

Acórdão proferido no julgamento da *Application* nº 27058/05 – Corte Européia de Direitos Humanos – 5ª Seção – Caso Dogru X França – 04.03.2009.

“*Culte et fait religieux*” - artigo constante do site oficial do Conselho de Estado Francês - <http://www.conseil-etat.fr/dossiers-thematiques/cultes-et-fait-religieux-la-jurisprudence-du.html>

“*Identité nationale – Besson veut lancer un débat*” – artigo constante do site: <http://tfl.lci.fr/infos/france/politique/0,,5048278,00-besson-veut-lancer-un-debat-.html>

“*En France, ‘pas de place pour la burqa’ estime Sarkozy*” – artigo constante do site: <http://www.franceinfo.fr/france-societe-2009-11-12-en-france-pas-de-place-pour-la-burqa-estime-sarkozy-368249-9-12.html>

“*L’identité nationale, thème récurrent de Nicolas Sarkozy*” – artigo constante do site: http://www.lemonde.fr/archives/article/2009/10/26/l-identite-nationale-theme-recurrent-de-nicolas-sarkozy_1259095_0.html

“*Besson relance le débat sur l’identité nationale*” – artigo constante do site: http://www.lemonde.fr/archives/article/2009/10/25/besson-relance-le-debat-sur-l-identite-nationale_1258628_0.html

“*Burqa em débat*” – artigo constante do site: http://www.lemonde.fr/opinions/article/2009/06/26/burqa-en-debat_1211811_3232.html#ens_id=1205863

Acórdão proferido no julgamento do *Requête* nº 30814/06 – Corte Européia de Direitos Humanos – 12ª Seção – Caso Lautsi X Itália – 03.11.2009.

Acórdão proferido no julgamento da *Application* nº 44774/98 – Corte Européia de Direitos Humanos – 5ª Seção – Caso Leyla Sahin X Turquia – 10.11.2005.

“*Sarkozy diz que islâmicos devem ser discretos*” – artigo publicado no Jornal “O Globo” de 09.12.2009, Caderno “O mundo”, p. 32.

O SISTEMA DE COTAS PARA INGRESSO NO ENSINO PÚBLICO SUPERIOR – O CASO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMAN

Procuradora do Estado do Rio de Janeiro

BERNARDO BICHARA FARIA COELHO

Advogado

Sumário: 1. Introdução; 2. Breve histórico da lei; 3. Ação afirmativa: histórico, conceito, fundamentos e características; 4. Normas constitucionais que consagram às ações afirmativas; 4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; 4.2. Princípio da Igualdade; 4.3. Princípio da Solidariedade; 4.4. Princípio do Pluralismo; 5. A política de cotas universitárias; 6. Normas constitucionais pertinentes às cotas; 6.1. Princípio da Eficiência; 6.2. Princípio do Mérito; 6.3. Princípio da Igualdade de Oportunidades; 7. Beneficiários da cotas; 7.1. Negros; 7.2. Indígenas; 7.3. Alunos da rede pública de ensino; 7.4. Pessoas portadoras de deficiência; 7.5. Filhos de policiais civis e militares, bombeiros militares e inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço; 8. Demais aspectos relevantes da lei; 9. Conclusão; Referências

I – Introdução.

Neste ano completa-se uma década desde que o Estado do Rio de Janeiro, em iniciativa pioneira, editou a primeira lei no Brasil a estabelecer cotas para ingresso no ensino público superior. Além disso, o Supremo Tribunal Federal realizou, recentemente, uma audiência pública sobre o tema, relativa ao julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade e um recurso extraordinário a respeito de tal matéria. Acrescente-se, ainda, o fato de o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ter declarado, no fim de 2009, por ampla maioria, a constitucionalidade da nova lei estadual de cotas, em sede controle concentrado de constitucionalidade. Tudo isso está a indicar ser este um momento propício a elaboração de uma análise sobre a validade das ações afirmativas, mormente da política de cotas, à luz do ordenamento jurídico pátrio.

O presente ensaio tem por objeto o exame das questões apresentadas, a partir de uma situação concreta, qual seja, o sistema de cotas para ingresso no ensino público superior implementado pela Lei Estadual, 5.346/08, do Estado do Rio de

Janeiro. Nas linhas vindouras buscar-se-á analisar o seu enquadramento e validade enquanto ação afirmativa, bem como as suas características precipuas.

2. Breve histórico da lei.

A Lei Estadual nº 5.346/08 é o produto final de uma imprescindível atuação em prol do cumprimento da Constituição que o legislador do Estado do Rio de Janeiro vem buscando realizar desde o ano 2000, oportunidade em que editou a primeira lei no Brasil a estabelecer cotas para ingresso no ensino superior público.

Esse diploma pioneiro foi a Lei Estadual nº 3.524/00, que previa, em seu art. 2º, I, a), a reserva de 50% das vagas oferecidas pelas instituições públicas de ensino superior e sua destinação em favor de estudantes egressos da rede pública de ensino, municipal ou estadual¹.

A relevância dessa lei, que inaugurou no cenário jurídico nacional o debate sobre as ações afirmativas, foi tão profunda quanto a reação feroz que se seguiu a ela por parte de pessoas e instituições que pensavam de forma diferente. E, de fato, argumentos não faltavam a respaldar as posições de ambos os lados.

Se a inércia estatal em relação à adoção de políticas públicas tendentes a estabelecer a igualdade e a combater as desigualdades sociais era contrária a Constituição, na mesma toada se afigurava violadora da Carta a previsão de 50% de vagas reservadas – absolutamente desproporcional –, bem como a exigência de que os beneficiários fossem egressos da rede pública de ensino municipal ou estadual, localizada no Estado do Rio de Janeiro – criando uma diferenciação em relação aos estudantes integrantes do ensino público de outros entes da federação, o que é vedado pelo art. 19 da CRFB/88.

Ainda com a discussão em ponto de ebulição, foi editada, no ano seguinte, a Lei Estadual nº 3.708/01, prevendo cotas de 40% para negros e pardos². Se a lei de 2000 já tinha despertado profundas discussões jurídicas, esta teve o condão de acirrá-las ainda mais. Isso porque abordava tema sobremaneira incômodo para a sociedade brasileira, uma vez que reconhecia não apenas desigualdade entre alunos de escolas públicas e de escolas particulares, mas assumia também a existência de desigualdade entre negros e brancos.

Novamente o legislador foi sensível a demanda social urgente, porém secularmente negligenciada pelo Estado brasileiro, qual seja, a sub-cidadania imposta à população negra, gênese do embate velado existente entre negros e brancos que põe em pólos opostos as duas metades da população do país.

Tal como na lei anterior – que não foi substituída por essa, mas passou a com ela conviver –, foi louvável a iniciativa do Estado do Rio de Janeiro, que se dispôs a exercer, de fato, o seu múnus, atuando sob a orientação de uma interpretação

¹Art. 2º: As vagas oferecidas para acesso a todos os cursos de graduação das universidades públicas estaduais serão preenchidas observados os seguintes critérios: I - 50% (cinquenta por cento), no mínimo por curso e turno, por estudantes que preencham cumulativamente os seguintes requisitos: a) tenham cursado integralmente os ensinos fundamental e médio em instituições da rede pública dos Municípios e/ou do Estado. b) tenham sido selecionados em conformidade com o estatuído no art. 1º desta Lei.

²Art. 1º – Fica estabelecida a cota mínima de até 40% (quarenta por cento) para as populações negra e parda no preenchimento das vagas relativas aos cursos de graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e da Universidade Estadual do Norte Fluminense – UENF. Parágrafo único – Nesta cota mínima incluídos também os negros e pardos beneficiados pela Lei nº 3524/2000.

substantial da Constituição no que diz respeito à efetiva implantação de uma política de cotas nas universidades públicas estaduais. Nada obstante, a referida legislação não ficou imune a críticas quando à sua constitucionalidade, na medida em que o percentual de vagas reservadas, mormente quando conjugado com o previsto pela Lei Estadual nº 3.524/00, afigurava-se flagrantemente inconstitucional, por afronta à proporcionalidade.

Em janeiro de 2003, sobreveio a Lei Estadual nº 4.061/03, que estabelecia o percentual de 10% de vagas reservadas para portadores de deficiência física, que deveria ser observado dentro do percentual estabelecido para alunos provenientes do ensino público. Mas a principal mudança ocorrida naquele ano ainda estava por vir. Em setembro de 2003, foi editada a Lei Estadual nº 4.151/03, que conferiu nova disciplina ao sistema de cotas para ingresso no ensino superior público, revogando as leis até aqui mencionadas e estabelecendo como destinatários das cotas negros, alunos egressos da rede pública de ensino, deficientes físicos e integrantes de minorias étnicas³.

Com o amadurecimento da ideia da instituição de ações afirmativas e da sua instrumentalização, esse novo diploma, além de compilar as previsões de cotas constantes de leis esparsas, teve o mérito de corrigir importantes falhas que terminavam por macular de inconstitucionalidade as legislações anteriores. Os pontos mais significativos, e que tiveram participação decisiva da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE-RJ, foram:

1. A introdução do requisito carência a ser cumulado com os requisitos de pertença a um dos segmentos sociais eleitos como beneficiários.
2. O estabelecimento de percentuais mais comedidos, eleitos com base em critérios científicos (composição estatística da população – sem, contudo, reproduzi-la integralmente nas cotas), que passaram a reservar, no mínimo, 45% do total de vagas oferecidas pelas universidades, sendo 20% destinados aos negros, outros 20% aos alunos egressos da rede pública de ensino e 5% aos portadores de deficiência e integrantes de minorias étnicas;
3. A limitação do prazo de 5 anos, após o qual qualquer alteração nos percentuais das cotas deveria ser submetida a apreciação e aprovação do Poder Legislativo.

Persistiu, porém, importante requisito que tornava a lei com potencial inconstitucionalidade, qual seja, a manutenção da diferenciação entre entes da federação, já que a exigência para que o aluno egresso da rede pública de ensino fizesse jus à medida afirmativa era a de que houvesse frequentado estabelecimentos educacionais federais, estaduais, ou municipais, *localizados no Estado do Rio de Janeiro*.

Tal diploma foi posteriormente alterado pela Lei Estadual 5.074/07, no

³Art. 1º - Com vistas à redução de desigualdades étnicas, sociais e econômicas, deverão as universidades públicas estaduais estabelecer cotas para ingresso nos seus cursos de graduação aos seguintes estudantes carentes: I - oriundos da rede pública de ensino; II - negros; III - pessoas com deficiência, nos termos da legislação em vigor, e integrantes de minorias étnicas.

que tange à definição dos beneficiários, fazendo-se acrescentar ao rol já existente os filhos de policiais civis e militares, bombeiros militares e inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço. Estes novos beneficiários deveriam ser contemplados dentro do percentual de 5%, conjuntamente com os portadores de deficiências e os representantes de outras minorias étnicas.

Passado o prazo referido na Lei Estadual 4.151/03, o Estado do Rio de Janeiro, depois de verificar os resultados positivos até então alcançados pela implementação da política de cotas, institui junto à Procuradoria-Geral do Estado comissão específica⁴ para estudar o formato de um novo diploma regulamentador desse sistema, nascendo, assim, a Lei Estadual 5.346/08, objeto deste ensaio, que terá suas previsões analisadas de forma mais detida no momento oportuno.

3. Ação afirmativa: histórico, conceito, fundamentos e características.

A política de cotas para ingresso no ensino público superior traduz-se em espécie de ação afirmativa, um moderno instituto jurídico que vem, crescentemente, despertando a curiosidade e a atenção de juristas e legisladores, que têm buscado valer-se desse instrumento de intervenção social para alcançar determinados objetivos que a ordem constitucional preconiza. Destarte, antes de iniciar o exame específico da política de cotas instituída pela Lei Estadual 5.346/08, impõe-se expender algumas sumárias considerações a respeito das ações afirmativas.

As ações afirmativas são instituto jurídico recente, originário do Direito norte-americano, que na década de 60 o concebeu como forma de o Estado atuar no plano econômico-social com vistas ao estabelecimento de uma igualdade substancial capaz de superar as desigualdades sociais e a discriminação racial⁵.

Tais medidas foram implementadas nos Estados Unidos, sobretudo, no campo do acesso ao emprego e à educação. Paulatinamente, desprenderam-se da concepção original de identificação apenas com políticas públicas e conquistaram a adesão dos setores privados da sociedade, passando a ser efetivadas também por iniciativas de entidades privadas, como grandes empresas⁶. Isto porém, não significa não sofram elas resistência por parte de determinados segmentos sociais. Apesar de possuírem ferrenhos e importantes defensores como Ronald Dworkin⁷, e não obstante os mais de 40 anos de consagração no Direito norte-americano, elas são alvo constante de ataques, o que produziu uma série de precedentes judiciais ora favoráveis as

mesmas, ora contrários⁸. Cumpre ressaltar, contudo, que a Suprema Corte dos EUA, nas oportunidades em que invalidou determinada política de ação afirmativa, assim decidiu por reconhecer vícios específicos na construção das mesmas, ressalvando, porém, que elas se coadunam ao ordenamento jurídico norte-americano⁹.

Outro país onde as ações afirmativas tiveram uma importante função de integração de grupos discriminados na sociedade foi a África do Sul, que as utilizou como forma de vencer as desigualdades criadas pelo regime de *apartheid*¹⁰. No entanto, não são apenas países com histórico flagrante de discriminação como Estados Unidos, Índia e África do Sul, que se valem das ações afirmativas. Proliferadas por todo o globo e sendo adotadas por um número cada vez maior de países, hoje inúmeras nações já se renderam aos seus resultados positivos.

As ações afirmativas são um mecanismo jurídico de promoção da igualdade por meio da superação de uma situação de discriminação que serve de causa à diferenciação injustificada dos cidadãos, que impede alguns deles de fruírem plenamente os direitos que são assegurados a todos¹¹. Elas podem ser manejadas a partir de múltiplos mecanismos de intervenção na ordem econômico-social que a modificam de forma a torná-la mais justa e igualitária, conformando-a à ordem jurídica, que passa a se tornar concreta, transmutada do plano abstrato da norma para o plano fático da realidade social.

Sua fundamentação pode ser encontrada a partir de três perspectivas, isoladamente capazes de justificá-la, mas que não se excluem, ao contrário se complementam. Tais perspectivas assentam-se em postulados jus-filosóficos, a saber: (i) reparação histórica ou justiça compensatória; (ii) justiça distributiva; e (iii) diversidade¹². A primeira propõe que as ações afirmativas se prestam a alcançar a justiça por meio de uma correção histórica, ou seja, intentam oferecer no presente um benefício que permita ao grupo social vitimado pela discriminação no passado compensar-se dos danos de outrora que se protraíram no tempo, vindo a atingi-los, prejudicialmente, nos dias de hoje¹³. A segunda foca-se numa problemática atual

⁴Da qual eu, Flávio Willeman, tive a honra de participar.

⁵Essa a informação trazida pela maioria dos doutrinadores, como Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia Antunes Rocha. Entretanto, Daniel Sarmento ensina que, antes dos E.U.A., a Índia já adotava mecanismos de ação afirmativa, previstos, inclusive, na sua Constituição. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa: O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica*. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 15, 1996. p. 87.; GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 54. e SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais. Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 156.

⁶BELLINTANI, 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. p. 200/201.

⁷Ronald Dworkin é enfático ao afirmar que: “Assim, segundo as melhores provas até este momento disponíveis, a ação afirmativa não é contraproducente. Pelo contrário, parece muito bem-sucedida. Nem é injusta: não transgredir os direitos individuais nem comprometer nenhum princípio moral.”. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: a Teoria e a Prática da Igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 578.

⁸Os precedentes de maior destaque na Suprema Corte dos E.U.A. são: *United Steelworkers of America v. Weber*, *United States v. Paradise*, *Metro Broadcasting Inc. v. Federal Communications Commission* (em relação ao emprego) e *Bakke v. Regents of the University of California*, *Gratz v. Bollinger* e *Grutter v. Bollinger* (em relação à educação). SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 159 e IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 228/231.

⁹BELLINTANI, 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. p. 215.

¹⁰MENEZES, Paulo Lucena de. *Ação Afirmativa no Direito Norte-Americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 131/134.

¹¹Assim as define o Ministro do STF Joaquim Barbosa: “atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como educação e emprego”. GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 39/40.

¹²SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; FERES JÚNIOR, João. *Ação Afirmativa: Normatividade e Constitucionalidade*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 346.

¹³GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 62/65.

e visa a combater as desigualdades contemporâneas que se originam de modernos processos discriminatórios segregadores de determinados contingentes sociais, que ficam alijados da cidadania¹⁴. A terceira justificação direciona-se por um viés menos conflituoso. Sua preocupação não se assenta na necessidade de superar injustiças ou combater discriminações. Em verdade, a proposta do argumento da diversidade pauta-se na percepção de que a nova configuração multicultural das modernas sociedades ocidentais está a exigir, para que seja concretizado o Estado Democrático de Direito e para que sejam assegurados os direitos fundamentais, a construção de uma estrutura social fundada no pluralismo, que possa harmonizar as relações intersubjetivas travadas no interior das coletividades; conduzindo-as a um processo de compreensão das diferenças, pelo desenvolvimento de uma argumentação dialógica que as aproxime¹⁵, permitindo uma interação discursiva nos moldes propostos pela ética habermasiana.

A finalidade primaz das ações afirmativas é superar as consequências advindas de processos sociais discriminatórios que obstaculizam o gozo dos direitos fundamentais assegurados na Constituição por determinados segmentos da sociedade, negando-lhes a condição de cidadãos e não reconhecendo a dignidade que lhes é intrínseca¹⁶. Destarte, toda vez que existirem condutas discriminatórias que constituam empecilhos à fruição de direitos fundamentais por parte de um grupo social, para este mesmo grupo vitimado nascerá um direito à ação afirmativa. Direito que surgirá da violação a direitos fundamentais, com o intuito de proteger os direitos fundamentais. Direito, pois, que em razão de sua origem e de sua finalidade, só pode ter a natureza jurídica também de um direito fundamental. Em suma, as ações afirmativas são um direito fundamental implícito que exsurge para as vítimas da discriminação no momento em que os demais direitos fundamentais a que fazem jus são violados, independentemente de estarem explicitadas no ordenamento jurídico¹⁷.

Como direito fundamental que é, a ação afirmativa deve ser desenhada de modo a dela se extrair a máxima efetividade. Por isso, e por se prestar a superação de problemas os mais diversos, é que tal direito não possui uma caracterização fechada, rígida, podendo se efetivar por meio de variados mecanismos. Contudo, seja qual for a forma de que se revista, não pode prescindir da observância de dois limites essenciais, (i) a *pontualidade* e a (ii) *temporiedade*. O primeiro delimita o segmento social a ser beneficiado pela ação afirmativa, impedindo que quem dela não faça jus acabe sendo alcançado – o que seria um privilégio -, ou que se deixe a descoberto uma vítima da discriminação que dela necessita. Não é possível um

¹⁴GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 66/69.

¹⁵CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1999. p. 111/112.

¹⁶Carlos Roberto Siqueira Castro enxerga nas ações afirmativas mais do que um objetivo de promoção da igualdade, uma finalidade de transformação dos comportamentos sociais de forma a deles extirpar o preconceito e a ideia de superioridade de uns e inferioridade de outros. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*: Ensaios sobre o Constitucionalismo Pós-moderno e Comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 364/365.

¹⁷Os direitos fundamentais, por serem direitos pré-existentes à lei, decorrendo diretamente da condição humana, dispensam a positivação para que possam ser plenamente válidos e eficazes. Comunga desse pensamento o constitucionalista Manuel Gonçalves Ferreira Filho, FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *A Cultura dos Direitos Fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 245.

projeto de ação afirmativa genérico, que albergue toda a sociedade. O segundo é a temporiedade, que baliza o lapso temporal de duração dessa medida excepcional, para que ela não permaneça vigente após o alcance de seus objetivos - oportunidade em que perderia a qualidade de direito para tornar-se privilégio-, ou seja extinta antes de tê-los realizado – o que a tornaria inócua.

4. Normas constitucionais que consagram às ações afirmativas.

Apesar de não existir na Carta da República de 1988 ou na Constituição do Estado do Rio de Janeiro de 1989 um dispositivo que, explicitamente, consagre o direito às ações afirmativas, é bem de ver que tal instituto encontra ampla guarida constitucional, havendo normas em profusão que lhes servem de amparo.

Cumpra, desde logo, elencar os princípios que as conferem sede constitucional, são eles: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Princípio da Igualdade, Princípio da Solidariedade e Princípio do Pluralismo.

4.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III da CRFB/88 e arts. 5º e 8º da CERJ/89), embora não seja o mais difundido, quando se trata do assunto, deve ser analisado à frente dos outros, porquanto seja a fonte da qual brotam os demais. A dignidade emerge da própria condição humana, sendo, pois, uma característica inerente a todo indivíduo, vinculada inextricavelmente à humanidade que permeia e irmana o espírito de todo vivente dotado de racionalidade. A dignidade é o peculiar atributo ostentado por todo ser humano que o faz transpor o plano puramente material e atingir o transcendental. Ela infunde ânimo ao corpo e inflama o espírito do homem, tornando-o único dentre todos os seres. Único porque não há outro capaz de sensibilizar-se e experimentar as emoções que a vida proporciona. Único porque não há outro que seja senhor de seu próprio destino e que confira sentido à própria vida. A dignidade, pois, é algo de intangível e indescritível, não obstante inquestionável.

Apesar de indescritível, positivada como princípio jurídico, restou por exigir a definição de um conteúdo com contornos mais precisos. Nessa toada, passou a ser identificada com os aspectos componentes da condição humana que merecem a tutela do Direito - necessária para que não se lhes avilte. Tais aspectos nada mais são do que aqueles aos quais se busca proteger por meio dos direitos fundamentais¹⁸. É bem de ver que a própria trajetória de conquista desses direitos revela que cada momento de conscientização do ser humano sobre um aspecto essencial de sua condição – de sua dignidade - gerava o anseio de protegê-lo através da criação de direitos fundamentais. Destarte, juridicamente, pode-se definir o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, grosso modo, como sendo uma cláusula geral de tutela que protege a incolumidade da condição humana, sobretudo, servindo de fundamento para a criação e garantia da efetividade dos direitos fundamentais.

É sob essa ótica que se entrecruzam ações afirmativas e Princípio

¹⁸Ingo Sarlet e Ana Paula de Barcellos identificam a estreita vinculação que une o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os direitos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 59 e BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Renovar: Rio de Janeiro, 2008. p. 128.

da Dignidade da Pessoa Humana. Isso porque as ações afirmativas servem para salvaguardar os direitos fundamentais, direitos estes cuja violação agride a dignidade humana, de modo que, em última análise, as ações afirmativas prestam serviço à própria dignidade. Além disso, se as ações afirmativas são um direito fundamental e se a gênese dos direitos fundamentais está na dignidade humana, então, esta traduz-se na razão de ser daquela, sendo ambas indissociáveis.

4.2. Princípio da Igualdade.

Outro princípio a embasar as ações afirmativas é o Princípio da Igualdade (art. 5º da CRFB/88 e art. 9º da CERJ/89). O problema é que muitos dos críticos das ações afirmativas valem-se justamente dele para acusá-las de inconstitucionais. A questão, pois, reside em saber de que igualdade está-se a falar.

Sabe-se que a igualdade sempre foi um valor moral estranho ao Direito até o século XVIII, quando a encartaram na Constituição dos EUA, e na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, produto da Revolução Francesa¹⁹. Essa igualdade, dita formal ou igualdade perante a lei, de inspiração liberal e capitalista, surgiu para o Direito com objetivo certo e limitado. Ela vinha contemplar os anseios de uma parcela específica e restrita da sociedade (burguesia), que diante da sua nova condição social de classe emergente e força motriz da economia, não mais desejava ver-se em posição desequilibrada em relação à nobreza. Assim é que, transmutada em direito dos homens, a igualdade configurou-se como uma interdição à manutenção dos privilégios e ao estabelecimento de diferenças entre os mesmos por critérios injustificáveis como origem, raça, cor, etnia, sexo...

Com a evolução do pensamento humano, mas, principalmente, com a demonstração do incontestável fracasso do pensamento liberal e individualista, que descambou para duas guerras mundiais, a igualdade jurídica foi posta em xeque. A toda evidência mostrava-se ela totalmente insatisfatória. A mera proibição da discriminação jurídica sem a consideração das discriminações já existentes no interior das sociedades, de ordem econômica, social, racial, dentre outras, produziu resultados escabrosos. As desigualdades existentes no seio das diversas sociedades aprofundaram-se ainda mais, criando pólos de tensão frequentes entre oprimidos e opressores. Dessa forma, entendeu-se por bem transformar a igualdade numa igualdade substancial, concreta, *material*; reconheceu-se a necessidade de se buscar *a igualdade perante a lei e na lei*; ou seja, concebeu-se a igualdade como vedação à discriminação e como superação da discriminação existente²⁰.

A igualdade ganhou um novo espectro e as velhas concepções sofreram uma releitura. As interdições preconizadas pela igualdade formal continuaram vigentes, porém, permaneceram na condição de ilícitas desde que utilizadas de forma arbitrária²¹. Se tais critérios de discriminação fossem utilizados para estabelecer

¹⁹ABREU, Sérgio. O Princípio da Igualdade: a (In) Sensível Desigualdade ou a Isonomia Matizada. In: PEIXINHO, Manuel Messias; GUERRA, Isabel Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. *Os Princípios da Constituição de 1988*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 317/319.

²⁰É nesse sentido o magistério de Canotilho. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2002. p. 424/426.

²¹Celso Antônio Bandeira de Mello entende ser plenamente possível a utilização dos fatores de discriminação elencados na cabeça do art. 5º da CRFB/88 como critério diferenciador para medidas que visem o atingimento da plena igualdade, restando tal proceder vedado apenas em caso de não haver justificativa plausível para tanto. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros,

diferenciações entre os indivíduos, com vistas a combater uma desigualdade originada de discriminação baseadas nesses mesmos fatores, nada havia a ser reparado. Assim, restava compatibilizada a igualdade formal e material.

Está fora de dúvidas que a Constituição da República de 1988 e a Constituição do Estado do Rio de Janeiro de 1989 adotaram esta última concepção sobre a igualdade. A interpretação sistemática dos textos constitucionais não dá margem a dúvidas.

O vínculo que une a isonomia à ação afirmativa repousa na circunstância de ambas almejam o atingimento de uma equiparação real entre os diversos segmentos sociais, onde não haja qualquer tipo de desequilíbrio originado de comportamentos discriminatórios. As ações afirmativas são o instrumento concebido pelo Direito para promover no interior das sociedades as mutações referentes ao conteúdo jurídico da igualdade.

Há quem as acuse de, ao beneficiarem alguns, acabarem por prejudicar outros, por elas não contemplados. Contudo, tal argumento parte da premissa equivocada de que a igualdade aproveita apenas aos segmentos sociais que passam a ter o direito de dela desfrutar. Por certo, os que seguem tal raciocínio olvidam-se de que a igualdade, uma vez estabelecida verdadeiramente, espalha suas benesses por todo o corpo social; pelos que não sofriam com a discriminação e pelos que por ela eram vitimados, e que nada mais são do que o público imediatamente beneficiado, mas não o único. De tal sorte que não há de prosperar qualquer alegação no sentido de contrapor as medidas afirmativas ao Princípio da Igualdade, porquanto umbilicalmente unidos, ambos operam de modo a garantir-se e proteger-se mutuamente. A igualdade serve de sustentação a ação afirmativa, que, por sua vez, serve de escudo da igualdade.

4.3. Princípio da Solidariedade.

O Princípio da Solidariedade (art. 3º, I da CRFB/88 e art. 8º da CERJ/89), novidade trazida em boa hora pelo constituinte de 1988, internalizou no Direito uma mudança moral verificada no âmbito das sociedades modernas. As tragédias ocorridas ao longo dos séculos XIX e XX denunciaram o fracasso do individualismo liberal e despertaram no homem a consciência de que a própria natureza humana só desenvolve plenamente as suas potencialidades através do convívio harmônico com os seus semelhantes²². Desde que o homem passou de coadjuvante de sua própria vida, a partir do abandono do teocentrismo, a senhor de seu destino, ele foi se fechando cada vez mais em si mesmo, talvez movido pela sede de autoconhecimento insaciada desde sempre. Esse processo de auto-aclamação turvou sua visão e, recluso em seus próprios desejos, ele descuidou da sua relação com o próximo, que passou a limitar-se às manifestações de piedade. Esse egoísmo exacerbado gerou resultados nefastos como as grandes guerras e a depressão econômica, entre outros.

Tomando consciência de que o atuar isolado dos indivíduos só implica no insucesso da coletividade e que os homens devem orientar seu comportamento para fins pessoais, mas também para o progresso social, as sociedades modernas passaram

2009. p. 17/19.

²²MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. In: PEIXINHO, Manuel Messias; GUERRA, Isabel Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. *Os Princípios da Constituição de 1988*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 159/161.

a exaltar a solidariedade, não como expressão da piedade, não como um gesto de caridade, porém como um ato de consciência. A solidariedade foi, então, consagrada pelo ordenamento jurídico como forma de impor aos indivíduos a repartição dos riscos sociais a que todos estão submetidos (este, inclusive, é um dos fundamentos da responsabilização civil objetiva do Estado). Tal repartição se aplica tanto na superação dos danos gerados pela concretização desses riscos (ex: previdência e, principalmente, assistência social), como na minoração ou evitamento dos mesmos, através de políticas que respaldem os segmentos sociais vulnerados.

As ações afirmativas mesclam-se com o Princípio da Solidariedade justamente por isso. Indubitavelmente, por se dirigirem a contingentes sociais discriminados, que representam os segmentos mais expostos aos riscos sociais (desemprego, doenças, morte, etc.), promovendo-os é que ditas medidas se constituem em instrumento do aludido princípio, eis que diminuem significativamente a vulnerabilidade dos indivíduos pertencentes a tais grupos sociais. Isso porque passam eles a desfrutar de melhores condições de vida e a gozar plenamente dos direitos fundamentais, o que lhes confere uma série de proteções face aos infortúnios sociais diários.

Assim é que do ponto de vista do Princípio da Solidariedade, as ações afirmativas encontram dupla justificação, uma de prisma humanístico e outra de viés utilitarista. A primeira porquanto o Direito contemporâneo não alberga concepções tendentes a desconsiderar os problemas que atingem a coletividade. É dizer, hoje, há uma obrigação jurídica de se respeitar e auxiliar o próximo pela conscientização de que entre os indivíduos existe algo em comum a ser preservado, que os vincula uns aos outros, a humanidade. A segunda, pois pelo sistema constitucional vigente, bônus e ônus sociais devem ser repartidos por toda a coletividade, de tal sorte que uma atuação estatal voltada à promoção das camadas mais sujeitas aos riscos sociais acaba por minorar os custos sociais e, conseqüentemente, os encargos sociais de todos. Destarte, as benesses advindas das políticas de ação afirmativa, também, pela perspectiva da solidariedade são estendidas a toda a sociedade, inclusive aos sujeitos que não são os destinatários diretos das mesmas.

4.4. Princípio do Pluralismo.

O Princípio do Pluralismo (art. 1º, V da CRFB/88 e art. 8º da CERJ/89), atualmente consagrado em diversas constituições ocidentais, vem angariando importância cada vez maior nos ordenamentos jurídicos democráticos, em virtude da sua função norteadora das modernas sociedades multiculturais, direcionando-as a uma harmonização social, pautada no respeito às diferenças.

A nova conjuntura mundial, cuja gênese foi o pós-guerra, apresenta um planeta redefinido pelo processo de globalização que rompeu as fronteiras entre os países e promoveu uma mescla das diversas sociedades, gerando situações de tensão pelo natural choque cultural oriundo da introdução de novos e diferentes elementos culturais no seio de sociedades tradicionais e homogêneas. A necessidade de apaziguar tais situações, animada pela lembrança sempre incômoda das tragédias promovidas pelos regimes totalitários - que embriagados de soberba, desrespeitavam por completo o modo de ser e viver dos diferentes povos, buscando o seu extermínio -, fez com que se tentasse, ao invés de insistir nas diferenças, fazer com que os homens passassem a

procurar o que possuíam em comum. E nessa empreitada o ser humano compreendeu que a própria humanidade, que todos detém, era fator suficiente a vinculá-los uns aos outros, exaltando-se a dignidade de cada um e respeitando-se as diferenças que distinguem cada qual. Esse respeito à diferença, ao pluralismo, foi definido como um valor moral a ser alcançado e, posteriormente, um axioma jurídico a ser efetivado.

Assim é que o Princípio do Pluralismo tomou assento nas constituições democráticas, sendo, um corolário do próprio Princípio do Estado Democrático de Direito²³, haja vista não se poder, nos dias correntes, falar em democracia, sem falar em respeito às minorias²⁴. E na Constituição da República de 1988 e do Estado do Rio de Janeiro, não é diferente. Nelas encontram-se algumas referências ao dito princípio. Inicialmente, o menciona o preâmbulo da Constituição da República, que, conquanto, não tenha força cogente, é um indicativo dos valores que o constituinte desejou ver concretizados pela aplicação da Lei Maior. Em, seguida, no art. 1º da CRFB/88 e art. 8º da CERJ/89, o referido princípio vem referido implicitamente quando se fala em Estado Democrático de Direito e explicitamente quando se elenca o pluralismo político como um dos fundamentos desse Estado - isso porque pluralismo político significa diversidade e respeito a concepções políticas, que nada mais são do que modos particulares de se pensar a vida em sociedade, segundo as práticas e valores de cada agrupamento humano²⁵. Por último, há uma referência ao pluralismo de ideias que deve presidir o ministério do ensino (art. 206, III da CRFB/88 e arts. 306, 307, III da CERJ/89), traduzindo a opção do constituinte de construir um sistema educacional que forneça aos estudantes, sobretudo aos jovens, um vasto cabedal de conhecimento apto a lhes permitir formular suas próprias convicções e, assim, construir autonomamente suas personalidades, sem desrespeitar aqueles que façam escolhas diferentes das suas.

O que torna o Princípio do Pluralismo um fundamento das ações afirmativas é justamente o fato de ela possibilitar a emancipação de parcelas da sociedade excluídas da cidadania pela discriminação a que são submetidas, permitindo-as tomar parte nas decisões sobre o destino da sociedade e assegurar o respeito aos seus direitos, principalmente o direito de ser diferente²⁶. No momento em que se beneficia um contingente social com uma medida afirmativa oferece-se a ele a oportunidade dele se mostrar ao resto da sociedade e a esta a chance de conhecê-lo para que, então, ambos possam comungar de suas semelhanças e compreender suas diferenças, aprendendo a estabelecer um convívio pacífico de mútuo respeito. Ao atuar de modo a forçar o relacionamento igualitário entre discriminado e discriminador, as ações afirmativas escancaram, a todo instante, as mentiras que embasam a discriminação e fazem com

²³MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política*: Legislativa, Administrativa, Judicial. Fundamentos e Técnicas Constitucionais da Legitimidade. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 09.

²⁴BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ações Afirmativas e os Princípios do Direito*: a Questão das Quotas Raciais para Ingresso no Ensino Superior no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 97.

²⁵MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ªed.. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 156.

²⁶A propósito, cumpre transcrever o brilhante magistério de Boaventura de Souza Santos que pontifica: "O multiculturalismo progressista pressupõe que o princípio da igualdade seja prosseguido de par com o princípio do reconhecimento da diferença. A hermenêutica diatópica pressupõe a aceitação do seguinte imperativo transcultural: temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito de ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza". SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma Concepção Intercultural de Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 36.

que aqueles que a praticam repensem seu comportamento. A ação afirmativa é o veículo que transporta os discriminados da posição subjugada em que se encontram para o centro da sociedade, a partir do rompimento das barreiras que esta tradicionalmente levanta contra eles no intuito de mantê-los subservientes e invisíveis.

Princípio do Pluralismo e ação afirmativa, pois, operam numa via de mão dupla, eis que o primeiro fundamenta a segunda e a segunda garante a observância do primeiro.

5. A política de cotas universitárias.

A política de cotas universitárias é uma espécie de ação afirmativa dirigida ao setor educacional que visa, através da reserva e destinação de um percentual das vagas oferecidas pelas universidades públicas, a permitir o ingresso nessas instituições de representantes de camadas populacionais tradicionalmente excluídos das mesmas, de forma a permitir-lhes desenvolver-se de modo mais completo e assim ter condições de progredir social e economicamente.

A decisão de promover uma ação afirmativa no âmbito do ensino universitário é bastante polêmica, mas, em nossa opinião, acertada, pois, justamente aí, encontra-se um gargalo da organização social. No Brasil, especificamente, a possibilidade, ou não, de cursar o terceiro grau, de um modo geral, define os destinos dos cidadãos, que será tanto melhor e menos árduo, caso o possuam.

A importância do bacharelado na cultura brasileira é sintomática e revela apego demasiado aos títulos em detrimento da capacidade ou do caráter dos indivíduos. Historicamente, a detenção de um diploma universitário sempre configurou fator de distinção dentre os cidadãos²⁷. O ensino foi, por todo tempo, destinado aos integrantes da elite. Como cediço, o saber é libertador, mas também é dominador, porquanto quem o detém pode mais facilmente se impor perante os que dele não dispõe. Por isso, e talvez inconscientemente, a elite brasileira sempre reagiu às tentativas de universalização do ensino. Gradativamente, por razões as mais diversas, tal restrição não teve como ser sustentada, mas ela persiste, ainda hoje, na esfera do ensino público universitário, através de uma reserva de mercado "construída" por pessoas que tiveram condição financeira para arcar com o ensino primário e secundário privado de seus filhos e que, por ser de melhor qualidade, capacitou-os a competir em condições melhores com os alunos egressos do ensino público. Os limites do presente trabalho não permitem uma maior digressão sobre as falhas do sistema educacional do Brasil. Entretanto, não se pode perder de que a limitação ao acesso de pessoas negras e pobres à educação, sobretudo ao ensino universitário, constitui um dos mais graves mecanismos de discriminação social do país, por meio do qual se condena os grupos sociais por ela vitimados a permanecer na escuridão do saber, tornando-se facilmente domináveis.

Além disso, o ensino universitário permite, via de regra, mais do que qualquer outro estágio da vida, a obtenção de um conhecimento e de uma experiência de vida que influem decisivamente na autodeterminação dos indivíduos. A universidade é o momento da autonomia do ser - que diferentemente de quando estava na escola, é

²⁷Gilberto Freyre, ao traçar um panorama sobre os primórdios da educação no Brasil, ministrada inicialmente por padres nas casas-grandes e, posteriormente nos colégios de jesuítas, mostra que estes, desde então, estimularam a exaltação do bacharelado pelos jovens brasileiros. FREYRE, Gilberto. *Sobrados e Mucambos*. Decadência do Patriarcado Rural e Desenvolvimento do Urbano. 4ª ed., 1º Tomo. Rio de Janeiro: José Olympio, 1968. p.74.

responsável por si mesmo-, e a ocasião onde todas as oportunidades se lhe oferecem - diversamente de quando está trabalhando e é obrigado a sustentar-se. Durante essa experiência, o estudante universitário pode agregar bagagem intelectual e maturidade sem precedentes.

Por essas razões, a opção pela instituição de um mecanismo de ação afirmativa no ensino superior, através do estabelecimento de cotas que beneficiem determinados contingentes sociais, se amolda com justiça aos dilemas sociais brasileiros.

6. Normas constitucionais pertinentes às cotas.

Além dos princípios constitucionais oportunamente comentados, que servem de fundamento a todo e qualquer tipo de ação afirmativa, há, outrossim, determinados comandos constitucionais que se referem especificamente à modalidade de cotas para ingresso no ensino público superior. São eles: Princípio da Eficiência (art. 37, da CRFB/88), Princípio do Mérito (art. 208, V da CRFB/88), Princípio da Igualdade de Condições (art. 206 da CRFB/88 e art. 307, I da CERJ/89), Princípio do Pluralismo de Ideias e Concepções Pedagógicas (art. 206, III da CRFB/88 e arts. 306, 307, III da CERJ/89).

6.1. Princípio da Eficiência.

O Princípio da Eficiência se entrelaça com a política de cotas na medida em que esta se apresenta como a medida mais eficaz e menos custosa para que o Estado cumpra a sua função de promover o desenvolvimento científico e educacional da sociedade, superando as desigualdades sociais e combatendo a discriminação.

Isto porque permite ao Estado se programar para promover a melhoria do ensino público primário e secundário (esta tem de ser a idéia da política de ação afirmativa) e, ao mesmo tempo, tomar medidas efetivas para minimizar a desigualdade social e a discriminação no acesso ao ensino público superior (em universidades públicas).

Acusa-se a política de cotas de mascarar os reais problemas da educação pública no país. Entretanto, tal alegação não prospera, com o devido respeito dos que pensam em sentido contrário. Longe disso, o sistema de cotas evidencia as mazelas do ensino público e acelera as suas mudanças, na medida em que significam a oportunidade, antes impensada, de indivíduos pertencentes aos segmentos sociais beneficiados ingressarem no ensino superior. Na verdade, elas estimulam a continuidade do estudo por parte de alunos que, tradicionalmente, o abandonavam após a conclusão do ensino médio, por não possuírem condições de pagar universidade privadas e/ou de serem aprovados em difíceis vestibulares para universidades públicas.

As cotas, portanto, transformam sujeitos inertes, que não se importavam com a má qualidade do ensino público, pois não enxergavam nele qualquer utilidade, em cidadãos ativos, questionadores, sedentos de seu direito à educação, que passa a assumir uma relevância prática em suas vidas.

Percebe-se, pois, que sob diversos ângulos a política de cotas revela-se absolutamente eficiente e consentânea com o atingimento do melhor interesse público.

6.2. Princípio do Mérito.

No que tange ao Princípio do Mérito, releva observar que, no mais das vezes, é evocado por aqueles que se opõem à política de cotas, acusando-a exatamente de desrespeitá-lo. Entretanto, exame isento de preconceitos desvela a notória realidade sobre tal medida afirmativa, que, em verdade, intenta consagrar o mérito daqueles que, analisadas as condições sociais, históricas e de oportunidades que tiveram ao longo dos anos, também o possuem. O Princípio do Mérito, enquanto corolário do Princípio Republicano, está a indicar a necessidade de o Estado, orientado pelo interesse mais condizente com a preservação da coisa pública, selecionar, dentre os candidatos que ingressarão na universidade, aqueles que apresentam a melhor capacidade de exercer as funções para quais se dedicarão futuramente. Ou seja, o mérito se volta à correlação entre o potencial do candidato e as aptidões que lhe exigirá a profissão que pretende seguir.²⁸

Ocorre que no Brasil o suposto mérito é analisado a partir, unicamente, dos resultados obtidos nos exames vestibulares, que são um mecanismo de aferição ultrapassado e que analisam a capacitação pretérita do candidato, sem estabelecer uma suficiente e imprescindível ligação com as características que serão exigidas do mesmo durante o ensino superior e, principalmente, a vida profissional. Não há espaço neste ensaio para debater a inadequação completa dos exames vestibulares aos fins a que se prestam; no entanto, não se pode deixar de destacar que países mais desenvolvidos e com um ensino de melhor qualidade já se valem de outros métodos que vão além da submissão dos candidatos à realização de provas de conhecimentos do currículo escolar básico.²⁹

Resultados de pesquisas realizadas pela ONG EDUCAFRÓ, a partir de dados colhidos pela UERJ, demonstram que os alunos oriundos do sistema de cotas possuem, na maioria dos cursos, um índice menor de abandono dos estudos e um coeficiente de rendimento maior ou igual aos alunos não cotistas. Ou seja, eles possuem aprendizado tão ou mais satisfatório do que os demais alunos, de modo que cai por terra a ilusão de que o vestibular averigua mérito, ou, ao menos, o mérito que se deseja realmente agraciar, pois que, como salientado, o mérito não pode estar dissociado do fim a que se destina. O principal equívoco dos que acreditam ser a política de cotas contrária ao mérito é, talvez, com devido respeito, não possuir a noção do que a ele se presta.

Pois bem. Mesmo adotando-se a concepção tradicional de que o vestibular serve para premiar os candidatos por sua vida pregressa, ao invés de testá-los para seu desenvolvimento futuro, parece que o argumento da ausência de mérito na política de cotas não prospera.

A uma, porque inclusive dos candidatos cotistas exige-se que sejam aprovados no exame vestibular, não dentro do número de vagas disponíveis, mas de

²⁸Comunga desse pensamento Daniela Ikawa, sobretudo quando diferencia a perspectiva histórica e a-histórica (ou de chegada) do mérito, considerando esta última como contrária ao mérito efetivo. IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 163.

²⁹A Universidade de Harvard, por exemplo, adota um mecanismo de seleção de candidatos que leva em consideração os mais variados aspectos da vida dos mesmos, tais como: lugar de origem, históricos escolares, cartas de recomendação, etnias, capacidade econômica, dentre outros. 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. p. 101.

acordo com as exigências qualificatórias eleitas pelas instituições de ensino superior como imprescindíveis. Donde se conclui que os cotistas jamais poderão ingressar nas universidades sem preencherem os requisitos básicos estabelecidos por elas; *requisitos esses que nada mais são do que a medida do mérito elencada como necessária ao bom aproveitamento pelo aluno do ensino futuro*.

A duas, porque há diversas óticas para se analisar o mérito. Teria, por acaso, mérito o candidato que por toda a vida frequentou o que há de melhor no ensino particular, sem nunca estudar, e às vésperas do vestibular foi adestrado nos cursos preparatórios mais caros, para decorar como passar no mesmo, e assim conseguir a sua vaga? Talvez sim. Mas não se pode perder de vista que o candidato a quem foi negado – pelo Estado – insistentemente a possibilidade de conhecer, de estudar, e que, não obstante todas as dificuldades, valeu-se de seu próprio esforço para aprender também pode ter seu mérito aferido, à luz das vicissitudes que o cercam, desde que posto para competir com pessoas de igual nível social e técnico, por tempo determinado, até que a política de integração social e racial se faça razoavelmente eficiente.

Se assim é, pensamos que pode ser defendida a tese de que o mérito se deve não só aos que estudaram em bons colégios particulares e puderam passar em difíceis vestibulares, mas também daquele que se superaram nas adversidades da vida e que, por isso, precisam do Estado – e, assim, de um sistema diferenciado – para possibilitar-lhe o acesso ao estudo universitário.

A três, porquanto dentre os candidatos cotistas haverá, também, uma competição, pois o número de vagas a eles destinadas é escasso, de tal sorte que só os melhores dentre eles – os mais meritórios – é que as conquistarão.

6.3. Princípio da Igualdade de Oportunidades.

O Princípio da Igualdade de Oportunidades que informa o sistema educacional brasileiro nada mais é do que a aplicação prática do axioma da isonomia no campo do ensino. Ele determina que devam ser asseguradas a todos os que pretenderem participar do ensino público (quando não for universal) as mesmas chances de fazê-lo. Como cediço, o ensino universitário não é garantido a todos, e sendo assim, por ter de selecionar os poucos que serão contemplados, deve homenagear o referido princípio, sob pena de aviltar a norma constitucional que o dirige. Assim é que o ingresso no ensino superior não deve sofrer qualquer limitação, senão as estritamente necessárias à consecução da sua própria finalidade, qual seja, a aprendizagem de um conhecimento específico. É dizer, não se justifica qualquer exigência feita aos candidatos impertinente ao objeto de seu estudo e de sua futura ocupação.

Retoma-se aqui a mesma discussão já tratada quando se refletiu sobre o Princípio da Igualdade genericamente. Seria a mera igualdade formal suficiente? Bastaria ao atendimento da norma constitucional simplesmente permitir que todos tivessem a chance de prestar o exame vestibular? Parece que não. A oportunidade referida pela Carta não é a de participar do processo de seleção, mas a de nele concorrer em igualdade de condições com os demais. Portanto, se existem diferenças fáticas que impedem os candidatos de serem equiparados, não é suficiente criar-se a ficção de que a oportunidade de concorrer está disponível a qualquer um – como se isso igualasse os indivíduos que na realidade estão em patamares bem diversos. Deve o processo seletivo tomá-las em conta e promover um reequilíbrio que permita a concretização da igualdade almejada pela Constituição.

Certamente não possuem a mesma oportunidade de alcançar a vaga oferecida, por exemplo, o candidato que por toda a vida estudou nos melhores colégios, teve acesso ao melhor material didático, foi alimentado adequadamente, desfrutou do alento de um lar confortável, não se perturbou com qualquer outro assunto senão o seu aprendizado e aquele que obteve um ensino precário, que tinha na escola mais do que um lugar para agregar conhecimento, um local para comer, que percorria caminhos fadigantes até o colégio, que passava noites em claro atemorizado pela violência ao seu redor, que guardava a responsabilidade de auxiliar na economia doméstica. E o Estado não pode ser indiferente a isso. Não se trata de compensar-lhe o sofrimento passado. Não se está a pregar paternalismo ou caridade. O que se intenta advertir é que podem ambos os candidatos possuir as mesmas condições intelectuais de ingressar e bem se desenvolver no ensino superior; pode ser, até mesmo, que o candidato a quem a vida se apresentou de modo mais cruel detenha capacidade ainda maior do que aquele que teve a oportunidade de estudar em bons colégios particulares.

O que o sistema de cotas faz é corrigir esse erro de aferição das capacidades, conferindo efetiva igualdade de condições entre os candidatos no acesso às vagas. Ele separa os diferentes grupos que as pretendem conseguir e os faz competir entre si, onde podem ser equiparados. A política de cotas não serve para por à força os seus beneficiários na universidade, nem para destruir a meritocracia – como já foi explicado –, porém se presta a acabar erradicar desigualdades sociais e a corrigir um problema histórico de discriminação racial presenciado nas universidades brasileiras. Não se perca de vista que não basta ser destinatário das cotas para ter o ingresso garantido no ensino público superior, é preciso ser aprovado no vestibular. O candidato cotista tem de comprovar o preenchimento dos requisitos eleitos pelas instituições de ensino como suficientes ao bom aprendizado. O que essa medida afirmativa garante é que nada além do que for essencial à boa realização do curso universitário será exigido dos cotistas, sobretudo aquilo que nunca lhes foi oferecido e que não os tornam mais ou menos capacitados que os candidatos não cotistas, servindo apenas a produção de uma desigualdade de oportunidades de conquista das vagas no ensino superior.

7. Beneficiários da cotas.

A seleção por parte do Estado do Rio de Janeiro dos contingentes sociais merecedores de serem contemplados pela política de cotas não foi feita a esmo, mas pautou-se no critério fundamental a nortear qualquer ação afirmativa, qual seja, a verificarão da vitimização desses grupos por um processo discriminatório que os desigualava em relação ao restante da sociedade. À exceção dos filhos de policiais civis e militares, bombeiros militares e inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço, o legislador foi bastante coerente na eleição dos grupos que faziam jus à política de cotas, enquanto medida afirmativa. Quanto àqueles, impende salientar que não deveriam ser destinatários das cotas, na qualidade de ação afirmativa, mas, somente na forma de mera política pública.

7.1. Negros.

De todos os grupos beneficiários da política de cotas, indubitavelmente, são os negros os que sofrem maior resistência, mesmo porque contra eles pesa um

secular e impiedoso preconceito. De todos os lados vê-se lançarem ferozes ataques contra a sua contemplação no rol de destinatários das cotas, o que revela o racismo estrutural sobre o qual a sociedade brasileira se organiza – fruto de um passado podre, marcado pela escravidão que perdurou oficialmente por mais de 350 anos. A questão da discriminação do negro é por demais complexa e representa o maior problema social do Brasil; ela, ainda hoje, atravanca o progresso do país, porquanto subsiste a mentalidade de que os negros – quase metade da população – devem continuar a ser explorados. Devido aos limites desse ensaio, serão abordadas apenas algumas questões fundamentais à compreensão do problema do racismo no Brasil e do porquê de serem necessárias ações afirmativas em favor dos negros.

A sociedade brasileira se formou a partir da união de diversos grupos, representantes de diferentes povos, que se dirigiram para esta terra, dentre eles os negros, de acordo com a maior, ou menor, influência que cada um deteve no processo de construção desse novo povo. Ocorre que, apesar de serem, no passado, a maioria dos habitantes do país e, hoje, compõem quase metade da população, aos negros nunca foi dado tornar-se um agente social, um cidadão.

Durante a escravidão três características dos negros chamavam a atenção. No plano econômico eram tidos como um bem de produção. O modelo econômico adotado pelo Brasil, mais do que agrário, era escravista, estando, pois, todo o valor da economia depositado no escravo, que além de ser considerado a mercadoria mais valiosa³⁰, servia de garantia para as negociações econômicas – basta ver que geralmente as hipotecas eram lançadas sobre a escravaria³¹. No que tange ao aspecto social, os negros não eram considerados cidadãos, pois sequer eram vistos como uma pessoa. Em verdade não passavam de um ser anulado em seu aspecto humano, sobretudo graças ao processo de captura a que foram expostos e de submissão incondicional que os impunham os seus donos³². A sobrevivência deles demandava o despojamento de toda a sua condição humana e o abandono da cultura e do modo de viver negro. No campo jurídico, os negros foram tidos, sempre, por objetos de direito em lugar de sujeitos de direito. O ordenamento jurídico vigente à época, desde as Ordenações Manuêlinas até a Constituição de 1924, o tratava como tal³³.

O processo de abolição foi resultado muito mais de uma conjuntura político-econômica que o exigiu do que da conscientização da barbárie que a escravidão representava. A abolição se deu tanto por pressão da Inglaterra quanto por ter o modelo escravista se tornado altamente custoso e anacrônico. O pós-abolição foi marcado pela total exclusão dos negros e pela manutenção de sua subjugação, fruto do preconceito nutrido durante a escravidão. Mais do que isso, foi caracterizado por uma expropriação da cultura negra e por uma tentativa de negar o violento racismo existente através da propagação do mito da democracia racial³⁴.

³⁰RAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. Formação do Patronato Político Brasileiro. 3ª Ed. Porto Alegre: Globo, 1976. p.218.

³¹MARTINS, José de Souza. *O Cativo da Terra*. São Paulo: Hucitec, 1996. p.26/28.

³²MATTOSO, Kátia de Queirós. *Ser Escravo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1982. p. 101/103 e 111/112.

³³Confira-se: Livro 4, Título 16 das Ordenações Manuêlinas e Livro 5, Título 62 - onde se nota com clareza a equiparação dos escravos a animais ou coisas - e art. 6º da Constituição do Império de 1824, que ao definir os cidadãos brasileiros, implicitamente, excluía os escravos.

³⁴FERNANDES, Florestan. *A Integração do Negro na Sociedade de Classes*. 3ª ed. São Paulo: Ática, 1978. p. 250/254.

Atualmente, o que se vislumbra é uma tentativa de desvirtuar a discussão a respeito da discriminação dirigida aos negros, não lhe negando, mas atribuindo-lhe uma justificativa econômico-social e não racial. É dizer, a elite dominante, tendo em vista não mais se sustentar o discurso de que aos negros não são legadas piores condições de vida, pretende, agora, sustentar que isso se dá em razão de eles comporem a maioria das classes mais pobres. O que nada justifica, apenas muda o foco da questão. Por que os negros são a maioria dentre os pobres? O são porque sofrem com o preconceito que os impõe a subserviência. A hipocrisia que impera nos dias correntes traduz, ao mesmo tempo, a impossibilidade de se esconder o que a realidade denuncia, a todo momento - a discriminação do negro - e o desejo de manutenção dessa relação social opressora travada entre brancos e negros. Por isso é que pesquisas demonstram que a quase totalidade da população reconhece a existência de racismo no Brasil, porém não se assume como racista³⁵.

Ora, é esse quadro de violento e duradouro racismo que faz dos negros o contingente social que mais demanda políticas afirmativas no país.

7.2. Indígenas.

A respeito dos indígenas, a lei mostra-se de pouca efetividade, tendo em vista que no Estado do Rio de Janeiro sobraram poucos remanescentes dessas comunidades. De todo modo, não há o que se questionar quanto ao fato de serem os mesmos vítimas de discriminação e, pois, mercedores de contemplação pela lei de cotas. É fato notório que ainda paira no imaginário coletivo o mito de que os índios seriam seres preguiçosos e menos capazes - o mesmo de que se valia o colonizador português -, o que só demonstra quão pouco a sociedade evoluiu em 510 anos.

Exatamente por isso a lei de cotas lhes beneficia, eis que lhes apresenta a possibilidade de demonstrarem que tanto quanto os não indígenas são capazes de se desenvolverem plenamente no plano intelectual e que o fato de possuírem cultura e tradições diferentes não os impede de querer, apesar de mantendo-as, seguir alguns rumos historicamente próprios da civilização branca, como o são o ensino universitário e o ingresso no mercado de trabalho.

7.3. Alunos da rede pública de ensino.

Muito controvertida é a previsão de cotas para alunos egressos da rede pública de ensino. Acusa-se fortemente o Estado de estar eximindo-se do seu dever de viabilizar um sistema educacional público de qualidade, preferindo, ao invés, colocar “na marra” tais alunos na universidade. Para o exame objeto deste trabalho tais considerações políticas são irrelevantes, fato é que, apesar de todas as falhas do sistema público de ensino, a inviabilidade do ingresso desses alunos na universidade se dá por razões outras, que podem ser adicionais a esta, mas insuscetíveis de negação.

Não se discute que o ensino oferecido na rede pública é na grande maioria dos casos de péssima qualidade. Nada obstante, inúmeros são os exemplos de

³⁵Os resultados de pesquisa desenvolvida conjuntamente pela Fundação Percebeu Abramo e a Fundação Rosa de Luxemburgo Stiftung revelam que enquanto 89% da população brasileira admite a existência de racismo no Brasil, 96% não se assume racista. IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 117.

estudantes que dela fazem parte dotados de alta capacidade intelectual e outros não tão inteligentes, mas que não destoam em nada da média dos alunos da rede particular. A questão é que esses alunos, conquanto aptos a participar do ensino superior, são impedidos de chegar até ele. E o são por conta de um sistema arcaico de seleção dos candidatos à universidade, que não afere a capacidade dos mesmos para o que pretendem estudar e trabalhar, um sistema que os aprisiona a um passado de sonegação de conhecimento e os condena a um futuro de privações, sem qualquer justificativa. As falhas existentes no ensino público, por vezes, não têm o condão de incapacitá-los a plena absorção do conhecimento passado pela faculdade, tampouco para prejudicá-los a desenvoltura no emprego que escolherem. De sorte que se constata, com clareza, a existência de uma barreira sustentada por vigas fictícias que impede tais sujeitos de ingressarem na universidade, por pura e simples discriminação, o que dá azo à sua contemplação no rol de beneficiados pelas cotas.

7.4. Pessoas portadoras de deficiência.

Em relação aos deficientes é de notar que a própria CRFB/88 já prevê hipótese de ação afirmativa que os protege (art. 37, VIII da CRFB/88). A deficiência tem se tornado cada dia mais comum, desde o século XVII, quando do advento da revolução industrial, que permitiu que os homens circundassem suas vidas ao redor de máquinas que os expõe a uma série de riscos. O que antes se devia apenas a fortuna passou a advir de acidentes que se incorporaram ao cotidiano das sociedades modernas, fazendo com que o número de pessoas portadoras de algum tipo de deficiência se multiplicasse aceleradamente. Entretanto, inúmeras, quiçá a maioria, das deficiências não incapacitam os seus portadores, senão parcialmente³⁶. Apesar disso, paira no inconsciente coletivo o estereótipo de que o deficiente possui uma capacidade reduzida em relação aos demais, quando, na verdade, para muitas atribuições eles revelam-se mais capazes do que os outros.

No plano educacional, é bem de ver que é ainda mais rara a existência de uma deficiência que incapacite o seu portador para a absorção do saber, sobretudo nos dias de hoje, com o avanço fabuloso da tecnologia. De tal sorte, que não há justificativa plausível a explicar a barreira que se põe à frente dos portadores de deficiência para o ingresso no ensino superior, a não ser a discriminação, seja no momento da seleção dos candidatos, seja durante a sua vida pretérita, que tenha o prejudicado em relação à obtenção das condições exigidas - nem sempre necessárias - para o ingresso na universidade. Por conta dessa situação é que também os portadores de deficiência devem ser contemplados pelas ações afirmativas e, pois, pela lei de cotas.

³⁶Corroborando tal assertiva, Regina Quaresma, em artigo sobre a necessidade de inclusão da pessoa portadora de deficiência, traz um rol de inúmeros indivíduos que, não obstante portarem alguma deficiência, legaram à humanidade inestimáveis contribuições tais quais: Toulouse-Lautrec, Luiz de Camões, Ludwig Van Beethoven e Miguel de Cervantes, dentre outros. QUARESMA, Regina. *A Pessoa Portadora de Necessidades Especiais e sua Inclusão Social*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 925.

7.5. Filhos de policiais civis e militares, bombeiros militares inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço.

No que tange aos filhos de policiais civis e militares, bombeiros militares e inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço, é preciso distingui-los dos demais destinatários da lei. Isso porque quanto a eles, o que se têm não é uma medida afirmativa, haja vista o fato de não serem eles vítima de discriminação. Em verdade, trata tal previsão de uma política pública a eles dirigida em decorrência da desestruturação psicológica e familiar causada pela perda de seus pais, em circunstâncias violentas, que, geralmente, os atinge, vulnerando-lhes e prejudicando a sua educação, o que os torna necessitados do auxílio estatal. Destarte, impende não confundir esta hipótese – mera política pública – com as demais previstas na mesma lei – verdadeiras ações afirmativas -, o que não significa dizer que o legislador não deveria tê-los contemplado. Ao Estado incumbe sim oferecer-lhes especial atenção, pois, são indivíduos que por uma desventura da vida foram postos em situação de necessidade.

Tal diferenciação parece irrelevante do ponto de vista prático, mas não o é, pois, enquanto mera política pública as cotas se submetem ao juízo de conveniência do administrador/ legislador; ao revés, na qualidade de políticas públicas de ação afirmativa e, portanto, de direito fundamental, são impositivas.

8. Demais aspectos relevantes da lei.

Carência

Mudança extremamente benéfica trazida pela legislação do Estado do Rio de Janeiro, em comento, foi o estabelecimento do requisito carência como imprescindível a que os pertencentes aos grupos sociais eleitos como destinatários da norma possam ser por ela contemplados com a política de ação afirmativa. Isso porque a ação afirmativa presta-se ao restabelecimento de um equilíbrio de forças entre os diversos segmentos da sociedade, não permitindo que determinados contingentes, vitimados pela discriminação, tenham diminuídos seus direitos e oportunidades de bem desenvolver-se; de modo que se atuar num campo onde os indivíduos estejam faticamente equiparados, ela, contrariando a si própria, estará determinando um desequilíbrio injusto. A bem da verdade, há que se reconhecer que, embora a discriminação por vezes atinja classes sociais diferentes (por exemplo: a discriminação racial que vulnera ricos e pobres negros), fato é que na prática, muitas vezes, ela não tem o condão de prejudicar a sua vítima especificamente no aspecto enfrentado pela ação afirmativa, o que a torna desnecessária para esse indivíduo em especial.

No campo educacional, em que atua a lei de cotas universitárias, não é difícil constatar que sujeitos pertencentes a classes mais abastadas podem preparar-se melhor para competir por vagas nas universidades públicas, uma vez que tem maior acesso ao ensino considerado de qualidade. Destarte, no que tange a esta questão, não bastaria que o beneficiário das cotas fosse negro ou deficiente, pois, apesar de por isso ser discriminado, poderia ele superar essa dificuldade pela obtenção de um bom preparo educacional a que tivesse acesso.

Frise-se, porém, que isso não corrobora o entendimento propalado por alguns críticos do sistema de cotas dizendo que o único requisito deveria ser a carência. Conforme oportunamente salientado, não se há de olvidar que cada grupo social sofre com uma discriminação específica e que não se confunde com a discriminação de

classe social, sendo esta, geralmente, adicional às demais. Se o requisito fosse apenas a carência, poderíamos assistir, por exemplo, a uma situação em que apenas os brancos carentes fossem beneficiados, permanecendo os negros a descoberto.

Tempo de duração

O estabelecimento de um período de duração para o sistema de cotas também foi inovação que veio ao encontro da boa técnica legislativa, evitando-se que no futuro se pudesse questionar a sua constitucionalidade pela superveniente perda de razoabilidade.

A temporariedade é inerente a qualquer política afirmativa. Sua duração é que pode variar, enquanto não houver o encontro de políticas públicas que devem ser realizadas pelo Estado para resolver o problema “na base” (no caso em estudo, na educação primária e secundária) e “na ponta” (no caso, na educação superior e, assim, na erradicação de discriminação racial e de desigualdades sociais). Deveras, o objetivo da ação afirmativa é extirpar práticas discriminatórias que desigualam os indivíduos. Portanto, há, em toda ação afirmativa, uma expectativa de que transcorrido um determinado período de tempo, as condutas sociais ter-se-ão se readequado e a medida afirmativa perderá a sua função. Caso essa expectativa seja frustrada, a ação afirmativa deverá ser extinta - se for constatada sua ineficiência -, ou aperfeiçoada - se se verificar que, apesar de não ter modificado o comportamento social, ela, ainda que exclusivamente pela sua cogência, minora os efeitos da desigualdade produzida discriminação.

É bem de ver que a previsão do prazo de 10 anos estabelecido no art. 1º da Lei Estadual nº 5.346/08 não foi estipulada ao acaso. Ela parte do pressuposto que este é um prazo suficiente para que o legislador, tendo por base os resultados até então aferidos, decida sobre a renovação ou não do mesmo prazo. Nota-se, pois, que o estabelecimento do prazo só se justifica pela determinação da análise dos resultados produzidos que poderão demonstrar a eficácia e mesmo a manutenção da legalidade de tal medida.

Releva esclarecer, outrossim, que a quantificação do prazo em 10 anos tem por base o fato de já haver uma experiência de política de cotas mais ou menos bem definida - desde os 5 anos anteriores à lei e de existir uma expectativa inicial de sua duração por pelo menos um prazo de 25 anos - período médio de uma geração -, que seria o mínimo para que se pudesse engendrar alguma alteração na práxis da sociedade.

Autodeclaração

A autodeclaração é um dos aspectos da lei mais controvertidos. Antes de tudo é preciso não perder de vista que a sociologia descreve o racismo praticado no Brasil como um racismo de cor, ligado ao fenótipo; e não como um racismo de origem³⁷. Portanto, o mecanismo de verificação da pertença do indivíduo à raça negra deve ser feito tomando-se em conta esta circunstância, de modo a que o mesmo seja orientado pela valorização do fenótipo. Não se está a dizer que a pertença a uma determinada raça se dê apenas por uma caracterização física (eis que a classificação racial, hoje,

³⁷IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 128/129.

só tem sentido do ponto de vista sociológico). Somente se esclarece que para fins de combate ao racismo da sociedade brasileira tal aspecto assume maior relevância.

Assim, refuta-se qualquer mecanismo de identificação racial dos indivíduos que valorize a questão genética, seja porque não é nisso que se sustenta o racismo desenvolvido no Brasil, seja porque a ciência já comprovou que sob o ponto de vista genético é impossível estabelecer uma diferenciação racial.

Pois bem. Se a identificação racial do indivíduo, neste particular, deve se dar com proeminência do fenótipo, só há duas maneiras de fazê-lo, ou pela autodeclaração ou pela heterodeclaração. A bem da verdade, cumpre consignar que a autodeclaração é meio democrático de correlacionar determinados indivíduos a diferentes raças. Qualquer outro mecanismo pode parecer atentatório do Princípio democrático e do direito à autodeterminação. É impensável do prisma das concepções atuais do Direito, de tendência humanista, que a alguém possa ser imposta uma característica da sua personalidade por um terceiro. A heteroclassificação racial pura e simples é bastante perigosa, podendo descambar para discriminações odiosas, pelo que desatende ao objetivo intentado, no nosso modesto entendimento.

Ademais, a autodeclaração tem outra grande vantagem. Ela incentiva os indivíduos a identificarem-se com uma raça socialmente desprestigiada e discriminada, contrariando a lógica social de negação da mesma. A autodeclaração encoraja os sujeitos a assumirem-na e os devolve o orgulho de pertencerem à mesma. Ao viabilizar sua exaltação, a autodeclaração evita a propagação da falácia de que no Brasil não há raças, discurso apropriado para quem quer negar o racismo existente, impedindo a sua superação, pela dificuldade de identificação desse problema³⁸.

É bem verdade que com a autodeclaração podem acontecer fraudes, e, de fato, ocorrerão, se o administrador responsável pela implementação da política de cotas assim o permitir. Contudo, o Direito Penal e Administrativo tem meios idôneos suficientes para combater esse tipo de conduta, basta que o administrador não seja conivente com a mesma. A toda evidência, uma pessoa de cor branca e uma pessoa de cor negra (preta, parda, morena...) não podem ser confundidas, nem mesmo aqueles sujeitos de intenso bronzeado, eis que as tonalidades da pele e demais características físicas são, sobremodo, diferentes. Em relação aqueles indivíduos realmente dotados de características mestiças – que não são tantos quanto se deseja fazer crer -, pode haver maior dificuldade em sua identificação racial. No entanto, elas não inviabilizam a autodeclaração, mas sugerem que esta deva ser feita de maneira a dificultar a fraude – por exemplo, exigindo-se que seja presencial³⁹. De sorte que não há maiores dificuldades em se coibir eventuais tentativas de fraude.

Apoio estatal aos cotistas.

A previsão legal de que o Estado deve prestar auxílio material aos cotistas revela uma preocupação correta por parte do legislador no sentido de impedir que a má implementação da política de cotas pelo administrador termine por impossibilitar o alcance de seu escopo.

³⁸IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 125.

³⁹Daniela Ikawa reflete sobre a questão e, defendendo a autodeclaração, apresenta interessantes sugestões de mecanismos que podem ser conjugados a ela, para obstar comportamentos fraudulentos. IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 129/130.

A inclusão social possibilitada por este tipo de ação afirmativa só pode ser alcançada se aos beneficiários da mesma forem oferecidas reais condições de absorver o ensino ofertado. A mera inserção dos cotistas no âmbito da universidade é de pouca eficácia, se a eles não for oferecido também o respaldo necessário ao pleno desenvolvimento da aprendizagem. E isso inclui: acesso ao material didático, alimentação, transporte até a universidade, bolsa de estudos, etc.

Mais uma vez vislumbra-se aparente prolixidade do legislador que esmiúça regras que já se extrairiam da própria lógica da lei. Entretanto, andou bem o legislador ao fazê-lo, tendo em vista ser a lei de cotas, infelizmente, uma normatização com forte resistência social e mesmo política. De sorte que o Estado do Rio de Janeiro encontrou um mecanismo de proteger a política de cotas de eventuais distorções por parte de alguns responsáveis por sua aplicação menos conscienciosos seja do seu dever de aplicar a lei (lei essa que concretiza direitos fundamentais e da qual se deve extrair a máxima eficácia), seja da importância crucial da própria lei.

Publicidade das cotas

A obrigatoriedade de o Estado promover campanha publicitária noventa dias antes do início dos exames vestibulares para ingresso nas universidades públicas dá concretude ao comando constitucional insculpido nos arts. 37 da CRFB/88 e 77 da CERJ/89, observando-lhe na sua essência genuína, qual seja, informar os cidadãos.

O cuidado de se fazer constar tal determinação que, a princípio, parece despicienda, adveio da constatação de que muitos dos destinatários da lei de cotas desconhecem-na, não tendo ciência de que fazem jus ao benefício por ela implementado; o que acaba por frustrar em grande parte os objetivos da lei.

9. Conclusão

A política de cotas para ingresso no ensino superior público não é a panaceia para os tantos males da sociedade brasileira. Não é suficiente à solução dos problemas verificados no sistema de ensino nacional. Não é capaz de suplantiar sozinho eventuais processos discriminatórios que estruturam o convívio social dos brasileiros. A política de cotas é o início possível dessas transformações. É o primeiro passo – e não o único -, já que o Estado precisa, paralelamente, sob pena de infirmar o sistema de cotas, agir para aprimorar o ensino fundamental e, com isso, preparar os beneficiário do sistema para competir em igualdade de condições no acesso à universidade pública. Assim o fazendo, o Estado do Rio de Janeiro caminhará em direção ao progresso econômico-social, e o que é mais importante, para a consolidação material dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição da República e pela Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Referências

ARISTÓTELES. *Política*. 4ª ed.. São Paulo: Martin Claret, 2008. 289 p.

ABREU, Sérgio. *O Princípio da Igualdade: a (In) Sensível Desigualdade ou a*

Isonomia Matizada. In: PEIXINHO, Manuel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. *Os Princípios da Constituição de 1988*. 2ª ed..Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 317 – 328 p.

BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Renovar: Rio de Janeiro, 2008. 380 p.

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. 272 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed.. Coimbra: Almedina, 2002. 1504 p.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: Ensaio sobre o Constitucionalismo Pós-moderno e Comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 813 p.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1999. 246 p.

DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: a Teoria e a Prática da Igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 689 p.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. Formação do Patronato Político Brasileiro. 3ª Ed.. Porto Alegre: Globo, 1976. 397 p.

FERNANDES, Florestan. *A integração do Negro na sociedade de classes*. 3ª ed. São Paulo: Ática, 1978. 332 p.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. A Cultura dos Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 239 – 250 p.

FREYRE, Gilberto. *Sobrados e Mucambos*. Decadência do Patriarcado Rural e Desenvolvimento do Urbano. 4ª ed.. 1º Tomo. Rio de Janeiro: José Olympio, 1968. 351 p.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 444 p.

IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 264 p.

MARTINS, José de Souza. *O Cativo da Terra*. São Paulo: Hucitec, 1996. 157 p.

MATTOSO, Kátia de Queirós. *Ser Escravo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1982. 267 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2009. 48 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ªed.. São Paulo: Saraiva, 2008. 1432 p.

MENEZES, Paulo Lucena de. *A Ação Afirmativa no Direito Norte-Americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 173 p.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. In: PEIXINHO, Manuel Messias; GUERRA, Isabel Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. *Os Princípios da Constituição de 1988*. 2ª ed..Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 356 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política: Legislativa, Administrativa, Judicial*. Fundamentos e Técnicas Constitucionais da Legitimidade. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. 221 p.

QUARESMA, Regina. A Pessoa Portadora de Necessidades Especiais e sua Inclusão Social. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 925 – 945 p.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 15, 1996. 85 – 99 p.

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma Concepção Intercultural de Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 03 – 46 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 158 p.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 308 p.

SILVA, Celso Albuquerque. *Ação Afirmativa no âmbito do Ensino Superior*. Uma Análise da Constitucionalidade das Políticas de Cotas Para Ingresso em Universidades Públicas. *Revista de Direito do Estado*. Ano 4, nº 13, Jan/mar. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 191 – 210 p.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; FERES JÚNIOR, João. Ação Afirmativa: Normatividade e Constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 345 – 363 p.