

É CONSTITUCIONAL A FORMA DE INCLUSÃO SOCIAL REPRESENTADA PELAS COTAS PARA NEGROS NAS UNIVERSIDADES

Fernando Ferrari Vieira¹ (UNITOLEDO)

Resumo

Este artigo debate a crise estabelecida no estado democrático de direito na busca da aplicação da forma mais efetiva o princípio da igualdade como fator de inclusão social. É clarividente o discurso de estudiosos que apontam a adoção de ações afirmativas para universalizar a educação, saúde e de outros serviços públicos como forma de encontrar a igualdade de oportunidades entre todos brasileiros. A investigação foi motivada, especialmente para refletir qual a situação que se apresenta mais excluída da sociedade e da política de ensino universitário, e que merece fazer parte do “discrimem” estabelecido nas universidades, se é o problema racial ou desigualdade social, ou seja, qual segmento necessitaria de uma política específica, voltada para essas questões.

Palavras-chave: Ações afirmativas. Cotas. Igualdade.

1. Discriminação

O conceito de discriminação pode ser extraído do texto da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação, o qual foi ratificado pelo Brasil:

qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública (BRASIL, 2008).

Do texto acima se infere que as características naturais e culturais do indivíduo foram citadas como elementos centrais do conceito, o que implica em dizer que a discriminação, no sentido em que definida, assume, sempre, um caráter negativo, de reprovabilidade. Todavia, segundo alguns juristas esse caráter de ilicitude reprovável pode ganhar contornos lícitos, desde que haja uma situação de desigualdade que as justifique.

Segundo Joaquim B. Barbosa Gomes (2001, p. 20), existem dois grupos de discriminação, a discriminação intencional e a não intencional. Há discriminação intencional quando, deliberadamente, uma pessoa é vítima de tratamento desigual em qualquer atividade pública ou privada única em virtude da sua raça, cor, sexo, ou qualquer outra característica que a distinga da maioria dominante.

Aduz este autor que, embora a discriminação intencional configure, normalmente, situação de fato ilícita, porque contrária ao princípio da isonomia em sentido formal, em determinadas circunstâncias, pode ser ela admissível, notoriamente quando a discriminação for essencial para o desenvolvimento de uma modalidade de trabalho ou tarefa que exija habilidades técnicas específicas ou que seja mais adequadamente realizada por integrantes de

¹ Aluno do Curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário Toledo/UNITOLEDO de Araçatuba. Advogado. Especialista em Direito Civil pela Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente.

um sexo ou raça. É que, de fato, a natureza do negócio, em algumas situações, pode tornar necessário que haja a seleção discriminatória de indivíduos.

Dessa modalidade de discriminação intencional legítima, situam-se aquelas que foram batizadas como ações afirmativas.

2. Ações Afirmativas, Cotas e o Princípio da Igualdade

Segundo Oscar Vilhena Vieira (2006), no Brasil, que não é um país pobre, o 1% que compõe os mais ricos detém a mesma quantidade de riqueza que os 50% mais pobres, situando-se, vexatoriamente, entre os três países mais desiguais do mundo.

A idéia de igualdade, segundo esse autor, foi incorporada ao discurso jurídico pelo iluminismo, tendo como seu marco a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1.789. Trata-se, de uma igualdade inerente à liberdade. O que se pretendia era que o Direito fosse aplicado sem discriminação.

Logo, dita que a igualdade não pode ser lida como uma proposição de fato, mas sim uma reivindicação da natureza moral. Aduz que a igualdade é uma reivindicação socialmente e politicamente construída, alterada de acordo com a época.

Parece praticamente redundante falar, que os princípios constitucionais acompanham todo processo de elaboração e aplicação das leis, ou melhor, nos dizeres de Hans Kelsen (1987, p. 363) são: “uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”

Konrad Hesse (1992, p. 43), ainda ensina que:

Precisamente o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da ‘realidade’ de cuja ordenação se trata. Neste sentido a interpretação constitucional tem caráter criativo: o conteúdo da norma interpretada só fica completado com sua interpretação; só nesse sentido possui caráter criativo: a atividade interpretativa fica vinculada à norma.

Paulo Bonavides (1988, p. 267), ao prescrever sobre a interpretação da Constituição prescreve:

Trata-se evidentemente de operação lógica, de caráter técnico, mediante a qual se investiga o significado exato de uma norma jurídica, nem sempre clara ou precisa. Busca a interpretação, portanto, estabelecer o sentido objetivamente válido de uma regra de direito.

Justamente da força interpretativa narrada pelos autores acima é que decorre a eficácia imediata ou não dos princípios constitucionais, abrindo caminho para algumas ponderações sobre normas programáticas.

Celso Ribeiro Bastos (2002, p. 212), mostra que as Constituições modernas, diferentemente das antigas não são mais instrumentos de mera constatação da realidade momentânea. Hoje, têm preceitos que encarnam autênticos princípios e diretrizes, além de normas-fins, também conhecidas como normas-tarefas, que trazem em seu conteúdo programas a serem cumpridos. Daí porque também conhecidas como normas programáticas. Estas querem ser e efetivamente são, objetos úteis na antecipação do futuro. Almejam um papel conformador do porvir. Procuram fornecer parâmetros para a atuação do Estado, de molde a que os fins fundamentais da organização política já estejam definidos na Lei Maior.

Diante do contexto da eficácia interpretação e programatização das normas constitucionais, pode-se conceber que as ações afirmativas decorrem do princípio da

| | | | | | |
|---------------|-----------|------|------|------------|------|
| An. Sciencult | Paranaíba | v. 2 | n. 1 | p. 164-171 | 2010 |
|---------------|-----------|------|------|------------|------|

igualdade, já que como se justificou alhures, trata-se de medida compensatória imposta pelo estado na busca da inclusão de minorias que por algum motivo foram, no decorrer da história, massacradas pelos interesses dos dominantes.

Diante da existência de vários tipos de ações afirmativas vigentes atualmente em nossa sociedade, trataremos de analisar e questionar apenas a hipótese das cotas para negros e indígenas nas Universidades.

Sem desmerecer as demais formas de inclusão social (cotas), que sem margem de dúvidas merecem destaque e relevo para elaboração não somente de uma tese acadêmica mas também de um manual explicativo, por razões epistemológicas trataremos tão somente da questão das cotas nas Universidades

Dois ações diretas de inconstitucionalidade (ADI n.º 3.330 e ADI n.º 3.197) promovidas pela Confenem (Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino), a primeira contra o programa ProUni e a segunda contra a lei de cotas nos concursos vestibulares das universidades estaduais do Rio de Janeiro, serão apreciadas pelo STF nos próximos meses.

As decisões que serão exaradas nos processos acima terão significado histórico, pois criarão jurisprudência sobre a constitucionalidade de cotas raciais não só para o financiamento de cursos no ensino superior particular e concursos de ingresso no ensino superior público **como também para concursos públicos em geral**. Mais ainda: os julgamentos têm o potencial de enviar uma mensagem decisiva sobre a constitucionalidade da produção de leis raciais.

Apresentada como forma de reduzir as desigualdades sociais, as cotas raciais ocultam uma trágica realidade e desviam as atenções para os reais desafios sociais e educacionais que devem ser enfrentados.

As quotas mínimas obrigatórias reservadas para grupos minoritários são, a um só tempo, a forma mais radical, mais polêmica e mais difundida de ação afirmativa.

Com efeito, o mecanismo de inclusão das minorias em espaços públicos ou privados por meio de quotas consiste em uma via de mão-dupla, que determina, necessariamente, a exclusão de membros pertencentes a grupos não minoritários.

Tal exclusão gera o problema de se saber se a implementação de quotas afrontaria o princípio da igualdade formal, i.e, se, por via oblíqua, geraria efeitos de discriminação reversa.

A situação, de fato, contém um paradoxo, pois, para implementar-se o princípio da igualdade material e aplicar um critério de justiça distributiva capaz de reverter, no plano dos fatos, os efeitos presentes de uma discriminação pretérita, a solução aventada é a de reduzir as chances de acesso de integrantes da maioria, pelo simples fato de pertencerem a ela.

Com isso, há no mínimo uma violação ao princípio da igualdade formal, que precisa ser analisada no caso concreto segundo o mecanismo de ponderação de princípios para que se possa saber se a medida restritiva da igualdade formal é aprovada no teste constitucional da proporcionalidade.

O americano Fiscus (1992, p. 37) tratou o assunto como **argumento das pessoas inocentes** (*innocent persons argument*, na sua terminologia). Tal argumento, radicalmente oposto a qualquer medida de quotas, traduz-se em que pessoas integrantes da maioria (racial, religiosa ou fundada em qualquer critério que indique uma discriminação historicamente relevante) não necessariamente culpadas pela discriminação sofrida no passado por grupos minoritários acabam, por um meio indireto, sendo responsabilizadas diretamente no presente e tendo oportunidades diminuídas em função da reserva minoritária.

Outro ponto a ser abordado, com relação ao problema das cotas para negros nas

| | | | | | |
|---------------|-----------|------|------|------------|------|
| An. Sciencult | Paranaíba | v. 2 | n. 1 | p. 164-171 | 2010 |
|---------------|-----------|------|------|------------|------|

universidades, reside em se identificar a legitimidade da adoção dessa medida frente ao problema exposto, ou seja, obter a resposta à seguinte indagação. É certo afirmar que o problema de inclusão dos negros na sociedade reside no ensino superior, ou esta ele localizado no ensino fundamental e de base ministrado pelo Estado?

Ainda, o sistema de cotas é o único meio pelo qual poderá se obter a integração do negro ao meio social?

Nesse direcionamento é o entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim B. Barbosa Gomes que afirma “faltar no Direito pátrio um mais profícuo conhecimento das possibilidades viabilizadas quando do emprego da *affirmative action*”.

Diz, ainda, que “entre nós, fala-se quase exclusivamente do sistema de cotas, mas esse é um sistema que, a não ser que venha amarrado a um outro critério inquestionavelmente objetivo, deve ser objeto de uma utilização marcadamente marginal”.

Em sendo o ensino fundamental o fator preponderante da falta de inclusão do negro, o fator do “discrimen” hoje adotado, embora existente, não guarda relação lógica com a desequiparação pretendida.

Muito menos as metas coletivas estabelecidas através do sistema de cotas mostram benefícios maiores a justificar a discriminação ocorrida.

Como sistema de metas políticas pode o problema estar sendo desviado de seu real contexto, tudo visando a retirar do Estado a responsabilidade pelos danos ocasionados a esta raça, transferindo todo encargo às sociedades particulares.

A questão racial é bastante antiga, mas ganhou destaque no panorama nacional, digno de intervenção estatal e criação de leis protetivas (ações afirmativas), a partir da divulgação de pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada de 2002 (Brasil, 2008b) que trouxe a tona estatísticas que comprovaram o abismo racial que separa o Brasil branco e o negro. O que era intuitivo e debitado à lenta inclusão do negro na sociedade brasileira após a abolição ganhou, assim, contornos concretos subsidiados por farto material estatístico.

Flavio Lobo (2002, p. 24) resume a constatação do estudo divulgado:

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) acaba de revelar a profundidade e extensão de uma tragédia nacional. Esta semana, o instituto divulgou dados de um estudo inédito no Brasil. Eles mostraram que, caso não sejam adotadas medidas capazes de reverter a atual tendência, a distância entre o Brasil branco e o Brasil negro – que já é enorme – deve aumentar.

No Brasil, como em qualquer outra nação que adota a democracia como sistema de governo, institui como regra constitucional que: todos são iguais perante a lei, não prevalecendo diferenciações fundadas em preconceitos ou ideologias.

Essa regra de isonomia encontra-se enraizada na nossa Constituição, que em seu art. 3^a inciso IV estipula: “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 forma de discriminação”.

No art. 5^o caput, estabelece: “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 á vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”

Vislumbrada tais disposições, considera-se constitucional a possibilidade de criação e adoção de medidas afirmativas. Todavia, isto não quer dizer que todas as modalidades das ações afirmativas estão garantidas.

No que se refere ao ensino superior, o Estado encontra limites constitucionais ao poder de estabelecer o critério de diferenciação, qual seja, o do art. 208, V, que estipula:

| | | | | | |
|---------------|-----------|------|------|------------|------|
| An. Sciencult | Paranaíba | v. 2 | n. 1 | p. 164-171 | 2010 |
|---------------|-----------|------|------|------------|------|

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

V acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um. (BRASIL, 2008).

Os postulantes a cursos de nível superior independente de sua condição sócio-econômica, racial, gênero ou credo, têm, à luz da Constituição Federal, os mesmos direitos, não podendo a lei estabelecer outras discriminações para o acesso, que não seja a baseada na capacidade de cada um, demonstrada objetivamente.

Viola, o art. 209 da CF que assim determina: - interferência indevida do Estado na iniciativa privada

O ensino é livre à iniciação privada, atendidas as seguintes condições:

I – cumprimento das normas gerais de educação nacional;

II – autorização e avaliação de qualidade pelo poder público.

Veja-se, daí, que existe uma limitação Estatal quanto ao uso do programa de cotas, que a princípio não poderia ser deixado de lado sob pena de estar infringindo dispositivos constitucionais.

A intervenção Estatal, no caso, somente seria possível diante de um motivo justificado e que trouxesse efetivamente benefícios maiores que as discriminações por ele causada.

Diante disso, ao que parece o sistema de cotas adotado pelo Brasil não foi recepcionado pela constituição federal, já que além de não preencher os requisitos necessários para dar aso ao “discrimen” também se equipara ao sistema denominado **discriminação reversa**, que como é cediço não é aceito no sistema constitucional pátrio. Não fosse assim, seria correto afirmar que a igualdade presente na Constituição é diferente conforme a cor do cidadão.

Se a preposição “todos são iguais perante a lei” é realmente válida, então não existe qualquer distinção entre a igualdade do branco, pardo, negro, amarelo ou vermelho.

A princípio o poder estatal encontra obstáculo na adoção de medidas que interfiram na esfera privada, sendo que tais medidas somente seriam justas se guardassem correlação lógica ao fato de discriminação e as metas políticas adotadas se fizessem mais proveitosas que a não intervenção.

E outras palavras, além da justificativa quanto à necessidade da discriminação é necessário que se satisfaçam alguns critérios para que o fato seja merecedor de proteção via Estatal.

Como leciona Celso Antonio Bandeira de Mello (2007, p. 38) existem critérios para que o fato gerador da proteção não ofenda o princípio da isonomia, sendo que tal critério pode ser especificado como a **existência de correlação lógica entre os supostos fatores de “discrimen” e a desequiparação procedida:**

Segundo a definição de Celso A. Bandeira de Melo, uma vez ausente a correlação lógica com a disparidade do tratamento jurídico dispensado, a discriminação afigura-se inconstitucional. Assim, seria inconstitucional toda e qualquer regra de distinção que não tivesse ligação com o fator discriminatório.

Ao lado do justo motivo da discriminação, portanto, pode-se elencar que o fato ensejador da discriminação deve ter uma relação lógica com a desequiparação. Usando o exemplo do autor acima citado, é impossível conceber a um grupo de funcionários gordos o privilégio de folgar no serviço por um dia para assistir a um jogo de futebol, em detrimento a uma maioria magra, pelo simples fato de estarem eles acima do peso.

É fato notório que o sistema de cotas adotado pelo Brasil foi extraído do modelo norte

| | | | | | |
|---------------|-----------|------|------|------------|------|
| An. Sciencult | Paranaíba | v. 2 | n. 1 | p. 164-171 | 2010 |
|---------------|-----------|------|------|------------|------|

americano, justificando-se a medida pela adoção da política compensatória em razão da política escravocrata ocorrida no início da colonização das duas sociedades, além da falta de uma política de inclusão social quando do término do período da escravidão.

Destarte, o sistema de cotas tem como base de sustentação, além do fator histórico, dados estatísticos que comprovam ser branca a maioria dos estudantes que ingressam no ensino superior.

A questão da compensação implica na adoção de medidas afirmativas traduzidas na aplicação de cotas que se propõem a facilitar o ingresso de jovens negros nas faculdades de ensino superior gratuita e de qualidade, visando a permitir que parcelas da população negra obtenham um salto social que permita tornar menos homogêneas as camadas sociais.

Trata-se, na verdade, da adoção da teoria do sistema de metas políticas para a diminuição das desigualdades existentes, adotada por Dowrkin (2002, p. 143):

As metas coletivas estimulam as trocas de benefícios e encargos no seio de uma comunidade, tendo em vista a produção de algum benefício geral para a comunidade como um todo. A eficiência econômica é uma meta coletiva exige a distribuição de oportunidade e responsabilidades que possam produzir o maior benefício econômico agregado, definido de um determinado modo. Algumas concepções de igualdade também podem ser consideradas como meta coletiva. [...] É evidente que qualquer meta coletiva irá sugerir uma distribuição específica, dados determinados fatos.

Segundo essa teoria, poderiam ser criados sistemas de metas políticas que, embasadas em princípios ou não, implementariam mecanismos capazes de diminuir os problemas da desigualdade, desde que esses mecanismos trouxessem um benefício geral maior que o malefício da discriminação.

Conclusão

O princípio da igualdade foi acolhido como pedra basilar do Estado Democrático de Direito, sendo que na Constituição de 1988 foi levado à máxima extensão histórica constitucional. Diversos são os artigos que possibilitam ao intérprete encontrar no texto o substrato da isonomia em sentido formal e material.

Como se buscou demonstrar, a Carta Política, por ter sido emanada de um Estado Democrático de Direito, não cria obstáculos ao uso das ações afirmativas, já que busca como meta a igualdade entre todos brasileiros.

Não se contenta com a posição de neutralidade característica do Estado Liberal; cria, ao contrário, em diversos dispositivos, a obrigação de o legislador ordinário agir diretamente com o escopo de realizar a igualdade material, **sem se limitar a vedar a discriminação arbitrária.**

Por isso, o compromisso assumido pelo constituinte é radical o suficiente para que seja inevitável a assunção de riscos, pois, para implementar a igualdade de oportunidades. Nesse paradoxo da igualdade, em favor e contra, é que se fundam todos os argumentos favoráveis e todas as mais graves críticas que se fazem à ação afirmativa, mormente no que concerne à adoção de cotas para negros nas universidades.

De fato, toda a sustentação teórica da possibilidade de compatibilização de políticas afirmativas passará, necessariamente, pela identificação de uma discriminação pretérita que projete efeitos presentes e pela elaboração de instrumentos capazes de reverter uma situação de fato avessa ao direito com integridade de princípio.

Nesse particular, para exercitar-se um controle de constitucionalidade adequado sobre as medidas de ação afirmativa, os órgãos jurisdicionais precisam rasgar o seu véu de inocência, e enxergarem-se como atores fundamentais na realização dos objetivos

constitucionais, ainda que seja necessário reformular a concepção de Separação de Poderes, dos limites do controle jurisdicional de constitucionalidade e até mesmo do limite de tolerância das omissões do legislador.

Além disso, é necessário uma verificação racional da causa real do fator discriminatório, se reside ela no ensino superior ou se está fulcrada no ensino fundamental que não acolhe o negro ou até o pobre em seu seio.

É uma falácia, portanto, dizer que a aplicação das cotas nas universidades irá definitivamente trazer a igualdade *inter* raças no Brasil, pois antes de iniciar a inclusão de qualquer grupo na universidade é preciso antes inseri-los aos estudos, garantindo posteriormente aos pobres o acesso, de forma a justificar toda atitude e interferência Estatal.

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro e Tavares, André Ramos. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 8 e 62.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 set. 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA. Ação Afirmativa: O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. *Revista trimestral de direito público*, nº 15/96, São Paulo: Malheiros Editores.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

FISCUS, Ronald J. *The Constitutional Logic of Affirmative Action*. Londres e Durban: Duke University Press, 1992.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. *Mundo Jurídico*, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0049.pdf>> Acesso em: 10 set. 2008.

GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro e São Paulo: S.E., 2001.

| | | | | | |
|---------------|-----------|------|------|------------|------|
| An. Sciencult | Paranaíba | v. 2 | n. 1 | p. 164-171 | 2010 |
|---------------|-----------|------|------|------------|------|

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

LOBO, Flavio. "Mais desigualdade". *Revista Carta Capital*, p. 24, fev. 2002.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do stf*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. *Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação*. Disponível: <<http://www.esmpu.gov.br/criminosodiscriminar/documentos>> Acesso em: 24 set. 2008.

_____. *Estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada de 2002*. Pesquisa Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/default.jsp>>. Acesso em: 24 set. 2008.

_____. *Estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística*. Disponível: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/populacao_jovem_brasil/comentario1.pdf>. Acesso em: 24 set. 2008.

| | | | | | |
|---------------|-----------|------|------|------------|------|
| An. Sciencult | Paranaíba | v. 2 | n. 1 | p. 164-171 | 2010 |
|---------------|-----------|------|------|------------|------|