

## A RELAÇÃO CONFLITUOSA ENTRE AS COTAS RACIAIS NO ENSINO SUPERIOR E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE. UMA OFENSA À ATUAÇÃO IMPESSOAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?

**Helton Kramer Lustoza<sup>1</sup>**

### I. O ASPECTO RACIAL NO BRASIL.

A intenção deste trabalho é abordar a questão específica das cotas raciais em universidades no contexto da sociedade brasileira de um modo desapassionado a causa, trazendo algumas reflexões sobre situações fundamentais deste sistema em conformidade com o direito constitucional moderno.

O desafio do direito é fornecer respostas a questão de ambigüidades que se apresentam na seara social, permitindo a existência de decisões corretas e aceitáveis<sup>2</sup> frente a questões que envolvam pluralidade étnica hoje existente no país. Para se avaliar o programa de cotas raciais para ingresso no ensino superior é essencial analisar em que se baseou a formação do povo brasileiro, para entender a origem das diferenças sociais existentes.

Sob ponto de vista histórico, a colonização do continente americano, apesar de revelar a exuberância tropical deste local sempre foi alvo de severas críticas no sentido de que seus habitantes representariam não somente uma sociedade imperfeita, mas também precária. Esse foi o ponto inicial da tese da inferioridade do continente e de seus habitantes a partir do século XIX<sup>3</sup>.

A chegada dos europeus em terras tupiniquins representou uma forma exploratória da mão de obra humana, na qual a escravidão sempre foi a base da produção econômica brasileira<sup>4</sup>, inicialmente com a escravização de indígenas e, posteriormente africanos. Com dificuldade na dominação dos índios, diante de sua constante rebeldia fez com que houvesse uma expansão da importação de negros para trabalharem nas lavouras. Mas o que se deve observar é que a escravidão foi tomada como alicerce para a economia nascente no país.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Constitucional e Democracia pela Unibrasil. Especialista em Direito Tributário. Professor universitário e de cursinho preparatório. Membro da comissão de Direito Tributário da OAB-PR. Procurador do Município de São José dos Pinhais-Pr. helton\_kramer@hotmail.com

<sup>2</sup> Sob ponto de vista da hermenêutica filosófica.

<sup>3</sup> Cf. SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Racismo no Brasil**. São Paulo: Publifolha, 2001, p. 47

<sup>4</sup> Cf. HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p.48.

Comenta Gilberto Freyre<sup>5</sup> que a América tropical se estruturou em uma sociedade agrária, escravocrata na técnica de exploração de uma econômica híbrida de índio e mais tarde do negro, não estritamente sob uma consciência de raça, mas sim, por conveniência social e política.

Após a abolição da escravidão, o Brasil passou por um grande período de contradições e dilemas, de uma sociedade rural em fase de transição para uma sociedade urbana recém industrializada, mas que não conseguia libertar-se de suas estruturas do passado. A substituição da mão-de-obra escravocrata por uma mão-de-obra livre inviabilizava a industrialização do país que teimou em manter os padrões patriarcais.

A falta de uma racionalidade econômica e de um espírito competitivo fez com que o país pós escravidão (meados século XX), passasse por uma incontrolável migração do meio rural para o urbano, transformando as áreas marginais às cidades em grandes favelas. E um dos principais problemas enfrentados pelo Brasil diz respeito as diferenças sociais criadas pela imensa massa inseridas nas cidades, após a tentativa de industrialização do país, o que fez com que se constatasse um fato: *“no Brasil, as classes ricas e as pobres se separam umas das outras por distâncias sociais e culturais quase tão grandes quanto as que medeiam entre povos distintos”*<sup>6</sup>.

Em função de um modelo patriarcal adotado pela sociedade brasileira, seria necessária uma justificativa que garantisse a “superioridade” das classes economicamente hegemônicas, de modo que o fim da escravidão teria de certo modo quebrado com a função do escravo serviçal. A forma encontrada para se manter a hegemonia de certas classes na sociedade brasileira foi a adoção da tese de hierarquia de “raças” como fundamento para se manter a dicotomia entre pobres e ricos. Assim *“percebe-se como o conceito de raça ‘pura’ foi transportado da Botânica e da Zoologia para legitimar as relações de dominação e de sujeição entre as classes sociais (Nobreza e Plebe), sem que houvesse diferenças morfológicas notáveis entre os indivíduos pertencentes a ambas as classes.”*<sup>7</sup>

Isso deixa claro que o critério de classificação de raças sempre foi utilizado na história para justificar as diferenças entre pessoas em uma sociedade, mas não uma diferença que seria biológica. Essa diferença seria artificial, classificando as pessoas mediante classes sociais, entre privilegiados e não privilegiados. Isso reforçaria a idéia de que *“o negro não foi escravizado por ser negro – embora tenham sido utilizadas razões teológicas e pseudocientíficas para justificar a*

<sup>5</sup> Cf. FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & Senzala**. 1 ed. São Paulo: Coleção Arquivos, 2002.

<sup>6</sup> RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. ... p. 210

<sup>7</sup> MUNANGA, Kabengele. **Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia**. Palestra proferida no 3º Seminário Nacional de Relações Raciais e Educação – PENESB-RJ, em 05 de jan. 2003. Disponível em: <<http://www.acaoeducativa.org.br/downloads/09abordagem.pdf>> Acesso em 15 de dez. de 2008.

*escravidão -, mas pelo fato de a África fornecer a mão-de-obra necessária, mais abundante e de fácil captura, bem como possuir civilizações e culturas menos avançadas tecnologicamente, o que facilitou o seu domínio por parte do explorador europeu”<sup>8</sup>.*

Segundo alguns entendimento doutrinários, no Brasil, de forma diversa que nos EUA, não existiu uma discriminação explícita e institucionalizada, o que já coloca ressalvas em se aceitar como legítima toda e qualquer política pública importada, sem realizar reflexões sobre as consequências da medida adotada. Em sua obra “Democracia na América”, Alexis Toqueville revela uma aguda diferenciação racial de forma institucionalizada, salientando que: “*nos modernos, o fato imaterial e fugidio da escravidão se combina de maneira mais funesta com o fato material e permanente da diferença de raça*”<sup>9</sup>. Acrescenta o autor que “*o preconceito que repele os negros parece aumentar à proporção que os negros deixam de ser escravos e a desigualdade se grava nos costumes à medida que se apaga nas leis*”<sup>10</sup>.

A professora Lilia Schwarcz leciona que “*diferentemente do que ocorrera em outras nações, onde o final da escravidão desencadeara um processo acirrado de debates intensos ou mesmo lutas internas, no Brasil a Abolição, representada como dádiva, gerou certa resignação (...) corolário incontestado de uma aceitação da idéia da existência de diferenças raciais e biológicas entre grupos*”<sup>11</sup>.

As medidas a serem tomadas pelo Estado deve vir pautada pelas necessidades apresentadas pelo contexto social, de modo que deve-se levar em consideração que a história do Brasil não pode ser tratada em integral analogia com outros países. Alguns países como Estados Unidos e Alemanha tiveram um racismo institucionalizado e explícito. O Estado americano criou uma Comissão de Hereditariedade com a missão de estimular o aperfeiçoamento físico e intelectual da raça, sendo que se adotou diversos mecanismos segregatórios, como a regra da gota de sangue para o ingresso em universidades. Medida semelhante foi tomada pelos alemães, que foram um dos primeiros povos oficialmente eugenista, com a promulgação da Lei para a proteção do Sangue Germânico e da Honra Germânica, proibindo inclusive, o casamento e relações sexuais entre judeus e arianos<sup>12</sup>. Isso deixa evidente que nessas nações existiram uma verdadeira orientação institucional de tentativa de

<sup>8</sup> SANTOS, Elvio Gusmão. **Igualdade e raça. O erro da política de cotas raciais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2041, 1 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12281>>. Acesso em: 02 dez. 2009.

<sup>9</sup> TOCQUIVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 395.

<sup>10</sup> TOCQUIVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. ..., p. 395.

<sup>11</sup> SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Racismo no Brasil**. São Paulo: Publifolha, 2001, p. 47

<sup>12</sup> Cf. MAGNOLI, Demétrio. **Uma gota de sangue: história do pensamento racial**. 1 ed. São Paulo: Contexto, 2009, p. 46

uniformidade “racial”, que tomava o aspecto racial como forma de oprimir pessoas, bem como a intenção direcionada a uma chamada “limpeza étnica”.

Segundo o professor Kabengele Munanga<sup>13</sup>, a classificação de raças tem fundamento histórico. No século XVIII, os filósofos iluministas contestavam o conhecimento da Igreja e se recusavam a aceitar a explicação até então dada a história da humanidade, conseqüentemente, buscavam uma explicação baseada na razão. Esses filósofos colocaram em debate se os povos recém descobertos (por exemplo, na América) integravam à antiga humanidade como raças diferentes. Para esse docente da USP, levando em conta que as classificações são instrumentos que ajudam a operacionalizar o conhecimento, foi essa técnica utilizada para explicar a diversidade humana. O que não se poderia imaginar é que esse método de conhecimento acabasse servindo de base para justificação de uma espécie de hierarquização, o que pavimentou o caminho do racismo.

Para Demétrio Magnoli: *“o 'racismo científico' plantou as raças no solo da natureza, definindo-as como famílias humanas separadas pelas suas essências biológicas. Quando a ciência desmoralizou essa crença anacrônica, o multiculturalismo replantou as raças no solo da cultura”*<sup>14</sup>.

Assim a doutrina sociológica e antropológica contestam a existência de raça como elemento biológico, mas defendem ser um elemento cultural-ideológico utilizado como instrumento dominador. Isso não significa que todos os indivíduos são geneticamente idênticos, ao contrário, são diferentes, mas essas diferenças não podem servir de suporte para se defender uma classificação em raças. O grande problema histórico foi de se criar uma escala de valores entre as denominadas raças, o que deu azo a enormes distorções na sociedade, sendo utilizado como fundamento de grandes atrocidades, como por exemplo, o nazismo, que defendia a existência de uma raça ariana superior.

Para o Ministro Carlos Ayres Britto *“os homens não se compartimentam em raças, mas, repise-se, uma diferenciação histórico-cultural”*<sup>15</sup>, o que retira qualquer fundamento racional que poderia existir da tese da hierarquia de raças. O tipo físico, como pele ou cabelo não pode ser utilizado como mecanismos de distinção, muito menos de classificação de pessoas, pois *“não há raças biológicas, ou seja, na espécie humana nada que possa ser classificado a partir de critérios científicos e corresponda ao que comumente chamamos de ‘raça’ tem existência real, segundo, o que chamamos ‘raça’ tem existência nominal, efetiva e eficaz apenas no mundo social e, portanto,*

<sup>13</sup> Cf. MUNANGA, Kabengele. **Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia...**

<sup>14</sup> MAGNOLI, Demétrio. **Uma gota de sangue: história do pensamento racial.** ... p. 15

<sup>15</sup> BRITTO, Carlos Ayres. **O Regime Constitucional do Racismo.** In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Org.) **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antonio Bandeira de Mello.** São Paulo: Malheiros, 2006, p. 152.

somente no mundo social pode ter realidade plena”<sup>16</sup>. O que deixa claro que “o conceito de raça tal como o empregamos hoje, nada tem de biológico. É um conceito carregado de ideologia, pois como todas as ideologias, ele esconde uma coisa não proclamada: a relação de poder e de dominação”<sup>17</sup>, ou seja, são construções fantasiosas criadas no imaginário social a partir das diferenças como a cor da pele e, assim manter uma discriminação a certa pessoa ou grupo social<sup>18</sup>.

Interessante decisão foi proferida pelo juiz americano Warren no julgamento de um processo que tratava sobre o racismo. Nesta ocasião o magistrado expressou que: “*não vejo como, no dia e na época de hoje, podemos separar um grupo do restante e dizer que eles não têm direito ao mesmo tratamento de todos os outros. Fazer isso isto seria contrário às Décima Terceira, Décima Quarta e Décima Quinta Emendas. Elas visavam tornar os escravos iguais a todos os outros. Pessoalmente, não consigo ver de que forma podemos hoje justificar a segregação unicamente com base na raça.*”<sup>19</sup>

Em análise da literatura histórica nacional é possível encontrar indícios que no Brasil é difícil se afirmar que houve efetivamente uma consciência institucional segregatória, pois o país desde da colonização teria aderido a um comércio tradicional praticado na Europa, adotando um pensamento de divisão de classes e não efetivamente racial. Entende Gilberto Freyre<sup>20</sup> que durante o desenvolvimento do país o brasileiro não agia de forma a diferenciar povos por conta de “raças”, mas a diferenciação existente seria a respeito do credo religioso, ou seja, se o indivíduo que chegava ao Brasil era católico ou não.

Os autores Lilia Schwarcz<sup>21</sup> e Gilberto Freyre acreditam ser falsa a tese de determinação racial na formação do povo brasileiro. Esse entendimento não trabalha com a premissa de que não exista racismo no Brasil, ele existe, mas não em uma intensidade nem de forma institucionalizada como ocorreu nas nações como Estados Unidos e Alemanha, ou seja, não há uma consciência social racista. Essa afirmação pode ser melhor compreendida através da análise do processo de miscigenação ocorrida no país, isso resultou no fato de que “*todo brasileiro, mesmo o alto, de*

<sup>16</sup> GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Classes, Raças e Democracia**. São Paulo: Editora 34, 2002. p.50

<sup>17</sup> MUNANGA, Kabengele. **Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia...**

<sup>18</sup> Cf. LINTON, Ralph. **O homem: uma introdução a antropologia**. Trad. Lavínia Vilela. 11 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1981, p. 57

<sup>19</sup> MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. 1 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001, p. 82.

<sup>20</sup> “O Brasil formou-se, despreocupados os seus colonizadores da unidade ou pureza da raça. Diante quase todo o século XVI a colônia esteve escancarada a estrangeiros, só importando às autoridades coloniais que fossem de fé da religião católica”. (FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & Senzala**. 1 ed. São Paulo: Coleção Arquivos, 2002, p. 55)

<sup>21</sup> “O país seria, portanto, o resultado futuro e promissor da convergência de três afluentes diferentes, que faziam das raças – a branca, a negra e a vermelha -, e sua singularidade ficava vinculada à conformação específica de sua população” (SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Racismo no Brasil**. São Paulo: Publifolha, 2001, p. 23).

*cabelo louro, traz na alma, quando não na alma e no corpo, a sombra, ou pelo menos a pinta, do indígena e ou do negro*<sup>22</sup>. Esse fato histórico é tão evidente que Paulo Prado chegou a afirmar que a “arianização<sup>23</sup>” do brasileiro avançou de tal maneira que “já com um oitavo de sangue negro, a aparência africana se apaga por completo [...] E assim o negro desaparece aos poucos, dissolvendo-se até a aparência de ariano puro [...] Não temos ainda perspectiva suficiente para um juízo imparcial. A arianização aparente eliminou diferenças somáticas e psíquicas: já não se sabe quem é branco e quem é preto[...]”<sup>24</sup>.

A figura central desse fato histórico foi a chamada “pardização” do povo brasileiro. A partir da década de 40, os Censos realizados demonstram que a declaração de que o povo seria branco reduziu-se em aproximadamente 15% e a dos negros em mais de 57%. Em contrapartida, os que se declaram pardos cresceu em quase 82%. Isso significa, na concepção do sociólogo Demétrio Magnoli<sup>25</sup>, o fracasso em se criar identidades raciais no Brasil e, ao mesmo tempo, o fortalecimento de uma identidade intermediária, que não era efetivamente racial.

A doutrina nacional faz várias leituras a respeito da miscigenação do povo brasileiro. De um lado encontra-se o sociólogo Florestan Fernandes<sup>26</sup>, que apesar de entender que o ideal da miscigenação era um instrumento de absorção do mestiço, defendia que o funcionamento desses mecanismos, não era nem a inclusão social do negro, nem representava igualdade racial, mas, ao contrário, reafirmava a hegemonia da raça dominante. Por outro lado Lilia Schwartz<sup>27</sup> defende que a miscigenação do povo brasileiro representou um sinal de tolerância entre as pessoas, o que desmente a tese do racismo institucionalizado no país.

Esse debate se mostra importante na medida em que as cotas raciais em universidades é uma espécie de ação afirmativa em que pretende criar um sistema de diferenciação social e que somente terá fundamentação diante de uma sociedade com graves problemas ligados a diferenciações raciais de forma institucionalizada. Contudo, a construção história brasileira demonstra que a discriminação existente estaria mais ligada ao sentimento de pertencimento a certas classes socio-econômicas do que propriamente a “raça”. O indivíduo negro pertencia a posições mais baixas na estratificação social, não porque efetivamente sofresse discriminação a respeito de alguma “raça”,

<sup>22</sup> FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1933, p. 307

<sup>23</sup> Terminologia utilizado por Paulo Prado.

<sup>24</sup> PRADO, Paulo. **Retrato do Brasil**. Carlos Augusto Calil (org.). 8. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 191/193

<sup>25</sup> Cf. MAGNOLI, Demétrio. **Uma gota de sangue: história do pensamento racial**. ... p. 146

<sup>26</sup> Cf. FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes**. 3. ed., São Paulo: Ática, 1978, p. 26

<sup>27</sup> Cf. SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Racismo no Brasil**. São Paulo: Publifolha, 2001, p. 28.

mas sim pela condição de pobreza de seus ancestrais. Nesse sentido, Nelson Silva<sup>28</sup> critica a adoção de medidas americanas sem reflexões na sociedade brasileira, defendendo, também, que a idéia de que predominou no Brasil foi o do preconceito de classe e não o de raça.

E se levar em conta que a miscigenação evidente que passou o povo brasileiro acabou por modificar as características da sociedade, o que leva a enfraquecer a tese da separação da população pelo critério “raças”. O que propiciou que a cultura brasileira fosse construída através de aspectos nacionais, de modo que a capoeira, feijoada sempre foram aceitas como pertencentes a sociedade brasileira e não somente como culturas afrodescendentes.

Fato é que ao trabalhar com um referencial teórico racial perante sistema de inclusão social é bastante delicado, pois ao se analisar a pessoa como negra ou branca, está se analisando o que ela é do ponto de vista físico (estereótipo), criando um sistema competitivo apartado o que poderá gerar um sentimento de inferioridade. Ou pior, criar um sistema sob critério de raça, se tal classificação não existe, sob ponto de vista científico.

A reflexão que se propõe é de extrema importância para resolver o dilema educacional da sociedade brasileira que oficialmente se diz democrática e postula a educação como sendo um mecanismo de ascensão social, mas que, de fato, mostra-se seletiva e pouco atraente para as classes desprestigiadas. Devem-se deslocar as discussões acadêmicas para as premissas das desigualdades sociais no Brasil, de modo a identificar se a desigualdade educacional possui como fundo um problema de aspecto econômico ou “racial”. A resposta a esta questão será a diretriz do Estado para planejar as políticas públicas, sendo que os dois aspectos possuem campos de atuações diversos.

No próximo tópico passa-se a analisar a compatibilidade das cotas raciais para com o princípio constitucional da igualdade.

### **III. O PRIMADO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE E A QUESTÃO DAS COTAS RACIAIS NO ENSINO SUPERIOR: MEDIDA POLÍTICA DE (DES)LEGITIMAÇÃO CONSTITUCIONAL.**

A constituição Federal de 1998 denota em seu art. 5º, I, que “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*”. Isso remete a máxima aristotélica de que consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Mas a indagação que

---

<sup>28</sup> HASENBALG, Carlos; SILVA, Nelson do V. **Estrutura social, mobilidade e raça**. Rio de Janeiro: Vértice/IUPERJ, 1988, p. 25

involuntariamente se apresenta é: quem são os iguais e quem são os desiguais? Deve-se perceber que a discriminação pode ocorrer em dois sentidos: quando se trata como iguais pessoas em situações diferentes e também quando se trata diferente pessoas em situações iguais. Em outras palavras, o ordenamento jurídico brasileiro deve buscar um tratamento semelhante em termos de direitos e obrigações para todos os cidadãos, o que não impede, por via do princípio da igualdade, que determinada situação tenha tratamento diferenciado de outra, tendo em vista casos constitucionalmente excepcionais.

O período inicial do Estado de Direito se criou um modelo de esquema formal de Direito e de Estado, a partir disso “já não interessa indagar o que o Estado pode querer – basta verificar se quer na via do direito”<sup>29</sup>, ou seja, dava-se mais importância para a formalidade em detrimento do conteúdo e consequências práticas da norma. Essa legalidade construída perdia cada vez mais referência, pois a neutralidade utilizada pelo Estado de legalidade foi cada vez mais utilizada como instrumento de manipulação popular, situação esta que colocava os pessoas como instrumentos do Estado.

Diante dessa crise do direito liberal foi possível perceber a necessária criação de um Estado solidário. Em outras palavras, Jorge Reis Novaes leciona que: “(...) ao lado dos direitos e liberdades clássicos – moldados e comprimidos, particularmente no que se refere ao direito de propriedade, à medida das novas exigências de socialidade – avultam, agora, os chamados direitos sociais indissociáveis das correspondentes prestações do Estado”<sup>30</sup>. Assume o Estado o encargo de buscar uma reconfiguração de sua atuação na sociedade, atendendo a necessidades até então a responsabilidade da autonomia privada.

Com a inauguração do modelo social de Estado, Ronald Dworkin<sup>31</sup> identifica um aparente conflito entre o princípio da liberdade e o princípio da igualdade distributiva, haja vista que a liberdade, concebida com sua natureza negativa, nega a possibilidade de concessões de privilégios ou diferenciações sociais. Frente a esse dilema, responde Dworkin que:

---

<sup>29</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito: do estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito**. Coimbra: Coimbra edit. 1987, p. 112

<sup>30</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito: do estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito ...** p. 197

<sup>31</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 168



*“Faço essa afirmação ousada porque acredito estarmos hoje unidos na aceitação do princípio igualitário abstrato: o governo deve agir para tornar melhor a vida daqueles a quem governa, e deve demonstrar igual consideração pela vida de todos”<sup>32</sup>.*

Na égide do atual Estado Social não se pode estabelecer um sistema em que a liberdade irá prevalecer sobre a igualdade, pois o pensamento jurídico contemporâneo é a favor de um Estado solidário, um Estado que intervém na sociedade para garantir a igualdade de oportunidades para todas as pessoas e não somente da maioria. Dessa maneira, no Estado social a igualdade surge como uma técnica de saneamento de diferenças, isto é, um instrumento de combate as desigualdades sociais existentes na sociedade.

Diante desse cenário e em prol do princípio da solidariedade que passou a reinar nas cartas constitucionais contemporâneas (inclusive da Constituição Brasileira de 1988) permitiu que determinada situação, por apresentar-se como uma especialidade, possa receber um tratamento diferenciado desde que diante de uma justificativa legitimada pela carta constitucional. Essa diferenciação não pode ser feita de maneira indiscriminada, sob pena de violar o próprio postulado da igualdade, pois alerta Pimenta Bueno que *“a lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania”<sup>33</sup>*. A igualdade, então, funciona como um pilar de sustentação do Estado Democrático de Direito, fornecendo uma diretriz para as interpretações das outras normas constitucionais<sup>34</sup>.

Frente a essas premissas, é possível trazer o entendimento de Robert Alexy<sup>35</sup> onde ele defende que o direito de igualdade definitivo abstrato desdobra-se no direito de ser tratado igualmente, se não houver justificativa para o tratamento desigual e o direito de ser tratado desigualmente se tal justificativa estiver presente. Este ainda compreende, com base em uma jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão que *“o enunciado da igualdade é violado se não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente*

<sup>32</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. ..., p. 169

<sup>33</sup> BUENO, Pimenta. citado por MELLO, Celso Antonio B. de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 18. Também é o entendimento de Robert Alexy: *“Se o enunciado geral de igualdade se limitasse ao postulado de uma práxis decisória universalizante, o legislador poderia, sem violá-lo, realizar qualquer discriminação, desde que sob a forma de uma norma universal, o que é sempre possível. A partir dessa interpretação, a legislação nazista sobre judeus não violaria o enunciado: os iguais devem ser tratados igualmente”* (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 398).

<sup>34</sup> Cf. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Apud* AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11 ed., São Paulo : Malheiros, 1996, p. 210.

<sup>35</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. ... p. 429

para a diferenciação ou para o tratamento igual feitos pela lei<sup>36</sup>”, sendo que “promover determinados grupos já significa tratar os outros de forma desigual”<sup>37</sup>.

Observe-se ser este o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

*A concreção do princípio da igualdade reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais. O direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais. Os atos normativos podem, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. É necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio*<sup>38</sup>.

Fica claro que o princípio da igualdade se apresenta com caráter dúplice, que de um lado impede com que o Estado conceda privilégios injustificados, e por outro lado é utilizado para a correção das injustiças sociais (técnica de saneamento de desigualdades), por muitos interpretada como justiça corretiva. Mas esse tratamento diferenciado deve ser aplicado com muita cautela, haja vista o perigo em estar criando um novo tipo de discriminação com base em uma aparência de justiça.

Diante de uma dada situação, entende Celso Antonio B. Mello<sup>39</sup> que, primeiramente, se deve identificar aquela situação que é erigida em critério discriminatório, para depois se descobrir se existe alguma razão constitucional para atribuir um tratamento jurídico diferenciado. Verificado qual o fato social que se mostre discriminado, mecanismos legislativos e administrativos compensatórios poderiam ser adotados para buscar a solucionar o problema.

Nesse processo de identificação do fato *discriminen* deve-se ter o cuidado para que a situação analisada seja efetivamente especial, ou seja, possua característica ou traço diferenciado. Para numa segunda etapa encontrar uma correlação lógica entre os fatores diferenciais do fato analisado com a diferenciação do regime jurídico estabelecida na legislação, sendo que essa diferenciação somente poderá ser levada a efeito se o presente tratamento jurídico esteja fundado em razão valiosa protegida pela carta constitucional<sup>40</sup>.

Frente a necessidade de se resgatar a classe marginalizada, o Estado inaugurou uma série de políticas públicas de inclusão social, denominadas de ações positivas, que poderiam ser definidas como “*um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais*”

<sup>36</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. ...p. 403

<sup>37</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. ... p. 417

<sup>38</sup> STF. ADI 3.305, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 13-9-06, Plenário, DJ de 24-11-06

<sup>39</sup> Cf. MELLO, Celso Antonio B. de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 38

<sup>40</sup> Cf. MELLO, Celso Antonio B. de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. ... p. 41

como a educação e o emprego”<sup>41</sup>. Em outras palavras, define Carmem Lucia Antunes que “a ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitos as minorias”<sup>42</sup>.

Como defensor do liberalismo igualitária, o americano John Rawls entende que as desigualdades sociais atingem as possibilidades de vida dos seres humanos. É sobre tais desigualdades que a teoria da justiça deve ser aplicada, através da defesa de uma equidade, sendo que “todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas para todos, projeto este compatível com todos os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido”. E também defende que “as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos; (a) devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e (b) devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade”<sup>43</sup>.

As ações afirmativas podem ser compreendidas como mecanismos que promovem o princípio da igualdade de oportunidades, trazendo ao ceio social aqueles que foram marginalizados em uma dada sociedade. Essa transformação visa atingir uma maior representatividade dos grupos minoritários nas atividades públicas e privadas.

O que deve ter em mente é que as ações afirmativas devem ser utilizadas como um instrumento para a concretização da igualdade material, uma verdadeira discriminação positiva, de modo que somente venha a ser utilizada em prol de classes efetivamente identificadas como marginalizadas, bem como que encontre uma justificativa constitucional (premissas e conseqüências sociais).

Frente a perspectiva doutrinária acima delineada as políticas públicas precisam ser avaliadas a partir de um fundamento sociológico e constitucional, com o fim de sanar as reais desigualdades existentes na sociedade. Em outras palavras, a análise desta questão deve levar em conta as razões levantadas para justificar essa possível discriminação positiva, isto é, de que determinada situação é realmente especial e merece guarida pelo Direito, bem como se essa medida governamental é realmente necessária e útil diante da realidade brasileira.

<sup>41</sup> 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, p. 40.

<sup>42</sup> ROCHA, Carmem Lucia Antunes. **Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**, In Revista Trimestral de Direito Público n. 15/85.

<sup>43</sup> RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p.47/48

É nessa discussão que se insere a questão das cotas raciais no ensino superior, no qual o Estado brasileiro elegeu essa medida como situação a merecer um tratamento diferenciado, elencado como uma ação afirmativa destinada a promover a igualdade de acesso à educação (art. 3º, III da CF<sup>44</sup>). Mas o problema é de responder as críticas que se embasam na tese de que as cotas raciais não encontrariam uma legitimidade constitucional, bem como se estaria criando, ao invés de uma inclusão social, uma nova forma de discriminação negativa.

Sabe-se que o postulado da igualdade busca a concretização da justiça social, visando um tratamento isonômico entre situações semelhantes. Pela justificativa política da criação de cotas raciais em universidades ela estaria atrelada a concretização de uma justiça compensatória, na qual *“a melhor forma de correção e de reparação desse estado de coisas consistiria em aumentar (via ações afirmativas) as chances dessas vítimas históricas de obterem os empregos e as posições de prestígio que elas naturalmente obteriam caso não houvesse discriminação”*<sup>45</sup>. A opção governamental de correção social analisada neste momento é a criação de um sistema diverso de recepção de acadêmicos levando-se em conta o aspecto racial.

O problema desse programa governamental será de encontrar uma justificativa diante do postulado constitucional da igualdade. Pois não se pode remediar um suposto problema do passado criando um novo problema para o futuro, haja vista que se estaria criando um novo fato discriminador sem ao menos ter certeza de sua legitimidade, tendo em vista a premissa que toma como fundamento.

Por um lado é possível encontrar o entendimento do sociólogo português Boaventura de Souza Santos<sup>46</sup> que ao comentar acerca da liminar denegada pelo Ministro Gilmar Mendes na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, que discute a questão das cotas raciais em universidades públicas, defendeu que o fundamento da decisão do Relator deste processo estaria embasada no princípio da fraternidade e, com base neste elemento constitucional que a questão das cotas raciais devem ser pensada. Em contraposição, pode-se notar que o Professor da USP, Demétrio Magnoli<sup>47</sup> entende que a implantação do sistema de cotas raciais seria uma substituição dos critérios classificatórios abstratos inventados pelo racismo científico do século XIX, por uma criação pelo próprio Estado de diferenciação entre os homens. Nestes termos leciona o professor Magnoli:

<sup>44</sup> Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

<sup>45</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA.** ...p. 63/64

<sup>46</sup> Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. **Justiça social e justiça histórica.** Disponível na Internet: <<http://www.geledes.org.br/>> - 02/09/2009.

<sup>47</sup> MAGNOLI, Demétrio. **A cor das idéias.** Disponível na Internet: <<http://www.geledes.org.br/>> - 02/09/2009.

*No Brasil, a Ação Afirmativa está prestes a ganhar o estatuto de política de Estado. Uma lei em tramitação vai assegurar cotas para negros na administração pública, nas universidades, no marketing e em outros setores. O princípio implícito que sustenta a política de cotas é o da divisão da humanidade em raças. A sua dinâmica é a negação da igualdade política dos cidadãos, que é o fundamento da república e da democracia. O seu discurso legitimador organiza-se em torno da radicalização metafísica da noção de culpa coletiva*<sup>48</sup>.

É verdade que a República Federativa do Brasil é orientada para constituir uma sociedade baseada na “igualdade e na justiça”, como diz o preâmbulo do texto constitucional. Mas não é permitido adotar toda e qualquer medida sem que ela esteja amparada pelo critério de justiça social e pela fraternidade. Tom Campbell alerta que “*si la justicia se denice como el valor político prioritario, entonces cualquier cosa que se adopte como una prioridad política es automaticamente consagrada com el título de justicia*”<sup>49</sup>.

Observe-se que o sistema de cotas raciais foi uma opção política do Estado brasileiro como solução a fim de resolver um problema que é mais de natureza econômica do que racista (ao contrário da história dos EUA), como se pode constatar no tópico anterior. Se a questão de raça sempre foi utilizada como um meio para a justificação de dominação de povos, pode-se compreender que a institucionalização de critérios diferenciadores raciais no ensino superior seria falha, ou pior, discriminatória. Representaria a institucionalização da divisão racial na sociedade brasileira, uma vez que as pessoas passariam por um sistema de classificação no momento em que iria prestar o processo seletivo.

Classificar significa colocar as coisas ou pessoas em ordem, sendo que ordem denota a existência de hierarquia, através da qual busca-se o agrupamento de níveis sucessíveis, de grupos homogêneos acima de grupos heterogêneos. Ou seja, seria como se criasse uma fronteira racial numa sala de aula, classificando crianças brancas como sendo representações dos antigos proprietários de terra e as crianças de cor negra como representações dos antigos escravos, sendo que os primeiros não teriam direitos às cotas raciais em razão da culpa de seus antepassados.

Além disso, outro ponto que deve ser analisado é que o ingresso no ensino superior possui regulamentação no artigo 208, inciso V da Constituição Federal o qual determina que haverá o “*acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um*”, o que impõe um caráter meritório na admissão de acadêmicos, ao contrário do que ocorre que ensino fundamental e médio que se orientam pelo princípio da universalização. Assim, é vedada qualquer eleição de fator de *discrímen* que se baseia em nota

<sup>48</sup> MAGNOLI, Demétrio. **Igualdade perante a lei.** Disponível na Internet: <http://www.consciencia.net/2003/07/26/magnoli.html> – 02/02/2009

<sup>49</sup> CAMPBELL, Tom. **La Justicia: los principales debates contemporáneos.** Barcelona: Gedisa, 2002, p. 25.

intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, religião, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal<sup>50</sup> em casos semelhantes.

Defende Nina Beatriz Stocco Ranieri<sup>51</sup> que as cotas raciais em universidades irá criar uma distorção extremamente prejudicial a sociedade, situação que irá se tornar numa espécie de facilitação de ingresso no ensino superior.

Deve existir uma reflexão no sentido de que se prevalecer a tese de que é possível criar um sistema em que há uma concorrência apartada para certos grupos “raciais”, tendo como justificativa que eles não teriam as mesmas capacidades que os brancos, isso pode representar dois problemas graves: de um lado a quebra do princípio da eficiência do ensino público, ao se flexibilizar o acesso de alunos; e por outro lado, uma legalização do racismo ao invés de uma ação afirmativa. Essa questão foi debatida no Tribunal Regional Federal da 2ª Região<sup>52</sup>, ao se julgar o Agravo de Instrumento n.2008.02.01.012162-1, ocasião em que a Desembargadora Vera Lúcia Lima decidiu

---

<sup>50</sup> *CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, ART. 153, § 1º; C.F., 1988, ART. 5º, CAPUT. I. - AO RECORRENTE, POR NÃO SER FRANCÊS, NÃO OBSTANTE TRABALHAR PARA A EMPRESA FRANCESA, NO BRASIL, NÃO FOI APLICADO O ESTATUTO DO PESSOAL DA EMPRESA, QUE CONCEDE VANTAGENS AOS EMPREGADOS, CUJA APLICABILIDADE SERIA RESTRITA AO EMPREGADO DE NACIONALIDADE FRANCESA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE: C.F., 1967, ART. 153, § 1º; C.F., 1988, ART. 5º, CAPUT). II. - A DISCRIMINAÇÃO QUE SE BASEIA EM ATRIBUTO, QUALIDADE, NOTA INTRÍNSECA OU EXTRÍNSECA DO INDIVÍDUO, COMO O SEXO, A RAÇA, A NACIONALIDADE, O CREDO RELIGIOSO, ETC., É INCONSTITUCIONAL. (RE 161243, RELATOR(A): MIN. CARLOS VELLOSO, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 29/10/1996, DJ 19-12-1997 PP-00057 EMENT VOL-01896-04 PP-00756)*

<sup>51</sup> A reserva de vagas não resolve o problema da desigualdade educacional, cujas raízes encontram-se nas condições de acesso, qualidade e permanência no ensino fundamental e médio. Pelo contrário, além de não o solucionar, agrava a desigualdade assim produzida de forma perversa. Cria duas categorias de alunos em termos de mérito e competência acadêmicas: os das cotas reservadas e os que ingressam sem reserva de cotas; o que não só diminui a eficiência da reconhecida qualidade do ensino superior público, uma vez que os primeiros tendem a permanecer por mais tempo nos cursos de graduação, dadas as conseqüências inerentes à facilitação do acesso, centradas basicamente no déficit de aprendizagem. Este mesmo fato, considerado do ponto de vista do aluno ingressante pelo sistema de cotas, produz efeito anti-social ante as possíveis repetências e dificuldades de acompanhamento normal dos cursos: (RANIERI, Nina Beatriz Stocco . **A reserva de vagas nas universidades públicas**. BDA: Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, v. 17, n. 9, p. 699-701, 2001).

<sup>52</sup> *CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ENSINO SUPERIOR. SISTEMA DE COTAS. RESOLUÇÃO Nº 33/2007 DA UFES. RESERVA DE 40% DAS VAGAS DOS CURSOS OFERECIDOS PARA ESTUDANTES DE BAIXA RENDA EGRESSOS DE ESCOLAS PÚBLICAS. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RESERVA DE PLENÁRIO. DESNECESSIDADE IN CASU. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ACESSO QUE DEVE PAUTAR-SE DE ACORDO COM O MÉRITO DE CADA UM. ART. 208, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE META PROGRAMÁTICA INSTITUÍDA PELO CONSTITUINTE ORIGINÁRIO EM PROL DA UNIVERSALIZAÇÃO DO ENSINO SUPERIOR. DECISÃO QUE NÃO MALFERE A AUTONOMIA DIDÁTICO-CIENTÍFICA PREVISTA NO ART. 207 DA CR/88. RECURSO PROVIDO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. (TRF 2ª região - AI. 2008.02.01.012162-1. Julg. 11/03/2009. Rel Des. Vera Lucia Lima)*

que as cotas raciais não atendiam ao princípio da isonomia, haja vista que o acesso ao ensino universitário deve sempre ser regulado de acordo com o critério meritório<sup>53</sup>.

É claro que não se defende que o ingresso em universidades públicas deverá ser feito tão somente pelo caráter meritório, aceita-se que a educação poderá também ser utilizada como instrumento de correção social (efetividade da igualdade de oportunidades – defendida por John Rawls), ou seja, o caráter meritório poderá ceder diante de situações perfeitamente legitimadas pela Constituição Federal. O que se alerta é que, em especial, as cotas raciais terão um fim contrário aos fundamentos da igualdade constitucional. Ao passo que condutas estatais tomando como premissa de atuação o aspecto racial está se criando diferenciações por critérios absolutamente infundados e criticáveis, sob ponto de vista antropológico e jurídico, sujeitos a desencadear uma classificação racial até então inexistente no país.

Outro problema que se encontra no sistema de cotas raciais e que impede a legitimidade constitucional é a respeito de sua operacionalidade, sendo que o aspecto racial depende de uma análise subjetiva. Pois se já não se pode afirmar que raças existem, sob ponto de vista científico, como se fazer a confirmação de que alguém é negro, índio ou branco. E o mulato, seria meio negro ou meio branco? Então teria ele direito a meia cota? Frente a interpretação extensiva, admitida no direito constitucional, como tratar aquele de cor branca, mas filho de mãe e pai negros?

Essa situação é ainda mais injustificada quando se defende o princípio da impessoalidade na atuação da Administração Pública, de modo que “*ao se exigir um agir impessoal, afastam-se quaisquer discriminações ou privilégios indevidos, seja em favor do beneficiário da atuação administrativa, seja em favor do agente público integrante do quadro de pessoal do Estado*”<sup>54</sup>. Se o procedimento de avaliação das “raças” no momento da implementação deste sistema de cotas não oferecer segurança jurídica, criaria uma exceção injustificada ao princípio da impessoalidade e da igualdade.

Acredita-se que as cotas raciais poderão ocasionar mais distorções do que correção na sociedade brasileira, pois a diferenciação a ser criada com base em raças além de possuir premissas falhas, não admite um controle objetivo, possibilitando, por exemplo, que negros ricos possuam privilégios e brancos pobres e marginalizados fiquem de fora do programa.

<sup>53</sup> Essa discussão está em pauta no Poder Judiciário, sendo que além da ação judicial acima citada, existem várias outras discutindo a matéria de cotas raciais em universidades, dentre elas uma representação de inconstitucionalidade no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (processo n.º 2003.007.00021) e uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (ADIN 2858). Ambas as ações trazem questões como estas que foram levantadas neste trabalho e que merecem ser amadurecidas pela sociedade com muita clareza e objetividade.

<sup>54</sup> CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p. 180

Observe-se que Lilia Schwarcz levanta a questão da dificuldade de se identificar hoje no Brasil quem realmente é negro e quem é branco:

*“Como distinguir quem é negro e quem é branco no país? Como determinar a cor, quando não se fica para sempre negro no Brasil, quando se ‘embranquece’ por dinheiro e se ‘empretece’ por declínio social? (...) no país se ‘joga com a cor’, de maneira a utilizá-la como instrumento em diferentes situações sociais e mesmo políticas”<sup>55</sup>.*

O posicionamento irônico da autora acima citada relata a possibilidade de imensas distorções que poderão ocorrer no ingresso dos acadêmicos via cotas raciais no ensino superior, sendo que a dificuldade de se identificar efetivamente a natureza do brasileiro não é recente, tanto é assim que em 1976 o IBGE fez a pesquisa mediante a aceitação de mais de 136 cores na identificação das pessoas, sendo que o resultado da pesquisa além de mostrar a riqueza de “cores” também demonstra a dificuldade em se obter uma identidade “racial” do brasileiro<sup>56</sup>, resultado do processo de miscigenação popular.

É preciso deixar claro que não se está defendendo que não devam existir mecanismos de correções das desigualdades sociais com a finalidade de inclusão social. Contudo não é qualquer iniciativa política ou jurídica, que possa ser entendida como legítima, haja vista que no atual Estado Democrático de Direito todo e qualquer tratamento diferenciado deve atender ao princípio da isonomia, afim de que *“(...) aquilo que é identificado como vontade da Constituição deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas”<sup>57</sup>*, conforme defende o doutrinador alemão Konrad Hesse. Resta definir qual seria o caminho correto que o Brasil deve seguir, bem como quais as consequências desta escolha na sociedade do futuro.

Assim, o princípio da igualdade deve passar por uma leitura que não venha a desvirtuar os comandos constitucionais, ou seja, respeitando o núcleo essencial da constituição. O sistema de cotas é uma questão tormentosa, de modo que toda classificação acaba por ocasionar uma forma de discriminação, e *“discriminar ou preconceitualizar é conferir a uma dada pessoa um tratamento humilhanamente desigual. Nela interprojetando um sentimento de inata hipossuficiência”<sup>58</sup>*, como alerta o Ministro do STF, Carlos Ayres Britto. O que pode ocorrer no caso de cotas raciais, uma vez

<sup>55</sup> SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Racismo no Brasil...**, p. 66.

<sup>56</sup> SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Racismo no Brasil...**, p. 71.

<sup>57</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991, p. 22.

<sup>58</sup> BRITTO, Carlos Ayres. **O Regime Constitucional do Racismo**. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Org.) **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antonio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 158.



que há a eleição de determinadas “raças” que terão um sistema diferenciado (beneficiado) para ingresso no ensino superior. É possível que em certo momento essa diferenciação possa significar um sentimento de hipossuficiência para os cotistas, o que a longo prazo poderá surtir efeitos negativos

Além disso, as pesquisas oficiais demonstram que a maioria dos “negros” em nível de escolaridade de 2º grau estudam em escolas públicas<sup>59</sup>, sem comentar que a maioria dos brasileiros, independente da “cor”, sequer chegam a este nível. Diante desse cenário se indaga: porque as políticas públicas governamentais não são direcionadas para em um primeiro momento implementar cotas universitárias para estudantes oriundos de escolas públicas ou cotas para pessoas sem condições financeiras? Estas espécies de diferenciação, aparentemente, encontrariam fundamento constitucional, pois se estaria combatendo a desigualdade social com mecanismos de caráter objetivo, sem riscos, ou com riscos menores, de se privilegiar pessoas em situações iguais. Para que num segundo passo, que já deveria ter sido dado, as políticas públicas devem estar voltadas para a melhoria do sistema público de ensino básico e de ensino médio na medida em que consiga universalizar a educação para as classes marginalizadas (art. 208, II da CF), pois de nada adianta discutir acerca de cotas raciais no ensino superior se sequer no ensino fundamental algumas classes chegam.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema de cotas raciais em universidades públicas deve ser muito bem discutido na sociedade, antes de sua possível implantação pelo Estado. É necessário que se reflita muito e se demonstre se este programa realmente é uma forma justa e constitucional de combate à desigualdade social.

O Estado brasileiro está frente a um dilema, de um lado poderá se defender uma concretização efetiva do princípio da igualdade, através de variadas medidas de combate a desigualdade social, como por exemplo, cotas para estudantes oriundos de escolas públicas; e de outro tem a alternativa de intensificar “políticas da diferença” tomando o critério da raça, promulgando leis de classificação racial.

Ainda que se compreenda o princípio constitucional da igualdade como uma técnica destinada ao saneamento das desigualdades sociais, não é permitido utilizá-lo de qualquer forma ou ocasião, sem analisar as consequências que se pode gerar na sociedade. Não é possível adotar qualquer

---

<sup>59</sup> BARRETO, Paula Cristina da Silva. **Apoio à permanência de estudantes de escolas públicas e negros em universidades públicas brasileiras: as experiências dos projetos TUTORIA e BRASIL AFROATITUDE na UFBA.** Disponível na Internet: <<http://www.ifcs.ufrj.br>> – Acesso: 07/08/2009.

política em nome do princípio da fraternidade, uma vez que a Constituição Federal deve ser interpretada em seu conjunto, tendo em vista o fundamento da igualdade e a realidade social em que se busca a sua aplicação, bem como, preservar uma atuação impessoal perante a sociedade, de modo que não prejudique, nem beneficie ninguém injustamente.

No caso do Brasil, nota-se que o processo de miscigenação ocasionou que todo brasileiro traz fisicamente as características misturadas do branco, negro e índio. E o regime de cotas raciais em universidade poderá quebrar com esse espírito e acabar criando uma espécie de racismo institucionalizado, promovendo a classificação racial.

Portanto, através das idéias trazidas nessa pesquisa não se pretendem trazer verdades indiscutíveis, ao contrário, visa propiciar uma reflexão sobre o assunto debatido, de modo que se possa alcançar o perfeito ajuste entre as políticas públicas governamentais perante os primados constitucionais.

### REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**, 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 358.

BITTAR, Mariluce; ALMEIDA, Carina E. Maciel. **Mitos e controvérsias sobre a política de cotas para negros na educação superior**. Curitiba: Educar, n° 28, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário da política**. 10 ed. Trad João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Regime Constitucional do Racismo**. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Org.) Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antonio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAMPBELL, Tom. **La Justicia: los principales debates contemporáneos**. Barcelona: Gedisa, 2002.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

CÁCERES, Florival. **História do Brasil**. São Paulo: Editora Moderna, 1997.

CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. **Tolerância e seus limites: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade**. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

CHALHOUB, Sidney. **Visões da liberdade: uma história das últimas décadas da escravidão na corte**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

DUARTE, Evandro C. Piza. **Princípio da isonomia e critérios para a discriminação positiva nos programas de ação afirmativa para negros (afro-descendentes) no ensino superior**. A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte: Forum, n° 27, jan.março/2007.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERNANDES, Florestan. **Mudanças sociais no Brasil**. São Paulo: Difusão Européia do livro, 1960.

\_\_\_\_\_. **A integração do negro na sociedade de classes**. 3. ed., São Paulo, Ática, 1978

FERREIRA, Daniela Sanchez Ita; CHICANATTO, Dionísio. **Ações afirmativas e a política de cotas raciais dentro do sistema educacional brasileiro**. Disponível na internet: <http://www.faimi.edu.br> – 01/06/2009.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & Senzala**. 1 ed. São Paulo: Coleção Arctivos, 2002.

GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça Depois de Rawls: Um Breve Manual de Filosofia Política**. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 2008.

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.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Classes, Raças e Democracia**. São Paulo: Editora 34, 2002

HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Trad. George Sperber; Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002.

HAYEK, Friedrich August Von. **Os Fundamentos da Liberdade**. Brasília: Ed. UnB, São Paulo: Visão, 1983.

HASENBALG, Carlos; SILVA, Nelso do V. **Estrutura social, mobilidade e raça**. Rio de Janeiro: Vértice/IUPERJ, 1988.

HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LINTON, Ralph. **O homem: uma introdução a antropologia**. Trad. Lavínia Vilela. 11 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1981.

MAGNOLI, Demétrio. **Igualdade perante a lei**. Disponível na Internet: <<http://www.consciencia.net/2003/07/26/magnoli.html>> - 02/09/2009.

\_\_\_\_\_. **A cor das idéias**. Disponível na Internet: < <http://www.geledes.org.br/>> - 02/09/2009.

\_\_\_\_\_. **Uma gota de sangue: história do pensamento racial**. 1 ed. São Paulo: Contexto, 2009.

MALISKA, Marcos Augusto. **O Direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MARQUESE, Rafael de Bivar. **A dinâmica da escravidão no Brasil: Resistência, tráfico negro e alforrias, séculos XVII a XIX**. Disponível na Internet: <http://www.scielo.br/22/05/2009>.

MELLO, Celso Antonio B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. 1 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001

MONTELLATO, Andrea, CABRINI, Conceição & CATELLI Junior, Roberto, **História Temática: o mundo dos cidadãos**. Editora Scipione, 2000.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MUNANGA, Kabengele. **Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia**. Palestra proferida no 3º Seminário Nacional de Relações Raciais e Educação – PENESB-RJ, em 05 de jan. 2003. Disponível em: <<http://www.acaoeducativa.org.br/downloads/09abordagem.pdf>> Acesso em 15 de dez. de 2008.

\_\_\_\_\_. **Estratégias e políticas de combate à discriminação racial**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1996.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito: do estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito**. Coimbra: Coimbra edit. 1987.

PENA, Sérgio D.J. **Humanidade sem raças?** São Paulo: Publi Folha, 2008.

PETTIT, Philip. **Republicanismo**: uma teoria sobre la libertad y el gobierno. Barcelona: Paidós, 1999.

PRADO, Paulo. **Retrato do Brasil**. Carlos Augusto Calil (org.). 8. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996

RANIERI, Nina Beatriz Stocco . **A reserva de vagas nas universidades públicas**. BDA: Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, v. 17, n. 9, p. 699-701, 2001.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**, São Paulo, Martins Fontes, 2000.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social; ensaio sobre a origen das linguas; discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens; discurso sobre as ciencias e as artes**. Trad. Lourdes Santos Machado. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Justiça social e justiça histórica**. Disponível na Internet: <<http://www.geledes.org.br/>> - 02/09/2009.

SANTOS, Élvio Gusmão. **Igualdade e raça. O erro da política de cotas raciais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2041, 1 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12281>>. Acesso em: 02 dez. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARTRE, Jean-Paul. **Reflexões sobre o racismo**. Tradução de J. Guinsburg. 3. ed .. 1963.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

\_\_\_\_\_. **Racismo no Brasil**. São Paulo: Publifolha, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. Tradução Ubirajara Sobral. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

TODOROV, Tzvetan. **Nós e os Outros: A Reflexão Francesa sobre a Diversidade Humana**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993.

TOCQUVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

WALZER, Michael. **Da tolerância**. Tradução de Almiro Pisetta. São Paulo: Mantins Fontes. 1999.

WOLFF, Robert. Além da tolerância. In: WOLFF, Robert Paul; MOORE .IR.. Barrington: MARCUSE, Herbert. **Crítica da tolerância pura**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1970.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.