

## MÍNIMOS FUNDAMENTOS NECESSÁRIOS PARA A DISCUSSÃO DAS COTAS RACIAIS PARA O INGRESSO DOS NEGROS NAS UNIVERSIDADES

**Rui Magalhães Piscitelli**

*Advogado, Pós-graduado em Processo Civil,  
Bacharel em Ciências Contábeis,  
Especialista em Finanças,  
Mestre em Direito Constitucional.*

Libertar a história das suas nostalgias de eternidade, virar a ampulheta para produzir extensões de tempo neguentrópico, apreender o Kairos entre acaso e necessidade, conciliar ritmos sociais sempre ameaçados de dissonância. Estas são as apostas do compasso de quatro tempos que nos preparamos agora para tocar.<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo trazer, à sempre presente discussão da implantação das cotas raciais para o ingresso do negro na Universidade, alguns fundamentos que apontam para aspectos que devem ser levados em consideração no cenário científico, e, também, no palco da formulação de políticas públicas do setor. Esses fundamentos mínimos são trazidos, na sua grande maioria, da dissertação de Mestrado defendida pelo Autor sobre o tema, onde, nesta, é feita uma análise bem mais aprofundada do tema.

**ABSTRACT:** This article aims to bring to the ever-present discussion of the deployment of racial quotas for admission at the University of black, some fundamentals that point to aspects that should be taken into account in setting scientific, and also on the stage of formulating public sector policies. These reasons are brought minimum, the vast majority of the Master's dissertation, defended by Author on the topic, where, in this, there is a much more thorough analysis of the subject.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ações afirmativas. Cotas. Negros. Universidades públicas. Constitucionalidade.

**KEY WORDS:** Affirmative actions. Reserve. Blacks. Public universities. Constitutionality.

Sumário: 1 Um Necessário Retrospecto da Evolução dos Direitos Fundamentais; 2 Um Pouco sobre as Igualdades; 3 Por que Cotas Raciais e não Sociais e a Razão da Discriminação Positiva; 4 Definição Racial; 5 Cotas Raciais como Solução Definitiva?; 6 Conclusões; 7 Referências.

### 1 UM NECESSÁRIO RETROSPECTO DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos humanos, originariamente, tiveram como função fazer com que o Estado não interferisse, ou o fizesse no menor grau possível, na autonomia privada dos cidadãos, ou seja, os direitos dos indivíduos perante o Estado se caracterizavam como

---

<sup>1</sup> OST, François. *O tempo do Direito*. Lisboa: Piaget, 1999. p. 46.

de defesa<sup>2</sup>. O cenário de então, com a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 1789, - marcos do início da era contemporânea - estava ainda muito ressentido pelo Estado absolutista até então vigente.

Sobre o termo gerações de direitos, SARLET prefere descartar o seu uso, em prol do termo dimensão, pois, este sim, denota a complementariedade entre os direitos sucessivamente, e não, substitutividade, como faz expressar aquele primeiro vocábulo<sup>3</sup>.

Nesse estágio, que a doutrina convencionou chamar de 1ª dimensão, as garantias aspiradas diziam respeito à liberdade individual, de empresa e de pensamento. A igualdade formal bastava em um momento em que os agentes econômicos participavam de um sistema de livre concorrência. Assim o vemos em ALEXY: "Los derechos de defensa del ciudadano frente al Estado son derechos a acciones negativas (omisiones) del Estado"<sup>4</sup>.

Contudo, a sociedade se transformava rapidamente, e, ao Estado, não era mais suficiente que garantisse somente os direitos de defesa aos cidadãos. A Revolução Industrial, como efetivamente provocou crescimento econômico, também aumentava cada vez mais a desigualdade na repartição da riqueza.

No final do século XIX, surgem movimentos sociais e, com eles, novas concepções filosóficas e econômicas. Karl Marx foi um dos maiores críticos do sistema então vigente, diagnosticando a concentração de renda que estava sendo gerada pelo processo de industrialização, fazendo com que cada vez mais o excedente do tempo de trabalho dos operários fosse apropriado pelos donos dos fatores de produção. Nas palavras de PINHO<sup>5</sup>:

O capitalismo atomizado e concorrencial do início do século XIX cederia lugar a um capitalismo molecular ou de grandes concentrações econômicas, de forte tendência monopolística; o Estado abandonara sua passividade de simples guardião da ordem para interferir, cada vez mais, no campo econômico...

Assim, surgem os direitos fundamentais de segunda dimensão, calcados nos ideais sociais das Constituições do México, 1917, e de Weimar, 1919, demonstrando uma preocupação para que o Estado, sim, interfira positivamente na sociedade, justamente nos âmbitos econômico, social e cultural. Veja-se: aqui já falamos de ações positivas do Estado na sociedade.

Sobre o assunto, que toca diretamente ao objeto do presente artigo, a igualdade: "...estes direitos fundamentais, no que se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, nasceram abraçados ao princípio da igualdade, entendida esta num sentido material"<sup>6</sup>.

Nessa quadra, o Estado passa a ter uma participação ativa na sociedade. Na história do século XX, passamos a conviver com o *Welfare State*, o Estado de bem-estar social. Progressivamente, mais recursos públicos são destinados a gastos sociais, como saúde, educação e previdência social. O Estado passa a ser devedor de prestações positivas da sociedade, como nos ensina ALEXY:

---

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 54.

<sup>3</sup> SARLET, op. cit., 2004. p. 53.

<sup>4</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 419.

<sup>5</sup> PINHO, Diva Benevides, et al. *Manual de Economia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 41.

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 518.

Para el problema de los derechos subjetivos a prestaciones tienen importancia, sobre todo, las decisiones en las que no solo se habla - como suele suceder - de obligaciones objetivas Del Estado, sino que, además, se analizan derechos subjetivos a acciones positivas.<sup>7</sup>

Repise-se, temos a mudança do paradigma do Estado, de um modelo passivo para um ativo. E é nesse viés, que temos espaço para as ações afirmativas, no caso presente, como espécie, as cotas raciais.

Ainda, aponta-nos SARLET uma terceira dimensão dos direitos fundamentais. Nesta, a titularidade sai do indivíduo passando para a coletividade, o povo, a nação. Ressalta a importância dos direitos à paz e ao meio-ambiente sadio. Como matiz de sua caracterização, exigem uma postura eminentemente negativa. Digno de nota, SARLET os enquadra como atualização dos direitos da 1ª dimensão, adaptados às novas exigências da nova sociedade contemporânea.

Anote-se, ainda, que SARLET nos noticia a categoria da 4ª dimensão dos direitos fundamentais, mas alerta: "...no entanto, ainda aguarda sua consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas"<sup>8</sup>. Direito à informação e à participação popular direta, dentre outros, marcam essa nova dimensão, na qual o ponto realmente diferenciador é a garantia de capacitação dos indivíduos para fazerem parte de uma sociedade globalizada<sup>9</sup>.

Por fim, a despeito de contarmos com direitos fundamentais de dimensões elevadíssimas, não podemos nos esquecer de lhes emprestar efetividade, busca que é bem assinalada por CLÉVE<sup>10</sup>, em face de que, desde o início dos anos 90, o Brasil passou a conhecer uma nova geração de constitucionalistas, com o propósito de efetivar os princípios e valores do texto da Carta para o mundo real. E, no nosso caso em estudo, essa efetivação não pode deixar de passar ao largo a implementação da igualdade material pelo Estado brasileiro.

## 2 UM POUCO SOBRE AS IGUALDADES

O conceito de igualdade acompanhou a evolução dos direitos fundamentais, tal que, no seu nascedouro, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, aquela era tida em seu aspecto formal. E, aqui, já nos valem de RIOS, quando define contextualizadamente aquela como a "proibição da instituição de qualquer distinção fundada nos critérios proibidos de diferenciação, gerando, por assim dizer, um direito à indiferença", sempre tomando o paradigma abstrato e universalizante de comparação dos padrões dos grupos dominantes, produzindo, assim, uma pseudoneutralidade<sup>11</sup>. Isso porque era pressuposto que as condições fáticas entre os cidadãos eram equânimes, aliás, essa a grande vitória do movimento de 1789, tendo em vista que a Revolução saíra vencedora por acabar com as distinções nobilísticas do *Ancien Regime*. Ou nas palavras de BELLINTANI<sup>12</sup>: "passou-

---

<sup>7</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 422.

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 59.

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 526.

<sup>10</sup> CLÉVE, Clemerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: *Uma vida dedicada ao Direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: RT, 1995, p. 33-53.

<sup>11</sup> RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e o direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e as ações afirmativas no direito constitucional estadunidense*. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004, p. 27-29.

<sup>12</sup> BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação afirmativa e os princípios do Direito. A questão das quotas raciais para ingresso no ensino*

se a vislumbrar na igualdade uma exigência de vedar tais privilégios e discriminações, pois só assim seria possível estabelecer uma verdadeira igualdade". Ainda, na mesma linha, SILVA JÚNIOR<sup>13</sup>:

Em sua fase embrionária, portanto, o direito de igualdade surge como antítese dos privilégios, reivindicando a igual dignidade dos humanos, e, em conseqüência, impondo ao Estado o dever de editar regras gerais e impessoais, não-individuadas, ancorado no pressuposto de que as aptidões intelectuais, a capacidade e o mérito de cada um constituiriam requisitos a partir do qual seriam distribuídos os bens e as vantagens, e com base no qual floresceriam e se desenvolveriam as potencialidades humanas. A sociedade de privilégios transmuda-se, então, ao menos no plano estritamente formal, em sociedade meritocrática.

Contudo, os movimentos econômicos e sociais dos séculos XVIII e XIX reforçaram a desigualdade fática entre os homens, a ponto de se chegar à indagação de COMPARATO<sup>14</sup>:

O reconhecimento incontestável, nos dias que correm, de que os homens nascem iguais, em dignidades e direitos, mas vivem, freqüentemente, em situações das mais escandalosa desigualdade quanto às condições sócio-econômicas básicas (educação, saúde, habitação, trabalho, previdência), não estaria a indicar que o velho princípio da isonomia acabou sendo superado na prática?

Evoluímos, então, para a conceituação da igualdade em seu sentido material. Na verdade, idéia presente já na Antigüidade clássica, em Aristóteles, de que deve haver tratamento igualitário entre os iguais e diferenciado os desiguais. Veja-se que mesmo em KELSEN já tínhamos tal noção da necessidade de diferenciação jurídica para comportar a desigualdade fática existente<sup>15</sup>:

A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres.

Importante destacarmos a respeito é que, sob o manto do quesito mérito, pode estar escondida a discriminação racial na sua forma indireta. Melhor dizendo, o argumento do mérito individual de cada um como critério exclusivo para a conquista do bem da vida peca pelo fato de favorecer a manutenção do status vigente, altamente discriminador. Importante ponto sobre a matéria ora sob exame é refletirmos sobre os dois tipos de mérito que deveriam ser considerados, quais sejam, o mérito da chegada, utilizado com o fundamento de uma neutralidade, na verdade, inexistente, e o mérito do percurso, este sim considerando as vitórias no decorrer de uma trajetória altamente díspar de condições entre indivíduos sectarizados na nossa sociedade. JÚNIOR utiliza a expressão "linha de largada", no caso brasileiro,

---

*superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 22.

<sup>13</sup> SILVA JÚNIOR, Hédio. Ação afirmativa na Constituição de 1988. In: BENTO, Maria Aparecida Silva et al. *Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000, p. 123.

<sup>14</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Igualdades, Desigualdades. São Paulo, *Revista Trimestral de Direito Público*, Malheiros, 1996, p. 77.

<sup>15</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito. Tradução Ch. Einsenmann*. 2. ed. Paris, 1962, p. 190. Apud: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 11.

extremamente desigual que é entre os negros e os brancos, para justificar a necessidade de adoção das ações afirmativas no combate ao mito indiscriminado do mérito<sup>16</sup>. E SANTOS<sup>17</sup> nos questiona:

Deve-se considerar somente o mérito de chegada, aquele que se vê ou se credita somente no cruzamento da linha de chegada: na aprovação do vestibular: Ou considerar também o mérito de trajetória, aquele que se computa durante a vida escolar dos estudantes, que leva em consideração facilidades e dificuldades dos alunos para concluir os seus estudos?

### **3 POR QUE COTAS RACIAIS E NÃO SOCIAIS E A RAZÃO DA DISCRIMINAÇÃO POSITIVA**

Nas palavras de CARVALHO, analisando os reflexos na auto-estima da população negra causados pelo sistema de reserva de vagas, antevê o Autor que a disputa por elas tenderá a crescer muito, demonstrando que o negro brasileiro, além do estresse social, realmente sofre mais um, qual seja, o estresse racial, sendo, pois, o negro pobre muito mais prejudicado do que o branco pobre no Brasil, provocando que sua auto-estima seja mais baixa do que a do branco<sup>18</sup>.

O mais provável é que a abertura de cotas atue positivamente sobre a auto-estima da população negra e o contingente de candidatos negros cresça consideravelmente. Estudantes negros também de outros estados da nação, que até agora têm se intimidado diante da elitização do nosso vestibular, tentarão suas chances através do sistema de cotas. Eis porque acreditamos que esses 20% de vagas sejam disputados intensamente.

Na mesma linha, SILVA<sup>19</sup>:

A situação deficitária de acesso à educação e ao trabalho dos negros tem raízes que remontam ao colonialismo e à escravidão, produzindo ainda hoje nefastos resultados. Como a discriminação racial está presente na área educacional o desenvolvimento e a especialização dos afrodescendentes ficam prejudicados, discriminados que são duplamente pela condição racial e socioeconômica, culminando na dificuldade de êxito escolar e de acesso a posições melhor remuneradas no mercado de trabalho. Esse quadro gera um círculo vicioso de pobreza, insucesso escolar e marginalização social.

Assim também ZONINSEIN quando nos indica que a autoconfiança dos negros pode ser em muito beneficiada com a inclusão dos beneficiários das ações afirmativas raciais na elite social, tendo em vista a criação de modelos a serem seguidos<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> JÚNIOR, João Feres. Aspectos normativos e legais das políticas de ação afirmativa. In: JÚNIOR, João Feres e ZONINSEIN Jonas (orgs). *Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas*. Brasília: Universidade de Brasília, 2006. p. 46-62.

<sup>17</sup> SANTOS, Sales Augusto dos. Ação afirmativa e mérito individual. In: OLIVEIRA, Iolanda de, et al. *Negro e Educação - Identidade negra - pesquisas sobre o negro e a educação no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003. p. 30.

<sup>18</sup> CARVALHO, José Jorge de. *Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior*. São Paulo: Attar, 2005. p. 48.

<sup>19</sup> SILVA, Luiz Fernando Martins da. Estudo sócio-jurídico relativo à implementação de política de ação afirmativa e seus mecanismos para negros no Brasil: aspectos legislativo, doutrinário, jurisprudencial e comparado. *Ministério da Educação - Brasil*. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/estudosociojuridico.pdf>>. Acesso em 06 jun. 2006.

<sup>20</sup> ZONINSEIN, Jonas. Minorias étnicas e a economia política do desenvolvimento, p. 63-78. In: JÚNIOR, João Feres e ZONINSEIN Jonas (orgs). *Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas*. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

Para introduzirmos a problemática de se a inserção via ação afirmativa, na sua espécie da política de cotas, deve focar o critério social, o critério racial, ou ambos, trazemos à luz ponderação de QUEIROZ<sup>21</sup>:

Embora o Brasil seja um país de população diversa racialmente, portador de uma história de profundas desigualdades entre negros e brancos, as análises sobre o caráter seletivo da educação têm se centrado, de modo geral, no exame dos determinantes econômicos, negligenciando o efeito de outros marcadores sociais, como o gênero e a raça, que têm, seguramente, uma forte participação na equação que exclui significativas parcelas da sociedade das oportunidades de acesso ao sistema de ensino, sobretudo no seu patamar mais elevado.

No entanto, para termos um fator discriminante justificável sob o prisma da igualdade material, como trazemos aqui, qual seja, a cor, tal ponto não deve ser arbitrário senão fruto da constatação fática no seio da sociedade, daí o suporte nas estatísticas que apresentaremos. A respeito, muito bem nos assinala SANTOS:

Ao considerar a delimitação do campo dessa pesquisa, há um único público-alvo focado: os negros. Assim sendo e atentando para a definição de ações afirmativas, faz-se necessário saber se os pós-graduandos da UnB concordam que os negros são discriminados racialmente no Brasil ou, como afirma Guimarães (1997), se esse grupo racial vive, de fato, uma situação de inferiorização no âmbito social geral, visto que um dos grandes problemas em discutir ações afirmativas para os negros no Brasil deve-se ao fato de não haver um consenso substancial na sociedade brasileira sobre a desigualdade racial, premissa fundamental para ensejar a adoção de políticas afirmativas.<sup>22</sup>

E a justificação de tal diferenciação em prol das cotas raciais deve ser buscada na inferiorização da inserção do negro na sociedade em relação ao branco. Abaixo, trazemos importantes relatos colhidos de uma escola de ensino fundamental do Estado de São Paulo, que muito bem expõem que a discriminação do afeto em muito prejudica a auto-estima da população negra:

Estudos recentes da pedagoga Eliane dos Santos Cavalleiro, entre outros autores, demonstraram o contrário. Ao realizar a sua pesquisa de Mestrado em uma escola de educação infantil municipal na região central de São Paulo que atende a uma população de baixa renda, Cavalleiro concluiu que a origem racial condiciona um tratamento diferenciado na escola, ou seja, que o cotidiano da educação infantil é marcado por preconceitos e discriminações raciais de professores contra os alunos negros. Segundo Cavalleiro, em um de seus exemplos a familiaridade com a dinâmica da escola permite perceber a existência de um tratamento diferenciado e mais afetivo dirigido às crianças brancas. Isto é bastante perceptível quando analisado o comportamento não-verbal que ocorre nas interações professor/aluno branco, caracterizadas pelo natural contato físico acompanhado de beijos, de abraços e de toques. Isso é bastante visível no horário da saída, quando os pais começam a chegar para pegar seus filhos. Observando o término de um dia de aula, foi possível contabilizar um número três vezes maior de crianças brancas sendo beijadas pelas

---

<sup>21</sup> QUEIROZ, Delcele Mascarenhas O vestibular e as desigualdades raciais. In: OLIVEIRA, Iolanda de et al. *Negro e Educação - Identidade negra - pesquisas sobre o negro e a educação no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003. p. 7-8.

<sup>22</sup> MARTINS, S. da S. Ação afirmativa e desigualdade racial no Brasil. *Estudos feministas*, v.4, n.1, p. 202. Apud: SANTOS, Sales Augusto dos. Ação afirmativa e mérito individual. In: OLIVEIRA, Iolanda de, et al. *Negro e Educação - Identidade negra - pesquisas sobre o negro e a educação no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003. p. 24-25.

professoras em comparação às crianças negras: dez crianças brancas para três negras. Também durante as atividades, é possível constatar a existência de um tratamento mais afetivo em prol da criança branca. Desse modo, na relação com o aluno branco as professoras aceitam o contato físico através de abraço, beijo ou olhar, evidenciando um maior grau de afeto. O contato físico demonstrou ser mais escasso na relação professor/aluno negro. As professoras ao se aproximarem das crianças negras mantêm, geralmente, uma distância que inviabiliza o contato físico. É visível a discrepância de tratamento que a professora dispensa à criança negra, quando comparamos com a criança branca.<sup>23</sup>

E também de CAVALLEIRO colhemos relato da discriminação sofrida na prática pelos negros<sup>24</sup>:

A familiaridade com a dinâmica da escola permite perceber a existência de um tratamento diferenciado e mais afetivo dirigido às crianças brancas. Isso é bastante perceptível quando analisado o comportamento não-verbal que ocorre nas interações professor/aluno branco. Nela é natural o contato físico, acompanhado de beijos, de abraços e de toques. Isso é bastante visível no horário da saída, quando os pais começam a chegar para pegar seus filhos. A menina Solange (branca) despede-se da professora com um beijo e esta retribui. Observando o término de um dia de aula, foi possível contabilizar um número três vezes maior de crianças brancas sendo beijadas pelas professoras em comparação às crianças negras: dez crianças brancas para três negras.

SANTOS também nos traz outro caso extremamente chocante, que muito bem retrata o processo de inferiorização que o negro sofre desde a sua infância<sup>25</sup>:

Pode-se citar como exemplo dessas conseqüências graves o que ocorreu numa escola pública municipal, em Hortolândia, interior do estado de São Paulo, em 24 de setembro de 1997. Por não entender o que a professora estava dizendo, uma aluna negra, de 9 anos, resolveu chamá-la usando a expressão tia. A educadora que estava substituindo a professora responsável pela turma reagiu da seguinte maneira: Olhe para minha cor e para a sua. Veja se posso ser sua tia. No mesmo dia e na mesma aula, outro aluno também negro a chama novamente de tia. A professora se irrita novamente, coloca o braço dela junto ao dele e responde: Está vendo como somos diferentes: Não posso ser sua tia!. Depois desse acontecimento, o rendimento escolar da aluna caiu. Segundo a mãe da aluna, no fim do ano letivo, ela (a filha) chorava sem parar e começou a reclamar de fortes dores pelo corpo. Seus braços e pernas ficaram paralisados, ela não andava e voltei a lhe dar banho e comida na boca.

SILVEIRA reforça a diferença abissal de tratamento dada aos brancos e aos negros e suas conseqüências nefastas para a formação do futuro cidadão<sup>26</sup>:

---

<sup>23</sup> CAVALLEIRO, Eliane dos Santos. Do silêncio do lar ao silêncio escolar: racismo, preconceito e discriminação na educação infantil. São Paulo: Contexto, 2000, p. 213-214. Apud: SANTOS, Sales Augusto dos. Ação afirmativa e mérito individual. In: OLIVEIRA, Iolanda de, et al. *Negro e Educação - Identidade negra - pesquisas sobre o negro e a educação no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003, p. 28.

<sup>24</sup> CAVALLEIRO, Eliane dos Santos. Do silêncio do lar ao silêncio escolar: racismo, preconceito e discriminação na educação infantil. São Paulo: Contexto, 2000, p. 72.

<sup>25</sup> SANTOS, Sales Augusto dos. Ação afirmativa e mérito individual. In: OLIVEIRA, Iolanda de, et al. *Negro e Educação - Identidade negra - pesquisas sobre o negro e a educação no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003, p. 29, citando Raça Brasil, ano 6, n. 53, jan., 2001, p. 82.

Refletindo sobre trajetórias escolares de estudantes oriundos de famílias atingidas pelo fenômeno da pobreza aliado ao do racismo que atinge as famílias negras, estudos, como os de Hasembaig, Rosemberg e Barcelos, entre outros, descobrem informações importantes para a compreensão do peso que têm as relações raciais como co-produtoras de diferenças significativas nas condições de vida dos negros brasileiros, pela determinação de suas histórias de vida escolar e de trabalho. Em grande parte, as trajetórias apresentam-se erráticas, marcadas por descontinuidades e defasagens em comparação às de outros grupos raciais.

A sociedade identifica perfeitamente quem é negro para efeitos discriminatórios, e muito bem, não tendo suporte fático suficiente a alegação de que a identificação dos beneficiários negros é impossível numa sociedade altamente miscigenada como a nossa. Assim sendo, por que não transformamos essa fácil identificação para discriminar em um sentido de selecionar os beneficiários para serem alvo de uma ação afirmativa?

Dada essa discriminação praticada diariamente, CRUZ fundamenta a necessidade de termos cotas raciais, além das sociais, demonstrando que a visão tão-só econômica não é suficiente para a resolução do problema hoje enfrentado pelos negros no Brasil<sup>27</sup>:

Todavia, a discriminação não pode ser encarada como um fenômeno puramente econômico, mesmo que, especialmente nos casos da mulher e do negro, existam causas/fatores de caráter econômico que concorreram para seu aparecimento. Fosse de outra maneira, deveríamos encontrar uma solidariedade de homens e mulheres, brancos e negros, heterossexuais e homossexuais, sãos e portadores de deficiência numa mesma classe social. No entanto, não é o que se percebe. Mesmo o mais humilde camponês encontra prazer em sentir-se homem, pois essa condição lhe permite uma posição de superioridade na comunidade, algo que o diferencia e o torna mais aceitável socialmente. Assim, também o operário branco que se sente melhor e com direitos a maiores benefícios do que os operários negros.

A discriminação não deve, pois, ser enfocada apenas sob o prisma do dado econômico, ignorando elementos socioculturais, antropológicos e psicológicos essenciais ao tema. Tanto o marxismo quanto o neoliberalismo mostram-se incapazes de uma correta abordagem do problema.

Na mesma linha da dupla discriminação sofrida pelos negros, a despeito de firmar a diferença entre a discriminação norte-americana e brasileira contra o negro, assenta KAUFMANN que, lá, a causa exclusiva é a cor, ao passo que, no Brasil: "... Há fortes indícios de que, pelos menos, dois fatores concorrem para a exclusão do negro brasileiro: a cor e a classe econômica desfavorável"<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> SILVEIRA, Marly. Pluralidade cultural ou atualidade do mito da democracia racial? In: BENTO, Maria Aparecida Silva et al. *Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000. p. 59-60.

<sup>27</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 171.

<sup>28</sup> KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 225.

Feres Júnior & Zoninsein, reforçando a necessidade de termos cotas raciais, independentemente das sociais, trazem-nos que o crescimento econômico fruto do Estado de bem-estar social não resolveu o problema da discriminação racial<sup>29</sup>.

Bem assim Guimarães: "Existe um resíduo nas explicações sobre as desigualdades de renda, educação e habitação, saúde, etc. que deve ser atribuído a diferenças raciais"<sup>30</sup>.

Trazemos, em homenagem ao nosso constitucionalismo, também em auxílio os ensinamentos de MORAES, ao bem distinguir as diferenciações arbitrárias dos tratamentos materialmente isonômicos, estes, legítimos, através do tratamento desigual aos desiguais:

Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo Direito, sem que se esqueça, porém, como ressaltado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.<sup>31</sup>

#### 4 DEFINIÇÃO RACIAL

Discussão que vem atrelada à adoção da política de cotas raciais é acerca da própria existência biológica desta, que vem tendo o veredito de inexistência por parte da ciência<sup>32</sup>:

Recente pesquisa do biólogo Alan Templeton comprovou, cientificamente, a inexistência de diferenças raciais significativas no genoma humano. Ao comparar mais de 8000 amostras genéticas, o pesquisador constatava que as diferenças genéticas entre grupos das mais distintas etnias são insignificantes. Para que o conceito de raça tivesse validade científica, essas diferenças teriam de ser muito maiores.

Logo, quando constatamos a discriminação racial, temos de ter como fundamento diferenciador a desigualdade de sua inserção nas boas estatísticas socioculturalmente, e não o fator genético. Defender este critério para elegermos os beneficiários das ações afirmativas raciais levaria a uma desmoralização científica desse intento. A respeito<sup>33</sup>:

---

<sup>29</sup> FERES JÚNIOR, João; ZONINSEIN Jonas (Orgs.). *Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas*. Brasília: Universidade de Brasília, 2006. p. 11.

<sup>30</sup> GUIMARÃES, Antônio Sérgio. *Racismo e anti-racismo no Brasil*. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 186-187.

<sup>31</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 15. ed. 2004. p. 66.

<sup>32</sup> GODOY, Norton. Somos todos um só. In: *Revista "Istoé"*, de 15 de novembro de 1998. Apud: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 149.

<sup>33</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 149.

Assim, por maiores diferenças biológicas, entre escandinavos, asiáticos, africanos e esquimós, o genótipo deles indica uma única raça na espécie do *Homo sapiens*. Logo, o racismo deve ter suas origens trabalhadas no âmbito sociocultural e não das ciências naturais.

Na doutrina, PINHO ratifica a posição de a raça geneticamente não ter influência sobre a sociabilização; ao invés disso, a cultura passa a ser a responsável pela discriminação hoje praticada<sup>34</sup>:

Na verdade, o termo raça refere-se ao uso de diferenças fenotípicas como símbolos de distinção social. Significados raciais são, nesse sentido, culturalmente e não biologicamente construídos, distinguindo-se, a partir da inserção nestas categorias, lugares sociais dominantes e dominados. Raça é, assim, síntese de diferenças fenotípicas, mas também de status, de classe, de diferenças, em suma, políticas, portanto, podemos dizer que relações de raça são relações de poder. A partir deste ambiente, constituído por relações raciais, modos de consciência racial emergem; tal consciência é definida como o resultado dialético do antagonismo entre grupos sociais justamente definidos como raças no curso de um processo histórico.

## 5 COTAS RACIAIS COMO SOLUÇÃO DEFINITIVA?

A política de cotas, como espécie do gênero ação afirmativa, tem encontrado muita resistência, quer nacional, quer internacionalmente. A principal crítica, além de várias outras plasmadas no presente trabalho e, modestamente, com tentativas de respostas por nós apresentadas, é de que as cotas dão um caráter de fixidez àquela política estatal, não refletindo a real situação de disparidade de determinado grupo no conjunto da sociedade. Já de início, GOMES traz à lume que a política de ações afirmativas não se resume à adoção das cotas:

no pertinente às técnicas de implementação das ações afirmativas, podem ser utilizados, além do sistema de cotas, o método do estabelecimento de preferências, o sistema de bônus e os incentivos fiscais (como instrumento de motivação do setor privado). Noutras palavras, ação afirmativa não se confunde nem se limita às cotas.<sup>35</sup>

No entanto, pensamos que, no caso brasileiro, ainda que como política de curto prazo, impõe-se a adoção da política de cotas para o acesso dos negros à Universidade, dada a situação de extrema exclusão a que hoje esse grupo da sociedade é submetido, como neste trabalho constataremos com dados estatísticos. Assim, a sub-regra da necessidade da regra da proporcionalidade, pensamos, fica justificada na maioria dos programas que já analisamos, ressaltando que, como veremos adiante, essa análise do respeito à proporcionalidade deve ser feita caso a caso. Em outras palavras, é necessário um "choque" cultural inicial, que só um programa de cotas fixas pode oferecer, tomando-se, todavia, desde o planejamento de tal política, vários cuidados necessários, os que serão também objeto do presente estudo, tais como uma entrevista pessoal com o candidato autodeclarado negro, a temporariedade, a adequação às diferenças raciais regionais, a instituição de

---

<sup>34</sup> Cfme. trecho tirado da resenha feita por Osmundo de Araújo Pinho, publicado na revista Estudos afro-asiáticos, ano 24, n. 2, 2002, 416, do livro do cientista político african-american Michel Hanchard, intitulado: Orfeu e Poder. Movimento Negro no Rio e São Paulo. Rio de Janeiro: UERJ/UCAM-Centro de Estudos Afro-asiáticos, 2001.

<sup>35</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa: aspectos jurídicos*. Racismo no Brasil. São Paulo: Peirópolis Abong, 2002. p. 142.

programas de apoio aos cotistas ingressantes na Universidade e a compatibilização de tal programa com a necessidade social do candidato cotista negro.

Quando discutimos a pertinência das cotas raciais na sub-regra da necessidade, temos de aprender com HENRIQUES, o qual expõe a diferença de escolaridade interracial, que vem se mantendo historicamente, razão pela qual se justifica, neste ponto, a adoção das cotas, enquanto modalidade extrema das ações afirmativas<sup>36</sup>:

Ao analisarmos os níveis de escolaridade a partir do recorte racial, constatamos que a escolaridade de um jovem negro com 25 anos de idade gira em torno de 6,1 anos de estudo; um jovem branco da mesma idade tem cerca de 8,4 anos de estudo. O diferencial é de 2,3 anos de estudo. A intensidade dessa discriminação racial, expressa em termos da escolaridade formal dos jovens adultos brasileiros, é extremamente alta, sobretudo se lembrarmos que se tratam de 2,3 anos de diferença em uma sociedade cuja escolaridade média dos adultos é em torno de seis anos. Embora a diferença entre nossos jovens brancos e negros de uma mesma coorte (faixa geracional) seja intensa, não é somente a magnitude dessa diferença que representa um elemento perturbador da discriminação observada. Em termos do projeto de sociedade que o país está construindo, o mais inquietante é a evolução histórica e a tendência de longo prazo dessa discriminação. Apesar da escolaridade média de brancos e negros crescer de forma contínua ao longo do século XX, a diferença de 2,3 anos de estudo entre jovens brancos e negros de 25 anos de idade é a mesma observada entre os pais desses jovens. E, de forma assustadoramente natural, 2,2 anos de estudo é a intensidade da diferença entre os avós desses jovens.

Contudo, certamente as cotas raciais não são uma solução definitiva, senão, como apontamos, um choque na cultura social. Investimentos governamentais no ensino público primário e secundário, aliados à permanente avaliação dos cotistas no decorrer do curso, e, ainda, a temporariedade dessa medida, no nosso modo de ver, são essenciais para o sucesso da política pública ora em apreço.

## 6 CONCLUSÕES

Isso posto, o Direito Constitucional e o Administrativo devem andar juntos na busca de uma verdadeira sociedade livre, justa, solidária e igualitária. Veja-se que a política de cotas raciais para o ingresso nas Universidades tem sido realizada administrativamente, via Resoluções Universitárias, valendo-se de sua autonomia constitucional. No plano legislativo, a discussão se arrasta há anos no Congresso Nacional.

Atualmente, na condução, com maestria, da Consultoria Jurídica do Ministério da Educação, BUCCI nos traz esse novo viés do Direito Administrativo, qual seja, a interação jurídico-política com vista à satisfação integral do interesse público primário<sup>37</sup>:

Adotar a concepção das políticas públicas em direito consiste em aceitar um grau maior de interpenetração entre as esferas jurídica e política ou, em outras palavras, assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa

---

<sup>36</sup> HENRIQUES, Ricardo. *Raça e gênero nos sistemas de ensino: os limites das políticas universalistas na educação*. Brasília: Unesco, 2002. p. 39-41.

<sup>37</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241.

comunicação na estrutura burocrática do poder, Estado e Administração Pública.

OTERO também nos traz seu ensinamento na mesma busca do novo Direito Administrativo, voltado à efetivação do ordenamento constitucional<sup>38</sup>:

Deste modo, além de normas constitucionais dotadas de aplicabilidade direta e força vinculativa imediata para as estruturas da Administração Pública, registra-se que as imposições da Constituição em matéria de bem-estar não têm apenas o legislador como destinatário, a Administração é, também ela, e apesar de assumir uma posição subsidiária ou complementar, destinatária das imposições constitucionais de bem-estar.

Logo, temos de ler o Direito Administrativo atual com uma visão integrada à Constituição, fazendo com que os pré-juízos sejam autênticos. E essa autenticidade, num Estado Democrático de Direito, que, esperamos, um dia migre para um Estado de Direito Democrático, como já previsto na Constituição Portuguesa de 1976, deve ser buscada na interpretação constitucional da Administração Pública. Aos aplicadores do Direito há a necessidade de um choque de interpretação quando em contato com a Carta Maior, um choque de historicidade, de modo a utilizá-la como vetor de interpretação para qualquer área jurídica que apresente lides, para, assim, em não sendo possível eliminar os pré-juízos, ter condições de adequar os fatos e a lei à supremacia constitucional.

Ao final, pela importância histórica do julgado, a primeira em que a Excelsa Corte julga o critério de cotas raciais, ainda que indiretamente, registramos que o Egrégio Supremo Tribunal Federal iniciou julgamento sobre a constitucionalidade de reserva de vagas com critérios raciais na concessão de bolsas do PROUNI. No julgamento, o Relator, Ministro Carlos Ayres de Britto, apresentou seu voto pela constitucionalidade da reserva, pedindo vista o Ministro Joaquim Barbosa.<sup>39</sup>

A prática da igualdade muito necessita da adoção de políticas públicas intervencionistas da Administração Pública, ao que é imprescindível nosso suporte: os conhecimentos dos Advogados administrativistas.

## 7 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação afirmativa e os princípios do Direito. A questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO, José Jorge de. *Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior*. São Paulo: Attar, 2005.

CAVALLEIRO, Eliane dos Santos. Do silêncio do lar ao silêncio escolar: racismo, preconceito e discriminação na educação infantil. São Paulo: Contexto, 2000, p. 213-214. Apud: SANTOS,

---

38 OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. p. 29-30.

39 ADin 3.330, em voto apresentado em 02/04/2008.

Sales Augusto dos. Ação afirmativa e mérito individual. In: OLIVEIRA, Iolanda de, et al. *Negro e Educação - Identidade negra - pesquisas sobre o negro e a educação no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

CLÉVE, Clemerson Merlin. A t São Paulo: eoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: *Uma vida dedicada ao Direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: RT, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. Igualdades, Desigualdades. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1996.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FERES JÚNIOR, João; ZONINSEIN Jonas (Orgs.). *Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas*. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

GODOY, Norton. Somos todos um só. In: *Revista "Istoé"*, de 15 de novembro de 1998. Apud: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa: aspectos jurídicos*. Racismo no Brasil. São Paulo: Peirópolis Abong, 2002.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio. *Racismo e anti-racismo no Brasil*. São Paulo: 34, 1999.

HENRIQUES, Ricardo. *Raça e gênero nos sistemas de ensino: os limites das políticas universalistas na educação*. Brasília: Unesco, 2002

JÚNIOR, João Feres. Aspectos normativos e legais das políticas de ação afirmativa. In: JÚNIOR, João Feres e ZONINSEIN Jonas (orgs). *Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas*. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Tradução Ch. Einsenmann. 2. ed. Paris, 1962, p. 190. Apud: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARTINS, S. da S. Ação afirmativa e desigualdade racial no Brasil. Estudos feministas, v.4, n.1, p. 202. Apud: SANTOS, Sales Augusto dos. Ação afirmativa e mérito individual. In: OLIVEIRA, Iolanda de, et al. *Negro e Educação - Identidade negra - pesquisas sobre o negro e a educação no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

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

OST, François. *O tempo do Direito*. Lisboa: Piaget, 1999.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PINHO, Diva Benevides, et al. *Manual de Economia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

- QUEIROZ, Delcele Mascarenhas O vestibular e as desigualdades raciais. In: OLIVEIRA, Iolanda de et al. *Negro e Educação - Identidade negra - pesquisas sobre o negro e a educação no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.
- RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e o direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e as ações afirmativas no direito constitucional estadunidense*. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.
- SANTOS, Sales Augusto dos. Ação afirmativa e mérito individual. In: OLIVEIRA, Iolanda de, et al. *Negro e Educação - Identidade negra - pesquisas sobre o negro e a educação no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SILVA JÚNIOR, Hédio. Ação afirmativa na Constituição de 1988. In: BENTO, Maria Aparecida Silva et al. *Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.
- SILVA, Luiz Fernando Martins da. Estudo sócio-jurídico relativo à implementação de política de ação afirmativa e seus mecanismos para negros no Brasil: aspectos legislativo, doutrinário, jurisprudencial e comparado. *Ministério da Educação - Brasil*. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/estudosociojuridico.pdf>>. Acesso em 06 jun. 2006.
- SILVEIRA, Marly. Pluralidade cultural ou atualidade do mito da democracia racial? In: BENTO, Maria Aparecida Silva et al. *Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.
- ZONINSEIN, Jonas. Minorias étnicas e a economia política do desenvolvimento, p. 63-78. In: JÚNIOR, João Feres e ZONINSEIN Jonas (orgs). *Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas*. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

\*O Autor é Mestre em Direitos Fundamentais, Membro da Advocacia-Geral da União, Procurador-Chefe do INEP/MEC, Professor Universitário, Instrutor de cursos dirigidos à formação de Profissionais na área do Direito Administrativo, Autor de diversas publicações.