

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE COTAS E RESERVA DE
VAGAS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS DO BRASIL**

Nino Donato Oliva

Rio de Janeiro

2008

Nino Donato Oliva

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE COTAS E RESERVA DE
VAGAS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS DO BRASIL**

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Faculdade Nacional de Direito da Universidade
Federal do Rio de Janeiro como requisito para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Afonso Albuquerque

Rio de Janeiro

2008

Oliva, Nino Donato.

A inconstitucionalidade do sistema de cotas e reserva de vagas nas universidades públicas do Brasil/ Nino Donato Oliva. – 2008.
64f.

Orientador Afonso Albuquerque.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.
Bibliografia: f. 60-64.

1. Controle de constitucionalidade – Monografias. 2. Direito à educação.
3. Cotas universitárias I. Albuquerque, Afonso. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341.202

Nino Donato Oliva

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE COTAS E RESERVA DE
VAGAS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS DO BRASIL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade Nacional de Direito da Universidade
Federal do Rio de Janeiro como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Afonso Albuquerque – Presidente da Banca Examinadora
Prof. da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ – Orientador

2º Examinador

3º Examinador

EPÍGRAFE

Tenho andado distraído,

Impaciente e indeciso

E ainda estou confuso.

Só que agora é diferente:

Estou tão tranqüilo

E tão contente.

(Renato Russo in Quase sem querer).

_____ x x _____

Se o mundo é mesmo parecido com o que vejo.

Prefiro acreditar no mundo do meu jeito.

(Renato Russo in Eu era um lobisomem Juvenil).

_____ x x _____

E nossa estória não estará

Pelo avesso assim

Sem final feliz.

Teremos coisas bonitas pra contar.

E até lá, vamos viver

Temos muito ainda por fazer.

Não olhe para trás

Apenas começamos

O mundo começa agora.

Apenas começamos.

(Renato Russo in Metal contra as nuvens).

RESUMO

O objetivo deste estudo é analisar as implicações sociais provocadas pela criação das leis de cotas universitárias e por sua implantação em universidades públicas brasileiras.

A reserva de vagas no ensino superior tem conquistado adesão cada vez maior de Universidades públicas brasileiras. Tais políticas são, obviamente, desenhadas com o objetivo manifesto de sanar injustiças históricas. No entanto, elas se utilizam de critérios incompatíveis com a letra e com o espírito da Constituição Federal de 1988.

Não à toa, as cotas universitárias tiveram uma forte oposição de diversos segmentos da sociedade, além de terem ressuscitado velhas polêmicas para a arena pública, a destacar o racismo, e de terem produzido novas questões, como, por exemplo, as desigualdades sociais, a ideologia do mérito, a falência do ensino público e o debate jurídico sobre o caráter constitucional ou não das leis que versam sobre a reserva de vagas nas universidades públicas para negros e para estudantes oriundos de escolas públicas.

O presente trabalho, por meio de um estudo dialético sobre a natureza do sistema de cotas, o princípio da igualdade e missão da Universidade, e utilizando alguns dos meios mais comuns de interpretação da Constituição, buscará demonstrar a inconstitucionalidade de se reservarem vagas no ensino superior a indivíduos determinados com base em fatores de ordem racial e social.

Palavras chaves: ações afirmativas, (des)igualdade, cotas, jurisprudência, constitucionalidade, mérito, ensino e educação pública.

ABSTRACT

The main objective of this work is to analyze the social implications that spring from the creation and implementation of affirmative action by the government and universities to reserve enrollment slots for members of certain racial and social groups.

The number of Universities implementing this affirmative action policy is increasing each day. Proponents of the policy try to justify it by citing historical injustices and arguing the need to rectify them. As well-intentioned as proponents of this policy are, their solution is based on criteria that are not compatible with the Brazilian constitution of 1988.

Many social segments are opposed to this type of affirmative action mainly because they are incompatible with the Constitution. In addition to the unconstitutionality of this policy, these segments feel this type of affirmative action will not solve and may even contribute to root old controversies and problems such as the rotting public school system, social inequality, and the declining importance of the merit ideology.

The present essay will try to show the unconstitutionality of the affirmative action in question that reserves university enrollment slots for certain candidates based on racial and social factors. This will be done by using a dialectic method of study about the nature of those laws and using some of the most common methods of interpretation of the constitution.

Keywords: affirmative action, (in)equality, constitutionality, merit ideology, public education, jurisprudence.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	07
2. O SISTEMA DE COTAS NO ACESSO À UNIVERSIDADE.....	09
2.1 Conceito.....	09
2.2 O contexto histórico internacional.....	10
2.3 O contexto brasileiro.....	15
3. O VERDADEIRO PRECONCEITO NO BRASIL: O SOCIAL.....	21
4. A ABORDAGEM JUSFILOSÓFICA DA IGUALDADE.....	24
4.1 Conceito e abordagem histórica.....	24
4.2 O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.....	29
5. A UNIVERSIDADE.....	35
5.1 A função social da universidade.....	35
5.2 A igualdade no acesso ao ensino superior no Brasil.....	39
5.3 Desigualdades raciais e sociais nas universidades públicas brasileiras.....	42
6. O SISTEMA DE COTAS E A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO.....	47
6.1 A inconstitucionalidade formal do sistema de cotas.....	48
6.2 A inconstitucionalidade material do sistema de cotas.....	49
6.2.1 <u>As cotas e o método gramatical</u>	50
6.2.2 <u>As cotas e a interpretação sistemática da constituição</u>	51
6.2.3 <u>As cotas e o postulado da proporcionalidade</u>	52
6.2.3.1 As cotas e a adequação dos meios.....	52
6.2.3.2 A necessidade das cotas.....	55
6.2.3.3 As cotas e o exame da sua proporcionalidade em sentido estrito.....	56
7. CONCLUSÃO.....	58
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	60
1. INTRODUÇÃO	

As ações afirmativas, em especial o sistema de cotas raciais nas universidades públicas, entraram no debate nacional recentemente. Apesar de não se tratarem de políticas recentes, só na década de 90 foi que o Brasil passou a discutir com mais intensidade a questão das políticas afirmativas.

O início do século XXI representou, para nosso país, o marco da implantação das primeiras ações estatais em larga escala baseadas no fator racial. As universidades constituíram a ponta-de-lança para a implantação de políticas raciais que vinham sendo gestadas desde meados da década anterior, sempre com apoio do governo federal.

Nós, brasileiros, nos deparamos, a partir do ano de 2001, com uma nova realidade histórica e social: o Brasil seria um país intrinsecamente racista, dividido entre dois grupos raciais antagônicos, mas disposto, ante a comunidade das nações, a cumprir as penitências necessárias após o *mea culpa* oficial.

Proclamamo-nos, com efeito, tão racistas quanto a África do Sul sob o *apartheid* e os EUA na Era Jim Crow. Alguns profetas do novo milênio, ainda mais críticos, acreditavam que o nosso racismo se tornaria ainda pior que o dos sul-africanos ou americanos, pois aquele não era visto nem percebido, agindo de forma inconsciente nas vítimas e agressores.

A implantação de cotas nas Universidades públicas brasileiras passou, de forma imediata, à bandeira de luta prioritária. E, desse modo, com pouco – ou nenhum – debate sério prévio, mais de 30 universidades brasileiras passaram a segregar oficialmente os candidatos no exame vestibular com base em critérios raciais e recortes sociais.

O objetivo principal deste trabalho é mostrar como as leis de cotas produziram, a partir de sua aplicação, severas implicações sociais que se apresentaram sob a roupagem de conflitos de valores, buscando responder ao questionamento:

Será a reserva de vagas para candidatos no exame vestibular um procedimento amparado pela Constituição?

Para tanto, abordaremos, no primeiro Capítulo, a história do sistema de cotas, no Brasil e no mundo, suas definições e alcances. Em seguida, traçaremos uma análise jurídico-filosófica sobre o alcance do princípio da Igualdade. Trataremos, também, da Universidade e seus fins. Por fim, aproveitaremos os subsídios lançados nos capítulos anteriores para esboçar uma interpretação jurídica das cotas à luz da Constituição.

2. O SISTEMA DE COTAS NO ACESSO À UNIVERSIDADE

2.1 Conceito

A expressão “Ação afirmativa” é o nome genérico que se dá a determinadas políticas públicas que, por meio de promoção, subvenção, instauração de privilégios legais, preferências ou preterições, visam a beneficiar determinada parcela da população tida como vitimada por injustiças históricas e estruturais, tendo por meta a correção e a eliminação destas injustiças.

Ainda que a expressão tenha surgido da legislação trabalhista norte-americana (Affirmative Action, The 1935 National Labor Relation Act) e sua difusão tenha ocorrido principalmente no período de luta dos negros norte-americanos pelos direitos civis (Civil Rights)¹, as políticas de cotas, enquanto práticas de combate às desigualdades, lhes são bem

¹ Siss, Ahyas. Afro - brasileiros, Cotas E Ação Afirmativa: razões históricas. Quartet; PENESB, Niterói, Rio de Janeiro. 2003. pp. 112-113.

anteriores enquanto formas de ação de políticas públicas governamentais. Como exemplo, temos a experiência com cotas na Índia, logo após a independência desse país, para com os indivíduos classificados socialmente como “Parias” (intocáveis).

No dizer da atual Ministra do STF, Carmen Antunes Rocha:

A definição jurídica objetiva e racional da desigualdade entre os desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos enraizados na cultura dominante da sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para promover uma efetiva igualação social, político-econômica e no segundo o direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias. (ROCHA, 1996 *apud* ATCHABAHIAN, 2004).

De acordo com Joaquim Barbosa Gomes, também Ministro, as ações afirmativas seriam:

um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. (GOMES, 2003, p. 27)

Na mesma linha do pensamento de Barbosa Gomes, se posiciona o jurista Álvaro Cruz (2003):

As ações afirmativas podem ser entendidas como medidas públicas ou privadas, coercitivas ou voluntárias, implementadas na promoção/integração de indivíduos e grupos sociais tradicionalmente discriminados em função da origem, raça, sexo, opção sexual, idade, religião, patologia física/psicológica, etc. (Cruz, 2003, p. 185).

Podemos, portanto, definir o sistema de cotas como uma espécie de ação afirmativa que, através da reserva de determinada percentagem de vagas, pretende garantir espaço a membros de determinado grupo que se tenha como vitimado por diversos fatores históricos, que, supostamente, imporiam uma situação de desigualdade de fato em relação aos demais nos resultados de concursos públicos diversos, dentre os quais estaria incluso o vestibular.

Na prática, o sistema de cotas institui critérios diferenciados de admissão no ensino superior, separando e segregando os candidatos não só pela sua origem escolar (se de escolas públicas ou privadas), mas também pela sua classificação étnico-racial. E o efeito atingido é o mesmo que se houvesse dois vestibulares diferentes para o ingresso em uma mesma universidade: um para aqueles que fazem jus às cotas e outro para os que não gozam de qualquer privilégio de reserva de vagas.

Não é difícil perceber o porquê de isso acontecer: com vistas ao preenchimento das vagas reservadas no edital, serão aprovados alunos cotistas que obtiveram rendimento inferior a alunos não-cotistas e que não foram aprovados no exame.

Pode-se dizer que o sistema de reserva de vagas nas Universidades públicas (e proposto pelo PLS 213/2003²) representa o carro-chefe das medidas de ação afirmativa, tendo por objetivo proclamado a correção de desigualdades históricas às quais se submete a população negra no Brasil.

2.2 O contexto histórico internacional

O sistema de cotas tem sua gênese com o aparecimento das primeiras políticas de ação afirmativa. Thomas Sowell (2004) relata que a primeira experiência de amplo espectro se iniciou na Índia, logo após a independência, e visava a integrar à sociedade os chamados intocáveis – indivíduos que não pertenciam a nenhuma das quatro castas da religião hindu – e também a membros de clãs mais pobres. Concebidas à época como política provisória, as ações preferenciais permanecem em vigor, ampliadas, inclusive, para grupos que não poderiam, por definição, sofrer efeitos de discriminação histórica transmitida à descendência, como os eunucos.

Não só na Índia, mas vários outros países implantaram políticas preferenciais para seus grupos nacionais tidos como mais frágeis, como foi o caso da Malásia, cujo objetivo era de amparar e proteger os malaios da competição com os trabalhadores chineses; do Sri Lanka que, buscando nivelar socialmente os tâmeis aos cingaleses, adotou políticas que preteriram aqueles em prol destes; da Nigéria, que adotou a mesma postura para equalizar as relações tribais; e, por fim, dos Estados Unidos.

De acordo com a pesquisa empírica conduzida por Sowell, tais políticas tiveram o condão de acirrar as disputas interétnicas, e acabaram servindo de estopim para duas guerras civis (da Nigéria e do Sri Lanka), além de gerarem fraudes, vantagens exageradas para os que

² Projeto de Lei de autoria do Senador Paulo Paim (PT-RS), que institui o “Estatuto da Igualdade Racial”.
Dentre as medidas previstas estão a classificação racial obrigatória, o estabelecimento de cotas fixas para atores em toda a grade de programação televisiva e prioridade no atendimento no SUS para cidadão identificados como negros.

se encontravam em melhores condições dentro dos grupos beneficiados, e não significarem melhoria substancial na qualidade de vida, quer da nação, quer dos grupos beneficiados.

Aqueles que gozavam de benefícios acabavam se tornando dependentes dos mesmos. Não estranhamente, as pessoas se adaptavam e se acostumavam aos privilégios que lhes eram dados, entendendo que poderiam colher bons frutos sem a necessidade de se esforçarem tanto quanto outras não protegidas pelas leis preferenciais.

Para nós, o caso dos Estados Unidos da América é o que merece maior destaque, pois foi o que mais influenciou a realidade brasileira. A abolição da escravidão norte-americana só se concretizou após uma violenta guerra civil. No entanto, mesmo após a edição da 14ª emenda constitucional, de 1868, a qual instituiu a chamada “Equal Protection Clause”, o racismo continuou fortemente arraigado no sentimento nacional, ampliado pelo ressentimento de guerra. Para Tocqueville, que desde o início do século XIX já percebia haver resquícios de um antagonismo geral entre brancos e negros, o problema racial americano se tornaria a semente da principal luta futura daquele país (TOCQUEVILLE, 1988).

Caso que gerou grande repercussão foi o julgamento de “*Plessy versus Ferguson*”³. De acordo com os julgadores da Suprema Corte dos Estados Unidos, não houve violação genérica do princípio da isonomia na prática segregacionista em si, esta somente ocorreria em caso de prestação qualitativamente desigual dos serviços segregados. Este racismo, institucionalizado e chancelado pela Suprema Corte, era baseado na Doutrina “*Separate, but equal*”, também conhecida como *Era Jim Crow*.

Com o advento da Segunda Guerra Mundial, houve um grande aumento na demanda por mão-de-obra e, ao final desta, a grande prosperidade advinda do pós-guerra elevou muito

³ Plessy era um cidadão norte-americano, que apesar de ser aparentemente branco, era considerado negro pela legislação estadual, pois tinha ascendência negra. Plessy foi preso durante uma viagem de trem no Estado da Louisiana, por ter se negado a se retirar da área reservada para pessoas brancas. Inconformado, ajuizou uma ação contra a empresa de trens e contra o Estado da Louisiana, afirmando que a Lei estadual violava as Décima Terceira e Décima Quarta Emendas. A Suprema Corte, porém, rejeitou os argumentos apresentados, afirmando que a Décima Terceira Emenda só proibia a escravidão e a Décima Quarta Emenda proibia a discriminação, e que a separação das pessoas num trem em função da sua raça, não significava que uma fosse inferior em relação à outra. Nas palavras do Ministro Henry Brown: “Leis que permitem e até exigem a separação das raças em lugares onde houver possibilidade de elas entrarem em contato, não implicam, necessariamente, a inferioridade de uma raça em relação à outra”. O único a discordar dessa teoria foi Ministro Harlan, entendendo que a Décima Terceira Emenda tinha um alcance mais amplo, proferindo um voto que entrou para a história da Suprema Corte norte-americana, cuja passagem mais enfática merece ser lembrada: “A Constituição é daltônica e não conhece nem tolera classificação entre os cidadãos”.

a qualidade de vida da população negra, o que levou esta a cada vez mais a contestar as leis segregacionistas vigentes até então. Começavam, então, a serem derrubadas as primeiras leis segregacionistas nos Estados Unidos da América. Através da Ordem Executiva 9981, de 26 de julho de 1946, foi formalmente proibida a segregação racial nas Forças Armadas americanas. Marco importante deste período, também, foi a decisão do julgamento “*Brown versus Board of Education of Topeka*”⁴, de 1954, no qual a Suprema Corte reformou o seu ponto de vista sobre a segregação, declarando-a inconstitucional.

No campo racial, a efervescência dos anos 60 redundou na idealização, ainda no governo Kennedy, dos primeiros programas de ação afirmativa voltados para os negros, além da proibição total da segregação por meio da Lei dos Direitos Civis, de 1964.

Durante o governo do republicano Richard Nixon (1968-1973), tais programas foram ampliados, extrapolando a prestação dos serviços públicos e atingindo também a esfera privada. Foi, inclusive, proibida a aplicação de quaisquer testes em processos de admissão empregatícios que redundassem na reprovação de grande número de membros de minorias.

Uma vez implantados em diversas Universidades, os sistemas de cotas raciais foram questionados no âmbito da Suprema Corte, primeiramente, no caso “*Regents of the University*

4 Algumas crianças negras, principalmente do sul dos Estados Unidos, pediram amparo para poderem estudar em escolas públicas de sua comunidade, freqüentadas apenas por crianças brancas, ao argumento de que o Estado não deveria manter suas escolas com base na política de segregação. Uma aluna da terceira série era forçada a caminhar 1,6 quilômetro para estudar em uma escola para afro-americanos, enquanto havia uma escola para alunos brancos distante apenas sete quarteirões de sua casa. O pedido delas já havia sido recusado não somente nas escolas, mas também nas Cortes dos Distritos, sob a invocação da doutrina “Separados, mas iguais”. Vale lembrar que nessa época a população negra ainda era na sua maioria analfabeta, e não havia uma política de criação de escolas para elas. O acórdão proferido no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* consagrou um entendimento, considerado avançado e humanitário, o qual reconheceu a essencialidade da educação como função dos governos e sua importância para a sociedade democrática. Concluíram os juízes da Suprema Corte, ainda, que, no campo da educação pública, a antiga doutrina adotada em *Plessy versus Ferguson* não tinha mais lugar — a separação era uma negativa da igual proteção das leis.

*of California versus Bakke*⁵, de 1978, tendo aquela Corte julgado inconstitucional a aplicação do critério “raça” de maneira prioritária nos critérios de admissão numa Universidade.

Durante as décadas de 80 e 90, a posição da Suprema Corte daquele país permaneceu bastante variável acerca dos sistemas de cotas e ações afirmativas. Firmou-se, entretanto, uma tendência acentuada de restrição do alcance de tais políticas (MENEZES, 2001, p. 135 e ss), como no julgamento dos casos “*Gratz versus Bollinger*” e “*Grutter versus Bollinger*” (ambos em 2003) e, mais recentemente, na decisão do julgamento “*Parents involved in Community Schools versus Seattle School District nr. 1*”, em junho de 2007, que julgou inconstitucional a reserva de vagas em escolas fundada no critério “raça”.

Para os defensores brasileiros dos sistemas de Ação Afirmativa, estas teriam tido a finalidade de equilibrar as relações raciais nos Estados Unidos. Joaquim Barbosa, comentando Dworkin, sustenta que

O objetivo final dessas medidas seria a redução do grau de consciência racial da sociedade. Noutras palavras, enquanto certas posições de mando, poder e prestígio continuarem sendo privilégio de pessoas da raça branca, continuará a existir a fratura racial na sociedade. Porém, à medida que negros, mulheres e outras minorias forem ocupando essas posições, conseqüentemente reduzir-se-ão na mesma proporção os sentimentos de frustração e injustiça e, sobretudo, a forte consciência racial dos negros tenderá também a desaparecer, na medida em que passarão a acreditar que podem obter sucesso na vida unicamente em função de suas capacidades individuais. (GOMES, 2001, p. 69)

5 A Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia, em Davis, EUA, no início da década de 70, apresentava dois programas de admissão aos seus cursos: um regular e outro especial. O programa especial destinava uma porcentagem das vagas aos candidatos dos grupos minoritários, especialmente os pertencentes à população negra, que concorriam entre si, não sendo necessário atingir a pontuação mínima exigida para o ingresso na universidade. Diversamente, quem não completasse o mínimo de pontos no programa de admissão regular era sumariamente eliminado. Allan Bakke era branco e fora eliminado, por duas vezes, em concurso de admissão à Faculdade em Davis. Ajuizou ação na qual provou que a sua pontuação fora superior às obtidas pelos candidatos do programa especial e argumentou que, se fosse negro, teria ingressado na faculdade. Afirmou ser inconstitucional o sistema de cotas, pois violava a “cláusula de igual proteção”, da 14ª Emenda Constitucional, bem como a Declaração de Direitos Civis, que prevê, entre outras coisas, que ninguém pode ser excluído de nenhum programa ou benefício governamental por causa de sua raça ou cor.

O sistema de admissão especial em Davis, segundo ele, operava com uma cota racial pela qual se reservavam 16 lugares, em uma classe de 100 alunos, para membros de grupos raciais específicos que competiam entre si. Desse modo, os candidatos brancos concorriam inicialmente a 84 vagas, enquanto os candidatos especiais à totalidade dos lugares, o que feria o princípio da igualdade.

Bakke queria, em síntese, que lhe fosse reconhecido o direito de ser igual aos que foram privilegiados em razão de sua raça ou cor. A Suprema Corte, em julgamento polêmico e complexo, acabou por dar-lhe razão. A partir daí adotou-se o entendimento de que a fixação de quota rígida era inconstitucional, ao impor tratamento discriminatório contra as pessoas não integrantes do grupo beneficiado com o programa de ação afirmativa. É também no caso Bakke que o juiz William H. Renquist, no argumento de seu voto, aplica pela primeira vez à ação afirmativa o critério do *escrutínio estrito* (strict scrutiny) - o padrão mais estrito de constitucionalidade praticado pela Corte. Segundo esse critério, programas que violam a cláusula da proteção igual da lei (14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos) só podem ser declarados constitucionais se cumprirem um “interesse imperativo de Estado”

Embora rechaçada por um inegável otimismo, esta tese encontra forte oposição acadêmica naquele país.

Allan Bloom, cientista político norte-americano, analisando o que entende por decadência do ensino superior nos EUA, percebeu que a implantação das cotas e de outros programas de ações afirmativas gerou um distanciamento cada vez maior entre os estudantes negros e brancos, com aumento da animosidade inter-racial nos campus e mesmo o surgimento de novos obstáculos para a integração dos formandos negros no mercado de trabalho após a graduação:

No exato momento em que todos se transformaram em “pessoas”, os negros se transformaram em negros (...). Atualmente, a ação afirmativa institucionalizou os piores aspectos do separatismo. (...). Também é verdade que o diploma do negro vem maculado, pois os empregadores desconfiam dele ou viram cúmplices ao tolerar a incompetência. E o pior é que os negros, a maioria dos quais apóia entusiasticamente o sistema, odeiam suas conseqüências. Um clima de vergonha e de ressentimento se instalou em muitos desses alunos, beneficiários de tratamento preferencial, pois quer dizer que os brancos estão em posição de lhes fazer favores. Pensam que todo mundo duvida do mérito deles, de sua capacidade para conseguir resultados iguais. O êxito se torna discutível a seus próprios olhos. Os que são bons alunos receiam ser igualados aos que não são, vendo suas credenciais arduamente conquistadas perderem o valor. São vítimas de um estereótipo – escolhido pelas lideranças negras. Os que são maus alunos, mas têm as mesmas vantagens dos bons, querem proteger sua posição, mas os persegue a idéia de não merecerem. Ganham assim um poderoso incentivo para fugir a uma associação estreita com os brancos, quem sabe dotados de maior capacidade e prontos, talvez, para olhá-los com superioridade. É melhor não se misturar, para que não surjam dificuldades sutis, mas dolorosas. Não surpreende que hoje a política extremista dos negros encontre em seus irmãos de cor das classes média e superior, o que é inédito. A fonte comum, que unia as raças na cúpula, ficou poluída. A razão não pode adaptar-se às exigências seja de que poder for, assim como a sociedade democrática não pode aceitar outro princípio de progresso que não seja o baseado no mérito. (...) As ações afirmativas (quotas), pelo menos nas universidades, representam a fonte do que temo seja a deterioração, em longo prazo, das relações raciais nos Estados Unidos. (BLOOM, 1989, passim)

Um dos principais estudiosos das ações afirmativas nos EUA, Thomas Sowell, economista negro, por sua vez, contesta a noção amplamente difundida de que as ações afirmativas serviram como propulsoras da melhoria geral da capacidade econômica e inserção acadêmica da população negra naquele país. Conforme seu estudo, o progresso da população afro-descendente deveu-se à derrubada dos obstáculos legais à isonomia formal e à melhoria econômica do pós-guerra, e não às políticas de compensação:

Embora simples diferenças quantitativas na educação não sejam os únicos critérios na discriminação racial contra os negros, as diferenças a este respeito, em termos históricos, têm sido suficientemente dramáticas para tornar desnecessária também a análise das diferenças qualitativas. (...) Já em 1940, os homens não-brancos completavam apenas 5,4 anos de escolaridade, comparados a 8,7 dos brancos. (...) Vinte anos mais tarde, a diferença entre homens negros e brancos diminuiu para menos de dois anos. Por volta de 1970, caiu para menos de um ano – 12,1 anos em média de escolaridade para jovens negros e 12,7 anos para jovens brancos. Em

suma, a educação dos negros aumentou bastante, em termos absolutos como em relação aos brancos, nas décadas que precederam a legislação dos direitos civis nos anos 60 e as ações afirmativas nos anos 70. Que mudanças econômicas acompanharam esta melhor educação dos negros? Em 1940 87% das famílias negras tinham rendas abaixo do nível da pobreza. Em 1960 a taxa caiu para 47% das famílias negras. A impressionante diferença de 40 pontos percentuais ocorreu numa fase em que não existia legislação federal de vulto sobre os direitos civis. (...) Enquanto se pode discutir o papel da legislação e das políticas de “oportunidades iguais” dos anos 60, tão bem exemplificado na Lei dos Direitos Civis, o efeito das políticas federais de ação afirmativa que começaram nos anos 70 é claramente menos sugestivo. Durante a década de 1970 a taxa de pobreza entre as famílias negras caiu de 30 para 29%. Mesmo que todo esse único ponto percentual fosse atribuído à ação afirmativa, ainda não seria parte significativa da história de ascensão econômica dos negros, por mais crucial que se queira pintar politicamente a ação afirmativa. (SOWELL, 2004, passim)

Através da análise de Sowell, resta claro não haver nexos causais diretos entre a inclusão econômico-social do negro nos EUA e as ações afirmativas adotadas, especialmente em se tratando de cotas universitárias. Antes mesmo de conduzir um estudo mais aprofundado, o pesquisador já denunciava que as ações afirmativas seriam desnecessárias e contraproducentes. Afirmou, ainda, que reservar vagas para alunos no ensino superior colocaria em risco o modelo de Universidade que sempre serviu de base aos Estados Unidos, sustentando que a melhoria do ensino básico e médio das comunidades pobres bastaria para equilibrar as relações raciais em menos de uma década (SOWELL, 1975).

2.3 O contexto brasileiro

Em 2001, o Brasil participou da Conferência Mundial de Combate ao Racismo e Xenofobia, promovido pela ONU em Durban, África do Sul. A delegação brasileira, para espanto geral, “confessou” que o Brasil seria um país racista e que, aqui, existiria um racismo institucional, o qual agiria de maneira implícita⁶. Em função disso, a supracitada delegação se comprometeu a adotar políticas de reparação. Eis, então, o marco histórico para a adoção de políticas afirmativas no Brasil.

⁶ Há uma diferença enorme entre afirmar que “há racismo no Brasil” e afirmar que “o Brasil é um país racista”. A veracidade da primeira afirmação pode ser percebida a partir da constatação da existência de indivíduos racistas no Brasil, problema que assola a todos os países. Afirmar, entretanto, que o país é racista depende necessariamente de esta ser a ideologia nele operante, o que redundaria na existência de conflitos de rua entre grupos racistas, difusão midiática da ideologia, reflexos legais por meio de medidas indubitavelmente racistas e que, por serem institucionais, são *ipso facto* explícitas. A ideia de um racismo ao mesmo tempo institucional e implícito constitui uma insanável contradição em termos.

A partir daí, severas críticas foram direcionadas à delegação em função de seu caráter ideologicamente enviesado, bem como por ter havido da pouca divulgação dos debates preparatórios, ficando as discussões restritas àquelas questões ou assuntos que entendem direta ou imediatamente do chamado Movimento Negro (MAGGIE; FRY, 2002).

Em 2003, foi editado o Decreto 4.886, pelo qual o poder executivo federal traçou diretrizes para o Estado na implantação de programas político-administrativos voltados para a população negra, visando à “eliminação de qualquer fonte de discriminação e desigualdade raciais, direta ou indireta, mediante a geração de oportunidades”, conferindo, também, participação ativa aos movimentos não-governamentais no planejamento e execução dessas mesmas políticas governamentais, sob a justificativa de “gestão democrática”.

Foi em tal contexto que os movimentos raciais negros ganharam significativa força para pleitear a implantação de sistemas de cotas, baseados nas seguintes premissas:

- a. A população negra seria sub-representada nas Universidades;
- b. A suposta sub-representação seria fruto de racismo institucional histórico e/ou atual; e
- c. Para acabar com o racismo institucional e reparar o estado de desigualdade, seria necessário proceder à reserva de vagas nas universidades para alunos negros, os quais comporiam uma massa crítica, aríete para a concretização da igualdade material entre as raças (ATCHABAHIAN, 2004; GOMES, 2001).

Propulsionada pelo que fora dito pela delegação brasileira em Durban, na Conferência Mundial de Combate ao Racismo e Xenofobia, em 9 de novembro de 2001, a Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro promulgou a Lei 3.708, que instituiu cotas de até cinquenta por cento (50%) para as populações negra e parda para o acesso à Universidade do Estado do Rio de Janeiro e à Universidade Estadual do Norte Fluminense. Seriam beneficiados, ainda, os candidatos que tivessem cursado todo o ensino médio em escolas públicas.

Na prática, algo ainda mais absurdo ocorreu em 2003: o vestibular da UERJ fora dividido em dois, o Vestibular Estadual e o Vestibular SADE. O SADE contava com metade de todas as vagas disponíveis para cada curso apenas para aqueles candidatos que fizessem jus a algum tipo de cotas, fossem elas raciais ou para os estudantes da rede pública de ensino. Já o Vestibular Estadual, que contava com a outra metade da totalidade das vagas (ou seja, o

mesmo número do SADE, que era exclusivo para os cotistas), ainda teria quarenta por cento (40%) de suas vagas reservadas⁷.

O critério escolhido e utilizado para a classificação racial foi o da autodeclaração. No caso da Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC), o sistema de cotas para o vestibular 2008, implantado pela Resolução 064/2006, prevê a reserva de 50% de todas as vagas oferecidas para alunos de escolas públicas, as quais serão divididas em 75% para os que se declararem negros e 25% para os que não se declararem, havendo a previsão de vagas extras para índios e quilombolas.

Já na Universidade de Brasília (UnB), até o vestibular de 2007, o candidato era obrigado a enviar uma fotografia sua a uma comissão que decidiria, com base nos aspectos morfológicos visíveis, se ele seria ou não afro-descendente, além de ser submetido a uma entrevista, na qual o aluno informaria sobre sua condição econômica, pensamentos sobre o movimento negro e, principalmente, como ele se autodeclarava racialmente (MAIO; SANTOS, 2005). Porém, naquele ano, uma forte polêmica fez com que o processo de envio de fotos à comissão fosse cancelado: um candidato não foi considerado como negro pela comissão, enquanto seu irmão gêmeo univitelino foi⁸.

Dentre as críticas contrárias à formação da comissão de especialistas e ao uso de fotos, temos a do jornal paulista: A Folha de São Paulo⁹. Segundo A Folha de São Paulo, a UnB, ao utilizar fotografias e ao compor uma comissão de especialista, numa tentativa de distinguir mais claramente a identidade racial de seus candidatos, fez jus ao título de “primeiro tribunal de pureza racial do Brasil”. De acordo com A Folha de São Paulo:

“O sistema censitário brasileiro opera por meio da autodeclaração para distribuir a população em grupos segundo a cor da pele. O recurso à autodeclaração decorre do reconhecimento de que a espécie humana não se divide em raças. A identidade "racial" reflete o racismo: é subjetiva e mutante. No Haiti, um ditado em "créole" assevera que "nèg rich sé mulat, mulat pòv sé nèg" (negro rico é mulato, mulato pobre é negro)”¹⁰.

7 Percentual levantado através de estatísticas feitas por serviços de recorte.

8 No Vestibular de 2007/1, os irmãos brasilienses Alex e Alan Teixeira da Cunha, gêmeos univitelinos, filhos de pai preto e mãe branca, candidataram-se pelo sistema de cotas. Um deles foi reconhecido como afrodescendente, mas o outro não. O fato gerou um escândalo nacional (cf. Revista Veja nº 2011, de 06 de Junho de 2007) e, em recurso impetrado por Alex, a comissão acabou reconhecendo que o mesmo era afrodescendente.

9 A Folha de São Paulo, Tribunal Racial, 02-05-2004.

Para o jornal, autodeclaração funcionaria nos recenseamentos, que não colocam em jogo interesses individuais, mas não serviria para finalidades de concessão de privilégios em concursos públicos. Nesse sentido, A Folha de São Paulo diz que a “solução” proposta pela UnB criaria um precedente para a institucionalização de identidades raciais no Brasil, pois o critério de seleção de cotas raciais da UnB cria meios normativos para a construção de identidades étnico-raciais no país. O que é inconstitucional, pois a Constituição brasileira veda qualquer tipo de distinção racial entre os indivíduos que vivem no território brasileiro. Há uma restrição legal que impede qualquer possibilidade de se implantar, em terras brasileiras, uma classificação racial padronizada em qualquer documento oficial de identificação. Além disso, A Folha de São Paulo argumentou que o “tribunal racial” criado pela UnB não conseguirá identificar de forma objetiva a “raça negra”, uma vez que tal classificação sempre envolve a subjetividade de quem classifica e de quem é classificado.

Segundo o jornal, devido à grande dificuldade de se definir com critérios objetivos a categoria raça no Brasil, todos os sistemas de cotas nas universidades e nos órgãos públicos serão contestados juridicamente por pessoas que se vejam prejudicadas por tais medidas. A ausência de critérios mais objetivos permitirá que alguns indivíduos sejam classificados ora como negros, em determinados concursos, e ora como brancos, em outros.

Apesar de ser contra a implantação de cotas universitárias, tanto de cunho racial quanto de cunho sócio-econômico, A Folha de São Paulo faz um elogio ao uso de outros tipos de Ação Afirmativa, como, por exemplo, a criação de cursos pré-vestibulares para estudantes “carentes” **de todas as raças**. Segundo a Folha:

“O MEC e a Secretaria da Promoção da Igualdade Racial não mostraram entusiasmo pela iniciativa, preferindo insistir na política de cotas. É que o caso do cursinho da USP evidencia as deficiências do ensino e as assimetrias econômicas, levando a um debate que talvez o governo prefira evitar”¹¹.

Por essência, o sistema de cotas só é possível mediante a dicotomia entre brancos e negros. No caso dos Estados Unidos, manteve-se o chamado “*one drop rule*”, herança da era segregacionista, segundo o qual basta a ancestralidade africana, ainda que remota, para o indivíduo ser considerado negro. Ressalte-se que, por força da ideologia racista lá imperante até a década de 1940, a miscigenação racial era rara, e, em determinados estados, até proibida por lei. Antes de ser aprovada a 14ª Emenda Constitucional, alguns estados chegavam a negar

10 A Folha de São Paulo, 02-05-2004.

11 A Folha de São Paulo, Tribunal Racial, 02-05-2004.

o status de cidadão aos escravos forros¹², proibindo-os de adquirir propriedades e transitar livremente, por exemplo.

Já no caso brasileiro, desde sempre, a fronteira branco opressor versus negro oprimido nunca foi clara. A miscigenação e a alforria eram práticas constantes, sendo que até mesmo escravos forros (aqueles que já haviam sido libertados) constituíam uma parcela considerável de proprietários de escravos (MOTTA, 1999; SOWELL, 2004). Outro fato curioso é que o Brasil de 1888, que importou cerca de 4 milhões de escravos ao longo de três séculos, possuía metade de sua população livre qualificada como “de cor”, além de cerca de 1,2 milhão de indivíduos em cativeiro. No mesmo período, os EUA, que importaram 400.000, possuíam, às portas da Guerra Civil, cerca de 4 milhões de cativos (SOWELL, 2004, pp. xiv-xv).

De volta ao caso brasileiro, a abolição da escravatura decretada em 1888 fez com que aumentasse a proporção da população branca, em função de nova imigração européia. Porém, tal proporção vem diminuindo continuamente desde a década de 1940, período em que se acentuou a miscigenação no país. Este dado é verificável através do aumento contínuo da população parda (BRASIL, 2000, p. 02) e da constatação científica de que 87% da população brasileira possuem mais de 10% de ancestralidade africana (PENA; BORTOLINI, 2004, p. 43). Assim, é possível deduzir e afirmar que os 13% restantes encontram-se numa miríade social de grupos descendentes estritamente da Europa ou do Oriente, de imigração recente e pós-escravatura, ou aborígenes.

O sonho de Martin Luther King de ver os “filhos de ex-escravos e filhos de ex-escravagistas juntos na mesa da fraternidade”¹³ se concretizou, no Brasil, com os filhos de ambos os grupos juntos na mesma cama. A distância entre a Casa Grande e a Senzala não constituía, no Brasil, um óbice intransponível, como ocorria nos EUA (FREYRE, 1998).

Para seguirmos esta análise, devemos, em breve apanhado histórico, definir o racismo. Trata-se, pois, de ideologia criada pelos delírios cientificistas do Iluminismo e que ganhou projeção com as teorias darwinianas. Entretanto, acabou refutada pelo avanço do conhecimento na Genética. Hoje, sobrevive exclusivamente como construção social entre

12 O instituto da alforria não teve grande aplicação nos Estados Unidos da América.

13 Em seu notório discurso original, realizado no ano de 1963, em Washington, Martin Luther King, o líder anti-racista Americano, disse: “I have a dream that, one day, in the red hills of Georgia, the sons of former slaves and the sons of former slave owners will sit together in the table of brotherhood.”

aqueles que preferem a celebração da diferença fenotípica à afirmação da igualdade genética. Segundo o sociólogo John Rex,

a raça, como tal, não pode ser considerada ação causadora. O consenso da opinião dos biólogos parece ser que, embora as populações do mundo possam ser classificadas em termos de algumas características físicas – desde que se reconheça que mesmo para estas características existe uma considerável amplitude e coincidência estatísticas – não existe evidência de caracteres mentais associadas (sic) a estas características físicas. E ainda menos se pode considerar a raça como relevante para a distribuição diferencial dos direitos entre os homens. (REX, 1988, p.32)

Porém, para garantir a funcionalidade de um sistema de cotas é necessário ir de encontro aos conhecimentos anti-racistas e instaurar no país a idéia da “identidade racial” como valor a ser cultivado (FRY et al, 2007), o que, certamente, entra em contradição direta com a esperança, publicamente cultivada pelos seus defensores, de que sua adoção irá conduzir à redução do grau de consciência racial. Como brilhantemente observado pelo colunista Diogo Mainardi,

Quando se considera a história da humanidade, os alemães são tão miscigenados quanto nós. Raça é uma noção arcaica. Não tem base científica. A luta contra o racismo não se dá glorificando a figura de Zumbi nos livros escolares, mas ensinando que os brancos são negros e os negros são brancos. (MAINARDI, 2004, p. 127).

Mais que isso, em um país essencialmente mestiço, como é o Brasil, é preciso negar a mestiçagem, outrora razão de orgulho nacional, e criar, por meio da manipulação estatística, dois grupos distintos e antagônicos, os “brancos” e os “negros”¹⁴ (KAMEL, 2006, p. 49).

Por mais paradoxal que seja, trata-se, na prática, da introdução institucional da *one drop rule* no Brasil, adotada nos Estados Unidos desde a época do segregacionismo racista, com profundas implicações no ordenamento constitucional pátrio, historicamente neutro em questões raciais, instaurando, aí, uma preponderância da noção de “consciência de raça” em substituição a uma consciência de nação.

14 O grupo estatístico “negro” é obtido pela soma aritmética dos indivíduos classificados sob as bandeiras “preto” e “pardo” pelo IBGE. Por meio de uma manipulação semântica – “preto” e “negro” são sinônimos – infla-se esta categoria no levantamento populacional, obtendo-se, assim, a propalada “maioria negra” no país, ao mesmo tempo em que se retiram os pardos deste grupo em determinadas contagens, a fim de criar provas estatísticas do racismo no país.

3. O VERDADEIRO PRECONCEITO NO BRASIL: O SOCIAL

A população de nosso país, de dimensões continentais, é uma completa miscigenação de raças e, no fundo, todos nós temos um pouco do índio, do negro, do amarelo e do branco. Apenas uma minoria do povo brasileiro pode ser considerada como não miscigenada, o que não justificaria, portanto, a existência racional do preconceito racial em função da cor da pele.

A definição de preconceito, conforme o Dicionário Aurélio, é:

- i. Conceito ou opinião formados antecipadamente, sem maior ponderação ou conhecimento dos fatos; idéia preconcebida.
- ii. Julgamento ou opinião formada sem se levar em conta o fato que os conteste; prejuízo.
- iii. P. ext. Superstição, credence; prejuízo.
- iv. P. ext. Suspeita, intolerância, ódio irracional.

Dentre os inúmeros tipos de preconceitos existentes, o mais latente é, certamente, o preconceito social, discriminação que consiste em acreditar que as classes mais pobres são inferiores às que possuem capital. É lógico e evidente que não podemos negar a existência de outros tipos de preconceitos, mas nenhum outro é característico de nossa população, apenas de alguns poucos indivíduos, os quais sempre existirão em qualquer sociedade, como já visto anteriormente.

Não que não possa haver, de forma sutil e velada, ácido desconforto e preconceito latente ou inconsciente, todavia, atualmente, a questão é muito mais social e econômica. E, também, intimamente ligada à educação, como fator preponderante e específico, haja vista a narração de um episódio grotesco, pelo cronista Millôr:

“Uma senhora vai passando pela praça com a netinha, de cinco anos, quando, de repente, vê um marmanjão com seu (his) de fora, lavando diureticamente uma árvore indefesa. A senhora não se conteve (era no tempo em que as senhoras não se continham): - O senhor não tem vergonha, um homem desse tamanho, urinando em público, em plena luz do dia? Não respeita nem a família? Não se pode nem passear na praça com uma menina? E a menina, tão indignada quanto a avó e mais competente do que ela, acrescentou: - Pois é, vovó! E, além disso, judeu!” (Cf. A Gentália do Império, in Correio Braziliense, de 8 de junho de 1997, p. 5, Parte DOIS do jornal)

Independentemente da coloração da pele, somos constantemente julgados pelo social, pela aparência, pelo dinheiro que temos. E, por incrível que pareça, os que mais julgam são os menos favorecidos! Se uma pessoa entrar em uma loja trajando roupas velhas, usando chinelo e aparentando não ter condições financeiras boas, se for atendida, será muito mal recebida pelos vendedores.

Já se a mesma pessoa entrar na exata mesma loja, porém, agora usando roupas finas e caras, um terno, por exemplo, haverá, imediatamente, uma disputa entre os vendedores para definir quem atenderá o cliente. E, obviamente, a cor de sua pele não fará diferença.

Com isso, é válido afirmarmos, sem dúvidas, que o grande problema na educação é social. A dificuldade de acesso às universidades não está na cor da pele das pessoas, mas, sim:

- a. na qualidade do ensino público básico e fundamental que é ministrada aos alunos;
- b. na carência de nutrientes da população mais carente que afeta o não desenvolvimento do intelecto;
- c. no empobrecimento generalizado da população brasileira que impede que o aluno adquira livros e crie o saudável hábito da leitura; e,
- d. no interesse político em manter essa situação para poder manipular mais facilmente a população.

A medida de reservar vagas e impor como condição fundamental cor da pele para ingresso ao ensino superior é totalmente preconceituosa. Servirá unicamente para acirrar uma situação de disputa e competição desleal entre raças. Aflorará, em nossa sociedade, o preconceito racial, que, até então, não era marcante, embora incidente.

Com isso, o que diriam os “brancos”? Perderiam a oportunidade de estudar pela cor da pele? Por não serem “privilegiados” e não receberem fórum especial, os demais alunos deveriam ser prejudicados em proveito de “minorias” e por medidas eleitoreiras?

Infelizmente, não há, por parte dos governantes, preocupação com a melhora do ensino. Algo mais efetivo deve ser feito, em vez de, simplesmente, garantir acesso à universidade pública aos carentes. É preciso exigir qualidade de ensino desde a base: o ensino público básico e o fundamental.

Muitas pessoas bem-sucedidas hoje freqüentaram escolas públicas. Não há muito tempo atrás, as escolas públicas de 1º e 2º graus eram referência em qualidade de ensino. Várias delas, inclusive, só permitiam acesso mediante concurso e, a maior dificuldade para ingresso no ensino superior era a quantidade de universidades, que, àquela época, era

extremamente limitada. O ensino superior não tinha estrutura suficiente para absorver todos os alunos qualificados.

É inegável, portanto, que o problema está na educação, não na discriminação. Reservar vagas serve apenas para encobrir um erro que está longe de ser resolvido, o da falta de um ensino efetivo e de qualidade. As cotas servirão apenas para aumentar o preconceito e a discriminação. É como rivalidade entre países: se as crianças já nascem ouvindo que o Brasil é rival da Argentina, elas crescerão acreditando nisso e, posteriormente, é o que elas passarão para seus filhos. É o que acontecerá com os negros, caso as cotas continuem a existir, pois elas estarão atestando que aqueles seriam menos capazes e, justamente por isso, precisariam de vagas exclusivas para ingressar nas faculdades públicas.

Ademais, a médio e longo prazo, as cotas serão responsáveis por colocar em xeque a qualidade de todo e qualquer profissional de cor negra, bem como provocarão a desvalorização do diploma do ensino superior. Afinal, as pessoas sempre irão se perguntar se aquele profissional é realmente apto e capaz ou se apenas se formou por fazer ter tido benefícios e privilégios quando ainda era um candidato de vestibular. Tal pensamento será, inevitavelmente, uma constante tanto para aquele que emprega como para aquele que compra o serviço, pois, no mundo competitivo em que vivemos hoje, todos sempre buscam o melhor e mais qualificado profissional.

4. A ABORDAGEM JUSFILOSÓFICA DA IGUALDADE

4.1 Conceito e abordagem histórica

A idéia de igualdade exprime uma relação entre pessoas e objetos. Não se trata de uma qualidade, como a liberdade, mas de uma relação em que se deve estabelecer de antemão quem são os iguais e em que o são, ou seja, o que é devido a cada qual e por que o é (BOBBIO, 1997, p. 12).

Tocqueville (1988), ao analisar a democracia americana, enxergou na igualdade a maior paixão dos homens livres. Estes, inclusive, estariam dispostos a sacrificar a liberdade na esperança de consolidar aquilo que tanto aspiram. Equilibrar igualdade e liberdade tem sido, talvez, o problema capital de todas as noções de justiça da civilização ocidental, constituindo um verdadeiro nó górdio para os regimes democráticos existentes.

Talvez, o mais importante modelo transubstanciou-se nas obras de Aristóteles, notadamente em suas obras *Ética a Nicômaco* e *Política*, textos em que o filósofo estagirita se debruça sobre as noções de justiça distributiva e comutativa (ou corretiva), interpretando a igualdade como parte indissociável do justo – *dikaion* (ARISTÓTELES, 2005).

A idéia de justiça distributiva de Aristóteles foi eternizada na máxima de que se deve “*quinhoar desigualmente aos desiguais na medida em que se desigalam*” (BARBOSA, 1970, p. 25). Trata-se da constatação da existência de uma desigualdade inerente à condição de cada um, o que conduz a uma desigualdade também na distribuição dos objetos da vida em sociedade. Afirma o jusfilósofo Michel Villey:

Ora, no caso das distribuições – em tais dianomais, escreve Aristóteles – não é a igualdade simples, aritmética que se visa. Antes, porém, uma proporção (un analogon) entre os bens e as pessoas. (VILLEY, 1977, p. 65).

Plúrimas distinções ocorrem aos homens, algumas naturais (força, altura, cor, talento, etc.) e outras oriundas da vida social (destreza, status econômico-financeiro, habilidades

adquiridas, etc.). Deste modo, o mestre grego ensinava que o valor mérito, dentro da teoria política, deveria orientar a distribuição das benesses, visto ser o critério mais razoável que, por exemplo, o berço ou a força física. Tal valor, por sua vez, desdobrava-se em questionamentos acerca de sua própria natureza, visto que os democratas enxergavam o mérito na sua própria condição de homem livre, ao passo que os oligarcas viam o mérito na riqueza ou na nobreza hereditária, enquanto os aristocratas entendiam ser a excelência o fator correto a ser levado em consideração.

O critério correto, na opinião de Aristóteles, é o da relevância da habilidade ou característica para o objeto dividido (ARISTÓTELES, 2000, p. 235), pois a liberdade, a riqueza e a excelência constituem, todas, diferentes formas de mérito, mas não possuem a mesma relevância para todos os objetos. O ideal para a *Pólis*¹⁵ seria o equilíbrio entre a excelência, o poder e a liberdade, já que

as dessemelhanças entre os membros [da *Pólis*] são essenciais para a constituição de um Estado. Como eu já disse em minha *Ética*, é o equilíbrio perfeito entre diferentes partes que dá existência à cidade. Esse equilíbrio é fundamental até mesmo entre cidadãos livres e iguais, por que eles não podem ocupar cargos simultaneamente (ARISTÓTELES, 2000, p. 171).

Depreende-se da Política Aristotélica que não é qualquer superioridade ou diferença que justifica a distribuição, por exemplo, de cargos públicos, mas somente a qualidade que possua nexos com o objeto é relevante para a vida política.

A justiça distributiva, pois, significa uma igualdade geométrica, na qual os objetos distribuídos somente o são de acordo com uma regra proporcional ao valor e à excelência de cada um para a comunidade, sendo esta a regra necessária para a manutenção da ordem e harmonia na *Pólis*. Em verdade, a igualdade distributiva não é propriamente uma “igualdade”, mas, antes, uma “proporcionalidade” de aplicação nas relações do indivíduo com o coletivo e vice-versa.

Já a justiça corretiva, nas lições do filósofo, cuida não das relações dos indivíduos com a comunidade, mas das relações interpessoais. Trata-se de uma igualdade aritmética, em que o magistrado reinstaura a igualdade rompida entre os indivíduos para a prática de um ato iníquo de um contra o outro.

¹⁵ A *pólis*, para Aristóteles, é uma certa forma de comunidade (*koinônia*) e toda comunidade tem sua formação visando a algum bem (*agathón*) que é sua finalidade (*télos*); sendo assim, a *pólis* é uma comunidade política (*politikê koinônia*), uma cidade-estado grega dos tempos antigos, que visa a um bem.

O meio é a aplicação de uma pena, em que o juiz, constatado o rompimento do meio-termo pelo ato injusto, subtrai a parte excedente do iníquo e a adiciona à parte da vítima, de modo que a equidade (*ison*), ou um ponto mais próximo dela, volte a prevalecer, restabelecendo, ainda que em parte, o *status quo ante*.

Diversas concepções de igualdade e, portanto, de justiça ocupam corações e mentes dos juristas modernos. De modo bem simples, podemos identificar as concepções libertárias e utilitárias. As concepções utilitárias têm por base uma igualdade material, visando ao bem-estar comum, devendo o Estado dar a cada indivíduo aquilo que for necessário a ele, pretendendo proporcionar o máximo de benefícios ao coletivo com o mínimo de prejuízo. Nos dizeres de Joaquim Barbosa Gomes,

A redistribuição de benefícios e ônus na sociedade tem o inegável efeito de promover o bem-estar geral, eis que, ao se reduzirem a pobreza as iniquidades, tendem igualmente a desaparecer o ressentimento, o rancor, a perda do auto-respeito decorrente da desigualdade econômica. (GOMES, 2001, p. 68).

Recuando um pouco no tempo, podemos chegar ao pensamento de Jean Jacques Rousseau, no seu clássico discurso “*A origem da desigualdade entre os homens*”¹⁶. O filósofo genebrino identificava, em sua obra, a existência de duas desigualdades, a natural e a moral.

Conforme Rousseau, a desigualdade natural diz respeito às características inatas do indivíduo (saúde, compleição, sexo etc.) e o problema da sua natureza se encerra na definição da palavra (ROUSSEAU, s/d, p. 27). Já a desigualdade moral, por sua vez, teria sido uma invenção da sociedade com o objetivo de perpetuar o mando e a dominação inaugurados com o advento da propriedade privada, subordinação esta que inexistiria no estado de natureza. O direito positivo, criado em seqüência à propriedade privada, chancelou a posse daquela, impondo a guerra ou a dominação dos ricos contra os pobres.

O entusiasta do *bon sauvage* sustentava que as distinções morais (ou seja, qualquer uma que se baseasse em critérios que não os naturais, tais como a inteligência e a aptidão) não deveriam ser contempladas pelo direito positivo. Sendo o homem naturalmente bom, igual e livre, sua felicidade estaria condicionada ao retorno ao estado natural, com o restabelecimento do valor intrínseco à desigualdade natural.

Inspirado por tal raciocínio, Karl Marx, o pensador alemão, ao imaginar a história como uma linha contínua e com um sentido, enxergando na luta de classes o seu motor, previu que o capitalismo fatalmente sucumbiria diante de uma relação geométrica inversamente

16 ROUSSEAU, Jean Jacques. *A origem da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Escala, s/d

proporcional entre o número dos explorados e o número dos exploradores, os quais se engoliriam na competição de mercado pelo monopólio. Desta maneira, supôs que a formação da consciência de classe do proletariado, alienado pela ideologia e moral burguesas, conduziria a humanidade ao socialismo, ante-sala do comunismo, o que representaria o “fim da história” e a subsequente redenção do homem (MARX, 1993, p. 92).

No comunismo, o homem retornaria à sua virtude inata e à vida comunal que teria existido antes do advento da propriedade privada. Nesse seu retorno às origens, o homem já não teria mais direito a bens em função de sua capacidade ou sua produção, mas em função de suas necessidades (MARX, s/d, p. 08), instalando-se, assim, a igualdade material entre os indivíduos. Porém, fugindo brevemente do foco, a única possibilidade de haver igualdade material é se distribuímos igualmente a pobreza, pois seria impossível que todos os indivíduos gozassem de grandes riquezas.

Em outra seara, menos radical que a proposta de igualdade material, mas não menos utópica, há os que pugnam ser dever do governo pôr os homens estritamente no mesmo ponto de partida, ou seja, que é dever do Estado dotar os homens de uma quantidade **mínima** igual de recursos materiais. Então, a partir daí, eles poderiam competir livremente. É o caso do jusfilósofo John Rawls, para quem as desvantagens naturais devem ser compensadas com benesses sociais em nome da igualdade (RAWLS, 2002). Allan Bloom, analisando a teoria de justiça proposta por Rawls, aduziu que

os que não têm vantagem, ou, para significar o que Rawls quer de fato dizer, os pobres, devem ser ouvidos – não condescendidos ou instruídos de como devem viver; e a atenção a eles dada deve ser com base no direito mais fundamental, que é anterior às instituições e de acordo com os quais estas são formadas. Um homem não tem, como disse Platão, um direito ao que pode usar bem; ou, como disse Locke, ao que misturou ao seu trabalho; ou até, como disse Marx, ao que necessita; ele tem um direito ao que pensa que precisa para realizar o seu “plano de vida”, seja lá qual for. Em relação aos fins, o governo, para Rawls, deve ser o de *laissez-faire*; com respeito aos meios para os fins, deve ser *beaucoup faire*. (BLOOM, 1990, p. 317)

Com pensamentos opostos no embate filosófico, perfilam-se os autores que admitem a existência das desigualdades como condição necessária da sociedade, que podem, no máximo, ser mitigadas, mas jamais eliminadas.

Argumenta-se que a idéia de Rousseau da “naturalidade boa” do homem não passa de um mito, visto que, mesmo entre as tribos mais remotas de índios, relações de poder se instauravam¹⁷, e que os homens, sendo animais sociais e políticos, associam-se desde sempre

17 Deve-se sempre ressaltar que Rousseau nunca visitou uma tribo indígena, baseando suas observações as descrições idílicas dos viajantes do Novo Mundo e em visitas a exposições de nativos,

visando à proteção mútua e à organização do trabalho para enfrentar as intempéries e a fome. Das diferenças de força, aptidão, talentos, gostos e habilidade surgiriam novas distinções que fatalmente levariam os indivíduos novamente a posições de desigualdade, que poderiam – existindo liberdade – ser transmitidas a seus descendentes na forma de ensinamentos, lições, legados, transmissão de valores e heranças materiais.

Friedrich Hayek, filósofo austríaco, ao refletir sobre a igualdade e o mérito individual, concluiu:

Do fato de que as pessoas são muito diferentes segue-se que, se dispensarmos a todas tratamento igual, o resultado será a desigualdade das suas posições reais e que a única maneira de colocarmos essas pessoas em posição de igualdade seria dispensar-lhes tratamentos diferenciados. Igualdade perante a lei e igualdade material não são, portanto, apenas categorias diferentes, mas mesmo conflitantes; podemos obter uma ou outra, mas não as duas ao mesmo tempo. (HAYEK, 1983, p. 94).

Para evitar a desigualdade material *ex post facto*, seria necessária a ação do Estado para equalizar os indivíduos, o que requer, necessariamente, a concentração do poder político. Ocorre que o Estado não é um ente etéreo, imparcial, Ele é administrado por homens, os quais têm a tendência de agir em seu próprio benefício quando possuidores de poder suficiente para abusar do mesmo, como já alertava Montesquieu (1979).

Dotados de poderes especiais e intrinsecamente absolutos para colocar os indivíduos em situações de plena igualdade material, os “equalizadores” fatalmente estariam numa posição de poder desigual em relação à maioria da população. E, nesta tendência cada vez maior de as sociedades democráticas delegarem poderes especiais ao Estado numa busca desenfreada por igualdade, Tocqueville enxergou o surgimento de um novo tipo de servidão:

Acima desta massa, se ergue um poder imenso e tutelar que se encarrega, com exclusividade, de garantir os direitos de todos e de controlar os seus destinos. É absoluto, detalhado, regular, providente e suave. Assemelhar-se-ia à autoridade paterna se, como esta, tivesse como objetivo preparar os homens para a idade adulta, mas, na realidade, o que faz é mantê-los irrevogavelmente na infância; Apetece-lhe que os cidadãos vivam bem, desde que não pensem em outras coisas. Interessa-lhe de bom grado seu bem-estar desde que seja seu único agente e árbitro. Olha por sua segurança e garante e atende suas necessidades, facilita seus prazeres, dirige seus principais assuntos, impulsiona sua indústria, regula suas sucessões testamentárias, divide suas heranças e, se pudesse, lhes desobrigaria por completo da maldição de pensar e viver. Desta forma, torna-se cada vez menos útil e raro o exercício do livre-arbítrio, circunscreve a vontade a um âmbito cada vez menor e arrebatou pouco a pouco, de cada cidadão, sua própria personalidade. A igualdade foi preparando o homem para tudo isto; preparou-o para suportar e até para ver este processo como benéfico. (TOCQUEVILLE, 1988, p. 136).

trazidos à Europa para este fim.

Para o pensador francês, a presença de uma aristocracia¹⁸ era insuportável em uma democracia, que pressupõe necessariamente a igualdade em direitos e deveres. A atribuição ao Estado do poder de equalizar materialmente os cidadãos conduz à concentração de poder entre os seus agentes, gerando, com isso, uma nova aristocracia. Este processo, entretanto, não seria percebido imediatamente pelos cidadãos, senão pelos clarividentes, que, todavia, evitariam assinalar o perigo, pois

Sabem que as misérias que temem estão distantes e que provavelmente não alcançarão sua geração, mas a gerações futuras. Os males que às vezes traz a liberdade costumam ser imediatos: visíveis para todos e com conseqüências diretas sobre eles. Pelo contrário, os males que a extrema igualdade pode produzir só se manifestam pouco a pouco, insinuam-se gradualmente pelo corpo social; aparecem de tempos em tempos e, quando resultam violentos, o costume faz com que já não se advirtam. (TOCQUEVILLE, 1988, p. 105).

O pensamento liberal traça uma divisão clara entre a igualdade de direitos, a igualdade de oportunidades – garantida pela isonomia formal e políticas universalistas – e a igualdade material ou de rendas – tangíveis somente pela atuação desigual do Estado nos casos particulares.

A igualdade fundamental dos indivíduos, para os liberais, deve ser a liberdade para exercer livremente suas potencialidades com o mínimo de interferência positiva ou negativa do Estado, o qual deve ter sua ação orientada para evitar monopólios e garantir o cumprimento das leis (FRIEDMAN, 1988). Uma sociedade desse tipo oferece possibilidades de ascensão social muito maiores que uma sociedade fechada (como geralmente ocorre quando há ingerência estatal sobre múltiplos aspectos da vida privada), tendendo, assim, a uma diminuição progressiva das desigualdades, mas não a sua eliminação.

A história do século XX deu razão à segunda corrente. Em nome da igualdade material, regimes totalitários dominaram mais da metade da população mundial, promovendo, com o fim de eliminar as barreiras de classe que separavam os homens, o maior massacre conhecido da história humana, servindo, ainda, de móvel para uma desigualdade gritante entre os membros da burocracia estatal e os equalizados¹⁹. O alerta de Tocqueville se concretizara.

4.2 O conteúdo jurídico do princípio da igualdade

¹⁸ Entendida no contexto não como os excelentes (*aristoi*) do pensamento aristotélico, mas como uma casta política hereditária portadora de direitos próprios superiores aos da plebe, mais próxima do conceito aristotélico de oligarquia.

¹⁹ Cf. COURTOIS, Stéphane (org). O livro negro do comunismo. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

A reserva de vagas nas universidades públicas, desde as pioneiras leis de cotas do Estado do Rio de Janeiro, suscitou diversas polêmicas na sociedade brasileira a partir de sua implantação na UERJ e UENF. Além de trazer para a arena pública a questão racial e a luta anti-racista, uma das principais polêmicas versa sobre a legitimidade e constitucionalidade das leis de reserva de vagas para estudantes oriundos de escolas públicas e para os negros.

A polêmica foi tão grande que no primeiro ano em que foram instituídas as cotas, mais de duzentos mandados de segurança individuais e de duas representações de inconstitucionalidade foram impetrados perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, além de uma ação de inconstitucionalidade²⁰ perante o Supremo Tribunal Federal, fazendo crer que o princípio da igualdade formal proclamado pelo ideário da revolução há mais de trezentos anos continua como ideário revolucionário no Brasil²¹.

Em relação ao Direito Brasileiro, o princípio basilar da igualdade encontra-se prescrito no art. 5º, caput, da Constituição Federal. Trata-se, pois, de um princípio constitucional de ampla repercussão, visto que orienta não só a ação do legislador, que não pode editar leis dissonantes da isonomia, como vincula também o aplicador da lei, na medida em que a fonte da axiologia jurídica é o valor do justo, o qual é identificado como “coexistência harmônica e livre entre as pessoas segundo proporção e igualdade” (REALE, 2002, p. 272).

Como afirma Villey,

O jus “objeto da justiça” é uma “coisa”, uma realidade, realidade justa (“res justa”), realidade esta inerente ao corpo político que é nele a justa relação dos bens e das coisas repartidos entre os cidadãos. Uma igualdade (quandam æqualitatem importat). Mas, certamente, como em Aristóteles e no direito romano, igualdade proporcional. A igualdade aritmética, a idéia de uma “sociedade sem classes” e sem distinção de fortunas seria tão deplorável quanto é utópica pelo que nela há de posse das coisas exteriores; a grandeza da Cidade terrestre reside na sua diversidade, que implica, pois, em diferenças entre as condições sociais, dos ricos e dos pobres, de bens materiais. O jus é uma proportio. (VILLEY, 1977, p. 102).

²⁰ Esse grande número de ações na justiça ocorreram contra os vestibulares da UERJ e UENF de 2003, onde mais de 65% das vagas dessas universidades foram preenchidas por cotas: 50% para alunos de escolas públicas e 40% para negros. A ação direta de inconstitucionalidade (Adin) foi feita ao Supremo Tribunal Federal pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONACEN), entidade que representa instituições da rede privada de ensino contra a política de cotas da Uerj e da UENF.

²¹ Silva, Liz Fernando Martins da. Ação Afirmativa e cotas para afro-descendentes: algumas considerações sociojurídicas. in: Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais. Renato Emerson dos santos e Fátima Lobato(orgs.); DP&A editora. Rio de Janeiro, 2003. pp. 59-60.

No âmbito de classificação dos princípios constitucionais sob a ótica da eficácia e da aplicabilidade, o princípio da isonomia é uma norma de eficácia absoluta. Sendo a primeira norma elencada dentre os direitos e garantias individuais, a isonomia se encontra protegida por força do Art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal.

Assim dispõe o texto constitucional pátrio:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Por norma de eficácia absoluta, entende-se aquela cuja validade e vigência jamais poderão ser suprimidas por uma emenda, sendo possuidora de poder paralisante sobre toda e qualquer norma inferior que a contradiga ou restrinja (BULOS, 1997, p. 10), pois independe de legislação posterior que a regulamente, como é o caso das normas de eficácia contida.

A *ratio* do princípio é evitar que a lei seja fonte de privilégios ou de perseguições, mas que sirva como reguladora da vida social e que trate eqüitativamente os cidadãos (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 10). Ainda, segundo Humberto Ávila, funciona

Como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do direito em função de elementos (critérios de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim). (ÁVILA, 2006, p. 137)

O princípio da igualdade não constitui um direito subjetivo em si, mas uma proibição de que a lei fira a igualdade formal entre os cidadãos. Não significa somente uma proibição de que tais leis sejam postas em vigor, mas também que, se postas, sejam anuladas.

Para Hans Kelsen, jurista austro-americano,

A igualdade dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devam ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, sãos de espírito e doentes mentais, homens e mulheres. Quando na lei se vise à igualdade, a sua garantia apenas pode realizar-se estatuinto a Constituição, com referência a diferenças completamente determinadas, como talvez as diferenças de raça, de religião, de classe ou de patrimônio, que as leis não podem fazer acepção das mesmas, quer dizer: que as leis em que forem feitas tais distinções poderão ser anuladas como inconstitucionais. (KELSEN, 1999, p. 158).

Note-se que o objetivo do princípio da Igualdade não é o de proibir que se façam distinções, mas, sim, condicionar uma correlação lógica entre o objeto de discriminação e o fator de discriminação. Isto implica num retorno à regra aristotélica da justiça distributiva.

Como já visto antes, a justiça distributiva se revela por meio de uma relação geométrica, com a distribuição proporcional dos bens. Envolve sempre uma relação de alteridade (REALE, 2002, p. 642). Como sabido, múltiplos aspectos – físicos e morais – diferenciam os homens uns dos outros, mas nem toda diferença é relevante para a teoria política. Na lição do mestre helênico:

Se um homem se sobressai como flautista, mas é bem inferior em nascimento ou boa aparência (supondo que o nascimento ou boa aparência sejam méritos maiores do que tocar flauta, e maiores, em proporção, à superioridade do flautista sobre o resto), até mesmo então, diria eu, o bom flautista deve ter o melhor instrumento. Pois a superioridade apenas é relevante quando contribui para a qualidade do desempenho, ao qual a riqueza e o berço não contribuem de maneira alguma. (ARISTÓTELES, 2000, p. 235).

Nem toda diferenciação, entretanto, se dá exclusivamente pelo mérito da excelência. Por vezes, a própria natureza do objeto implica na adoção de fatores de discrimen exclusivamente naturais ou morfológicos, como, por exemplo, a vedação para homens concorrerem a uma vaga de policial feminino e o estabelecimento de alturas mínimas para os concorrentes a vagas num corpo de guarda de honra (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 12).

Em sua obra clássica sobre o princípio da igualdade, Celso Antônio Bandeira de Mello identifica, além da citada análise do fator de discrimen adotado e sua correlação lógica com o objeto, a necessidade de se observar a consonância desta correlação com os objetivos e valores da Constituição como um todo.

Há quem sustente, com base neste modelo, que o preceito da isonomia deve ultrapassar o seu aspecto formal e abarcar, também, a igualdade material, pois a erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais constituem um dos objetivos da República (ATCHABAHIAN, 2004; SOUSA, 2006).

Como afirma Joaquim Barbosa Gomes,

O cerne da questão reside em saber se na implementação do princípio constitucional da igualdade o Estado deve assegurar apenas uma certa “neutralidade processual” (procedural due process of law) ou, ao contrário, se sua ação deve se encaminhar de preferência para a realização de uma “igualdade de resultados” ou igualdade material. A teoria constitucional clássica, herdeira do pensamento de Locke, Rousseau e Montesquieu, é responsável pelo florescimento de uma concepção meramente formal de igualdade – a chamada igualdade perante a lei. Trata-se em realidade de uma igualdade meramente «processual» («process-regarding equality»). As notórias insuficiências dessa concepção de igualdade conduziram paulatinamente à adoção de uma nova postura, calcada não mais nos meios que se outorgam aos

indivíduos num mercado competitivo, mas nos resultados efetivos que eles podem alcançar. Resumindo singelamente a questão, diríamos que as nações que historicamente se apegaram ao conceito de igualdade formal são aquelas onde se verificam os mais gritantes índices de injustiça social, eis que, em última análise, fundamentar toda e qualquer política governamental de combate à desigualdade social na garantia de que todos terão acesso aos mesmos «instrumentos» de combate corresponde, na prática, a assegurar a perpetuação da desigualdade. Isto porque essa «opção processual» não leva em conta aspectos importantes que antecedem a entrada dos indivíduos no mercado competitivo. Já a chamada «igualdade de resultados» tem como nota característica exatamente a preocupação com os fatores «externos» à luta competitiva – tais como classe ou origem social, natureza da educação recebida –, que têm inegável impacto sobre o seu resultado. Vários dispositivos da Constituição brasileira de 1988 revelam o repúdio do constituinte pela igualdade «processual» e sua opção pela concepção de igualdade dita «material» ou «de resultados». Assim, por exemplo, os artigos 3º, 7-XX.º, 37-VIII e 170. (GOMES, 2003, p. 10).

No mesmo diapasão, temos a opinião de Carmen Lúcia Antunes Rocha que entende haver

na Constituição Brasileira de 1988, no seu preâmbulo, uma declaração que apresenta um momento novo no constitucionalismo pátrio: a idéia de que não se tem a democracia social, a justiça social, mas que o Direito foi ali elaborado para que se chegue a tê-los(...).O princípio da igualdade resplandece sobre quase todos os outros acolhidos como pilstras do edifício normativo fundamental alicerçado. É guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República (...)).Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional. E todos os objetivos contidos, especialmente, nos três incisos acima transcritos do art. 3º, da Lei Fundamental da República, traduzem exatamente mudança para se chegar à igualdade. Em outro dizer, a expressão normativa constitucional significa que a Constituição determina uma mudança do que se tem em termos de condições sociais, políticas, econômicas e regionais, exatamente para se alcançar a realização do valor supremo a fundamentar o Estado Democrático de Direito constituído (ROCHA, 1996, apud GOMES, 2003, p. 10).

A despeito das autorizadas interpretações, cabe lembrar que a Carta Magna de 88 não é, certamente, uma Constituição que abraça irrestritamente o *laisser-faire*. Tampouco, entretanto, abraça o socialismo, optando pelo meio-termo da social-democracia.

Há quem entenda que os instrumentos e mecanismos das ações afirmativas, não estão em contradição com o Direito Constitucional Brasileiro, visto que as normas presentes na Constituição admitem o uso de discriminações justas, ou seja, aquelas feitas em razão da igualdade material como forma de compensar a desigualdade de oportunidades, ou, em alguns casos, de fomentar o desenvolvimento de setores considerados prioritários.

Porém, a própria presença da livre-iniciativa como um dos fundamentos da República (Art. 1º, IV) e a garantia do direito à propriedade como direito e garantia fundamental (Art. 5º,

caput) já são suficientes para afastar *in limine* a presunção de que a Constituição teria na igualdade material um objetivo ou fundamento²², visto que a igualdade material não coexiste com o regime de propriedade privada (MARX, 1993, p. 93), nem pode firmar-se senão com a negação do pluralismo político e do indivíduo como agente concreto da vida social. Ademais, a experiência histórica concreta demonstra que os países que atingiram os maiores graus de igualdade social conjugada com liberdade política foram precisamente aqueles que se apegaram ao longo de sua história muito mais à isonomia formal e a uma menor atividade estatal no campo econômico e social²³.

Nesse sentido, vale lembrarmos os ensinamentos de Celso Ribeiro de Bastos:

A preocupação com o social é uma dimensão inextirpável do Estado moderno. Sobre o que se tergiversa é com relação aos meios que haverão de ser postos à disposição desta causa, uma vez que a imposição em si da erradicação da pobreza está presente em toda constituição democrática. Não se pode imaginar que a riqueza sirva apenas a alguns. É inconcebível também que populações enormes careçam do mínimo indispensável à sua sobrevivência com dignidade. Ocorre, entretanto, que esse objetivo fundamental tem que ser atingido dentro do contexto dos demais princípios constitucionais, onde figuram os princípios da livre-iniciativa e da propriedade privada. O Brasil acredita, pois, que a erradicação da pobreza há de se dar principalmente pela multiplicação da riqueza, pelo aumento da produção nacional, pelo desenvolvimento, enfim. (BASTOS, 2001, p. 492).

A adoção de direitos e garantias individuais elementares como a propriedade e a livre-iniciativa implica, *ipso facto*, na rejeição da idéia de uma prescrição do texto constitucional em prol da igualdade material senão como uma conseqüência utópica desejável, mas não *sine qua non*, decorrente das relações livres entre os indivíduos e o Estado, cabendo a este último o papel regulatório, adotando, ainda, uma postura ativa somente naquele mínimo indispensável, conforme entende Milton Friedman (1988, p. 175). Trata-se, pois, de uma igualdade de liberdade.

Não obstante o exposto acima, não se pode esquecer o fato de que muitos pobres estudaram e outros ainda estudam em escolas particulares, ficando, assim, excluídos das cotas universitárias. Muitos estudam em colégios privados porque conseguiram bolsas ou somente porque os pais fazem uso de quase toda sua renda na tentativa de oferecer a seus filhos uma educação de qualidade, o que deveria ser o papel e o dever do Estado.

22 Note-se que não se confunde a erradicação da pobreza e marginalização com a igualdade material propriamente dita. As concepções não são sinônimas e, a julgar pelas experiências concretas do socialismo real, são contraditórias.

23 Para conhecer as conseqüências desastrosas do intervencionismo estatal, sempre bem intencionado, nas relações interpessoais na história latino-americana, cf. VARGAS LLOSA et al. O manual do perfeito idiota latino-americano. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

Para Washington Bernardo de Amorim²⁴, leitor do jornal O Globo, que, além de negro, vem de uma família considerada de baixa renda, as cotas jamais poderiam existir. Primeiramente, explica entender ser a reserva de vagas nas instituições públicas de ensino superior contra a Constituição Federal. Demais, o leitor afirma enxergar as cotas como uma forma explícita de racismo. Neste sentido, ele considerou louvável a posição assumida pelo Conselho universitário da UFRJ que se recusou implantar as cotas universitárias para negros, indígenas e os alunos oriundos de escolas públicas.

5. A UNIVERSIDADE

5.1 A função social da universidade

Pelo já exposto, pode-se concluir que o princípio constitucional da igualdade permite haver determinadas desigualdades, contanto que estejam lastreadas em critérios coerentes e lógicos de discriminação e, obviamente, levando-se em conta o objeto e as pessoas. As Universidades constituem o primeiro front na luta pela implementação das políticas raciais no Brasil. O uso político das Universidades é uma das características mais marcantes da decadência intelectual, institucional e cívica de um país, processo que se agravou no século XX, com o fortalecimento das ideologias totalitárias.

Otto Maria Carpeaux, um pensador austríaco radicado no Brasil, lembrando a última visita à sua Universidade antes de fugir da Áustria para o Brasil em razão do *Anschluss*²⁵, observou que o prédio estava vazio por conta da participação dos estudantes numa

24 Washington Bernardo De Amorim, Cartas Dos Leitores, via Globo on-line, Rio, O Globo, 21-09-2004.

25 A anexação da Áustria pelo III Reich nazista, em 1938.

manifestação popular qualquer em defesa de algum dos totalitarismos em voga – fascismo ou comunismo. Assim escreveu, refletindo sobre o fato:

Por toda parte, as universidades são doentes, senão moribundas, e isto é grande coisa. Os iniciados bem sabem que não é esta uma questão para os pedagogos especializados. Das universidades depende a vida espiritual das nações. O fim das universidades seria um fim definitivo. O abismo entre o progresso material e a cultura espiritual aumenta de dia para dia, e as armas desse progresso nas mãos dos bárbaros é fato que clama aos céus. Os edifícios das universidades resistem ainda, e neles trabalha-se muito, demais, às vezes, mas o edifício do espírito, esta catedral invisível, está ameaçado de cair em ruínas. Em tempos mais felizes a sueca Ellen Key dizia com sutileza: "Cultura é o que nos resta depois de termos esquecido tudo quanto aprendemos". E, deste modo, somos riquíssimos de saber e mendigos de cultura. Hoje em dia Herbert George Wells pode dizer: "We are entered in a race between education and catastrophe" "Entramos numa corrida entre educação e catástrofe". Aí está a questão da Universidade. (CARPEAUX, 1999, p. 211).

Carpeaux havia sido muito influenciado pelo filósofo espanhol José Ortega y Gasset. Este, em sua teoria acerca da finalidade principal da Universidade, escreveu:

La sociedad necesita de buenos profesionales – jueces, médicos, ingenieros -, y por eso está ahí la Universidad con la enseñanza profesional. Pero necesita antes que eso, y más que eso, asegurar la capacidad em outro genero de profesión: la de mandar. En toda la sociedad manda alguien – grupo o clase, muchos o pocos. Y por mandar no entiendo tanto lo ejercicio jurídico de una autoridad como la presión e influjo difusos sobre el cuerpo social. Hoy mandan en las sociedades europeas las clases burguesas, la mayoría de cuyos individuos es profesional. Importa, pues, mucho a aquellas que estos profesionales, aparte de su especial profesión, sean capaces de vivir e influir vitalmente según la altura de los tiempos. Por eso es ineludible crear de nuevo en la universidad la enseñanza de cultura o sistema de las ideas vivas que el tiempo posee. Esa es la tarea universitaria radical. Eso tiene que ser, antes y más que ninguna otra cosa, la Universidad. (ORTEGA Y GASSET, 2001, p. 05).

Atualmente, a Universidade passou a ser detentora e transmissora do sistema total do saber (CARVALHO, 1998), bem como guardiã da cultura, assim entendida como o sistema de idéias vitais de cada tempo (ORTEGA Y GASSET, 2001, p. 04). Trata-se, pois, do templo da excelência, do *aristoi* de uma sociedade democrática, uma excelência não apenas técnica e científica, mas, fundamentalmente, cultural.

O conflito de ideologias do século XX, entretanto, marcou profundamente a Universidade. Olavo de Carvalho, filósofo, afirma que

as prioridades típicas da nossa época, pelas quais os homens matam, morrem e – o que às vezes é pior – escrevem, são, no fundo, duas e apenas duas: a eficácia do aparato tecno-econômico, a divisão do poder político. Quase tudo o que fazemos, pensamos e dizemos em público tem uma destas duas finalidades: azeitar a máquina da produtividade, alterar a constituição do Estado. Essa alternativa expressa o conflito entre a burguesia capitalista e a *intelligentzia* de classe média, tantas vezes mais poderosa que ela; este conflito, por sua vez, se expressa na dupla concepção da cultura como mercado e da cultura como militância, oposição que por fim vai gerar as duas idéias de universidade que esgotam o repertório do que geralmente se diz a respeito nos debates nacionais: a universidade como formadora de mão-de-obra especializada, a universidade como berçário de teóricos e militantes da revolução. É

fatal que os adeptos da primeira concepção enfatizem a praticidade imediata, enquanto os da outra lhes opõem argumentos de natureza fingidamente ética e idealística, fundados no pressuposto absurdo de que a fome de poder político é coisa essencialmente mais nobre que o desejo de riquezas. A constelação das idéias em debate esgota-se em dois lindos sistemas de racionalizações pro domo sua, ambos baseados no princípio de que a universidade deve “servir” a alguma classe, e divergindo apenas quanto a quem deve levar o prêmio: os senhores do capital ou a vanguarda automeada das “forças populares”. Que ambas as classes em disputa devam, elas sim, servir a algo que as transcenda (e transcendendo unifique na busca do bem comum); e que este algo possa estar simbolizado precisamente na idéia mesma de universidade, eis algo que escapa ao horizonte visual do debate universitário brasileiro; e esta limitação, por sua vez, projeta-se retroativamente sobre quanto digam uns e outros da universidade de outros tempos. (CARVALHO, 1998)

Com o advento da Escola Filosófica de Frankfurt, o equilíbrio de forças nas Universidades ocidentais foi radicalmente modificado. O niilismo catedrático, o relativismo, o desconstrucionismo, o avanço da ideologia de “ocupação de espaços” e “revolução passiva” de Antônio Gramsci²⁶ transformaram as Universidades do mundo ocidental em um verdadeiro “cavalo de Tróia” cultural. Desta crise da Universidade decorre a crise de valores da sociedade hodierna (BLOOM, 1989).

Boa parte dessa chamada crise moderna vem no bojo do fenômeno denominado de “democratização da Universidade”. De acordo com Bloom (1990), este processo de democratização resultou, na verdade, na subjugação da Universidade aos interesses próprios de grupos político-ideológicos internos e externos, tudo sob o rótulo de “demanda da sociedade”. Narrando a sua experiência pessoal nos conflituosos anos 60, afirmou:

O exemplo mais impressionante disso que eu conheço é o que aconteceu em Cornell²⁷. Quando estudantes negros carregando armas, com o apoio de milhares de estudantes brancos, insistiram que a direção da faculdade abandonasse o sistema judicial da universidade, condição mínima de uma comunidade civil dentro da universidade, e reforçou essa insistência com ameaças, a direção da faculdade capitulou. A maioria dos professores que votaram pela capitulação disse que era esta a vontade da comunidade, o que os estudantes queriam. (...) Tão democráticos tinham se tornado que aceitaram como um público de verdade uma turba reunida num clima de violência. (BLOOM, 1990, p. 382)²⁸.

Com efeito, por ser o Templo do Saber (ou a coisa mais próxima possível), a Universidade foi sempre responsável por elevar o conhecimento e o estudo a um patamar de relevância superior. E é dessa forma que se estrutura o sistema de mérito da Universidade, não baseada na força física ou quantidade de bens materiais, mas no esforço intelectual dos alunos traduzido em resultados.

26 Cf. CARVALHO, Olavo de. Nova Era e Revolução Cultural. São Paulo: Stella & Caymmi, 1994.

27 Uma das Universidades que compõem a chamada Ivy League, liga das mais tradicionais e elitistas instituições de ensino daquele país.

Um aspecto muito interessante foi levantado por Thomas Sowell, quando este, analisando o desempenho de alunos da Dunbar High School²⁹, constatou que

A maioria dos estudantes da Dunbar High School que se saiu muito bem no Amherst College entre 1892 e 1954 dificilmente viu um professor negro. A ascensão espetacular da geração nissei de nipo-americanos, depois da Segunda Guerra Mundial, ocorreu numa época em que tampouco tiveram professores ou catedráticos nipo-americanos, ou conheceram, ou sequer viram, algum cientista ou engenheiro de ascendência nipônica, uma vez que a maior parte de seus pais trabalhava na lavoura.

(...)

Este argumento [de que uma maior diversidade étnica contribuirá para a melhoria dos serviços públicos] também não joga com o fato de muitos médicos não-negros trabalharem em grandes hospitais nas zonas pobres das cidades sem sinal de que pacientes negros passem pior por isso.

(...)

A discussão da política de admissão às faculdades normalmente decorre como se a questão fosse de distribuição de benefícios a vários candidatos, quando é de seleção daqueles que podem melhor dominar a espécie e o nível do trabalho acadêmico em determinada instituição. Os que vêm o problema como distribuição de benefícios fazem objeção aos “critérios de admissão que beneficiam em princípio os brancos de classe média”. Focalizar arbitrariamente os diferentes grupos de candidatos é ignorar aqueles que têm mais em jogo – no caso da medicina, os doentes que necessitam de tratamento médico. Também noutros campos, é ignorar o interesse de terceiros a quem mais importa o que fazem as instituições de ensino superior e a qualidade com que o fazem. Os candidatos às escolas de engenharia não têm tanto em jogo quanto milhões de outras pessoas cuja vida depende da qualidade da engenharia aplicada nas pontes sobre as quais transitam, ou nos aviões em que voam, ou nos equipamentos com que trabalham. (SOWELL, 2004, *passim*)

A Universidade não é um espaço propriamente democrático, mas, sim, aristocrático; é aquele elemento aristocrático necessário para o equilíbrio e harmonia de uma sociedade democrática, pois, afinal, como afirmou Allan Bloom, “se a democracia não pode tolerar a presença dos mais altos padrões de aprendizado, então, a própria democracia se torna questionável” (Bloom, 1990, p. 245).

28 Impossível não notar as coincidências: Várias Universidades Brasil afora estão atualmente com suas Reitorias ocupadas por estudantes que exigem o atendimento de seus pontos de vista como se fossem efetivamente um grupo democrático e representativo. Em agosto de 2006, a simples menção, pelo Reitor da UFBA, Naomar de Almeida Filho, da possibilidade de revisão a médio prazo do sistema de cotas adotado por aquela Universidade foi o suficiente para servir de estopim para uma manifestação de diversos movimentos negros em defesa da manutenção daquele sistema no Vestibular da UFBA. Numa manifestação que oscilava entre o caricato e o nonsense, manifestantes queimaram pneus, ocuparam a Reitoria e gritavam palavras de ordem que exortavam à eliminação dos “demônios brancos” e à derrubada do “apartheid”. Jornal A Tarde, 19.08.2006, disponível em <http://diversidade.mec.gov.br/sdm/publicacao/engine.wsp?tmp.area=2&tmp.templ=noticia&tmp.noticia=223>

29 A Dunbar High School era uma escola de elite só para negros, citada anteriormente por Sowell por conta do extremo sucesso de seus egressos antes da Lei dos Direitos Civis.

Porém, o esforço igualitarista para “democratizar” a Universidade ataca precisamente o mérito. O jusfilósofo John Rawls afirma que

Talvez alguns pensarão que uma pessoa com maiores dons naturais mereça aquelas vantagens e o caráter superior que tornou possível seu desenvolvimento. Porque é mais digno neste sentido, merece as maiores vantagens que puder alcançar com seus dons. Esta visão, entretanto, é certamente incorreta. Um dos pontos recorrentes de nossos juízos analisados até agora é que ninguém merece o seu lugar na distribuição dos dons naturais mais do que mereça seu ponto de partida na sociedade. Afirmar que um homem merece o caráter superior que lhe permite esforçar-se para cultivar suas habilidades é igualmente problemático, pois seu caráter depende largamente de uma família privilegiada e de circunstâncias sociais, pelas quais não tem mérito algum. Não parece aplicar-se a noção de merecimento a tais casos. Dessa forma, o homem representativo mais privilegiado não pode dizer que o mereça e, portanto, que tenha direito a um esquema de cooperação no qual lhe seja permitido adquirir benefícios de modo que não contribuam ao bem-estar alheio. (RAWLS, 1973 apud MOEHLECKE, 2004)

A principal falha da supracitada proposição se dá pelo fato de que Rawls toma a desigualdade natural de talentos, bem como o aperfeiçoamento proporcionado pela entidade familiar (que podem tornar uns mais preparados que outros), como injusta a priori, ocultando, aí, uma petição de princípio³⁰. Ele não clarifica, além disso, se essa rejeição se dá porque esta desigualdade é logicamente falsa ou simplesmente porque não é “politicamente correta”.

Diferentemente de Rawls, Sowell sustenta que

Faculdades e Universidades não foram criadas para distribuir benefícios a candidatos, mas para cultivar mentes e capacitar gente para servir à sociedade. Os critérios que valem são os que permitem que as instituições se desempenhem dessa responsabilidade, a qual não se pode subordinar à impossível tarefa de equalizar possibilidades de sucesso acadêmico de pessoas nascidas e criadas em circunstâncias que prejudicaram o seu desenvolvimento, mesmo não por culpa delas e por motivos fora de seu controle. (SOWELL, 2004, p. 152)

O igualitarismo radical nas Universidades acarreta uma posição a qual se supõe que o mérito acadêmico deveria ser um bem dividido de forma igual. Os igualitários interpretam a desigualdade de dons de duas maneiras alternadas: aquele que não possui as qualificações acadêmicas necessárias, ou foi delas privado, ou são elas falsas (BLOOM, 1990, p. 389).

Ainda que a Universidade não seja detentora exclusiva do poder de produzir e proteger a alta cultura, estas duas são as duas principais funções do ensino superior no país, sendo justamente aquilo que o distingue dos ensinos médio, fundamental e técnico. Para o alcance destes valores e para frear a conversão das instituições de ensino superior em meras escolas

30 “Ocultamos uma *petitio principii* ao postular o que desejamos provar: (...) se precisamos demonstrar uma verdade geral e fazemos com que se admitam todas as particulares” SCHOPENHAUER, Arthur. Como vencer um debate sem precisar ter razão. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997, p. 138.

políticas a serviço dos inimigos das sociedades abertas, é preciso defender o mérito e a excelência como condições *sine qua non* para a vida e a liberdade acadêmica.

5.2 A igualdade no acesso ao ensino superior no Brasil

A Constituição Federal do Brasil consagrou a educação superior e o acesso à mesma como um direito de todos os indivíduos, nos seguintes termos:

Art. 6º **São direitos sociais a educação**, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, **na forma desta Constituição**.

(...)

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

(...)

VII - garantia de padrão de qualidade.

(...)

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

(...)

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, **segundo a capacidade de cada um**; (grifos nossos)

A Carta Magna, em seu artigo 208, incisos I e II, aborda a universalização dos ensinos básico e médio. Já em relação ao nível superior, há previsão de que o acesso seja baseado apenas e tão somente na chamada meritocracia, visto que o constituinte de 88 reconheceu a realidade imutável de um número limitado de vagas no ensino superior contraposto ao número ilimitado de candidatos a estas vagas, prescrevendo a igualdade nas condições de acesso (Art. 206, I).

Viu-se, com Aristóteles, que o mérito possui diferentes facetas, devendo, entretanto, restar coerência entre o fator de discrimen e o objeto discriminado. Deste modo, o único critério de relevância para a Academia é, obviamente, o mérito acadêmico, medido pelo exame vestibular.

O exame vestibular é um processo seletivo através do qual o candidato é avaliado na quantidade de informações apreendidas e captadas durante os ensinos médio e fundamental, seja na área de humanidades como nas áreas naturais, havendo somente a distribuição de pesos diferentes às matérias, variando em razão da área escolhida pelo vestibulando.

Por mais que o vestibular não seja um sistema perfeito e, por óbvio, objeto de diversas críticas – principalmente em função da sua falibilidade – não há outro método de avaliação que, **a curto ou médio prazo**, possa ser adotado em sua substituição, diante das distorções gritantes na qualidade do ensino ministrado nas escolas nacionais, públicas e privadas.

O fato de as vagas serem limitadas pressupõe, necessariamente, a disputa pelas mesmas. Assim, qual outra forma de se aferir e diferenciar os candidatos que não por uma prova para medir o quanto cada aluno foi capaz de aprender? Outrossim, a igualdade nas condições de acesso à Universidade não pode ser interpretada como uma “igualdade de ponto de chegada”, por razões óbvias. A igualdade absoluta no aprendizado também não é *conditio sine qua non* para a viabilidade do sistema, posto que é tecnicamente impossível que todos recebam absolutamente a mesma educação, e nem é razoável supor que todos apreenderão na mesma razão, ou se empenharão o mesmo tanto nos estudos pré-vestibulares.

Além disso, o caráter igualitário do Vestibular se reveste no fato de que se trata de uma prova absolutamente igual para todos os candidatos, independentemente de sua cor, classe, origem étnica, religião, gênero, orientação sexual, etc. Mais do que isso, trata-se de uma prova impessoal, sendo que aqueles encarregados da sua correção exercem seu ofício sem qualquer tipo de identificação do candidato. Com isso, a prova de vestibular preenche as normas constitucionais de igualdade (Art. 3º, IV e 5º caput, 206, I e 208, V) e da impessoalidade, moralidade e eficiência (Art. 37, caput do mesmo diploma político).

Observe-se, ainda, que a não aprovação no vestibular não significa a incapacidade do candidato para o ingresso no ensino superior, mas apenas e tão somente o seu distanciamento do nível demonstrado pelos demais candidatos àquele curso da instituição específica em que pleiteia admissão. Um determinado candidato, oriundo de escola pública, pode não possuir nota suficientemente alta para ingressar na UFRJ, UESP, ou na USP, mas pode possuir qualificações suficientes para a UFF ou a UNIRIO, por exemplo. Não só isso, mas nada impede que um candidato, independentemente de sua origem, consiga grau maior em uma faculdade mais disputada do que em outra menos cobiçada.

Forçar o acesso de determinados grupos de estudantes, que não terão (teoricamente) o mesmo nível de seus colegas, a determinadas instituições de ensino superior mediante a reserva de vagas, na melhor das hipóteses, servirá apenas para diminuir a qualidade do ensino naquela universidade. O que deve se perseguir, se por meio de ações afirmativas, é que seja garantida a permanência desses grupos num curso compatível com o nível que eles demonstraram na prova, o que pode ser feito através de financiamento estudantil, bolsas de estudo ou distribuição de *vouchers*.

Em 2006, ganhou destaque na mídia nacional a divulgação de uma pesquisa realizada pela Universidade Federal da Bahia indicando uma paridade nos desempenhos acadêmicos entre cotistas e não-cotistas, indicando que os cotistas obtiveram médias iguais ou superiores às dos não-cotistas³¹. Estes dados, segundo os defensores das políticas de reserva de vagas, comprovariam a inexistência de nexos entre as cotas e a queda do nível acadêmico da Universidade. No mínimo, duvidoso.

A pesquisa da UFBA não é conclusiva, por uma razão singular. Naquela Universidade, 80,3% dos candidatos que optaram pelo sistema de cotas no Vestibular 2005 foram aprovados sem o uso daquela política (ALMEIDA FILHO et al, 2005, p. 22). A Universidade, entretanto, não distinguiu na pesquisa o desempenho acadêmico dos cotistas que foram aprovados independentemente do sistema – os quais, aprovados por mérito próprio, não teriam por que figurar em pólo oposto ao de outros aprovados não-cotistas para os fins propostos pela pesquisa – dos que só puderam se matricular em função das cotas – estes sim, objetos reais de comparação com os demais estudantes.

Ainda, não é segredo que muitos candidatos têm abusado do sistema de cotas, se autodeclarando como afro-descendentes quando, obviamente, não o são, apenas para fazerem jus ao sistema de cotas e, com isso, terem maiores chances de serem aprovados no concurso. E mais: se o desempenho dos candidatos cotistas é equivalente ou até mesmo superior ao dos candidatos não-cotistas, qual seria o propósito das cotas, então? Ora, a única outra possibilidade seria aceitar o óbvio e inevitável: a qualidade dos cursos caiu – e continuará caindo – em função da entrada de alunos menos preparados nas faculdades.

5.3 Desigualdades raciais e sociais nas universidades públicas brasileiras

³¹ Desempenho de não cotista e cotista na BA é semelhante. O Estado de São Paulo, 19 de julho de 2006. Disponível em <http://txt.estado.com.br/editorias/2006/07/19/ger-1.93.7.20060719.5.1.xml>

O principal alicerce do pleito dos que são favoráveis à implementação do sistemas de cotas se lastreia na alegação de que pobres e/ou negros estariam sub-representados nas Universidades, como consequência de discriminação e racismo (MOEHLECK, 2004; ALMEIDA FILHO et al, 2005). Por esta razão, as cotas seriam necessárias, visando a romper com a tradição de exclusão. A interpretação dos dados mais atuais, entretanto, não sustenta a tese da sub-representação.

No ano de 2005, a Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Nível Superior (ANDIFES) e o Fórum Nacional de Pró-Reitores de Assuntos Comunitários e Estudantis (FONAPRACE) tornaram público o conteúdo do 2º Perfil Socioeconômico e Cultural dos Estudantes de Graduação das Instituições Federais de Ensino Superior, uma pesquisa que contesta, nos seus dados, os dados de desigualdade e de nexos causal normalmente tomados como pressupostos no debate³².

A primeira constatação diz respeito à condição socioeconômica dos estudantes das Universidades Federais, sendo 42,8% dos estudantes, em nível nacional, oriundos das classes C, D e E, de renda familiar de até R\$ 927,00³³, sendo somente 15,6% oriundos da classe A, ou seja, aqueles com renda familiar média a partir dos R\$ 2.804,00 (ANDIFES, 2005, p. 10). Ainda, 46,2% dos estudantes são oriundos do sistema público de educação básico ou médio.

O resultado do referido estudo condiz com os encontrados na Universidade Estadual de Santa Cruz, em que 77,9% dos estudantes são oriundos de classes baixas ou médias (FIAMENGUE, 2007, p. 33), sendo 44,9% provenientes do ensino público integral.

Em relação ao quesito diversidade étnico-racial, as Universidades, mais uma vez, de acordo com os dados levantados, não se encontram em descompasso com a sociedade que a rodeia. Nas instituições federais de ensino, os pretos são 5,9%, os brancos são 59,4%, os indígenas 2%, os pardos 28,3% e os amarelos 4,5% (ANDIFES, 2005, p. 16). Ao compararmos os dados com os disponibilizados pelo IBGE quando da Pesquisa Nacional por amostragem de Domicílios (PNAD), de 2003, temos a seguinte tabela³⁴:

Tabela 1

³² Choque com a realidade: Pesquisa que derruba argumentos dos defensores das cotas causa alvoroço no MEC. Revista Ensino Superior, n.79, disponível em <http://revistaensinosuperior.uol.com.br/textos.asp?codigo=10830>

³³ O equivalente, à época, a três salários mínimos.

RAÇA	ANDIFES	PNAD 2003
Branca	59.4%	52.1%
Preta	5.9%	5.9%
Parda	28.3%	41.4%
Outras	6.5%	0.6%

O cancelamento súbito da cerimônia de divulgação pelo Ministério da Educação e Cultura gerou forte repercussão negativa por parte da mídia, que acusou o governo de “abafar” o conteúdo da pesquisa, especialmente pelo fato de, em seguida, o MEC, através do Instituto Nacional de Pesquisas Anísio Teixeira (INEP), ter divulgado os resultados preliminares de outra pesquisa semelhante, mas com resultados opostos (AZEVEDO, 2006). A principal afirmação do estudo era que, mantidas constantes as percentagens de cada raça na população, e “mantidos os níveis atuais de crescimento da representação percentual da população no campus, a paridade só poderá ser alcançada daqui a 20 anos” (BRASIL, 2005).

O jornalista Reinaldo Azevedo, cruzando os dados do INEP, da ANDIFES e do PNAD, observou que, por mais que houvesse uma desigualdade entre as percentagens de pardos e brancos nas Universidades, tal desigualdade vinha diminuindo naturalmente com o tempo, mesmo sem (e antes das) cotas. Salientou que os pardos na Universidade, tomando como verdadeiros os dados e a metodologia do INEP,

eram 13,6% em 2000 e 20,5% em 2003. Logo, cresceram 50,73%. Mantendo-se a lógica dos intervalos, seriam 30,89% em 2006 e 46,57% em 2009 — hoje, são 41,4% da população. (AZEVEDO, 2006)

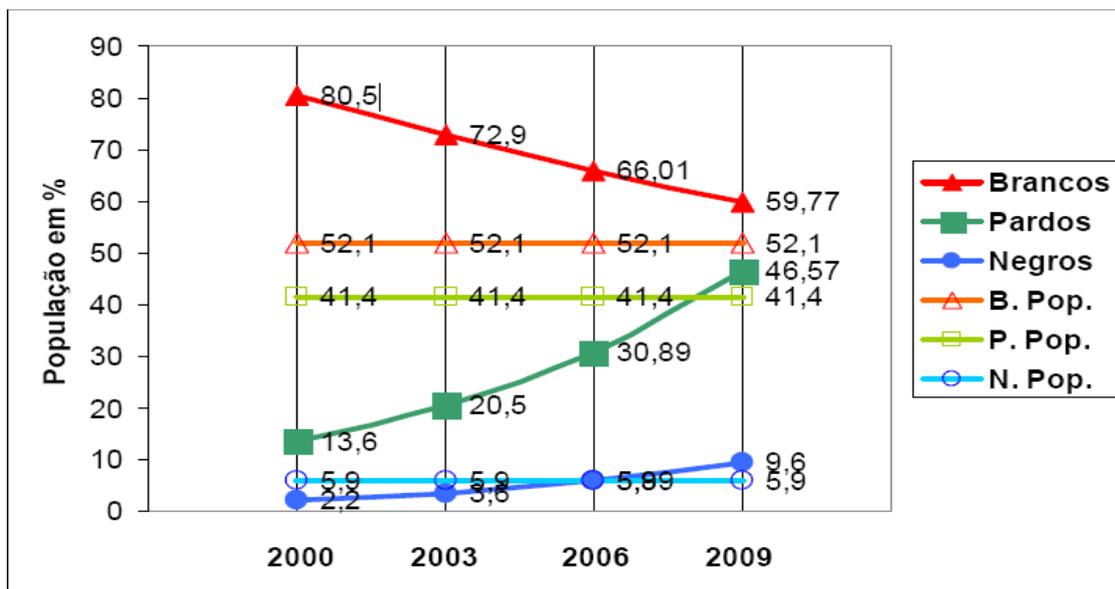
Os brancos, no entanto,

eram 80,5% em 2000 e 72,9% em 2003. Logo, no período, encolheram 9,44%. Encolhendo assim, sempre na mesma toada, serão 66,01% em 2006, 59,77% em 2009, 54,12% em 2012 e 49,03% em 2015. Como são 52,1% da população, tudo o mais constante, teremos [no futuro] de garantir cotas para os brancos. (AZEVEDO, 2006).

Ao inserirmos tais dados em um gráfico cartesiano³⁵, resta nítida a contradição entre os números apresentados pelo INEP e as conclusões apresentadas:

34 Tabela construída com base nos dados disponíveis no PNAD 2003 e em ANDIFES, 2005.

35 Gráfico construído com base nos dados e metodologia disponíveis em BRASIL, 2005.



O equilíbrio étnico-racial é claro e evidente, também, na Universidade Estadual de Santa Cruz. A pesquisa pioneira promovida pela Universidade, que recebeu o nome de “UESC em Preto e Branco”, publicada em 2007³⁶, entretanto, afirma que

É interessante observar, também, que nos cursos de prestígio analisados neste livro, especialmente Medicina, Direito e Ciências da Computação, a grande maioria dos estudantes não se considera afrodescendente. Os dados dessa pesquisa sugerem que quanto maior o prestígio do curso, menor a identificação com a afrodescendência. Finalmente, os resultados (...) apontam para a necessidade urgente de políticas reparatórias para promover a inclusão étnico-racial nos cursos de maior prestígio. (FIAMENGUE, 2007, p. 63).

Gera espanto a conclusão da pesquisa, a qual pode ser considerada um tanto quanto inusitada. No mesmo trabalho, foram divulgados dados que vão de encontro à afirmação feita. Conforme a Tabela 04 (Op. Cit., p. 22), a proporção étnico-racial da UESC, comparada a do sul da Bahia (donde saem 81,9% dos estudantes, segundo a Tabela 02), traduz-se na seguinte proporção, em números percentuais:

Tabela 2

CATEGORIAS	SUL DA BAHIA	UESC
Preta	13.2	13.4
Parda	65.5	55.4
Branca	19.3	25.4
Amarela	0.6	3.0

³⁶ Alguns meses após a Resolução CONSEPE 064/2003, que adotou as cotas para o exame admissional 2008.

Indígena	0.1	1.4
Indefinidos	1.3	1.4

Fonte: FIAMENGUE, 2007, p. 20

Agora, especificamente em relação aos cursos de maior prestígio da UESC, com base nas Tabelas 17 e 18, eis as porcentagens obtidas:

Tabela 3³⁷

ORIGEM ÉTNICA OU RACIAL					
<u>CURSO</u>	<u>NEGRO</u>	<u>MESTIÇO</u>	<u>BRANCO</u>	<u>AMARELO</u>	<u>INDÍGENA</u>
Medicina	10.8	53.9	26.1	3.1	6.1
Computação	8.3	62.5	27.8	-	1.4
Direito	12.1	56.1	27.1	1.9	2.8
DECLARAÇÃO DE AFRO-DESCENDÊNCIA					
<u>CURSO</u>	<u>SIM</u>	<u>NÃO</u>	<u>INDECISO</u>		
Medicina	56.1	24.2	19.7		
Computação	46.0	30.3	23.7		
Direito	55.6	32.4	12.0		

Pela leitura de tais dados, pode-se, de imediato, impugnar a tese de uma maioria branca ocupando as vagas dos cursos de prestígio dentro da UESC, pois o que se verifica é justamente o contrário.

Embora a maioria dos estudantes destes cursos específicos ser oriunda de escolas particulares – 86,8% em Medicina, 59,7% em Ciências da Computação e 65,5% em Direito – a maior parte deles (73% dos de Ciência da Computação e 54,5% dos de Direito) vêm de famílias com rendas médias ou baixas. Exceção constitui o curso de Medicina, onde 55,9% possuem renda familiar superior a 10 salários mínimos (FIAMENGUE, 2007, pp. 41 e 55).

Precisamente por haver – e serem necessárias – certas desigualdades entre os indivíduos (sejam elas culturais, naturais ou de outras naturezas) é que haverá, também, a existência de certos níveis de desigualdade nas Universidades. Cada pessoa será responsável por realizar a sua própria prova de vestibular e garantir a sua admissão – ou não – nas Universidades, e não suas classes sociais e etnias. A desigualdade não é sequer um mal em si, não nos níveis verificados, próximos ao ponto de equilíbrio, visto que não há razão lógica para supor que as diferentes classes sociais, as diferentes “raças” e os diferentes gêneros, para

³⁷ Tabela baseada nos dados disponibilizados por FIAMENGUE, 2007, páginas 39/40, tabelas 17 e 18

ficar nas três maiores diferenças levantadas em questões de ações afirmativas³⁸, deveriam estar representadas em compartimentos estanques na Universidade, espelhando o censo populacional.

A alegação de que as provas de admissão precisam de brechas ou de “pontes”, por supostamente constituírem barreiras voltadas a excluir pobres e negros das Universidades, é um argumento *non sequitur*, visto que os dados estatísticos demonstram que negros e pobres estão nas Universidades e em **proporções não desprezíveis**.

Finalmente, deve-se atentar para o fato de que a adoção voluntária de cotas com base em argumentos como a ausência de minorias nas universidades implica necessariamente a confissão ficta, por parte da Universidade e seus gestores, de praticarem no passado crime de racismo, bem como a conseqüente admissão de que o vestibular nada mais é do que um exame de fachada, cuja finalidade seria a manutenção de odiosos privilégios de raça ou de classe. E não há como fugir de tal raciocínio, pois, se o problema reside nas escolas secundárias, não haveria razão para que as Universidades mudassem seus padrões, o que somente seria razoável na hipótese de estes padrões se revelassem aleatórios ou dolosos para tais fins.

Destarte, pelo acima exposto, pode-se perceber nitidamente que não há uma distância relevante entre as diferentes classes e raças nas Universidades públicas de nosso país. Ainda, em função do tipo da prova e por aquilo que as Universidades têm como relevante, pode-se perceber que não é o vestibular o responsável por eliminar os candidatos, mas o grau de seus respectivos preparos individuais. A correção de qualquer desigualdade e a reparação de eventual injustiça só podem ocorrer antes da Universidade, no caminho que os alunos percorrem para alcançarem o ensino superior. Não é aniquilando o mérito que se melhora a sociedade.

6. O SISTEMA DE COTAS E A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

³⁸ Poderíamos aqui citar *ad nauseam* diferenças entre os homens, como times de futebol para os quais torcem, religião, tipo de cabelo, canhoto/destro etc. É impossível, assim, a reprodução rígida de cada aspecto individual nos diferentes espaços da vida social.

Preliminarmente, é importante salientar qual é uma das principais funções da Constituição Federal de 1988: definir e emanar a legitimidade do poder político, das instituições e de todas as normas infraconstitucionais (SILVA, 1994, p. 47).

Em razão do princípio da supremacia da Constituição, requer-se que todas as situações jurídicas estejam conforme a letra da Carta Política, rígida em sua forma, assentando-se como pedra angular do nosso sistema jurídico. Seria absurdo imaginar que fosse de outra forma e se os preceitos constitucionais é que fossem interpretados à luz da legislação ordinária.

A doutrina assinala a possibilidade de determinada norma padecer de inconstitucionalidade por ação ou omissão. A primeira, que presta ao objetivo deste estudo, proclama a necessidade de compatibilidade vertical entre a norma inferior e a lei maior, devendo esta compatibilidade se apresentar simultaneamente no campo material (consoante com os preceitos e princípios constitucionais) ou no campo formal (em outras palavras, ela deve ser emanada de autoridades competentes, seguindo o rito previsto pela Constituição).

Por tudo o que já foi exposto anteriormente, sabe-se que o acesso às Universidades públicas se fundamenta na igualdade de condições entre os candidatos, sob a forma de exame vestibular igual para todos. Demais, viu-se, também, que esta forma de discriminação se fundamenta na coerência entre o fator de *discrimen* (posição classificatória na prova) e objeto discriminado (acesso ao ensino superior na medida da capacidade de cada um), e que o princípio da igualdade – ao mesmo tempo direito e garantia individual fundamental de eficácia absoluta – não pode ser limitado senão na forma da Constituição. Por fim, viu-se que o sistema de cotas impõe uma alteração no sistema classificatório, através da divisão de vagas baseada em critérios de classe e de raça em vez de ser baseada apenas no mérito.

Nos capítulos subseqüentes, será analisado o fenômeno jurídico do sistema de cotas no vestibular à luz da Constituição Federal de 1988, analisando a sua (in)constitucionalidade sob os seus aspectos formais e materiais.

6.1 A inconstitucionalidade formal do sistema de cotas

Primeiro ponto a ser entendido é como as cotas são implantadas nas Universidades? Via de regra, os sistemas de reserva de vagas são instituídos por meio de resoluções de Conselhos Superiores. No caso pioneiro do Estado do Rio de Janeiro, a política de reserva de vagas fora instituída por meio de uma Lei estadual, posteriormente anulada. Há, ainda, projeto de lei tramitando no Congresso Nacional prevendo a adoção nacional de tais políticas por todas as instituições de ensino superior do país.

No entanto, as próprias Universidades podem editar resoluções semelhantes. Ao o fazerem, as Universidades estão se utilizando da autonomia didático-administrativa de que gozam, em função do previsto no artigo 207 da Constituição Federal. A autonomia universitária, entretanto, não se confunde com soberania, visto que as normas criadas pelas instituições de ensino superior não poderão jamais ir de encontro ao previsto na Constituição.

Por motivos óbvios, a natureza jurídica do princípio da Igualdade impõe que toda a sua limitação encontre eco na Constituição. Reza o inciso I do Art. 5º da Carta Magna que *“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”*.

Direitos e garantias fundamentais, individuais ou coletivos, não podem ser interpretados restritivamente senão segundo nossa lei maior. Do contrário, seria possível para o legislador ordinário – ou a qualquer órgão público – restringir tais princípios por meio de decretos, leis, medidas provisórias ou mesmo portarias e resoluções.

Há quem discorde. Para Joaquim Barbosa Gomes, a Carta Magna prevê a proteção do mercado de trabalho feminino, da mesma forma que prevê, também, a reserva de vagas nos concursos públicos para deficientes físicos (artigos 7º, inciso XX e 37, inciso VIII, respectivamente). Isso justificaria, então, a adoção de critérios diversos ao mérito acadêmico para o ingresso aos níveis de ensino superior (GOMES, 2003, p. 10).

Todavia, não assiste razão ao Ministro do Supremo Tribunal Federal. Caso o constituinte de 1988 houvesse almejado a adoção de um sistema de cotas para o acesso ao nível superior, a Constituição possuiria normas claras e explícitas sobre o tema, como o fez com os deficientes físicos e com as mulheres em relação ao mercado de trabalho. Trata-se, pois, de hipóteses limitadas e para casos distintos. É rol taxativo, não exemplificativo.

Ao contrário do que defende Gomes, o Constituinte de 1988 instituiu a igualdade de condição de acesso como um dos princípios basilares da educação (Art. 206, I), devendo o acesso à educação superior ocorrer *“na medida da capacidade de cada um”* (Art. 208, V).

Ao adotar o sistema de cotas, as Universidades (ou o legislador ordinário) impõem que determinadas vagas poderão ser preenchidas por candidatos com notas menores, desde que estes sejam possuidores de determinadas qualidades morfológicas ou sociais.

Com efeito, não se pode olvidar que o sistema de cotas signifique algo além de um simples benefício concedido a alguns candidatos. Cada candidato a uma vaga na Universidade possui o direito líquido e certo de ser tratado em igualdade de condições e de não ser discriminado por qualquer fator senão pela sua classificação num sistema estritamente meritocrático.

Desta forma, ao estabelecer como fatores de discrimen qualidades e condições que não poderiam, de início e por definição, ser compartilhados por todos os candidatos, o sistema garante privilégios a determinados candidatos. Mas tais benesses somente são obtidos à custa de direitos alheios.

Nesse sentido, o sistema de cotas pode ser definido como uma política restritiva de direitos de uma parcela dos candidatos em função de sua origem étnica, racial e até mesmo escolar. Não obstante, não são competentes para, através de uma lei ordinária, restringir direitos e garantias fundamentais de quem quer que seja (e a que título for), as Assembléias Legislativas, os Conselhos Universitários, as Prefeituras e nem o Congresso Nacional.

É inconstitucional, portanto, qualquer política de reserva de vagas que não esteja expressamente prevista na Constituição Federal, pois qualquer norma infraconstitucional que limite ou restrinja direitos e garantias, cujas restrições ou exceções devam estar necessariamente previstas expressamente no texto constitucional, é nula.

6.2 A inconstitucionalidade material do sistema de cotas

Não basta que as leis ordinárias sejam apenas formalmente compatíveis com a Constituição; as normas e atos inferiores devem estar, também, adequados ao sentido e às prescrições da lei maior. A doutrina assinala a existência de diversos processos, métodos, técnicas e regras de interpretação constitucional. No entanto, proceder-se-á à análise de apenas alguns, aqueles que são geralmente utilizados na discussão sobre o sistema de cotas e, portanto, mais relevantes para este estudo, com o fito de se obter uma visão mais completa

acerca da possibilidade ou não de coexistência do sistema de cotas sócio-racial no exame vestibular.

6.2.1 As cotas e o método gramatical

O método gramatical, o mais simples e literal meio hermenêutico disponível, resiste ainda ao tempo e às críticas como método válido para a exegese constitucional. Funda-se na lingüística e na observação de cada termo, a pontuação, a etimologia e mesmo a colocação das palavras no texto constitucional com o objetivo de extrair daí a *mens legis* (BULOS, 1997, p. 22).

Da leitura de nossa Constituição, depreende-se ser vedado e repudiado discriminar indivíduos em razão de sua raça e/ou origem social – *raison d'être* e condição prática para a implantação da política de cotas. Por se tratar de uma interpretação baseada na letra da lei, que busca representar a vontade desta, não há como e nem porque se prolongar no estudo das cotas à luz do método gramatical, visto que outra interpretação não se extrai da literalidade de seus comandos, *in verbis*:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil
(...)

IV - **promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor,**
idade e quaisquer outras formas de discriminação

(...)

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais
pelos seguintes princípios

(...)

VIII - **repúdio** ao terrorismo e **ao racismo**;

(...)

Art. 5º **Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,**
garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade
do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos
seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta
Constituição;

(...)

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à
pena de reclusão, nos termos da lei; (grifos nossos)

6.2.2 As cotas e a interpretação sistemática da constituição

Como já observado acima, o processo gramatical não é isento de críticas. Pode-se afirmar, logicamente, que a literalidade na interpretação pode embotar o verdadeiro sentido da Constituição, a qual não é redigida para agrilhoar a sociedade, mas para lhe servir de baliza. Constituições dirigentes e vastas, como a brasileira, não podem ser interpretadas exclusivamente pelo método gramatical, sob risco de perda da unidade da Lei fundamental.

A Constituição de 1988 reflete a ânsia do povo brasileiro por liberdade após um longo período de autoritarismo e dirigismo estatal. Em seu extenso artigo 5º, consagrador das garantias e dos direitos individuais e coletivos, a Carta estipula a proteção de todos os cidadãos – da sociedade, pois – contra o arbítrio e o tratamento abusivo dispensado pelo Estado ou pelos entes que o compõem, impondo às autoridades o dever de garantir o estado de incoercibilidade indispensável ao gozo de tais garantias.

Além de seu aspecto liberal, destaca-se o seu apelo social: a limitação da propriedade segundo a sua “função social”, a posição do Estado como capaz de intervir decisivamente na vida econômica, etc. Como já abordado anteriormente, tais preceitos, aparentemente contraditórios, devem ser interpretados, dentro do máximo possível, de maneira a se complementarem.

Daí, decorre nossa crítica anterior, agora retomada, à interpretação oferecida por pelos Ministros Joaquim Barbosa Gomes e Cármen Lúcia Antunes Rocha, esboçadas no Capítulo 4.2. Ambos os prestigiados autores enxergaram nas exortações iniciais de nossa Carta Magna contra a pobreza e a miséria um comando definitivo e superior em prol da igualdade material que estaria ali implícita. Em conseqüência, o sistema de cotas constituiria uma das ferramentas de concretização de tal objetivo.

Nosso ordenamento jurídico, por outro lado, também consagra determinados direitos como o da propriedade, da livre-iniciativa e o da isonomia que, conforme demonstrou-se anteriormente, são incompatíveis com o estado de igualdade material supostamente implícito.

Da maneira como se organiza a Constituição Federal de 1988, percebe-se claramente que todas as vezes que o constituinte impôs um fator de discrimen que não o do mérito – como no caso já citado dos deficientes físicos no acesso ao serviço público – o fez de maneira explícita dentro do corpo da Constituição, como, aliás, proclama o Inciso I do artigo 5º.

Não há ambigüidade e nem margem para diferente interpretação. A Constituição, ao prescrever um tratamento igualitário para o acesso ao ensino superior, o fez considerando as diferenças entre os candidatos, objetivando o preenchimento de um número de vagas que não

se pretende universal como o ensino básico e o ensino médio. Há, sim, que haver relativa desigualdade.

Porém, uma vez estabelecido constitucionalmente, o critério da meritocracia acadêmica preenche o postulado da igualdade, pois trata de maneira uniforme todos os candidatos. O sistema de cotas, por sua vez, ao investir contra o mérito acadêmico puro e buscando “méritos” sociais e raciais, estabelece uma via de tratamento desigual entre os candidatos, se valendo, para tanto, de fatores de discriminação que são especialmente repudiados pela Constituição. Também por esta razão se constata a inconstitucionalidade de tal política.

6.2.3 As cotas e o postulado da proporcionalidade

Segundo Paulo Buechele, o postulado da proporcionalidade permite a valoração dos atos do poder público conforme a Constituição. O objetivo disso seria chegar a uma decisão justa, através da ponderação entre os valores encampados pela Constituição e potencialmente em conflito num caso concreto (BUECHELE, 1999).

Caso se admitisse como verdadeira a alegação de que negros e pobres estariam sub-representados nas Universidades públicas brasileiras, seria possível a adoção de um sistema de cotas para solucionar este problema? À luz do postulado da proporcionalidade, pode-se chegar a uma resposta.

Os elementos (ou sub-princípios) do postulado da proporcionalidade são a adequação dos meios, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Verificaremos, então, a presença de cada um destes elementos dentro da teoria e prática do sistema de cotas.

6.2.3.1 As cotas e a adequação dos meios

A adequação dos meios se verifica na existência de relação direta entre os meios adotados e os fins perseguidos. O exame da adequação perpassa pelo exame comparativo dos aspectos qualitativo, quantitativo e probabilístico entre as espécies de relação existentes (ÁVILA, 2006, p. 153). No caso vertente, o Vestibular tradicional, neutro, e o vestibular maculado com reserva de vagas.

O aspecto qualitativo se revela através do levantamento de hipóteses e o estudo para determinar se determinada ação seria a melhor ou pior política para o fim que se almeja; o aspecto quantitativo se reflete na maior ou menor amplitude do meio utilizado; e o aspecto probabilístico é a maior ou menor probabilidade de o meio atingir o fim proposto.

É inegável que as cotas têm se mostrado como um meio eficiente de permitir o ingresso de alunos nas Universidades cujas notas no Vestibular tradicional não os permitiriam figurar entre os aprovados para as vagas em disputa. O sistema de cotas tem por escopo promover a inclusão prioritária de estudantes negros de escolas públicas nos níveis superiores do ensino público.

Por certo que, para cumprir este desiderato, a reserva de vagas é quantitativamente superior ao vestibular tradicional. Isto porque o método clássico, por se basear na competição geral entre os candidatos, não garante a reprodução de nenhum tipo de proporção social nos seus resultados, ao passo que, pelo sistema de reserva de vagas, salvo na remotíssima hipótese de desclassificação geral dos candidatos cotistas, o percentual fixo reservado será preenchido por candidatos que possuam os fatores de *discrimen* adotados (origem étnico-racial e social).

Se o aspecto quantitativo for francamente beneficiado, o qualitativo, por outro lado, será fragilizado. A reserva de vagas significa transferir para as Universidades a responsabilidade pela aprovação de alunos que, por conta das deficiências estruturais de suas escolas, não tiveram classificação boa o suficiente.

A simples admissão de candidatos na Universidade pelo sistema de cotas não significa nenhum passo concreto em direção à melhoria geral das condições de vida das classes pobres do país. Para isso, mais que programas sociais, é preciso o crescimento geral da economia do país e, principalmente, a melhoria do ensino básico e fundamental. Diminuir exigências e permitir o acesso ao ensino superior com padrões mínimos de qualificação só garante, em tese, o diploma para aquele candidato, objeto este que, eventualmente, perderá seu valor por completo³⁹. Ademais, na disputa por empregos no mercado de trabalho, o simples diploma não é mais suficiente. Mais grave ainda: o rótulo de cotista pode – como nos Estados Unidos – servir como fator de dificuldade para a inserção no mercado de trabalho. O diploma somente

³⁹ Possivelmente, a consciência das dificuldades que um aluno pouco preparado enfrentará ao entrar em uma faculdade seja a razão pela qual quase todas as demandas por reservas de vagas virem acompanhadas pela demanda por acompanhamento pedagógico e reforço especial para os alunos cotistas.

continuará a ter valor no mercado⁴⁰ enquanto a Universidade for sinônimo de excelência. Teme-se que, ao relativizar a importância do mérito acadêmico, muitos defensores das cotas acabem deflagrando um tiro no próprio pé.

Os dados levantados ainda servem para a análise dos aspectos do último elemento de adequação: a probabilidade. Neste campo, a experiência estrangeira comparada não oferece muitos exemplos bem sucedidos da implantação do sistema de cotas. Isso, somado aos outros elementos analisados, acarreta a baixa chance de sucesso do sistema de cotas, que dificilmente será capaz de alcançar os objetivos gerais a que se propõe. Logo, pode-se concluir que o sistema é inadequação para o fim proposto de “democratizar” o acesso à Universidade e servir de instrumento para a concretização da igualdade material, em função da alta improbabilidade de sucesso das cotas.

Seguindo, um dos princípios das políticas de cotas com recortes sociais reside na introdução de critérios raciais para a concessão de benefícios ou responsabilidades. Comparado ao sistema vestibular tradicional, o qual não faz qualquer distinção entre cor e origem social dos candidatos, o sistema de cotas interfere excessivamente em direitos fundamentais, por depender diretamente da discriminação fundada em critérios sociais e raciais, precisamente aqueles vedados e repudiados pelo exposto no caput do artigo 5º, de nossa Constituição Federal, e que acabou impulsionando diversos candidatos, prejudicados em seu direito líquido e certo, a impetrem ações judiciais para exigir um tratamento igualitário no exame vestibular.

Em alguns casos, mesmo candidatos que não se classificaram dentro de número total de vagas oferecidas tiveram notas superiores aos primeiros colocados através do sistema de cotas. Com isso, alguns dos candidatos que não se classificaram buscaram a tutela jurisdicional, crendo-se possuidores de algum direito líquido e certo às vagas disputadas, pretensão que vem sendo – acertadamente – rechaçada à unanimidade pela jurisprudência⁴¹. Tal fato corrobora a percepção da inadequação do sistema de cotas como instrumento de apaziguamento de conflitos e abertura democrática de possibilidades.

⁴⁰ A perspectiva mercadológica é importante para a análise dos fins propostos pelos defensores das ações afirmativas: todos eles têm como dimensão de maior relevância a superação da exclusão social, o que só se consegue se ingressando no mercado de trabalho.

⁴¹ STJ – Ag 624737/RJ – Rel. Min. Denise Arruda – DJ 09.06.2005; STJ – Ag 816.050/RJ – Rel. Min. Denise Arruda – DJ 08.03.2007; TJRJ – Ag 7.785/03 – Rel. Des. Mariana Pereira Nunes – j. 05.11.2003

6.2.3.2 *A necessidade das cotas*

Outro elemento constitutivo do postulado da proporcionalidade é a necessidade. Enquanto o exame da adequação nos permite constatar se o meio proposto é efetivamente adequado para o fim almejado, o exame do subprincípio da necessidade nos permite aferir se a medida proposta é realmente necessária à consecução daquele fim ou se os meios alternativos podem ser igualmente apropriados a um custo menos restritivo no campo dos direitos fundamentais afetados.

O exame de tais aspectos pode ser realizado por meio do seguinte questionamento: negros e pobres não são capazes de passar no vestibular?

No exame das desigualdades raciais e sociais nas Universidades brasileiras (Capítulo 5.3), viu-se um cenário diferente do apregoado pela retórica pró-cotas. Viu-se, com base na pesquisa ANDIFES/FONAPRACE, que os diferentes grupos raciais que compõem o Brasil se encontram em relativa proporcionalidade nas instituições federais de ensino superior. Através dos dados do INEP, constatamos que, no atual ritmo de matrículas no ensino superior, pretos, brancos e pardos atingirão não só o equilíbrio, mas a igualdade de representação, em poucos anos. Pela pesquisa “UESC em preto e branco”, viu-se que a Universidade Estadual de Santa Cruz é uma instituição marcadamente miscigenada, inclusive nos seus cursos de prestígio, tendo, ainda, grande parte de seus alunos são de classes consideradas de baixa renda. Por fim, os dados disponibilizados pela UFBA dão conta de que 80,3% dos candidatos que optaram pelo sistema de cotas foram aprovados no Vestibular 2005 sem precisarem tomar a vaga de algum candidato com nota superior: simplesmente se classificaram em posições dentro do limite de vagas por mérito próprio. O decantado modelo de inclusão social somente foi útil a 8% dos candidatos.

Desse modo, a resposta à pergunta se negros e pobres seriam ou não capazes de passar no vestibular é que sim, eles seriam capazes. Os negros e pobres conseguem ascender ao ensino superior no Brasil, contanto que estudem em escolas decentes e se dediquem ao aprendizado. Um estudante branco e rico, de escola particular, mas medíocre e displicente em seus estudos, não possui mais chances de passar no Vestibular do que um estudante preto, de escola regular e esforçado em seus estudos, justamente porque, no Vestibular tradicional,

nenhum dos candidatos tem, na correção da prova, cor ou origem social. É o que demonstram os dados pesquisados.

O sistema de cotas padece, neste caso, de necessidade, já que o Vestibular tradicional não representa um óbice à presença de pretos e pobres nas Universidades. Demais, o método tradicional é bem menos restritivo aos direitos e garantias individuais que o sistema de cotas.

6.2.3.3 *As cotas e o exame da sua proporcionalidade em sentido estrito*

Last, but not least, o exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a ponderação entre a importância do fim almejado e o quanto é necessário restringir os direitos individuais. Nos dizeres de Humberto Ávila,

A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada? (ÁVILA, 2006, p. 160)

Trazida para o âmbito do nosso problema, a questão que se põe é saber se as vantagens do sistema de cotas superam as desvantagens de sua aplicação. Com base na análise dos outros elementos que constituem o postulado da proporcionalidade e por todo o exposto no presente arrazoado, a resposta é negativa.

A adoção de políticas que tratem os diversos segmentos sociais como compartimentos estanques, prescrevendo a desigualdade formal como remédio, é intrinsecamente desproporcional, porquanto não se tratam de medidas de justiça, quer distributivas, quer corretivas.

A justiça corretiva pressupõe a possibilidade de se auferir precisamente o quanto de vantagem injusta cada indivíduo obteve em detrimento de outrem. O sistema de cotas estabelece uma espécie de débito coletivo aos brasileiros de hoje por pecados do passado. A alegação que eles perduram não pode ser simplesmente deduzida da constatação da pobreza e miséria em que vive boa parte da população. Os ricos de hoje não são, necessariamente, herdeiros dos ricos do passado. Dentro do esquema aristotélico da justiça corretiva não cabe a culpa presumida; não cabem a punição nem a gratificação por presunção.

Em relação ao esquema de justiça distributiva, há que se ter correlação lógica entre os bens distribuídos e o fator de distribuição. A condição de pobreza não é razão suficientemente

forte para impedir que um indivíduo ingresse na Universidade, tampouco as dificuldades que são enfrentadas no cotidiano.

Por fim, o sistema é desproporcional, também, por conceder privilégios a certos candidatos em detrimento do direito de outros, que não podem ser culpados pela qualidade de ensino das escolas públicas. Ainda, se revela desproporcional por não ser necessário ou fundamental para garantir o ingresso de negros e pobres nas Universidades, como se pôde extrair das pesquisas existentes.

Dentro de nosso ordenamento jurídico constitucional, a única hipótese que poderia autorizar a implantação do sistema de cotas no ensino superior seria sob a comprovação empírica da prática de racismo e segregacionismo pelas nossas Universidades. Somente neste caso o sistema de cotas não seria desproporcional.

7. CONCLUSÃO

A presente dissertação foi iniciada com a pretensão de comprovar ser a reserva de vagas em universidades públicas uma medida inconstitucional. Ao longo deste trabalho, buscou-se pormenorizar o fenômeno das cotas raciais através de um estudo histórico comparado e por meio de uma análise de sua evolução e formas no Brasil.

Diversos aspectos concernentes ao princípio da igualdade foram avaliados, princípio este basilar de uma nação democrática, não nos furtando, ainda, à fundamentação teórico-filosófica que ampara as concepções de justiça vigentes em nossa civilização, aplicáveis à interpretação do sistema de cotas.

Igualmente, traçou-se um esboço histórico da missão civilizacional do ensino superior, o que permitiu definir e esmiuçar a função social da Universidade no ordenamento jurídico brasileiro, sempre dedicando especial atenção às desigualdades raciais e sociais nas Universidades pátrias.

Finalmente, procedemos à exegese do sistema de cotas à luz dos procedimentos de interpretação constitucional.

Por todo o exposto, dúvida não resta: pode-se, sim, concluir e clamar pela completa inconstitucionalidade da adoção do sistema de cotas pelas Universidades brasileiras. Primeiramente, as cotas são inconstitucionais por não poderem ser instituídas senão por emenda constitucional. É incabível a interpretação restritiva de direitos e garantias constitucionais, missão que compete, com devidas restrições, somente ao poder constituinte derivado.

Não obstante, as cotas são incompatíveis, também, com o ordenamento constitucional brasileiro, por se valerem de fatores de *discrimen* expressamente repudiados pelo constituinte originário para preferir ou preterir candidatos ao acesso ao ensino superior.

O regime de cotas tampouco sobrevive a um processo de interpretação lógico e sistemático da Constituição. Nossa Carta Magna não alçou a igualdade material a um patamar de objetivo supremo e absoluto, capaz de suprimir ou dirimir direitos e garantias

fundamentais. A Constituição Federal sequer pressupôs a universalização do ensino superior, prescrevendo **expressamente** o princípio **meritocrático** a orientar os processos seletivos.

E, mais ainda, o regime de reserva de vagas é, também, desproporcional.

Desproporcional, primeiro, por não ser adequado ao manifesto objetivo de “democratizar” o acesso ao ensino superior e por pretender atacar um problema – a reconhecida defasagem do ensino fundamental e médio públicos – mirando num de seus sintomas: as dificuldades de acesso à Universidade. Desproporcional, em segundo lugar, por ser desnecessário, em face dos dados estatísticos que desmentem o estado de *apartheid* universitário que lhe serve de leitmotiv. Estritamente desproporcional, por fim, ao pretender corrigir injustiças atribuindo bônus e ônus a indivíduos com base em sua condição racial e social, independentemente de serem efetivamente os afetados merecedores da pecha de injustos ou de injustiçados.

Encerra-se, então, com a certeza de que não pode ser proporcional uma política que se fundamente na afirmação da raça como critério político válido para a desigualdade formal entre os homens. Nenhuma sociedade democrática pode suportar um regime de desigualdade formal entre os cidadãos, mesmo sob a promessa de um futuro hipoteticamente melhor.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA FILHO, Naomar et al. **Ações afirmativas na universidade pública: o caso da UFBA**. Salvador: Centro de Estudos Afro-Orientais, 2005.

ANDIFES. **2º Perfil Sócio Econômico e Cultural dos Estudantes de Graduação das IFES**. Disponível em <http://www.andifes.org.br/files/Pesquisa%20Perfil%20Estudantes%20das%20Ifes.doc>

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

_____. **Poética – Organon – Política – A Constituição de Atenas**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da igualdade e ações afirmativas**. São Paulo: RCS, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006

AZEVEDO, Célia M. M. de. **Cota racial e estado: abolição do racismo ou direitos de raça? Cadernos de Pesquisa**, v. 34, nº 121, jan/abr 2004.

AZEVEDO, Reinaldo. **A Parte e O Todo: a farsa das cotas e a aritmética do MEC, que precisa de cota de matemáticos**. Disponível em <http://veja.abril.com.br/blogs/reinaldo/2006/07/parte-e-o-todo-farsa-das-cotas-e.html>

BARBOSA, Livia. **Igualdade e meritocracia: a ética do desempenho nas sociedades modernas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001

BARBOSA, Ruy. **Oração aos moços**. São Paulo: Forense, ca. 1970

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BLOOM, Allan. **Gigantes e anões: Ensaio (1960-1990)**. São Paulo: Best Seller, 1990.

_____. **O declínio da cultura ocidental: da crise da universidade à crise da sociedade.** 2 ed. São Paulo: Best Seller, 1989.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BRASIL. **Pesquisa Nacional por amostra de Domicílios.** Brasília: IBGE, 2003. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2003/tabsintese.shtm>

BRASIL. **Branços são 20% a mais nas universidades do que na população geral.** Brasília: INEP, 2005. Disponível em http://inep.gov.br/imprensa/noticias/edusuperior/sinaes/news05_01.htm

BRASIL. **Censo 2000.** Brasília: IBGE, 2000. Disponível em http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/defaulttab_brasil.shtm

BUECHELE, Paulo Armínio T. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de interpretação constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1997.

CARPEAUX, Otto Maria. **Ensaio Reunidos: 1946-1973.** Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

CARVALHO, Olavo de. **Aristóteles em nova perspectiva: introdução à teoria dos quatro discursos.** Rio de Janeiro: Topbooks, 1996.

_____. **Crise da Universidade ou eclipse da consciência?** Rio de Janeiro, 1998. Disponível em <http://www.olavodecarvalho.org/textos/dines2.htm>

CERQUEIRA, Thales Tácito. Cotas para negros: discriminação ao reverso? **Revista Jurídica Consulex.** Brasília, ano X, nº 230, p. 26-33.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, Sérgio. **Estudos Afro-Asiáticos - A construção sociológica da raça no Brasil,** São Paulo, ano 24, nº 1, p. 35-61, 2002

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999

FIAMENGUE, Elis et al. **UESC em preto e branco.** Ilhéus: Editus, 2007.

- FREYRE, Gilberto. Casa-grande e senzala. 34ª ed. Rio de Janeiro : Record, 1998
- _____. O fator racial na política contemporânea. **Ciência & Trópico**. Recife, v. 10, n. 1, p. 19-36, 1982.
- FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. São Paulo: Abril Cultural, 1988.
- FRY, Peter et al (org). **Divisões perigosas: políticas raciais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.
- FRY, Peter; MAGGIE, Yvonne. O debate que não houve: a reserva de vagas para negros nas universidades brasileiras. **Enfoques**, Rio de Janeiro, v.1, nº 01, p. 93-117, 2002
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade. O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001
- _____. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas**. s/l, 2003. Disponível em <http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0049.pdf>
- HAYEK, Friedrich. **Os fundamentos da liberdade**. Brasília: Editora da UnB, 1983
- KAMEL, Ali. **Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- MAINARDI, Diogo. **A tapas e pontapés: crônicas**. Rio de Janeiro: Record, 2004.
- MAIO, M. C.; SANTOS, R. V. Política de cotas raciais, os "olhos da sociedade" e os usos da Antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília (UnB). **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, v. 23, p. 181-214, 2005.
- MARX, Karl. **Crítica ao programa de Gotha**. Edição The Marxists Internet Archive. Impresso. S/l, s/d. disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br>
- _____. **Manuscritos económicos - filosóficos**. Lisboa: Edições 70, 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

- MOEHLECKE, Sabrina. **Educação Social: Ação afirmativa no ensino superior: entre a excelência e a justiça racial**. Campinas, vol. 25, n. 88, p. 757-776, Especial - Out. 2004
- MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- MOTTA, José Flávio. **Corpos escravos, vontades livres: posse de cativos e família escrava em Bananal (1801-1824)**. São Paulo: FAPESP/Annablume, 1999.
- ORTEGA Y GASSET, José. **Misión de la Universidad**. Buenos Aires: Raul Palma, 2001.
- PENA, Sérgio; BORTOLINI, Maria C. **Estudos Avançados - Pode a genética definir quem deve se beneficiar das cotas universitárias e demais ações afirmativas?**, São Paulo, nº 18, p. 31-50, 2004.
- PLATÃO. **A República**. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003
- _____. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REX, John. **Raça e etnia**. Lisboa: Editorial Estampa, 1988.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **A origem da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Escala, s/d.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão – Dialética Erística**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997
- SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994
- SOUSA, Oziel Francisco de. **As ações afirmativas como instrumento para a concretização da igualdade material**. Dissertação para a obtenção do título de Mestre em Direito. Universidade Federal do Paraná. 2006.
- SOWELL, Thomas. **Ação afirmativa ao redor do mundo: estudo empírico**. Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, 2004

_____. **Affirmative action reconsidered: was it necessary in academia?**
Washington D.C.; American Enterprise Institute, 1975.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Igualdade social e liberdade política.** São Paulo: Nerman, 1988.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito.** São Paulo: Atlas, 1977.