS COMO VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

As cotas raciais são o principal instrumento de ação afirmativa utilizado no Brasil como forma de tentar promover a inclusão dos indivíduos da raça negra, considerados minorias na nossa sociedade.

Contudo, os principais argumentos de justificação, quais sejam, a reparação histórica pelo sofrimento do passado, a inclusão social e a diversidade, não podem ser considerados razões suficientes para justificar a existência de tratamento diferenciado entre brancos e negros, haja vista a necessidade da existência de adequação e proporcionalidade no tratamento desigual, ou seja, de uma razão *suficiente* que justifique uma diferenciação.

Nesse diapasão, os argumentos de justificação das cotas raciais não são podem ser considerados razões suficientes a justificar a diferenciação imposta pela lei de Cotas Raciais, tendo em vista que os negros também foram proprietários de escravos, pelo que o argumento da reparação história não subsiste. Além disso, só se pode cobrar reparação do dano daquele que foi o causador direto do dano, e não de seus descendentes, tampouco se pode pretender reparar aquele que não sofreu o dano. Além disso, diante da alta miscigenação da população brasileira, não é possível apontar com certeza quem é descendente de branco ou de negro apenas pela cor da pele.

Em razão ainda da miscigenação da população, e diante do sistema de autoafirmação da cor da pele, podem-se criar situações como a que ocorreu em 2007 no Brasil, em que dois irmãos gêmeos idênticos, filhos de pai negro e mãe branca, concorreram ao vestibular na UNB – Universidade de Brasília – pelo sistema de cotas, e um deles foi considerado negro e o outro não. Pode ainda ocorrer de pessoas pardas, e com boa condição financeira, se declararem negras, e com isso se beneficiarem do sistema de cotas, em detrimento do branco pobre que não teve nenhum acesso à educação pública de qualidade.

As cotas raciais beneficiam, assim, tanto negros pobres, que não tiveram acesso à educação de qualidade, e por isso não se preparam para o vestibular de forma adequada, quanto negros ricos, que sempre tiveram todas as condições financeiras para prepararem-se para estudar para disputar uma vaga no vestibular da universidade pública.

Tampouco merece subsistir o argumento da inclusão social, tendo em vista que “a raça” não é fator preponderante para a aprovação numa vaga na universidade e, sim, a condição socioeconômica. Os candidatos que conseguem aprovação no vestibular na universidade pública são aqueles que têm mais condição financeira para se prepararem para o vestibular, independentemente da cor da pele. O candidato negro que tem condição financeira para estudar e preparar-se para o vestibular possui as mesmas chances de aprovação que o candidato branco rico, pois estudos mostram que alunos com as mesmas condições sociais têm escolaridades similares, independentemente da cor da pele. Por tal motivo é que as cotas sociais estão sendo adotadas, por serem consideradas mais justas, pois beneficiam apenas aqueles candidatos que possuem menos condições financeiras, e por consequência, tiveram menos condição de se prepararem para o vestibular.

Da mesma forma, o argumento da diversidade não subsiste, considerando o alto grau de miscigenação da população brasileira, pelo que é impossível afirmar a que raça pertence tal pessoa apenas pela cor de sua pele.

Por todos esses argumentos, o sistema de cotas raciais para ingresso nas universidades públicas brasileiras não se justifica à luz do Estado Democrático de Direito, violando o princípio da igualdade, insculpido na Constituição, com destaque para o art. 5º, *caput*, visto que inexistente uma razão *suficiente* a justificar o tratamento desigual entre brancos e negros para o ingresso das universidades públicas.

5 CONCLUSÃO

O princípio da igualdade é uma norma de direito fundamental, presente no artigo 5º, *caput*, e em outras normas esparsas na Constituição, que confere aos indivíduos o direito à igualdade de tratamento, o direito fundamental ao tratamento isonômico. O enunciado geral de igualdade pode ser compreendido como um princípio da igualdade que *prima facie* exige um tratamento igual e que permite um tratamento desigual apenas se for justificado por princípios contrapostos. Assim, há a necessidade de estabelecer uma fundamentação, um *fundamento qualificado* que justifique a existência de tratamento desigual.

A igualdade jurídica está relacionada a atos, às ações estatais, enquanto a igualdade material relaciona-se a consequências fáticas da ação estatal que são decisivas, tendo sido as ações afirmativas utilizadas no mundo sob a justificativa de alcançar a igualdade fática entre pessoas que se encontram em situações de desigualdade material.

As ações afirmativas têm sido implantadas no mundo sob, principalmente, três argumentos de justificação: reparação (Justiça Compensatória), justiça distributiva e diversidade. O país com histórico mais significativo de ações afirmativas é os Estados Unidos, contudo o sistema não demonstrou ter sido eficaz para diminuir a desigualdade social entre brancos e negros na década de 1970, quando foram implantadas. Da mesma forma, na Índia, onde mais da metade da população é beneficiada pelas cotas raciais, não houve avanços no tocante à diminuição da desigualdade social entre as minorias.

Os sistemas de cotas raciais são um importante instrumento de ação afirmativa utilizado no mundo, e implantado nas universidades brasileiras com a pretensão de promover a igualdade material, favorecendo grupos excluídos, principalmente indivíduos da raça negra.

No Brasil, duas formas de sistemas de cotas raciais tem sido utilizados: a mais comum é a que adota a cota racial dentro da cota social, aquela que reserva uma quantidade de vagas para alunos oriundos de escolas públicas; e a outra é a cota racial pura, instituída diretamente na totalidade do número de vagas, beneficiando alunos oriundos de escolas públicas e privadas, sistema adotado pela Universidade de Brasília.

Os principais argumentos de justificação utilizados são a reparação histórica, pelo sofrimento do passado, a inclusão social, em razão do racismo sofrido, e a diversidade, todavia tais argumentos não se mostram suficientes para justificar a existência do tratamento desigual entre pessoas brancas e negras, notadamente diante da alta miscigenação da população brasileira, e pelo fato de que não apenas brancos terem sido proprietários de escravos, tendo negros sido também proprietários de escravos.

Assim, inexiste uma justificativa razoável para o tratamento diferenciado entre negros e brancos, de forma que a adoção do sistema de cotas raciais na universidade viola diretamente o princípio constitucional da igualdade, mormente diante da possibilidade de se beneficiar negros ricos em detrimento de brancos pobres.

Em que pese a decisão do Supremo Tribunal Federal pela Constitucionalidade do sistema de cotas, no julgamento da ADPF 186 DF, a matéria ainda suscita vários questionamentos no meio acadêmico, carecendo ainda de maiores debates acerca do tema.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Martim de. *Da Igualdade*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Constitucional*, 1998.
- BRASIL, STF, Primeira Turma, Recurso Extraordinário n. 181.371-SP, Relator Ministro Celso de Mello, 13 set. 1994 (RTJ, v.171, mar. 2000, pp. 984-988).
- _____, STF, Primeira Turma, Recurso Extraordinário n. 209.635-CE, Relator Ministro Celso de Mello, 20 maio 1997 (RTJ, v.172, abr. 2000, pp. 287-293).
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- GÓES, José Roberto Pinto. Histórias mal contadas. In: *Divisões perigosas: políticas raciais no Brasil Contemporâneo*. Org. Peter Fry, Yvonne Maggie, Marcos Chor Maio, Simone Monteiro e Ricardo Ventura Santos, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2007, pp. 57-61.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001
- KAMEL, Ali, *Não somos Racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2006.
- LUNA, F. V. e KLEIN, H, *Evolução da Sociedade e Economia Escravagista de São Paulo, de 1750 a 1850*.
- PENA, Sérgio. Razões para banir o conceito de raça da medicina brasileira. In: *História, Ciências, Saúde-Manguinhos*, vol. 12, n. 2, Rio de Janeiro, Maio/Agosto, 2005.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In *Revista Trimestral de Direito Público* n° 15/85.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; FERES JUNIOR, João. Ação Afirmativa: Normatividade e Constitucionalidade. In: *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 345-363.

SOWELL, Thomas, *Affirmative Action Around the World: an empirical study*, 1. ed. Estados Unidos da América: Yale University Press, 2004.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, p. 231.