

O princípio da igualdade e as cotas raciais no Brasil

André Vinícius Carvalho Meira¹

Resumo:

Este artigo tem o objetivo de analisar o sistema de cotas raciais no Brasil sob a ótica do princípio da igualdade, buscando deixar claro que é difícil demonstrar a existência de uma conexão lógica plausível entre o tratamento desigual criado por tal política e o critério da raça. Para tanto, serão estudados os principais argumentos que tentam justificar tal sistema de ação afirmativa.

Palavras-chave: princípio da igualdade; cotas raciais; critério da raça; conexão lógica

¹ Graduando em Direito pela UFJF

Abstract:

This article aims to analyze the racial quota system in Brazil from the perspective of the principle of equality, seeking to make clear that it is hard to demonstrate the existence of a plausible and logical connection between the unequal treatment created by such policy and the criterion of race. To this purpose, the main arguments that try to justify such affirmative action system will be studied.

Keywords: principle of equality; racial quotes; criterion of race; logical connection

1. Introdução

As cotas raciais estão, atualmente, no centro das discussões políticas e jurídicas no Brasil. Muito embora não haja ainda lei federal regulando o tema, dois projetos de lei que versam sobre a questão já tramitam no congresso nacional: o estatuto da igualdade racial² e a lei de cotas³. No entanto, a falta de lei regulamentando a matéria não impediu até agora que universidades públicas de todo Brasil passassem a adotar sistemas de preferência racial nos seus processos seletivos. Com isso, alguns segmentos da sociedade se mobilizaram contra as cotas raciais, de modo que, hoje, várias ações⁴ que contestam tais políticas já chegaram ao Supremo Tribunal Federal, que está prestes a iniciar o julgamento sobre a sua constitucionalidade.

O país vive, portanto, um momento muito importante, pois está decidindo sobre uma questão que pode ter inúmeras repercussões sociais. Mais especificamente, o problema das cotas raciais traz também muitos problemas para o mundo jurídico, já que coloca à prova os limites do princípio da igualdade, o que será mais bem explicado no decorrer deste estudo.

Todas essas circunstâncias influenciaram sobremaneira na escolha das cotas raciais como o tema a ser discutido neste artigo, o qual tentará dar sua contribuição para o esclarecimento dessa questão tão controversa tanto no meio jurídico quanto na sociedade.

Para uma melhor compreensão do estudo ora realizado, deve-se deixar claro o específico objeto que se pretende aqui investigar, visto ser vasta a quantidade de diferentes abordagens a que esse tema pode dar ensejo.

Nesse sentido, é importante enfatizar que o objetivo deste estudo é evidenciar que, no Brasil, as cotas raciais colocam à prova os limites do princípio da igualdade, sendo difícil, através de seus argumentos de justificação mais comumente usados, demonstrar uma conexão lógica plausível entre o tratamento desigual por elas instituído e o elemento “raça”, usado como o critério de discriminação.

Não se pretende lidar aqui com qualquer específico sistema de preferência racial para ingresso em universidades públicas. Pelo contrário, a idéia central do artigo é analisar o fenômeno das cotas raciais no Brasil como um todo, sem se ater às especificidades do sistema adotado por cada universidade. Isso não obstará, contudo, que alguns casos de aplicação concreta de cotas raciais sejam mencionados ao longo do texto a título de exemplo.

Deve-se ressaltar ainda que, embora seja possível questionar a constitucionalidade

² Projeto de Lei N.º 6.264/05, proposto pelo Senador Paulo Paim (PT-RS).

³ Projeto de Lei da Câmara N.º 180/08, proposto pela Deputada Federal Nice Lobão (DEM-MA)

⁴ Talvez a ação mais conhecida seja a ADPF 186, movida pelo partido político Democratas em 2009 e que contesta a constitucionalidade do sistema de cotas adotado pela Universidade de Brasília (UnB)

das cotas raciais com base em diversos princípios expressos em nossa Constituição⁵, o objeto da análise do presente artigo se restringe ao cotejo das cotas raciais face ao princípio da igualdade, cuja cláusula geral está presente no *caput* do artigo 5^o⁶ de nossa Carta Magna.

Os resultados desta investigação serão mostrados nos tópicos seguintes, estruturando-se da seguinte forma: primeiramente, será feita uma análise sobre o princípio da igualdade, onde se procurará explicar suas origens, desenvolvimentos históricos e principalmente seus limites; em seguida, se abordará especificamente o fenômeno da cotas raciais no Brasil, buscando-se explicitar seus objetivos e os problemas que trazem ao princípio isonômico; posteriormente, se analisará, com as devidas críticas, os principais argumentos que pretendem justificar as cotas raciais com base na isonomia; e, finalmente, serão feitas, no último tópico, as considerações finais e conclusivas sobre o estudo.

2. O princípio da igualdade

A Constituição Federal brasileira de 1988 prevê a chamada cláusula geral do princípio da igualdade no *caput* de seu artigo 5^o, onde se lê que “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]*”. É muito significativo que tal disposição apareça encabeçando a lista dos direitos fundamentais e não mais, como ocorria em antigas constituições, como apenas mais um direito individual. Isso nos revela que o constituinte de 1988 pretendeu colocar a isonomia como um verdadeiro princípio informador e condicionador de todos os direitos⁷. Como diz Celso Ribeiro de Bastos, “*a igualdade é, portanto, o mais vasto dos princípios constitucionais, não se vendo recanto onde ela não seja impositiva*” (1998, p.183).

Não obstante a grande importância da isonomia nos ordenamentos jurídicos de praticamente todos os países democráticos da atualidade, deve-se ressaltar que o verdadeiro conteúdo desse princípio sofreu historicamente grandes transformações, gerando até hoje dificuldades de interpretação.

Pode-se situar historicamente a origem do direito à igualdade na Revolução Francesa⁸. Através dela, a burguesia conseguiu finalmente derrubar os privilégios feudais do clero e da nobreza, dando origem a uma sociedade que não mais admitia a discriminação com base no nascimento⁹. O artigo 1^o da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão afirmava que os homens nasciam livres e *iguais em direito*. Assim, o princípio da igualdade surgia com um caráter essencialmente negativo, objetivando impedir privilégios

⁵ Como exemplo, pode-se citar o princípio meritocrático, previsto no artigo 208, inciso V e o direito universal à educação, expresso no artigo 205.

⁶ “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]*”.

⁷ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Constitucional*, 1998, p. 183.

⁸ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Constitucional*, 1998, p. 180.

⁹ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Constitucional*, 1998, p. 181.

e perseguições. Tratava-se, portanto, de uma igualdade nitidamente formal¹⁰ que partia do pressuposto de que todos os indivíduos tinham as mesmas possibilidades de evoluir dentro da sociedade, desde que o Estado não privilegiasse nem perseguisse qualquer grupo. Celso Ribeiro de Bastos definiu muito bem essa situação, afirmando que se tratava de uma igualdade “*de ponto de partida*” (1998, p.183).

Contudo, com o passar do tempo e o aumento das demandas sociais por melhores condições de vida e trabalho, o conceito de igualdade foi aperfeiçoado, passando a enfatizar uma igualdade fática entre os indivíduos, não meramente jurídico-formal. Com isso, desenvolveu-se, por exemplo, o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor, que objetivam, através da proteção à parte mais fraca da relação jurídica, estabelecer uma real situação de igualdade, inexistente na sociedade. Trata-se aqui da igualdade material que, deve-se ressaltar, foi bastante promovida em nossa atual constituição¹¹, que “*reforça o princípio com muitas outras normas sobre a igualdade, buscando a igualização dos desiguais pela outorga de direitos substanciais*” (SILVA, 2001, p. 214).

Outra questão importante que se deve abordar para a devida compreensão do tema diz respeito à terminologia adotada por nossa constituição, assim como por diversas outras, para enunciar a cláusula geral do princípio da igualdade, qual seja, a formulação “*iguais perante a lei*”. Essa expressão foi entendida historicamente como um dever de *igualdade na aplicação do direito*¹². Assim, tal dever diria apenas que as leis devem ser aplicadas tal como são a todos aqueles a que se destinam, sem perseguições ou privilégios¹³. Essa compreensão está, contudo, ultrapassada, tendo sido alvo de críticas por ilustres pensadores do Direito. Robert Alexy, por exemplo, diz que “o dever de igualdade na aplicação da lei exige apenas aquilo que já é de qualquer forma aplicável se as normas jurídicas são válidas” (ALEXY, p.394). Hans Kelsen, por sua vez, afirma que o problema da igualdade perante a lei se reduz ao princípio da regularidade da aplicação da lei em geral e ao princípio da legalidade da aplicação das leis¹⁴.

Desse modo, em decorrência da pobreza dessa interpretação literal da expressão “*iguais perante a lei*”, a doutrina brasileira já consagrou o entendimento de que ela não se dirige somente ao aplicador do direito, mas também e principalmente ao legislador¹⁵.

¹⁰ Cf. SILVA, José Afonso de, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2001, p. 217.

¹¹ Cf. LENZA, Pedro, *Direito Constitucional Esquemático*, 2010, p. 751-752. O autor enumera diversas hipóteses em que a própria constituição se encarrega de aprofundar a regra da isonomia material: “a) art. 3º, I, III e IV; b) art. 4º, VIII; c) art. 5º, I, XXXVII, XLI e XLII; d) art. 7º, XX, XXX, XXXI, XXXII e XXXIV; e) art. 12, § 2º e 3º; f) art. 14, caput; g) art. 19, III; h) art. 23, II e X; i) art. 24, XIV; j) art. 37, I e VIII; k) art. 43, caput; l) art. 146, III, d; m) art. 150, II; n) art. 183, § 1º, e art. 189, parágrafo único; o) art. 2003, IV e V; p) art. 206, I; q) art. 208, III; r) art. 226, § 5º; s) art. 231, § 2º etc.”

¹² Cf. ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 393.

¹³ Cf. ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 394.

¹⁴ Cf. KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, p. 158.

¹⁵ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, p. 9-10.

Existe, portanto, um dever de igualdade na criação do direito, que exige que se tratem igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, conforme notória e tantas vezes repetida máxima aristotélica.

Embora excessivamente vaga, a referida afirmação de Aristóteles nos revela algo muito importante, isto é, que “o enunciado geral de igualdade, dirigido ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma” (ALEXY, p. 397). Pelo contrário, quando houver situações substancialmente distintas, elas merecerão tutelas diferenciadas do legislador, sob pena de se ofender o próprio princípio da igualdade.

Contudo, a grande questão que se coloca (e, talvez, este seja o ponto mais sensível desta análise) é saber quais são os critérios juridicamente legítimos que permitem a discriminação de pessoas e situações, ou, ainda, quais seriam as discriminações juridicamente intoleráveis¹⁶.

Robert Alexy, em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, nos oferece um caminho para a solução desse problema. Ele cita a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha sobre essa questão, que diz assim:

Uma diferenciação arbitrária ocorre se não é possível encontrar um **fundamento razoável**, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feitos pela lei (ALEXY, p. 407).

O ilustre jurista alemão resume essa jurisprudência, dizendo que é necessária uma **razão suficiente** para que uma diferenciação seja justificada¹⁷ e estabelece, a partir dela, a seguinte definição do dever de tratamento igual: “se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório” (ALEXY, p. 408).

Percebe-se, pelos ensinamentos de Robert Alexy, que a cláusula geral de igualdade estabelece um ônus argumentativo para a defesa de um tratamento desigual¹⁸, colocando a igualdade de tratamento como regra que só poderá ser excepcionada quando houver uma razão suficiente para tanto.

O jurista alemão define “razão suficiente” através do conceito de arbítrio, dizendo que aquela só existirá quando não for arbitrária. Não seria necessário, portanto, a melhor razão para se justificar uma discriminação, sendo considerada suficiente uma razão plausível¹⁹.

Entre nós, Celso Antônio Bandeira de Melo, em seu famoso artigo intitulado O

¹⁶ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, p. 11.

¹⁷ Cf. ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 408.

¹⁸ Cf. ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 409.

¹⁹ Cf. ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 413.

Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, também nos oferece valiosa contribuição para o deslinde desse problema. O autor deixa claro que discriminar situações, colocando pessoas sob a égide de diferentes regimes é da própria essência do ato de legislar, não constituindo, portanto, só por só, gravame ao princípio da igualdade²⁰. Segundo ele, o ponto central estaria em se saber quando seria vedado à lei estabelecer tais discriminações, isto é, quais seriam os limites à função legal de discriminar²¹.

Para começar a responder a essas questões, Bandeira de Melo diz que, via de regra, não é no critério escolhido como fator de discriminação que se deve buscar algum desacato ao princípio da igualdade²². Segundo ele, “*qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações pode ser escolhido pela lei como fator de discriminação*” (BANDEIRA DE MELO, p. 17). Logo, fatores como sexo, altura e credo religioso poderiam, em abstrato, servir como critérios de diferenciação, sem que nenhuma mácula se inflija ao princípio isonômico.

Desse modo, segundo o autor, o que realmente importa para aferir a correção de uma regra discriminatória em face do princípio da igualdade é a existência ou não de uma conexão lógica entre a distinção de regimes jurídicos estabelecidos e a desigualdade das situações fáticas correspondentes²³. Em outras palavras, é preciso que os critérios com base nos quais uma discriminação legal foi efetuada guarde uma relação de pertinência com tal diferenciação de tratamento, de modo que sejam idôneos a justificá-la.

Finalmente, após esse necessário estudo do princípio da igualdade, é possível agora analisar com propriedade o tema das cotas raciais no Brasil. Nos próximos tópicos, tais políticas de preferências raciais serão explicadas e contrastadas com as exigências do princípio isonômico aqui já expostas.

3. As cotas raciais no Brasil

As cotas raciais, como são conhecidas, são instrumentos de ação afirmativa utilizados em muitas universidades públicas brasileiras, cujo objetivo é favorecer grupos considerados historicamente excluídos e discriminados em função da suposta raça a que pertenceriam. Notadamente, o principal alvo dessas políticas públicas, no Brasil, são aqueles indivíduos considerados da raça negra.

A primeira vez que tal sistema foi adotado no país foi no ano de 2003, quando a Universidade Estadual do Rio de Janeiro foi obrigada a estabelecer cotas raciais no seu processo de seleção em decorrência de uma lei estadual aprovada dois anos antes. Desde então, várias universidades públicas têm adotado tal sistema de, pelo menos, duas formas

²⁰ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, p. 12.

²¹ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, p. 13.

²² Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, p. 17.

²³ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, p. 37-40.

distintas. A mais comum é aquela em que a cota racial é fixada dentro da chamada cota social, que reserva uma determinada porcentagem das vagas para alunos de escolas públicas. A outra modalidade é a cota racial pura, em que ela é instituída diretamente em função do total de vagas, beneficiando igualmente indivíduos tidos como negros oriundos de escolas públicas ou de instituições privadas de ensino. O exemplo mais conhecido desse último caso é o da Universidade de Brasília (UnB).

De modo geral, a principal inspiração para a criação de tais políticas públicas é, em tese, a promoção de uma igualdade fática ou material. Busca-se, assim, trazer os negros, que estariam em uma situação de inferioridade no processo de seleção para ingresso em universidades públicas, para um patamar de igualdade real em relação àqueles considerados brancos.

Como se percebe, as cotas raciais são instituídas por normas que conferem aos participantes de um processo de seleção para ingresso em universidades públicas tratamento desigual, enquadrando-os em regimes diferentes e utilizando como critério a suposta raça a que pertenceriam.

Submetendo tais normas ao filtro constitucional do princípio da igualdade, deve-se analisar primeiramente o critério que elas adotam para efetuar a discriminação, isto é, o critério da raça.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em artigo já citado, coloca a raça, assim como o sexo ou a altura, como um fator diferencial existente nas pessoas e, portanto, abstratamente idôneo a servir de critério para diferenciações de tratamento jurídico²⁴. Segundo o ilustre jurista brasileiro, o que se veda é que elementos que não existam nas próprias pessoas, coisas ou situações sirvam de critério para submetê-las a diferentes regimes²⁵.

Contudo, deve-se fazer uma ressalva a este posicionamento. Isso porque é atualmente de duvidosa correção a afirmação de que a raça é um elemento existente nas pessoas. Na verdade, do ponto de vista biológico raças humanas não existem, tendo essa constatação já se tornado um fato científico irrefutável com os avanços do Projeto Genoma Humano²⁶. Desse modo, só é possível falar hoje em raças em um sentido político-sociológico, considerando-as como meras construções sociais, geralmente associadas à cor da pele. O próprio STF já se pronunciou nesse sentido²⁷.

Assim, pode-se até colocar a raça como um critério abstratamente idôneo para realizar distinções entre as pessoas, mas desde que se deixe claro que se trata de uma diferenciação baseada na idéia social de raça e não na já amplamente rechaçada concepção biológica.

²⁴ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, p. 15-16.

²⁵ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, p. 23.

²⁶ Cf. PENA, Sérgio, *Ciência, bruxas e raças*, p. 45.

²⁷ Cf. HC 82424 RS

Feitas as considerações devidas sobre a eleição do critério da raça pelas normas instituidoras de cotas raciais, deve-se passar à análise do ponto mais crítico dessa questão, qual seja, a existência ou não de uma conexão lógica entre a discriminação efetuada por essas normas, que beneficiam negros em detrimento de brancos, e a raça a que tais indivíduos pertenceriam. Ou ainda: existe razão plausível suficiente para justificar esse tratamento desigual?

Relembrando um ensinamento de Robert Alexy, aqui já referido, “*o enunciado geral de igualdade estabelece um ônus argumentativo para o tratamento desigual*” (ALEXY, p.409). Assim, se não houver razão plausível que justifique a discriminação efetuada pelas cotas raciais, elas não serão admissíveis pelo princípio da igualdade.

As razões normalmente trazidas para explicar a necessidade do tratamento desigual de indivíduos considerados negros e aqueles tidos como brancos nos processos seletivos para ingresso em universidades públicas podem ser, de modo geral, sintetizadas em duas: a) o argumento da reparação histórica, segundo o qual a sociedade teria uma imensa dívida a pagar aos negros em decorrência dos séculos de escravidão a que eles teriam sido submetidos; b) e argumento da inclusão social, segundo o qual os negros estariam atualmente em uma situação de exclusão social em decorrência da grande discriminação racial que sofreriam, tendo, por isso, menores chances de ingressar em uma universidade pública.

Resta agora saber se tais razões são plausíveis e suficientes para se permitir o tratamento desigual entre pessoas consideradas brancas e aquelas tidas como negras. Em outras palavras, tais razões demonstram realmente alguma conexão lógica entre a “raça” dos candidatos a uma universidade pública e a discriminação que se pretende fazer deles com base nesse critério?

Para se responder a esses questionamentos, cada uma dessas razões será analisada detalhadamente nos próximos tópicos.

4. O argumento da reparação histórica

A primeira vez que tal argumento foi usado para justificar políticas de ação afirmativa foi na Índia, o primeiro país do mundo a adotar tais políticas. Naquele contexto, um de seus principais objetivos era justamente o de compensar um determinado grupo social (os *dalits* ou “intocáveis”) por injustiças cometidas no passado²⁸.

Posteriormente, o mesmo argumento veio a ser novamente utilizado nos Estados Unidos, primeiro pelo *Civil Rights Movement*, chegando depois a ser incorporado até como fundamento de decisões da Suprema Corte americana²⁹. O presidente americano Lyndon

²⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; FERES JÚNIOR, João, Ação Afirmativa: *Normatividade e Constitucionalidade*, p. 346.

²⁹ *Regents of the University of California v. Bakke* (1978).

B. Johnson³⁰, precursor das medidas de ação afirmativa nos Estados Unidos, em um discurso aos formandos da turma de 1965 da Howard University, se valeu exatamente do argumento da reparação histórica para justificar as políticas de favorecimento dos negros:

A liberdade, per se, não é suficiente. Não se apaga de repente cicatrizes de séculos proferindo simplesmente: agora vocês estão livres para ir onde quiserem e escolher os líderes que lhe aprouverem. [...] Não se pode pegar um homem que ficou acorrentado por anos, libertá-lo das cadeias, conduzi-lo, logo em seguida, à linha de largada de uma corrida, dizer “você é livre para competir com os outros”, e assim pensar que se age com justiça.

Finalmente, no Brasil, onde tais políticas são bem mais recentes, vê-se o argumento da reparação histórica ser utilizado generalizadamente pelos mais diversos setores da sociedade, desde movimentos negros e até mesmo pelo poder judiciário. Veja-se, por exemplo, este trecho de um voto proferido em decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e que justificava as cotas raciais exatamente com esse argumento:

Não resta dúvida de que a relação que se preconiza com a reserva serve como medida, ainda que provisória, para resolver um problema moral da sociedade brasileira. Trata-se de resgatar uma imensa dívida da sociedade em face da população negra brasileira. Negros seqüestrados na África, famílias inteiras separadas, o sofrimento e a dor dos navios negreiros, privações físicas, humilhações, dor moral (TJ/RJ, AI 2005.017.00015, ReI. Des. Silvio Teixeira, J. 17.04.2006).

Enfim, percebe-se que, através do argumento da reparação histórica, tenta-se atualmente, no Brasil, justificar o tratamento desigual entre candidatos a universidades públicas brancos e negros, com base no critério da raça. Para tanto, defende-se que, como no passado a “raça branca” teria escravizado a “raça negra”, hoje essa mesma “raça negra” mereceria uma reparação histórica, que poderia ser perfeitamente realizada em detrimento da “raça branca”, já que esta teria sido a agressora no passado e, portanto, poderia sofrer as conseqüência dessa compensação no presente.

Há uma quantidade imensa de equívocos e inexatidões históricas e lógicas nesse raciocínio. Em primeiro lugar, ele parte do pressuposto histórico falso de que a escravidão foi um fato racial, em que uma raça (a branca) teria escravizado outra raça (a negra). Na verdade, a escravidão foi um fato econômico que não seria possível sem que reais interes-

³⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; FERES JÚNIOR, João, *Ação Afirmativa: Normatividade e Constitucionalidade*, p. 348.

ses comerciais relacionados ao tráfico transatlântico existissem em ambas as margens do oceano³¹. De fato, é dado histórico inegável que os negros eram escravizados primeiramente por tribos rivais do mesmo continente e só depois vendidos aos europeus.

Além disso, no Brasil, os negros não eram somente escravos, mas também tiveram participação expressiva como proprietários de escravos³². O historiador José Roberto Pinto Góes nos informa que, por volta de 1830, em Sabará, Minas Gerais, quase metade da população livre de cor tinha escravos. Já, na região de Campos, ainda de acordo com Pinto Góes, um terço da classe senhorial era de descendentes de escravos³³.

Outro ponto que se deve ressaltar aqui são as informações que o estudo da genética nos traz. Por meio de tal ciência já foi possível concluir que, no Brasil, em decorrência do elevado grau de miscigenação, não é possível aferir a ancestralidade de um indivíduo através da mera análise de características fenotípicas como a cor da pele. Sobre essa questão, afirma o médico geneticista Sérgio Pena que:

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

Desse modo, é totalmente descabido considerar que um candidato a uma universidade pública de cor preta possa ser privilegiado em detrimento de seu concorrente de pele mais clara, com base na presunção de que o primeiro seria necessariamente descendente de escravos e, por isso, merecedor de reparação, enquanto o segundo seria necessariamente descendente de donos de escravos, podendo, assim, sofrer as consequências dessa compensação histórica.

Na verdade, nada impede que aquele estudante de pele mais escura seja, por exemplo, descendente de um ex-escravo que se tornou depois proprietário de escravos, ou ainda que sua ancestralidade seja mais européia do que africana. Do mesmo modo, é perfeitamente possível que o estudante de pele mais clara possua, entre seus ascendentes, africanos escravizados, sendo, portanto, pelo raciocínio da reparação histórica, legítimo detentor do direito de compensação.

Assim, retomando lição de Alexy aqui já várias vezes citada, é preciso se perguntar: o argumento da reparação histórica é plausível? É suficiente para justificar um tratamento desigual entre candidatos brancos e negros a uma vaga em uma universidade pública bra-

³¹ Cf. GÓES, José Roberto Pinto, *Histórias mal contadas*, p. 59.

³² Cf. LUNA, F. V. e KLEIN, H, *Evolução da Sociedade e Economia Escravagista de São Paulo*, de 1750 a 1850, p. 201-202.

³³ Cf. GÓES, José Roberto Pinto, *Histórias mal contadas*, p. 60.

sileira? A resposta só pode ser negativa, seja pela falta de consistência histórica de tal argumento, seja por contrariar postulados básicos da Genética, como acaba de ser demonstrado.

5. O argumento da inclusão social

Enquanto o argumento da reparação histórica volta-se para o passado, o da inclusão social procura analisar tão-somente a situação do indivíduo considerado negro na sociedade brasileira do presente. Segundo tal argumento, os negros se encontrariam hoje em uma situação de inferioridade na disputa por vagas em universidades públicas, porque seriam socialmente excluídos em função do racismo que sofreriam. Desse modo, as cotas raciais seriam legítimas, porque, ao funcionar como um instrumento de inclusão social dos negros, elas os trariam para uma situação de igualdade fática maior em relação aos brancos no processo de seleção para ingresso em cursos superiores.

Para se avaliar a plausibilidade desse argumento, deve-se primeiro investigar quais são os fatores objetivos que influenciam na competição por vagas em uma universidade pública. De modo geral, pode-se afirmar que os candidatos aprovados em um vestibular serão aqueles mais bem preparados para o exame, isto é, os que estudaram mais, freqüentaram melhores escolas e contaram com uma estrutura melhor para aprender aquilo que lhes é cobrado nas provas de conhecimento colocadas como instrumento de seleção pelas universidades.

Ocorre que nem todos os candidatos tiveram acesso às mesmas oportunidades de estudo e de se preparar adequadamente para o vestibular. Notadamente, os filhos de famílias ricas e de classe média possuem condições muito maiores de realizar de forma apropriada tal preparação do que aqueles oriundos de famílias pobres. Enquanto os primeiros têm a oportunidade de freqüentar colégios particulares de nível elevado e contam ainda, via de regra, com um ambiente familiar mais estável, os segundos vêm-se sem outra escolha que não a de serem abarcados por um sistema público de educação de péssima qualidade, tendo de suportar ainda as instabilidades familiares que a falta de recursos financeiros normalmente traz.

Por esse motivo, muitas universidades públicas adotam as chamadas cotas sociais, que beneficiam alunos oriundos de escolas públicas, com o objetivo de corrigir essas distorções sociais. Tais medidas, ainda que questionáveis sob o ponto de vista de sua conveniência política, são absolutamente irrepreensíveis sob a perspectiva do princípio da igualdade, já que é evidente a correlação lógica entre o tratamento desigual promovido e o critério de discriminação adotado.

Entretanto, que influência significativa o elemento “raça” possui em disputas por vagas em universidades públicas? Para se responder a essa questão, deve-se analisar situações em que todas as variáveis externas ao estudante que comumente influenciam no

seu êxito ou fracasso no vestibular são constantes, colocando-se como o único fator de diferenciação o fator “raça”.

Assim, a título de ilustração, imaginemos dois jovens brasileiros pobres, moradores de uma mesma favela em uma grande cidade brasileira, ambos provenientes de famílias desestruturadas e alunos de uma mesma escola pública deteriorada, na qual freqüentam a mesma classe, assistindo aulas com os mesmos professores mal remunerados e tendo acesso ao mesmo material didático precário. Possuem, portanto, condições sociais iguais, diferenciando-se apenas pela cor da pele. Enquanto um possui pele branca, o outro tem pele preta. Seria plausível estabelecer-se um tratamento desigual entre os dois, com base no critério da raça, de modo a favorecer aquele indivíduo pobre de pele preta em detrimento do outro de pele branca, somente pelo fato de possuírem tons de pele diferentes? Seria essa discriminação compatível com o princípio da igualdade?

Evidentemente que a resposta só pode ser negativa. A cor da pele desses jovens não os torna mais ou menos capazes de se preparar para um vestibular. Eles possuem exatamente as mesmas precárias oportunidades de estudo, de modo que os discriminar somente criaria, arbitrariamente, uma desigualdade onde originalmente predominava uma situação de plena igualdade fática, o que não é de forma alguma admissível pelo Direito.

Nesse ponto, é relevante mencionar o caso das cotas raciais em estado puro, como as que existem na Universidade de Brasília. Nesse caso, a incompatibilidade do tratamento desigual estabelecido com o princípio isonômico é ainda mais clara. Isso porque tal sistema admite que mesmo jovens negros oriundos de famílias prósperas e que sempre puderam freqüentar instituições privadas de ensino de excelente qualidade sejam beneficiados pelas cotas em detrimento de pobres de todas as demais cores. Privilegiam-se, assim, em nome de uma suposta justiça social, inclusive, candidatos com todas as condições materiais para se preparar adequadamente para o vestibular, prejudicando-se injustificadamente concorrentes não-negros mais desfavorecidos socialmente.

O argumento da inclusão social do negro como fundamento para cotas raciais peca por tentar justificá-las por meio de bases excessivamente genéricas, esquecendo-se que, concretamente, grandes injustiças podem ser cometidas com brasileiros de todas as demais cores e que sofrem igualmente com os obstáculos ao ingresso em universidades públicas que a pobreza lhes impõe.

A realidade brasileira nos revela que, se analisarmos a situação de grupos negros e brancos que possuem a mesma situação social desfavorável, não é possível constatar qualquer diferença significativa no acesso de ambos à educação.

É exatamente isso que prova um trabalho do estatístico Elmo Iório sobre a questão³⁴. Com o objetivo de comparar a realidade de negros e brancos pobres na socieda-

³⁴ KAMEL, Ali, *Não somos Racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor*, p. 82.

de brasileira, ele fez tabulações, com base em dados brutos da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio do IBGE de 2004, da situação dos brasileiros dessas duas “raças”, residentes em áreas urbanas, com um filho e rendimento familiar total de até dois salários mínimos. A intenção, como se percebe, era reunir brasileiros pobres brancos e negros em grupos comparáveis para se poder ter uma real noção da influência que a cor da pele, em si, poderia ter sobre a condição de uma pessoa na sociedade brasileira.

A pesquisa revela uma semelhança muito grande entre os dois grupos:

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

Os resultados dessa pesquisa deixam claro que, tomando-se em consideração grupos equivalentes, o fator “raça” em nada influencia nos indicadores sociais de brancos e negros, não tendo, inclusive, qualquer relação com as suas chances de chegar a uma universidade. Na verdade, o grande obstáculo que impede brancos e negros pobres de ingressar em um curso superior é justamente a pobreza, que condena ambos igualmente a um ensino público de péssima qualidade.

Por último, deve-se lembrar que as cotas raciais, onde quer que tenham sido implantadas no mundo, não melhoraram a situação social daqueles que pretendiam beneficiar. Thomas Sowell, famoso economista americano, prova exatamente isso em seu demolidor livro *Affirmative Action Around the World*.

Analisando as cotas raciais nos Estados Unidos da América, Sowell constatou que, antes do estabelecimento das políticas de ação afirmativa fundadas no critério racial, a proporção de negros abaixo da linha oficial de pobreza declinou de 87% em 1940 para 47% em 1960 e finalmente para 30% em 1970. No entanto, durante a década de setenta, justamente quando tais políticas foram fortemente implementadas, esse índice reduziu-se, segundo ele, para apenas 29%, isto é, uma diferença de somente 1%³⁵.

O livro ainda nos revela que, em 1940, os negros americanos entre 25 e 29 anos

³⁵ SOWELL, *Affirmative Action Around the World: an empirical study*, p. 119-120.

possuíam aproximadamente quatro anos de estudo a menos que os brancos. Em vinte anos, segundo o historiador, a diferença caiu para dois, e, em 1970, era de menos de um ano, 12,1 contra 12,7³⁶. Isso demonstra que, antes do início das políticas de cotas raciais nos Estados Unidos, os negros americanos já tinham se aproximado muito dos brancos na educação, sem precisar de qualquer favorecimento racial por parte do Estado.

A Índia é outro importante exemplo, dado por Sowell, do fracasso do modelo de cotas raciais como instrumento de inclusão social de grupos historicamente desfavorecidos. A sociedade indiana é dividida em castas que, na verdade, possuem significado muito próximo daquilo que se entende, no Brasil, por raça. Lá, as cotas foram utilizadas, pela primeira vez na história mundial, para beneficiar os dalits (também chamados de “intocáveis”), casta historicamente excluída e discriminada no país. No entanto, ao longo dos anos, tal política se expandiu tanto que não menos de 52% da população do país foram incorporados na categoria de grupos beneficiários³⁷.

A despeito de tamanha força, as cotas raciais não reduziram as desigualdades econômicas na Índia. A realidade, como nos ensina Thomas Sowell, é que “os benefícios reservados para os intocáveis se dirigem desproporcionalmente para aqueles grupos de intocáveis que são mais prósperos” (SOWELL, p. 48). Por isso, o ilustre economista americano conclui que “a ação afirmativa na Índia produziu benefícios mínimos para aqueles que mais precisam deles e máximo ressentimento e hostilidade contra tais pessoas por parte de outros” (SOWELL, p. 49).

Outros exemplos poderiam ser dados, mas esses já são suficientes para demonstrar que as cotas raciais, quando aplicadas na prática, não costumam produzir inclusão social, nem têm o potencial de beneficiar verdadeiramente os seus principais alvos.

Enfim, após todas as considerações aqui feitas, conclui-se que o argumento da inclusão social não é suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual entre candidatos negros e brancos a uma universidade pública brasileira. Falta-lhe plausibilidade, já que discriminar pessoas igualmente capazes de competir por uma vaga em um curso superior (vide exemplo dos dois jovens pobres acima dado), em nome de uma suposta justiça social, que a experiência demonstra que não promovem, outra coisa não é senão arbítrio. Esse quadro é ainda mais grave quando as cotas raciais beneficiam indiscriminadamente negros ricos e pobres. Nesse caso, como se demonstrou, a arbitrariedade do tratamento desigual é ainda mais evidente.

Além disso, não é possível, através desse argumento, aferir qualquer correlação lógica entre o tratamento desigual dispensado e o critério da raça. Afinal, quando se

³⁶ SOWELL, *Affirmative Action Around the World: an empirical study*, p. 118-119.

³⁷ MAGNOLI, Demétrio, *Uma Gota de Sangue: História do Pensamento Racial*, 291.

compara, no Brasil, a situação de um negro e um branco pobres e iguais sob os demais aspectos sócio-econômicos, não é possível identificar entre eles quaisquer diferenças substanciais de acesso à educação e de chances de se chegar a uma universidade pública que pudessem ser atribuídas à diferença de cor, como demonstra o já citado trabalho do estatístico Elmo Iório³⁸.

6. Conclusão

Este estudo procurou demonstrar, como foi antecipado em sua parte introdutória, as dificuldades de se justificar logicamente a adoção das cotas raciais em universidades públicas brasileiras sob a perspectiva do princípio isonômico. Ao longo da exposição, deixou-se claro que tal princípio, muitas vezes, admite ou até exige tratamentos distintos entre pessoas, mas que essa discriminação juridicamente válida possui também limites muito nítidos.

Explicou-se, assim, que, para ser legítimo, um tratamento desigual precisaria ter razões suficientes, isto é plausíveis, sendo de crucial importância a análise sobre a existência ou não de uma correlação lógica entre o critério discriminatório e a diferenciação concretamente implementada com base nele. Disse-se ainda que, nesse caso, o ônus argumentativo seria sempre de quem defende o tratamento desigual, uma vez que a regra é a igualdade.

Por isso, os principais argumentos usados no Brasil para fundamentar a desequiparação de candidatos negros e brancos foram colocados, explicados e, finalmente, analisados detalhadamente.

O primeiro argumento mencionado foi o da reparação histórica, segundo o qual as cotas raciais seriam instrumentos de compensação para os negros pelas injustiças cometidas contra os escravos no passado. A insuficiência desse argumento foi demonstrada, lembrando-se que a escravidão não foi um fato racial, mas econômico, e que a genética já comprovou que a cor de pele, em si, é um elemento incapaz de indicar a exata ascendência de uma pessoa. Assim, brancos atuais também poderiam ser descendentes de escravos, bem como os negros, de donos de escravos.

O outro argumento analisado foi o da inclusão social, segundo o qual o negro teria menos chances de ingressar em uma universidade pública por ser excluído socialmente. Também esse argumento mostrou-se insuficiente, já que negros e brancos igualmente pobres têm o mesmo acesso à educação e as mesmas dificuldades de chegar a uma universidade, o que demonstra ser a pobreza e não a “raça” o grande obstáculo a ser superado.

³⁸ Infelizmente, as pesquisas demográficas no Brasil não são apresentadas em regra com esse grau de detalhamento, que permite contrastar grupos de negros e brancos comparáveis entre si, isto é, iguais sob os aspectos sócio-econômicos gerais. Daí o valor do trabalho do estatístico Elmo Iório.

Além disso, mostrou-se que as experiências internacionais de adoção de cotas raciais também não foram capazes de melhorar a situação social de seus destinatários.

Pode-se dizer, assim, que as principais razões colocadas para justificar a discriminação estabelecida pelas cotas raciais são insuficientes, não sendo capazes de explicar qual seria a correlação lógica entre a “raça” de um indivíduo e o eventual benefício (para negros) ou prejuízo (para brancos) que, com base nela, o Estado procura instituir.

Portanto, conclui-se que enquanto não existirem razões realmente capazes de justificar as cotas raciais no Brasil perante o princípio da igualdade, fica valendo a já referida máxima formulada pelo jurista alemão Robert Alexy: “*se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório*” (ALEXY, p. 408).

Referências bibliográficas:

ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3. ed. 11. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Constitucional*, 19. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

LENZA, Pedro, *Direito Constitucional Esquematizado*, 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; FERES JÚNIOR, João, *Ação Afirmativa: Normatividade e Constitucionalidade*. In: *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Org. Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan, 2. tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

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

KAMEL, Ali, *Não Somos Racistas: Uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor*, Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2006.

MAGNOLI, Demétrio, *Uma Gota de Sangue: História do Pensamento Racial*, 1. ed. São Paulo: Editora Contexto, 2009.

GÓES, José Roberto Pinto, *Histórias mal contadas*. In: *Divisões perigosas: políticas raciais no Brasil Contemporâneo*. Org. Peter Fry, Yvonne Maggie, Marcos Chor Maio, Simone Monteiro e Ricardo Ventura Santos, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2007, pp. 57-61.

PENA, Sérgio, *Ciência, bruxas e raças, Histórias mal contadas*. In: *Divisões perigosas: políticas raciais no Brasil Contemporâneo*. Org. Peter Fry, Yvonne Maggie, Marcos Chor Maio, Simone Monteiro e Ricardo Ventura Santos, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2007, pp. 43-47.

PENA, Sérgio, *Razões para banir o conceito de raça da medicina brasileira*. In *História, Ciências, Saúde-Manguinhos*, vol. 12, n. 2, Rio de Janeiro, Maio/Agosto, 2005.

LUNA, Francisco Vidal e KLEIN, Herbert S., *Evolução da Sociedade e Economia Escravagista de São Paulo de 1750 a 1850*, Trad. Laura Teixeira Motta, 1. ed. São Paulo: Editora EDUSP, 2006.