

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE COTAS PARA NEGROS INSTITUÍDOS NO BRASIL

A (IN) CONSTITUTIONAL QUOTA SYSTEM FOR BLACKS CREATED IN BRAZIL

Régis de Andrade Cardoso¹

Resumo: Este artigo trata da constitucionalidade do sistema de cotas instituído no Brasil que visa atribuir a população afro-brasileira um número de vagas nos cursos de graduação oferecidos pelas universidades brasileiras. É notória a represália sofrida pelos negros em tempos passados, motivo que gerou uma grande desigualdade entre eles e o branco em vários aspectos. Todavia, a Constituição Federal vigente não estabeleceu distinção no acesso a direitos referente a cor ou raça. Portanto, neste artigo procurou-se demonstrar se o referido sistema está de acordo com os preceitos constitucionais vigentes, bem como, se este se caracteriza como um privilégio ou equidade. Utilizou-se como procedimentos metodológicos a revisão bibliográfica, a qual sucedeu-se por meios de estudos em obras doutrinárias e periódicos que tratam do tema. Enfim, concluiu-se que o referido sistema é inconstitucional, pois viola o princípio da igualdade, bem como, caracteriza-se como um privilégio em face das pessoas que não são negras.

Palavras-chave: cotas, constituição, igualdade.

Abstract: This article deals with the constitutionality of the system of quotas instituted in Brazil that it aims at to attribute the population afro-Brazilian a vacant number in the courses of graduation offered by the Brazilian universities. The retaliation is well-known suffered by the blacks in passed times, reason that a great inequality between them generated and the whites in some aspects. However, the effective Federal Constitution did not establish distinction in the access the rights referring the color or race. Therefore, in this article it was looked to demonstrate if the cited system is in accordance with the effective rules constitutional as well as if this if characterizes as a privilege or equity. The bibliographical revision, was used as metody procedure which was succeeded by means of studies in periodic workmanship doctrinal and that they deal with the subject. At last it is, concluded that the cited system is unconstitutional, therefore viola the beginning of the equality, as well as is, characterized as a privilege in face of the people who are not black.

Key-Words: quotas, constitution, equality.

INTRODUÇÃO

Com o intuito de combater os efeitos persistentes do passado escravocrata brasileiro sobre a vida dos afro-descendentes, ganha força, no cenário político-jurídico nacional, o debate acerca das políticas públicas compensatórias, as chamadas ações afirmativas.

É notório que o negro, em tempos remotos, foi extremamente estigmatizado pelos brancos, principalmente os europeus que instituíram-se como a ‘raça superior’, fato que gerou tragédias inesquecíveis, como a Alemanha Nazista, e que, por sinal, ainda possui vestígios com a pregação de seus ideais por pequenos grupos espalhados pelo mundo.

Como consequência, o negro sofreu inúmeras dificuldades em se estabelecer no cenário mundial, principalmente no mercado das oportunidades, seja no trabalho, bem como, no acesso ao conhecimento difundido pelas universidades.

A fim de mudar este cenário, o Estado do Rio de Janeiro editou a Lei nº 3.708, instituindo cota de até 40% para os afro-brasileiros no acesso às

¹ Graduado em direito pela Universidade Paulista - UNIP, Campus Araraquara/SP (2003). Advogado. Pós-graduado em Tribunal do Júri pelo Instituto Brasileiro de Ciências Políticas e Jurídicas - IPOJUR. Mestrando em Teoria Geral do Estado e do Direito, pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha - UNIVEM, Marília/SP. E-mail: regisac@bol.com.br

universidades estaduais, fato este que subsidiou uma enorme discussão sobre a Constitucionalidade deste instituto, o qual, inclusive foi objeto de ADIn (Ação direta de inconstitucionalidade) pela Confederação Nacional dos Estudantes.

O cerne da discussão situa-se no fato de que a Constituição pátria garante à todos os brasileiros, natos ou naturalizados, direitos fundamentais a manutenção de uma vida digna, igualdade esta denominada de formal. Entretanto, existe ainda a igualdade material, na qual as pessoas devem ser tratadas com igualdade não apenas perante a lei, mas em todas as situações, com mutuo respeito.

Assim surge uma grande questão, o sistema de cotas é constitucional face o princípio da igualdade? Este sistema se caracteriza como equidade ou privilégio?

Portanto, em razão destes questionamentos, o presente artigo possui como objetivo geral discutir a constitucionalidade deste instituto, bem como, especificamente, adentrar em aspectos que subsidiem uma melhor compreensão do tema com análise do histórico da igualdade, bem como, o significado de princípios.

Para a realização deste estudo teórico, utilizou-se como procedimento metodológico a revisão bibliográfica, a qual sucedeu-se mediante análise de obras doutrinárias que tratam do tema discutido, bem como, de periódicos forenses.

1 PRINCÍPIOS – DENOMINAÇÃO E FINALIDADE

Antes de iniciar a arguição sobre o princípio da igualdade, torna-se de suma importância a elucidação sobre o significado de princípio. Dessa forma, conforme explica De Plácido e Silva a locução princípio, derivado do latim *principium*, é amplamente indicativo do começo ou da origem de alguma coisa. Notadamente, no plural significa as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, alicerce de alguma coisa.²

Exprimem, na verdade, um sentido mais relevante do que o da própria norma jurídica, atuando como a verdadeira razão fundamental de ser de um determinado bem ou direito.

Dessa forma, como toda ciência possui suas raízes concretas e abstratas, formadas, em grande parte por princípios, a Ciência Jurídica também possui inúmeros princípios que norteiam a atuação dos juristas com a interpretação das normas e soluções dos conflitos sociais.

Ressalta De Plácido e Silva que nesta acepção, os princípios jurídicos não são apenas os legalmente constituídos, mas todo o axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal.³

No tocante a juridicidade dos princípios, Bonavides explica que esta sucedeu-se por três fases: a jusnaturalista, a positivista e pós-positivista.⁴ Na fase jusnaturalista, os princípios eram considerados direitos estabelecidos por Deus ou ditados pela razão humana, com dimensão ético-valorativa que fundamentam o Direito Positivo. No entanto, em razão desses princípios terem sido inseridos num plano abstrato, a sua normatividade passou a ser duvidosa.

Na fase denominada positivista, Bonavides leciona que os princípios passaram a ingressar nos Códigos como fonte subsidiária, ou seja, como fundamentos do Direito Positivo derivados do próprio Direito.⁵

² DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005; p. 55

³ _____; p. 93.

⁴ BONAVIDES, P. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998; p. 37

⁵ _____; p. 39.

Por fim na fase pós-positivista, ocorreu uma aproximação do Direito com a ética, onde os valores foram considerados como fundamentos abstratos de uma razão subjetiva, compartilhados por toda uma determinada comunidade.

Genericamente, os princípios durante toda sua transição, consoante o exposto por Bonavides, demonstraram sua fundamental importância na interpretação de uma norma que rege uma determinada nação, seja esta de cunho Constitucional ou qualquer outro, de acordo com os costumes e forma de governo que rege um determinado território, tornando-se verdadeiras diretrizes normativas e hermenêuticas.⁶

2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE – DENOMINAÇÃO

Primeiramente, a igualdade pode ser conceituada como “um valor constante das ideologias e teorias políticas, um valor supremo de uma convivência ordenada, feliz e civilizada e, portanto, por um lado, como aspiração perene dos homens vivendo em sociedade [...]”⁷

No tocante à Constituição Brasileira de 1988, nota-se a existência de três tipos e igualdade, ou melhor, três formas de se entender a igualdade: pelo ponto de vista formal, como objetivo da República Brasileira e pela óptica material.

O primeiro artigo necessário de ser transcrito é o artigo 5º da Constituição Federal, conhecido pelo artigo que estabelece os direitos fundamentais intangíveis:

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 segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...];

XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; [...]

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei.⁸

Percebe-se claramente a adoção do princípio da igualdade perante a lei, ou seja, sob o ponto de vista formal. Em outro sentido, o artigo 3º, estabelece os objetivos fundamentais da República, os quais se destacam:

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

[...]

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.⁹

Já em relação ao aspecto material da igualdade, este se encontra presente no artigo 7º, que estabelece os direitos dos trabalhadores, fazendo distinções entre os trabalhadores rurais, urbanos, das gestantes e das empregadas domésticas. Situa-se também no título sobre a ordem econômica estabelecendo tratamento

⁶ _____; p. 41

⁷ BOBBIO, N. A era dos direitos. 11. Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992; p. 11.

⁸ (BRASIL, Constituição Federal de 1988, p. 2).

⁹ (BRASIL, Constituição Federal de 1988, p. 1).

diferenciado a pequenas empresas e aos consumidores, bem como, na ordem social, onde dedica capítulo exclusivo aos povos indígenas determinando princípios diferenciados e protetivos.

Lenza chama a atenção para que o intérprete não atenha apenas à igualdade formal, consagrada pelo Liberalismo Clássico, mas sim, a igualdade material, uma vez que a lei deve tratar os igualmente iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.¹⁰

Tal afirmação decorre, em virtude de que na atualidade o Estado Social, responsável pela efetivação dos direitos humanos e fundamentais, bem como, pela reestruturação de tais, quando violados ou ameaçados de violação, deve buscar uma igualdade material entre as pessoas, deixando de se pautar apenas na formalizada pela lei.

Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas em detrimentos para os atingidos.¹¹

Assim, para melhor compreender essa igualdade material que Lenza (2007) dispõe como dever ao intérprete, torna-se crucial a análise do surgimento deste princípio no Brasil e no mundo.¹²

A) EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Para dar início à análise do princípio da igualdade, o qual se destina estritamente à forma de tratamento dos indivíduos, torna-se necessário estudar a evolução da concepção de Estado, destacando-se três fases: a liberal, a social e a neoliberal.

Segundo Pandolfi (2007), a ideia de que o ser humano é, antes de tudo, um indivíduo, resume o núcleo básico do ideário liberal, constituindo o individualismo como um valor maior, passando o Estado a ser considerado um mal necessário.¹³

O Estado Liberal aboliu os privilégios da nobreza, desconstruindo a visão hierarquizada da sociedade conferindo espaço para uma ideologia que pregava a plena realização das capacidades individuais e a contenção do poder do Estado por instrumentos normativos. Os historiadores consideram que esse ato representou um momento decisivo, pelo menos simbolicamente,

¹⁰ LENZA, P. Direito constitucional esquematizado. 11 ed. São Paulo: Método, 2007; p. 63

¹¹ MELLO, C. A. B. de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2004; p. 18

¹² LENZA, P. Direito constitucional esquematizado. 11 ed. São Paulo: Método, 2007; p. 65

¹³ PANDOLFI, Sandro Ziccarelli. As cotas raciais para o acesso a universidade e o princípio da igualdade da CF/88. In: Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano. Biblioteca Jurídica Virtual del Investigaciones Jurídica de la UNAM. Disponível em: < www.juridicas.unam.mx.> Acesso em 20 jun. 2009.

marcando o fim de uma época e o início de outra, indicando uma nova etapa na história do gênero humano.¹⁴

Nesta época, o Estado limitava-se apenas a instituir direitos e deveres, bem como organizar-se, sem interferir na esfera individual das pessoas, pois o Estado tinha que abster-se praticar atos que implicassem em diminuição da liberdade dos indivíduos. Destaca-se que na vigência do Estado Liberal foram consagrados os direitos de 1ª geração traduzindo-se em direitos civis e políticos, valorizando a liberdade.

A Revolução Gloriosa (1689), a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776), a Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) são frutos das ideias jusnaturalistas, justificadas por pensadores liberais, entre os quais destacamos Hobbes, John Locke, expoente máximo do pensamento contratualista, e Rousseau. Esses eventos supracitados se associam diretamente ao Estado liberal e ao início do constitucionalismo moderno.¹⁵

Nesse sentido, Pandolfi (2007) afirma que a desigualdade social não chegava a ser uma questão fundamental para os pensadores liberais, pois o fundamental apoiava-se na igualdade de todos perante a lei, acreditando-se que se a igualdade jurídico-formal fosse assegurada a responsabilidade recairia na capacidade de cada um.¹⁶

Todavia, como o ideário do Estado Liberal concentrava-se na concepção burguesa, a qual pretendia massificar a classe operária em prol dos lucros que obtinham com o comércio e com a indústria, motivo pelo qual não admitiam a interferência do Estado na vida dos indivíduos, estes começaram a perceber que esta concepção não atendia seus anseios, mas apenas os dos idealizadores.

Neste contexto, os operários passam a exigir a presença do Estado para regular as relações de trabalho e efetivar os direitos que estavam apenas descritos na lei, gerando, como consequência, o abandono da concepção liberatista, surgindo assim, o Estado Social.

Nesta nova fase, denominada constitucionalismo social, as Constituições foram prestigiadas com os chamados direitos de segunda geração, quais sejam: os direitos sociais, culturais e econômicos concernentes às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura e à previdência. Foram acrescidos também os direitos de terceira geração, quais sejam: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação; e os direitos de quarta geração, que consistem no direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Foi justamente esta nova

¹⁴ BOBBIO, N. A era dos direitos. 11. Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992; p. 85

¹⁵ BARROSO, L. R. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de atualização jurídica, vol.I, n.6, setembro, 2001b. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/>. Acesso em 25 de maio 2009.

¹⁶ PANDOLFI, Sandro Ziccarelli. As cotas raciais para o acesso a univeridade e o princípio da igualdade da CF/88. In: Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano. Biblioteca Jurídica Virtual del Investigaciones Jurídica de la UNAM. Disponível em: <www.juridicas.unam.mx> Acesso em 20 jun. 2009

compreensão que possibilitou o surgimento do conceito de igualdade material. A igualdade deixou de ser a igualdade jurídico-formal do liberalismo para se transformar na igualdade material da nova forma de Estado.¹⁷

No entanto, destaca Pandolfi (2007) que a década de 70 foi marcada por uma profunda recessão, combinando baixas taxas de crescimento com elevada taxa de inflação mundial.¹⁸

A partir daí, as ideias neoliberais começaram a ganhar terreno, pois afirmavam que a crise era consequência do excessivo poder dos sindicatos, pois as reivindicações salariais, aliadas aos gastos sociais, haviam comprometido a acumulação capitalista.

Bonavides (1998) afirma que a Constituição de 1988 é basicamente, em muitas de suas dimensões essenciais, uma Constituição do Estado social, embora os princípios constitucionais demonstrem ideais neoliberais.¹⁹

Dessa forma, Pandolfi (2007) afirma que duas noções de igualdade estão postas: de um lado a igualdade formal, idealizada pelo liberalismo, exigindo uma postura negativa do Estado em abster-se de praticar qualquer ato (administrativo ou legal) que vise a desequiparação. Do outro lado, encontra-se a igualdade material, fruto do Estado social, impondo uma conduta positiva ao Estado, no sentido de promover uma igualdade fática.²⁰

“O Estado social brasileiro é, portanto, de terceira geração: um Estado que não concede direitos sociais básicos, mas os garante”²¹

Tal garantia refere-se ao fato da Constituição vigente enumerar, em seu corpo legislativo, inúmeros direitos que, se efetivados, proporcionam uma condição de vida digna e saudável aos cidadãos brasileiros.

3 AÇÕES AFIRMATIVAS

As ações afirmativas, segundo Menezes (2001), possuem raízes na Índia da década de 1940, país onde foi implementado o primeiro sistema de cotas em benefício de representantes de castas inferiores no parlamento, antes ocupado somente pelos considerados como pertencentes a castas superiores.²²

Nos Estados Unidos, as ações afirmativas surgiram nos anos 60 a partir dos projetos elaborados pelos presidentes democratas John Fitzgerald Kennedy e Lyndon Johnson e fundamentavam-se na necessidade de promoção da igualdade entre brancos e negros e consistia em estímulos as

¹⁷ BONAVIDES, P. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998; p. 341, 522 e 524

¹⁸ PANDOLFI, Sandro Ziccarelli. As cotas raciais para o acesso a universidade e o princípio da igualdade da CF/88. In: Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano. Biblioteca Jurídica Virtual del Investigaciones Jurídica de la UNAM. Disponível em: < www.juridicas.unam.mx.> Acesso em 20 jun. 2009.

¹⁹ BONAVIDES, P. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998; p. 350

²⁰ PANDOLFI, Sandro Ziccarelli. As cotas raciais para o acesso a universidade e o princípio da igualdade da CF/88. In: Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano. Biblioteca Jurídica Virtual del Investigaciones Jurídica de la UNAM. Disponível em: < www.juridicas.unam.mx.> Acesso em 20 jun. 2009

²¹ BONAVIDES, P. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998; p. 338.

²² MENEZES, P. L. A ação afirmativa (Affirmative Action) no Direito Norte Americano. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2001.

firmas que incrementassem as oportunidades para as minorias raciais. Surgia, então, a expressão, mais tarde consagrada, “ação afirmativa”. Contribuiu para a estruturação desta ação o movimento negro norte-americano, que crescera assustadoramente, até que em 29 de agosto de 1963, 250 mil negros chegaram a Washington na “Marcha sobre Washington por empregos e liberdade”; culminando com a promulgação da Lei dos Direitos Civis de 1964.²³

No tocante a garantia dos direitos inseridos na Constituição pátria, conforme destacado por Bonavides (1998) esta sucede-se mediante as denominadas “ações afirmativas, as quais visam promover não apenas a igualdade formal, mas sim, a material.”²⁴

No Brasil a adoção de políticas afirmativas como política de Estado, iniciou-se no governo Vargas, pois em 1940, com o advento da CLT, as mulheres ganharam benefícios legais, sendo, portanto, protegidas pelo ordenamento jurídico.

Porém, só durante o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso é que se passou a colocar em pauta o debate das ações afirmativas e da discriminação racial. Em 1995, segundo Silva et al. (2001), o presidente da república, Fernando Henrique Cardoso, afirma publicamente que o Brasil não era uma democracia racial e anunciou a sua intenção de desenvolver um programa “para valorização da população negra”.²⁵

Este fato se torna importante, pois, o alto posto do poder executivo no país passa a reconhecer a existência da desigualdade e da discriminação racial, se comprometendo, publicamente, em trabalhar a favor da população negra.

Neste sentido, Silva et al. (2001), afirmam que são dados os primeiros passos para uma nova fase, quando, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso (1996-1997), criou-se o Grupo de Trabalho Interministerial para a Valorização da População Negra (GTI) e o Grupo de Trabalho para a Eliminação da Discriminação no Emprego e na Ocupação (GTDEDEO) e o lançamento do Programa Nacional de Direito Humanos.²⁶

Assim, surgem as “ações afirmativas”, ou seja, medidas de compensação que visam assegurar àqueles que tiveram restrições a direitos por um período histórico significativo, atinjam, pelo menos em parte, uma igualdade de oportunidade com os outros indivíduos que não sofreram restrições.

Gomes (2001), em seu livro “Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade”, explica:

Inicialmente, as ações afirmativas se definiam como um mero “encorajamento” por parte do Estado a que as pessoas com poder decisório nas áreas pública e privada levassem em consideração, nas suas decisões relativas a temas sensíveis como o acesso à educação e ao mercado de trabalho, fatores até então tidos como formalmente irrelevantes pela grande maioria dos responsáveis políticos e empresariais, quais sejam, a raça, a cor,

²³ SANTOS, J. P. de F. Ações Afirmativas e igualdade racial: a contribuição do direito na construção de um Brasil diverso. São Paulo: Loyola, 2005; p. 38.

²⁴ BONAVIDES, P. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998; p. 345

²⁵ SILVA, J. da.; YANNOULAS, S. C.; VOGEL, V. L. O; VOGEL, A. Trabalhando com a diversidade no planfor: raça/cor, genero e pessoas portadoras de necessidades especiais. São Paulo:UNESP; Brasília,D F.: FLACSO, 2001, c2000. p. 149.

²⁶ _____; p. 150.

o sexo, e a origem nacional das pessoas. (...) Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate 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 como a educação e o emprego.²⁷

Na mesma linha do pensamento de Gomes, se posiciona o jurista 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, patogenicia física/psicológica, etc.²⁸

De acordo com Piovesan (2002) as ações afirmativas constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade entre as minorias étnicas e raciais e outros grupos que não integram esta categoria de pessoas.²⁹

Diante de tais conceitos, é possível extrair algumas características marcantes que demonstrem o real sentido destas ações.

No que tange ao seu aspecto formal, estas podem ser realizadas por medidas, iniciativas, políticas, bem como, por meros incentivos. Quanto a sua promoção, esta pode suceder-se tanto pelo Estado como pela iniciativa privada. Já em relação aos destinatários, são em regra, um grupo de pessoas que comporta uma mesma característica, seja ela sexual, racial, religiosa, que implicam um desfavorecimento dentro das relações sociais, derivadas de causas não justificadas.

No entanto, o mais conhecido e, ao mesmo tempo, mais polêmico tipo de ação afirmativa é o sistema de cotas, que consiste em estabelecer um determinado percentual a ser ocupado em determinada área por um ou mais grupos definidos.

4 O SISTEMA DE COTAS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

As cotas foram instituídas no Brasil, segundo Lenza (2007) pelas leis do Estado do Rio de Janeiro nº 3.524/00, 3.708/01 e 4.061/03, as quais reservaram, do total das vagas em todo os cursos das universidades fluminenses, no mínimo 50% para alunos, candidatos ao vestibular, que cursaram o ensino fundamental e médio em escolas públicas municipais ou estaduais, e, desse percentual 40%, no mínimo para aos candidatos que, no ato da inscrição, se declararem negros ou pardos.³⁰

²⁷ GOMES, J. B. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade. Rio de Janeiro : Renovar, 2001; p. 39 e 40.

²⁸ CRUZ, A. R. de S. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 185.

²⁹ PIOVESAN, F. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002; p. 38.

³⁰ LENZA, P. Direito constitucional esquematizado. 1.1 ed. São Paulo: Método, 2007; p. 27.

Todavia, no dia 19/3/03, a Confederação Nacional dos estabelecimentos de Ensino (COFENEN) ajuizou a ADIn. nº 2858 com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade de alguns dispositivos das referidas leis.

Consoante o argumento da COFENEN, com a aplicação da três leis aos vestibulares de acesso às universidades públicas do Rio de Janeiro, os candidatos que não se declarem negros ou pardos e que não tenham cursado em escola pública municipal ou estadual só poderão concorrer a 30% das vagas oferecidas (Notícias STF, 20.3.2003).

O parecer do Procurador Geral da República foi pela inconstitucionalidade das leis por invasão de competência legislativa privativa da União sobre diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV), e ainda, por se tratar o assunto de competência concorrente da União, devendo esta estabelecer as normas gerais (art. 24, IX).

Infelizmente, o STF não se posicionou sobre o assunto, tendo em vista a revogação das referidas leis pelo art. 7º da Lei estadual do Rio de Janeiro nº 4.151 de 5.9.2003, ficando a ADIn sem objeto.

Neste contexto, ante a problemática do sistema de cotas o Governo Federal, através da Medida Provisória 213/04 instituiu o PROUNI – Programa Universidade Para Todos, que foi regulamentado pelo Decreto nº 5.245/04. A medida provisória foi convertida na lei 11.096/05, a qual foi alterada pela Lei 11.128/05.

Enfim, não obstante a arguição sobre o surgimento da polêmica questão que envolve o sistema de cotas e a suposta violação ao princípio da igualdade, tal discussão reside na contextualização das ações afirmativas, inseridas pela própria Constituição de 1988 junto aos princípios constitucionais. Em outras palavras, quando uma norma estabelece uma discriminação positiva, esta, por sua vez, deve visar, como finalidade, à harmonia com valores constitucionais.

É claro que “a utilidade de critérios gerais para a aferição da constitucionalidade é imensa, pois poderá, com margem razoável de segurança, afastar a possibilidade da adoção de cotas com parâmetros arbitrários”.³¹

Além disso, é preciso debater sobre as discriminações lícitas e seus critérios de adoção, estabelecer algumas premissas que estão sendo utilizadas para compreensão do fenômeno.

Em primeiro lugar, as doutrinas igualitárias, e os pensadores que defendem a igualdade, compreendem o homem não só como indivíduos e sim, pensam especialmente o homem como *genus* ou seja, pensam os homens não pelas características que os diferenciam e sim as características que o tornam pertencentes a um único gênero. Ao passo que as doutrinas liberais pensam os homens pelas suas diferenças e não pelo que os tornam iguais.³²

Deve-se ter em mente que a sociedade contemporânea é uma sociedade que valoriza juridicamente a multiculturalidade, não é de outro modo que se pode inferir da Constituição Federal Brasileira:

³¹ ATCHABAHIAN, S. Princípio da igualdade e ações afirmativas. São Paulo: RCS Editora, 2004; p. 28.

³² BOBBIO, N. A era dos direitos. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992; p. 307.

Artigo 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. [...]

§1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.³³

Por fim, é preciso fazer duas distinções importantes: o que é privilégio e o que é a equidade? Por meio destas distinções, é possível entender se as ações afirmativas são compreendidas sob o prisma do privilégio ou da igualdade.

Na aplicação da regra da justiça ao caso concreto podem ocorrer dois casos anômalos: a equidade, entendida como adaptação da norma ao caso singular, que não permite uma perfeita equiparação com os casos previstos, e o privilégio, entendido como isenção de um dever geral ou atribuição de um direito particular a uma pessoa ou categoria singular. A primeira permite corrigir uma possível desigualdade que resultaria da aplicação rígida da normal geral, e portanto não viola a regra de justiça. O segundo introduz uma desigualdade não prevista, e portanto viola a regra de justiça.³⁴

Segundo Mello (2004), se a desequiparação atingir um critério diferencial que singularize a pessoa, ou seja, não esteja em consonância com os princípios da generalidade e abstração, ou a norma adotar um fator diferencial que não resida na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada, viola o princípio da isonomia.³⁵

Assim, quando se institui um sistema que apresente um critério extremamente individualista, fundado em concepções que não se encontrem de acordo com o real sentido da norma constitucional pátria, caracteriza-se, na verdade, uma violação ao próprio sentido de igualdade.

Adotar um sistema para assegurar direito a jovens afro-brasileiros de ingressarem em uma universidade com vagas já reservadas, é sim instituir uma política discriminatória face a população branca.

Em primeiro lugar, por mais que os negros foram estigmatizados no passado pela percepção europeia, nazista de que os brancos era uma “raça superior”, hoje, o Brasil, considerado como um país que possui uma das maiores diversidades culturais do mundo, principalmente no aspecto religioso, caracteriza-se como um ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO onde todos os brasileiros, sejam natos ou naturalizados, possuem direitos e deveres para com a nação.

Sendo assim, o direito ao acesso às universidades é um direito de todos, independente de sua cor, raça, descendência ou origem, pois falar em sistema de cotas é abolir a universalidade da educação, instituída constitucionalmente.

Da forma como estão sendo colocadas as cotas para negros, caracteriza-se um grande desmerecimento a estas pessoas que, hoje, possuem as mesmas condições de um branco de ingressarem em uma universidade, pois a informação está cada vez mais fácil seja pelo meio impresso ou pela internet.

³³ BRASIL, Constituição Federal de 1988, p. 10.

³⁴ BOBBIO, N. A era dos direitos. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992; p. 312.

³⁵ MELLO, C. A. B. de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004; p. 63.

A diferença é o ânimo de uma sociedade. A igualdade no seu aspecto material deve ser assegurada, sim, aos necessitados das políticas públicas essenciais à própria manutenção da dignidade da pessoa humana, tratando, assim, os desiguais na medida de sua desigualdade.

O debate sobre as diferenças relevantes ou irrelevantes que permitem julgar se uma desigualdade é justificada ou não, em outras palavras, se uma desigualdade justifica ou legitima uma discriminação, constitui a ponte que faz a passagem do conceito puramente formal de igualdade. Trata-se da passagem da regra de justiça aos critérios de justiça. (...) O problema seria enormemente simplificado se todos os homens fossem iguais em tudo, como se afirma que são, embora apenas em sentido metafórico, duas bolas de bilhar ou duas gotas de água. Nesse caso bastaria um único critério: “A todos a mesma coisa”. Não seria necessário dividi-los em categorias segundo as suas diferenças e todos pertenceriam a uma única categoria. Em um universo em que todos os elementos pertencem à mesma categoria, a regra de justiça “é preciso tratar os iguais de modo igual” esgota o problema da justiça. Basta para solucionar o problema, e não é necessário recorrer a critérios de diferenciação que são o pomo da discórdia, e deram origem às seculares disputas sobre o modo de distribuir ônus e bônus: cada um desses critérios, de fato, divide os homens de diferentes modos e a adoção de um ou de outro deve-se a juízos de valor dificilmente comparáveis entre si e sobre os quais é difícil pôr-se de acordo. Mas os homens não são iguais em tudo, são iguais e desiguais, e nem todos são igualmente iguais ou igualmente desiguais. Aqueles que são iguais com base em um critério podem ser desiguais com base em outro critério e vice-versa.³⁶

Consoante Bobbio explica, seria muito fácil instituir o sistema como solução do problema da discriminação negativa que o afro-brasileiro passou ou ainda passa. A discriminação dessa gente trata-se de percepção, ou seja, os valores que as pessoas ainda escolhem para formarem-se como seres humanos, valores que são impostos pelo meio que elas se encontram.

Nesse sentido, encontra-se o posicionamento de Jaccoud e Beghin (2002):

[...] outra linha argumentativa sustenta que qualquer iniciativa que busque diminuir os efeitos da discriminação racial por meio de medidas de privilégio racial inverteria a questão sem resolvê-la. Esse esforço configuraria uma discriminação “ao contrário”, mas igualmente odiosa, como qualquer forma de discriminação.³⁷

Portanto, instituir um sistema de cotas para uma categoria de pessoas não irá resolver um problema enraizado na sociedade, que se trata da desigualdade material dos afro-brasileiros. Uma mudança da percepção das pessoas sobre o que é ser um ser humano, o que representa a diferença existente entre eles, bem como, a necessidade dessas diferenças poderia contribuir para amenizar a percepção discriminatória sobre a população negra.

³⁶ BOBBIO, N. A era dos direitos. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992; p. 315.

³⁷ JACCOUD, L.; BEGHIN, N. Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental. Capítulo 4 e 5. Brasília: IPEA, 2002. p. 151.

Conforme preceitua Capra (1982), trata-se de uma crise de percepção que precisa de uma revolução cultural para que as pessoas possam respeitar mais as diferenças existentes entre elas.³⁸

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, o sistema de cotas pode ser caracterizado como inconstitucional por violar o princípio da igualdade entre as pessoas devidamente elencado pela Magna Carta Brasileira. Instituir um sistema de privilégios para uma categoria de pessoas caracteriza uma verdadeira discriminação negativa face entre negros e brancos.

Ademais, atualmente o negro vem conquistando seu espaço sem precisar de privilégios, senão vejamos, o presidente da maior potência mundial, no caso os Estados Unidos da América, é negro, no Brasil o ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, e no cinema, grandes astros, como Will Smith, dentre outros.

Enfim, é preciso instituir uma sociedade mais justa, tolerante, equânime, onde todos são iguais, independente de sua cor ou raça, pois a raça humana é uma só.

REFERÊNCIAS

ATCHABAHIAN, S. *Princípio da igualdade e ações afirmativas*. São Paulo:

RCS Editora, 2004.

BARROSO, L. R. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de atualização jurídica, vol.I, n.6, setembro, 2001b. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/>. Acesso em 25 de maio 2009.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. 2.d. Rio de Janeiro: Campus, 2000. 717p.

_____. *Igualdade e liberdade*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho 5.ed. Rio de Janeiro: Edipro, 2002. 96p.

BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

CAPRA, F. *O ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 1982.

CRUZ, A. R. de S. *O direito à diferença : as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 288p.

³⁸ CAPRA, F. *O ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 1982, p. 23.

- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GOMES, J. B. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.
- JACCOUD, L.; BEGHIN, N. *Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental*. Capítulo 4 e 5. Brasília: IPEA, 2002. 151p.
- LENZA, P. *Direito constitucional esquematizado*. 11 ed. São Paulo: Método, 2007.
- MELLO, C. A. B. de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros.2004.
- MENEZES, P. L. *A ação afirmativa (Affirmative Action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2001.
- PANDOLFI, Sandro Ziccarelli. As cotas raciais para o acesso a univridade e o princípio da igualdade da CF/88. In: *Anuário de derecho constitucional latinoamericano. Biblioteca Jurídica Virtual del Investigaciones Jurídica de la UNAM*. Disponível em:< www.juridicas.unam.mx.> Acesso em 20 jun. 2009.
- PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- SANTOS, J. P. de F. *Ações afirmativas e igualdade racial: a contribuição do direito na construção de um Brasil diverso*. São Paulo: Loyola, 2005.
- SILVA, J. da.; YANNOULAS, S. C.; VOGEL, V. L. O; VOGEL, A. *Trabalhando com a diversidade no planfor: raça/cor, genero e pessoas portadoras de necessidades especiais*. São Paulo:UNESP; Brasília,D F.: FLACSO, 2001, c2000. 149 p.

Recebido em: 29 de maio de 2010

Aceito em: 12 de outubro de 2010

