

O princípio da igualdade na sociedade brasileira pluralista: a questão das cotas raciais em universidades

Helton Kramer Lustoza

RESUMO

A presente pesquisa vem avaliar a questão das cotas raciais em universidades no contexto da sociedade brasileira, trazendo uma reflexão objetiva sobre pontos fundamentais sob o prisma do direito constitucional contemporâneo. Primeiramente se faz uma análise do significado e da origem das diferenças raciais existentes no país, para se encontrar a razão das medidas de legitimação de diferenças raciais. Por fim se identifica a política de cotas raciais em universidades como uma provável ação afirmativa (política de discriminação positiva) no direito brasileiro, mas que, neste caso, não encontra legitimação perante o princípio da igualdade.

Palavras-chave: Igualdade. Política e discriminação.

The principle of equality in pluralist Brazilian society: The question of racial quotas in universities

ABSTRACT

This research looks for evaluating the issue of racial quotas in Brazilian's universities, bringing an objective discussion about contemporary themes of constitutional law. First, the analysis will be focus in the meaning and origin of racial differences in the country to find the right measures of legitimization of racial differences. Finally, to identify the policy of racial quotas in universities as a possible affirmative action (positive discrimination policy) under Brazilian law, but in this case, without legitimacy because of equality principle.

Keywords: Equality. Political and discrimination.

1 A DOMINAÇÃO BASEADA NO ASPECTO RACIAL NO BRASIL

Este trabalho visa a abordar a questão específica das cotas raciais em universidades no contexto da sociedade brasileira de um modo desapassionado à causa, buscando trazer a reflexão pontos e situações fundamentais sob o prisma do direito constitucional moderno.

Helton Kramer Lustoza é especialista em Direito Tributário pelo IBPEX em Curitiba-PR. Mestrando em Direito Constitucional pela Unibrasil. Membro do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário – IBPT. Pesquisador integrante do Grupo: Justiça Tributária e Atividade Econômica da PUC-PR. Membro da comissão de Direito Tributário da OAB-PR. Professor Universitário. E-mail: helton_kramer@hotmail.com

Para tornar mais objetiva a reflexão, toma-se como foco de análise inicial a busca de um significado e origem das diferenças raciais existentes no país, de modo que venha a legitimar mecanismos de inclusão social. Pois é com a análise dos problemas do passado que se pode ter noção da eficácia de soluções do futuro.

Um dos principais problemas enfrentados pelo Brasil é a questão da desigualdade social. Se por um lado a Constituição Federal de 1988 determina que todos são iguais perante a lei, sem discriminação de qualquer natureza, algumas pessoas, ainda, se utilizam de uma espécie de classificação por raça, para justificar algum ato de segregação ou dominação.

O desafio do direito contemporâneo é dar respostas à questão de ambiguidades que se apresentam na seara racial, permitindo uma garantia frente à pluralidade étnica existente no Brasil. Para se iniciar um estudo sobre cotas raciais é essencial analisar-se em que se baseou a formação do povo brasileiro, para entender a origem das diferenças sociais existentes.

Desde a chegada dos europeus em terras tupiniquins observou-se a exploração de mão de obra humana, na qual a escravidão sempre foi a base da produção econômica brasileira,¹ sendo baseada inicialmente com a obtenção de escravos indígenas e, posteriormente, com escravos africanos.

A dificuldade enfrentada pelos exploradores foi na dominação dos índios que rejeitavam explicitamente a aceitar aqueles mandos do homem branco, o que fez com que houvesse uma expansão da importação de negros para trabalharem nas lavouras. Mas o que se deve observar é que a escravidão foi tomada como mão de obra fundamental para a economia nascente no país, no qual a dominação foi baseada em critérios estritamente econômicos.

O professor Darcy Ribeiro leciona que o

processo de formação do povo brasileiro, que se fez pelo entrecchoque de seus contingentes índios, negros e brancos, foi, por conseguinte, altamente conflitivo. Pode-se afirmar, mesmo, que vivemos praticamente em estado de guerra latente, que, por vezes, e com frequência, se torna cruento, sangrento.²

Isso demonstra que desde o início havia um conflito entre povos, de modo que o europeu impunha sua dominação sob a base de uma macroetnia expansionista. O branco precisava se impor frente a população “dita inferior” e a justificativa utilizada para a dominação foi através de uma hierarquia racial.

Após a abolição da escravatura, o Brasil passou por um grande período de

1 Cf. HOLANDA, Sergio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26.ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p.48

2 RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p.168.

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

A falta de uma racionalidade econômica e espírito competitivo fez com que o país, pós-escravatura (meados século XX), passasse por uma incontrolável migração do meio rural para o urbano, transformando as áreas marginais às cidades em grandes favelas. E um dos principais problemas enfrentados pelo Brasil diz respeito às diferenças sociais criadas pela imensa massa inserida nas cidades, após a tentativa de industrialização do país, o que fez com que se constatasse um fato: “no Brasil, as classes ricas e as pobres se separam umas das outras por distâncias sociais e culturais quase tão grandes quanto as que medeiam entre povos distintos”.³

Observa-se que a tese de hierarquia de raças foi utilizada como justificativa para se manter a dicotomia entre pobres e ricos. Assim,

percebe-se como o conceito de raça ‘pura’ foi transportado da Botânica e da Zoologia para legitimar as relações de dominação e de sujeição entre as classes sociais (Nobreza e Plebe), sem que houvesse diferenças morfológicas notáveis entre os indivíduos pertencentes a ambas as classes.⁴

Os povos dominadores se utilizaram de uma comparação biológica de determinadas raças para fixarem justificativas para legitimar diversos sistemas de dominação racial. Observe-se o que o filósofo francês Voltaire escreveu em uma de suas obras

A raça negra é uma espécie humana tão diferente da nossa quanto a raça de cachorros spainel dos galgos [...]. A lã negra nas suas cabeças e em outras partes [do corpo] não se parece em nada com o nosso cabelo; e pode-se dizer que a sua compreensão, mesmo que não seja de natureza diferente da nossa, é pelo menos muito inferior.⁵

Isso deixa claro que o critério de classificação de raças sempre foi utilizado na história para justificar as diferenças entre pessoas em uma sociedade, mas não uma diferença que seria biológica. Essa diferença é cultural, criada pelo próprio homem para justificar uma dominação social, o que serviu de embasamento para muitas discriminações.

3 RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*, p.210

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

5 Voltaire, citado por PENA, Sérgio D.J. *Humanidade sem raças?* São Paulo: Publi Folha, 2008, p.14.

Segundo o professor Kabengele Munanga,⁶ a classificação de raças tem fundamento histórico. No século XVIII, os filósofos iluministas contestavam o conhecimento da Igreja e se recusam a aceitar a explicação até então dada à história da humanidade, conseqüentemente, buscavam uma explicação baseada na razão. Esses filósofos colocaram em debate se os povos recém descobertos (por exemplo, na América) integravam à antiga humanidade como raças diferentes. Para esse docente da USP, levando em conta que as classificações são instrumentos que ajudam a operacionalizar o conhecimento, foi essa técnica utilizada para explicar a diversidade humana. O que não se poderia imaginar é que esse método de conhecimento acabou servindo de base para justificação de uma espécie de hierarquização, o que pavimentou o caminho do racismo.

Assim Kabengele Munanga contesta a existência de raça como elemento biológico, mas acredita ser um elemento cultural

Combinando todos esses desencontros com os progressos realizados na própria ciência biológica (genética humana, biologia molecular, bioquímica), os estudiosos desse campo de conhecimento chegaram a conclusão de que a raça não é uma realidade biológica, mas sim apenas um conceito alias cientificamente inoperante para explicar a diversidade humana e para dividi-la em raças estancas. Ou seja, biológica e cientificamente, as raças não existem.⁷

Isso não significa que todos os indivíduos são geneticamente idênticos, ao contrário, são diferentes, mas essas diferenças não podem servir de suporte para se defender uma classificação em raças. O grande problema histórico foi de se criar uma escala de valores entre as denominadas raças, o que deu azo a enormes distorções na sociedade, sendo utilizado como fundamento de grandes atrocidades, como por exemplo, o nazismo, que defendia a existência de uma raça ariana superior.

O tipo físico, como pele ou cabelo não pode ser utilizado como mecanismos de distinção, muito menos de classificação de pessoas, pois

não há raças biológicas, ou seja, na espécie humana nada que possa ser classificado a partir de critérios científicos e corresponda ao que comumente chamamos de 'raça' tem existência real, segundo, o que chamamos 'raça' tem existência nominal, efetiva e eficaz apenas no mundo social e, portanto, somente no mundo social pode ter realidade plena.⁸

O que deixa claro que “o conceito de raça tal como o empregamos hoje, nada tem de biológico. É um conceito carregado de ideologia, pois como todas as ideologias, ele

6 Cf. MUNANGA, Kabengele. *Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia*, <http://www.acaoeducativa.org.br>, acesso em 15.12.08.

7 MUNANGA, Kabengele. *Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia*, idem.

8 GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Classes, Raças e Democracia*. São Paulo: Editora 34, 2002. p.50

esconde uma coisa não proclamada: a relação de poder e de dominação”,⁹ ou seja, são construções fantasiosas criadas no imaginário social a partir das diferenças como a cor da pele e, assim, manter uma discriminação a certa pessoa ou grupo social.

Pode-se encontrar até mesmo uma explicação da origem da dominação na doutrina contratualista, como Rousseau,¹⁰ que defende que o homem viveu no estado de natureza de forma simples, solitária e inocente, preocupando-se apenas com sua conservação. Nessa época, o homem não possuía a ideia do “teu” e do “meu”, inexistia a ideia de propriedade. Com a passagem da ordem natural para a formação da sociedade civil veio a instituição da noção de propriedade e, assim que os homens, antes livres, se tornam escravos uns dos outros. A partir desse momento o homem desenvolveu a ambição de ficar num *status* acima dos outros homens e não se contentava de produzir frutos somente para suas necessidades básicas, mas para ganhar à custa do trabalho dos outros. É nesse sentido que se observa o surgimento de um sentimento de dominação sobre outros homens, o que denota que o fundamento seria econômico (propriedade).

Nesse diapasão, qualquer tipo de discriminação tomada com base no critério de classificação racial não encontrará um embasamento biológico. Isso mostra o grande equívoco de muitas pessoas tomam apenas a raça ou traços culturais, linguísticos, religiosos, para considerar que um determinado grupo social seria inferior a outro. Fica claro que o aspecto raça é um conceito criado pela sociedade sem valor biológico e científico, ou seja, “as raças não existem em nossa mente porque são reais, mas são reais porque existem em nossa mente.”¹¹

Tanto é assim que o juiz americano Warren no julgamento de um processo que tratava sobre o racismo expressou que

não vejo como, no dia e na época de hoje, podemos separar um grupo do restante e dizer que eles não têm direito ao mesmo tratamento de todos os outros. Fazer isso seria contrário às Décima Terceira, Décima Quarta e Décima Quinta Emendas. Elas visavam tornar os escravos iguais a todos os outros. Pessoalmente, não consigo ver de que forma podemos hoje justificar a segregação unicamente com base na raça.¹²

Com essa mesma linha de pensamento, o antropólogo Ralph Linton também defende que a utilização de superioridade de raças é uma questão de ideologia da dominação.

9 MUNANGA, Kabengele. *Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia*, idem.

10 Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social; ensaio sobre a origem das línguas; discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens; discurso sobre as ciências e as artes*. Trad. Lourdes Santos Machado. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p.266.

11 KAUFMAN, Jay S citado por PENA, Sérgio D.J. *Humanidade sem raças?* São Paulo: Publi Folha, 2008, p.05.

12 MENEZES, Paulo Lucena de. *Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. 1.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001, p.82.

Desde que os brancos eram mais bem-sucedidos que as outras raças, deviam ser, em si mesmos, superiores aos outros. A falta de uma perspectiva mundial do europeu médio obstava que ele verificasse quão recente era esse domínio e o levava a complicadas tentativas, para provar que as outras raças estavam realmente mais baixo, na escala da evolução física.¹³

Ainda que a classificação “raça” tenha sido desbancada pelas pesquisas contemporâneas com DNA, ainda permanecem muitas mentalidades que defendem teses racistas, não respeitando as diferenças culturais e étnicas. É nesse cenário que se buscou a construção de uma política multiculturalista que garantisse a cada grupo social um espaço dentro da sociedade.

Mas o que se pode perceber é que o critério de diferenciação de raças possui uma origem econômica, utilizado com o fim de criar escalonamento na sociedade.

Esse debate se mostra de extrema importância para resolver o dilema educacional da sociedade brasileira que oficialmente se diz democrática e postula a educação como sendo um mecanismo de ascensão social, mas que, de fato, mostra-se seletiva e pouco atraente para a classe desprestigiada. O que se deve compreender é que a desigualdade social no Brasil parte-se de um problema econômico, devendo as políticas públicas serem direcionadas nesse viés e não numa questão racial propriamente dita.

2 AÇÕES AFIRMATIVAS COMO POLÍTICAS DE COMBATE A DISCRIMINAÇÃO RACIAL E A INFLUÊNCIA DO PLURALISMO JURÍDICO

A passagem do Estado liberal para o Estado social, frente a uma discussão epistemológica contemporânea, pode ser compreendida como uma quebra de paradigma,¹⁴ uma passagem no plano do pensamento jurídico e estatal.

Na égide do Estado liberal de Direito, a atuação estatal absorveu as bases teóricas de Locke e Monstequieu, o que propiciou a difusão da ideia de direitos fundamentais e separação de poderes. Os primados da legalidade e da liberdade foram elevados como matriz do Estado, de modo que esses dois direitos foram os pilares do Estado liberal.

O Estado de Direito abandonou os elementos materiais para se reduzir a um esquema formal, a partir disso “já não interessa indagar o que o Estado pode querer – basta verificar se quer na via do direito”.¹⁵ Essa legalidade construída perde cada vez

13 LINTON, Ralph. *O homem: uma introdução a antropologia*. Trad. Lavinia Vilela. 11.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1981, p.57.

14 Um paradigma, segundo Kuhn, é um modelo ou padrão aceito, que, na dimensão científica, raramente é suscetível de reprodução, porque, assim como decisões judiciais, o paradigma “é um objeto a ser mais bem articulado e precisado em condições novas ou mais rigorosas” (KUHN, Thomas s. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2000. p.43/44).

15 NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito: do estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito*. Coimbra: Coimbra, 1987, p.112.

mais referência com o objetivo das liberdades e direitos individuais, o que se verifica uma neutralidade do puro Estado de legalidade e conseqüente manipulação autoritária do conceito.

O Estado liberal se mostrou incapaz de responder as necessidades sociais a partir da mera separação das instancias política e social. Assim, entende Jorge Reis Novaes que

(...) ao lado dos direitos e liberdades clássicos – moldados e comprimidos, particularmente no que se refere ao direito de propriedade, à medida das novas exigências de socialidade – avultam, agora, os chamados direitos sociais indissociáveis das correspondentes prestações do Estado.¹⁶

Assume o Estado Social o encargo de buscar uma reconfiguração da atuação estatal na sociedade, atendendo as mais variadas áreas até então deixa a cargo dos particulares.

Diante da passagem de um modelo liberal para um modelo social de Estado, Ronald Dworkin¹⁷ identifica um aparente conflito entre o princípio da liberdade e o princípio da igualdade distributiva, haja vista que a liberdade concebida com sua natureza negativa nega a possibilidade de concessões de privilégios somente a uma parcela da sociedade. Frente a esse dilema, responde Dworkin que

Faço essa afirmação ousada porque acredito estarmos hoje unidos na aceitação do princípio igualitário abstrato: o governo deve agir para tornar melhor a vida daqueles a quem governa, e deve demonstrar igual consideração pela vida de todos.¹⁸

Na égide do atual Estado social não se pode estabelecer um sistema em que a liberdade irá prevalecer sobre a igualdade, pois o pensamento jurídico contemporâneo é a favor de um Estado solidário, um Estado que intervém na sociedade para garantir a igualdade de oportunidades.

É por isso que nesse novo cenário o princípio da igualdade surge como uma técnica de saneamento de diferenças, isto é, um instrumento de combate as desigualdades sociais existentes na sociedade.

16 NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito: do estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito*, p.197.

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

18 DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.169.

No Brasil, o sistema multicultural aliado a má distribuição de renda, desviando os interesses estatais sempre em favor de uma classe hegemônica (baseado numa decisão da maioria – sistema democrático), acabou culminando na marginalização política, jurídica e social de uma classe na sociedade. Essa classe, por muitos denominados como marginalizados, não tinham voz ativa nos rumos desta sociedade, sendo deixados às margens de qualquer benefício que uma civilização possa proporcionar. Essa classe não possui uma denominação racial, mas sim sociológica, são os pobres (sem condições financeiras para obter participação digna na sociedade).

Frente a estes aspectos o campo foi propício para que os movimentos sociais assumissem um papel importante na defesa das minorias¹⁹ em busca de soluções a problemas que até então as outras classes sociais não levaram em conta, já que a defesa não seria de seu interesse.

O Estado social transformou a conotação dos direitos individuais de índole formal em material, Celso Bastos descreve essa passagem como “os principais elementos componentes deste alargamento das funções públicas foram à promoção do bem comum e da justiça social”.²⁰

Com o intuito de minimizar os problemas sociais, os governantes propuseram uma séria de reformas estruturais, haja vista que a legitimidade do Estado vem a anos sendo comprometida, pois como se observa, o Estado nunca agiu em prol do interesse das classes marginalizadas. Sempre a maioria (fundamento da democracia) que decidia os rumos da nação, nunca decidia em prol de todas as classes.

A busca para que a camada marginalizada de uma sociedade fosse resgatada para participação social desencadeou reflexões em todos os campos das ciências, em especial no Direito. Diante de uma crise dos instrumentos legais no campo de inclusão social a teoria crítica do direito aparece como um instrumento de conscientização.

Começa-se a perceber que o direito legal era apenas um elemento componente dentro do Direito,²¹ havendo inúmeras outras formas de regulação social que tinham aceitação dentro de uma determinada comunidade, mas que não estavam abrangidos pelo direito legal.

É diante desse cenário que o pluralismo jurídico vem a estudar essas mudanças da realidade social, oferecendo formas alternativas de realização das necessidades esquecidas pelo poder público.

Antonio Carlos Wolkmer assim define o pluralismo jurídico:

(...) o pluralismo enquanto novo referencial do político e do jurídico necessita contemplar a questão do Estado, suas transformações e desdobramentos mais recentes, principalmente de um Estado limitado a reconhecer e garantir Direitos

19 Minorias não no sentido de quantitativo, mas sim no sentido de poder político e jurídico.

20 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. São Paulo: Saraiva, 1986, p.41.

21 Cf. COELHO, Luis Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.442.

emergentes. Por outro lado, há de se sublinhar a especificidade do pluralismo como projeção de um paradigma interdisciplinar do político e do jurídico.²²

Os movimentos sociais tiveram um papel importante nessa quebra de paradigma, estão eles contribuindo para o impulso de uma nova cultura política participativa, calcados no direito da diversidade. Para Wolkmer, os movimentos sociais

devem ser entendidos como sujeitos coletivos transformadores, advindos de diversos estratos sociais e integrantes de uma prática política cotidiana com reduzido grau de institucionalização imbuída de princípios valorativos comuns e objetivando a realização de necessidades humanas fundamentais.²³

Para o professor Marcos Augusto Maliska²⁴, a implementação de processos autônomos de participação irá ajudar na modelação das políticas públicas do Estado, conforme reivindicações realizadas. Assim, o direito pode ser compreendido como um instrumento de transformação social, através do qual a sociedade deve lutar, através de suas formas associativas, para implementar os direitos previstos no texto legal.

Ante a necessidade de se resgatar a classe marginalizada e propulsionada pelas correntes do pluralismo jurídico, o Estado inaugurou uma série de políticas públicas de inclusão social, denominadas de ações positivas, que poderiam ser definidas como

um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.²⁵

Como representante do Direito Público, Carmem Lucia Antunes defende que “a ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitos as minorias”.²⁶

Em outras palavras, ações afirmativas podem ser compreendidas como mecanismos que promovem o princípio da igualdade de oportunidades, trazendo ao seio social

22 WOLKMER, Antonio Carlos. Citado por MALISKA, Marcos Antonio. *Pluralismo jurídico e Direito moderno*. Curitiba: Juruá, 2000, p.65.

23 WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p.125.

24 Cf. MALISKA, Marcos Antonio. *Pluralismo jurídico e Direito moderno*. Curitiba: Juruá, 2000, p.75/82.

25 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.40.

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

aqueles que foram marginalizados em uma dada sociedade. Essa transformação visa atingir uma maior representatividade dos grupos minoritários nas atividades públicas e privadas.

As ações afirmativas tiveram origem nos Estados Unidos, com o fim da Guerra civil americana e a escravidão, diversas medidas jurídicas e políticas foram tomadas para combater a discriminação racial, como por exemplo, a Décima Terceira Emenda, em 1865 (que proibiu a escravidão); Décima Quarta Emenda (que trouxe o princípio do devido processo legal, proibindo a discriminação racial e considerando cidadãos americanos todos aqueles nascidos nos EUA), e a Décima Quinta Emenda, em 1870, (que impede o cerceamento do voto por motivo de raça).

Ocorre que todas as medidas tomadas pelos americanos não foram suficientes para evitar que os estados que compõe os EUA adotassem medidas segregacionistas, sobretudo os do sul, que lutaram na Guerra Civil em favor da manutenção da escravidão.²⁷

Entende Ronald Dworkin que o objetivo das ações afirmativas é implementar uma verdadeira discriminação positiva

Muitas vezes se diz que os programas de ação afirmativa têm como objetivo alcançar uma sociedade racialmente consciente, dividida em grupos raciais e étnicos, cada um deles, como grupo, com direito a uma parcela proporcional de recursos, carreiras ou oportunidades. Essa é uma análise incorreta. A sociedade norte-americana, hoje, é uma sociedade racialmente consciente; essa é a consequência inevitável e evidente de uma história de escravidão, repressão e preconceito. (...) Os programas de ação afirmativa usam critérios racialmente explícitos porque seu objetivo imediato é aumentar o número de membros de certas raças nessas profissões. Mas almejam a longo prazo reduzir o grau em que a sociedade norte-americana, como um todo, é racialmente consciente.²⁸

O Brasil importou as ações afirmativas americanas, tentando adotar políticas de combate à segregação, com o intuito de fazer valer o princípio da igualdade material cristalizada no artigo 5º, I, da Constituição Federal de 1988. Assim, com o efeito de combater os efeitos do passado escravocrata brasileiro o governo acaba implementando políticas concretas de inclusão social, o que traz à baila a discussão acerca da necessidade e constitucionalidade da adoção de medidas compensatórias dessa magnitude como a reserva de cotas para ingresso em universidades públicas.

O assunto tomou destaque na mídia, uma vez que a questão é extremamente polêmica. Se de um lado se envolve questões históricas como a desigualdade social,

27 Cf. SANTOS, Elvino Gusmão. Igualdade e raça. O erro da política de cotas raciais.

28 DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martis Fontes, 2000, p.439.

diferenças raciais, por outro se tem que analisar os primados do princípio da igualdade, para o fim de se averiguar se a finalidade da medida possui respaldo e validade constitucional.

O procurador federal Elvio Gusmão entende que a importação do sistema de cotas em universidades que funciona nos Estados Unidos é uma tentativa equivocada de solucionar um problema brasileiro com uma solução não compatível, argumenta que

A finalidade da importação da ideia de cotas dos Estados Unidos da América é trazer uma solução para um racismo que lá era institucionalizado, a fim de resolver um problema que é mais de natureza econômica que ideológica ou institucional, pois a maior discriminação, como será demonstrado, se dá mais em virtude da posição social e econômica da pessoa do que em relação a sua cor no Brasil. Aqui, após a abolição, nunca houve lei alguma que promovesse barreira institucional a negros ou qualquer outra etnia.²⁹

No Brasil, de forma diversa que nos EUA, não existe uma discriminação institucionalizada, embora possam ocorrer preconceitos de forma isolada, mas o que não pode ocorrer é o fato de se aceitar como legítima toda e qualquer política pública importada, sem realizar reflexões sobre as consequências da medida adotada.

É temerário admitir uma ação afirmativa (discriminação positiva) com base racial, haja vista que a adoção de políticas de cotas poderá ocasionar uma série de consequências distorcidas pelo simples fato de inexistir uma verdadeira diferença biológica de raças, discutidas no primeiro tópico.

Se a questão da desigualdade social existente no Brasil se deve a relação socioeconômica, pois a história demonstra que a escravidão ocorreu por conta do uso do poderio econômico em prol de um modelo econômico nascente, a solução das cotas raciais seria falha. Entende Elvio Gusmão que

O negro não foi escravizado por ser negro – embora tenham sido utilizadas razões teológicas e pseudocientíficas para justificar a escravidão –, mas pelo fato de a África fornecer a mão de obra necessária, mais abundante e de fácil captura, bem como possuir civilizações e culturas menos avançadas tecnologicamente, o que facilitou o seu domínio por parte do explorador europeu.³⁰

Essa situação coloca em dúvida se as cotas raciais em universidades seria a medida correta ou adequada para solucionar um problema social brasileiro.

Com isso, a criação de cotas como forma de inserção social de grupos marginalizados, via criação de vagas exclusivas para grupos em universidades,

29 SANTOS, Elvio Gusmão. *Igualdade e raça. O erro da política de cotas raciais.*

30 SANTOS, Elvio Gusmão. *Igualdade e raça. O erro da política de cotas raciais.*

denominada de ação afirmativa, parte da premissa de problemas de segregação racial, o que na verdade a história brasileira comprova que seria socioeconômica. Isso exige que o sistema de cota deve ser melhor refletido para que deva funcionar de uma forma diferente.

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

A intenção deste trabalho é pesquisar a questão da política de cotas raciais em universidades como ação afirmativa (política de discriminação positiva) no direito brasileiro, levando-se em conta as diretrizes constitucionais sobre o princípio da igualdade e sobre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

A constituição Federal de 1998 denota em seu art. 5º, I, que as leis devem ser executadas sem consideração pessoais, o que exige que “toda norma jurídica seja aplicada a todos os casos que sejam abrangidos por seu suporte fático e a nenhum caso que não o seja”.³¹ Isso remete a máxima aristotélica de que consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Mas a indagação que involuntariamente se apresenta é: quem são os iguais e quem são os desiguais? Deve-se perceber que a discriminação pode ocorrer em dois sentidos: quando se trata como iguais pessoas em situações diferentes e também quando se trata de forma diferente pessoas em situações iguais.

Em outras palavras, o ordenamento jurídico brasileiro deve buscar um tratamento semelhante em termos de direitos e obrigações para todos os cidadãos, o que não impede, por via do princípio da igualdade, que determinada situação tenha tratamento diferenciado de outra.

É possível que determinada situação, por apresentar-se como uma especialidade, possa receber um tratamento diferenciado, desde que diante de uma justificativa legitimada. Essa diferenciação não pode ser feita de maneira indiscriminada, sob pena de violar o próprio postulado da igualdade, conforme alerta Pimenta Bueno “a lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania”.³²

31 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.394.

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

Frente a essas premissas, é possível trazer o entendimento de Robert Alexy onde ele defende que o direito de igualdade definitivo abstrato desdobra-se no direito de ser tratado igualmente, se não houver justificativa para o tratamento desigual e o direito de ser tratado desigualmente se tal justificativa estiver presente.³³ Este ainda compreende, com base em uma jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, que

o enunciado da igualdade é violado se não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feitos pela lei,³⁴

sendo que “promover determinados grupos já significa tratar os outros de forma desigual”.³⁵

Fica claro que o princípio da igualdade se apresenta com caráter dúplice, que de um lado obriga o Estado a não conceder privilégios injustificados, mas também seria utilizado para a correção das injustiças sociais localizadas e pontuais (técnica de saneamento de desigualdades). Mas esse tratamento diferenciado deve ser aplicado com muita cautela, haja vista o perigo em estar criando um novo tipo de discriminação com base em uma aparência de justiça.

Diante de uma dada situação, entende Celso Antonio B. Mello³⁶ que, primeiramente, se deve identificar aquela situação que é erigida em critério discriminatório, para depois se descobrir se existe alguma razão racional para atribuir um tratamento jurídico diferenciado. Verificado qual o fato social que se mostre discriminado, mecanismos legislativos e administrativos compensatórios poderiam ser adotados para buscar a solucionar o problema.

Nesse processo de identificação do fato *discriminen* deve-se ter o cuidado para que a situação analisada seja efetivamente especial, ou seja, possua característica ou traço diferenciado. Para numa segunda etapa encontrar uma correlação lógica entre os fatores diferenciais do fato analisado com a diferenciação do regime jurídico estabelecida na legislação, sendo que essa diferenciação somente poderá ser levada a efeito se o presente tratamento jurídico esteja fundado em razão valiosa protegida pela carta constitucional.³⁷

Frente à perspectiva doutrinária acima delineada as políticas públicas precisam ser avaliadas a partir de um fundamento sociológico e constitucional, buscando a promoção da pessoa, sanando as reais desigualdades existentes na sociedade. A questão tormentosa que o Estado contemporâneo tem que lidar é o fato de encontrar razões para justificar

33 Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p.429.

34 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p.403.

35 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p.417.

36 Cf. Celso Antonio B. de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.38.

37 Cf. Celso Antonio B. de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p.41.

as discriminações positivas, isto é, de que determinada situação é realmente especial e merece guarida pelo Direito.

É nessa discussão que se insere a questão das cotas raciais em universidades, no qual o Estado brasileiro elegera como situação a merecer um tratamento diferenciado (art. 3º, III da CF³⁸), elencado como uma ação afirmativa destinada a promover a igualdade de acesso à educação. Mas o problema é de responder as críticas que se embasam na tese de que as cotas raciais não encontrariam uma legitimidade constitucional, bem como estaria criando, ao invés de uma inclusão social, uma nova forma de discriminação.

Sabe-se que o postulado da igualdade busca a concretização da justiça social, visando um tratamento isonômico entre situações semelhantes. Pela justificativa política da criação de cotas raciais em universidades ela estaria atrelada a concretização de uma justiça compensatória, na qual

a melhor forma de correção e de reparação desse estado de coisas consistiria em aumentar (via ações afirmativas) as chances dessas vítimas históricas de obterem os empregos e as posições de prestígio que elas naturalmente obteriam caso não houvesse discriminação.³⁹

Observa-se que a ideia central da política de cotas é a concretização da igualdade material entre os povos, sejam eles: brancos, negros ou índios. O que se buscou com essa ação afirmativa foi diminuir as desigualdades sociais (*ou tratar os desiguais na medida da sua desigualdade*), através de uma reparação de injustiças cometidas no passado, o que deveria proporcionar uma correção social mediante a criação de um sistema diverso de recepção de acadêmicos pela via racial.

Ainda que a intenção seja moralmente significativa e de grande valia, o problema é justificar as cotas raciais diante do postulado constitucional da igualdade. Pois não se poderia remediar um suposto problema do passado criando um novo problema para o futuro, haja vista que se estaria criando um novo fato discriminador, assim,

o Estado brasileiro, copiando uma solução dos Estados Unidos da América para um problema norte-americano, deu início a uma política de pretensa inclusão social e econômica das populações negras e aborígenes com o fim de diminuir as desigualdades vigentes entre estes e os de cor branca, incentivando, todavia, a discriminação racial.⁴⁰

38 Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

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

40 SANTOS, Élvio Gusmão. *Igualdade e raça. O erro da política de cotas raciais*.

Se a justificativa utilizada para a implantação da cotas raciais for de justiça compensatória, existem pesadas críticas acerca de sua aceitação, haja vista que em matéria de reparação de danos, somente quem sofreu o dano teria legitimidade de receber a respectiva reparação, bem como somente quem praticou o ato danoso tem o dever de arcar com a sanção, não sendo permitido repassar o encargo e benefícios para terceiros. Essas críticas tendem a enfraquecer a tese compensatória das ações afirmativas, segundo entendimento de Joaquim Barbosa.⁴¹

O sistema de cotas raciais foi uma opção política do Estado brasileiro como solução a fim de resolver um problema que é mais de natureza econômica do que ideológica ou racista (ao contrário da história dos EUA). A história brasileira comprova que a maior discriminação existente ocorre em virtude da posição social e econômica do que em relação à cor de pele. Se a questão de raça sempre foi utilizada como um meio para a justificação de dominação de povos, pode-se compreender que a instituição de uma forma diferenciada com base em raças, seria falha, ou pior, discriminatória.

Além disso, o artigo 208, inciso V da Constituição Federal determina que haverá o “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”, o que impõe um caráter meritório na admissão de acadêmicos pelo ensino superior, ao contrário do que ocorre no ensino fundamental e médio que se orientam pelo princípio da universalização. Assim, é vedada qualquer eleição de fator de discriminação que se baseia em nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, religião, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal⁴² em casos semelhantes.

Defende Nina Beatriz Stocco Ranieri que as cotas raciais em universidades irá criar uma distorção extremamente prejudicial na sociedade, realizando pesadas críticas a este sistema

A reserva de vagas não resolve o problema da desigualdade educacional, cujas raízes encontram-se nas condições de acesso, qualidade e permanência no ensino fundamental e médio. Pelo contrário, além de não o solucionar, agrava a desigualdade assim produzida de forma perversa. Cria duas categorias de

41 Cf. GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*, p.65.

42 CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, ART. 153, § 1º; C.F., 1988, ART. 5º, CAPUT. I. – AO RECORRENTE, POR NÃO SER FRANCÊS, NÃO OBSTANTE TRABALHAR PARA A EMPRESA FRANCESA, NO BRASIL, NÃO FOI APLICADO O ESTATUTO DO PESSOAL DA EMPRESA, QUE CONCEDE VANTAGENS AOS EMPREGADOS, CUJA APLICABILIDADE SERIA RESTRITA AO EMPREGADO DE NACIONALIDADE FRANCESA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE: C.F., 1967, ART. 153, § 1º; C.F., 1988, ART. 5º, CAPUT). II. – A DISCRIMINAÇÃO QUE SE BASEIA EM ATRIBUTO, QUALIDADE, NOTA INTRÍNSECA OU EXTRÍNSECA DO INDIVÍDUO, COMO O SEXO, A RAÇA, A NACIONALIDADE, O CREDO RELIGIOSO, ETC., É INCONSTITUCIONAL. PRECEDENTE DO STF: AG 110.846(AGRG)-PR, CÉLIO BORJA, RTJ 119/465. III. – FATORES QUE AUTORIZARIAM A DESIGUALIZAÇÃO NÃO OCORRENTES NO CASO. IV. – R.E. CONHECIDO E PROVIDO. (RE 161243, RELATOR(A): MIN. CARLOS VELLOSO, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 29/10/1996, DJ 19-12-1997 PP-00057 EMENT VOL-01896-04 PP-00756).

alunos em termos de mérito e competência acadêmicas: os das cotas reservadas e os que ingressam sem reserva de cotas; o que não só diminui a eficiência da reconhecida qualidade do ensino superior público, uma vez que os primeiros tendem a permanecer por mais tempo nos cursos de graduação, dadas as consequências inerentes à facilitação do acesso, centradas basicamente no déficit de aprendizagem. Este mesmo fato, considerado do ponto de vista do aluno ingressante pelo sistema de cotas, produz efeito antissocial ante as possíveis repetências e dificuldades de acompanhamento normal dos cursos. Não há outro caminho para a redução de desigualdades na área educacional senão o da melhoria de ensino fundamental e médio, o que supõe tanto o investimento financeiro como a formação de professores devidamente capacitados para atuar nesses níveis de ensino (...).⁴³

Deve existir uma reflexão no sentido de que se prevalecer a tese de que é possível criar um sistema em que defende uma concorrência apartada para os negros e índios, tendo como justificativa que eles não teriam as mesmas capacidades que os brancos, isso pode representar dois problemas graves: de um lado a quebra do princípio da eficiência do ensino público, ao se flexibilizar o acesso de alunos; e por outro lado, uma legalização do racismo ao invés de uma ação afirmativa.

Nesse sentido foi o entendimento da Desembargadora Vera Lúcia Lima do Tribunal Regional Federal da 2ª Região,⁴⁴ ao julgar o Agravo de Instrumento n.2008.02.01.012162-1, ocasião em que ela decidiu que as cotas raciais não atendiam ao princípio da isonomia, haja vista que o acesso ao ensino universitário deve sempre ser regulado de acordo com o critério meritório.

O que se tenta defender é que ao se criar um sistema diferenciado sob o pretexto de que há raças exploradas historicamente, mas na verdade a exploração se deu por aspectos econômicos, então a premissa adotada é falsa, logo o sistema pode não funcionar da forma que se imagina.

Além da ação judicial acima citada, existem várias outras discutindo a matéria de cotas raciais em universidades, dentre elas uma representação de inconstitucionalidade no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (processo n.º 2003.007.00021) e uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (ADIN 2858). Ambas as

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

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

ações trazem questões como estas que foram levantadas neste trabalho e que merecem ser amadurecidas pela sociedade com muita clareza e objetividade.

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

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

Observe-se um caso real que ocorreu na Universidade de Brasília relatada pelo procurador federal Elvino Gusmão

História bizarra aconteceu com os gêmeos Alan e Alex. No início de maio de 2007, o estudante Alan Teixeira da Cunha, de 18 anos, e seu irmão gêmeo Alex foram juntos à Universidade de Brasília (UnB) para se inscrever no vestibular. Visto que têm pele morena, eles optaram por disputar o concurso por meio do sistema de cotas raciais. Desde 2004, a UnB e outras 33 universidades do país reservam 20% de suas vagas a alunos negros e pardos que conseguem a nota mínima no exame. Alan e Alex são gêmeos univitelinos, ou seja, foram gerados no mesmo óvulo e, genética e fisicamente, são idênticos. Eles se inscreveram no sistema de cotas por acreditar que se enquadram nas regras, já que seu pai é negro e a mãe, branca. Seria de esperar que ambos recebessem igual tratamento. Não foi o que aconteceu. Os “juízes da raça” olharam as fotografias e decidiram: Alex é branco e Alan não. Alan, que quer prestar vestibular para educação física, foi classificado como preto na subcategoria dos pardos e pode se beneficiar do sistema de cotas. Alex, que pretende cursar nutrição, foi recusado.

A decisão da banca da Universidade de Brasília que determina quem tem direito ao privilégio da cota mostra o perigo de classificar as pessoas pela cor da pele – coisa que fizeram os nazistas e o apartheid sul-africano.⁴⁵

Para o americano John Rawls as desigualdades sociais atingem as possibilidades de vida dos seres humanos. É sobre tais desigualdades que a teoria da justiça deve ser aplicada, através da defesa da equidade. Assim, defende este autor que

45 SANTOS, Elvino Gusmão. *Igualdade e raça. O erro da política de cotas raciais*.

todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas para todos, projeto este compatível com todos os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido”. E também, “as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos;(a) devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e (b) devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade.⁴⁶

É possível defender que haja mecanismos de correções das desigualdades sociais com a finalidade de privilegiar os menos favorecidos. O que não pode acontecer é simplesmente eleger a questão racial como premissa para a diferenciação social, o que em si já é uma discriminação, haja vista que no atual Estado Democrático de Direito todo e qualquer tratamento diferenciado deve atender ao princípio da isonomia, afim de que “(...) aquilo que é identificado como vontade da Constituição deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas”,⁴⁷ conforme defende o doutrinador alemão Konrad Hesse.

Uma alternativa legítima que poderia ser criada seria a implementação definitiva de cotas para estudantes de escolas públicas ou cotas para pessoas sem condições financeiras. Estas espécies de diferenciação, aparentemente, encontrariam fundamento constitucional, pois se estaria combatendo a desigualdade social, com um problema historicamente identificado e com mecanismos de caráter objetivo, sem riscos de se privilegiar pessoas em situações iguais.

O princípio da igualdade, conforme concebido pelo Estado Democrático de Direito moderno se traduz em uma técnica que visa o saneamento das desigualdades sociais. Mas não pode ser tomado como fundamento para as cotas raciais, pois, nesse caso, estaria aplicando a isonomia às avessas, o que deslegitima os primados constitucionais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A classificação de raças não tem caráter biológico, mas sim, tem um conceito carregado de ideologia, esconde uma coisa não proclamada: a relação de poder e de dominação. É uma construção criada no imaginário social a partir das diferenças como a cor da pele e, assim manter uma discriminação a certa pessoa ou grupo social.

A história brasileira demonstra que as desigualdades sociais possuem uma origem econômica, no qual a questão racial foi elencada tão somente como uma justificativa de dominação.

46 RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p.47/48.

47 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991, p.22.

Diante da existência das desigualdades sociais é que se percebeu o surgimento de movimentos sociais que vieram a exercer um papel importante nessa quebra de paradigma. Junto com esses movimentos da sociedade também surgiram políticas públicas como forma de inserção social de grupos marginalizados, denominadas de ações afirmativas.

O Brasil importou a ideia de cotas raciais para universidades dos Estados Unidos da América, tentando trazer uma solução para desigualdade social, mas que não guarda legitimidade com a carta constitucional brasileira de 1988. Ela parte da premissa de problemas de segregação racial, o que na verdade a história brasileira comprova que seria socio-econômica.

O princípio da igualdade concebido pela Constituição Federal de 1988 se traduz numa técnica que visa o saneamento das desigualdades sociais e a adoção das cotas raciais em universidades não encontra legitimidade constitucional, pois estaria legalizando uma espécie de discriminação.

Aparentemente as cotas raciais se apresentam a sociedade como uma medida de inclusão social, mas pode-se verificar que além de não possuir uma legitimidade constitucional sua operacionalidade irá criar um antagonismo com o princípio da isonomia. O critério verificador de raças ficará a cargo de uma análise subjetivista, o que poderá criar verdadeiras distorções na finalidade dessa medida social.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n.217, jul./set. 1999.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Teoria do Estado*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v.358.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário da política*. 10.ed. Trad. João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997
- CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

- CÁCERES, Florival. *História do Brasil*. São Paulo: Moderna, 1997.
- CHALHOUB, Sidney. *Visões da liberdade: uma história das últimas décadas da escravidão na corte*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
- COELHO, Luis Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- FERNANDES, Florestan. *Mudanças sociais no Brasil*. São Paulo: Difusão Europeia do livro, 1960.
- _____. A democratização do ensino. In: FERNANDES, Florestan. *Educação sociedade no Brasil*. São Paulo: Dominus/EDUSP, 1966.
- FERREIRA, Daniela Sanchez Ita; CHICANATTO, Dionísio. *Ações afirmativas e a política de cotas raciais dentro do sistema educacional brasileiro*. Disponível na internet: <http://www.faimi.edu.br>. Acesso em: 01/06/2009.
- GEARY, Patrick J. *O mito das nações*. Trad. Fábio Pinto. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2005.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Classes, raças e democracia*. São Paulo: Editora 34, 2002.
- HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HAYEK, Friedrich August Von. *Os fundamentos da liberdade*. Brasília: Ed. UnB, São Paulo: Visão, 1983.
- HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HOLANDA, Sergio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- LINTON, Ralph. *O homem: uma introdução à antropologia*. Trad. Lavinia Vilela. 11.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1981.
- MALISKA, Marcos Antonio. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.
- _____. *Pluralismo jurídico e direito moderno*. Curitiba: Juruá, 2000.

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

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

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

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

MONTELLATO, Andrea, CABRINI, Conceição; CATELLI Junior, Roberto. *História temática: o mundo dos cidadãos*. Scipione, 2000.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. *A separação dos poderes, as concepções mecanicistas e normativas das Constituições e seus métodos interpretativos*. Jus Navegandi. Disponível em: <www.jusnavegandi.com.br>. Acesso em: 06. jul. 2005.

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

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

TODOROV, Tzvetan. *Nós e os outros: a reflexão francesa sobre a diversidade humana*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993.

TEMER, Michel. *Elementos de direito Constitucional*. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. São Paulo: Alfa Omega, 2001.