

CLÁUDIA ALVES GRANGEIRO PEREIRA

**O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O SISTEMA DE
COTAS NO ENSINO SUPERIOR NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Educação São Luís, como exigência parcial para a conclusão do curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Educacional.

Orientadora: Profa. Esp. Marilaine Bonafin

**FACULDADE DE EDUCAÇÃO SÃO LUÍS
NÚCLEO DE APOIO DE SÃO PAULO
JABOTICABAL – SP
2009**

Dedicamos

a nossa família, pelo incentivo, paciência e compreensão durante nossas ausências.

AGRADECIMENTOS

À Professora Marilaine Bonafin, por sua dedicação e valiosa orientação.

Aos professores tutores, pela dedicação e disponibilidade nos momentos de orientação e esclarecimento de dúvidas.

Aos colegas de curso de pós-graduação, pela agradável convivência e importante troca de experiências.

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. (BUENO apud MELLO, 2004, p. 18)

RESUMO

Para conhecermos as propostas dos projetos em tramitação no Congresso Nacional, que tratam da modalidade de medida afirmativa expressa na adoção do sistema de cotas para ingresso nas instituições públicas de ensino superior no Brasil, em favor de autodeclarados negros, pardos e indígenas e/ou pessoas carentes, empreendemos esta pesquisa, que tem como centro o princípio constitucional da igualdade. Sua importância está em refletirmos sobre uma questão repleta de complexidade, que poderá influenciar o processo de democratização do acesso à educação superior no Brasil e, principalmente, afetar o exercício do direito de igualdade, um dos valores fundamentais do Estado Democrático de Direito. Esta monografia é composta de um capítulo inicial, “O ensino superior no Brasil”, que faz uma breve síntese de sua evolução histórica até aportar-se na realidade de hoje que trás como novidade os projetos em tela, diferenciados, especialmente, pela proposta de “cotas sociais” ou “cotas raciais”. O segundo capítulo, “O princípio da igualdade: conceituação teórica e jurídica”, é de conteúdo conceitual, apresentando também a relação das ações afirmativas com o princípio isonômico. No terceiro capítulo, “O princípio da igualdade e o sistema de cotas para ingresso em instituições públicas de educação superior no Brasil”, é apresentada a discussão existente a respeito da questão levantada, tanto na esfera jurídica como no meio político e na sociedade em geral. Na conclusão, entendemos que a política de cotas não se apresenta justificável, uma vez que existem outras modalidades de ações afirmativas mais eficazes e que não ofendem ao princípio isonômico. No entanto, no caso ser adotada tal política, concluímos que as “cotas sociais” representam melhor o anseio de justiça social.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. O ENSINO SUPERIOR NO BRASIL.....	9
1.1 Breve evolução histórica.....	10
1.2 Responsabilidade do Poder Público.....	14
1.3 A realidade atual do ensino superior brasileiro.....	16
1.4 O PLC n.º 180, de 2008 e o PLS n.º 344, de 2008: ações afirmativas.....	19
2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE: conceituação teórica e jurídica.....	22
2.1 O princípio da igualdade e as ações afirmativas.....	24
3. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O SISTEMA DE COTAS PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO SUPERIOR NO BRASIL.....	26
3.1 Posicionamento de parlamentares em relação aos projetos em tela.....	26
3.2 No âmbito jurídico: discussão e sugestões.....	27
3.3 Na sociedade: alguns pontos de vista.....	36
3.4 Supremo Tribunal Federal: ADPF 186 MC/DF.....	38
CONCLUSÃO.....	41
REFERÊNCIAS.....	44
ANEXO.....	48

INTRODUÇÃO

O trabalho **O princípio da igualdade e o sistema de cotas no ensino superior no Brasil** apresenta uma análise da questão relativa às medidas afirmativas propostas pelos projetos em tramitação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, relativas à adoção de política de cotas para ingresso em instituições públicas de educação superior no país, sob a ótica do princípio isonômico, a fim de que, a partir de uma reflexão sobre o tema abordado, se possa chegar a uma conclusão sobre a constitucionalidade dessas medidas, considerando-se, especialmente, sua adequação e proporcionalidade, frente a nossa história e realidade sócio-econômica.

Pretende-se também com este trabalho, sempre refletindo sobre os diversos aspectos que envolvem essa questão tão polêmica, apresentar soluções para melhor atender não somente ao princípio da igualdade, mas também à concretização da justiça social, por meio da democratização do acesso ao ensino superior.

Para tanto, foi utilizada pesquisa bibliográfica, como análise e interpretação de obras jurídicas e relacionadas com a educação, jurisprudência, artigos publicados em jornais e revistas, entrevista e outros dados coletados, via impressa ou por meio da *internet*.

O trabalho está organizado em três capítulos.

O primeiro capítulo, “O ensino superior no Brasil”, divide-se em quatro subcapítulos: “Breve evolução histórica”; “Responsabilidade do Poder Público”; “A

realidade atual do ensino superior brasileiro” e “O PLC n.º 180, de 2008 e o PLS n.º 344, de 2008: ações afirmativas”. Nesse capítulo, como se pode perceber, procura-se contextualizar a situação da educação superior no Brasil desde o seu surgimento até a atualidade, na qual se discute a implantação da política de cotas para ingresso nas universidades.

O segundo capítulo, “O Princípio da igualdade: conceituação teórica e jurídica”, que abrange um subcapítulo: “O princípio da igualdade e as ações afirmativas”, busca demonstrar o conceito do princípio isonômico na época contemporânea e sua relação com as medidas positivas.

Por sua vez, o terceiro capítulo, “O Princípio da igualdade e o sistema de cotas para ingresso em instituições públicas de educação superior no Brasil”, trata do tema central deste trabalho, dividindo-se em quatro subcapítulos: “Posicionamento de parlamentares em relação aos projetos em tela”; “No âmbito jurídico: discussão e sugestões”; “Na sociedade: alguns pontos de vista” e “Supremo Tribunal Federal: ADPF 186 MC/DF”.

Passemos, neste momento, ao primeiro capítulo.

1 O ENSINO SUPERIOR NO BRASIL

A educação superior brasileira, tardiamente implementada no país em decorrência da forma como se iniciou nossa colonização, tem, ao longo da história, passado por grandes transformações, sendo hoje ainda alvo de muitas discussões, haja vista que algumas questões permanecem não resolvidas, como a seletividade: as universidades, especialmente as universidades públicas, reconhecidas por sua excelência, ainda são um espaço predominantemente ocupado pela elite do país.

E, agora, outra questão se coloca, intimamente relacionada com o processo de democratização do acesso ao ensino superior no Brasil, apesar de algumas pessoas não admitirem (aquelas mais preocupadas, talvez, com a compensação em razão de discriminação racial sofrida por indivíduos no passado ou no presente): é o fato de que, além de pessoas carentes, há pouca representatividade da população negra e afrodescendente nas universidades, assim como indígena.

Tal fato ensejou a elaboração de projetos governamentais, ainda em discussão no Congresso Nacional, que propõem a adoção do sistema de cotas para o ingresso nas instituições públicas de educação superior existentes no país. Mas, antes de adentrarmos nessa questão tão polêmica, a qual se pretende analisar sob o viés do princípio constitucional da igualdade, necessário se faz percorrermos rapidamente a trajetória histórica do ensino superior no Brasil, a fim de que possamos ter uma visão mais abrangente dessa realidade.

1.1 Breve evolução histórica

O ensino superior no Brasil surgiu em 1808, com a vinda da família real portuguesa para nosso país, quando foram criadas por D. João VI as primeiras escolas médicas nas cidades do Rio de Janeiro e Salvador. Até então os integrantes da elite colonial portuguesa, nascidos no Brasil, que desejavam obter formação superior tinham que se dirigir à Europa, geralmente Portugal.

No período imperial, é de se ressaltar também a criação da Academia Real Militar da Corte (Rio de Janeiro), que posteriormente se converteria na Escola Politécnica, assim como a inauguração, em 1827, dos cursos de Direito em São Paulo e Olinda.

Há, portanto, nesse período, um crescimento de escolas superiores no país, caracterizando as faculdades por serem instituições isoladas, independentes umas das outras, bem como de natureza profissionalizante e, como na época da colonização, um privilégio apenas da elite sócio-econômica.

A nossa primeira universidade adveio, no entanto, somente em 1920, já na fase da República Velha. Trata-se da Universidade do Rio de Janeiro (atual Universidade Federal do Rio), que, na realidade, apenas aglutinava os cursos superiores existentes, mantendo, assim, o sistema tradicional de ensino, ou seja, faculdades independentes, elitistas, com enfoque para o ensino profissional e descompromissadas com a pesquisa.

No período da Nova República (1930-1964), algumas inovações em relação a tal sistema se fazem sentir, podendo-se dizer que foi um período marcado por importantes acontecimentos para a educação superior. A começar, em 1930, foi criado, durante o governo de Getúlio Vargas, o Ministério da Educação e Saúde. Em 1931, com Francisco Campos à sua frente, foi aprovado o “Estatuto das Universidades Brasileiras”, que perdurou até 1961, cujas principais diretrizes foram no sentido de que:

[...] a universidade poderia ser oficial, ou seja, pública (federal, estadual ou municipal) ou livre, isto é, particular; deveria, também, incluir três dos seguintes cursos: Direito, Medicina, Engenharia, Educação, Ciências e Letras. Essas faculdades seriam ligadas, por meio de uma reitoria, por vínculos administrativos, mantendo, no entanto, a sua autonomia jurídica. (SOARES (Org.) et al, 2002, p.34)

Para Aranha (1996, p.201), apesar dos percalços encontrados, há de se reconhecer o relevo da década de 30 para a criação das universidades e a organização daquelas já existentes, dado que os “decretos de Francisco Campos imprimem nova orientação, voltada para maior autonomia didática e administrativa, interesse pela pesquisa, difusão da cultura, visando ao benefício da comunidade”.

Nesse contexto, destaca-se a criação, em 1934, da Universidade de São Paulo, pois reuniu as faculdades paulistas existentes, tendo como núcleo a Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras que viria a integrar em uma base comum os diversos cursos ministrados. Além do mais, sua proposta abrangia não somente o ensino, mas também a pesquisa e extensão.

Nessa época, vale lembrar também o movimento político da Igreja Católica, que, contrária ao ensino laico preconizado por outros grupos ativistas de nossa sociedade, desejava voltar a atuar na educação, especialmente na formação humanista das elites brasileiras, o que se concretizou, em 1946, com a fundação da primeira universidade católica no país (a Pontifícia Universidade Católica, PUC).

Em 1961, após seu anteprojeto haver sido encaminhado ao Congresso Nacional em 1948, é publicada, já ultrapassada, a Lei nº 4.024, a primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira, que reafirmou o modelo tradicional de educação superior existente. Porém, nesse mesmo ano é criada a Universidade de Brasília, que apresentava uma proposta moderna de ensino e estrutura organizacional:

[...] Essa foi a primeira universidade brasileira que não foi criada a partir da aglutinação de faculdades pré-existentes; sua estrutura era integrada, flexível e moderna e contrapunha-se à universidade segmentada em cursos

profissionalizantes. Seguindo o modelo norte-americano, organizou-se na forma de fundação e os departamentos substituíram as cátedras. (SOARES (Org.) et al, 2002, p. 38)

No período do regime militar (1964-1985), é de se realçar a edição da Lei n.º 5.540/68 (Lei da Reforma Universitária), que trouxe algumas mudanças para a educação superior, conforme comenta Aranha (1996, p.214):

A reforma extingue a cátedra, unifica o vestibular e aglutina as faculdades em universidades para a melhor concentração de recursos materiais e humanos, tendo em vista maior eficácia e produtividade. Institui também o curso básico para suprir as deficiências do segundo grau e, no ciclo profissional, estabelece cursos de curta e longa duração. Desenvolve ainda um programa de pós-graduação.

A reestruturação completa da administração visa racionalizar e modernizar o modelo, com a integração de cursos, áreas e disciplinas. Uma nova composição curricular permite a matrícula por disciplina, instituindo-se o sistema de créditos. A nomeação de reitores e diretores de unidade dispensa a exigência de pessoas ligadas ao corpo docente universitário, bastando possuir 'alto tirocínio da vida pública ou empresarial'. Como convém a uma reforma em que o viés tecnocrático se sobrepõe ao pedagógico.

Observa-se, assim, nesse período, a ocorrência de uma expansão de faculdades privadas isoladas, cujas atividades eram restritas ao ensino, bem como o incentivo, no setor público, ao desenvolvimento dos cursos de pós-graduação e atividades de pesquisa, tendo em vista que, com a implementação do projeto de crescimento econômico pelos governos militares, havia a necessidade de se atender à demanda do mercado por capital humano qualificado.

A par das perseguições e cassações de professores universitários que se contrapunham ao Estado ditatorial e sua concepção de "segurança nacional", tal estímulo à pesquisa foi relevante para a modernização das universidades públicas brasileiras e até mesmo sua criação, cabendo citar, como exemplo, a Unicamp (Universidade Estadual de Campinas), referência hoje nacional e internacional no campo de produção científica e inovação tecnológica.

No entanto, o aumento expressivo das faculdades no setor privado, muitas vezes sem planejamento adequado e a necessária fiscalização dos órgãos públicos, resultou

na queda da qualidade de ensino e formação da imagem “mercantilista” da iniciativa privada, não havendo, ademais, sido solucionado, nessa época, a questão da elitização da educação superior, permanecendo o sistema dual de ensino: o ensino superior para as classes mais favorecidas e o ensino profissional para as classes trabalhadoras. Situação essa, aliás, que persiste na atualidade, apesar dos esforços despendidos pelo Poder Público para sua reversão.

Nesse sentido, Aranha (1996, p.216), ao tecer algumas críticas à reforma do ensino fundamental e médio imposta pelo regime militar por meio da Lei n.º 5.692/71 (segunda Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira), conclui:

Portanto a escola da elite continua propedêutica, enquanto as oficiais rarefazem seus programas com disciplinas mal ministradas, descuidando da formação geral. De forma mais grave ainda persiste a questão da seletividade, já que a elite, bem preparada, ocupa as vagas das melhores universidades. Como consequência, a reforma não consegue desfazer o dualismo.

Também é importante lembrar que nesse período ocorre um processo sem precedentes de privatização do ensino. Grande parte dos cursos, nos moldes do sistema empresarial, nem sempre oferece igual qualidade pedagógica. Com a criação indiscriminada de cursos superiores, preponderam os que exigem poucos recursos materiais e humanos e permitem a superlotação das classes. Evidentemente, para as faculdades privadas de baixo nível se dirigem os alunos mais pobres, porque, mal preparados para a disputa pelas vagas, não têm acesso às melhores faculdades, geralmente as universidades públicas.

A relação entre a escola e a comunidade reduz-se a captar mão-de-obra para o mercado e à intenção de adaptar ao ensino o modelo da estrutura organizacional das empresas burocratizadas e hierarquizadas.

Sem desconsiderar as críticas precedentes, todas graves, o fundamental se acha no caráter tecnocrático da reforma, segundo o qual os valores da eficiência e da produtividade se sobrepõem aos pedagógicos. [...].

Com a redemocratização política do país, é promulgada a Constituição Federal de 1988, a Constituição Cidadã, que, juntamente com a atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n.º 9.394/96), reestruturou o sistema de ensino brasileiro, trazendo algumas inovações e assegurando vários direitos, entre eles, “a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola” (art. 206, inciso I, CF/88; art.3º, inciso I, atual LDB), “a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais” (artigo 206, inciso IV, CF/88; art. 3º, VI, atual LDB) e “a garantia de padrão de qualidade” (artigo 206, inciso VII, CF/88; art. 3º, inciso IX, atual LDB), assim como, no que se refere particularmente às universidades, a “indissociabilidade entre ensino,

pesquisa e extensão”, além da “autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial” (artigo 207, “caput”, CF/88).

O artigo 211 da Lei Maior estabelece ainda que os entes federados organizarão seus sistemas de ensino em regime de colaboração: a “União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade de ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios”; os “Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil”; os “Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio”, sendo que, na “organização de seus sistemas de ensino, os Estados e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório”, consoante parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º do referido dispositivo constitucional.

É importante registrar também que a atual Carta Magna, em seu artigo 212, “caput”, determina que “a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”, sendo que o aspecto inovador é a previsão no texto constitucional também de sanções no caso de descumprimento da norma supracitada, inclusive, a decretação de intervenção em Estados e Municípios, conforme preceituam seus artigos 34 e 35.

1.2 Responsabilidade do Poder Público

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º do Capítulo II (Dos direitos sociais), pertencente ao Título II (Dos direitos e garantias fundamentais), ao inserir a

educação como um dos nossos direitos sociais, elevou-a ao patamar de uma das garantias fundamentais do cidadão brasileiro, constituindo-se, assim, em um serviço público essencial.

Dessa forma, a educação, entendida como meio de se alcançar o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, passa a ser um dever do Estado e da família, contando também com a colaboração da sociedade, conforme dispõem expressamente os artigos 205 e 227, ambos da Lei Maior, sendo que compete ao Estado, entre outras obrigações previstas em seu artigo 208, a garantia de “ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria; a progressiva universalização do ensino médio gratuito” e, assinala-se, **“acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”** (incisos I, II e V, do citado artigo 208 da CF/88, grifo nosso).

Os §§ 1º e 2º do referido artigo 208 da atual Constituição Federal prevêm ainda que:

Art. 208. [...]

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

A Lei n.º 9.394/96, em seu artigo 4º, incisos I, II e V, reproduziu tais obrigações do Estado, acrescentando, em seu inciso IX, a garantida de “padrões mínimos de qualidade de ensino, definidos como a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem”.

Contudo, infelizmente, observa-se que ainda hoje a maioria das escolas públicas está aquém de proporcionar à população um ensino fundamental de qualidade, especialmente o ensino médio que sequer é obrigatório, de forma que o acesso à educação superior permanece circunscrito a uma minoria privilegiada da sociedade.

1.3 A realidade atual do ensino superior brasileiro

Segundo Resumo Técnico do Censo da Educação Superior 2007 realizado pelo INEP (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira), registrou-se a participação de 2.281 Instituições de Educação Superior-IES, correspondendo a um acréscimo de 11 instituições em comparação ao ano de 2006. No entanto, tal ritmo de aumento vem decrescendo ultimamente, sendo um dos motivos prováveis para essa tendência “a recorrente integração de instituições, por fusão ou compra, observada nos últimos anos”.

De acordo com os dados coletados, a distribuição de IES por categoria administrativa, incluídas todas aquelas que oferecem cursos de graduação (presencial e a distância), aproxima-se à verificada no ano anterior, com 89% de instituições privadas e 11% de instituições públicas, divididas entre federais (4,6%), estaduais (3,6%) e municipais (2,7%).

O Censo revela, ademais, que “o número total de vagas ofertadas por processos seletivos na graduação presencial foi de 2.823.942 em todo o Brasil, correspondente a um incremento de 1934.344 (7,4%) em relação ao ano anterior. As instituições privadas foram responsáveis pelo maior aumento no número de vagas oferecidas, 8,5% em relação ao ano anterior. As instituições públicas da rede federal registraram aumento de 10.595 novas vagas em relação a 2006, equivalente a 7,3%”.

Curiosamente, os dados também indicam que “o aumento do número de vagas oferecidas não foi acompanhado por um crescimento proporcional no número de ingressos e matrículas [...], resultando no aumento das vagas ociosas em quase todas as categorias administrativas, sendo que, conforme se constata ainda, em 2007 os

maiores aumentos percentuais no número de vagas ociosas em relação a 2006 ocorreu nas universidades e centros universitários”.

Outro fator importante a se considerar, é o baixo desempenho da maioria das escolas públicas no Enem 2008 (Exame Nacional do Ensino Médio), conforme levantamento divulgado pelo MEC (Ministério da Educação) e publicado na imprensa em todo o país (disponibilizado, inclusive, no site do jornal **O Estado de S. Paulo**, em “Especiais”, sob o título “As 1000 escolas mais bem colocadas no Enem 2008”, de 29/04/2009): das vinte instituições com maiores médias no Enem, quinze são da rede privada, sendo que das cinco restantes pertencentes à rede pública de ensino, quatro são ligadas a universidades públicas e uma é mantida pelo Exército.

Tal fato corrobora o que é de conhecimento de todos: a má qualidade do ensino oferecido nas escolas públicas brasileiras, o que dificulta, sem sombra de dúvidas, o ingresso de seus alunos nas universidades públicas. A revista **Época**, em artigo publicado na edição de 6 de abril de 2009, sob o título “Cotas para quê?”, informa que, “embora 85% dos estudantes de ensino médio estejam em escolas públicas, na hora de entrar para a universidade pública a proporção se inverte. Em 2006, só 24,7% dos calouros na Universidade de São Paulo (USP) eram oriundos de colégios públicos”.

Todos esses aspectos conduzem para a problemática da garantia do acesso ao ensino superior, cujo item consta do projeto de reforma universitária elaborado pelo atual governo, havendo já sido, inclusive, tomadas algumas medidas para tanto, como a criação do FIES (Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior) e o PROUNI (Programa Universidade para Todos), que, segundo informa o MEC, “tem como finalidade a concessão de bolsas de estudos integrais e parciais a estudantes de cursos de graduação e de cursos seqüenciais de formação específica, em instituições privadas de educação superior. As instituições que aderem ao programa recebem isenção de tributos”.

A Universidade de São Paulo, por sua vez, criou o INCLUSP (Programa de Inclusão Social da USP), que, como consta no site dessa instituição, “reúne uma série de iniciativas para ampliar o acesso e a permanência do estudante de escola pública à Universidade. [...] O aluno que fez todo o ensino médio em escola pública pode obter inscrição gratuita para o vestibular; somar até três bônus na nota, dependendo do seu desempenho em outras duas avaliações (o ENEM e o PASUSP); após o ingresso pode contar com bolsas de apoio e incentivo para auxiliar sua permanência durante os estudos”. A Unicamp, igualmente, desenvolve um programa de inclusão, com bônus para carentes.

Contudo, conforme notícia disponibilizada no site do jornal **O Estado de S. Paulo** (“USP tem a menor procura de aluno da rede pública desde 99”, de 31/01/2009), apesar da ampliação dos referidos programas de inclusão, a USP e Unicamp registraram no vestibular de 2009, em relação aos anos anteriores, um índice mais baixo de candidatos advindos de escolas públicas, sendo apontada como uma das causas para tanto a criação do PROUNI.

Dentro desse panorama do ensino superior no Brasil, é que se insere o **Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 180, de 2008** (nº 73/1999, na Casa de origem), de autoria da deputada Nice Lobão, que “dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e estaduais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências”, bem como o **Projeto de Lei do Senado (PLS) n.º 344, de 2008**, de autoria do senador Marconi Perillo, que “institui reserva de vagas nos cursos de graduação das instituições públicas de educação superior, pelo período de doze anos, para estudantes oriundos do ensino fundamental e médio públicos”. Projetos esses que tramitam em conjunto na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, aos quais se encontram apensados, ainda, os Projetos de Lei do Senado n.º 215, de 2003, de autoria da Senadora Íris de Araújo, e n.º 479, de 2008, de autoria do senador Álvaro Dias, que também dispõem sobre a reserva de vagas nas universidades públicas para o ingresso de pessoas carentes.

1.4 O PLC n.º 180, de 2008 e o PLS n.º 344, de 2008: ações afirmativas

O PLC n.º 180, de 2008 estabelece em seu artigo 1º, que as instituições de educação superior públicas reservarão no mínimo 50% de suas vagas para estudantes que cursaram integralmente o ensino médio em escolas públicas, sendo que no preenchimento dessas vagas, metade deverá ser reservada a estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário mínimo *per capita*. Por outro lado, o artigo 3º, “caput”, parágrafo único, dessa Lei determina ainda que as vagas de que trata o seu artigo 1º “serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados negros, pardos e indígenas, no mínimo igual à proporção de negros, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE”. No caso de não-preenchimento dessas vagas, “aquelas remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas”.

Os artigos 4º e 5º do citado PLC contemplam as mesmas disposições dos referidos artigos 1º e 3º para os ingressos em instituições federais de ensino técnico de nível médio. Já seu artigo 7º dispõe que “o Poder Executivo promoverá, no prazo de 10 (dez) anos, a contar da publicação desta Lei, a revisão do programa especial para o acesso de estudantes negros, pardos e indígenas, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, nas instituições de educação superior”, e, por fim, é de se ressaltar que o PLC, no artigo 8º, determina a implementação da reserva de vagas prevista nessa Lei no prazo máximo de quatro anos (no mínimo 25%, a cada ano).

O PLS n.º 344, de 2008, por seu turno, prescreve em seu artigo 1º que as “instituições públicas de educação superior, durante doze anos, reservarão vagas nos cursos de graduação para os estudantes que tenham cursado os quatro últimos anos

do ensino fundamental e todo o ensino médio em escolas públicas Estaduais ou Municipais”. No parágrafo único de referido dispositivo, estipula-se que o “percentual das vagas a que se refere o *caput* será de 50% (cinquenta por cento) nos quatro primeiros anos, 40% (quarenta por cento) nos quatro seguintes e 30% (trinta por cento) nos quatro últimos”.

Tais projetos, como se vê, discutem a adoção de sistemas de cotas para o ingresso nas instituições públicas de educação superior, a fim de garantir o acesso daquelas pessoas menos favorecidas em nossa sociedade a tal nível de ensino, residindo a diferença entre eles, especialmente, na utilização do critério de cotas raciais/étnicas ou cotas sociais.

Tratam-se, portanto, de ações afirmativas ou “discriminações positivas” que se destinam a promover um tratamento distinto em favor de indivíduos que se encontram em situação desvantajosa, em decorrência de marginalização social ou qualquer ou fator negativo, de forma que possam ter as mesmas oportunidades dos demais indivíduos da sociedade que não sofrem tais restrições, até que estas desapareçam. Na definição de Menezes (2001, p.27):

Ação afirmativa, nos dias correntes, é um termo de amplo alcance que designa o conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade em razão, na maior parte das vezes, da prática de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas. Colocando-se de outra forma, pode-se asseverar que são medidas especiais que buscam eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que eles sejam neutralizados, o que se realiza por meio de providências efetivas em favor das categorias que se encontram em posições desvantajosas.

Portanto, são medidas de caráter temporário, em relação às quais, para ser seu beneficiário, segundo Kaufmann (2007, p.221), é preciso demonstrar que:

[...] a discriminação contra aquele grupo determinado atua de maneira poderosa, a impedir ou a dificultar substancialmente o acesso das minorias a determinadas esferas sociais, como ao mercado de trabalho e à educação. A par desse aspecto, a segregação deve ter sido efetuada com base na raça, no gênero, na deficiência, na etnia ou na classe social. Deve-se, ainda, comprovar

que não há uma projeção de integração naturalmente, em um futuro próximo, ou seja, se nada fosse feito em relação às minorias beneficiadas, não haveria qualquer tipo de mudança social relevante, dentro de um espaço razoável de tempo.

Assim, procuraremos analisar nos próximos capítulos, a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa propostas nos mencionados projetos, frente ao princípio da igualdade, consagrado pela Constituição Federal de 1988, formalmente, em seu artigo 5º, “caput”: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE : conceituação teórica e jurídica

O princípio da igualdade tem sido um dos temas mais fascinantes do Direito Constitucional Moderno, constituindo, pode-se dizer, a essência do Estado Democrático de Direito, uma vez que a democracia pressupõe a igualdade de direitos.

As mudanças ocorridas ao longo do tempo em relação à sua definição traduzem a preocupação em se proporcionar sua efetiva aplicação, o que reflete na busca da consolidação fática dos direitos fundamentais, especialmente sociais e, na ordem contemporânea, os direitos humanos, como forma de realização de “uma sociedade livre, justa e solidária”, cuja construção é expressamente declarada pela nossa atual Constituição, em seu artigo 3º, inciso I, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Assim, em nosso ordenamento jurídico, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, nota-se uma evolução da concepção liberal clássica do princípio da igualdade, que passou a compreender não apenas a igualdade estritamente formal, como realizaram nossas constituições anteriores, mas também a igualdade material ou substancial.

Nesse sentido, é o escólio de Silva (1994, p. 206-207):

As constituições só tem reconhecido a igualdade no seu sentido jurídico-formal: *igualdade perante a lei*. A Constituição de 1988 abre o capítulo dos direitos individuais com o princípio de que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza* (art. 5º, *caput*). Reforça o princípio com muitas outras normas sobre a igualdade ou buscando a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substanciais. Assim é que, já no mesmo art. 5º, I,

declara que *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações*. Depois, no art. 7º, XXX e XXXI, vêm regras de igualdade material, regras que proíbem distinções fundadas em certos fatores, ao vedarem *diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência*. A previsão, ainda que programática, de que a República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos fundamentais *reduzir as desigualdades sociais e regionais* (art. 3º, III), a veemente repulsa a qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV), a universalidade da seguridade social, a garantia ao direito à saúde, à educação baseada em princípios democráticos e de igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, enfim a preocupação com a justiça social como objetivo das ordens econômica e social (arts. 170, 193, 196 e 205) constituem reais promessas de busca da igualdade material. (grifo original)

Desse modo, a igualdade formal, como salientou o nobre constitucionalista, é a norma geral e abstrata: “igualdade perante a lei”.

A igualdade material, por sua vez, admitindo-se a existência de desigualdades em nossa sociedade, é a própria concretização do princípio isonômico, por meio da busca da equiparação das situações desiguais, ou seja, por meio, como diz Mello (1996, p.18), de uma “igualização eficaz, dinâmica”, a fim de se obter a efetiva justiça social. Isto quer dizer que o Estado deixa de ter uma postura meramente abstencionista para adotar, se for necessário, uma postura assistencialista e intervencionista, pois, conforme as normas constitucionais, o Estado não somente declara o direito, mas também o garante.

Em relação aos conceitos de igualdade, desigualdade e justiça, cabe ainda trazer a lume os elucidativos comentários de Silva (1994, p. 208-209):

A justiça formal consiste em “um princípio de ação, segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma”. Aí a justiça formal se identifica com a igualdade formal. A *justiça concreta* ou *material* seria, para Perelman, a especificação da justiça formal, indicando a característica constitutiva da categoria essencial, chegando-se às formas: a cada um segundo a sua necessidade; a cada um segundo seus méritos; a cada um a mesma coisa. Porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais, do que se extrai que a lei geral, abstrata e impessoal que incide em todos igualmente, levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos e não a igualdade dos grupos, acaba por gerar mais desigualdades e propiciar a injustiça, daí por que o legislador, sob “o impulso das forças criadoras do direito [como nota Georges Sarotte], teve progressivamente de publicar leis

setoriais para poder levar em conta diferenças nas formações e nos grupos sociais: o direito do trabalho é um exemplo típico”. Pois, como diz Cármen Lúcia Antunes Rocha:

“Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é o princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental”. (grifo original)

Destarte, pode-se concluir que o princípio isonômico consiste em tratar com igualdade todos aqueles que se encontram em situações idênticas e, distintamente, aqueles que se encontram em situações diversas.

2.1 O princípio da igualdade e as ações afirmativas

Nosso legislador constituinte, ao contemplar no texto constitucional vigente a igualdade material, possibilita a adoção de ações afirmativas no Brasil, que são, na verdade, mecanismos para a sua concretização, na medida em que objetivam promover a igualdade de oportunidades, estabelecendo o equilíbrio social.

A propósito, pondera Menezes (2001, p. 153-154):

No caso particular do ordenamento jurídico pátrio, o texto constitucional, como visto, é pródigo em previsões que favorecem a adoção de tratamentos jurídicos diferenciados para grupos sociais, inclusive para corrigir os efeitos decorrentes de ações racistas e discriminatórias, tornando viável a implementação de políticas de ação afirmativa. Da mesma forma, os princípios jurídicos que foram incorporados à Carta de 1988 permitem uma interpretação mais ampla do princípio da igualdade jurídica, afastando-o significativamente da mera *igualdade formal* perante a lei, apesar de o *caput* do art. 5.º, se analisado isoladamente, sugerir uma orientação restritiva.

O problema é que o controle da constitucionalidade dos tratamentos impostos aos *iguais* e aos *desiguais*, como reconhecido pelos doutrinadores e pelos tribunais pátrios, não se exaure apenas na identificação do *fator de diferenciação* eleito pelo texto normativo (*v.g.* raça, sexo etc.), mas envolve também a análise da *correspondência existente entre este e as disparidades adotadas* (sem ignorar os interesses privilegiados na Constituição), que deve ser considerada tanto no que se refere ao quesito *pertinência* (ou *finalidade*) da norma, como também no que tange à sua *razoabilidade* ou *proporcionalidade*. Esse exame, à evidência, não admite um grau elevado de abstração, pois ele só é factível quando definidos vários elementos, que podem – e costumam – variar, de caso para caso. (grifo original)

Com efeito, vários são os aspectos a serem analisados para o reconhecimento da constitucionalidade da norma que estabelece tratamento distinto às pessoas, sendo que, na lição de Mello (2004, p. 21), são três as questões que devem ser consideradas para tanto, cuja inobservância, de qualquer uma delas, já seria suficiente para desqualificar a regra diferenciadora em face do princípio isonômico:

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrimen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

O aspecto mais relevante, no entanto, seria a existência da mencionada correção lógica entre o fator de discriminação eleito e a própria discriminação legal estabelecida em sua função, ou seja, é preciso que o tratamento diferenciado imposto pela regra jurídica seja justificável (pertinente) e mais do que isso, necessário e adequado à sua finalidade, a qual não poderia ser alcançada por qualquer outro meio menos gravoso, atendendo, assim, aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Nesse mesmo sentido, leciona Kaufmann (2007, p.271):

Em princípio, sabe-se que é próprio das normas estabelecerem critérios diferenciadores entre as pessoas, desde que a eleição de tais critérios seja justificável. O desafio de interpretar o alcance do princípio da igualdade reside justamente em impedir certas diferenciações que não possuam fundamento razoável e que, assim, transgridam a igualdade, por serem desproporcionais.

De tal maneira que, para concluirmos se os projetos governamentais estudados harmonizam-se ou não com o princípio constitucional da igualdade, é preciso averiguar, inicialmente, se o tratamento discriminatório dispensado na hipótese é justificável, ou seja, devemos indagar se os critérios diferenciadores adotados nos referidos projetos (fator étnico-racial e econômico ou simplesmente econômico) representam o real empecilho para o acesso dos entes discriminados às instituições públicas de ensino superior do Brasil, bem como se a espécie de ação afirmativa proposta (política de cotas) é necessária e a mais adequada para o fim almejado.

3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O SISTEMA DE COTAS PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO SUPERIOR NO BRASIL

A questão da implantação do programa de ação afirmativa nas universidades públicas brasileiras expresso no sistema de cotas tem sido objeto de muita discussão entre os mais diversos segmentos de nossa sociedade. Vários argumentos já foram apresentados que envolvem o respeito aos mandamentos constitucionais, como o princípio da autonomia das universidades, consagrado no artigo 207, *caput*, da Carta Magna. No entanto, não há complexidade maior do que quando se trata da existência ou não, nesse caso, de ofensa ao princípio da igualdade, que é o tema do presente trabalho, não havendo ainda um consenso nessa seara.

Assim, para uma melhor reflexão dessa temática, procuraremos apresentar os diversos argumentos existentes, tanto no âmbito político e jurídico como na sociedade em geral.

3.1 Posicionamento de parlamentares em relação aos projetos em tela

A Senadora Serys Slhessarenko, em relatório apresentado em 27/04/2009, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, manifestou-se pela aprovação do PLS n.º 180, de 2008 e rejeição dos PLS's n.º 215, de 2003, n.º 344, de 2008, e n.º 479, de 2008, sustentando que as proposições do referido PLS n.º 180 objetivam a efetivação do princípio isonômico, mediante a adoção de discriminações positivas que

“compensarão a histórica desvantagem a que foram submetidos os grupos sociais e étnicos compreendidos”.

Por outro lado, o senador Marconi Perillo, em voto em separado, reformulado (juntado em 02/06/2009), muito embora tenha se pronunciado pela inexistência de óbice quanto à constitucionalidade dos projetos analisados, entende que as cotas sócias são mais adequadas à nossa realidade, considerando-se a nossa história e elevado grau de miscigenação do povo brasileiro, além de tal critério melhor atender aos anseios de inclusão social e erradicação da pobreza, haja vista ser mais abrangente, pois engloba também o critério étnico-racial e, conseqüentemente, mais justo. Conforme salienta, ainda, até “mesmo Barack Obama, o primeiro Presidente negro dos Estados Unidos, já admitiu, em *The Audacity of Hope*, sua preferência por políticas universalistas às de recorte racial”.

Desse modo, considerando ser o PLS n.º 344, de 2008 mais “justo socialmente”, optou o senador por mantê-lo com ajustes e acréscimos. Contudo, por força regimental, aprovou a proposição preferencial, o PLC n.º 180, de 2008 e rejeitou os demais projetos, nos termos da Emenda Substitutiva apresentada, que determina “a reserva de vagas nos cursos de graduação das instituições públicas de ensino superior e nas instituições de nível médio da Rede Federal de Educação Profissional, Científica e Tecnológica para alunos oriundos dos sistemas públicos de ensino”, sendo fixado para tanto o percentual de 40% (quarenta por cento) de vagas, com observância do critério de progressividade, bem como o período de 12 (doze) anos para a aplicação dessa política.

3.2 No âmbito jurídico: discussão e sugestões

No âmbito jurídico, a doutrina brasileira tem se orientado, preferencialmente, em favor da implantação da política de cotas raciais, como forma válida constitucionalmente de inclusão social e promoção da igualdade substancial, havendo também aqueles

defensores da utilização conjunta dos critérios raciais e econômicos por serem mais compatíveis com os princípios da isonomia e proporcionalidade, como veremos em seguida.

Segundo Piovesan (DUARTE (Org.) et al, 2009, p. 20-21), na esfera do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a solução da problemática da segregação está no estabelecimento de duas estratégias: a “estratégia repressiva-punitiva” e a “estratégia promocional”. Basicamente seriam estratégias de repúdio à segregação ou a qualquer forma de preconceito por meio de legislação repressiva, aliado à promoção da igualdade mediante a dispensa de tratamento especial a “grupos fragilizados socialmente”, em razão de discriminação sofrida no passado. Para a doutrinadora, “a igualdade e a discriminação pairam sobre o binômio inclusão-exclusão”. Nesse sentido, as ações afirmativas são consideradas os instrumentos eficazes para a inclusão social, devendo a igualdade alcançada repousar no respeito à diferença e à diversidade, a resultar na formação de uma sociedade plural e verdadeiramente democrática.

No caso da implementação da política de cotas para os afrodescendentes em algumas universidades brasileiras, como a UERJ, UNEB, UnB, UFPR, destaca a ilustre doutrinadora a importância de tal medida para a inserção desses indivíduos nos vários segmentos de nossa sociedade:

Ora, se a raça e etnia sempre foram critérios utilizados para exclusão de afrodescendentes em nosso país, que sejam hoje utilizados, ao invés disso, para a sua necessária inclusão.

Na esfera universitária, por exemplo, dados do Ipea revelam que menos de 2% dos estudantes dessa citada etnia estão em universidades públicas ou privadas. Isto faz com que as universidades sejam territórios exclusivos da raça branca. Atente-se que a universidade é um espaço de poder, já que o diploma pode ser um passaporte para ascensão social. É fundamental democratizar o poder e, para isto, há que se liberar a estrada de acesso a ele, vale dizer, o acesso ao passaporte universitário. (DUARTE (Org.) et al, 2009, p. 23-24)

Em entrevista dada ao Consultor Jurídico em 05/04/2009 (constante no referido site), Piovesan manifestou-se favorável “a que se mesquem critérios econômicos e raciais, ainda que eles se confundam [...]”

No que diz respeito à “justiça compensatória”, consistente na reparação de injustiça ou dano sofrido por pessoas no passado, utilizada como argumento para a aplicação de ações afirmativas a favor dos negros e afrodescendentes, a título de resgate histórico de uma dívida oriunda da época da escravidão, nota-se que, sob a ótica do direito constitucional, tal argumento não se apresenta aceitável, pois a reparação nesse caso ocorreria contra pessoas no presente que não deram causa a essas iniquidades, das quais, muitas delas, inclusive, dissentem veementemente. Além do mais a reparação, de acordo com a teoria compensatória, somente poderia ser pleiteada por aquele que sofreu diretamente o dano e contra quem o praticou de fato ou concorreu para tanto.

Observa-se que, conforme expõe Kaufmann (2007, p. 223), a Suprema Corte norte-americana, atualmente, já sinalizou no sentido de não acolher os “argumentos compensatórios”, dado que, por ocasião do julgamento dos casos relacionados à Universidade de Michigan, realçou-se que as medidas positivas teriam supedâneo constitucional “desde que tivessem o intuito de promover a diversidade, tornando os alunos aptos a lidar com as mais diversas expressões culturais, e que os programas positivos não visariam a compensar a outrora adoção do trabalho escravo”.

No caso do Brasil, especificamente, por ser um país em que sempre houve uma grande miscigenação, seria praticamente impossível identificar aqueles que poderiam ser beneficiários das “políticas indenizatórias”, restando, portanto, incabíveis argumentos dessa espécie também por esse ângulo. Pela mesma razão, não há como se falar sequer em busca da maior diversidade cultural, por já ser esta uma das características marcantes da realidade brasileira.

Pois bem, além da teoria da “justiça compensatória” como fundamento das ações afirmativas, há também a teoria da “justiça distributiva”, relacionada à distribuição de iguais oportunidades por meio da promoção de programas de proteção a minorias

marginalizadas na atualidade. Trata-se da distribuição de bens (no caso, o acesso à educação superior por meio da reserva de vagas).

Conforme explica Fiscus (1992 apud KAUFMANN, 2007, p. 225):

[...] de maneira simplificada, para nossa proposta, a justiça distributiva, como uma questão de igual proteção, é a exigência que um indivíduo ou grupo possui quanto aos benefícios, vantagens e posições que teriam conseguido, acaso estivessem sob condições justas – condições estas identificadas aqui como a ausência de discriminação odiosa.

Segundo a teoria da “justiça distributiva”, as medidas positivas praticadas pelo particular ou Estado (numa postura nitidamente intervencionista), são meios para a efetivação da igualdade material, voltando-se, portanto, à questão de quando estariam tais medidas a contrariar ou não ao princípio isonômico, lembrando-se que as ações afirmativas não podem ser gratuitas ou fortuitas, devendo os critérios eleitos como fatores de discriminação ser justificáveis racionalmente.

É certo que a nossa realidade difere da realidade norte-americana, onde havia um problema sério de segregação institucionalizada (sistema *Jim Crow*), com vedações expressas, inclusive, de ingresso dos negros nas universidades, o que nunca houve no Brasil, razão pela qual, no nosso caso, a cor da pele nunca foi obstáculo para o acesso às instituições de educação superior, mas sim, o fator econômico, pois a necessidade do cidadão estudar em escolas públicas, que, em sua maioria, apresentam um ensino deficiente em comparação às escolas particulares, coloca-o em desvantagem de competição no exame vestibular e, por conseguinte, na falta de realização de um curso superior, na procura também por melhores empregos.

A propósito, Kaufmann, para quem a melhor solução é conjugar os fatores raciais e sociais, afirma:

[...] no Brasil, o problema para a falta de integração dos negros nas camadas sociais mais elevadas não decorreu de uma política segregacionista que os impediram de conseguir empregos ou de freqüentar escolas. Assim, a questão não pode ser reduzida a uma problemática de cor, somente. Desde os primórdios da República, após a abolição do trabalho escravo, o negro

ingressou em um ciclo vicioso de falta de capacitação e de escassez de renda. Com efeito, a exclusão econômica provocou efeitos transgeracionais, que foram transmitidos de geração em geração, perpetuando a situação de pobreza e de miséria. Como afirmou Florestan Fernandes, “o ‘dilema racial brasileiro’ reside mais no desequilíbrio existente entre a estratificação racial e a ordem social vigente, que em influências etnocêntricas específicas e irredutíveis”. É preciso reconhecer a interferência também de fatores econômicos nessa tormentosa questão. (KAUFMANN, 2007, p. 266)

Duarte, por sua vez, defende que as cotas para negros nas universidades brasileiras não ofendem ao princípio isonômico, pois, segundo ele:

Em primeiro lugar, a diferença entre negros (afro-descendentes) e outros grupos raciais não está na raça, mas, tão-somente, na discriminação social sofrida por indivíduos que possuem aparência negra. Em segundo lugar, o critério de diferenciação não é a raça como uma essência, mas a raça como um fator que indica o pertencimento a uma comunidade de excluídos. Em terceiro lugar, a finalidade da diferenciação não é valorizar a raça, mas compensar a discriminação sofrida pelos racialmente identificáveis e evitar os efeitos negativos dessa identificação em relação a todos os grupos sociais. Em quarto lugar, elas são compatíveis com os valores constitucionais que pregam o combate ao racismo e rejeitam as desigualdades dele advindas, buscam promover o combate às causas da desigualdade material, reconhecem o caráter multirracial da sociedade brasileira e a trajetória concreta de exclusão de determinados grupos, defendendo a diversidade como um de seus elementos estruturantes. (DUARTE (Org.) et al, 2009, p. 114)

Outros doutrinadores, que também compartilham da opinião no sentido de que a política de cotas atende ao princípio da igualdade, salientam a necessidade da medida a ser adotada ter caráter temporário, com prazo definido para o seu início e término, assim como avaliação periódica de seus resultados e impactos provocados na sociedade, como é o caso de Maliska (DUARTE (Org.) et al, 2009, p. 72).

Pode-se observar a necessidade de referida avaliação periódica também no entendimento de Atchabahian (2004, p.156), que, apesar de não se posicionar expressamente quanto à constitucionalidade da política de cotas para o ingresso no ensino superior, sustenta que “todo aquele que for brindado pelo sistema de quotas deverá mostrar mérito para sua manutenção ou, no mínimo, grande esforço capaz de mantê-lo sob este estado de benefício”, caso contrário, deverá a oportunidade ser transmitida à outra pessoa e mais adiante explicita: “Não pode o Estado, em ato de

tratamento desigual justificado, beneficiar aquele que não corresponde ao verdadeiro intuito do sistema de quotas, qual seja, atingir a igualdade de oportunidades”.

A questão do mérito, no entanto, não se apresenta somente após o ingresso nas universidades, mas, principalmente, no próprio processo seletivo para tanto, haja vista que, conforme já mencionado neste trabalho, o artigo 208, inciso V, da Constituição Federal de 1988, prescreve ser dever do Estado a garantia do “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, **segundo a capacidade de cada um**” (grifo nosso).

Isso significa, como esclarece Ranieri (2002, p. 183-185), que não é objetivo do Poder Público a universalização do ensino superior, como ocorre com o ensino fundamental e médio (artigo 208, incisos I e II, da CF/88), de sorte que “a garantia de acesso (entrada, ingresso), condicionada ao mérito, supõe seleção e, por via de conseqüência, classificação diante de um número finito de vagas”. Ocorre que um dos princípios da educação previstos constitucionalmente é o da “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”, bem como “garantia de padrão de qualidade” (artigo 106, incisos I e VII, da CF/88), razão pela qual a eqüidade almejada em relação à educação superior está associada, conforme referida doutrinadora, à obrigação do Estado em oferecer a todos um ensino fundamental e médio de qualidade, garantindo o acesso e permanência na escola:

A imposição constitucional do critério do mérito como condição de ingresso e permanência nas universidades públicas revela, portanto, que a efetiva eqüidade consiste na superação das deficiências da educação básica.

[...]

A reserva de vagas não resolve o problema da desigualdade educacional, cujas raízes encontram-se nas condições de acesso, qualidade e permanência do ensino fundamental e médio. Pelo contrário, além de não solucioná-lo, agrava a desigualdade, assim produzida de forma perversa. [...]

Assim, para Ranieri, a política de cotas para ingresso nas universidades públicas ofende várias normas constitucionais, entre elas, a norma contida no artigo 5º, “caput”, da Lei Maior que assegura o princípio da isonomia, sendo que, ao final, acrescenta que

“o maior comprometimento do Poder Público com programas de crédito educativo seria mais efetivo, em termos de equidade, que as propostas de reserva de vagas”.

Com efeito, o sistema de cotas não é a única e nem a melhor solução para a correção das desigualdades existentes, havendo outras modalidades de ações afirmativas com efeitos mais positivos e eficazes, com relação inclusive aos próprios beneficiários, do que a reserva de vagas para ingresso nas instituições de ensino superior, como a oferta de cursos pré-vestibulares e reforço escolar gratuitos, bem como bolsas de estudos e a abertura de linhas de financiamento, o que, aliás, já está sendo feito no Brasil a partir da criação do PROUNI e o FIES, como vimos no capítulo anterior.

A política de cotas, na realidade, é largamente censurada, uma vez que enseja a “discriminação reversa”, ou seja, afeta diretamente o direito daqueles não inseridos nas cotas e que não provocaram a discriminação dos indivíduos nelas compreendidos.

Tanto é assim que o sistema de cotas tem sido, hodiernamente, considerado inconstitucional nos Estados Unidos, justamente por gerar a referida “discriminação reversa”, impondo tratamento diferenciado às pessoas baseado, comumente, em critérios vedados pela Constituição e legislação infraconstitucional, como o critério racial. Entende-se que não se pode combater a segregação racial, utilizando-se métodos que dividem as pessoas em raças, pois isso poderia fomentar o racismo existente ou fazê-lo florescer, na medida em que faz o indivíduo ter a noção de que pertence à determinada raça ou etnia (considerando que o termo “raça”, segundo estudiosos, não é tão apropriado).

Nesse passo, registre-se, por oportuno, o pensamento de Edley Jr. (apud MENEZES, 2001, p. 31):

[...] quotas – significando camisas-de-força numéricas rígidas – são absolutamente vedadas (*illegal*) pela Constituição e pela legislação relativa aos direitos individuais (*civil rights statutes*), exceto em sentenças judiciais bastante incomuns e limitadas quando um juiz considera ter sido o acusado renitente ou

hostil e parece não haver nenhuma outra solução disponível para corrigir uma discriminação duradoura e comprovada.

Nowack e Rotunda (1995 apud KAUFMANN, 2007, p. 229) também são da seguinte opinião:

“Programas de cota são difíceis, se não impossíveis, de defender. Quando o governo distribui benefícios sob um sistema de cotas rígido, desconsidera totalmente as circunstâncias individuais, e, além disso, sobrecarrega os membros das raças minoritárias”.

Contudo, entre os juristas brasileiros os posicionamentos dividem-se. Há aqueles que entendem que o sistema de cotas não contraria o princípio da igualdade, como a magistrada Maria Lúcia Luz Leiria, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que, por ocasião do julgamento do processo n.º 2009.72.00.000481-7, em 23 de julho de 2009 apresentou vários argumentos nesse sentido, entre eles, que o atual texto constitucional não estabeleceu que o mérito seria o único critério para acesso ao ensino superior, assim como que tal critério não foi afastado pela reserva de vagas, uma vez que os candidatos cotistas continuam a ter que alcançar uma nota mínima para conseguir ingressar na universidade, havendo sido, na verdade, aperfeiçoado, na medida em que se busca também promover a inclusão social.

Porém, o desembargador federal Souza Prudente, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em sua decisão proferida em 18 de março de 2008, no Agravo de Instrumento n.º 2008.01.00.011314-0/BA, manifestou-se no sentido de que não deve haver tratamento diferenciado fundado na raça humana, “sob pena de instalar-se a odiosa discriminação racial, pelo sistema de cotas, que os postulados da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente assegurados, repudiam”.

O desembargador do Tribunal de Justiça da Bahia, Antonio Pessoa Cardoso, em seu artigo “Cotas ou discriminação”, também entende que “a solução não reside em cotas, mas em maiores investimentos na educação, [...], além de criação de mais vagas nas universidades, [...]”.

Por sua vez, a Quinta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, na sessão de julgamento realizada em 11 de março de 2009, nos termos do voto da relatora Vera Lúcia Lima, decidiu, por maioria, dar provimento ao Agravo de Instrumento n.º 2008.02.01.012162-1, interposto contra decisão que indeferiu a tutela de urgência pleiteada para suspensão dos efeitos do ato de reprovação dos autores no exame vestibular da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, em decorrência da implantação naquela instituição do sistema de cotas para estudantes egressos de escolas públicas (Resolução n.º 33/2007). Asseverou a eminente desembargadora relatora em seu voto que o fator de discriminação erigido pelo citado ato normativo, “que finca suas bases na origem escolar do concorrente, não se harmoniza com o princípio constitucional da isonomia, simplesmente por se tratar de elemento diferenciado fundado em atributo pessoal”. Além do mais, estaria sendo desatendido, nesse caso, o princípio do mérito, bem como o princípio da razoabilidade:

É evidente que sem a garantia do oferecimento universal do ensino público fundamental e médio, de qualidade, não haverá condições de igualdade material na disputa de vagas das universidades públicas, cujo acesso depende do *mérito*, da *capacidade* individual (CF, art. 208, V).

Por fim, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por seu Órgão Especial, ao apreciar a representação direta de inconstitucionalidade (processo n.º 2009.007.00009) apresentada em face da Lei Estadual nº 5.346, de 11/12/2008, que dispõe sobre o novo sistema de cotas para ingresso nas universidades estaduais, decidiu conceder a liminar requerida para suspender a eficácia desse Diploma Legal, nos termos do voto do relator designado, desembargador José Carlos S. Murta Ribeiro, com fundamento na existência de violação ao princípio da igualdade, a ensejar a discriminação reversa:

Certo, outrossim, que não é o regime de cotas a única ação positiva incluyente e nem a melhor. **In Casu**, vulnera-se de rijo o princípio da igualdade de todos perante a lei e, **data vênia** de doudas opiniões em contrário por ventura existentes, pretende-se prática afirmativa incluyente nas Universidades Estaduais, que como é do conhecimento de todos é o ponto culminante da pirâmide da Educação no Brasil. Em realidade, tais políticas afirmativas deveriam ter lugar no ensino fundamental e médio, reservando-se às Universidades o critério do mérito. Porque então não aplicar na espécie outras práticas incluyentes como, por exemplo, o Sistema de Bolsas de Estudos?

3.3 Na sociedade: alguns pontos de vista

Em nota do editorial do jornal **O Estado de S. Paulo**, publicado em 30 de maio de 2009, sob o título “A Justiça e o sistema de cotas”, ao mencionar as recentes decisões liminares do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro de Tribunal Regional da 2ª Região que suspenderam a política de cotas para ingresso nas universidades estaduais e federais, com base na violação aos princípios da igualdade e do mérito, comenta-se a confusão que tal política tem ocasionado no meio jurídico, com o surgimento de várias ações ajuizadas por candidatos não cotistas que foram preteridos pelos beneficiários das cotas, apesar de terem obtido uma pontuação maior do que estes, assim como as tensões criadas entre os estudantes com a implantação da “discriminação racial”:

[...] Como também já era esperado, a Ufes e as três universidades estaduais fluminenses agora têm de enfrentar tensões causadas pelo acirramento da discriminação racial. Os alunos cotistas são malvistas pelos não cotistas, enquanto os estudantes beneficiados por liminares são criticados pelos cotistas. **Esse é o tipo de problema que, tendo começado pela equivocada tentativa de democratizar o acesso ao ensino superior com base em critérios como etnia, cor da pele e origem socioeconômica – quando o mais sensato era combater o péssimo nível do ensino fundamental e do ensino médio -, pode levar ao segregacionismo e à eclosão do ódio racial num país que, apesar de suas iniquidades, sempre se caracterizou pela miscigenação e pelo convívio harmonioso de pessoas de todas as nacionalidades, cores e religiões.** (grifo nosso)

Também a revista **Época** abordou esse tema relativo à fomentação do racismo na reportagem “Cotas para quê?”, cuja edição foi publicada em 6 de abril de 2009:

[...] Discutida como uma questão educacional, a instituição das cotas esconde seu real alcance para o país. Não se trata apenas de reparar injustiças contra estudantes negros ou índios. Se for aprovado na comissão e no plenário do Senado, o projeto criará a primeira a primeira lei racial do Brasil em 120 anos de história republicana. “A criação de cotas raciais não vai gerar problema para a universidade, mas para o país”, afirma o geógrafo Demétrio Magnoli – ele participa das discussões no Senado e escreve um livro sobre a questão racial. “A partir do momento em que o Estado cria a raça, passa a existir também o racismo.” [...]

Tal reportagem trás ainda comentários de outras pessoas, como o sociólogo Simon Shwartzman, Pesquisador do Instituto de Estudos do Trabalho e Sociedade, que afirmou: “A cota racial é uma divisão artificial de uma sociedade miscigenada, baseada num problema (*a escravidão*) que ficou lá pra trás”. E conclui: “Não é a forma adequada de inclusão”. Por sua vez, o advogado José Roberto Militão, militante há 30 anos do movimento negro, é da seguinte opinião: “Aprovar um projeto de cotas raciais é ir na contramão”. E complementa: “O excluído pela cota vai debitar isso na conta do negro”.

É de se ressaltar também o caso do estudante Ruan Neves da Silva, assim registrado na referida matéria:

O raciocínio de Militão é parecido com o do estudante Ruan Neves da Silva. Aluno de um curso pré-vestibular que prioriza egressos do ensino público, em São Paulo, ele poderia usar o direito da cota. Mas prefere abrir mão. “Acredito que beneficiar o negro agora só gera mais preconceito. Tenho a mesma capacidade de passar no vestibular que um branco”, diz. “Acreditar que preciso da cota é ruim para a autoestima. Se eu entrasse pela cota, não faria o curso.” [...]

A postura de Ruan não é incomum. Há dois anos, é obrigatório especificar a raça da criança na ficha de matrícula em todo o Brasil. Mas 67% dos papéis não trazem a resposta. “As pessoas no Brasil não se sentem brancas ou negras”, afirma o geógrafo Magnoli. Esse fato e a atitude de estudantes como Ruan ajudam a entender um fato curioso que acontece no Rio de Janeiro. Em 2002, o então governador Anthony Garotinho criou o sistema de cotas raciais nas universidades estaduais. Metade das vagas seria destinada a estudantes incluídos nas cotas. No início, houve corrida pelas vagas. Mas isso acabou. De acordo com o senador Demóstenes Torres (DEM-GO), presidente da Comissão de Constituição e Justiça, os dados mostram que, hoje, metade das vagas fica ociosa. “Os estudantes perderam o interesse, não querem ser favorecidos pela cor da pele”, diz Torres.

Esse sentimento de inferioridade nutrido pelos cotistas já havia sido observado por alguns estudiosos do assunto:

Pesquisas realizadas recentemente nos Estados Unidos revelam que os negros beneficiados por ações afirmativas são vistos na sociedade como preguiçosos. Em vez de reforçar na sociedade a idéia de um grupo consciente que apenas está lutando pelos direitos que lhes foram negados no passado, a adoção de uma política de cotas pode vir a fomentar a imagem de esperteza, de jeitinho, de pessoas aproveitadoras e até despreparadas. Sobre isso, Dworkin adverte que muitos educadores acreditam que o tratamento benigno dispensado em razão da raça teria o condão de reforçar o sentimento de inferioridade dos negros, que se sentiriam envergonhados por estarem sendo beneficiados por tais políticas. (KAUFMANN, 2007, p. 232)

Consta ainda na mencionada matéria veiculada na revista **Época** que as “cotas sociais têm mais apoio no Congresso, entre especialistas e na população”. Ao final, apontam o risco desnecessário do desenvolvimento do racismo no Brasil, uma vez que o problema do acesso à educação superior está na péssima da qualidade do ensino fundamental e médio da rede pública, não sendo, portanto, a política de cotas que irá resolvê-lo:

Criar atalhos para alunos entrarem no ensino superior é uma medida paliativa. A origem do problema da educação brasileira é a péssima qualidade do ensino público e a distância entre seus alunos e os que freqüentam a rede privada. De acordo com o Índice de Desenvolvimento da Educação (Ideb), que avalia o desempenho dos alunos em língua portuguesa e matemática e sua aprovação, as escolas particulares estão em média 2 pontos na frente das públicas, numa escala de 0 a 10. A distância só aumenta com o avançar das séries. Em 2007, 90% dos alunos do 3º ano do ensino médio da rede pública não haviam aprendido o conteúdo esperado. A doença da educação ruim não será resolvida com mudanças no vestibular, menos ainda com a adoção das cotas. Mas há um grande risco de a adoção das cotas trazer uma doença capaz de rachar a sociedade brasileira – o racismo explícito na lei.

3.4 Supremo Tribunal Federal: ADPF 186 MC/DF

O Supremo Tribunal Federal (STF), apesar de não haver se pronunciado ainda a respeito da constitucionalidade das medidas afirmativas ora em discussão, o Presidente dessa Excelsa Corte, em decisão proferida em 31/07/2009, publicada no Diário da Justiça eletrônico (DJe-148) em 07/08/2009, ao indeferir a medida cautelar proposta pelo partido Democratas (DEM), na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 186, na qual se questiona o sistema de cotas raciais para ingresso na Universidade de Brasília (UnB), apresentou colocações de forma bastante ampla e esclarecedora, merecendo transcrição alguns trechos de sua fundamentação, dado que sintetiza bem toda a problemática que envolve essa questão:

[...] Na década de 70, pesquisadores como Carlos Hasenbalg e Nelson do Valle e Silva afirmaram que o preconceito e a discriminação não estavam apenas fundados nas sequelas da escravidão, mas assumiram novas formas e significados a partir da abolição, estando relacionadas aos “benefícios simbólicos adquiridos pelos brancos no processo de competição e desqualificação dos negros”. [...]. Por mais que se questione a existência de uma “Democracia Racial” no Brasil, é fato que a sociedade brasileira vivenciou um processo de miscigenação singular. Nesse sentido, elucida Carlos Lessa que “O Brasil não tem cor. Tem todo um mosaico de combinações possíveis” (LESSA, Carlos. "O Brasil não é bicolor", In: FRY, Peter e outros (org.) Divisões Perigosas: Políticas raciais no Brasil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 123). [...] As preocupações com as consequências da adoção de cotas raciais para o acesso à Universidade levaram cento e treze intelectuais brasileiros (antropólogos, sociólogos, historiadores, juristas, jornalistas, escritores, dramaturgos, artistas, ativistas e políticos) a redigir uma carta contra as leis raciais no Brasil. No documento, os assinantes alertam que “o racismo contamina profundamente as sociedades quando a lei sinaliza às pessoas que elas pertencem a determinado grupo racial – e que seus direitos são afetados por esse critério de pertinência de raça”. Sustentam que “as cotas raciais proporcionam privilégios a uma ínfima minoria de estudantes de classe média e conservam intacta, atrás de seu manto falsamente inclusivo, uma estrutura de ensino público arruinada”. Defendem que existem outras formas de superar as desigualdades brasileiras, proporcionando um verdadeiro acesso universal ao ensino superior, menos gravosas para a identidade nacional, como a oferta de cursos preparatórios gratuitos e a eliminação das taxas de inscrição nos exames vestibulares (“Cento e Treze cidadãos anti-racistas contra as leis raciais”, assinado por cento e treze intelectuais brasileiros, entre eles, Ana Maria Machado, Caetano Veloso, Demétrio Magnoli, Ferreira Gullar, José Ubaldo Ribeiro, Lya Luft e Ruth Cardoso). [...] Na qualidade de medidas de emergência ante a premência e urgência de solução dos problemas de discriminação racial, as ações afirmativas não constituem subterfúgio e, portanto, não excluem a adoção de medidas de longo prazo, como a necessária melhora das condições do ensino fundamental no Brasil. Outro importante aspecto a ser considerado diz respeito às dificuldades de acesso ao ensino superior no Brasil. Sabemos que a universidade pública é altamente excludente. De um lado, é preciso alargar a reflexão, para que não esqueçamos que a análise do acesso à universidade é fundamental, mas é apenas uma parcela do debate de uma democracia inclusiva. O que se quer destacar é que devemos pensar a questão em face do modelo de educação brasileiro como um todo, para não buscar soluções apenas na etapa universitária. A valorização e fomento de políticas públicas prioritárias e inclusivas voltadas às etapas anteriores (educação básica) e alternativas (cursos técnicos) são fundamentais, para que não assumamos a universidade como único caminho possível para o sucesso profissional e intelectual. Ademais, ressalte-se que nosso ensino superior também é excludente, em razão do modelo restrito de vagas ofertadas por quase todos os cursos. [...] De outro lado, o modelo do concurso universal demanda uma rediscussão. Há uma grande ironia no nosso modelo: somente aqueles que eventualmente passaram por todas as escolas privadas é que lograrão, depois, acesso via vestibular e poderão, então, chegar à escola pública superior, dotadas de conceito de excelência. Assim, somos levados a acreditar que a exclusão no acesso às universidades públicas é determinada pela condição financeira. Nesse ponto, parece não haver distinção entre “brancos” e “negros”, mas entre ricos e pobres. Como apontam alguns estudos, os pobres no Brasil têm todas as “cores” de pele. Dessa forma, não podemos deixar de nos perguntar quais serão as consequências das políticas de cotas raciais para a

diminuição do preconceito. Será justo, aqui, tratar de forma desigual pessoas que se encontram em situações iguais, apenas em razão de suas características fenotípicas? E que medidas ajudarão na inclusão daqueles que não se autotransformam como “negros”? Com a ampla adoção de programas de cotas raciais, como ficará, do ponto de vista do direito à igualdade, a situação do “branco” pobre? A adoção do critério da renda não seria mais adequada para a democratização do acesso ao ensino superior no Brasil? Por outro lado, até que ponto podemos realmente afirmar que a discriminação pode ser reduzida a um fenômeno meramente econômico? Podemos questionar, ainda, até que ponto a existência de uma dívida histórica em relação a determinado segmento social justificaria o tratamento desigual. [...] É certo que o Brasil caminha para a adoção de um modelo próprio de ações afirmativas de inclusão social, em virtude das peculiaridades culturais e sociais da sociedade brasileira, que impedem o acesso do indivíduo a bens fundamentais, como a educação e o emprego. No entanto, é importante ter em mente que a solução para tais problemas não está na importação acrítica de modelos construídos em momentos históricos específicos tendo em vista realidades culturais, sociais e políticas totalmente diversas das quais vivenciamos atualmente no Brasil, mas na interpretação do texto constitucional considerando-se as especificidades históricas e culturais da sociedade brasileira. [...] Infelizmente, no Brasil, o debate sobre ações afirmativas iniciou-se de forma equivocada e deturpada. Confundem-se ações afirmativas com política de cotas, sem se atentar para o fato de que as cotas representam apenas uma das formas de políticas positivas de inclusão social. Na verdade, as ações afirmativas são o gênero do qual as cotas são a espécie. E, ao contrário do que muitos pensam, mesmo nos Estados Unidos o sistema de cotas sofre sérias restrições doutrinárias e jurisprudenciais, como se pode depreender da análise da série de casos julgados pela Suprema Corte, dentre os quais sobressaem o famoso Caso Bakke (Regents of the University of California vs. Bakke; 438 U.S 265, 1978). Em recentes julgados, a Suprema Corte norte-americana voltou a restringir a adoção de políticas raciais. [...] Todas as ações que visem a estabelecer e a aprimorar a igualdade entre nós são dignas de apreço. É importante, no entanto, refletir sobre as possíveis consequências da adoção de políticas públicas que levem em consideração apenas o critério racial. Não podemos deixar que o combate ao preconceito e à discriminação em razão da cor da pele, fundamental para a construção de uma verdadeira democracia, reforce as crenças perversas do racismo e divida nossa sociedade em dois pólos antagônicos: “brancos” e “não brancos” ou “negros” e “não negros”. Todas essas questões deverão ser objeto de apreciação pelo Plenário desta Corte, que se pronunciará, em momento oportuno, sobre o inteiro teor do pedido de medida cautelar. [...]

CONCLUSÃO

A questão relativa à implantação do sistema de cotas no ensino superior no Brasil, portanto, é de grande complexidade, exigindo um estudo aprofundado da matéria pelas autoridades dos Poderes Executivo, Legislativo e, principalmente, Judiciário, a fim de que sejam respeitados valores fundamentais que caracterizam um Estado Democrático de Direito, como é o caso do direito à igualdade, que, em nossa contemporaneidade, representa não somente a *igualdade perante a lei*, mas também a igualdade material, substantiva e concreta, da qual as ações afirmativas são instrumentos.

No entanto, no desejo de se promover a igualdade material para se alcançar a justiça social fática, devem ser observados alguns requisitos para que não se pratique a discriminação gratuita e fortuita. E um desses requisitos está consubstanciado, como nos ensinam os doutrinadores, na existência de correlação lógica entre o fator de discriminação eleito e sua finalidade (pertinência), que abrange também a análise de aspectos relativos à razoabilidade e proporcionalidade da norma diferenciadora.

No caso do Brasil, em que pesem os posicionamentos favoráveis à adoção do sistema de cotas, tanto raciais como sociais, acreditamos que tal espécie de medida afirmativa não seja justificável. Ao contrário, parece-nos extremamente desnecessária e inadequada frente aos vários outros problemas e efeitos reversos que geram, como o prejuízo sofrido pelos indivíduos não inclusos nas cotas e que não são responsáveis pela situação social daqueles compreendidos por elas. Desnecessária porque há várias espécies de ações afirmativas, ao nosso ver, mais eficientes, como programas de oferta

de bolsas de estudos e financiamentos de cursos superiores e preparatórios para o concurso vestibular, entre outros (alguns já implantados no Brasil, como o PROUNI e o FIES), que já viabilizariam o acesso das classes menos privilegiadas a esse nível de ensino, sem retirar o quesito do mérito do candidato, ou seja, o candidato deverá demonstrar conhecimento para ingressar no curso, conforme preceitua o inciso V, do artigo 208, “in fine”, da Constituição Federal de 1988, e, principalmente, sem violar o princípio isonômico.

Atente-se ainda para o fato de que a política de cotas tornou-se, na atualidade, uma prática a ser evitada nos Estados Unidos, em virtude de seus efeitos negativos provocados na sociedade, como o acirramento do racismo. Além do mais, como os estudos demonstram e o caso do estudante Ruan Neves da Silva os confirma, a política de cotas gera sentimento de inferioridade em seus beneficiários, optando muitos por não utilizá-la.

Não se pode olvidar também que o Brasil tem suas peculiaridades: é um país de grande miscigenação e pluralismo cultural, razão pela qual nos cabe procurar soluções para essa questão tão polêmica de acordo com nossa história, nossa cultura e realidade e não copiarmos modelos de outros países, ainda mais modelos já desacreditados e em desuso. Mas, se formos adotar o sistema de cotas, que seja, então, as chamadas “cotas sociais.”

De fato, não se nega a existência de preconceito racial no Brasil. Contudo, na área da educação, a história nos mostra que desde o início de nossa colonização, a classe trabalhadora, quando muito, era destinada ao ensino meramente profissionalizante, enquanto a elite, que podia pagar, freqüentava as instituições de ensino superior, gerando, assim, o sistema dual de ensino. Também podemos observar que nunca houve no país uma segregação oficial em termos de raça, obstaculizando o ingresso dos membros da classe social marginalizada nas universidades, as quais, se salienta, representam sim um espaço de poder, não somente porque possibilitam a ascensão social, mas, sobretudo, porque formam cidadãos conscientes e críticos.

De tal maneira que o motivo de haver ainda hoje um ensino superior elitizado (e aqui é preciso ter uma visão mais global da questão aventada e não apenas pensarmos em termos de exclusão racial) reside única e exclusivamente no fator financeiro, em face da precariedade da qualidade de ensino fundamental e médio da maioria das escolas públicas: aqueles que podem pagar escolas particulares podem se preparar melhor para o concurso vestibular, deixando em desvantagem os integrantes da classe pobre, na qual se inclui grande parcela da população negra existente no Brasil.

Assim, o fato de existirem mais brancos nas universidades públicas e particulares não decorre dos traços étnicos e cor da pele, mas apenas do fator financeiro, em face, repita-se, da péssima qualidade de ensino da maioria das escolas públicas. O preconceito, em suas diversas formas de manifestação, deve ser combatido. No caso da educação, porém, ele não é causa da exclusão dos negros e afrodescendentes das universidades, bem como dos demais grupos étnicos minoritários.

Por esses motivos, o sistema de cotas sociais estaria, de certa forma, mais em harmonia com os princípios da igualdade, razoabilidade e proporcionalidade, além de ter mais legitimidade perante a sociedade.

Por fim, resta considerar o dever constitucional do Poder Público com a melhoria da qualidade de ensino, uma vez que tais medidas positivas só se legitimam enquanto temporárias, assim como sua responsabilidade na busca das causas e soluções para outras questões também importantes para a democratização do acesso ao ensino superior no Brasil. Entre elas, a questão relativa ao aumento de vagas ociosas nas instituições de ensino superior, conforme informam a imprensa e o Resumo Técnico do Censo da Educação Superior 2007 realizado pelo INEP (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira), o que já seria objeto de outro estudo, mas a qual, com certeza, o sistema de cotas não resolve.

REFERÊNCIAS

AS 1000 escolas mais bem colocadas no Enem 2008. **O Estado de S. Paulo Online**. São Paulo, 29 abr 2009. Disponível em www.estadao.com.br/especiais . Acesso em 24 ago. 2009.

USP tem a menor procura de aluno da rede pública desde 99. **O Estado de S. Paulo Online**. São Paulo, 31 jan 2009. Disponível em www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090131/not_imp315957,0.php . Acesso em 24 ago. 2009.

A Justiça e o sistema de cotas. **O Estado de S. Paulo**. São Paulo, 30 maio 2009. Notas & Informações/A3.

ARANHA, M. L. de A. **História da Educação**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Moderna, 1996.

ATCHABAHIAN, S. **Princípio da Igualdade e Ações Afirmativas**. São Paulo: RCS Editora, 2004.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm . Acesso em 24 ago. 2009.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 4.024, de 20.12.61; Lei n.º 5.540, de 28.11.68; Lei n.º 5.692, de 11.8.71; Lei n.º 9.394, de 20.12.96. Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/ Lei-Ordinária.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Lei-Ordinaria.htm) . Acesso em 24 ago. 2009.

BRASIL. Senado Federal. Relatório da senadora Serys Slhessarenko. Disponível em <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/64101.pdf> . Acesso em 29 ago. 2009.

BRASIL. Senado Federal. Voto em separado, reformulado, do senador Marconi Perillo. Disponível em <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/59777.pdf> . Acesso em 29 ago. 2009.

BRASIL. Ministério da Educação. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. **Resumo Técnico. Censo da Educação Superior 2007**. Brasília, 2009. Disponível em www.inep.gov.br/superior/relatório_tecnico.htm . Acesso em: 26 ago. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186 MC/DF. Brasília, 2009. Disponível em www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20090806_148.pdf . Acesso em: 31 ago. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de instrumento n.º 2008.01.00.011314-0/BA. Brasília, 2008. Disponível em www.trf1.jus.br . Acesso em: 31 ago. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Processo 2009.72.00.000481-7/SC. Porto Alegre, 2009. Disponível em www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=2961822 . Acesso em: 31 ago. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Representação direta de inconstitucionalidade n.º 2009.007.00009. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em www.tj.rj.gov.br Acesso em: 31 ago. 2009

BRASIL. Portal da Imprensa Nacional. Agravo 2008.02.01.012162-1: **Diário da Justiça**, Brasília, n.º 81, p.194, 30 abr. 2009. Disponível em www.portal.in.gov.br . Acesso em: 31 ago. 2009.

CARDOSO, A. P. **Cotas ou discriminação**. Disponível em www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?op=true&cod=55197 Acesso em: 31 ago. 2009

DUARTE, E. C. P. Princípio da Isonomia e critérios para a discriminação positiva nos programas de ação afirmativa para negros (afro-descendentes) no ensino superior. In: DUARTE, E. C. P. (Org.) et al. **Cotas raciais no ensino superior: entre o Jurídico e o Político**. Curitiba: Juruá, 2009. p.75-120.

FERNANDES, N. et al. Cotas para quê? **Época**, São Paulo, ed. 568, p.82-89, 06 abr. 2009.

KAUFMANN, R. F. M. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MALISKA, M. A. Análise da constitucionalidade das cotas para negros em universidades públicas. In: DUARTE, E. C. P. (Org.) et al. **Cotas raciais no ensino superior: entre o Jurídico e o Político**. Curitiba: Juruá, 2009. p.57-74.

MELLO, C. A. B. de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. e atual. 12ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MELLO, M. A. M. de F. Óptica Constitucional – A Igualdade e as Ações Afirmativas. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**: Divisão Jurídica. Instituição Toledo de Ensino de Bauru, Bauru, n.º 34, p. 15-23, 1996.

MENEZES, P. L. de. **A ação afirmativa (Affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PIOVESAN, F. Ações Afirmativas sob a perspectiva dos Direitos Humanos. In: DUARTE, E. C. P. (Org.) et al. **Cotas raciais no ensino superior: entre o Jurídico e o Político**. Curitiba: Juruá, 2009. p.15-26.

PIOVESAN, F. **Entrevista concedida à Consultor Jurídico**. São Paulo, 05 abr 2009. Disponível em www.conjur.com.br/2009-abr-05/entrevista-flavia-piovesan-procuradora-estado-sao-paulo . Acesso em 06 abr. 2009.

RANIERI, N. B. S. Aspectos da Reserva de Vagas nas Universidades Públicas: **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, nº 3, p. 183-185, março, 2002.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direto Constitucional Positivo**. 10. ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

SOARES, M. S. A. (Org.) et al. **A Educação Superior no Brasil**. Brasília: Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, 2002. Disponível em: www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me002311.pdf. Acesso em: 26 ago. 2009.

ANEXO